



**UNIVERSIDAD NACIONAL AUTONOMA DE
MEXICO**

**DIVISION DE ESTUDIOS DE POSGRADO
FACULTAD DE DERECHO**

“SISTEMA MEXICANO DE CONTROL DE LA CONSTITUCIONALIDAD”

COMITÉ ACADÉMICO:

**Dr. Miguel Covián Andrade.
Dr. Leonel Alejandro Armenta López.
Dr. Luciano Silva Ramírez.
Dr. Jorge Fernández Ruiz.
Dr. Eliseo Muro Ruiz.**

PRESENTA:

Janeth Hernández Flores.

Ciudad Universitaria, Distrito Federal, septiembre de 2008.



Universidad Nacional
Autónoma de México



UNAM – Dirección General de Bibliotecas
Tesis Digitales
Restricciones de uso

DERECHOS RESERVADOS ©
PROHIBIDA SU REPRODUCCIÓN TOTAL O PARCIAL

Todo el material contenido en esta tesis esta protegido por la Ley Federal del Derecho de Autor (LFDA) de los Estados Unidos Mexicanos (México).

El uso de imágenes, fragmentos de videos, y demás material que sea objeto de protección de los derechos de autor, será exclusivamente para fines educativos e informativos y deberá citar la fuente donde la obtuvo mencionando el autor o autores. Cualquier uso distinto como el lucro, reproducción, edición o modificación, será perseguido y sancionado por el respectivo titular de los Derechos de Autor.



AGRADECIMIENTOS

A Dios arquitecto del universo.

A la UNAM, siempre estaré orgullosa de ser egresada de esta Honorable Institución.

A mis padres: Manuel y Cecilia, y a mis hermanos: Patricia, Alejandra, Juan Manuel y Atary Georgina, con profundo amor y agradecimiento, la vida vale la pena por estar a su lado.

A mis amigos: Dioselina Segura Reyes, Irma Huerta Bolaños, Juan Carlos Tepoxtecalt Román, José Leal Valero e Israel Flores Trejo, por compartir esta vida, sus sinsabores y sus alegrías... los quiero mucho.

A Mario Alberto Hernández Rosano, por ser lo que yo esperaba, te amo.

Al H. Sínodo:

Dr. Miguel Covián Andrade
Por su apoyo, por creer en mí; para Usted mi aprecio, mi reconocimiento y mi cariño incondicional.

Dr. Leonel Alejandro Armenta López
A mi querido y admirado maestro y amigo, le dedico este trabajo.

Dr. Luciano Silva Ramírez
Por su apoyo desde que me conocí, lo respeto y lo admiro.

Dr. Eliseo Muro Ruiz
Por darme su confianza y la oportunidad de colaborar con Usted.

Dr. Jorge Fernández Ruiz
Por las valiosas aportaciones hechas a esta investigación.



“En algún punto perdido del universo, cuyo resplandor se extiende a innumerables sistemas solares, hubo una vez un astro en el que unos animales inteligentes inventaron el conocimiento. Fue aquél el instante más mentiroso y arrogante de la historia universal...”

Friedrich Nietzsche



INDICE

Metodología.....	7
Introducción.....	30

Página

CAPÍTULO I

1. CONSTITUCION Y CONTROL DE LA CONSTITUCIONALIDAD

Idea y funciones de la Constitución.....	32
Conceptos y elementos de Estado de Derecho.....	41
Estado de Derecho y democracia como marco de los derechos y libertades constitucionales.....	45
Contenido de la Constitución y constitucionalismo.....	52
Defensa de la Constitución.....	58
Supremacía constitucional.....	62
Rigidez constitucional.....	66
Control de la constitucionalidad.....	70
Concepto y justificación del control de la constitucionalidad.....	
La interpretación constitucional.....	
Diferencia con el control de legalidad.....	
Sistemas de control de la constitucionalidad.....	
Control legislativo.....	
Control social.....	
Control político.....	
Control jurisdiccional.....	
1.8. Imprecisión de los términos: control constitucional, control de la Constitución, justicia constitucional, Derecho Procesal Constitucional y jurisdicción constitucional.....	

CAPÍTULO II

2. MODELOS ORIGINARIOS DE CONTROL JURISDICCIONAL DE LA CONSTITUCIONALIDAD

Modelo austriaco (control concentrado de la constitucionalidad).....	
Constitución Austriaca de 1920.....	
La opción de un órgano <i>ad hoc</i>	
Número de miembros del Tribunal Constitucional.....	
Nombramiento de los magistrados constitucionales.....	
Calificación técnica de los magistrados.....	
Exclusión de los miembros de estancias políticas.....	
Rechazo de todo influjo político.....	
Reformas constitucionales de 1929.....	
Influencia del modelo austriaco en Europa.....	
Problemas que plantea el control concentrado de constitucionalidad...	



Polémica entre Carl Schmitt y Hans Kelsen.....	
Politización del Tribunal Constitucional.....	
Modelo norteamericano (control difuso de la constitucionalidad).....	
La Constitución de los Estados Unidos de América de 1787.....	
Principio de supremacía constitucional.....	
El Federalista y el control de la constitucionalidad.....	
La obra del Juez <i>Marshall</i> y la doctrina de la <i>judicial review</i>	
Problema que plantea el control difuso de la constitucionalidad.....	

CAPÍTULO III

3. CONTROL DE LA CONSTITUCIONALIDAD EN EUROPA

El control de la constitucionalidad en la República Italiana.....	
Antecedentes.....	
Constitución de 1948.....	
Organización y competencia de la Corte de Constitucionalidad.....	
Problemas actuales del control de la constitucionalidad en Italia.....	
El control de la constitucionalidad en la República Federal de Alemania...	
Antecedentes.....	
Ley fundamental de la República de Alemania de 1949.....	
Organización y competencia del Tribunal Constitucional.....	
Problemas actuales del control de la constitucionalidad en Alemania...	
El control de la constitucionalidad en la República Francesa.....	
Antecedentes.....	
Constitución de la República Francesa de 1958.....	
Organización y competencia del Consejo Constitucional.....	
Problemas actuales del control de la constitucionalidad en Francia...	
Control de la constitucionalidad en el Reino de España.....	
Antecedentes.....	
La Constitución Española de 1978.....	
Organización y competencia del Tribunal Constitucional.....	
Problemas actuales del control de la constitucionalidad en España...	
Conflictos entre el Tribunal Constitucional español y la jurisdicción ordinaria.....	

CAPÍTULO IV

4. EL CONTROL DE LA CONSTITUCIONALIDAD EN AMERICA LATINA

El control de la constitucionalidad en la República del Perú.....	
Antecedentes.....	
Constitución Política del Perú de 1993.....	
Funcionamiento y competencia del Tribunal Constitucional.....	
Relaciones entre el Poder Judicial y el Tribunal Constitucional.....	
Problemas que plantea el control de la constitucionalidad en el Perú...	
Limitación en la declaración general de inconstitucionalidad.....	

Politización de la Suprema Corte.....	
Peligro de las sentencias contradictorias.....	
El control de la constitucionalidad en la República de Colombia.....	
Antecedentes.....	
Constitución Política de Colombia de 1991.....	
Funcionamiento y competencia de la Corte Constitucional.....	
Trascendencia de la Corte Constitucional en el contexto colombiano....	
El control de la constitucionalidad en la República de Chile.....	
Antecedentes.....	
Constitución Política de la República de Chile.....	
Funcionamiento y competencia del Tribunal Constitucional.....	
Relaciones entre Corte Suprema y el Tribunal Constitucional.....	
Situación actual y perspectivas.....	
El control de la constitucionalidad en la República de Guatemala.....	
Antecedentes.....	
Constitución Política de la República de Guatemala.....	
Funcionamiento y competencia de la Corte de Constitucionalidad....	
Situación actual y perspectivas.....	
El control de la constitucionalidad en la República de Ecuador.....	
Antecedentes.....	
Constitución Política de la República de Ecuador.....	
Funcionamiento y competencia del Tribunal Constitucional.....	
Situación actual y perspectivas.....	
El control de la constitucionalidad en México.....	
Antecedentes del control de la constitucionalidad.....	
Estructura, contenidos y valores en la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos.....	
Revisión constitucional al Poder Judicial en 1994.....	
El sistema actual de control jurisdiccional de la constitucionalidad en México.....	
Juicio de amparo.....	
Controversia constitucional.....	
Acción de inconstitucionalidad.....	
Juicio para la protección de los derechos político-electorales del ciudadano.....	
Juicio de revisión constitucional electoral.....	
Recurso de apelación para garantizar la constitucionalidad de actos y resoluciones de la autoridad electoral federal.....	
Principales problemas que plantea el control de la constitucionalidad en México.....	
En las controversias constitucionales.....	
Confusión de todos los medios de control con el amparo.....	
El papel de la Suprema Corte de Justicia de la Nación.....	



CAPÍTULO V

5. REESTRUCTURACION DEL SISTEMA MEXICANO DE CONTROL DE LA CONSTITUCIONALIDAD

Justificación del Tribunal Constitucional del Estado mexicano.....	
Superación de los modelos tradicionales de control de la constitucionalidad y la creación de modelos mixtos.....	
Viabilidad de la instauración del Tribunal Constitucional del Estado Federal mexicano como órgano supremo de control de la constitucionalidad.....	
Origen y naturaleza jurídica del Tribunal Constitucional.....	
Integración del Tribunal Constitucional mexicano.....	
Noción y competencia del Tribunal Constitucional.....	
Control de la constitucionalidad <i>a priori</i> y <i>a posteriori</i>	
Medios de control de la constitucionalidad.....	
La acción de inconstitucionalidad.....	
Contra leyes y sus reformas.....	
Contra reformas a la Constitución (revisión constitucional).....	
Contra la ratificación de los tratados internacionales.....	
Contra omisiones legislativas.....	
Juicio de amparo.....	
El problema del control de la constitucionalidad de las leyes....	
La cuestión de inconstitucionalidad vía jurisprudencial.....	
Conflictos constitucionales entre poderes constituidos.....	
Conflictos competenciales entre órganos constitucionales del Estado.....	
Facultad de atracción y de oficio.....	
Relación entre Suprema Corte de Justicia y el Tribunal Constitucional del Estado mexicano.....	
Distintos tipos de sentencias del Tribunal Constitucional y alcance de cada una de ellas.....	
Límites a la interpretación constitucional.....	
Conclusiones	
Bibliografía	
Anexos	

“Todo observable está cargado de teoría”

Russell Hanson

METODOLOGÍA

1. PLANTEAMIENTO DEL PROBLEMA

1.1. Pregunta Inicial

Objeto de Estudio: El control de la constitucionalidad.

El Estado Democrático de Derecho al que aspira toda nación debe tener como premisas básicas la constitucionalidad, la legalidad y la racionalidad, sin embargo, en México nada más incongruente que el precisar en el texto constitucional, principios y garantías, que la actuación de muchos órganos de Estado se encargan de transgredir y desconocer, manteniendo el ejercicio arbitrario de poder.

Y aunque la Constitución fija algunos instrumentos encaminados a garantizar su carácter supremo y fundamental, lamentablemente, casi todos estos son insuficientes o de alcances limitados y, en conjunto, por atender problemas de distinta naturaleza, no sirven con efectividad al propósito de su creación.

En suma, es innegable que nos encontramos con un problema estructural, pues es una realidad que la Carta Magna en el Estado mexicano es vulnerada frecuentemente al existir un sistema de control jurisdiccional de la constitucionalidad anacrónico e ineficaz.

De hecho, el desacato a lo prescrito por la Carta Magna no es solamente una cuestión de orden jurídico, el desconocimiento y contravención de las

disposiciones constitucionales, conlleva además, efectos de tipo político, social, económico, etc.

La complejidad de elementos que aparecen dispersos dentro de un sistema jurídico como el actual sistema mexicano de control de la constitucionalidad, hacen indispensable un examen más exhaustivo con el objeto de reconducir a unidad sus componentes, a fin de darles coherencia interna y hacerlos aparecer como un concentrado de conocimientos con sistematicidad propia. En estos términos, el control de la constitucionalidad debe ser una herramienta idónea para el control de la conformidad de los actos de los poderes constituidos con la Constitución, por eso es preciso su disertación y comprensión pues al presente existen muchos ámbitos no sujetos a él.

En ese tenor, surgen dos interrogantes: ¿Cuáles son los límites y las deficiencias que tiene actualmente el sistema de control de la constitucionalidad en México? ¿Cómo podemos reestructurar ese sistema de control de constitucionalidad en nuestro país para hacerlo eficaz y acorde a las necesidades específicas de la sociedad?

1.2. Delimitación del tema problema en el área del derecho

La presente investigación se encuentra inmersa en el área de Derecho Constitucional, siendo el objeto de estudio el control de la constitucionalidad, tema relacionado directamente con el conjunto de medios jurídicos susceptibles de ser conocidos por los juzgados y tribunales, a fin de garantizar la observancia de la Ley Fundamental en un determinado país. También se vincula con el Estado de Derecho, ya que el control en referencia constituye una parte integrante del mismo y es un mecanismo constitucional que impide el ejercicio arbitrario del poder.

De ahí, es evidente el papel del Derecho Comparado¹ en el estudio del Derecho Constitucional,² conectado con la circulación de los conocimientos y de los modelos, la difusa uniformización del derecho, el proceso de globalización en marcha y la aproximación de las formas de Estado y de las familias jurídicas.

Los beneficios de utilizar al Derecho Comparado³ aluden a la conciencia de investigar un sector autónomo, distinto a otros ya trillados, orienta y especializa el campo del saber, con lo que se contribuye a la ampliación, transmisión y divulgación de los conocimientos; además, perfecciona la capacidad de organizar las investigaciones y favorece la formulación de clasificaciones y modelos que se utilizan para verificar la coherencia de las recepciones o exportaciones de instituciones y disciplinas; sus potenciales o su rendimiento.⁴

¹ Esta disciplina consiste en el estudio comparativo de las instituciones o sistemas jurídicos de diversos lugares o épocas, con el fin de determinar las notas comunes y las diferencias que entre ellos existen, y derivar de tal examen conclusiones sobre la evolución de tales instituciones o sistemas y criterios para su perfeccionamiento y reforma. GARCIA MAYNEZ, Eduardo, *Introducción al estudio del derecho*, 40ª Edición, México, Porrúa, 1989, pp. 162 y 163.

² El punto de enlace entre el Derecho Comparado y el Derecho Constitucional se coloca principalmente en la actividad de los Tribunales Constitucionales, donde la teoría se une a la práctica del derecho. *Vid.* PEGORARO, Lucio, *Lineamenti di giustizia costituzionale comparata*, Torino, Giappichelli, 1997, pp. 67 y ss.

³ Se ha afirmado que el Derecho Comparado no es una ciencia sino un método que se utiliza en el estudio de otras ramas del derecho, o en el mejor de los casos, que el Derecho Comparado es una ciencia porque se vale de un método propio. Sin embargo, Pegoraro, señala que el Derecho Comparado puede reivindicar la dignidad de ciencia porque la finalidad que persigue no es otra cosa que la de sistematizar los materiales jurídicos de un ordenamiento particular, utilizando para este fin también el conocimiento de otros ordenamientos con la idea de ofrecer una comparación, de verificar analogías y las diferencias de clasificar institutos y sistemas, dando orden al conocimiento y creando modelos dotados de prescriptividad. *Cfr.* ROTTONDI, M., *Diritto Comparato*, voz del Nss.dig. it., Torino, Utet, 1960, p. 822 y PEGORARO, Lucio, "Derecho Constitucional y método comparativo", en *Metodología del Derecho comparado, Memoria del Congreso Internacional de Culturas y Sistemas Jurídicos Comparados*, Serna de la Garza José M^a. (coord.), Traducción: Daniel Berzosa López y Jari Donatella Lorenzo Vidales, México, UNAM, Instituto de Investigaciones jurídicas, 2005, p. 5.

⁴ Para Scialoja el examen comparativo debe emprenderse con las siguientes finalidades: Dar al estudioso una orientación acerca del derecho de otros países; determinar los elementos comunes y fundamentales de las instituciones jurídicas y señalar el sentido de la evolución de éstas; además crea un instrumento adecuado para futuras reformas. Citado por RODRIGUEZ Y ROGRIGUEZ, Joaquín, "El Problema del Método en la Ciencia Jurídico-Mercantil", en *Conceptos y Métodos de Derecho comparado*, México, Imprenta Universitaria, 1941, p.27.

De acuerdo con Peter Häberle el Derecho en alusión consiste en la comparación⁵ jurídica de las normas, principios e instituciones que conforman los derechos nacionales de distintos Estados. Además, considera al Derecho Comparado como el “quinto método” de interpretación que se añade a las cuatro posturas hermenéuticas clásicas (gramatical, lógica, histórica y sistemática) elaboradas por Savigny.⁶

Conviene advertir que para Häberle el “quinto método” que obliga a elaborar lo afín y lo desigual, no tan sólo ayuda a conocer los sistemas jurídicos ajenos, sino a comprender mejor el propio. El profesor del Bayreuth entiende que el postulado de Goethe a cuyo tenor “quien no conoce ningún idioma extranjero, tampoco conoce el suyo”, es plenamente aplicable a los juristas respecto a su ordenamiento jurídico nacional.⁷

No parece ocioso recordar que la comparación jurídica tiene por objeto normas, instituciones y sistemas jurídicos en su conjunto. De tal manera -escribía Del Vecchio⁸- no cabe dudar que la comparación jurídica presupone la idea del Derecho, aun cuando no la contemple *sub specie aeterni* ni la analice tampoco en abstracto, ya que, antes bien, ha de considerarla en concreto, en su realización múltiple en los datos y hechos de la experiencia.

No se trata de emular arbitrariamente sistemas o modelos jurídicos extranjeros, sino trasladarlos y adecuarlos a nuestro contexto jurídico, político y

⁵ La comparación es sincrónica cuando se propone comparar ordenamientos o institutos jurídicos de una misma época, y diacrónica, cuando la comparación abarca modelos que pertenecieron a periodos diversos (en relación al tema que nos ocupa, con modelos originarios de control de la constitucionalidad).

⁶ HÄBERLE, Peter, “Grundrechtsgeltung und Grundrechtsinterpretation im Verfassungsstaat”, en *Juristen Zeitug*, 1989, p. 913, reeditado en volumen colectivo a cargo de López Pina, A., *La garantía constitucional de los derechos fundamentales*, Madrid, Civitas, 1991, p. 260.

⁷ *Idem*.

⁸ DEL VECCHIO, G., *La unidad del espíritu humano como base para el estudio comparativo del Derecho*, Traducción E. Galán y Gutiérrez, Madrid, Reus, 1953, p. 4.

social, con la finalidad de hacer un sistema coherente y eficaz.⁹ Realmente el simple parangón de instituciones o sistemas de épocas o lugares diferentes tendría un valor muy escaso si de él no se derivasen conclusiones teóricas y de orden práctico.¹⁰

Es tarea fundamental para la persona que se inmiscuye en cuestiones constitucionalistas la de comparar el Derecho Constitucional codificado¹¹ con el que efectivamente se aplica, denunciando las desviaciones, pero sin perder de vista la supremacía de la Constitución, aun cuando se considere como un algo dinámico y en evolución. En el fondo de lo que se trata es que los juristas de hoy se sensibilicen en todas sus funciones gracias a una formación jurídica basada en el Derecho Comparado, y muestren un talante de apertura a todo aquello que les pueda ser ofrecido en todo el mundo en materia de Estado Constitucional, tanto a nivel general como en cada una de sus particularidades.

Al respecto, es preciso indicar que no es fácil desarrollar formulas adecuadas para definir las bases de un control de constitucionalidad viable y efectivo.¹² Tampoco es sencillo encontrar versiones lingüísticas y teóricamente perfectas, aunque se acuda a texto de reconocido avance jurídico. Por lo que en el caso que nos ocupa, la exégesis de actos mediante la adición de nuevos significados se hará tomando en consideración la conexión con las disposiciones

⁹ Para que una actividad pueda ser adscrita a la Ciencia del Derecho Comparado es necesario, escoger, al menos, dos "objetos" que puedan compararse y que el método no se reduzca a una mera exposición paralela de dos o más sistemas o de dos o más institutos pertenecientes a diferentes ordenamientos, sino que el fin sea el de ofrecer una clasificación o configurar un modelo. *Vid.* PEGORARO, Lucio, *Derecho Constitucional y método comparativo*, *op. cit.* p. 6.

¹⁰ De hecho la historia constitucional ha evidenciado que la Teoría de la Constitución puede actuar -por analogía- como ciencia de la cultura respecto de otras manifestaciones culturales. GARCIA MAYNEZ, Eduardo, *Introducción al estudio del derecho*, *op. cit.* p.163.

¹¹ El constitucionalista mexicano no puede renunciar a la comparación, porque la circulación intensa de los modelos impide estudiar las instituciones propias del Derecho Constitucional sin tener en cuenta las influencias que provienen del exterior, de la adquisición de visiones comunes en el ámbito legislativo y, sobre todo, jurisprudencial.

¹² La macrocomparación es esencial para las investigaciones del Derecho Constitucional, pues el control de la constitucionalidad exige un encuadramiento comprensivo de todo ello, la adscripción de una y otra clase, la valoración de consecuencias prescriptivas que se deducen de la pertinencia de una u otra tipología.

del sistema jurídico mexicano, de acuerdo con el significado que se les deba atribuir en cada caso, para vincular todos los ordenamientos afectados.

1.3. Objetivos y propósitos

- Analizar y detectar algunos límites y restricciones del actual sistema de control de la constitucionalidad en México.
- Conocer y examinar distintos sistemas de control de la constitucional en el derecho comparado, con la finalidad de trasladarlos y adecuarlos a nuestra realidad jurídica.
- Proponer, con base a una labor crítica un nuevo sistema de control jurisdiccional de la constitucionalidad mixto o dicotómico –basado principalmente en el sistema concentrado-, dado que el actual tiene graves deficiencias y notorias incongruencias, las cuales ponen en evidencia el desconocimiento de este complejo e importante tema.
- Sugerir la conveniencia de la existencia de un Tribunal Constitucional órgano supremo encargado del control de la constitucionalidad en México, asignándole carácter de intérprete superior y último en materia constitucional, con competencias amplias y perfectamente estructuradas, tomando en consideración las particularidades jurídico-políticas del país, con la finalidad de que este órgano proporcione certeza jurídica y constituya un auténtico sustento político, jurídico y moral.
- Sintetizar algunas medidas y reformas, a nivel constitucional, que ayuden a que el instrumento en estudio sea más amplio y congruente, de modo que se transforme en un medio más efectivo que garantice la supremacía y defensa de la constitucionalidad.

2. JUSTIFICACIÓN DEL PROYECTO (UTILIDAD PRÁCTICA, APORTACIÓN Y POSIBLES REPERCUSIONES EN LA COMPRENSIÓN DE LA CIENCIA JURÍDICA O EN OTRAS ÁREAS DE LAS CIENCIAS SOCIALES)

Si la tarea de la Ciencia del Derecho se limitara a una simple enumeración de las reglas jurídicas en vigor, todas las proposiciones doctrinarias podrían ser formuladas de acuerdo a este esquema¹³. Sin embargo esto no es así, por lo que la tarea del pensamiento jurídico consiste en conceptuar las normas jurídicas de tal modo que ellas sean reducidas a un orden sistemático, exponiendo así el derecho vigente en la forma más sencilla y conveniente posible.

En sí, nuestro objeto de conocimiento trata de cumplir con la idea de adecuar los instrumentos jurídicos a las exigencias de la realidad social, y a la vez, lograr la consecución de importantes dosis de fluidez y de claridad del lenguaje.

El control de la constitucionalidad, tópico fundamental de la Ciencia Jurídica, no es un problema que sólo interese a un país, sino por el contrario, su estudio a través de la historia constitucional se ha intensificado en todo el orbe en el siglo pasado, y en consecuencia, en este incipiente siglo.

México ha sido ajeno a esta vorágine, su reflexión y análisis ha sido tardío y acotado en comparación con otros países, no sólo en relación a Estados Unidos de América y Europa, sino también en proporción a Estados latinoamericanos que actualmente sostienen un control de constitucionalidad avanzado y cada vez más eficaz. En cambio en nuestro país, prácticamente no se conoce, ni se resalta su importancia, y menos aún se enseña el tema de control de la constitucionalidad.

¹³ ROSS, Alf, *Sobre el Derecho y la justicia*, Traducción de G.R. Carrió, 4ª Edición, Buenos Aires, Universitaria, 1977, p. 164.

A pesar de que la regulación del amparo en México se remonta al siglo antepasado, su tratamiento normativo no necesita mayores ajustes constitucionales y su aplicación siempre distó mucho de comprender un sistema integral de control de la constitucionalidad, por más intentos fallidos para ampliar esta figura, por naturaleza limitada. Basta recordar que fue hasta 1994 cuando nuestros legisladores se empiezan a interesar por el control de la constitucionalidad creando la controversia constitucional y la acción de inconstitucionalidad, y equivocadamente arguyen que tratan de “consolidar a la Suprema Corte como Tribunal de Constitucionalidad”, siendo que este último tiene un objetivo y naturaleza jurídica distinta a la Suprema Corte de Justicia.

Ahora bien, en esta Nación la apatía en relación a la cuestión señalada no es justificable porque la Constitución se cumpla cabal y exitosamente, sino por el contrario, es evidente el escaso valor normativo que nuestras Constituciones han tenido a lo largo de la historia. La norma fundamental sólo ha sido instrumento para legitimar el discurso político. En este contexto, la Carta Magna corre el riesgo al igual que las demás normas, que quién las aplique o elabore falle, en consecuencia, el control de la constitucionalidad se erige para que las Constituciones no sean ilógicas pretensiones de restringir el poder.

No es óbice a lo anterior el hecho de que seamos un país “emergente”, ya que la experiencia en Latinoamérica ha mostrado que la mayor eficiencia y capacidad de los tribunales para impartir justicia está más asociada a las características de los procedimientos que al nivel de desarrollo de los países.¹⁴

En este sentido, no obstante que el sistema de control ideado por Hans Kelsen, no se materializa hoy en ningún ordenamiento jurídico, sigue operando como un paradigma y punto de referencia para entender aquellos sistemas

¹⁴ Vid. DJANKOV, Simeon *et al.* “The practice of justice” in *Courts: The Lex Mundi Project, National of Economic Research*, Cambridge, NBER Working Paper, Abril de 2002, número w8890, p. 68. Disponible en: <http://worldbank.org/research/pdf/lexmundi-paper.pdf>.

denominados de control concentrado de constitucionalidad. La separación entre el plano de la constitucionalidad y la legalidad, para encomendar al Tribunal Constitucional el primero y a la jurisdicción ordinaria el segundo, es fruto de una coyuntura histórica determinada que trae en el plano jurídico el mantenimiento de la Constitución en una esfera superior, pero separada rigurosamente de la aplicación judicial.

La conveniencia de la existencia de un Alto Tribunal Constitucional con competencias amplias y perfectamente delineadas en un sistema político democrático como el nuestro, resulta de considerable relevancia dado que este tipo de instituciones prevalecen en la mayoría de países occidentales, además de que evitan la diseminación y la carencia de unidad, dan certeza jurídica y constituyen un auténtico sustento político, jurídico y moral. En efecto, la experiencia constitucional comparada demuestra que los sistemas tienden a evolucionar hacia jurisdicciones que unifican la interpretación constitucional, concentran el debate público constitucional de manera provechosa para el régimen, esto es, son un verdadero punto de imputación jurídica. En consecuencia, los principios de definitividad, seguridad jurídica y eficacia resultan indispensables para la existencia, efectividad y consolidación de cualquier Tribunal Constitucional.

Tomando en consideración lo que antecede, el propuesto Tribunal conocerá de asuntos que considere relevantes y que tengan "contenido constitucional", no será el único órgano que controle la constitucionalidad pero sí el órgano supremo y especializado en el control en cita. De forma tal que los diversos órganos que incidan en la jurisdicción constitucional deberán tener coordinación jurídica entre ellos, respetando el carácter de intérprete superior y último en materia constitucional de este órgano colegiado.

Asimismo, será imprescindible que los funcionarios que integren este instituto no sólo conozcan las normas constitucionales formalmente vigentes sino

que tomen en cuenta la ampliación del parámetro de constitucionalidad a normas distintas de la Constitución, lo que según la práctica francesa se denomina *bloc de constitutionnalité*.¹⁵ Conjuntamente, deben ceñirse a las normas materialmente constitucionales, entendiéndose por éstas, lo que quisieron establecer los Constituyentes -el espíritu de la Constitución-. Máxime, tendrán que ampliar su reflexión a las prácticas constitucionales que se asumen en el sistema, prácticas que entrelazan enunciados normativos con la jurisprudencia, la dogmática, etc.; y sobre todo, no dejar a un lado el enfoque social y político; en sí, dominar una técnica y una práctica compleja. Es por lo anterior que no se debe dejar tan importante tarea a jueces ordinarios, siendo la solución unánime por la mayoría de estudiosos del tema, la evolución del modelo centralizado.

Por otra parte, la finalidad de este sistema será que la libertad del legislador se encuentre limitada –beneficiando al equilibrio de poderes- y el respeto a los derechos debidamente garantizado, toda vez que ello es prerequisite para la calificación de un Estado Constitucional y Democrático de Derecho.

El problema al que nos enfrentamos para hacer realidad esta propuesta –y muchas otras necesarias en el país-, es la escasa voluntad política de la mayoría parlamentaria de apresurar la implantación de un Tribunal Constitucional, pues ello conlleva acuerdos políticos y arduas negociaciones, que los representantes del pueblo no están dispuestos a realizar.¹⁶

¹⁵ Vid. RUBIO LLORENTE, Francisco, “El bloque de constitucionalidad”, en *La forma del poder. Estudios sobre la Constitución*, Madrid, Centro de Estudios Constitucionales, 1997, pp. 55-63.

¹⁶ Lo primero que enseña la experiencia comparada es que el éxito del control de la constitucionalidad depende mucho de que exista una auténtica voluntad política de configurar un sistema de control de la constitucionalidad adecuado. Vid. PÉREZ TREMP, Pablo, “La justicia constitucional en la actualidad. Espacial referencia a América Latina”, en *IV Curso de Justicia Constitucional*, Madrid, Instituto de Derecho Público Comparado, 2002, p. 7. Consultable en página de Internet: <http://www.uc3m.es/uc3m/ins/MGP/curso1.htm>

3. HIPÓTESIS. DEFINIR Y FORMULAR, EN QUÉ CONSISTEN Y CUÁLES SON LAS FUNCIONES DE LAS VARIABLES, DE LOS INDICADORES Y DE LAS DIMENSIONES

1) Si el Derecho Constitucional comparado orienta y especializa el campo del saber y contribuye a la ampliación y divulgación de los conocimientos; entonces, será menester explorar la experiencia constitucional comparada la cual demuestra que los sistemas tienden a evolucionar hacia jurisdicciones que unifican la interpretación constitucional y son un verdadero punto de imputación jurídica.

2) Se considera que el actual sistema de control de la constitucionalidad en México es limitado, ineficiente y diseminado, en consecuencia, es conveniente la existencia de un Tribunal Constitucional con competencias amplias y explícitas a fin de darle unidad al sistema y coherencia a sus componentes.

3) Previendo que el Tribunal Constitucional Mexicano será el órgano supremo de control de la constitucionalidad, éste deberá ser instaurado respetando las particularidades jurídico-políticas de nuestro país, instituyéndose así como guardián y defensor de la Constitución.

4) Si se plantea la creación del Tribunal Constitucional Mexicano; entonces, será importante realizar un análisis y evaluación de las funciones que actualmente realiza la Suprema Corte de Justicia y separar las claramente constitucionales para que sean competencia del Tribunal Constitucional y transformar a la Suprema Corte como un verdadero Tribunal de Derecho, por vía de la casación, en su concepción moderna.

5) Al establecer un nuevo órgano constituido, como lo es el Tribunal Constitucional, deberán realizarse modificaciones a la Carta Magna y algunas

leyes secundarias para hacerlas acordes a las funciones que desempeñará dicha institución.

4. TIPOLOGÍA DE LA TESIS

Tesis jurídico-propositiva tomando como base tanto los sistemas de control de la constitucionalidad en el Derecho Comparado, el actual sistema de control de la constitucionalidad, así como las características jurídico-políticas de nuestro país.

4.1. Selección de métodos.

Si bien es cierto que se tomará de base para la investigación el Método Comparativo, también lo es que dada la dimensión de este proyecto es indispensable auxiliarnos de otros métodos que nos servirán de apoyo y darán consistencia a lo propuesto.

- **MÉTODO ANALÓGICO O COMPARATIVO.** Se compararán fenómenos jurídicos (sistemas de control de la constitucionalidad) por sus semejanzas y diferencias, pasando de lo conocido a lo desconocido, considerando la experiencia normativa en el tiempo y en el espacio. Este método académico es decisivo para empezar a entender el papel que juega el control de la constitucionalidad en el sistema político mexicano, así como sus constricciones y retos futuros.

Para lograr sus fines el Derecho Comparado se vale del Método Jurídico, que tiene por objeto de estudio las normas que componen los ordenamientos jurídicos.

- **MÉTODO HISTÓRICO.** El estudio histórico es fundamental en el análisis que persigue la comparación, porque sólo cuándo la investigación ahonda en la historia es posible extraer las raíces de instituciones y disciplinas, comprender

analogías y diferencias. Por ello la historia jurídica posee una función auxiliar respecto del fin principal de la comparación.

En otras palabras, es innegable que para el desarrollo del presente tema, se debe considerar, en primer término, las diferentes aportaciones teóricas que en diversas etapas de la historia se han propuesto, para lo cual se debe partir del método histórico toda vez que, a través del mismo, se retomarán los antecedentes que han dado origen a la figura en cuestión.

En sí, conocer la perspectiva histórica es indispensable para encontrar el verdadero sentido de las categorías jurídicas. La mirada retrospectiva que a continuación se desarrollará, la enfocaremos al estudio del control en referencia y su influencia en el desarrollo del sistema que impregna a la Constitución mexicana.

De esta forma, se hará referencia al desarrollo cronológico del control de constitucionalidad en México y en otros Estados Constitucionales, sustentado en la experiencia de los tiempos.

Los dos métodos antes descritos suelen compactarse en uno denominado: Método Histórico-Comparativo. Siendo muy apropiado para abordar el complejo sistema en estudio, pues nos permite comprenderlo en sus diversas modalidades y matices, reflexionando que los sistemas de control de la constitucionalidad en el presente han evolucionado, por lo que para entenderlos hay que acudir a un cotejo tanto en el tiempo como en el espacio.

- **MÉTODO DE INTERPRETACIÓN DOCTRINAL.** Se desentrañara el sentido de la norma jurídica mediante útiles opiniones de los estudiosos del derecho, quienes plasman por escrito sus reflexiones alrededor de la validez formal, real o intrínseca de las normas y sistemas jurídicos en reflexión.

La doctrina, forma parte de cualquier recepción hermenéutica o exegética, por ser estas manifestaciones, por cierto, las que sirven como mediadoras de forma intensiva, entre los diferentes Estados constitucionales,¹⁷ al colaborar profundamente en la organización y jerarquización de los diferentes actores y materias objeto de recepción. Asimismo, ella juega un rol notable en la medida de que consigna y sistematiza funcionalmente los procesos de recepción subsumiéndolos en determinados tipos y categorías, al atribuirles su calibre específico.

- MÉTODO SISTEMÁTICO. Se tratará de ordenar los conocimientos agrupándolo en un sistema coherente, de manera que resulten claras las relaciones y dependencias recíprocas de las partes componentes del todo.
- MÉTODO DE SIMPLE INVESTIGACIÓN. Ya que existe una evaluación crítica de los datos disponibles sobre el medio de control de constitucionalidad exaltado.
- MÉTODO DEDUCTIVO. Porque en la presente investigación los temas han sido planteados inicialmente de manera general, hasta llegar a aspectos concretos y específicos del problema.
- METODO INDUCTIVO.¹⁸ Se considerarán una serie de fenómenos y conocimientos particulares sobre los medios de control de la constitucionalidad para llegar a conclusiones generales. Del análisis de varios casos particulares en diferentes latitudes se llegará a conclusiones generales. Este método se

¹⁷ Una Constitución puede mostrarse efectivamente ejemplar no sólo en cuanto a su texto, sino también respecto de las doctrinas y jurisprudencia dimanantes de la exégesis de sus textos hecha por otro órgano constituyente y con la respectiva interpretación posterior a su vez de los propios textos.

¹⁸ La importancia de un principio de inducción para el método científico es máxima: "este principio determina la verdad de las teorías científicas; eliminarlo de la ciencia significaría nada menos que privar a ésta de la posibilidad de decidir sobre la verdad o falsedad de sus teorías; es evidente que sin él la ciencia perdería el derecho de distinguir sus teorías de las creaciones fantásticas y arbitrarias de la imaginación de un poeta". Vid. REICHENBACH, H, *Erkenntnis* I, 1930, p. 186. Citado por POPPER, Karl R., *La lógica de la investigación científica*, Traducción de Víctor Sánchez de Zavala, Madrid, Tecnos, Serie Estructura y función, El porvenir actual de la ciencia, 1997, p. 28.

instrumenta principalmente en la presente investigación mediante el análisis y presentación de sistemas de control específicos y de su jurisprudencia.

- **MÉTODO ANALÍTICO.** Se distinguirán los elementos de esta figura constitucional y se procederá a revisar y analizar cada uno por separado.
- **MÉTODO DE INTERPRETACIÓN HERMENÉUTICA.** Descubriremos el sentido de una norma jurídica no fuera de su entorno, de manera aislada, sino en el sentido que le corresponde según el contexto de otras normas jurídicas que forman parte del mismo ordenamiento o de cuerpos de leyes afines.

Técnicas. El presente trabajo tendrá como base algunas de las Técnicas de Investigación Documental, las cuales tienen como objeto capturar los conocimientos, experiencias y avances más significativos del fenómeno a investigar en el menor tiempo posible y con los resultados más satisfactorios. Mediante estas técnicas será posible establecer la información expositiva.

- Técnica de investigación bibliográfica, la que nos ayudará a captar los adelantos científico-jurídicos en el menor tiempo posible.
- Técnica de investigación hemerográfica, realizada principalmente a revistas especializadas en el tema, lo que permitirá mayor novedad y profundidad de la fuente de información.
- Técnica de investigación jurisprudencial, la exploración de jurisprudencia es un instrumento valioso para este tipo de investigación, ya que las interpretaciones a la normatividad jurídica, hecha por conocedores en la materia, nos brindará un panorama más amplio y adecuado sobre el tema a analizar.

4.2. Selección de teorías.

- CIENCIA CONSTITUCIONAL. Es el estudio histórico y sistemático de los fenómenos constitucionales, basado en la Teoría de la Constitución confrontada con los hechos y comprobada empíricamente.¹⁹
- TEORÍA ANALÍTICA: Los analíticos entienden que la honestidad y la claridad del intelecto se producen gracias a la honestidad y claridad en el discurso: el buen uso del lenguaje²⁰ y el correcto empleo de las categorías es un componente esencial de la Escuela Analítica Italiana.²¹
- TEORÍA CONSTITUCIONAL: Trátase del conjunto de principios, normas y técnicas político-jurídicas que, con sujeción al constitucionalismo, determinan con validez universal el concepto, características, contenido y finalidad de la Constitución de cualquier Estado. Es claro, por ende, que la Teoría Constitucional no versa sobre el análisis y evaluación de la Ley Suprema de un Estado concreto, pues su tema es de sentido y alcance general. Es evidente que dicha Teoría se funda y desarrolla dentro de los parámetros del constitucionalismo, es decir, de un movimiento que pugna por la promoción y defensa de la dignidad y derechos esenciales de la persona, sobre la base del

¹⁹ La Ciencia Constitucional se integra por a Teoría de la Constitución (científicamente elaborada) y por el estudio del Derecho Constitucional positivo. Vid. COVIÁN ANDRADE, Miguel, *Teoría Constitucional*, 3ª Edición, México, Centro de Estudios de Ingeniería Política y Constitucional A.C. (CEDIPC), 2004, Volumen I, pp. 2 y 8.

²⁰ Parafraseando la opinión expresada por el jurista británico Goodrich, el análisis de un Código legal que quiera ser, desde el punto de vista teórico verdaderamente adecuado, no puede dejar de tener en consideración las implicaciones socio-culturales del lenguaje en el que ha sido pensado y escrito. Cfr. GOODRICH, P. "The role of Linguistics in Legal Analysis", en *The Modern Law Rew*, Londres, 1984, número 5. p. 523 y ss. Del mismo autor, *Legal Discourse, Studies in Linguistics, Rethoric and Legal Analysis*, Haundmills-Basingstroke, Hampshire, Londres, 1987.

²¹ Vid. BOBBIO, Norberto, "Ciencia del derecho y análisis del lenguaje", en *Contribución a la Teoría del Derecho*, Traducción Alfonso Ruiz Miguel, 2ª Edición, Madrid, Debate, 1990; FERRAJOLI, Luigi, "Filosofía analítica del diritto e dimensionme pragmatica della scienza giuridica", en *Scritti per Uberto Scarpelli*, Milan, Giuffré, 1997, pp. 353 y ss. Del mismo autor, *La cultura giuridica nell'Italia del Novecento*, 2ª Edición, Roma-Bari, Laterza, 1999, pp. 83 y ss; GUASTINI, Riccardo, *Distinguiendo. Estudios de teoría y metateoría del derecho*, Traducción Jordi Ferrer, Barcelona, Gedisa, 1999, pp. 58 y ss.

gobierno o poder limitado. La Teoría que nos ocupa se construye deductiva e inductivamente, ambas vías simultáneamente, porque en ella encontramos principios normativos o de recta conducta que se nos presentan con el rasgo de validez universal, a la par que hallamos otros principios resultantes de la experiencia histórica, del aspecto empírico que tienen los procesos político-jurídicos.

- TEORÍA CONSTITUCIONAL CIENTÍFICA: Los fenómenos constitucionales sólo pueden entenderse con fundamento en los conceptos teórico-constitucionales, sin los cuales los primeros permanecen en el plano del suceso sin llegar al conocimiento.²²
- CIENCIA POLÍTICA: Se utilizará en ámbitos de interés común. Esta ciencia no se propone las normas como objeto de estudio, sino por el contrario, los resultados que aquellas determinan. Es una ciencia del *ser* y no del *deber ser*, se interesa por la concreta realización de las prescripciones normativas, ignorando el tracto que se verifica desde estas hasta su efectiva aplicación.

En sentido amplio, esta ciencia denota cualquier estudio de los fenómenos y de las estructuras políticas, conducido por sistematicidad y con rigor, apoyado en un amplio y preciso examen de los hechos, expuesto con argumentos racionales.²³

Cabe señalar, que punto de unión entre la Ciencia Política y la Ciencia Jurídica es la Ciencia Constitucional. Toda vez que el nacimiento de un orden jurídico es un acto cuya naturaleza es política. Como decía Lasalle, los problemas constitucionales son primariamente políticos, y sólo secundariamente jurídicos.

²² Vid. COVIÁN ANDRADE, Miguel, *Teoría Constitucional*, op. cit. p. 1.

²³ Vid. BOBBIO, Norberto, MATTEUCCI, Nicola y PASQUINO, Gianfranco, voz en *Diccionario de Política*, 10ª Edición, México, Siglo Veintiuno Editores, 1997, p.83.

- **INGENIERÍA CONSTITUCIONAL:** Su enfoque se refiere al estudio, al análisis y la nueva concepción del poder organizado en una Constitución bajo la analogía de la Constitución con una máquina que debe funcionar eficazmente.²⁴ Desde esta perspectiva, las Constituciones serían diseños de máquinas concebidas para producir gobernabilidad, concebida ésta como la aptitud de una organización política en su conjunto para responder satisfactoriamente (con eficacia, persistencia y aceptación general) a las demandas que la sociedad formula. Esa aptitud se expresaría en el funcionamiento regular de las instituciones y en los resultados socioeconómicos obtenidos.²⁵

4.3. Selección de conceptos.

- **CONTROL DE LA CONSTITUCIONALIDAD.** Se refiere a la comprobación de la coincidencia de los actos de autoridad con las disposiciones constitucionales y la eventual destrucción de los efectos de aquellos actos que infrinjan esas disposiciones al ser realizadas por órganos del Estado o servidores públicos.
- **SISTEMA.** Conjunto interconectado de elementos con relaciones estructurales características, que se influyen recíprocamente. El término sistema sólo debe aplicarse a los elementos que significativamente se relacionan entre sí. Dicha relación se da en un alto nivel de interdependencia.
- **SISTEMA DE CONTROL DE LA CONSTITUCIONALIDAD.** A través de los medios de control de la constitucionalidad se destruyen los efectos de los actos de autoridad contrarios al texto constitucional. La estructura de estos medios de

²⁴ La idea de Sartori sobre el concepto de la ingeniería constitucional se inspiró el Jeremías Betham, para el estudio de la sociedad y su mecánica de funcionamiento, mediante la aplicación de castigos y recompensas, para incentivar un buen diseño institucional. De acuerdo con una original analogía, las Constituciones se asemejan a diseños de máquinas o aparatos, es decir, a diseños de mecanismos que deben funcionar y producir algo. De allí la expresión "Ingeniería constitucional" para referirse al análisis del diseño y funcionamiento de la maquinaria o aparato estatal. *Vid. SARTORI Giovanni, Ingeniería constitucional comparada, una investigación de estructuras, incentivos y resultados*, México, Fondo de Cultura Económica. 2000, p. 9.

²⁵ VALLÉS, J. y BOSCH, A., *Sistemas electorales y gobierno representativo*, Barcelona, Ariel, 1997, p. 149.

control, su organización, sus procedimientos, los órganos que los aplican y las resoluciones que éstos emitan configuran los sistemas de control de la constitucionalidad.²⁶

- EFICACIA. Se medirá la eficacia del actual sistema mexicano de control de la constitucionalidad, atendiendo a la consecución de sus fines o al cumplimiento de su función. De esta manera el examen se abocará a buscar la relación entre la eficacia y la consecución del fin.

En términos generales el concepto de eficacia está referido 1) a la aplicación de los medios de control de la constitucionalidad, 2) a su obediencia, cumplimiento, acatamiento, observancia o aceptación, y 3) a la realización de sus efectos o al cumplimiento de sus fines y propósitos.²⁷

4.4. FUENTES. Las normas jurídicas positivas, la doctrina jurídica nacional y extranjera, la jurisprudencia, el estudio comparativo y la historia constitucional.

5. CIENTIFICIDAD DE LA TESIS

La finalidad de toda investigación jurídica se centra en lograr un cúmulo de objetivos tendientes a realizar, sea bien: los valores del derecho: justicia y la seguridad jurídica; el desarrollo del derecho como ciencia; el bien del ser humano; la búsqueda de la verdad; la realización de la paz y la armonía; la dignidad humana y el amor. De hecho, ese es el valor intrínseco de esta tesis: logra ser científica y, a la postre, cumplir con sus otras prerrogativas.²⁸

²⁶ COVIÁN ANDRADE, Miguel, *El control de la constitucionalidad en el derecho comparado*, México, Centro de Estudios de Ingeniería Política y Constitucional A.C., 2001. p. 25.

²⁷ Cfr. BONIFAZ, ALFONZO, Leticia, *El problema de la eficacia en el derecho*, 2ª Edición, México, Porrúa, 1999.

²⁸ Vid. PONCE DE LEON, ARMENTA, Luis, *Metodología del Derecho*, 5ª Edición, México, Porrúa, 2000, p. 1.

Congruentemente, la cientificidad de esta investigación se corrobora medularmente al aplicar la estrategia de la investigación científica: el método científico, método fundamental de la ciencia, que, a su vez, permitió la concurrencia de varios métodos y técnicas explícitas en la metodología.

Efectivamente, el método científico constituyó el proceso sistemático y razonado que se siguió para la obtención de la verdad científica en el presente trabajo. Por ello, los postulados de esta tesis se sustentan en la confrontación sistemática de saber partiendo de las hipótesis para su comprobación, buscando la verdad por encima de posiciones parciales de la realidad social. En sí esta investigación lleva metódicamente procesado un saber sobre el tema de control de la constitucionalidad, en el que queda implícito su comprobación.

Como lo manifiesta Mario Bunge el método científico y las varias técnicas de la ciencia se emplean en dos sentidos: para incrementar nuestro conocimiento, su objetivo es intrínseco y en sentido derivativo el método y sus técnicas se emplean para aumentar nuestro bienestar, es decir, su objetivo es utilitario. Pues bien, en la investigación que nos ocupa se cumplen satisfactoriamente esto dos extremos, así a la vez que amplía el conocimiento del lector al aportar consideraciones integrales sobre el control de la constitucionalidad, convirtiéndose en una herramienta útil para el profesional del derecho interesado en el tema; del mismo modo, también propone el bienestar de la sociedad, al encontrar en el sistema de control de la constitucionalidad el mejor garante del texto constitucional.²⁹

Cabe señalar que en este proceso de investigación, se sientan las bases para la creación de un modelo teórico indispensable para aproximarse al sentido de las acciones históricas y sociales, capaces de comprender la relevancia de sus juicios de imputación causal en el proceder científico, asumiendo la objetividad

²⁹ BUNGE, Mario, *La investigación científica*, Traducción de Manuel Sacristán, 3ª Edición, Barcelona, Ariel, 1975.

pues han de relacionar para lograr los fines, la “explicación” observadora y la comprensión “interpretativa”. Weber anota qué fenómenos laboran en la esfera de lo no interpretable, cuya actividad se reduciría a establecer la no contradicción de ellos en relación a las leyes logradas por inducción, y a sucesivas constataciones de validez empírica.³⁰

Esta tesis como todo proceso cognitivo, implica invariablemente estructuras de interpretación como condición de desarrollo de los conocimientos y, a su vez, una incoercible tendencia a la búsqueda de razones.³¹ Se da coherencia lógico-jurídica de los sistemas de control de la constitucionalidad y de su normatividad en su aplicación. Con ello se propone la solución de conflictos que surgen necesariamente entre la Carta Fundamental y las leyes y actos de producción estatal.

Además en concordancia con Karl Popper este trabajo científico se desarrolla con la crítica, no con la observación, consiste en proponer teorías y en

³⁰ Max Weber concibe el proceso metodológico de las ciencias histórico-sociales comprometido con la elaboración conceptual pero, a su vez, obligado a dar cuenta de una dimensión adicional de sus aproximaciones: la interpretación de la acción. Para Weber la idoneidad científica del proceso metodológico de elaboración conceptual, propia de las ciencias de la esfera de lo interpretable, consiste en ligar la explicación y la comprensión, a través de la elaboración de esquemas de interpretación explicativa, que orientan la posibilidad de establecer relaciones causales.

De esta forma, el investigador de las ciencias socio-históricas (las ciencias de lo interpretable) debe ir, a juicio de Weber, más allá del establecimiento de regularidades. Que deba ir más allá implica que debe operar relacionado la explicación y la comprensión. En esa relación, Weber concentra sus esfuerzos de elaboración metodológica y arriba a la necesidad de coordinación entre historia y sociología para que la primera tenga justificación y control empírico, y la segunda no se vea reducida a un conjunto de regularidades comprensibles, pero no aplicables al desarrollo histórico.

En síntesis, en la concepción weberiana, el tema de la causalidad es el elemento central en la diferenciación entre las ciencias: en las ciencias sin necesidad de interpretación, la causalidad se reduce a la probabilidad de ocurrencia entre los fenómenos, con arreglo a una regularidad generalizada por inducción. En las ciencias comprometidas con la interpretación, debido a la necesidad de elaborar esquemas teóricos que hagan posible comprender el sentido de las acciones, el sujeto no se reduce a constatar, sino que le es asignada, con claridad, la función de imputar a las relaciones constatadas, una direccionalidad de tipo causal, en un contexto de regularidades comprendidas y con cierto grado de verosimilitud. Vid. GIL ANTON, Manuel, *Conocimiento científico y acción social, Crítica epistemológica a la concepción de Ciencia de Max Weber*, Prologo de Rolando García, Barcelona, Gedisa, Serie CLA.DE.MA Filosofía de la Ciencia, 1997, p. 211.

³¹ Cfr. CARNAP, Rudolf, *La Construcción Lógica del Mundo*, México, Instituto de Investigaciones Filosóficas, UNAM, 1990.

contrastarlas. Para este autor la Ciencia siempre está cerca de la realidad pero nunca llegan a juntarse. Esto es lo que hace absurda la verificación de la ciencia. No se ha de verificar, lo que debemos hacer es formular teorías cada vez más perfectas.

Precisiones metodológicas

- El tópico que nos ocupa es de por sí ambicioso, más aún si tomamos en cuenta la extensión de los sistemas jurídicos extranjeros a los que se hará referencia. Por lo que en aras de los objetivos de esta investigación, las cuestiones internacionales se expondrán de manera un tanto acotada, no así los temas nacionales, los cuales se desarrollarán de manera más profunda. Asimismo nos ceñiremos al ámbito jurídico, y únicamente se abarcarán otras áreas o disciplinas de manera tangencial.
- De igual forma, sería soberbio y descontextualizado de nuestra parte considerar que el modelo propuesto es sumamente vasto y con él se cumplen todos los extremos del control de la constitucionalidad que requiere el país. Al contrario, el sistema que en esta investigación se desarrolla trata de dar pautas generales -y otras no tanto- que guíen para estructurar un sistema federal integral en este país, mismo que requerirá la adhesión del control local de control de la constitucionalidad, de importantes modificaciones constitucionales y de un desarrollo legislativo posterior. Por ello, las conclusiones a las que se lleguen tendrán un carácter eminentemente provisional, por el sólo hecho de estar sometidas a la lógica revisión crítica de toda obra intelectual.
- El parámetro para realizar la presente investigación es el control jurisdiccional de la constitucionalidad. Si bien, a lo largo de esta investigación sólo nos referiremos genéricamente al control de la constitucionalidad para simplificar su comprensión. Es importante subrayar que el control jurisdiccional de la



constitucionalidad se aplica mediante dos diferentes sistemas, los cuales se denominan "difuso" o "americano" y "concentrado" o "europeo". El control jurisdiccional de la constitucionalidad se caracteriza por facultar a ciertos tribunales para que, mediante sus resoluciones pronunciadas en juicio, determinen si un acto de autoridad (acto concreto, ley, reglamento, etc.) es constitucional o no.

INTRODUCCIÓN

Es un hecho que México enfrenta una vertiginosa carrera en el mejoramiento de sus instituciones. Conscientes de la problemática que existe en relación al tema que nos ocupa, esta investigación plantea la posibilidad de reestructurar el sistema federal de control jurisdiccional de la constitucionalidad, basado en una adecuada ingeniería constitucional.

Se realizará una labor crítica, consustancial a toda actividad científica, intentando dar funcionalidad a los mecanismos de control en cita. Nos abocaremos, como anteriormente se precisó, a los estudios comparativos sobre el control de la constitucionalidad, específicamente en Europa y América, pues los mismos contribuirán a reconducirlo en el cuadro de modelos heurísticos comunes.

Cabe precisar que la amplitud y complejidad, tanto de tribunales u órganos que realizan dicho control, como de los numerosos procedimientos establecidos para su andamio, se hace evidente a la hora de pretender realizar un examen pormenorizado de la rica diversidad. De allí que hemos creído oportuno realizar una presentación somera de diversos tribunales y procedimientos de algunas latitudes, lo cual nos servirá para hacer un razonamiento del control en sus vastas dimensiones. A esta visión descriptiva se le añadirán aportaciones analíticas en aquellas cuestiones que se consideran de suma importancia para lograr el perfeccionamiento del sistema.

Tras estas consideraciones previas, ahondemos un poco en los acápites del presente análisis.

El primer capítulo está dedicado a explicar y profundizar aspectos teóricos relativos a nuestra pauta epistemológica. Para ello, nos auxiliaremos de la doctrina más autorizada, la cual nos ayudará a escudriñar el sentido de los elementos teóricos a los que haremos referencia. En la segunda sección se hará

una remembranza y se precisarán características propias de cada uno de los modelos de control de la constitucionalidad: el difuso y el concentrado. Evidenciándose algunos problemas que plantean, desde su concepción original, hasta nuestros días. En el tercer apartado, se expondrán, desde el punto de vista comparado, los sistemas de control de la constitucionalidad en algunos países europeos, los cuales se caracterizan por ser de los más desarrollados del mundo. Consecutivamente, en el cuarto segmento nos abocaremos al examen del control en cita y su desarrollo en algunos países latinoamericanos, haciendo énfasis en las dificultades que han tenido para lograr un sistema eficaz. Más tarde, discerniremos sobre el origen histórico de la institución en nuestro país, marcada en sus inicios por una clara influencia del sistema difuso. Denotando suma trascendencia el hecho de que paulatinamente se le han incorporado elementos del sistema concentrado. Por último, en el quinto capítulo, después de breves reseñas sobre cada medio de control en alusión y de explicar cuales serán las medidas que facilitarán la superación de hipotéticas disfuncionalidades que en el sistema puede introducir la dualidad jurisdiccional –la existencia de un Tribunal Constitucional y una Corte Suprema de Justicia-, concluiremos proponiendo el sistema federal de control que debe imperar en México.

Es fácil percatarse que se tratará de un sistema mixto, no por ello dejará de tener su soporte teórico en el sistema concentrado, de lo contrario solamente se haría una mezcla arbitraria de los dos sistemas originarios. De hecho, si la actividad académica se redujera a una suerte de ejercicios legales *in vitro* probablemente no se tomaría en consideración las particularidades político-jurídicas que hay en el país. Sin embargo, es necesario plantear las soluciones que brinda el Derecho Constitucional, dentro del mundo contextual en el que vivimos. Y ese mundo, no sólo presenta un sinnúmero de condicionamientos, sino que además está compuesto por una estructura normativa que se ha ido asentando de conformidad al propio desarrollo social, jurídico y político de la nación.

“Una Constitución no es producto de un gobierno sino de un pueblo que constituye un gobierno, y el gobierno sin Constitución es poder sin derecho.”

Thomas Paine

CAPÍTULO I

1. CONSTITUCIÓN Y CONTROL DE LA CONSTITUCIONALIDAD

1.1. Idea y funciones de la Constitución

Basándose en ideas nacidas en Inglaterra, Montesquieu y los padres de la Constitución norteamericana, articularon el concepto de una Constitución limitadora, según el cual el constitucionalismo liberal se ha desarrollado desde entonces. Sobresalía la idea de proporcionar adecuadas salvaguardas institucionales a la libertad individual, creando para tal efecto la división de poderes. Como es sabido dicha separación, ha permitido alcanzar, la gobernabilidad democrática, pero no ha sido suficiente para proteger íntegramente el texto constitucional.³²

Existen muchos tipos de Constitución, según las características de país, época e interpretación determinada, lo cual implica una complejidad para intentar construir una definición unívoca. De hecho, el término Constitución es usado en el lenguaje jurídico y político con multiplicidad de significados y matices. Para la filosofía política, el término “Constitución” es comúnmente utilizado en su sentido originario, para denotar cualquier ordenamiento estatal de tipo liberal-garantista.³³ Un ordenamiento en el que la libertad de los ciudadanos en sus

³² HAYEK FRIEDRICH, A., *Derecho, legislación y libertad*, Madrid, Unión Editorial, S.A., Serie Normas y Orden, 1978, Volumen I, p. 9.

³³ MATTEUCCI, N., “Positivismo jurídico e costituzionalismo”, en *Revista trimestrali di diritto e procedura civile*, Turín, 1963.

relaciones con el Estado este protegida mediante oportunas técnicas de división del poder político.³⁴

Carl Schmitt en su libro *Teoría de la Constitución* denomina a la Constitución "ideal" e indica:

"[...]... la terminología de la lucha política comporta el que cada partido en lucha reconozca como verdadera Constitución sólo aquella que corresponde a sus postulados políticos...En particular, la burguesía liberal, en su lucha contra la monarquía absoluta, puso en pie cierto concepto ideal de Constitución y lo llegó a identificar con el concepto de Constitución. Se hablaba pues, de Constitución sólo cuando se cumplían las exigencias de libertad burguesa y estaba asegurado un adecuado influjo político a la burguesía."³⁵

Esta autor reconoce que la palabra Constitución conlleva diversos sentidos, razón por la cual se debe limitar a designarla: "Constitución del Estado", es decir, unidad política del pueblo. Asimismo asegura que sólo es posible un concepto de Constitución cuando se distinguen Constitución y ley constitucional. La Constitución surge mediante un acto del Poder Constituyente, mientras que ley emana de un poder constituido. En consecuencia la Constitución vale en virtud de la voluntad política que el constituyente le da y las leyes constitucionales valen a base de la Constitución y presuponen una Constitución.

De esta forma, el Poder Constituyente al crear una Constitución está tomando decisiones políticas fundamentales que definen su soberanía, la organización del Estado y la forma de gobierno. Por ello, esas decisiones serán la

³⁴ McILWAIN, Ch. H., *Constitutionalism: Ancient and Modern (1947)*, New York, Ithaca, 1958, pp. 10 y ss.

³⁵ SCHMITT, Carl, *Teoría de la Constitución*, Traducción Ayala, Francisco, Madrid, Alianza Editorial, 1982, p. 58.

esencia del texto constitucional y, por ende, no podrán ser manipuladas arbitrariamente por un órgano constituido.

Por otra parte Fernando Lasalle, al contestar ¿Que es una Constitución? señala:

"[...]... muchos se sentirán tentados a consultar el boletín de Leyes Prusiano de 1850 y de buscar en él la Constitución Prusiana, pero... no se trata de una respuesta a mi pregunta, porque lo que se halla aquí es el contenido particular de una Constitución determinada, la Constitución Prusiana, y de ninguna manera puede responder entonces a la pregunta de cual es la esencia, la noción fundamental de una Constitución en general".³⁶

Con estas palabras el citado autor trató de encontrar un concepto genérico de Constitución y no confundir a una determinada especie con el género. De esta manera, definió a la Constitución, como la suma de lo que denomina los factores reales de poder que rigen a un país. Considera que la esencia de una Constitución hay que encontrarla en los factores reales de poder que existen en todas las sociedades, y por eso, precisamente, dice en la última parte de su conferencia:

"[...]... los asuntos constitucionales son en primer lugar no cuestiones de derecho, sino de fuerza; la Constitución efectiva de un país sólo existe en las relaciones de fuerza de un país [...]."³⁷

Para Lassalle la Constitución forma la expresión de todo aquello que representa una injerencia directa y real, en la vida publica de un Estado. Es la adición de todas las fuerzas, distintas, contrarias, adversarias, convergentes o no, y sobre todo, siempre variantes a su tiempo, que hay en una nación. Fuerzas

³⁶ LASALLE, Fernando, *¿Que es una Constitución?*, 2ª edición, Traducción Acosta Romero, Manuel, México, Hispánicas, 1989, pp. 29-30.

³⁷ *Ibidem*. p. 47.

reconocidas legalmente como un poder real que está presente en la sociedad, estableciendo las reglas del juego político del país.

Complementa su idea argumentando que el objetivo fundamental en el Estado es la estabilidad. El deseo de la paz y armonía, fundamentan la estabilidad para el desenvolvimiento del país, de su progreso y de su desarrollo, pero sobre todo para la convivencia en lo común, la armonía con el prójimo. La vida en comunidad es el principio de necesidad que arrastra a todo un país a pactar entre todas las fuerzas que son un poder en lo público.

Pero no hay que dejar a un lado, que la idea del factor real del poder es ambigua, variante y abstracta. Y su importancia radica en que el factor real de poder siempre será el fundamento de la norma suprema. Es la piedra angular de la Constitución, así como ésta es la piedra angular del Estado. La Constitución es el destino a llegar entre las diversas fuerzas políticas, y el destino en común, es la felicidad pública.³⁸

En efecto, -reprochaba Lasalle a sus coetáneos- una Constitución no es un mero texto que lleva ese nombre, una simple hoja de papel subordinada a la voluntad de los gobernantes en turno, sino que tiene un contenido axiológico determinado. Y agregaba: "Las Constituciones escritas no tienen valor ni son duraderas más que cuando dan expresión fiel a los factores reales de poder imperantes en la realidad social."³⁹

³⁸ Esta felicidad pública arrastra a las fuerzas políticas a que pacten las reglas del juego en que estas fuerzas funcionarían como factores y se desenvolverían pacíficamente en el país. La Constitución es la piedra angular del Estado. Los factores reales de poder son, analógicamente, como las aguas que necesitan andar por el sendero de la Constitución para lograr la felicidad pública. *Cfr.* GUERRA ROJAS, Pared, *La Constitución y sus formas*. Artículo consultable en la Página de Internet: <http://www.libertadexpresa.com/sph/heraclito.htm>.

³⁹ LASALLE, Fernando, *¿Que es una Constitución?*, *op. cit.* pp. 119 y ss.

Desde la perspectiva de Kelsen la Constitución es el proceso por el que la acción gubernamental queda limitada de un modo efectivo.⁴⁰ Es la norma suprema del ordenamiento jurídico, vértice de la pirámide Kelseniana, de la cual deriva todo el resto de las normas jurídicas que deben respetar el principio de jerarquía normativa.⁴¹

La idea de Constitución es entendida por el ínclito jurista como una norma organizativa y procedimental, cuyo objeto va a consistir en fijar la competencia de los órganos del Estado, así como regular la producción de las normas generales.⁴² La Constitución en el pensamiento kelseniano no es una norma que asegure los valores fundamentales de la convivencia social y que vincula a todos sin excepción,⁴³ sino esencialmente la que estructura los órganos del Estado, señala los procedimientos de creación de las demás normas del ordenamiento estatal, y en esa medida directamente vinculante, con carácter exclusivo, sólo al legislador ordinario.⁴⁴

Al referirse a la eficacia de la Constitución, Kelsen señala que ésta es eficaz cuando las normas establecidas conforme a ellas son aplicadas y acatadas en términos generales.⁴⁵ Kelsen agrega aquí un nuevo elemento a considerar: la generalidad de la obediencia o el acatamiento, esto para evitar que un caso de desobediencia o de inaplicación pudiera considerarse causa de ineficacia de un orden jurídico determinado.

⁴⁰ FRIEDRICH, Carl J., *Constitutional Government and Democracy, Theory and practice in Europe and America*, Boston, Ginn, 1950, p. 131.

⁴¹ RUIZ MANTECA, Rafael, *et al. "Introducción al Derecho y Derecho Constitucional"*, Colección *Estructuras y Procesos*, Madrid, Serie Derecho, Trotta, 1994, p. 290.

⁴² KELSEN, Hans, *Teoría General del Estado*, Traducción de Luis Legaz y Lacambra, México, Editora Nacional, 1970, pp. 325-327.

⁴³ RUBIO LLORENTE, Francisco, "La Constitución como fuente de derecho", en *La forma de poder. Estudios sobre la Constitución, op.cit.* pp. 43 y ss.

⁴⁴ ZAGREBELSKY, Gustavo, *La giustizia costituzionale*, Boloña, Editorial Il Mulino, 1988, pp. 28-33.

⁴⁵ KELSEN, Hans, *Teoría Pura del Derecho*, México, UNAM, 1979, p. 219.

Cabe indicar que hoy, la Constitución está lejos de considerarse únicamente un cuerpo de normas organizativas y reguladoras del procedimiento de creación de las demás fuentes del derecho. La Constitución contiene entre sus preceptos, y muy significativamente en la tabla de los derechos fundamentales, lo que la doctrina germánica ha reconocido como el sistema de valores materiales del ordenamiento jurídico, normas portadoras de valores, y por eso mismo, caracterizadas por tener una fuerte dosis de indeterminación y ambigüedad.⁴⁶ Como consecuencia de ello, actualmente la norma suprema no es una norma que sólo tenga como destinatario al Poder Legislativo, pues a ella se encuentran vinculados, además, todos los poderes, incluyendo, al Poder Judicial y aún a los propios *privatos*.

La vieja concepción de la Constitución como norma meramente organizativa y situada en un parámetro casi metajurídico desde el punto de vista material, se ve sustituida por una concepción de la Constitución entendida como una norma directamente eficaz tanto en sus mandatos organizativos o institucionales, como en aquellos de naturaleza material y sustantiva. Valores y principios constitucionales se proyectan sobre todo el ordenamiento.

El constitucionalista Francisco Fernández Segado exterioriza esta idea de la siguiente manera:

“A diferencia del siglo pasado, los códigos constitucionales no son meros estatutos organizativos del poder que se limiten a precisar instrumentos de garantía frente al arbitrio de los poderes públicos, sino que las Constituciones han ampliado sus contenidos para intentar cumplir, con idénticas pretensiones de eficacia, funciones de promoción y de redistribución del bienestar social y económico,

⁴⁶ NIETO, Alejandro, "Peculiaridades jurídicas de la norma constitucional", en *Revista de Administración Pública*, Madrid, 1983, Vol. 1, número 100-102, pp. 371-415.

en definitiva, las leyes superiores han asumido, globalmente considerada, una función transformadora de la sociedad."⁴⁷

Karl Loewenstein⁴⁸ estableció su propia clasificación constitucional tomando en consideración la eficacia de las Constituciones, como normas encaminadas a regular la vida de la comunidad, en relación con la realidad sociopolítica de una Nación. De acuerdo con esto, las Constituciones podrán ser diferenciadas según su carácter normativo, nominal o semántico:

- a. Una Constitución es normativa cuando es efectivamente vivida por destinatarios y detentadores del poder. La Constitución es observada realmente por todos los interesados y tiene que estar integrada en la sociedad estatal.
- b. Una Constitución es nominal cuando los presupuestos sociales y económicos existentes en el momento operan contra la concordancia absoluta entre las normas constitucionales y las exigencias del proceso del poder. La situación no permite una integración completa entre las normas constitucionales y la vida política, aunque existe una esperanza de que esta integración se consiga.
- c. Una Constitución es semántica cuando en lugar de servir a la limitación del poder, es instrumento para estabilizar y eternizar la intervención de los dominadores fácticos, es decir, del poder político. Existe un total desajuste entre la norma y la realidad política.

Esta célebre tipología de la Constituciones debida a Karl Loewenstein opone las Constituciones "normativas", aquellas que son efectivamente vividas, a las Constituciones "semánticas", que son una especie de "disfraz" retórico de unas

⁴⁷ FERNÁNDEZ SEGADO, Francisco, *La dogmática de los derechos humanos*, Lima, Ediciones Jurídicas, 1996, p. 334.

⁴⁸ Citado por NUÑEZ RIVERO, Cayetano *et al.* *El Estado y la Constitución*, Madrid, Universidad Nacional de Educación a Distancia de Madrid, 1997, p. 88 y 89.

realidades del todo ajenas a las formas normativas constitucionales.⁴⁹ Este autor afirmaba que la Constitución debe presentar una situación de equilibrio entre las fuerzas sociales que participan en su nacimiento, por que éstas se esfuerzan en conseguir un texto que muestre una máxima concordancia entre la estructura social y la legal.

Carlos de Silva Nava, aporta su concepción de Constitución en los siguientes términos:

“La Constitución es la que establece los diversos órganos jurídicos y establece su coordinación entre sí, luego el funcionamiento de todo el orden jurídico a la postre redunda en una cuestión constitucional para ser la Constitución, la base, fundamento y origen de todos los sistemas jurídicos y de todos los procedimientos secundarios.”⁵⁰

Para los efectos del tema, cabe destacar lo asentado por Konrad Hesse:

“La Constitución tiene, entre otras funciones, la de limitar el poder estatal y preservarla de su abuso, ordenando el proceso de formación de unidad política, mediante la delimitación de las atribuciones a los poderes estatales, la regulación procesal de su ejercicio y el control de los mismos”.⁵¹

Por su parte Riccardo Guastini⁵² identifica y analiza cuatro conceptos: el primero utilizado por la filosofía política, concibe a la Constitución como un

⁴⁹ LOEWENSTEIN, Karl, *Teoría de la Constitución*, 2ª edición, Traducción de Gallego Anabitarte, A. Barcelona, Ariel, 1976, p. 216.

⁵⁰ Palabras del Ministro Jubilado Carlos de Silva Nava en el Foro de Reflexión “Justicia Constitucional”, en *Sobre una Reforma Integral y Coherente del Sistema de Impartición de Justicia en el Estado Mexicano*, Suprema Corte de Justicia de la Nación, 2005, p. 3.

⁵¹ HESSE, Konrad, *Concepto y calidad de Constitución. Escritos de derecho constitucional*, Madrid, Centro de Estudios Constitucionales, 1983, p. 22.

⁵² Citado por COMANDUCCI, Paolo, “Modelos e Interpretación de la Constitución”, en Carbonell, Miguel (comp.), *Teoría de la Constitución. Ensayos Escogidos*, México, Porrúa, UNAM, Instituto de Investigaciones Jurídicas, 2000, pp. 123-154.

“límite al poder político”. Este concepto proviene del artículo 16 de la Declaración Francesa de los Derechos de 1789. Algunas expresiones de uso común en la Teoría Constitucional la presuponen, tal es el caso de los términos “constitucionalismo”, “Estado constitucional” y “gobierno constitucional”. Este concepto conlleva una importante carga emotiva, derivada de los valores que la ideología liberal asocia a la división de poderes y a la garantía de los derechos.

El segundo de los conceptos de Constitución utilizado sobre todo en la Teoría del Derecho, es el que la entiende como un conjunto de “normas fundamentales”. En esta caso, habría tres clases de normas que se podrían considerar como fundamentales: a) las que determinan la “forma del Estado” (referidas a los distintos modos en que son organizadas las recíprocas relaciones entre los llamados elementos constitutivos del Estado: pueblo, gobierno y territorio); b) Las que determinan la “forma de gobierno”, referidas al modo en que se organizan las relaciones recíprocas entre los órganos constitucionales: Parlamento, gobierno, Jefe de Estado, Poder Judicial, y c) las que regulan la producción jurídica. Este segundo concepto de Constitución, a diferencia del primero se presenta como potencialmente neutro, ya que permite identificar a un texto normativo como Constitución con independencia de su contenido político.

El tercer concepto de Constitución se refiere simplemente a un “documento normativo” que tiene ese nombre. Se trata de un concepto políticamente neutro y sirve, sobre todo, para identificar el peculiar papel de los documentos constitucionales dentro de los ordenamientos jurídicos modernos: así como en dichos ordenamientos hay varias leyes, tratados y reglamentos, hay únicamente un texto que se llama Constitución.

Desde este último punto deriva el cuarto concepto de Constitución: “el documento normativo que se denomina Constitución”, además de su nombre particular, tiene un régimen jurídico especial. Expresión de este régimen jurídico son tanto la forma en que los preceptos constitucionales pueden ser modificados

(en un sistema de Constitución rígida, se entiende), como la posición –suprema, por encima de cualquier otra fuente– del texto constitucional dentro del ordenamiento.

Ciertamente, la concepción de Constitución implica necesariamente la idea de limitación del poder. La Constitución es la que restringe al poder y pone a éste al servicio de un fin, encauzado por el derecho. En sí, la Constitución no constituye sólo una técnica jurídica de organización del Estado contemporáneo, sino que para ser legítima debe ser coherente con lo que Georg Burdeau denomina la idea de derecho vigente en la sociedad, la cual incluye los principios de autodeterminación del pueblo y el respeto, garantía y protección de los derechos fundamentales⁵³. Este último es un rasgo fundamental de toda organización del poder y de toda legalidad que tenga pretensión de legitimidad en la sociedad contemporánea.

1.2. Conceptos y elementos del Estado de Derecho

El Estado de Derecho es la combinación de una misma fórmula, de “Estado” y “derecho”, el cual pretende expresar la correlación en que se encuentra el primero respecto al segundo de los términos, se trata de mostrar que el Estado está ligado al ordenamiento jurídico, con la finalidad de garantizar la seguridad jurídica de los ciudadanos. La Constitución de Massachussets de 1790 subsumiría el significado de esta cláusula en la conocida idea del gobierno de las leyes, no de los hombres.

Este término también hace referencia a ciertas convicciones, principios y creencias, típicos de aquel originario mundo conceptual liberal y burgués, los cuales dan todo su sentido a esa vinculación, a esta limitación del Estado por el

⁵³ Citado por ALCALÁ NOGUEIRA, Humberto, “La defensa de la Constitución, los modelos de control de constitucionalidad y las relaciones y tensiones de la judicatura ordinaria y los tribunales constitucionales en América del Sur”, en *Conflictos Institucionales. Alteraciones en el equilibrio entre órganos estatales, Contribuciones, op. cit.* p.154.

derecho.⁵⁴ Este Estado se encuentra íntimamente relacionado con el Estado limitado el cual comprende dos aspectos: a) los límites de los poderes, y b) las funciones del Estado. Estos aspectos son comprendidos por la doctrina liberal como libertad frente al Estado.

De tal manera que, el Estado de Derecho se contrapone al Estado absoluto entendido como *legibus solutus*, el Estado mínimo se contrapone al Estado máximo, entonces se debe decir que el Estado liberal se afirma en la lucha contra el Estado absoluto en defensa del Estado de Derecho y contra el Estado máximo en defensa del Estado mínimo, si bien los dos movimientos de emancipación no siempre coinciden histórica y prácticamente.

El Estado de Derecho, supuso una delimitación y reglamentación de las funciones del poder y la adopción de formas representativas, todo ello directamente orientado hacia la defensa de los derechos de los ciudadanos.⁵⁵ Este Estado ya no es concebido como lo haría en su momento Hans Kelsen,⁵⁶ quien identifica la legalidad y el Estado de Derecho o, lo que es igual, la identificación del Estado con el derecho. De ahí que Kelsen exprese que “todo Estado por el mero hecho de serlo, es Estado de Derecho”. En este tenor, el profesor Elías Díaz tuvo el mérito indiscutible de recordar que, “no todo Estado es Estado de Derecho”.⁵⁷

⁵⁴ FERNÁNDEZ SEGADO, Francisco, *El sistema constitucional español*, Madrid, Dykinson, 1992, p. 110.

⁵⁵ PEREZ LUÑO, Antonio E., *Derechos humanos, Estado de Derecho y Constitución*, 6ª Edición, Madrid, Tecnos, 1999, p. 213.

⁵⁶ KELSEN, Hans, *Allgemeine Staatslehre*, Springer, Berlín, 1925, Traducción L. Legaz y Lacambra, Barcelona, Labor, 1934, pp. 91-100,

⁵⁷ Esta tajante afirmación realizada en una etapa de la vida política española que evidentemente conculcaba las principales exigencias del Estado de Derecho, supuso un valioso instrumento de clarificación de posibles confusiones, ante los reiterados intentos del régimen franquista de autolegitimarse como Estado de Derecho y de concienciación sobre la necesidad de un cambio que acomodara el sistema político español a los auténticos postulados del Estado; además de que sirvió de estímulo para la lucha por un Estado de Derecho edificado sobre una sociedad plenamente democrática. Vid. DIAZ, Elías, *Estado de Derecho y sociedad democrática*, Madrid, Cuaderno para el Diálogo, 1972.

El Estado en referencia se define, entonces, por la existencia de un principio de división de poderes controlados entre sí y que con previsibilidad, certeza y estabilidad, pueda someter a reglas fijas las acciones del poder político y, en su caso, también las actuaciones de la sociedad civil. Además, aquél depende de la existencia de reglas escritas sin las cuales su existencia no se puede demostrar.

Norberto Bobbio⁵⁸ lo conceptúa, como el gobierno de las leyes, del que debe entenderse dos cosas: primero, el gobierno *sub lege*, o sea el gobierno subordinado o supeditado a la ley, y el segundo, el gobierno *per lege*, es decir, el gobierno a través de las leyes, esto es, de normas abstractas y generales cuyo ámbito de validez alcanza a un número indeterminado de individuos.

Cabe citar, que son “verdaderos derechos” aquellos que corresponden conjuntamente a tres condiciones: a) que son susceptibles de tutela jurisdiccional, b) pueden ser ejercidos o reivindicados frente a un sujeto determinado, y c) su contenido está constituido por una obligación de conducta no menos determinada que el sujeto en cuestión. Son derechos “sobre el papel” o “derechos ficción” todos aquellos que no responden al menos a una de estas condiciones.

En ese sentido, debe haber una correspondencia necesaria entre la existencia de un derecho y la existencia de su correspondiente garantía o medio de tutela. En relación a ello, Luigi Ferrajoli comenta:

“[...]... es claro que si confundimos derechos y garantías resultarán descalificadas en el plano jurídico las dos más importantes conquistas del constitucionalismo de este siglo, es decir, la internacionalización de los derechos fundamentales y la

⁵⁸ Vid. BOBBIO, Norberto, *Fundamento y futuro de la democracia*, Traducción Del Favero, Gabriel Valparaíso, Edeval, 1986, pp. 43 y ss.

constitucionalización de los derechos sociales, reducidas una y otra, en defecto de las adecuadas garantías, a simples declamaciones retóricas o, a lo sumo, a vagos programas políticos jurídicamente irrelevantes.”⁵⁹

Además reconoce que la garantía jurisdiccional es la típica pero no la única. En las democracias pluralistas del presente son varios los caminos que recorre el ordenamiento para hacer valer los derechos. De esta forma operan como garantías de los derechos, todas las técnicas de organización constitucional que se pueden reconducir a la separación de poderes y, por eso mismo, a la creación de contrapoderes.

La preocupación se centra entonces, en hacer efectivos los derechos en la práctica y, sobre todo, la de “deslegitimar” el discurso que pretende tener por consagrados todo tipo de derechos, con la simple incorporación a las cartas constitucionales de una serie de postulados retóricos o de buenos deseos carentes, en ambos casos, de cualquier tipo de garantía dentro del propio texto constitucional.

En tales circunstancias, forman parte esencial del Estado de Derecho todos los mecanismos constitucionales que impidan u obstaculicen el ejercicio arbitrario e ilegítimo del poder y dificulten el abuso, o su ejercicio ilegal. Los más importantes de estos mecanismos son: el control del Poder Ejecutivo por parte del Parlamento, el control eventual del poder legislativo por parte de un Tribunal Constitucional al que se le encarga el establecimiento de la constitucionalidad de las leyes y un poder judicial independiente del poder político.⁶⁰

⁵⁹ FERRAJOLI, Luigi, “Derechos fundamentales”, en *Derechos y garantías. La ley del más débil*, Traducción Perfecto Andrés y Andrea Greppi, Madrid, Trotta, 1999, p. 59.

⁶⁰ FERNÁNDEZ SANTILLÁN, José F., “Liberalismo y Democracia”, en *Brevarios*, 5ª reimpresión, México, Fondo de Cultura Económica, 1998, pp. 19-20.

En conclusión, el Estado de Derecho asume una responsabilidad histórica, abogando porque los derechos constitucionales se adecuen a las necesidades presentes de protección y se aliente su pleno desarrollo.

1.3. Estado de Derecho y democracia como marco de los derechos y libertades constitucionales

La diferencia entre el Estado de Derecho⁶¹ y Estado Democrático no implica que dichos conceptos no puedan estar en la actualidad estrechamente vinculados⁶² o no exista –en palabras de Böckenförde⁶³– una cierta “afinidad limitada” entre ellos. Pero ésta surgirá de la conjunción más actual de ciertos valores fundamentales del sistema jurídico –en particular la libertad, al menos en las democracias liberales actualmente vigentes–, que con su resguardo y garantía estructurarán y legitimarán el ejercicio mismo del poder, confluyendo a resguardar la realización de los ciudadanos. Así se garantizarán en el ordenamiento jurídico derechos disímiles pero complementarios, como los relativos a la libertad democrática o de participación democrática (libertades de opinión, prensa, reunión y asociación) y derechos individuales de libertad (libertad ambulatoria, seguridad individual, garantías procesales y penales), los que en su conjunto conforman un contenido unitario de los derechos de libertad en un Estado democrático y de Derecho.

A la vinculación antes señalada contribuye también la existencia de mecanismos de control que hagan efectivos los principios y valores antes

⁶¹ Cada país debe buscar su propio camino hacia el Estado de Derecho, para lo cual tiene que considerar las particularidades culturales y las tradiciones jurídicas. Sin embargo, en cualquier caso que intervenga el Estado de Derecho, debe hacerlo de modo que su injerencia sea limitada, previsible y calculable. THESING, Josef, *Estado de Derecho y Democracia*, 2ª Edición, Buenos Aires, Konrad-Adenauer-Stiftung A.C., 1999, p.22.

⁶² Ferrajoli sostiene que la vinculación entre Estado de Derecho y Estado Democrático es reciente y no necesariamente vinculante. Vid. FERRAJOLI, Luigi, *Derecho y razón*, 5ª Edición, Trotta, Madrid, 2001, pp. 855 y ss

⁶³ BÖCKENFÖRDE, Erns-Wolfgang, *Estudios sobre el Estado de Derecho y la democracia*, Trotta, Madrid, 2000, pp. 119.-126.

señalados, más aún cuando se considera a éstos como uno de los elementos que permite definir ambos, aunque –como ya sabemos– desde puntos de vista diferentes.

Dicho control, desde una perspectiva conceptual, no es más que la actividad de “comprobación, inspección, fiscalización, intervención”,⁶⁴ lo que en el ámbito jurídico se expresaría en “un acto o procedimiento por medio del cual una persona o un órgano debidamente autorizado para ello examina o fiscaliza un acto realizado por otra persona u órgano, a fin de verificar si en la preparación y cumplimiento de dicho acto se han observado todos los requisitos que exige la ley (en sentido lato)”.⁶⁵ Así, el control no es más que el vehículo efectivo de la limitación del poder, considerando, dentro de éste, a todas las formas e instrumentos que posee el sistema político y jurídico para supervisar el ejercicio de los poderes públicos.⁶⁶

De lo expuesto, queda en evidencia que la existencia de un Estado Democrático y de Derecho supone, por su naturaleza, la configuración de unos órganos estatales dotados de poderes jurídicos de decisión en un ámbito acotado de competencias, lo que conlleva la creación de una serie de mecanismos de control que cautelen el correcto ejercicio de esas potestades. Ello derivaría, en primer lugar, de la propia configuración institucional de las potestades públicas en un Estado democrático de Derecho, entendiendo éstas como poderes jurídicos (poderes-deberes), donde su ejercicio debe enmarcarse a los principios esenciales sobre los que descansa el ordenamiento jurídico y, en segundo lugar, de las normas constitucionales e infraconstitucionales que delimitan sus competencias y garantizan los derechos fundamentales de los ciudadanos⁶⁷. En

⁶⁴ Vid. Real Academia Española. *Diccionario de la Lengua Española*, 21ª edición, Madrid, 1992, p. 199.

⁶⁵ FERNÁNDEZ, E. *Diccionario de derecho público*, Buenos Aires, Astrea, 1981, p. 101.

⁶⁶ ARAGÓN REYES, Manuel, *Constitución y control del poder*, Buenos Aires, Ediciones Ciudad Argentina, 1995, p. 69.

⁶⁷ PAREJO, L; JIMÉNEZ, A. y ORTEGA, L. *Manual de Derecho Administrativo*, Barcelona, Ariel, 1994, pp. 43 y ss.

este sentido, el control no es más que el vínculo necesario de las obligaciones que impone el ordenamiento a los poderes públicos y a la extralimitación de sus prerrogativas.

Por eso, en la medida que existan instrumentos que fiscalicen el correcto ejercicio de las potestades públicas de los órganos constitucionales y que garanticen la efectiva vigencia de los valores proclamados en el ordenamiento, estaremos ante un sistema de control que contribuye a la consolidación del Estado democrático. Si además se fijan límites y restricciones a las decisiones de las mayorías políticas, estableciéndose instrumentos concretos de control de sus decisiones, utilizando como parámetros la legalidad, la constitucionalidad y los derechos fundamentales de las personas, como mínimos de libertad garantizados y proscritos para la acción estatal, se estará configurando un Estado de Derecho.⁶⁸

Bien dice Peter Häberle que todos los derechos fundamentales tienen un ligamen estrecho con la democracia.⁶⁹ En la actualidad esa idea predominante en relación a la democracia y las libertades fundamentales, la constituye el control de la constitucionalidad. Esta concepción fue desarrollada por Hans Kelsen y surge precisamente ante una situación de crisis de la idea de Constitución, como un mecanismo más para afianzar y garantizar los principios y valores constitucionales, y muy significativamente los derechos fundamentales.

⁶⁸ Realmente el Estado de Derecho, que es uno de los grandes logros de la modernidad, se está viendo comprometido en una cultura como la nuestra, calificada de postmoderna. Los ideales de la modernidad fueron los valores ilustrados de la razón, la libertad, la igualdad y la fraternidad universal, pero la negación posmoderna de la tradición ilustrada comporta un abandono a esos valores. Tiene razón Habermas cuando indica que la modernidad constituye un proyecto inacabado y que, en lugar de abandonar ese proyecto como una causa perdida, se debe aprender de los errores de aquellos programas extravagantes que trataron o tratan de negar la modernidad. HABERMAS, Jürgen, "La modernidad: un proyecto inacabado", en *Volumen Ensayos Políticos*, Traducción de García Cotarelo, R., Barcelona, Península, 1988, p. 279.

⁶⁹ HÄBERLE, Peter, "Recientes aportaciones sobre los derechos fundamentales en Alemania", en *Pensamiento Constitucional*, Lima, Pontificia Universidad Católica del Perú, 1994, p. 50.

Pero los derechos fundamentales ya no son considerados exclusivamente como derechos públicos subjetivos de libertad que protegen una esfera individual determinada, sino que además pasan a adquirir una dimensión objetiva valorativa que se extiende a todo el ordenamiento jurídico generando el denominado “efecto irradiación” de éstos sobre todas las normas que conforman el ordenamiento.⁷⁰ Así, los derechos fundamentales ya no se quedan garantizando una posición jurídica concreta, sino además inundan todo el sistema jurídico, principalmente a través de las pautas axiológicas que proclaman las propias normas. Esto da pie a que el Estado constitucional sea caracterizado como una cultura de los derechos fundamentales, destacando la función legitimadora del orden jurídico que ostentan éstos.⁷¹

En muchos ordenamientos, la introducción de mecanismos de control de la constitucionalidad responde a esa misma idea de crear “un garante de la Constitución”. Y, ciertamente, ese papel de garante o defensor de la Constitución que representa el control de la constitucionalidad resulta muy destacado y útil en los procesos de transición política desde regímenes autoritarios hacia sistemas democráticos.

Ahora bien, desafortunadamente, en algunos casos las situaciones de “debilidad constitucional” se prolongan demasiado tiempo y, por ello, lo que se espera de los tribunales constitucionales es, precisamente, que frenen ataques a

⁷⁰ BÖCKENFÖRDE, Erns Wolfgang, *Escritos sobre Derechos Fundamentales*, Baden-Baden, Nomos Verlagsgesellschaft, 1993, pp. 95.112

⁷¹ Desafortunadamente la falta de teorización y comprensión adecuada de la doctrina alemana antes señalada y su transposición imperfecta al derecho de algunos países, por ejemplo en Chile, –donde llegan a entender la doctrina de la *Drittwirkung* como una habilitación general para la aplicación directa e inmediata de los derechos fundamentales entre particulares y no como deber del Estado de criterio interpretativo para resolver los conflictos entre éstos–,unido a concepciones “pontificias” –en palabras de Ruiz-Tagle- de amplia aceptación en su doctrina y jurisprudencia, que entremezclan ideologías y posiciones morales sin fundamento jurídico, llegando a construcciones jurídicas absurdas, que ponen en entredicho todo el sistema jurídico. ALDUNATE LIZANA, Eduardo, “El efecto irradiación de los derechos fundamentales”, en Ferrada, J.C. (coord.), *La constitucionalización del derecho chileno*, Santiago, Editorial Jurídica de Chile, 2003, pp. 13 y ss. RUIZ-TAGLE, Pablo, “Una dogmática general para los Derechos Fundamentales en Chile”, en *Revista de Derecho Público*, Santiago, Actas de las XXXI Jornadas Chilenas de Derecho Público, 2001, Vol. 63, pp. 183 y ss.

la Constitución, ataques que muchas veces pueden acabar con la libertad. Pero al mismo tiempo, allá donde la crisis se atempera y el riesgo de retroceso democrático se diluye, el control de la constitucionalidad sigue representando un papel muy importante: se convierte en una tarea de interpretación y actualización de los contenidos constitucionales, sumamente valiosa para mantener el ánimo democrático.⁷²

Se trata, por tanto, de proteger a la Constitución frente a los embates autoritarios, frente a eventuales lesiones, de enriquecer sus contenidos y de adecuarlos a la evolución de la sociedad. Marcos Gómez Puente, alude al respecto:

“La mayor parte de los derechos fundamentales y libertades públicas requieren, para su efectividad, de la intervención de los poderes públicos, habiendo perdido nitidez la vieja distinción entre los derechos de libertad y derechos de prestación, dado que casi todos los derechos y libertades tienen una dimensión prestacional o institucional difícilmente desvinculable de su ejercicio individual”.⁷³

Ahora bien, una de las tareas que debe cumplir el control de la constitucionalidad es la de ser un elemento importante de legitimación del sistema democrático. Y ello aunque resulte paradójico es preocupante debido a que el control de la constitucionalidad viene a “tapar” los huecos que otras instituciones dejan en ese proceso de legitimación.

⁷² PÉREZ TREMPES, Pablo, “Justicia Constitucional Latinoamericana”, en *Conferencia pronunciada en la Corte Suprema de Paraguay, dentro del Programa de Modernización de las Instituciones en Paraguay*, Asunción, patrocinado por la Comisión de la Unión Europea, 1998, p.2.

⁷³ GÓMEZ PUENTE, Marcos, *La inactividad del legislador: una realidad susceptible de control*, Madrid, McGraw-Hill, 1997, pp. 141 y ss.

En otras palabras, como es sabido, en el Estado democrático la legitimación del sistema es, por definición, una legitimación popular que se debe articular a través de un Poder Legislativo elegido por el pueblo y, en los sistemas presidencialistas por un Poder Ejecutivo también nacido de las urnas. No obstante, en muchos países, principalmente latinoamericanos, existe una cierta crisis de legitimación de las instituciones, mayor o menor según el caso, y que responde a un cúmulo de razones como: crisis de los partidos políticos, abusos sistemáticos del poder, elementos estructurales económicos, etc. Entonces esos vacíos de legitimación han sido ocupados por otros órganos, especialmente defensorías de derechos humanos o por órganos de control jurisdiccional de la constitucionalidad, que ante la falta de inercia democrática de los poderes tradicionales, se han visto conducidos a ocupar una posición institucional que no es la que en principio les corresponde.

Este fenómeno del control de la constitucionalidad como elemento legitimador del sistema, contribuye a sostener el Estado democrático, pero también hay quienes, aseguran tiene un lado negativo porque supone forzar en cierto sentido una institución sacándola de su lugar natural con los riesgos que ello comporta. En todo caso la solución no será modificar el control de la constitucionalidad sino de recomponer un equilibrio institucional adecuado a base de reforzar los demás poderes del Estado.

De allí que los grandes objetivos de libertad, seguridad y propiedad, fueran asumidas por el Constitucionalismo clásico o liberal a través del Estado de Derecho, para más tarde, con motivo de los excesos de una irracional aplicación de ese individualismo en la vida de la colectividad y de la aparición en la escena mundial de la llamada "cuestión social", se transforma en las primeras décadas del presente siglo, en la nueva versión que representaba el Constitucionalismo Social, en el que como bien afirma Mirkin de Guetzevich, se pretende "el control social de la libertad individual", ya que sostendrá que junto a aquellas ideas, ahora se enarbolarían las de la justicia y la solidaridad, creando toda una

dimensión social al Derecho, que se proyecta en el nuevo Estado Social de Derecho en la expresión de Hermann Heller, y que se afianza definitivamente después de la segunda posguerra mundial.⁷⁴

Pero esta idea ha evolucionado, como lo ha esgrimido la ministra Olga Sánchez Cordero:

“El reto más importante que tenemos frente al futuro es no solamente concretar un verdadero Estado de Derecho; sino aspirar a uno Social y Democrático, en el que esos aspectos se fundan bajo un solo concepto: Estado Constitucional de Derecho; al amparo del cual, el Estado ajuste sus normas y hechos a las exigencias éticas y políticas de la sociedad, con compromisos serios de justicia social, cohesión nacional, buena administración de los recursos públicos y eficacia de los derechos.”⁷⁵

Por eso, parafraseando a Manuel Aragón Reyes, podemos decir que un Estado Constitucional de Derecho, es aquél “poder” –no dominio o preponderancia- que en sus diversas manifestaciones, está “limitado” y está “controlado”, porque sin poderes limitados y controlados, lisa y llanamente no existe régimen constitucional.⁷⁶

El control en un Estado Democrático de Derecho, tiene una dimensión amplia, en la que participan órganos de distinta naturaleza del sistema, verificando éstos la regularidad en el ejercicio del poder público, haciendo efectivo el principio de frenos y contrapesos que caracteriza a los Estados

⁷⁴ Vid. HARO, Ricardo, *El control de constitucionalidad comparado y el rol paradigmático de las Cortes Y Tribunales Constitucionales*, Argentina, Academia Nacional de Derecho y Ciencias Sociales de Córdoba, p. 2. Página de Internet: <http://www.acader.unc.edu.ar>

⁷⁵ SÁNCHEZ CORDERO DE GARCÍA VILLEGAS, Olga, “Democracia, rendición de cuentas y Estado de Derecho, Rescatar la virtud del honor”, en *la Celebración del 180 Aniversario de la Entidad de Fiscalización Superior*, Organizado por la Cámara de Diputados del H. Congreso de la Unión y la Auditoría Superior de la Federación, México, 16 de noviembre de 2004, p. 27.

⁷⁶ ARAGÓN REYES, Manuel, *Constitución y control del poder. op.cit.* pp. 2 y ss.

democráticos. Esto pondrá en evidencia la relación de dos conceptos predicados de los Estados constitucionales modernos y estrechamente vinculados aunque distintos: Estado democrático y Estado de Derecho. De la forma como este binomio juega en un ordenamiento o sistema jurídico determinado, dependerán los instrumentos de control dispuestos para el control del ejercicio del poder y como ellos condicionarán el ejercicio de dichas potestades públicas.⁷⁷

1.4. Contenido de la Constitución y constitucionalismo

Es bien sabido que todo Estado de Derecho, se asienta sobre los dos principios fundamentales: la división y equilibrio de los poderes estatales y la dignidad de la persona humana con los derechos que le son inherentes, todo ello establecido en una ley fundamental y suprema que es la Constitución, que viene a presidir la validez formal y sustancial de todas las normas infraconstitucionales que integran el orden jurídico del Estado, otorgando la seguridad y unidad que el mismo implica.

La labor del Poder Constituyente, consiste en establecer valores fundamentales. Entre esos valores destacan los representados por los derechos humanos, aunque aquellos no se agoten en éstos.⁷⁸ Difícilmente un Estado Constitucional o cualquier otro orden social pueden renunciar hoy a garantizar esos derechos humanos.⁷⁹ Y exactamente por esto, se debe entender el término Constitución en su sentido más amplio, no sólo como el ordenamiento jurídico normativo, sino también como expresión de cierto estado de desarrollo cultural,⁸⁰

⁷⁷ FERRADA BÓRQUEZ, Juan Carlos, "Los Derechos Fundamentales y el Control Constitucional", en *Revista de Derecho*, Valdivia, diciembre de 2004, Vol. 17, p. 115. Página de Internet: <http://www.scielo.cl/scielo.php?script=sci_arttext&pid=50718-09502004000200005&lng=es&nrm=iso>

⁷⁸ Vid. ROBLES, Gregorio, "La Filosofía del Derecho como análisis del lenguaje de los juristas", en *Las reglas del Derecho y las reglas de los jueces. Ensayo de teoría analítica del Derecho*, Palma de Mayorca, 1984, p. 273.

⁷⁹ SCHNEIDER, Hans Peter, "Peculiaridad y función de los derechos fundamentales en el Estado constitucional democrático", en *Revista de Estudios Políticos*, Madrid, enero-febrero de 1979, número 7, pp. 14 y ss.

⁸⁰ Las Constituciones en vigor, son una de las mayores fuentes de expresión y transmisión de la cultura, así como el marco idóneo de toda la expresión cultural que forma un acervo potencial de

como medio de representación de un determinado pueblo y como resultado de su propio legado y fundamento de sus esperanzas.⁸¹

Por lo tanto, la Constitución es una "ley de garantías", y lo es en cuanto no sólo prescriba las limitaciones a los poderes políticos, sociales e individuales, sino además, en tanto haga efectivos los adecuados mecanismos de control. Por ello, la adecuación de las normas jurídicas a la Constitución es siempre prenda de seguridad y paz social porque la Constitución es el límite a la voluntad del gobierno y garantía de los gobernados

En ese carácter, expresa César Enrique Romero,⁸² radica la importancia superlativa de la Carta Magna porque ella es una ley de garantías: garantía de la nación contra las usurpaciones de los poderes a los cuales ha debido confiar el ejercicio de su soberanía; garantía también de la minoría contra la omnipotencia de la mayoría, al decir de Charles Eisenmann.⁸³

Tal vez por ello, una de las manifestaciones más excelsas del Derecho ha sido el surgido del constitucionalismo, movimiento filosófico-político que realizó una de las mayores revoluciones en la dialéctica y conflictiva relación entre sociedad y Estado, y justificó su origen y desarrollo en dos premisas trascendentales, destacadas por Charles Eisenmann:

información, de experiencias vividas e incluso de sabiduría. Los preámbulos y las denominadas "cláusulas culturales" son formas jurídicas especiales. Los artículos que regulan la lengua oficial, los días festivos, los himnos y banderas crean, evidentemente, modelos de identificación cultural ciudadana.

⁸¹ Cfr. HÄBERLE, Peter, "Elementos teóricos de un modelo general de Recepción", en *Derechos Humanos y constitucionalismo ante el tercer milenio*, Pérez Luño A. E., (coord.), Madrid, Marcial Pons, 1996, pp. 151- 186.

⁸² ROMERO, Cesar Enrique, *Estudios Constitucionales*, Buenos Aires, Universidad de Córdoba, 1959, pp. 1 y 200.

⁸³ EISENMANN, Charles, « Etablissement et revision des Constitutions en Amerique et en Europe », París, 1893, p. 1. Citado por HARO, Ricardo, *El control de constitucionalidad comparado y el rol paradigmático de las Cortes Y Tribunales Constitucionales*, op.cit. p.2.

a) La afirmación y protección de la dignidad de la persona humana, paradigma fundamental que marcará definitivamente la construcción de un progresivo sistema jurídico-constitucional, que resultará en una axio-teleología antropológica, política, social, cultural y ética, mediante los derechos individuales y sus correspondientes garantías.

b) La segunda premisa consistió en establecer la división y equilibrio del poder y sus funciones, que se imputaron a diversos órganos, en procuración de un poder limitado y controlado, para evitar todo abuso que violase precisamente esa dignidad humana.⁸⁴

Como ha indicado Loewenstein,⁸⁵ la historia del constitucionalismo⁸⁶ no es sino la búsqueda por el hombre político de las limitaciones al poder absoluto ejercido por los detentadores del poder, así como el esfuerzo por establecer una justificación espiritual, moral o ética de la autoridad existente.

El constitucionalismo implica, entonces, gobierno limitado. La idea originaria de las constituciones es la de limitar el gobierno y exigir a quienes lo ejerzan sujetarse a leyes y normas.⁸⁷ El constitucionalismo tiene una cualidad esencial: constituye una limitación jurídica del gobierno; es la antítesis del mando arbitrario; su contrario es el gobierno despótico.⁸⁸ Ello dio lugar a que el

⁸⁴ *Idem.*

⁸⁵ Citado por NUÑEZ RIVERO, Cayetano, *et al. El Estado y la Constitución, op. cit. p. 75.*

⁸⁶ Fueron la Revolución puritana en Inglaterra, y sus repercusiones en las Colonias del Nuevo Mundo, y la Revolución Francesa, las que dieron lugar al surgimiento del primer constitucionalismo escrito. En este periodo surgen las Constituciones de las Colonias americanas que se transformaron en Estados soberanos al rebelarse contra la corona inglesa, y posteriormente la Constitución de la Unión en 1787. También en Francia, bajo la influencia de las ideas del contrato social y de la soberanía popular surgen, la Declaración de Derechos del hombre y del Ciudadano de 1789 y, con base en la idea de una Constitución escrita que había surgido con fuerza en los movimientos revolucionarios, la Constitución francesa de 1791. Y fue esta Constitución escrita la que ofreció el marco dentro del cual se alcanzó, en generaciones posteriores, la democratización del proceso del poder político.

⁸⁷ *Vid. WHEARE, Kenneth. C., Modern Constitutions, Nueva York, Oxford University Press, 1951, p. 202.*

⁸⁸ *McILWAIN, Ch.H., Constitutionalism: Ancient and Modern(1947), op.cit. p. 21.*

constitucionalismo haya sido definido por Gottfried Dietze como *"a condition under which the individual is protected from the arbitrary government."*⁸⁹

El constitucionalismo significa el imperio del derecho por medio de la ley, de la norma jurídica, que excluye toda arbitrariedad circunstancial, intencionada o caprichosa⁹⁰. Son esclarecedoras las enseñanzas de Carlos Sánchez Viamonte al señalar que:

"[...]...el constitucionalismo consiste ante todo, en la creación y en la imposición rigurosa de un orden jurídico integral y estable, al cual no pueden sustraerse ni el gobierno ni la sociedad: ni los gobernantes ni los gobernados, porque se traduce en el imperio del derecho y en su observancia inexcusable para cualquier forma de actividad..."⁹¹

Existe la ocasión para indicar que la realización del ordenamiento constitucional depende de la existencia de lo que Konrad Hesse denomina *Wille zur Verfassung*, o de lo que Vittorio Frosini califica de *coscienza costituzionale*, es decir, del esfuerzo, del compromiso y del interés de todos los ciudadanos por hacer de la normativa constitucional experiencia tangible en la vida cotidiana.⁹²

De esta manera, en el curso del siglo XX, especialmente en la segunda mitad del siglo pasado, se ha transitado de un concepto de Constitución y de constitucionalismo regulador de las relaciones básicas del poder constituido, que determina las reglas de acceso y ejercicio de competencias de los diferentes órganos estatales y una declaración de derechos que se hacen efectivos por el

⁸⁹ Cfr. DIETZE, Gottfried, "Judicial Review in Europe", en *Michigan Law Review*, Michigan, febrero de 1957, Volumen 55, número 4, pp. 539 y ss.

⁹⁰ SÁNCHEZ VIAMONTE, Carlos, *Derecho Constitucional*, Buenos Aires, Kapelusz, 1945, Tomo I. p. 58.

⁹¹ SÁNCHEZ VIAMONTE, Carlos, *Manual de derecho constitucional*, 4ª Edición, Buenos Aires, Kapelusz, 1959, p. 278.

⁹² PÉREZ LUÑO, Antonio Enrique, *Derechos humanos, Estado de Derecho y Constitución*, 5ª Edición, Madrid, Tecnos, 1995, p. 16.

legislador, que podríamos denominar constitucionalismo débil, básico o mínimo a un constitucionalismo desarrollado o fuerte.

A mayor abundamiento, la idea de Constitución y la de constitucionalismo difieren de modo importante. En tanto la primera, alude a una regla constitutiva y límite del poder, la segunda, la idea del constitucionalismo expresa el modo específico de comprender y de practicar la Constitución en un determinado sistema de relaciones. Conforme a estas ideas, los sistemas constitucionales pueden diferenciarse, como se indicó, entre aquellos que poseen lo que podríamos llamar un constitucionalismo mínimo y aquellos otros que representan prácticas constitucionales más complejas y desarrolladas.

Se puede incluir dentro de los primeros, aquellos sistemas en los que está vigente una Constitución que regula las relaciones básicas del poder de ese Estado, determinándose las funciones y atribuciones de los órganos. En estos sistemas en general, hay procedimientos judiciales para verificar la aplicación de normas generales a casos concretos e impera un catálogo débil de derechos fundamentales.

En cambio, la noción de constitucionalismo fuerte, desarrollado en la segunda mitad del siglo supracitado, se basa en una clara legitimidad democrática, una estructura del poder estatal cimentada en un equilibrio y contrapeso de órganos y funciones estatales, así como procesos decisionales que respetan, promueven y garantizan los derechos fundamentales o derechos humanos.⁹³

Los derechos fundamentales, así entendidos, vienen a constituirse en límite al juego de las mayorías, en freno al poder. En palabras de Rawls los

⁹³ Vid. ALCALÁ NOGUEIRA, Humberto, "La defensa de la Constitución, los modelos de control de constitucionalidad y las relaciones y tensiones de la judicatura ordinaria y los tribunales constitucionales en América del Sur", en *Conflictos Institucionales. Alteraciones en el equilibrio entre órganos estatales, Contribuciones*, op. cit. pp. 154 y 155.

derechos individuales no pueden ser objeto ni estar en disposición del regateo o de la negociación política o como piensa Dworkin los derechos constituyen triunfos de los individuos contra las mayorías. Habermas dice que se trata de un momento de incondicionalidad de los Estados, en el que, por así decir, se deja en suspenso, en el aire, el proceso crónico,... que acompaña la historia, la política, y el poder, para dar preferencia a la autonomía individual.⁹⁴

Ambos conceptos de constitucionalismo, el débil y el fuerte, están en relación directa con la idea de control de la constitucionalidad que se practica en los Estados constitucionales. Y esta relación, se encuentra perfectamente estructurada por Hans Kelsen en su trabajo sobre la garantía de la Constitución⁹⁵, en específico con la idea de constitucionalismo débil. Para él, el control de la constitucionalidad es un elemento del sistema de medidas técnicas que tiene como fin asegurar el ejercicio regular de las funciones estatales frente a actos jurídicos de creación o aplicación de reglas cuya fuente normativa directa es la Constitución.

En esta concepción, los derechos constitucionales no tienen fuerza normativa propia, son una prolongación de la ley –sólo en este sentido, mediante el control de la ley, se puede decir que en la concepción kelseniana se garantizan los derechos-. De ahí las técnicas específicas de control que propuso, básicamente la acción de inconstitucionalidad y la legitimación y la modalidad de Tribunal Constitucional que concebía.

En cambio, una idea más fuerte de constitucionalismo, esto es, una concepción en la que se verifica tanto el principio de legitimidad democrática

⁹⁴ Citados por GÓMEZ BERNALES, Gastón, "Algunas críticas sobre la jurisdicción constitucional en Chile", en *Ius et Praxis, Derecho de la Región, Talca, Facultad de Ciencias Jurídicas y Sociales de la Universidad de Talca*, 1998, año 4, número 1, p. 271.

⁹⁵ Vid. KELSEN, Hans, "La garantie juridictionnelle de la Constitution (La Justice Constitutionnelle)", en *Revue du Droit Public et de la Science Politique*, año XXXV, 1928, pp. 197 y ss. En castellano puede verse la traducción de Rolando Tamayo, revisada por Domingo García Belaúnde, publicada en "Ius et Veritas", *Revista de la Facultad de Derecho de la Pontificia Universidad Católica del Perú*, año V, número 9.

como en el principio del respeto pleno a los derechos fundamentales, importa una concepción de control de la constitucionalidad como una técnica directa de tutela de los derechos, como un mecanismo para limitar el ejercicio del poder democrático, sin por ello substituirlo. Reservando, en suma, un necesario y civilizado espacio para la política.

Fue tal el éxito del constitucionalismo fuerte europeo de la posguerra que hizo que los tribunales constitucionales se expandieran también en nuestro continente⁹⁶ como posteriormente lo veremos.⁹⁷

1.5. Defensa de la Constitución

Desde hace mucho tiempo los países del viejo continente, elaboraron mecanismos tendientes a proteger el texto constitucional contra la violación por parte de las autoridades, lo que hoy se denomina: defensa de la Constitución. Constituye un mecanismo para mantener y salvaguardar los principios que le dan firmeza al texto constitucional: la supremacía, fundamentalidad, permanencia, inviolabilidad, etc. Es decir, ante el riesgo de que la ley fundamental no se respete, es necesario un sistema por el que el gobernado y la autoridad hagan efectiva la supremacía constitucional ya sea de manera preventiva evitando que la Constitución sea violada, o de manera correctiva, reparando las violaciones que se hubieren realizado.

Esta defensa debe interponerse frente a los poderes públicos, a los órganos del Estado, cuyas limitaciones son el objeto, precisamente, de la Constitución en su parte orgánica. Consecuentemente, la defensa constitucional se justifica por el valor único de los contenidos propios de la Constitución que la doctrina denomina

⁹⁶ Cfr. LANDA, Cesar, *Tribunal Constitucional y Estado de derecho*, Lima, PUCP, 1999, p. 56.

⁹⁷ *Infra*. Capítulo IV.

“decisiones políticas fundamentales”. Es decir, los principios vitales que cada Estado ha ido construyendo a lo largo del tiempo y que sólo a él pertenecen.⁹⁸

La defensa se realiza a través de los controles previstos en la propio texto constitucional y en las leyes que de él emanan, para delimitar el ejercicio del poder que el Estado recibe de la sociedad políticamente organizada. A través de ellos, el particular y la autoridad, buscan dejar sin efectos las leyes o actos contrarios al texto constitucional, que causen a los primeros una afectación en su esfera jurídica cuando se violan garantías individuales, y a los segundos un agravio al vulnerar su sistema de competencias.⁹⁹

Ahora bien, Héctor Fix Zamudio¹⁰⁰ menciona que la defensa de la Constitución se integra por todos aquellos instrumentos jurídicos y procesales que se han establecido tanto para conservar la normatividad constitucional como para prevenir su violación, reprimir su desconocimiento y lograr el desarrollo y la evolución de las disposiciones constitucionales. Entonces tal defensa abarca las instituciones jurídicas que tienen como fin, por un lado, que los preceptos constitucionales se respeten y, en caso de violación, sus infractores sean sancionados para dejar incólume el orden constitucional y, por el otro, conseguir que los ideales, principios, valores y fines que busca el Estado se perfeccionen.¹⁰¹

⁹⁸ CARPIZO, Jorge, *Estudios Constitucionales*, México, Porrúa, UNAM, 1994, p. 91.

⁹⁹ ARAGÓN REYES, Manuel, *Anuario de Derecho Público*, México, Mac Graw-Hill, ITAM, 1997, número 1, p. 47.

¹⁰⁰ FIX-ZAMUDIO, Héctor, *Introducción al estudio de la defensa de la Constitución en el ordenamiento mexicano*, 2ª Edición, México, UNAM, Instituto de Investigaciones Jurídicas, Corte de Constitucionalidad de Guatemala, Procurador de Derechos Humanos de Guatemala, Centro de Estudios Constitucionales México-Centroamérica, 1994, Colección Cuadernos Constitucionales, número 12, pp. 15 y 16.

¹⁰¹ En este contexto, la defensa constitucional se integra por garantía del control de la constitucionalidad y la protección constitucional. Los instrumentos integrantes de esta última en México son varios: los de carácter político, económico, social y de técnica jurídica. *Vid* CORZO SOSA, Edgar, “La justicia constitucional en México”, en *La justicia constitucional comparada*, México, Centro de Estudios Constitucionales México-Centroamérica, UNAM, Instituto de Investigaciones Jurídicas, 1993, Serie B, Estudios Comparativos, número 27, p. 13.

Así la idea de la defensa constitucional tiene por objeto, en palabras del Héctor Fix-Zamudio:

“[...]...no sólo el mantenimiento de las normas fundamentales, sino también su evolución y su compenetración con la realidad política para evitar que el documento escrito se convierta en una simple fórmula nominal o semántica de acuerdo con el profundo pensamiento de Karl Loewentein, es decir, que sólo resulta digno de titularse un ordenamiento con un grado de eficacia y proyección hacia el futuro y no un simple conjunto de manifestaciones declamatorias”.¹⁰²

En efecto, la defensa de la Constitución formula los mecanismos necesarios para lograr el desarrollo y evolución de las disposiciones constitucionales en una doble vía: desde el punto de vista del ordenamiento formal, lograr una paulatina adaptación a los cambios de la realidad política social, y desde el ángulo de la Constitución material, su transformación de conformidad con las normas programáticas del propio texto constitucional.¹⁰³

En un Estado constitucional no puede estar ausente un sistema general de defensa de la constitucionalidad y dentro de él un control de la constitucionalidad de los actos de los órganos constituidos y de la autoridad, con el propósito de preservar el ejercicio del poder político en forma racional.¹⁰⁴

De tal forma que esta defensa incluye todos los instrumentos establecidos para limitar los abusos de poder y la sujeción dentro de ciertos límites fijados en

¹⁰² Cfr. FIX-ZAMUDIO, Héctor, “La Constitución y su defensa”, Ponencia en Coloquio internacional realizado por el Instituto de Investigaciones Jurídicas de la Universidad Nacional Autónoma de México, agosto de 1982.

¹⁰³ GARCIA LAGUARDIA, Jorge Mario, “La justicia constitucional y la defensa de la democracia. El Golpe de Estado en Guatemala”, en *Revista Cuestiones Constitucionales*, Guatemala, enero-junio 2000, número 2, p. 5. Página de Internet www.ejournal.unam.mx.

¹⁰⁴ COVIÁN ANDRADE, Miguel, *El control de la constitucionalidad en el derecho comparado*, op.cit. p. 330.

el texto constitucional, rebasando el específico control de la constitucionalidad de las leyes que es sólo uno de sus aspectos. Consecuentemente, defender la “pura semántica constitucional” a decir de Pedro de Vega¹⁰⁵ sería desde el punto de vista histórico y político, una traición a los valores y a la significación del constitucionalismo. A nivel científico, significaría la negación de la función auténtica del control de la constitucionalidad.

Cabe señalar lo argumentado por Jorge Carpizo en relación a la defensa constitucional:

“[...]...estoy convencido que quien mejor puede realizar la defensa de la Constitución es el Tribunal Constitucional; al garantizar jurisdiccionalmente la eficacia de la norma suprema; al resolver los conflictos políticos con criterios y métodos jurídicos; al contemplar las consecuencias políticas de sus decisiones pero dentro de los límites del derecho...al extender la influencia de la Constitución en la vida política y social; al decidir por encima de los intereses parciales –ya sean órganos de gobierno, partidos políticos o grupos de presión- contemplando sólo el interés general y el interés jurídico y político de la comunidad; al defender los derechos humanos aunque el Congreso o el Ejecutivo los pretenda desconocer...[...]”¹⁰⁶

Los tribunales constitucionales se convierten de esta forma, en verdaderos guardianes de la Constitución ampliando su competencia, de la inicial revisión judicial, a muchos otros campos de protección. La defensa de la Constitución, en

¹⁰⁵Citado por GARCIA LAGUARDIA, Jorge Mario, “La justicia constitucional y la defensa de la democracia. El Golpe de Estado en Guatemala”, *op. cit.* p. 5.

¹⁰⁶ Citado por el ex Presidente de la Corte de Constitucionalidad de la República de Guatemala, PINTO ACEVEDO, Mynor, *Jurisdicción Constitucional en Guatemala*, Guatemala, Serviprensa, 1995, p. 20

este sentido significa la defensa de los valores que desde sus inicios inspiraron el movimiento constitucionalista.

1.6. Supremacía constitucional

Indiscutiblemente, la supremacía constitucional es un principio axial en las Constituciones contemporáneas de cultura occidental, y es tema clásico de Derecho Constitucional. Conlleva el sentido de que la norma constitucional prevalece sobre cualquier otra norma,¹⁰⁷ motivo por el cual la normatividad infraconstitucional debe necesariamente relacionarse -tanto en sus contenidos sustanciales como en los procedimientos de elaboración- a las normas constitucionales.¹⁰⁸

La supremacía constitucional implica que en la cúspide del ordenamiento jurídico se encuentra la Constitución, establecida como decisión política por el poder Constituyente y sólo modificable por éste. La supremacía es una calidad política de toda Constitución, en cuanto que ella es un conjunto de reglas que se tienen por fundamentales y esenciales para preservar la forma política. Este principio involucra reconocer a la Carta Magna como norma fundamental de un Estado, otorgándole el valor de ley suprema, colocándola por encima de las demás normas jurídicas que conforman el ordenamiento jurídico de un Estado, de las cuales constituye su fuente primaria.

En este sentido, el proceso evolutivo de las instituciones políticas, tiene como finalidad última no sólo el establecimiento de un ordenamiento jurídico adecuado y la salvaguarda de los derechos y libertades fundamentales de los miembros del conglomerado social, sino que tiende a limitar, con la mayor

¹⁰⁷ PÉREZ SÁNCHEZ, Rubén Francisco, "La Suprema Corte y el artículo 105 Constitucional", en *Revista del Instituto de la Judicatura Federal*, México, 2000, p. 252.

¹⁰⁸ Como una expresión de la diferencia existente entre el objetivo y ámbito del Poder Constituyente y de los poderes constituidos.

precisión posible, los espacios de arbitrio y de decisión de la autoridad,¹⁰⁹ a efecto de mantener incólume el orden constitucional.

La supremacía también requiere del comportamiento de los operadores de la Constitución y su voluntad de cumplirla.¹¹⁰ Al respecto, es pertinente indicar que junto con la constitucionalidad jurídica debe existir la constitucionalidad política, que se da cuando el detentador del poder político estatal no sólo respeta el marco normativo, sino la esencia y el “espíritu constitucional” que subyace en cada precepto de la ley fundamental. La constitucionalidad, entendida como la correspondencia de los actos de autoridad con el contenido de la ley suprema que estructura y limita el poder público, es un concepto y una práctica que deben examinarse simultáneamente, en función del marco legal y de la dinámica real del ejercicio del poder político.¹¹¹

El artículo 133 de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos, reconoce que el texto constitucional es la ley suprema del país, de ella derivan y se ajustan el resto de los ordenamientos jurídicos, determina la necesidad de que toda ley y todo acto público estén apegados a la norma constitucional y sienta las bases para la organización política, jurídica y económica de nuestro Estado.¹¹²

Esa disposición constituye el fundamento formal de la supremacía constitucional, aunque desde el punto de vista teórico su existencia pudiera considerarse innecesaria, pues las normas constitucionales, por definición, constituyen el fundamento último de todo sistema jurídico. Pues en términos

¹⁰⁹ REYES REYES, Pablo E., *La Acción de Inconstitucionalidad*, México, Oxford Press-Universidad Iberoamericana, 2001, p. 8

¹¹⁰ SAGÜES, Néstor Pedro, en el Prólogo al libro de Alberto Bianchi, *Control de constitucionalidad*, Buenos Aires, Abaco, 1992, pp. 13 y 14.

¹¹¹ COVIÁN ANDRADE, Miguel, *El control de la constitucionalidad en el derecho comparado*, *op. cit.* p. 18.

¹¹² JIMÉNEZ REMUS, Gabriel, “La Suprema Corte de Justicia, Defensora de la Constitución”, *La Justicia Mexicana hacia el siglo XXI*, México, UNAM, Instituto de Investigaciones Jurídicas, Senado de la República, LVI Legislatura, Serie Estudios Doctrinales, 2000, número 183, p. 87.

generales, es de explorado derecho que toda Constitución, por el hecho de serlo, goza del atributo de ser suprema, nada puede reconocerse superior a ella.

El atributo de superioridad es imponible a particulares y necesariamente a los órganos de autoridad creados por ella misma. Todos los entes que participan en la vida nacional, en la vida en sociedad, se encuentran sujetos a lo que disponga su texto y existen sanciones para quienes lo desconozcan o infrinjan.¹¹³

En México la jerarquía de las normas queda establecida como a continuación se indica:

- a) En primer término, la Constitución como norma suprema.
- b) En el nivel inferior y dentro de la competencia de las autoridades federales, se encuentran los tratados internacionales, junto con las que se han denominado leyes generales,¹¹⁴ y posteriormente, las leyes ordinarias federales. Esto de acuerdo con el criterio más reciente de la Suprema Corte de Justicia de la Nación.¹¹⁵
- c) Finalmente, en el último nivel, dentro del ámbito de competencia federal, se encuentran las normas individualizadas, como las sentencias y los actos jurídicos concretos como los contratos.

¹¹³ ARTEAGA NAVA, Elisur, *Derecho Constitucional*, México, Oxford University Press-Harla, 1998, p.5.

¹¹⁴ Dentro de las leyes generales se encuentran aquellas que el Congreso de la Unión tuvo que emitir por mandato expreso de algún artículo de la Constitución, como es el caso de la Ley General de Educación, La Ley General de Seguridad Pública y la Ley General de Asentamientos Humanos.

¹¹⁵ Mediante sesión llevada a cabo por el pleno de la Suprema Corte de Justicia de la Nación los días 12 y 13 de febrero de 2007 se estableció el criterio que antecede, con una votación de los ministros dividida de seis contra cinco. En esta discusión la Corte ubicó a todas las leyes ordinarias federales, estatales, del Distrito Federal y municipales por debajo de los tratados internacionales y de las leyes generales. *Vid.* AVILES, Carlos, "Jerarquía de las leyes. Justicia de Debate", en *El Universal*, México, jueves 8 de marzo de 2007, p. A20.

- d) Respecto al ámbito de competencia local; esto es, las facultades reservadas a las entidades federativas, están las Constituciones Locales.
- e) Las leyes ordinarias locales y
- f) Nuevamente las normas individualizadas, pero de carácter local.¹¹⁶

En el sistema jurídico mexicano no existe fundamento constitucional para diferenciar, entre las leyes ordinarias, como las denominadas orgánicas, reglamentarias, etc., en virtud de que el procedimiento seguido para la emisión de todas las leyes por parte del Congreso de la Unión es el mismo.

Cabe destacar, que la rigidez y el control de constitucionalidad son dos presupuestos en que se funda el principio de supremacía constitucional. Al afirmar esto es tanto como decir que si, y sólo si, un texto constitucional presenta la nota de rigidez y a ello se yuxtapone alguna forma de control de la constitucionalidad del resto de las normas jurídicas, podrá predicarse su carácter supremo.¹¹⁷

Felipe Tena Ramírez¹¹⁸ expresa que si la organización que instituye la Ley Suprema pudiera ser violada impunemente, los preceptos constitucionales no pasarían de ser principios teóricos o mandamientos éticos. No es posible aceptar tal cosa, si alguna ley debe ser cumplida y observada es la Constitución. El respeto debido a la Constitución tiene que ser, en principio, espontáneo y natural. No cabe considerar la existencia de violaciones constitucionales, dentro de un

¹¹⁶ BALTAZAR ROBLES, German E., *Controversia Constitucional y Acción de Constitucionalidad*, México, Ángel Editores, 2002, p. 29.

¹¹⁷ ROURA GÓMEZ, Santiago A. *La defensa de la Constitución en la historia constitucional española*, Madrid, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, 1998, pp. 31-39.

¹¹⁸ TENA RAMÍREZ, Felipe, *Derecho Constitucional Mexicano*, 20ª Edición, México, Porrúa, 1992, p. 491.

orden jurídico regular. Cuando la excepción se convierte en regla, es que la anarquía o el despotismo han reemplazado al orden constitucional, desterrando así toda posibilidad de alcanzar un Estado Democrático de Derecho.

La realidad mostró que no era suficiente la simple consagración en el texto constitucional de los valores, los principios y las decisiones fundamentales de una sociedad, para que éstos tuvieran vigencia. Era necesario establecer mecanismos de protección a favor del ciudadano para defenderse de los actos de Estado que importaban vejaciones o invasiones a la esfera jurídica individual. En otras palabras, se requería crear medios procesales para hacer valer los derechos y libertades de los ciudadanos y así sujetar a la autoridad a los lineamientos establecidos expresamente en la Ley Fundamental. Así nacieron los sistemas de control de la constitucionalidad.

1.6.1. Rigidez constitucional

El modo en el que una sociedad prevé las futuras modificaciones de sus reglas de seguridad mutua será la clave para lograr su estabilidad a largo plazo. De allí surgió la idea de la rigidez constitucional, entendida como las garantías jurídicas establecidas en la Constitución dirigidas a preservar su contenido frente a cualquier intento modificador, las cuales poseen rasgos esenciales e inalterables, representados por las libertades que constituyen su base y que, por ello, se denominan derechos fundamentales.¹¹⁹

En tal sentido, Hans Kelsen afirmó:

“El grado superior del derecho positivo es la Constitución, cuya función esencial es la de designar los órganos encargados de la creación de las normas generales y determinar el procedimiento

¹¹⁹ HÄBERLE, Peter, “Verfassungsrechtliche Ewigkeitslauseln als verfassungsstaatliche Identitätsgarantien”, *Völkerrecht im Dienste des Menschen. Festschrift für Hans Haug*, Bern-Stuttgart-Paul Haupt, 1986, p. 81.

que deben seguir,... En razón del carácter dinámico del derecho, una norma sólo es válida en la medida en que ha sido creada de la manera determinada por otra norma. Un orden jurídico no es un sistema de normas yuxtapuestas y coordinadas. Hay una estructura jerárquica y sus normas se distribuyen en distintos estratos superpuestos. Esto supone que una ley no puede derogar a la Constitución y que para modificarla o derogarla, es preciso llenar condiciones especiales, como por ejemplo una mayoría calificada o un *quórum* más elevado."¹²⁰

Hoy en día, existe una corriente muy amplia en el esquema jurídico que propone la tesis de dificultar al máximo las reformas en la Carta Magna, esa postura es contrarrestada por quienes piensan que la vida política es dinámica y que una Constitución antigua y anquilosada en el pasado puede ser un fósil que sólo ponga trabas al buen funcionamiento de un Estado precisado de dinamismo.

Acorde con la primera de estas ideas, en la mayoría de los países la situación actual impone la necesidad de elaborar una Constitución con vocación de permanencia y estabilidad, que sea factor decisivo para la seguridad jurídica y política.¹²¹ Con las Constituciones rígidas, los derechos vienen a ser un límite para la ley y, al mismo tiempo, un elemento que caracteriza a la Constitución.¹²² Así, *Laws and rights are often counfounded*.¹²³

¹²⁰ KELSEN Hans, *Teoría Pura del Derecho*, Buenos Aires, Eudeba, 1967, pp. 8 y 147.

¹²¹ Efectivamente, el proceso formal de revisión constitucional en una Constitución escrita debe ser inevitablemente extraordinario si la Constitución pretende asegurar reglas permanentes de seguridad mutua. Una Constitución fácilmente reformable provee poca certidumbre. La dificultad misma para cumplir con los requisitos de reforma constitucional le permite a una minoría determinada bloquear los cambios que se han convertido en esenciales para la tranquilidad política de la sociedad. Cfr. MILLER, Jonathan, *Control judicial de constitucionalidad y estabilidad constitucional: Sociología del modelo estadounidense y su colapso en la Argentina*, Tesis doctoral en la Escuela de Derecho de Columbia University, Traducción Mohando, Luis Felipe y De la Fuente, Andrea, Buenos Aires, 1997. p. 16.

¹²² ROLLA, Giancarlo, "Derechos fundamentales y Estado democrático: el papel de la Justicia Constitucional", en *Derechos fundamentales, Estado Democrático y Justicia Constitucional*, México, Serie de Ensayos Jurídicos, UNAM, Instituto de Investigaciones Jurídicas, 2002, número 7, p. 142.

¹²³ HOBBS, Thomas, *Elements of Law Natural and Politic*, Cambridge, 1928, p. 148.

En sí, una Constitución es rígida cuando regula de forma muy compleja las futuras reformas de la misma.¹²⁴ Como recuerda el presidente emérito de la Corte Constitucional Italiana, Livio Paladin:¹²⁵

“[...]... en todos los ordenamientos que se caracterizan por una Constitución rígida y extensa... ocurre que los derechos que se regulan a partir de los principios generales de la Constitución se garantizan por vía jurisdiccional frente a cualquier tipo de violación de los mismos. Es sobre todo por ese motivo por lo que en muchos Estados funcionan Cortes o Tribunales Constitucionales.”

Al respecto, Miguel Covián Andrade,¹²⁶ señala:

“La Constitución escrita que contiene un procedimiento especial para su revisión distinto al que se emplea para crear o modificar leyes ordinarias, es el caso típico de un ordenamiento legal estructurado sobre la base del principio de supremacía constitucional”.

Se entiende que una Constitución tiene carácter rígido¹²⁷ cuando su articulado incluye uno o más preceptos destinados a establecer un procedimiento que, desde el momento de promulgación del texto constitucional, será el único válido para modificarlo, siempre que tal procedimiento se distinga de aquel que el sistema establece para la creación de las leyes. En consecuencia, la rigidez constitucional provee del medio necesario para cubrir la necesidad de adaptar

¹²⁴ RUIZ MANTECA, Rafael, *et al.* “Introducción al Derecho y Derecho Constitucional”, *op.cit.* p. 291.

¹²⁵ Cfr. PALADIN, “La tutela delle libertà fondamentali offerta dalle Corti costituzionali europee”, *Le garanzie giurisdizionali dei diritti fondamentali*, Padua, 1988, p. 11.

¹²⁶ COVIÁN ANDRADE, Miguel, *El control de la constitucionalidad en el derecho comparado*, *op. cit.* p. 20.

¹²⁷ Cfr. BRYCE, J., *Constituciones Flexibles y Constituciones Rígidas*, Madrid, Centro de Estudios Constitucionales, 1988, pp. 119 y 120

determinados postulados constitucionales a las variables circunstancias del tiempo sin menoscabar la continuidad jurídica del Estado.¹²⁸

La rigidez en nuestro país se encuentra prescrita en el artículo 135 constitucional que 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, acuerde 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.”

La revisión constitucional proporciona a la Constitución del Estado el instrumento técnico del que se sirve para poder presentarse como la norma jurídica suprema, dotando a los principios democrático y liberal del más eficaz mecanismo de salvaguarda.¹²⁹ Por eso la rigidez constitucional -y a su lado, el

¹²⁸ Cfr. RUIPÉREZ, J., “Algunas consideraciones sobre la reforma constitucional”, en *Revista de Estudios Políticos*, Madrid, Nueva Época, 1992, número 75, pp. 242-243.

¹²⁹ En México, el principio de rigidez se encuentra en el artículo 135 constitucional, que prescribe: “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, acuerde 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.”

control de constitucionalidad-¹³⁰ se erige en instrumento de defensa de la Constitución.¹³¹

De tal manera, el carácter supremo de la Constitución se concreta en la norma de rigidez constitucional.¹³² Como lo sostiene Manuel Aragón, tal procedimiento especial “no puede ser considerado, de modo alguno, como requisito de la suprallegalidad, sino como su garantía”.¹³³ La rigidez constitucional es así la consecuencia de la suprallegalidad que constituye, a su vez, la garantía de la supremacía de la Constitución.

1.6.2. Control de la constitucionalidad

El control de la constitucionalidad en general tiene su más remoto antecedente en Inglaterra. Fue Sir Edward Coke, quien en 1610, declaró, en el doctor *Bohan’s Case*, el principio de “supremacía del *common law*”¹³⁴ sobre el absolutismo del rey e, incluso, sobre la soberanía del Parlamento.¹³⁵

¹³⁰ Es necesario que el texto constitucional sea rígido, pues ello constituye un presupuesto ineludible para cualquier control de la constitucionalidad de las leyes. SAGUES, Néstor Pedro, “Tribunal constitucional e interpretación constitucional”, en *Una mirada a los tribunales constitucionales. Las experiencias recientes*, Comisión Andina de Juristas/Konrad Adenauer Stiftung, Lima, 1995, p. 17.

¹³¹ Vid. ALEGRE MARTINEZ, Miguel Ángel, *Justicia Constitucional y control preventivo*, León, Universidad de León, Secretariado de Publicaciones y Medios Audiovisuales 1995, p. 47.

¹³² COVIÁN ANDRADE, Miguel, *El control de la constitucionalidad en el derecho comparado*, op. cit. p. 21.

¹³³ ARAGÓN REYES, Manuel, “Sobre las nociones de supremacía y suprallegalidad constitucional”, en *Revista de Estudios Políticos*, Madrid, Centro de Estudios Constitucionales, España, 1986, número 50, p.23.

¹³⁴ GARCÍA PELAYO, Manuel, *Derecho constitucional comparado*, 6ª Edición, Madrid, Castilla, 1961, pp. 262 y ss.

¹³⁵ Estas ideas no tuvieron éxito en el arraigado parlamentarismo que caracteriza el sistema inglés. No obstante, fueron aprendidas por las Colonias americanas con características propias específicamente en el caso *Marbury vs. Madison*, resuelta por el juez Marshall en 1803, constituyendo uno de los modelos clásicos de control de la constitucionalidad: la *judicial review*. Cfr. VILA, Cynthia, “El control difuso y el control concentrado en el sistema peruano de justicia constitucional: Eficacia de la Judicial Review a dos siglos de su creación”, en *Derecho Constitucional. Memoria del Congreso Internacional de Culturas y Sistemas Jurídicos Comparados*, UNAM, Instituto de Investigaciones Jurídicas, México, 2004, p. 1073.

Posteriormente, el control adquirió sustento teórico. La Constitución como norma fundante básica, en términos de Kelsen, sirvió para configurar un sistema de normas jurídicas ordenado y jerarquizado. De tal concepción de la Constitución, como *corpus* de normas jurídicas, se hizo indispensable introducir ejercicios de interpretación que permitan advertir la línea divisoria entre la Carta Magna y las demás normas jurídicas. La *lex fundamentalis* contiene principios que se identifican como decisiones políticas fundamentales las que podemos definir como el contenido vital de la Constitución del Estado. Por tanto, la defensa y conservación de esos “contenidos”, es lo que justifica y fundamenta el llamado control de la constitucionalidad que tiene el alto propósito de preservar y defender la Carta Magna.

El control de la constitucionalidad como parte integrante del Derecho Procesal Constitucional, y denominado por muchos como *alma mater* de la disciplina, camina en armonía y al servicio del principio de la supremacía constitucional. Este control aparece como un tipo específico de control que se caracteriza, más que por la actividad misma, por el parámetro de verificación utilizado –las normas constitucionales– y, como consecuencia de ello, de los criterios utilizados para tal interpretación y de los órganos constitucionalmente habilitados para ello.

1.6.2.1. Concepto y justificación del control de la constitucionalidad

El equilibrio de poderes que caracteriza al Estado Constitucional no se apoya sólo en la compleja red de limitaciones que distingue el concepto mismo de Constitución, sino también en la existencia de múltiples controles a través de los cuales se articulan dichas limitaciones. De esta forma, limitación¹³⁶ y control se

¹³⁶ La idea de “limitación”, conlleva necesariamente, la idea de “control”. Por lo tanto, un auténtico Estado de Derecho, es aquél que establece los procedimientos jurídicos-institucionales, para “limitar” pero también para “controlar” los posibles excesos del poder estatal. De allí que toda Constitución sea una “ley de garantías”, frente a los posibles excesos del poder político. *Vid.* HARO, Ricardo, *El control*

presentan como dos términos fuertemente implicados, en cuanto que el segundo viene a garantizar, precisamente, la vigencia del primero.

Pues bien, para la Teoría de la Constitución, el fenómeno del control no se puede ceñir a una única definición conceptual, pero ello no significa que posea una pluralidad de sentidos. Por el contrario, es justamente la existencia de un sentido constitucionalmente unívoco del control lo que permite ser un elemento inseparable de un concepto de Constitución.¹³⁷

Efectivamente, la variedad de acepciones de control no impide comprender a éste en un único sentido.¹³⁸ Bajo las diversas formas (parlamentaria, judicial, social, etc.) del control del poder y bajo las diversas facetas (freno, vigilancia, revisión, inspección, etc.) que tal control pueda revestir, se encuentra una idea en común: hacer efectivo el principio de la limitación del poder. Todos los medios de control, en el Estado Constitucional, están orientados en un solo sentido y todos responden a un sólo fin: fiscalizar la actividad del poder para evitar los abusos. Ese es el sentido que atribuye Ely¹³⁹ al control, como la capacidad de fiscalización de los gobernantes por los gobernados a fin de garantizar que gobierne la mayoría y se evite, al mismo tiempo, la tiranía de esa mayoría. Porque como lo expuso Muñoz Torrero: "El derecho a traer a examen las acciones de gobierno es un derecho imprescindible que ninguna nación puede ceder sin dejar de ser nación."¹⁴⁰

de constitucionalidad comparado y el rol paradigmático de las Cortes Y Tribunales Constitucionales, op. cit. p. 6

¹³⁷ Vid. ARAGÓN REYES, Manuel, "El control como elemento inseparable del concepto de Constitución", en *Libro-homenaje al Profesor Murillo Ferrol*, Madrid, CEC-CIS, 1986, pp. 6 y ss.

¹³⁸ ARAGÓN REYES, Manuel, "La interpretación de la Constitución y el carácter objetivado del control jurisdiccional", en *Anuario de Derecho Público* del ITAM, McGraw-Hill, México, 1997, número. 1, p. 4.

¹³⁹ ELY, John Hart, *Democracy and Distrust, A Theory of Judicial Review*, Cambridge, Harvard University Press, 1980, pp.105-117.

¹⁴⁰ Citado por SANCHEZ AGESTA, Luis, en *Introducción al Discurso Preliminar a la Constitución de 1812*, Madrid, A. de Argüelles, 1981, p. 49.

Y es que ante la arbitrariedad y el exceso de quien ejerce el poder sería absurdo negar la facultad de los gobernados a poner por vía jurídica un límite o fin a dichos abusos. El poder es una fuerza que se traduce en la posibilidad de decidir por terceros, de sustituir su voluntad, de ordenar, y ser obedecido en relación con cuestiones fundamentales para un Estado en virtud de una relación jerárquica de supra-subordinación. Todo poder tiene una "naturaleza proclive", que lo inclina normalmente a abusar de su ejercicio. Loewenstein añade que "el poder sin control adquiere un acento moral negativo que revela lo demoníaco en el elemento del poder y lo patológico en el proceso del poder".¹⁴¹

John Acton sostiene que el poder es la fuerza maligna que transforma grandes hombres en hombres malos, y enfatiza:

*"Power is of its nature evil, whoever wields it. It is not a stability but a lust, and ipso facto insatiable, therefore unhappy in itself and doomed to make others unhappy".*¹⁴²

Es debido a la tendencia de quien ostenta el poder político a aumentarlo que surge la necesidad de restringirlo, de limitar a los detentadores de poder y a sujetarlos a medios de control, pues el poder político que no es controlado degenera, no sólo a los hombres, sino también a las formas de gobierno. La regulación del ejercicio y control del poder político proviene del orden jurídico, el que resulta de las capacidades de autodeterminación y autolimitación que tiene el pueblo. "Al quedar el poder sujeto al derecho, queda asegurado por un eficaz control jurídico".¹⁴³

Efectivamente, "a mayor poder, mayor control", ya sea tanto porque como bien decía Montesquieu: *"il faut arrêter le pouvoir avec le pouvoir"*, cuanto

¹⁴¹ LOEWENSTEIN, Karl, *Teoría de la Constitución*, op.cit. p. 28.

¹⁴² ACTON, John E., *Essay on freedom and Power*, Boston, The Beacon Press, 1949, p. XLVI.

¹⁴³ RUBIO LLORENTE, Francisco, "El control parlamentario", en *Revista de Habla Hispana*, Madrid, Cortes Generales, 1985, número 1, p. 8.

porque al decir de John Acton "el poder corrompe y el poder absoluto corrompe absolutamente"¹⁴⁴.

Al respecto, Jorge Reinaldo Vanossi resalta que no puede darse un efectivo control, si quien lo ejerce no reúne los siguientes tres presupuestos: a) es indispensable la independencia del órgano controlante; b) precisar cuál va a ser el ámbito de lo controlado -control político o a un control jurídico-; c) Además, como el ejercicio del control es imposible si se desconoce la materia controlable, es indispensable el derecho a la información y la publicidad de los actos.¹⁴⁵

Pero hay un motivo más obvio para el surgimiento del control de constitucionalidad que es que las sociedades pluralistas necesitan una institución para resolver disputas acerca de la interpretación y aplicación de las reglas que mantienen su cohesión. Evitando que esas cuestiones se transformen en disputas políticas que pongan en peligro la legitimidad de los que estén en el poder. Sin un árbitro constitucional independiente de los poderes constituidos, los gobernantes, los líderes políticos, tienen pocas limitaciones institucionales en su ejercicio del poder. Por otra parte, las sociedades requieren a veces la reinterpretación de reglas constitucionales para dar cabida a nuevas necesidades sociales, y los tribunales pueden legitimar el cambio en estas reglas.¹⁴⁶

La doctrina, por su parte, ha elaborado teorías que justifican la presencia del control de la constitucionalidad en las democracias desde la concepción kelseniana de la democracia como compromiso, en la cual los tribunales desarrollan una función antimayoritaria; a la de la democracia deliberativa y procedimental habermasiana, en cuyo ámbito los tribunales se legitiman a través

¹⁴⁴ *Idem.*

¹⁴⁵ VANOSSO, Jorge Reinaldo, *El Estado de Derecho en el Constitucionalismo Social*, Buenos Aires, Eudeba, 1987, pp. 7 y ss.

¹⁴⁶ MILLER, Jonathan, *Control judicial de constitucionalidad y estabilidad constitucional: Sociología del modelo estadounidense y su colapso en la Argentina*, *op.cit.* p. 1.

de su diálogo continuo con el legislador y la apertura de un espacio público de debate.¹⁴⁷

El objeto del control de la constitucionalidad es el poder político y su propósito es comprobar la correspondencia entre éste y la Constitución, de tal manera que si se determina que ésta existe, la manifestación del poder será constitucionalmente válida, en cuanto a su origen, a su ejercicio o a sus fines, mientras que si se da el caso contrario, la decisión del detentador formal del poder será anulada por ser anticonstitucional.¹⁴⁸

Consecuentemente, el control de la constitucionalidad tiene como propósito ejercer los mecanismos jurídicos que tanto en el aspecto preventivo como en las tareas de tipo correctivo, pueden servir para contener en los límites de la Constitución a toda la producción jurídica estatal y, asimismo, para obligar a las autoridades a que sometan sus actuaciones a los prescrito por la Carta Magna.

Los actos sujetos a control deben haber ocurrido, ser actuales, no simplemente probables o factibles.¹⁴⁹ Uno de los deberes principales del sistema de control de la constitucional, "es defender al individuo por la posición de inferioridad en que se encuentra frente a los poderes públicos y no una defensa objetiva de la Constitución".¹⁵⁰

Como es fácil suponer, ese control se puede realizar por distintos órganos y mediante la aplicación de diversos procedimientos llamados medios de control de la constitucionalidad, los cuales integran los diferentes sistemas de control de la

¹⁴⁷ GROPPi, Tania, "¿Hacia una justicia constitucional "dúctil"?: tendencias recientes de las relaciones entre Corte Constitucional y jueces comunes en la experiencia italiana", en *Boletín Mexicano de Derecho Comparado*, México, UNAM, Instituto de Investigaciones Jurídicas, mayo-agosto 2003, Volumen 36, número 107, p. 488

¹⁴⁸ Vid. COVIÁN ANDRADE, Miguel, *El control de la constitucionalidad en el derecho comparado*, op. cit. pp. 25 y 239.

¹⁴⁹ Salvo en amparo, que procede ante riesgo inminente. *Idem*.

¹⁵⁰ Cfr. PEREZ TREMPs, Pablo, *Tribunal Constitucional y Poder Judicial*, Madrid, Centro de Estudios Constitucionales, Colección Estudios Constitucionales, 1985, p. 12

constitucionalidad. Estos a su vez, están insertos en el sistema general de defensa y protección de la Constitución, razón por la cual los medios de control son una especie del género (medios de defensa de la Constitución del Estado).¹⁵¹

En esa tesitura, la Constitución debe proveer a su autodefensa instituyendo sistemas de control de diverso tipo para que, mediante su operatividad, se preserve y mantenga el orden jurídico que crea y del que es Ley fundamental y suprema.¹⁵² En consecuencia, la concepción de Constitución que se tenga en un determinado sistema jurídico depende de los instrumentos de control de constitucionalidad dentro del mismo sistema.¹⁵³

Para Héctor Fix Zamudio los llamados por él controles constitucionales son garantías,¹⁵⁴ porque establecen los medios para hacer efectivos los mandatos constitucionales, asegurando su vigencia y cumplimiento. En concordancia, el Máximo Tribunal en el país ha argumentado:

“CONTROL DE CONSTITUCIONALIDAD POR LA SUPREMA CORTE DE JUSTICIA DE LA NACIÓN. CONFORME AL PRINCIPIO DE SUPREMACIA CONSTITUCIONAL LOS MEDIOS RELATIVOS DEBEN ESTABLECERSE EN LA PROPIA CONSTITUCIÓN FEDERAL Y NO EN UN ORDENAMIENTO INFERIOR. En virtud de que el ejercicio de la competencia de la Suprema Corte de Justicia de la Nación, tratándose de los medios de control de la constitucionalidad, tiene por efecto que ese órgano fije el alcance de las normas supremas, que expresan la soberanía popular, debe considerarse que la jerarquía de las bases contenidas en ese Magno Ordenamiento conlleva el que sólo en ellas, mediante la voluntad soberana

¹⁵¹ Vid. COVIÁN ANDRADE, Miguel, *El control de la constitucionalidad en el derecho comparado*, op. cit. p. 338.

¹⁵² BURGOA ORIHUELA, Ignacio, *Derecho Constitucional Mexicano*, México, Porrúa, 1970. p. 445.

¹⁵³ RUBIO LLORENTE, Francisco, “Jurisdicción constitucional y legislación en España”, en *La forma de poder. Estudios sobre la Constitución*, op. cit. p.470.

¹⁵⁴ FIX-ZAMUDIO, Héctor, *El juicio de Amparo*, México, Porrúa, 1964, pp. 52-70.

manifestada por el Constituyente o por el Poder Revisor de la Constitución, pueda establecerse la existencia de los referidos medios; ello sin menoscabo de que el legislador ordinario desarrolle y pormenore las reglas que precisen su procedencia, sustanciación y resolución...[...]"¹⁵⁵

En conclusión, mediante el control de la constitucionalidad se asegura el orden fundamental en la medida en que se aplican a casos concretos las normas constitucionales, se esclarece el ámbito de aplicación de tales normas, e incluso, se va integrando el Derecho constitucional. En este sentido, el control de la constitucionalidad significa la autoconciencia que la Constitución posee de su propia eficacia y dinamismo.¹⁵⁶

1.6.2.2. La interpretación constitucional

Un Tribunal Constitucional está legitimado para interpretar la Constitución en el momento en el cual no se sabe cuál es el significado de los principios constitucionales, su misión será exponerlos y desarrollarlos. A diferencia de lo que sucede en la jurisdicción ordinaria, los fallos del Tribunal Constitucional tendrán que fijar reglas para que no se presenten conflictos en el futuro, además, en ellos no se usan los métodos de interpretación tradicionales, propios de las leyes ordinarias. La "conformidad con la Constitución" se entiende cada vez más en un sentido amplio, incluyendo disposiciones y principios que están fuera de su texto expreso, para mantenerlo dinámico. Esta labor interpretativa de ninguna manera es realizada por los jueces ordinarios y si lo hacen es deficiente, la tarea debe ser encargada a jueces constitucionales.

¹⁵⁵ Tesis de jurisprudencia P./J. 155/2000 Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta, Novena Época. Tomo XII, Diciembre de 2000. p. 843.

¹⁵⁶ LUCAS VERDÚ, Pablo, "Problemática actual de la justicia constitucional y del examen de constitucionalidad de las leyes", en *Boletín Informativo del Seminario de Derecho Político*, mayo-octubre de 1957, p. 104.

Para un juez constitucional, es importante determinar el alcance que determinada norma constitucional tuvo para sus redactores, debe tomar en cuenta a la interpretación teleológica, que se dirige al objeto y fin de la Constitución. Asimismo su interpretación debe ir evolucionando de acuerdo a las circunstancias y necesidades sociales que la Constitución debe tutelar a través del tiempo. De esta forma, el intérprete no puede permanecer al margen de las circunstancias imperantes en el lugar y a la época de resolver. Debe brindar soluciones a los problemas concretos de los ciudadanos de su generación, las que difícilmente llegarán si se apega a la letra y a la interpretación histórica de la norma.

El contenido de los enunciados constitucionales, normas generales y abstractas, admiten diversas interpretaciones. Esta amplitud y flexibilidad normativa e interpretativa de la norma fundamental se ve complementada por un factor adicional: el reconocimiento del carácter eminentemente político que ostenta la Carta Fundamental,¹⁵⁷ donde las opciones de política institucional que hace el constituyente deben entenderse de modo flexible, adaptadas y adaptables a la realidad social de cada momento, ajustándose así a los requerimientos que plantea la comunidad política que pretende regular.¹⁵⁸ En este sentido, es usual que los operadores del sistema político incorporen conceptos metajurídicos en la interpretación de las normas constitucionales, lo que precisamente permite la vigencia de éstas a lo largo del tiempo, realizándose –en palabras de Häberle– una verdadera mutación constitucional a través de la interpretación.¹⁵⁹

¹⁵⁷ Como sostiene Triepel, “el Derecho público no tiene absolutamente otro objeto que lo político”. Y más adelante agrega que, toda la investigación jurídica y debate doctrinal en Alemania sólo se puede entender a partir de esta afirmación, lo que supone entender a la Constitución como una declaración política, además de norma jurídica. TRIEPEL, Heinrich. *Derecho público y política*, Madrid, Cuadernos Jurídicos, Civitas, 1986, pp. 42-43.

¹⁵⁸ En este sentido, Häberle plantea que la Teoría Constitucional debe entenderse actualmente como “ciencia jurídica de los textos y la cultura”, donde la comunidad política, a través de sus usos y prácticas, determina los alcances y contenido del texto constitucional, más allá incluso de su letra. *Vid.* HÄBERLE, Peter, *El Estado constitucional*, México, UNAM, Instituto de Investigaciones Jurídicas, 2000, pp. 3-149.

¹⁵⁹ Häberle agrega: “la mutación constitucional a través de la interpretación, es decir, sin modificación expresa del texto de la Constitución, se produce de manera relativamente discreta y sin formalización.

Nuestro Alto Tribunal ha sostenido al respecto:

"[...]...en el ejercicio del control constitucional [sic] no es la connotación política del acto de poder el problema central de la hermenéutica que debe realizarse, pues partiendo del hecho de que el texto constitucional refleja un sistema de valores que en ocasiones puede presentar ambigüedades, fórmulas genéricas de contenido indeterminado o muy discutibles e incluso contradictorias, el órgano de control está llamado a actualizar e integrar los valores imperantes en la Constitución, salvaguardando el lugar en que se encuentran dentro del sistema jurídico nacional, pues será siempre la decisión del tribunal constitucional una opción jurídica, aun cuando tenga un contenido político, pues la resolución siempre tendrá que emitirse y apegarse al derecho primario."¹⁶⁰

A nadie se le escapa que cuando los jueces ejercen el control de la constitucionalidad, evidentemente están asumiendo un control jurídico, pero de profundas connotaciones políticas. En el desempeño de esta revisión jurisdiccional, los jueces asumen y desenvuelven funciones superlativas del poder político del Estado. Cuando los tribunales proclaman y ejercen su derecho de control, dejan de ser meros órganos encargados de ejecutar la decisión política y se convierten en un detentador de poder semejantes, cuando no superior, a los otros detentadores del poder instituido.¹⁶¹ De aquí, la eminente dimensión política que implica el correcto ejercicio de esta trascendente función, en la ardua tarea de cooperar a la adecuación jurídica de las supremas competencias del Estado.

Por la sola vía de la interpretación, ya sea de los tribunales, la de práctica estatal, la de la opinión pública o la doctrina, o como producto de la combinación de ellas, es que una norma constitucional puede adquirir un significado nuevo o diferente". *Ibidem*. pp. 62-63.

¹⁶⁰ *Vid.* Ejecutoria, Controversia Constitucional 30/2000, Ayuntamiento del Municipio de Papalotla de Xicohténcalt, Tlaxcala, 31 de mayo de 2001.

¹⁶¹ LOEWENSTEIN, Kart, *Teoría de la Constitución*, *op. cit.* pp. 308 y 309.

Otro factor que contribuye a esta apertura en la interpretación jurídica constitucional es el carácter relativamente “moralista” que presentan los textos constitucionales, en el sentido de que encarnan un consenso social acerca de ciertos valores y principios que fundamentan la existencia misma del Estado y su posterior actividad.¹⁶² Esto supone que el texto constitucional contiene –en palabras de Robert Alexy-¹⁶³ una serie de normas-principios que enuncian aspiraciones de la comunidad política que deben guiar la actuación de los poderes públicos, los que corresponde al intérprete determinar su sentido y alcance en un momento determinado.

De este modo, es evidente que el control de la constitucionalidad aparece como una actividad bastante compleja, ya que el parámetro de verificación es bastante más impreciso que el ordinario, lo que requiere de un proceso de interpretación más amplio que la sola aplicación literal del precepto o de la derivación de consecuencias jurídicas causales normativas a la mera constatación de un hecho que las anteceden y que le sirven de fundamento a su aplicación.

1.6.2.3. Diferencia con el control de legalidad

Abstractamente, la Constitución es la única manifestación plena de soberanía popular, ésta organiza el Estado, distribuye y limita su competencia y crea los órganos de gobierno. De lo anterior se deduce la distinción entre leyes ordinarias y leyes constitucionales. Las constitucionales son las leyes de la soberanía y por lo tanto supremas y relativamente inmutables. Las leyes ordinarias son emanación del gobierno, instituido y limitado por la Constitución, y, consecuentemente, se hallan subordinadas al estatuto fundamental.

La ley complementa y desarrolla la Constitución y el catálogo de derechos recogidos en ella. Por eso la diferencia radica en el objeto de control, en el

¹⁶² Vid. PRIETO SANCHÍS, Luis, *Constitucionalismo y positivismo*, México, Fontamara, 1999, p. 62.

¹⁶³ ALEXY, Robert, *Teoría de los derechos fundamentales*, Madrid, Centro de Estudios Constitucionales, 1997, pp. 81 y ss.

control de la constitucionalidad el parámetro es la Carta Magna, en cambio en el control de legalidad, el punto de referencia es la ley.

Ahora bien, el ordenamiento jurídico mexicano prevé una serie de recursos de control cuya finalidad es la de asegurar que los actos de las autoridades y las normas que no tienen el *status* de ley, se mantengan en situación de subordinación con respecto a ellas. Estos recursos normalmente se interponen ante órganos judiciales o administrativos. Se trata de mecanismos de control normativo que tienen como finalidad la preservación del Principio General de Derecho que consiste en que una norma inferior no puede contradecir una norma superior, a cuyo contenido y alcance está supeditada.¹⁶⁴

Ese cúmulo de recursos integran el sistema de control de legalidad, existente en todo orden jurídico e indispensable para que las acciones del poder público se realicen dentro de los parámetros de la ley y dentro del marco normativo que ella impone. En tal tesitura, el control en cita consiste en el examen y la comprobación de que el acto de autoridad distinto a la ley se ajusta a los términos de ella, y por ende, no la contradice ni vulnera. Por medio de este control se verifica que la aplicación de la ley corresponda al caso concreto que con base en ella se resuelve y que los términos y disposiciones procesales hayan sido puntualmente cumplidos.

Es evidente que el único aspecto de la ley que no se controla mediante recursos de legalidad, es el relativo a su contenido. Cuando se examina la conformidad de la ley substancialmente, o en cuanto a su proceso de creación o abrogación con la Constitución, entonces el análisis se traslada al ámbito de control de la constitucionalidad.¹⁶⁵

¹⁶⁴COVIÁN ANDRADE, Miguel, *El control de la constitucionalidad en el derecho comparado*, op. cit. p.250.

¹⁶⁵ Se debe tener en consideración que en todo Estado estructurado por una Constitución y por normas básicas, toda "cuestión normativa", independientemente de su jerarquía, puede convertirse directa o indirectamente en una cuestión constitucional, en virtud de que todo acto de autoridad en su

1.7. Sistemas de control de constitucionalidad

Cualquier sistema de control de la constitucionalidad se integra por los siguientes elementos, independientemente de sus características y de sus rasgos específicos:

- a) El órgano de control.
- b) Los medios de control.
- c) Los procedimientos para aplicar los medios de control;
- d) Las normas jurídicas para tomar las resoluciones, y
- e) Los efectos de las resoluciones.

Los sistemas de control de la constitucionalidad pueden clasificarse en sistemas plenos de control de constitucionalidad y en sistemas limitados o incompletos de control de constitucionalidad.¹⁶⁶ Sin embargo, desde la perspectiva del órgano que realiza el control, la doctrina ha clasificado los sistemas de control de constitucionalidad en los que a continuación se especifican.

1.7.1. Control legislativo

Es un hecho que las Constituciones políticas establecen implícitamente mecanismos de defensa de la constitucionalidad de las leyes, fundamentalmente por medio de dos vías: a) la revisión constitucional, y b) el proceso legislativo.

sentido amplio, puede llegar hasta el nivel de su fundamento en la Ley Suprema, a través de un proceso de jerarquización inductivo-jurídico de las normas. *Ibidem.* p. 251.

¹⁶⁶ Vid. SAGÜÉS, Néstor Pedro, *Derecho Procesal Constitucional*, Buenos Aires, Ediciones Astrea, 1989, Tomo I, p.30.

Por lo que respecta a la primera, se ha dicho que sólo en teoría puede plantearse la posibilidad de que la revisión constitucional sea un medio de control de la constitucionalidad, toda vez que la Constitución autorregula su reforma, mediante un procedimiento rígido, y al hacerlo salvaguarda su permanencia y la de cada uno de sus preceptos. Al respecto pueden hacerse estas dos objeciones:

- a) No es aconsejable, ni confiable desde un punto de vista técnico, ni práctico, dejar en las manos del mismo órgano que emite el acto (en la especie reformas constitucionales cuya constitucionalidad deba ser asegurada) esta misión;
- b) Nos colocaríamos en el caso de que los Congresos o Parlamentos serían jueces y partes.¹⁶⁷

Similar al caso anterior, se encuentran los procesos legislativos. Al margen de su multiplicidad, se podría pensar que estos procedimientos expresamente normados en las Cartas fundamentales, pueden operar como medios de defensa de la Constitución en dos vertientes:

- a) Formalmente, respetando el mecanismo jurídico-legislativo y materialmente impidiendo que la ley inconstitucional, que en forma de proyecto se discute, se apruebe por un Parlamento o Congreso en un debate en que su anticonstitucionalidad quede de manifiesto.
- b) Políticamente, en virtud de que ningún partido político representado en el Poder Legislativo, deseará cargar con el desprestigio de haber creado o contribuido a la formación de una ley anticonstitucional. El debate parlamentario sirve para poner de manifiesto públicamente el carácter contrario a la Constitución de la ley que se pretende reformar o aprobar.

¹⁶⁷ COVIÁN ANDRADE, Miguel, *El control de la constitucionalidad en el derecho comparado*, op. cit. p. 34.

De lo transcrito se aprecia fácilmente que los argumentos a favor del proceso legislativo, como medio de control de la constitucionalidad son más bien retóricos y poco defendibles en el terreno práctico. Además, son aplicables las objeciones de parcialidad que se hicieron al referirse a la revisión constitucional, toda vez que nuevamente el órgano legislativo actuaría como juez y parte. Por estas consideraciones, se descarta la posibilidad de que el control de la constitucionalidad de las leyes se confíe a un órgano legislativo.¹⁶⁸

1.7.2. Control social

La distinción más general y comprensiva que cabe hacer dentro de la multiplicidad de limitaciones del poder es la que diferencia a las limitaciones no institucionalizadas de las limitaciones institucionalizadas. Las primeras tienen su correspondencia en un tipo de controles, también no institucionalizados, pero que no por ello dejan de ser efectivos. Se trata de unos controles generales y difusos entre los que se encuentran, tanto los que Jellinek¹⁶⁹ denomina “garantías sociales”, como otros instrumentos de control que se manifiestan a través de la opinión pública e incluso por medios no públicos de presión. Estos son los que deben denominarse “controles sociales” no institucionalizados, y por ello, generales y difusos.

En el control social, su propio carácter difuso y su condición genérica, originan que unas veces el agente que limita sea a su vez el que controla, y otras, que el agente de control garantice limitaciones producidas por terceros e incluso limitaciones establecidas en abstracto.

Los agentes de control social (ciudadanos, grupos de muy diversa índole, medios de información, etc.) no realizan el control institucionalmente (lo que no quiere decir, ni mucho menos ilícitamente; al contrario, en un Estado

¹⁶⁸ *Ibidem*. p. 35.

¹⁶⁹ JELLINEK, *Teoría General del Estado*, Buenos Aires, Albatros, 1970, pp. 592-593.

Constitucional de Derecho, todos los medios de control social del poder, a excepción de los delictivos deben ser considerados lícitos). Y es que efectivamente, la construcción de un auténtico Estado Constitucional y Social de derecho debe residir en la conciencia jurídica, política y social del pueblo, a lo que Lucas Verdú ha denominado "sentimiento constitucional."¹⁷⁰

Tales agentes de control social tienen derecho a efectuarlo, pero ese derecho no supone una competencia formalizada, sino una mera y libre facultad. Que la finalidad del control social sea una finalidad política (lo que es obvio, ya que se trata de controlar al poder) no convierte tampoco a dicho control en control político. El control es social porque se efectúa de manera no institucionalizada, esto es, porque sus agentes no han de someterse, para realizarlo, a un procedimiento reglado y específico de control.

1.7.3. Control político

El sistema político de control de la constitucionalidad consiste en la limitación recíproca que los diferentes órganos del Estado producen.¹⁷¹ Como ejemplo podemos citar la división de poderes y la distribución de competencias, de tal forma que al no estar concentrado todo el poder público en un solo órgano, cada uno de ellos puede realizar determinados actos, sin exceder los límites de su competencia ya que al hacerlo afectaría la competencia de otro u otros órganos. También existe una forma de control político de constitucionalidad, que consiste en asignar a un órgano concreto la función de vigilar la constitucionalidad de los actos de los demás órganos. La característica de este órgano es que puede actuar de oficio, es decir, no requiere de ningún otro sujeto que solicite la aplicación del

¹⁷⁰ Para más información sobre el término "sentimiento constitucional". Vid. LUCAS VERDÚ, Pablo, *El sentimiento constitucional*, Madrid, Reus, 1985 y TAJADURA TEJADA, Javier, "El sentimiento constitucional", en *Claves de la Razón Práctica*, Madrid, 1997, número 77.

¹⁷¹ Por regla general, el control por órganos políticos se radica en el propio parlamento, como ocurre, entre otros países, por ejemplo, en China y en Cuba.

control. Un ejemplo de este tipo de control lo tuvimos en el Supremo Poder Conservador establecido en el siglo antepasado.¹⁷²

Generalmente, el control por órgano político se asigna a un órgano distinto a los poderes constituidos que necesariamente se coloca por encima de ellos. Otra opción menos frecuente es que ese órgano sea uno de los poderes públicos ya existentes, siendo uno de los problemas teóricos y de eficacia de este control, la imparcialidad y la independencia del órgano que conoce. No obstante el asunto, quierase o no, es político, toda vez que se trata de controlar el ejercicio del poder.¹⁷³

Es propio del control político su carácter subjetivo y su ejercicio voluntario, por el órgano, autoridad o sujeto de poder que en cada caso se encuentra en situación de supremacía o jerarquía.¹⁷⁴

En referencia al vínculo político asignado a los Tribunales Constitucionales con cuestiones políticas, es menester citar lo señalado por Manuel García Pelayo:

“El Tribunal Constitucional juzga con arreglo a criterios y razones jurídicas sobre controversias jurídicamente formuladas. Es claro, sin embargo, que estas controversias hacen referencia siempre, de una u otra manera, a las limitaciones constitucionalmente establecidas al poder, al ámbito de acción libre de los distintos órganos que integran el Estado, y que son, en consecuencia,

¹⁷² Vid. NORIEGA, Alfonso, “El pensamiento conservador y el conservadurismo mexicano”, en *Estudios Históricos*, México, Serie C, UNAM, Instituto de Investigaciones Jurídicas, 1972, Tomo I, número 3, pp. 204-243.

¹⁷³ COVIÁN ANDRADE, Miguel, *El control de la constitucionalidad en el derecho comparado op. cit.* pp. 39-40.

¹⁷⁴ La supremacía sería la característica de las relaciones supraorgánicas e interórganicas y la jerarquía la correspondiente a las relaciones intraórganicas. Vid. ARAGÓN REYES, Manuel, “La interpretación de la Constitución y el carácter objetivado del control jurisdiccional”, *op. cit.* p.12.

controversias políticas...En este sentido, pero sólo en este sentido, es nuestra jurisdicción una jurisdicción política."¹⁷⁵

1.7.4. Control jurisdiccional

El control jurisdiccional de la constitucionalidad de las leyes, fundado en lo que Maurice Hauriou denomina la "superlegalidad constitucional", es de estricto derecho dentro del Estado gobernado por las leyes y corresponde a la misión natural de los jueces.¹⁷⁶ Para Boris Mirkin de Guetzevitch, esta revisión representa una de las técnicas fundamentales para afirmar la racionalización del poder, por lo que se puede concluir esquemáticamente expresando, que Supremacía Constitucional + Control Jurisdiccional = Racionalización del Poder. Y esto es así, en los dos sistemas originarios de control jurisdiccional de la constitucionalidad, ya sea que partamos en el norteamericano de la fundacional doctrina del Juez Marshall en *Marbury vs. Madison* a comienzo del siglo XIX, como del pensamiento europeo de Hans Kelsen del siglo XX.¹⁷⁷

De allí que con el correr de los tiempos y un mejor perfilamiento institucional del tema, haya surgido lo que la doctrina llama como la control jurisdiccional de la constitucionalidad que es el que se ejerce a través de los procedimientos y de los órganos establecidos para tal efecto.

Actualmente, los sistemas de control de la constitucionalidad más extendidos en los diversos continentes corresponden al modelo de control jurisdiccional. Los medios jurisdiccionales de control de constitucionalidad se caracterizan por facultar a ciertos tribunales para que, mediante resoluciones pronunciadas en juicio, determinen si un acto concreto es o no constitucional.

¹⁷⁵ GARCÍA PELAYO, Manuel, Discurso en el acto de Inauguración del Tribunal Constitucional Español el día 12 de julio de 1980.

¹⁷⁶ HAMILTON, *El Federalista*, México, Fondo de Cultura Económica, 1957, cap. LXXVIII, p. 332.

¹⁷⁷ Vid. HARO, Ricardo, *El control de constitucionalidad comparado y el rol paradigmático de las Cortes Y Tribunales Constitucionales*, op. cit. p. 10.

Este tipo de control puede ejercerse por vía de acción o de excepción. En el primer supuesto el particular o autoridad afectados con el acto cuya validez se impugna, en ejercicio de un derecho público subjetivo, formula una petición en forma de demanda,¹⁷⁸ para que después de seguir el procedimiento, en el que deberá respetarse la garantía de audiencia de la autoridad demandada, se decida sobre la constitucionalidad del acto impugnado. En el segundo caso la constitucionalidad del acto se impugna a través de la excepción o defensa que se oponga por el demandado al contestar una demanda, sin importar que la naturaleza del acto que la origina sea civil, mercantil, laboral, etc.

De tal forma el control jurisdiccional de la constitucionalidad se aplica mediante dos sistemas diferentes, los cuales se denominan difuso o americano¹⁷⁹ y concentrado o europeo¹⁸⁰ y se distingue genéricamente del control legislativo o político, por el órgano que lo ejerce (un tribunal), por los procedimientos para aplicarlo (establecidos en las normas jurídicas en forma de juicios), o por ambos elementos estructurales.

Se ha cuestionado el carácter jurisdiccional del sistema concentrado, sin embargo, la función de un Tribunal Constitucional es jurisdiccional en tanto es un tribunal quien la cumple. Desde el punto de vista estrictamente jurídico, la función del Tribunal Constitucional no es ni jurisdiccional ni legislativa, en el sentido clásico, su función jurídica, como la de cualquier órgano del Estado, es de aplicación y creación de Derecho. Por ello, puede deducirse que Kelsen diseña

¹⁷⁸ Cfr. ARAGÓN REYES, Manuel, *Constitución, democracia y control*, México, Serie Doctrina Jurídica, UNAM, Instituto de Investigaciones Jurídicas, 2002, número 88, pp. 170-172.

¹⁷⁹ Como es el caso de los Estados Unidos de Norteamérica, Argentina, Canadá, Nueva Zelanda y la India.

¹⁸⁰ Aquí encontramos dos supuestos, cuando dicho control sólo lo ejerce el órgano superior del Poder Judicial, la Corte Suprema de Justicia, como son los casos de Costa Rica, Uruguay, Paraguay, Irlanda y Japón, y el control a través de los tribunales constitucionales, Ejemplos de ellos son los tribunales constitucionales de Austria, Alemania, Andorra, Bélgica, Italia, España, Eslovaquia, Francia, Hungría, República Checa, Rusia, Rumania, Portugal, Polonia, Bolivia, Chile, Colombia, Ecuador, Guatemala, y Perú. Es necesario precisar que, por regla general, los Tribunales Constitucionales no forman parte del Poder Judicial, pero esta regla tiene excepciones, como son los casos de los Tribunales Constitucionales de Alemania, Colombia y de Bolivia, entre otros casos, los cuales forman parte de la estructura orgánica del Poder Judicial.

una auténtica jurisdicción, por más que el resultado de la actividad de ésta pueda ser legislativo, al igual que lo es en el modelo americano.¹⁸¹

El control jurisdiccional es ajeno, en principio, a toda relación de supremacía o jerarquía con el órgano limitado. El órgano jurisdiccional, ni siquiera, exactamente, esta controlando a los otros órganos, sino las actividades de esos órganos. Sobre esto hay una excelente frase de Carl Schmitt, cuando decía que:

“La justicia está ligada a la ley, e incluso cuando decide sobre la validez de una ley se mantiene dentro de la pura normatividad. Frena, pero no manda.”¹⁸²

En los tiempos modernos es preciso que el control en cita, asuma un mayor protagonismo en esta alta misión institucional de “controlar”, sin que ello signifique en modo alguno, una trasgresión a los límites de su función, que se vería exorbitada hacia los campos que son propios de la discrecionalidad de los poderes políticos.¹⁸³

Este control se ha convertido como dice Jean-Claude Béguin en *“une pièce classique de l’arsenal constitutionnel”*.¹⁸⁴ En definitiva, el control jurisdiccional se presenta como el más regular, por ser un control normativizado y, a la postre, el más seguro. La Constitución no podría sobrevivir sin los controles sociales y políticos, sin duda alguna, pero sencillamente la Constitución no podría ser sin el control jurídico, que es por esencia, el control jurisdiccional. El control jurisdiccional aparece así, como algo absolutamente necesario para el concepto y la existencia misma de la Constitución.

¹⁸¹ Cfr. PEREZ TREMPES, Pablo, *Tribunal Constitucional y Poder Judicial*, op. cit. pp. 7 y 8.

¹⁸² SCHMITT, Carl, *Teoría de la Constitución*, op. cit. p. 226.

¹⁸³ Cfr. HARO, Ricardo, *El control de constitucionalidad comparado y el rol paradigmático de las Cortes Y Tribunales Constitucionales*, op.cit. p.8.

¹⁸⁴ BÉGUIN, Jean-Claude, *Le contrôle de la constitutionnalité des lois en République Fédérale de Allemagne*, París, Económica, 1982, p.1.

1.8. Imprecisión de los términos: control constitucional, control de la Constitución, Justicia Constitucional, Derecho Procesal Constitucional y Jurisdicción Constitucional¹⁸⁵

En efecto, es importante precisar el término adecuado para denominar a la institución en estudio, sin que sea su designación óbice práctico para su aplicación. A lo sumo se trata de ser diáfanos en la postura, dado el rigor y la exactitud terminológica que debe prevalecer en estas cuestiones.

Quizá la equivocación se debe a que muchos aspectos de este importante elemento estructural de los sistemas políticos democráticos contemporáneos, siguen siendo desconocidos para la mayoría de los especialistas en Derecho Constitucional. Incluso, el constitucionalista Héctor Fix-Zamudio advierte que mientras para algunos juristas es casi imperceptible la diferencia entre jurisdicción constitucional, Derecho Procesal Constitucional, defensa de la Constitución, control constitucional [*sic*], para otros no se trata de lo mismo.¹⁸⁶ Obviamente, los términos antes precisados divergen en su significado. Desafortunadamente, la doctrina en general -no sólo de México, sino del extranjero- utiliza indistintamente diversas denominaciones para referirse al control de la constitucionalidad, a saber:

a) Justicia Constitucional,¹⁸⁷

¹⁸⁵ Agradezco profundamente al Doctor Miguel Covián Andrade el haberme brindado sus atinados razonamientos para realizar el presente apartado.

¹⁸⁶ Cfr. FIX-ZAMUDIO, Héctor, "Breves reflexiones sobre el concepto y el contenido del derecho procesal constitucional", en *Derecho Procesal Constitucional*, México, Porrúa, 2002, p. 166.

¹⁸⁷ De esta mala traducción se ha dicho que la "justicia constitucional" en términos de Mauro Cappelletti implica señalar que "el poder del gobierno está limitado por normas constitucionales y que se han creado procedimientos e instituciones para hacer cumplir esta limitación" asimismo indica la existencia de un "nuevo tipo de normas institucionales y procedimientos constitucionales en un intento de limitar y controlar con ellos el poder político". CAPPELLETTI, Mauro, "¿Renegar de Monstesquieu, la expansión y la legitimidad de la justicia constitucional?", en *Revista Española de Derecho Constitucional*, Madrid, 1986, número 17, pp. 12 y 13. Citado por ALCALÁ NOGUEIRA, Humberto, "La defensa de la Constitución, los modelos de control de constitucionalidad y las relaciones y tensiones de la judicatura ordinaria y los tribunales constitucionales en América del Sur", *op. cit.* p. 157.

- b) Derecho Procesal Constitucional,
- c) Control de la Constitución,
- d) Control Constitucional, y
- e) Jurisdicción Constitucional.

Ninguno de estos términos es equivalente al término de control de la constitucionalidad, ni expresan con claridad a qué se refiere y la esencia de esta área especializada del Derecho Constitucional. A continuación se examinará brevemente, porque ninguno de los términos señalados es equivalente al de control de la constitucionalidad.

a) Justicia Constitucional.- Esta expresión es inadecuada para denominar al área en estudio porque la connotación del término "justicia" es imprecisa y variable, circunstancia que impide entender exactamente qué significa la justicia constitucional. Por ejemplo, se pregunta: si el propósito de esta área del Derecho Constitucional consiste en hacerle justicia a la Constitución, o en administrar justicia conforme a la Constitución, a todo lo cual podrían corresponder respuestas diversas, tan imprecisas y hasta subjetivas, como el propio término que se estaría utilizando. Para entender la ambigüedad de esta expresión, se considera lo que ocurriría si a ciertas estructuras normativas del Derecho Administrativo o del Derecho Civil, se les denominara justicia administrativa o justicia civil, o inclusive, si concretamente a los procesos penales o laborales, se les llamara justicia penal o justicia laboral. Como se advierte esta idea obviamente no corresponde al término control de la constitucionalidad.

b) Derecho Procesal Constitucional.- Esta expresión también es incorrecta pues cuando se habla del Derecho Procesal Constitucional se hace referencia solamente a los procesos establecidos en las normas constitucionales para aplicar

el control de la constitucionalidad, pero no al órgano facultado para ejercer la competencia de control, ni a los recursos o medios de control, sin los cuales no tendrían sentido los procedimientos. Para que existan los procesos constitucionales se necesita la materia constitucional, lo que equivale a decir que se requiere del control de la constitucionalidad. Esto mismo puede decirse prácticamente de cualquiera área del Derecho, en la cual los procedimientos serán siempre la parte adjetiva de las normas jurídicas substantivas correspondientes. No puede haber Derecho Procesal Penal, si no existe Derecho Penal, ni Derecho Procesal Civil, sin Derecho Civil. En realidad, el Derecho Procesal Constitucional es en general, el Derecho Procesal de la Constitución y específicamente, el Derecho Procesal del control de la constitucionalidad, lo cual demuestra en este caso, que el control de la constitucionalidad es el todo y los procedimientos para aplicar los medios de control son la parte.

c) Control de la Constitución.- Este término es impreciso porque lo que se controla no es la Constitución, sino la constitucionalidad. Esto significa que quien emplea este término desconoce la teleología del control de la constitucionalidad. La Constitución es el punto de referencia del control de la constitucionalidad, pero no su objeto, ni su materia. La Constitución no se controla, sino se protege mediante el control de la constitucionalidad. La expresión control de la Constitución implica que lo que se protege es algo distinto a la Constitución y ésta se compara con ese algo, para comprobar su correspondencia, siendo que en realidad el control de la constitucionalidad es la conformidad de las decisiones de los detentadores formales del poder político,¹⁸⁸ precisamente con Ley Suprema.

¹⁸⁸ Esta expresión hace referencia a los detentadores del poder que lo ejercen porque las normas jurídicas los facultan para hacerlo, sin olvidar que existen detentadores informales del poder que lo detentan y lo ejercen aunque no tengan esas atribuciones, los cuales pueden actuar independientemente de las normas jurídicas o en contra de ellas, como los grupos de presión o el narcotráfico, respectivamente. *Vid.* COVIAN ANDRADE, Miguel, *Teoría del Rombo, Ingeniería constitucional del sistema político democrático*, 2ª edición, México, CEDIPC, 2004, primera sección.

d) Control Constitucional.- Para hacer referencia a este término, lo idóneo será partir de lo delimitado por Serio Galeotti,¹⁸⁹ quién menciona:

“Por control constitucional puede entenderse, en una primera y generalísima aproximación, toda manifestación del control jurídico que se presenta en el ámbito de las relaciones del Derecho Constitucional”.

De esta forma, los controles relevantes para el derecho constitucional, o los controles de poder en la Teoría Constitucional, no pueden ser comprendidos, conceptualmente, bajo la denominación de controles constitucionales, ya que tal denominación no calificaría, ni distinguiría por sí misma, a la diversidad de esos controles. ¿Qué puede significar el término controles constitucionales?, ¿Qué están previstos en la Constitución? Entonces no los abarcaría a todos, porque pueden existir controles creados por la ley pero de gran relevancia para el Derecho Constitucional, ni definiría su carácter, pues en la Constitución pueden estar previstos controles de carácter totalmente heterogéneo. ¿Qué se ejercen sobre órganos constitucionales? En este caso, no comprendería, y el concepto estaría fuertemente mutilado, los ejercitados sobre otros órganos no constitucionales del Estado que son extraordinariamente relevantes para el Derecho Constitucional. ¿Qué se ejercen por los órganos constitucionales? De ser así, no estarían incluidos los controles sociales ni los jurisdiccionales, excepto, los realizados por el Suprema Corte de Justicia.

e) Jurisdicción Constitucional. Adicionalmente a las demás connotaciones, se ha denominado de esta forma, aunque esta acepción es igualmente desatinada porque jurisdiccionalmente existen muchos procedimientos que regula la Carta Magna y no están relacionados con el control de la constitucionalidad. Al respecto Francisco Eguiguren Praeli indica:

¹⁸⁹ GALEOTTI, Serio, *Introduzione alla teoría dei controlli costituzionali*, Milán, Giuffré, 1963, p. 5.

“La jurisdicción constitucional es el conjunto de procesos y mecanismos procesales o judiciales establecidos para asegurar y garantizar la supremacía y vigencia de la Constitución, a través de la intervención de un órgano jurisdiccional, tanto con respecto al control de la constitucionalidad de las leyes que normas jurídicas como la protección y defensa de los derechos constitucionales.”¹⁹⁰

Entonces con este término no se está hablando del control de la constitucionalidad en sí mismo. Existe jurisdicción constitucional cuando hay materia constitucional, con independencia del tribunal ante el cual se ventila la *litis* o de la existencia de un órgano especializado al efecto. Consecuentemente, si estas denominaciones son erróneas es porque no hacen hincapié al objeto de estudio en referencia.

En cambio, con la denominación de control de constitucionalidad, se pone énfasis en que el objeto de control es tanto la conducta de los sujetos de derecho dentro del sistema fundado en la Constitución, como los efectos de esa conducta. De este modo la idea de control puede abarcar la totalidad del sistema a través de los actos de aplicación del texto constitucional, que se desenvuelven desde las leyes ordinarias y tratados, hasta las normas individualizadas.

¹⁹⁰ EGUIGUREN PRAELI, Francisco, *Los Tribunales Constitucionales en Latinoamérica. Una visión comparativa*, Buenos Aires, Fundación Konrad-Adenauer Stiftung, Centro Interdisciplinario de Estudios sobre el Desarrollo Latinoamericano, 2000, p. 58 y ss.

“El mensaje de El Federalista es el siguiente: no hay felicidad sin libertad, no hay libertad sin autogobierno, no hay autogobierno sin constitucionalismo, no hay constitucionalismo sin moral...”

Clinton Rossitor

CAPÍTULO II

2. MODELOS¹⁹¹ ORIGINARIOS DE CONTROL JURISDICCIONAL DE LA CONSTITUCIONALIDAD

2.1. Modelo austriaco (control concentrado de la constitucionalidad)

El periodo que transcurre entre octubre de 1918, momento en el que cae el Imperio austro-húngaro, y octubre de 1920, fecha de la promulgación de la Constitución Federal de la República Austriaca, marca momentos claves en la gestación del modelo austriaco de control de la constitucionalidad de las leyes. Específicamente, el 21 de Octubre de 1918 se constituyó la “Asamblea Nacional Provisional de Austria Alemana”, e inmediatamente dictó una Resolución sobre las instituciones básicas del poder del Estado, una especie de primera Constitución provisional de la nueva República.

De esta forma, la citada Asamblea creó por primera vez con el nombre de Tribunal Constitucional (*Verfassungsgerichtshof*) un órgano que se iba a encargar, en un primer momento, de la sucesión del antiguo *Reichsgericht*,

¹⁹¹ En general se habla de «modelos constitucionales» para indicar aquellas normas constitucionales que de forma más difusa se prestan a ser imitadas, o por lo menos en grado de condicionar el desarrollo de las distintas experiencias constitucionales. Pareciera que el uso del término modelo debiese ser entendido en el sentido de la representación sintética de fenómenos de la realidad política constitucional combinada con la noción de “forma ejemplar” y por tanto de imitarse. *Vid.* MORBIDELLI, G. “Costituzioni e costituzionalismo”, en MORBIDELLI L., PEGORARO A., REPOSO M, *Diritto costituzionali italiano e comparato*, 2ª Edición, Bologna, Monduzzi, 1997, pp. 60 y ss; *Cfr.* RINELLA A., *La forma di governo semi-presidenziale, Profili metodologici e “circolazione” del modello francese in Europa centro-orientale*, Torino, Giappichelli, 1997.

recibiendo las mismas competencias e incluso idéntica composición que el Tribunal del Imperio.

Sin embargo, una nueva ley de 14 de marzo de 1919, por la que la Asamblea Nacional modificó en profundidad la Constitución Provisional, confirió al Tribunal Constitucional una nueva competencia de extraordinaria importancia: conocer de los recursos interpuestos por causa de inconstitucionalidad por el gobierno federal contra las leyes aprobadas por las Asambleas legislativas de los *Länder*. El 3 de abril del mismo año, una nueva ley vino a reformar la organización del Tribunal, que permaneció con este último diseño hasta la Constitución del 1º de octubre de 1920, en la que, como diría Eisenmann¹⁹², "*Forme véritable le couronnement de la Constitution tout entière et sa garantie suprême.*"

La aparición del *Verfassungsgerichtshof* está íntimamente conectada al pensamiento kelseniano, él fue el auténtico mentor de la Constitución Federal, participando también como miembro del Tribunal. Este jurista entiende que el orden jurídico, no es un sistema de normas coordinadas que se hallen entre sí, por así decirlo, una al lado de otra, en un mismo nivel, sino que se trata de una verdadera jerarquía de diferentes niveles de normas. Su unidad viene dada por el hecho de que la creación de una norma, la del grado más bajo, se encuentra determinada por otra de grado superior, cuya creación es determinada a su vez por otra todavía más alta. Lo que origina la unidad del sistema es precisamente la circunstancia de que tal *regressus* termina en la norma de grado más elevado, o norma básica, que representa la suprema razón de validez de todo el orden jurídico.

Hans Kelsen sistematizará las líneas de su pensamiento en torno al tema en un artículo que, tras su traducción francesa por Eisenmann y ulterior

¹⁹² EISENMANN, Charles, *La Justice Constitutionnelle et la Haute Cour Constitutionnelle d' Autriche*, París, Economica, Presses Universitaires, d'Aix-Marseille-Aix-en-Provence, 1986, pp. 110-117.

publicación en la *Revue du Droit Public*,¹⁹³ tendrá un enorme impacto en la doctrina europea. En este trabajo, Kelsen considera que *"la garantie juridictionnelle de la Constitution est un élément du système des mesures techniques qui ont pour but d'assurer l'exercice régulier des fonctions étatiques"*, funciones estatales que básicamente consisten en actos jurídicos de creación de derecho o de aplicación del mismo.

El derecho, desde la Constitución hasta los actos de ejecución material, no deja de concretarse, de tal modo que cada grado del orden jurídico supone una creación de derecho respecto del grado inferior y una reproducción frente al grado superior. La idea de "regularidad", según el jurista austriaco, se aplica a cada grado en la medida en que es creación o reproducción del derecho, pues *"la régularité n'est que le rapport de correspondance d'un degré inférieur á un degré supérieur de l'ordre juridique"*.¹⁹⁴

Sin embargo, no sólo a la relación de los actos de ejecución material con las normas individuales –decisiones administrativas y sentencias judiciales- o la relación de los actos de ejecución con normas generales, legales o reglamentarias, es a lo que debe circunscribirse la idea de regularidad y las garantías técnicas encaminadas a asegurarla, sino que ese principio de regularidad debe postularse también respecto de las relaciones del reglamento con la ley, y de ésta con la Constitución. Consecuentemente, la legalidad de los reglamentos y la constitucionalidad de las leyes pueden concebirse como verdaderas garantías de la regularidad de los actos jurídicos individuales.¹⁹⁵

¹⁹³ KELSEN, Hans, *"La garantie juridictionnelle de la Constitution (La Justice Constitutionnelle)"*, op. cit., p.17.

¹⁹⁴ *Ibidem*. p.200.

¹⁹⁵ FERNÁNDEZ SEGADO, Francisco, "El nacimiento del modelo de control autónomo de la constitucionalidad en Europa (El control de la constitucionalidad en la Europa de entreguerras)", *La actualidad de la defensa de la Constitución, Memoria del coloquio Internacional en celebración del Sesquicentenario del Acta de Reformas constitucionales de 1847, origen federal del juicio de amparo mexicano*, México, UNAM, Instituto de Investigaciones Jurídicas, Suprema Corte de Justicia de la Nación, Serie E, 1997, pp. 41 y 42.

Tras las reflexiones que preceden, parece obvia la conclusión a que llega el jurista:

*“Garanties de la Constitution signifie donc: garanties de la régularité des règles immédiatement subordonnées à la Constitution, c’est-à-dire, essentiellement, garanties de la constitutionnalité des lois”.*¹⁹⁶

Entre las medidas técnicas orientadas a garantizar la regularidad de las funciones estatales, la anulación del acto inconstitucional representa la garantía principal y más eficaz de la Constitución.¹⁹⁷

De hecho, Hans Kelsen, desde su clásico trabajo sobre el Defensor de la Constitución, subrayaba la necesidad de incorporar garantías que debían salvaguardarse frente a los órganos constitucionales capaces de provocar infracciones y también de la conveniencia de que el órgano que defendiera la Constitución no fuera el mismo que pudiera trasgredirla. Toda vez que el órgano que defiende la Constitución no debe ser el mismo que el que puede violarla.¹⁹⁸ En tal caso, el garante de la Constitución no debería ser ninguno de los tres órganos clásicos: gobierno, parlamento o judicatura ordinaria.

Surge entonces el denominado control de la constitucionalidad el cual adquiriría en adelante carta de naturaleza, llamando la atención en que la autoridad esta limitada por normas constitucionales y que se deben crear procedimientos e instituciones para cumplir con esa limitación. Es el mejor obstáculo contra la opresión gubernamental. Formula mecanismos necesarios para alcanzar el desarrollo y la evolución de las disposiciones constitucionales al lograr desde el punto de vista del ordenamiento formal, su paulatina adaptación a

¹⁹⁶ KELSEN, Hans, *“La garantie juridictionnelle de la Constitution. op. cit. p. 201.*

¹⁹⁷ KELSEN, Hans, “Judicial Review or Legislation: a comparative study of the Austrian and the American Constitution”, en *Journal of Politics*, 1942, número 4, p. 183.

¹⁹⁸ Citado por GARCÍA LAGUARDIA, Jorge Mario, *La defensa de la Constitución*. Guatemala, Facultad de Ciencias Jurídicas de la Universidad de San Carlos de Guatemala-Instituto de Investigaciones Jurídicas de la Universidad Nacional Autónoma de México, 1983, pp. 10-12.

los cambios de la realidad material y su transformación de conformidad con las normas programáticas del propio texto constitucional.

Este tipo de control tiene por objeto el mantenimiento de las normas constitucionales, su desarrollo y su compenetración con la realidad. Surge históricamente como defensa de la Constitución, no simplemente como una hoja de papel, según la clásica expresión de Lasalle, sino además como una expresión jurídica de todo un sistema de valores a los que intenta realizar histórica y políticamente.

En otras palabras, defender la pura semántica constitucional, sería desde el punto de vista histórico y político, una traición a los valores y a la significación del constitucionalismo, y a nivel científico, la negación de la función auténtica del control de la constitucionalidad.¹⁹⁹ Como lo indica Mauro Cappelletti,²⁰⁰ las diversas y múltiples experiencias en actos de justicia constitucional habrán dado y darán su no despreciable contribución a la supervivencia misma de la civilización y de la humanidad.

En síntesis, el principio básico del sistema concentrado, consiste en que las cuestiones de constitucionalidad deben ser resueltas por un tribunal de jurisdicción única y excluyente en la materia. El sistema austriaco concentra la apreciación de la constitucionalidad de leyes y actos de autoridad en una sola clase de jueces que son los miembros del Tribunal o Corte Constitucional.²⁰¹

Los supuestos teóricos que fundamentan el sistema de control concentrado de la constitucionalidad, son:

¹⁹⁹ Vid. SOBERANES FERNÁNDEZ, José Luis, "La justicia constitucional comparada", en *La justicia constitucional comparada*, México, UNAM, Instituto de Investigaciones Jurídicas, Centro de Estudios Constitucionales México-Centroamérica, Estudios comparativos, 1993, número 27, p. 13.

²⁰⁰ Citado por GARCIA LAGUARDIA, Jorge Mario, "La justicia constitucional y la defensa de la democracia. El Golpe de Estado en Guatemala", *op. cit.* p.3.

²⁰¹ COVIAN ANDRADE, Miguel, *El control de la constitucionalidad en el derecho comparado*, *op. cit.* p. 52.

- “1. El sistema se denomina concentrado porque las cuestiones de constitucionalidad las conoce y resuelve un solo Tribunal, una vez que éstas son sometidas a su jurisdicción por alguno de los sujetos expresamente facultados para hacerlo

2. Normalmente se plantea la constitucionalidad por vía de acción, sin excluir algunos casos en que opera simultáneamente la vía de excepción.

3. Los alcances del pronunciamiento sobre la constitucionalidad, hecho por el Tribunal tienen efectos *erga omnes* o generales.

4. El Tribunal, en calidad de jurisdicción única y excluyente, emite una sola resolución sobre la constitucionalidad o anticonstitucionalidad del acto de autoridad que tratándose de una ley es válida para todos los casos en que ésta deba ser aplicada.”²⁰²

El autor vienes parte del principio que no se puede proponer una solución uniforme para todas las Constituciones, la organización del control de la constitucionalidad deberá modelarse sobre las particularidades de cada Constitución. Pero inmediatamente, el jurista austriaco efectúa una serie de consideraciones de alcance y valor general que a continuación se analizarán.

2.1.1. Constitución Austriaca de 1920.

El esquema del Tribunal Constitucional ideado por Hans Kelsen, fue plasmado originalmente en la Constitución austriaca del 1° de octubre de 1920.²⁰³ A este Tribunal se le confía la dilucidación de las controversias estrictamente jurídico-

²⁰² *Ibidem.* pp. 54-55.

²⁰³ CRUZ VILLALÓN, Pedro, *La formación del sistema europeo de control de la constitucionalidad 1918-1939*, Madrid, Centro de Estudios Constitucionales, 1987, pp. 246-261.

constitucionales, con absoluta abstracción de los conflictos e intereses que subyacen tanto en lo referente a las normas enjuiciadas como a los concretos casos de aplicación de los mismos.²⁰⁴

Los términos literales en que quedo consagrado el control concentrado de la constitucionalidad en esta Constitución fueron los siguientes:

“Artículo 140. 1. El Tribunal Constitucional conoce de la inconstitucionalidad de las leyes de *Land* a instancia del Gobierno Federal, de la inconstitucionalidad de las leyes federales a instancia de un gobierno de *Land*, así como de oficio en la medida en que una de esas leyes sea presupuesto de una sentencia del Tribunal Constitucional.

2. El recurso (*Antrag*) mencionado en el apartado 1 puede ser presentado en cualquier momento²⁰⁵; el recurrente (*Antragsteller*) debe ponerlo inmediatamente en conocimiento del correspondiente Gobierno de *Land* o federal.

3. La sentencia del Tribunal Constitucional por la que una ley es derogada por inconstitucional obliga al Canciller federal o al correspondiente Presidente de *Land* a la inmediata publicación de la derogación; la derogación entra en vigor el día de la publicación, a menos que el Tribunal Constitucional fije un plazo para la misma. Este plazo no puede exceder de los seis meses.”

Resulta así que en el esquema kelseniano, corresponde al Tribunal Constitucional guardar la compatibilidad de la ley con la Constitución, de tal

²⁰⁴ GASCÓN ABELLÁN, Marina, “La justicia constitucional: entre legislación y jurisdicción”, en *Revista Española de Derecho Constitucional*, Madrid, 1994, número 41, p. 63.

²⁰⁵ Sobresale el hecho de que el *antrag* pueda ser planteado en cualquier momento. Advirtiendo Kelsen y sus coetáneos que ninguna ley inconstitucional por el paso del tiempo para controvertirla se convierte en constitucional.

forma que cada vez que el tribunal advierta que la norma jurídica no guarda fidelidad a la Carta Magna ésta será expulsada del ordenamiento jurídico, proyectando sus efectos *pro praeterito y pro futuro*.²⁰⁶

2.1.2. La opción de un órgano *ad hoc*

La Ley Austriaca de 25 de enero de 1919, en cuyos trabajos preparatorios Kelsen tuvo un papel decisivo, fue la que implantó en Austria un Tribunal Constitucional. La importancia de esta ley se sitúa en que por vez primera se crea un Tribunal con el nombre de Tribunal Constitucional, pero no se contempla su función de control de la constitucionalidad de las leyes. Y si bien en la Exposición de Motivos de la ley, obra de Kelsen, se reservaba la creación del un tribunal, al servicio de la Constitución, a la Asamblea Nacional Constituyente, lo cierto es que hasta que ésta tuvo lugar, la situación en cuanto al control de la constitucionalidad, “seguía siendo la misma que bajo el Imperio: prohibición absoluta de control judicial de las leyes correctamente promulgadas”.²⁰⁷

El distinguido jurista, advertido de la necesidad de defensa de la Constitución, inventa un nuevo órgano que centralizadamente asegure la armonía de la Constitución, aplicándola únicamente, cuando ha de verificar la legitimidad constitucional de las leyes. Asimismo, reconoce que el Tribunal Constitucional es un legislador negativo que confirma la inconstitucionalidad de la ley y la expulsa del orden jurídico. Por supuesto, niega que esta labor sea política y enfatiza que se trata de una tarea nomofiláctica, de depuración del ordenamiento jurídico para asegurar la coherencia de todo el ordenamiento con la Constitución. Los efectos *erga omnes* de las sentencias del Tribunal Constitucional sólo se producen cuando el Tribunal anula una ley y además esta declaración nunca es *ex tunc*, sino *ex*

²⁰⁶ *Effetti temporali delle sentenze delle Corte Costituzionale anche con riferimento alle esperienze straniere*, Milán, Guiffre, 1989, p. 7 y ss.

²⁰⁷ CRUZ VILLALÓN, Pedro, *La formación del sistema europeo de control de la constitucionalidad*, op. cit. p. 116.

nunc, produciendo efectos sólo desde la declaración, lo que corresponde a la equivalencia del Tribunal Constitucional como legislador negativo.

La cuestión que Hans Kelsen se planteó era la de concretar a qué órgano había de corresponder la competencia de -en su caso- decidir la anulación del acto inconstitucional. Rechazando que esa facultad pueda atribuirse al Parlamento, optando por encomendar la tarea de comprobar si una ley es constitucional -anulándola cuando, de acuerdo con la opinión de ese órgano sea inconstitucional- a un órgano especial establecido para ese fin, llamado Tribunal Constitucional.

Importa destacar que el modelo del Tribunal, orgánica y competencialmente, es generado de una específica concepción en torno a la idea de Constitución que Kelsen maneja.²⁰⁸ De esta forma, la protección de la Constitución no es otra cosa que la custodia de las relaciones de fidelidad del legislador a la Constitución en la creación de las normas generales, esto es, la custodia de que no se altere o socave el ordenamiento jurídico, necesariamente escalonado y presidido por ella.

El rechazo del órgano legislativo para llevar a cabo este control fue tajante por parte de Kelsen:

*“Ce n'est donc pas sur le Parlement lui-même que l'on peut compter pour réaliser sa subordination à la Constitution. C'est un organe différent de lui, indépendant de lui et par conséquent aussi de toute autre autorité étatique qui il faut charger de l'annulation ses actes inconstitutionnels, c'est-à-dire une juridiction ou Tribunal constitutionnel”.*²⁰⁹

²⁰⁸ CARAVITA, Beniamino, *Corte “Giudice a quo” e introduzione del giudizio sulle leggi. La Corte Costituzionale Austriaca*, Padova, CEDAM, 1985, pp. 57-67.

²⁰⁹ KELSEN, Hans, “Judicial Review or Legislation: a comparative study of the Austrian and the American Constitution”, *op.cit.* p.183.

La opción kelseniana se sustenta en el valor diferenciado que la anulación de la ley presenta respecto a la desaplicación característica de la *judicial review* norteamericana. Ello por cuanto la anulación de una ley tiene el mismo carácter de generalidad que su elaboración, no siendo, por así decirlo, más que la elaboración de la norma con un signo negativo, o lo que es lo mismo, una función legislativa. Y un Tribunal que dispone del poder de anular las leyes es, en este sentido el Poder Legislativo. Queda enunciada se esta forma la teoría kelseniana por la que se concibe al Tribunal Constitucional como un tipo de “legislador negativo”.²¹⁰ Tal concepción entrañará un conjunto de diferencias entre el modelo de control de la constitucionalidad kelseniano-europeo y el acuñado en Norteamérica más de un siglo antes.

Sin embargo, el concentrar la jurisdicción en un solo tribunal oculta un problema más profundo.²¹¹ Ya que Kelsen no concebirá al Tribunal Constitucional como un verdadero tribunal, pues lo característico de éstos es aplicar una norma previa a hechos concretos, en cambio, el Tribunal Constitucional no conoce, sino que se limita a controlar la compatibilidad entre dos normas igualmente abstractas: la Constitución y la ley.

Esa concepción del Tribunal Constitucional como “legislador negativo” lleva a Kelsen a hablar de una verdadera división del poder legislativo en dos órganos:²¹² el Parlamento y el Tribunal Constitucional. Pero Kelsen hace la importante precisión de que el Poder Legislativo del Tribunal es meramente negativo, lo que lleva a una consecuencia:

²¹⁰ Cfr. KELSEN, Hans, “La garanzia giurisdizionale della Costituzione”, en *La Justicia Constitucional*, Traducción de Carmelo Geraci, Prólogo Antonio La Pergola, Milán, Giuffré, 1981, p. 174.

²¹¹ GARCÍA DE ENTERRÍA, Eduardo, “La posición jurídica del Tribunal Constitucional en el sistema español: posibilidades y perspectivas”, en *Revista Española de Derecho Constitucional*, Madrid, enero-abril de 1981, Vol. 1, número 1, p. 43.

²¹² *Ibidem.* p. 174. Kelsen considera por ello “*carente de importancia*” determinar si el Tribunal Constitucional puede ser verdaderamente un Tribunal.

- a) Por una parte, que carezca de libre creación que caracteriza a la actividad legislativa, ya que la anulación de una ley es esencialmente aplicación de las normas de la Constitución.
- b) Y, por otro lado, tiene como consecuencia que el Tribunal Constitucional no pueda actuar nunca de oficio, pues no tiene iniciativa legislativa, sino únicamente a instancia de parte, es decir que previamente esas normas sean impugnadas por los órganos políticos legitimados para ello o, a lo sumo, según admite posteriormente y se consagrará constitucionalmente en la reforma constitucional austriaca de 1929, por los Tribunales (Superiores) con facultades de plantear ante el Tribunal Constitucional la constitucionalidad de una norma que tengan que aplicar a un caso que están conociendo.

Y es que la función del Tribunal Constitucional no es para Kelsen una función judicial en sentido estricto²¹³, ni el Tribunal Constitucional propiamente un tribunal, en cuanto que no conoce de un caso particular con intereses concretos para las partes, pues incluso en las hipótesis en que, sólo tras la reforma de 1929, esos casos concretos existen, su conocimiento queda reservado al tribunal *a quo*. El control de la constitucionalidad, dirá Kelsen, “es una función legislativa y no meramente judicial”. Se traduce así porque el Tribunal Constitucional, en la concepción kelseniana, sólo conoce, en abstracto, desligado de casos e intereses concretos, de la compatibilidad o incompatibilidad lógica de dos normas igualmente abstractas, que son la Constitución, como norma superior, y la ley, como norma subordinada.

²¹³ García de Enterría señala que en la concepción de Kelsen “ [...] el Tribunal Constitucional no será propiamente un órgano jurisdiccional, una expresión del poder judicial, puesto que no aplica normas previas a hechos concretos, sino en cuanto que limita su función a declarar si una ley es o no compatible con la Constitución y a eliminar las no compatibles, es un órgano legislativo, un órgano que abroga leyes hasta ese momento perfectamente eficaces, efecto abrogatorio que es el que asigna y explica la fuerza *erga omnes* de las sentencias anulatorias de los Tribunales Constitucionales, fuerza *erga omnes* que tiene, pues, una naturaleza legislativa. Es, en consecuencia, el Tribunal Constitucional un legislador, sólo que no un legislador positivo, sino un legislador negativo, dice Kelsen”. GARCÍA DE ENTERRÍA, Eduardo, *La Constitución como norma y el Tribunal Constitucional*, Madrid, 1ª reimpresión, Civitas, 1988, p. 132.

En esas condiciones, a opción de un órgano *ad hoc* al que se encarga el control de la constitucionalidad de las leyes, convirtiéndose en supremo intérprete de la Constitución, se justifica por la especificidad de la hermenéutica constitucional, una actividad más próxima a la del legislador y a la del hombre de gobierno que a la de los jueces comunes. Y a tal circunstancia, conviene atribuir dicha función a un órgano diferente de los tribunales ordinarios preexistentes.

La premisa teórico-jurídica del Tribunal Constitucional es la concepción del ordenamiento jurídico como una pirámide normativa, de forma tal que la jerarquía normativa se garantiza por medio del control de conformidad de las normas de rango inferior con las de grado superior²¹⁴. El Tribunal Constitucional no es más que un instrumento técnico al servicio de esa idea, siendo su función la de llevar a cabo el control de conformidad de las leyes con la Constitución.

A partir de la doctrina vertida por Kelsen, la figura del control de constitucionalidad y su atribución a un órgano *ad hoc* o autónomo comenzará a difundirse, aceptándose progresivamente de modo general, al menos en amplios sectores doctrinales, aunque su generalización a nivel de Derecho Constitucional positivo sólo tenga lugar tras la Segunda Guerra Mundial.

2.1.2.1. Número de miembros del Tribunal.

El número de miembros de estos Tribunales no ha de ser muy elevado en cuanto a que deben cumplir una misión puramente jurídica de interpretación de la Constitución. El artículo 147 de la Constitución Federal de la República Austriaca de 1919 regulaba la composición del Tribunal Constitucional. En su redacción inicial, prescribía que este se compondría de un presidente, un vicepresidente y de un número necesario de miembros titulares y suplentes. En la redacción

²¹⁴ Vid. GIOVANNELLI, Adriano, *Doctrina pura e teoria della Costituzione in Kelsen*, Milano, Giuffré, 1983, pp. 236-313.

vigente del referido precepto se concreta en doce titulares y seis suplentes respectivamente.

La organización y funcionamiento del Tribunal fueron reguladas por una ley especial federal (*Verfassunggerichtshoffgesetz*), que al igual que la propia Constitución Federal, ha sido objeto de numerosas modificaciones.

2.1.2.2. Nombramiento de los magistrados constitucionales.

La forma de integración del Tribunal Constitucional también ha sido alterada. Originalmente, el presidente, vicepresidente y la mitad de miembros titulares y suplentes eran elegidos de modo vitalicio por el Consejo Nacional (*Nationalrat*), mientras que la otra mitad lo era por el Consejo Federal (*Bundesrat*).

En la actualidad, el presidente, vicepresidente, seis miembros y tres suplentes, serán nombrados por el Presidente de la República a propuesta del gobierno federal. Los seis miembros titulares y tres suplentes restantes serán designados por el Presidente de la República, propuestos en ternas que serán formuladas por el Consejo Nacional –tres miembros titulares y dos suplentes- y por el Consejo Federal– tres miembros titulares y un suplente.

El estatuto jurídico de los magistrados constitucionales del Tribunal Constitucional es asimilable al de los jueces, siendo independientes en el ejercicio de su función, teniendo la consideración de jueces en el ejercicio del cargo gozando de las mismas garantías que los jueces ordinarios en cuanto a su inamovilidad, si bien con una serie de reservas.

Por ello, es acertada la reflexión de Mauro Cappelletti cuando señala que los jueces de carrera son:

“[...]...en cuanto tales poco idóneos para una tarea que va más allá de la mera técnica de interpretación-aplicación de la ley, involucrando en cambio una valoración de la ley misma a la luz de normas que con frecuencia e inevitablemente son vagas y se basan sobre principios y valores cuya aplicación requiere un fuerte empeño creativo; por esto se ha considerado oportuno confiar esta nueva tarea a jueces diversos de los ordinarios de carrera.”²¹⁵

2.1.2.3. Calificación técnica de los magistrados.

Es de relevancia la calificación técnica de los magistrados, que debe conducir a otorgar un lugar adecuado en estos órganos a los juristas de profesión. Para un Tribunal Constitucional, es importante reforzar su autoridad mediante la incorporación al mismo de especialistas eminentes.

Por ello, es preciso garantizar por todos los medios posibles que el juez constitucional posea “una particular sensibilidad para poder percatarse del significado de la norma constitucional, que tiene características diferentes de la ordinaria, porque posee una jerarquía superior, tiene una protección especial y por su contenido.”²¹⁶

Es un hecho, como reconoce Mauro Cappelletti,²¹⁷ que las normas constitucionales modernas son profundamente diversas de las normas legales, que los magistrados de los Tribunales Supremos europeos, han estado habituados por mucho tiempo a interpretar, a observar y hacer observar, con una

²¹⁵ CAPPELLETTI, Mauro, “La justicia constitucional y supranacional”, en *Dimensiones de la justicia en el mundo contemporáneo, Cuatro estudios de derecho comparado*, Traducción Héctor Fix-Fierro, México, Porrúa, 1993, p. 67.

²¹⁶ CARPIZO, Jorge, “Reformas constitucionales al Poder Judicial federal y a la jurisdicción constitucional del 31 de diciembre de 1994” en *Boletín Mexicano de Derecho Comparado*, México, Nueva Serie, UNAM, mayo-agosto de 1995, año XXVIII, número 83, p. 809.

²¹⁷ CAPPELLETTI, Mauro, *El control judicial de la constitucionalidad de las leyes en derecho comparado*, México, UNAM, 1966, pp. 74-75.

técnica hermenéutica diferente, inevitablemente implicada en una actividad de control de validez sustancial de las leyes.

Aquí toma relevancia lo declarado por Francisco Fernández Segado, en el sentido que:

“La interpretación constitucional es una tarea técnica muy delicada que exige tanto unos profundos conocimientos de las técnicas jurídicas como una acentuada sensibilidad política. Y es que, como el juez *Holmes* afirmara, las disposiciones constitucionales no son fórmulas matemáticas cuya esencia esté en la forma, sino instituciones orgánicas vivas cuya significación es vital y no formal”.²¹⁸

Y es que las Constituciones de nuestro tiempo, no se limitan a *dire staticamente ciò che é il diritto*, a dar un ordenamiento para una situación social consolidada, sino que, de modo muy diverso a lo que sucede con la legislación, establecen e imponen sobre todo *direttive e programmi dinamici di azione futura*. Estas directivas y programas son los valores supremos que han de regir e inspirar la futura actividad del Estado y de la sociedad. Implican, en suma, como lo afirmo Calamandrei,²¹⁹ *una polemica contro il passato e un programma de riforma verso il futuro*.

Es todo ello lo que lleva a Otto Bachof a sostener, en su celeberrimo discurso rectoral, que:

“[...]...La labor, llena de responsabilidad, de interpretación normativa de la Constitución y de protección de sus sistema de

²¹⁸ FERNÁNDEZ SEGADO, Francisco, “La jurisdicción constitucional en la actualidad”, en *Ius et Praxis*, Lima, Facultad de Derecho y Ciencias Políticas de la Universidad de Lima, diciembre de 1990, número 16, p. 76.

²¹⁹ CAPPELLETTI, Mauro, *El control judicial de la constitucionalidad*, pP. 74 y 75.

valores, necesita una instancia especializada en estas cuestiones, requiere personas de notoria experiencia en cuestiones de Derecho y de práctica constitucionales; una experiencia, en definitiva que no tiene el juez ordinario, ni puede tenerla. También requiere esta función un órgano con un carácter totalmente representativo que pueda decidir por sí solo con suficiente autoridad cuestiones de tan trascendentales consecuencias políticas. Se necesita, pues, un Tribunal Constitucional especial.²²⁰

Se entiende así por que en ningún país de derecho escrito que cuente con un sistema de jueces funcionarios reclutados por cooptación se haya atribuido el control de la constitucionalidad a la jurisdicción ordinaria según el patrón norteamericano.²²¹

2.1.2.4. Exclusión de miembros de instancias políticas

Kelsen enfatiza la exclusión de miembros de instancias políticas. Los Tribunales Constitucionales suelen ser, total o mayoritariamente, designados por instancias parlamentarias, lo que a veces se denomina "politización" de los Tribunales. Aún así, sería más una ventaja que un inconveniente, sobre todo si este origen parlamentario, que asegura una cierta conexión con la voluntad popular, va unido a requisitos de elección que impiden el monopolio del nombramiento de los miembros del Tribunal por la mayoría del momento.

²²⁰ BACHOF, Otto, *Jueces y Constitución*, Traducción de Rodrigo Bercovitz Rodríguez-Cano, Madrid, Civitas, 1987, p. 55

²²¹ MARTÍNEZ SOSPEDRA, Manuel, "El Tribunal Constitucional en la estructura del Estado. El caso de la Corte Constitucional de Guatemala", en *Revista Jurídica Jalisciense*, Departamento de Estudios e Investigaciones de la Universidad de Guadalajara, septiembre-diciembre de 1995, año 5, número 3, p. 47.

No le falta razón a Heinrich Von Treitschke cuando señala que *alle Rechtsprechung eine politische Funktion sei*.²²² Además de que no puede desconocerse que la politicidad insita a toda cuestión constitucional no sólo es cuantitativamente mayor a la de cualquier otra controversia ordinaria, sino que también lo es cualitativamente. En relación a ello, existen opiniones, que indican:

“[...]...Las especulaciones de los políticos en el sentido de que jueces elegidos en función de criterios políticos tenderían a sentencias siguiendo puntos de vista políticos, particularmente unilaterales a favor de los partidos políticos que los propusieran, se han revelado hasta ahora siempre como especulaciones equivocadas.”²²³

2.1.2.5. Rechazo de todo influjo político

Este sistema no admite ningún influjo político en el Tribunal Constitucional, y en caso de que existiera, debe canalizarse el mismo. Las peculiaridades de la interpretación constitucional se comprenden si se tiene presente la tensión entre política y derecho que se agudiza muy notablemente en el derecho constitucional, Triepel²²⁴ recordaba que el derecho constitucional no es actuable sin consideración a la política. Es obvio que conceptos como: Estado de Derecho, Estado social, libertad, igualdad, etc., no pueden ser interpretados sin tener muy presentes las ideas o convicciones sociales y políticas de una comunidad en un momento histórico concreto.

²²² Efectivamente, “todo acto de justicia es una función política”. Citado por CAPPELLETTI, Mauro, “La actividad y los poderes del juez constitucional en relación con su fin genérico (Naturaleza tendencialmente discrecional de la providencia de actuación de la norma constitucional)”, en *La justicia constitucional, Estudios de derecho comparado*, Traducción de Sentís Melendo, Santiago y Benzhaf Tomas A., México, UNAM, 1987, p. 132.

²²³ BACHOF, Otto, “Nuevas reflexiones sobre la jurisdicción constitucional entre derecho y política”, , en *Boletín Mexicano de Derecho Comparado*, Traducción de Cortiñas-Peláez, León México, UNAM, septiembre-diciembre de 1986, nueva serie, año, XIX, número 57, p. 851.

²²⁴ TRIEPEL, Heinrich, *Staatsrecht und Politik*, Berlín y Leipzig, 1927, Traducción española: Derecho público y político, Madrid, Civitas, 1975, p. 42.

Es impensable para el Tribunal Constitucional considerarse totalmente desligado del orden político, que va a ser afectado por sus decisiones. Sería una ilusión y un intolerable formalismo positivista el opinar que en el campo del derecho constitucional es posible o lícito aplicar de alguna manera una norma general, una garantía institucional o un principio como el Estado de Derecho, sin intentar al mismo tiempo relacionarlas de manera coherente y significativa con la realidad política. Se puede decir, como indica Leibholz,²²⁵ que uno de los deberes de un Tribunal Constitucional, cuando se trata de aplicar debidamente las normas que necesitan de su interpretación, es incluir entre sus consideraciones las consecuencias políticas de su eventual decisión. Expresado de otro modo, un juez constitucional que pretenda cumplir correctamente con su cometido, deberá interpretar las normas constitucionales no sólo con la ayuda de reglas e instrumentos de análisis gramaticales, lógicos e históricos, sino también, por medio de un enfoque político sistemático. Quiere decir que se debe apreciar la Constitución como un conjunto de significado unitario y que debe tener siempre presente el sistema implantado por la norma suprema como un conjunto global, cuya preservación debe orientar sus decisiones.

2.1.3. Reformas constitucionales de 1929

En este año se realizan importantes reformas a la Constitución austriaca. En consecuencia, esta Norma Fundamental define al Estado como una República democrática, basada en el principio de soberanía popular. Su forma de gobierno es federal y parlamentaria, si bien el modelo del parlamentarismo austriaco presenta características muy definidas, siendo *grosso modo* las siguientes:

Los *Länder* que componen el Estado austriaco son autónomas, estructurándose constitucionalmente con base a la Carta Federal,

²²⁵ LEIBHOLZ, Gerhard, "El Tribunal Constitucional de la República Federal Alemana y el problema de la apreciación judicial de la política", en *Revista de Estudios Políticos*, Madrid, marzo-abril, 1996, número 146, pp. 89-94.

específicamente, en los artículos 95 al 107, que conforman el Capítulo titulado: Actividad legislativa y Poder Ejecutivo en los *Länder*.²²⁶

Los órganos federales son: a) El Consejo Nacional, b) El Consejo Federal, c) La Asamblea Federal, d) El Presidente de la Federación, e) El Gobierno Federal, f) La Corte Suprema, g) La Alta Corte Administrativa, h) La Corte Constitucional.

El Poder Legislativo se deposita en el Consejo Nacional y en el Consejo Federal. El primero se compone de 183 representantes que son electos por los ciudadanos, por periodos de cuatro años. Los miembros del Consejo Federal, que en calidad de segunda cámara del Parlamento representa el principio federal del sistema legislativo, son elegidos por las cámaras de los Estados federales en un número que es proporcional a sus respectivas poblaciones.²²⁷

El Consejo Nacional y el Consejo Federal componen juntos la Asamblea Federal cuyos objetivos primordiales son la toma del juramento al presidente de la República al momento de su inicio de mandato, la adopción de decisiones relativas a posibles acusaciones contra el Presidente de la República y a una declaración de guerra. El Consejo Nacional discute los proyectos de ley en comisiones especializadas en la materia y los aprueba luego, en sesión plenaria, con base a las propuestas presentadas por dichas comisiones. Las leyes de carácter constitucional, esto es, leyes que complementan o modifican la Constitución, requieren una mayoría especial de dos tercios de los votos emitidos por al menos, la mitad de los representantes, siendo ésta la mínima asistencia requerida. Una modificación de la Constitución en su totalidad exige además un referéndum popular.

²²⁶ COVIAN ANDRADE, Miguel, *El control de la constitucionalidad en el derecho comparado*, op. cit. p. 55-57.

²²⁷ *Ibidem*. pp. 55-57.

2.1.4. Influencia del modelo austriaco en Europa

Europa es una de las zonas geográficas donde se ubica parte importante del actual desarrollo de las instituciones propias del derecho constitucional²²⁸. El denominado control de la constitucionalidad creado por Hans Kelsen se desarrolló en Austria, y después se extendió rápidamente a casi toda Europa.²²⁹

En efecto, de la Constitución austriaca, el modelo va a pasar a la Constitución española de 1931, va a ir siendo aceptado progresivamente por la doctrina constitucional europea y, sobre todo, va a generalizarse a nivel de Derecho Constitucional positivo a partir de la Segunda Guerra Mundial, siendo continuo el incremento de países que cuentan con Tribunal Constitucional: Austria, Italia, Alemania, España, Andorra, Portugal, Grecia, Francia, Polonia, Hungría, Estonia, Eslovaquia, Albania, Bulgaria, Croacia, Hungría, República Checa y Serbia. En todos ellos, existirá una acción de inconstitucionalidad como instrumento procesal por el que ciertos órganos políticos pueden plantear ante el Tribunal Constitucional la constitucionalidad de una ley.

Sobre el particular el autor español Miguel Rodríguez-Piñero, ha destacado la idea del control de la constitucionalidad, en estos términos:

²²⁸ América Latina no ha sido ajena a esta situación, hay antecedentes del sistema de control concentrado de la constitucionalidad de las leyes, con anterioridad al modelo germano-austriaco de 1919-1920, en la Constitución de Venezuela de 1811 reasumido luego por la Constitución de 1858, de igual forma, en Colombia. En este último país, la Ley Orgánica de la Administración y Régimen Municipal de 1850 posibilita la acción popular de inconstitucionalidad contra ordenanzas, acuerdos de cámaras provinciales y cabildos parroquiales, aún cuando es necesario reconocer que no hay un órgano especial o *ad hoc* de control de constitucionalidad, asimismo, desde el punto de vista competencial, no es practicable la acción respecto de leyes federales, lo que es inherente a la jurisdicción constitucional. Cfr. AYALA CORAO, Carlos, "La jurisdicción constitucional en Venezuela", en *Anuario Iberoamericano de Derecho Constitucional*, Madrid, CEC, 1997, p. 381.

²²⁹ Luis López Guerra en su ponencia "Democracia y Tribunales Constitucionales", *Foro Constitucional Iberoamericano* señaló categóricamente que las funciones que un Tribunal Constitucional debe cumplir resultan de considerable relevancia en los momentos actuales, al menos por dos razones. En primer lugar, por el hecho incontestable de que instituciones de este tipo existen en la mayoría de países de Europa, y se postula su introducción en el futuro cuadro institucional de la Unión Europea; en segundo lugar, y en forma complementaria, porque la misma existencia de esos Tribunales no ha dejado nunca, desde los días de su creación inicial, de estar sometida a debate y crítica, en relación con su compatibilidad con el principio democrático.

“El sistema europeo de justicia constitucional por medio de tribunales constitucionales responde a una particular concepción del papel del juez “ordinario” y del control por éste de las normas legales. El punto de partida de este sistema se encuentra, en su aspecto positivo, en el artículo 89 de la Constitución Austriaca de 1920, que prohíbe a los Tribunales judiciales el controlar la constitucionalidad de las leyes, pero a su vez, en su artículo 140 establece un *Verfassungsgerichtshof*, único autorizado para conocer de la constitucionalidad de las leyes estatales o de los *lander*.”²³⁰

Este pensamiento pasó después a diversas Cartas Constitucionales de países europeos. En esos lugares, el Tribunal Constitucional o Corte Constitucional, como también se le conoce, ha sufrido las adecuaciones propias de cada latitud y necesarias para cada pueblo.

La aparición de los Tribunales Constitucionales actuales, en la Constitución Italiana de 1948, en la Ley Federal de Bonn de 1949, en la Constitución Portuguesa de 1976, en la Constitución Española de 1978, etc., se produjo en momentos en que se percibía la existencia de auténticas amenazas a la Constitución, derivadas de la situación internacional –guerra fría en los años cuarenta-, de la presencia de fuerzas internas de dudosa lealtad constitucional o de la influencia de un pasado autoritario.²³¹ No cabía, en el momento constituyente, excluir que, fuerzas hostiles a la Constitución pudieran llegar a ocupar o controlar poderes del Estado -entre ellos el Poder Legislativo- y llevar a cabo una actividad anticonstitucional.²³² Lo cual generó, que la función de los

²³⁰ RODRIGUEZ-PIÑEIRO, Miguel y BRAVO FERRER, Miguel, “El Tribunal Constitucional Español”, en *Tribunales Constitucionales y defensa de orden constitucional*, México, Centro de Estudios Constitucionales México-Centroamérica, UNAM, Instituto de Investigaciones Jurídicas, 1994, p. 10.

²³¹ Vid. RUBIO LLORENTE, Francisco, “Seis tesis sobre la jurisdicción constitucional en Europa”, en *Revista Española de Derecho Constitucional*, Madrid, 1992, número 35, pp. 9-39.

²³² LÓPEZ GUERRA, “*Estudio Preliminar*” a *Las Sentencias Básicas del Tribunal Constitucional*, 2ª Edición, Madrid, 2000, pp. 13-35.

Tribunales Constitucionales sea cada vez más relevante en la vida jurídica europea.

La innovación kelseniana, aunque muy prudente porque todavía partía de la clásica desconfianza europea hacia los jueces, tiene la virtud de convertir a la Constitución en vinculante, y no es poco, para el legislador. Se rompe así con la vieja tradición europea de soberanía del Parlamento y con la consiguiente degradación de la Constitución a estatuto orgánico o a mero documento político y a la paralela incorporación de la ley como norma primaria del ordenamiento.

2.1.5. Problemas que plantea el control concentrado de la constitucionalidad

Taylor Cole²³³ ha puesto de relieve que esta discusión se circunscribirá al tipo de Tribunal, a su organización e integración, y al método de selección de sus magistrados. En concordancia, los riesgos que se le adjudican al control de la constitucionalidad son brevemente:

- a) Comporta el riesgo de politización dada la trascendencia y la naturaleza de los asuntos que, a menudo resuelve, por más que esa resolución deba someterse siempre a cánones jurídicos.²³⁴

²³³ COLE, Taylor, "Three Constitutional Courts: a comparison", en *The American Political Science Review*, diciembre de 1959, Vol. LIII, número 4, pp. 963-967. Para este autor, las discusiones constituyentes en Austria, Alemania e Italia se refirieron sustancialmente al grado de independencia concedido al Tribunal Constitucional respecto de los órganos políticos y, en especial, respecto del Parlamento.

²³⁴ En este sentido Jonathan Miller señala que aunque los tribunales constitucionales pueden apoyarse en varias fuentes de autoridad legitimante al principio, pasado un cierto tiempo los cambios en las necesidades sociales y en el equilibrio político fuerzan a los tribunales a mirar más allá de los textos constitucionales y las intenciones de sus redactores si quieren tener un papel importante en el mantenimiento de la paz social. El truco reside, sin embargo, en adquirir esta capacidad sin perder legitimidad o independencia, y este truco puede llegar a ser muy difícil de realizar en muchas sociedades. Cfr. MILLER, Jonathan, *Control judicial de constitucionalidad y estabilidad constitucional: Sociología del modelo estadounidense y su colapso en la Argentina*, op. cit. p. 3.

- b) La existencia de un control de la constitucionalidad lleva aparejado un cierto peligro de que éste invada los ámbitos de actuación de los tradicionales poderes del Estado, entiéndase Ejecutivo, Legislativo y Judicial.²³⁵
- c) La existencia de un control de la constitucionalidad especializado tiene también el riesgo de una sobrecarga de trabajo. Ello es lógico si se atiende a la posición central que ocupa la Constitución en el ordenamiento. Además la práctica en diversos países así lo pone de manifiesto.²³⁶

La situación conspira decididamente contra la posibilidad de que los jueces puedan mediar con solvencia, profundidad y erudición sobre aquellos fallos que por su trascendencia afectarán el desarrollo progresivo de los derechos de los ciudadanos y las competencias de los órganos del Estado.

2.1.5.1. Polémica entre Carl Schmitt y Hans Kelsen

En los años veinte, simultáneamente con el momento de implantación del sistema kelseniano, tuvo lugar una conocida y radical controversia entre Kelsen y Schmitt, discusión que si bien desde entonces puede estimarse superada, revive periódicamente con una asombrosa capacidad de permanencia.

Carl Schmitt, en su trabajo publicado en 1929, en el que se analiza el rol del Tribunal Constitucional como guardián de la Constitución, afirma de modo categórico:

²³⁵ Ergo, también puede pasar lo contrario los jueces constitucionales pueden acceder a los reclamos sociales y reinterpretar la Constitución para adaptarla a la situación imperante, una vez que van más allá de la interpretación textual pueden encontrarse sin fuentes de autoridad para poner límites a un poder ejecutivo popular. En la mayoría de las sociedades los jueces gozan de menos carisma que un poder ejecutivo elegido por el voto popular; los jueces se encontrarán, entonces, del lado de los perdedores en cualquier batalla contra éste. *Idem.*

²³⁶ Nuestra propia Suprema Corte, por ejemplo, tiene un sin fin de expedientes pendientes de resolver.

“Una expansión sin inhibiciones de la Justicia no transforma al Estado en jurisdicción, sino a los Tribunales en instancias políticas. No conduce a juridificar (*sic*) la política, sino a politizar la justicia. Justicia constitucional es una contradicción en sus mismos términos”.²³⁷

Como puede apreciarse, la preocupación de Schmitt gira en torno a la *Politisierung der Justiz*. De ahí que la respuesta a Kelsen venga dada en su obra *Der Hüter der Verfassung*,²³⁸ en la que sostendrá su conocida tesis de que ningún órgano jurisdiccional puede ser el guardián de la Constitución. En su lugar, y sobre las huellas de la formulación del *pouvoir neutre* de Benjamín Constant, Schmitt sostendrá que es el jefe del Estado –Presidente del Reich- quien únicamente puede ostentar ese título de *guardián de la Constitución*.

En definitiva, como advierte De Vega,²³⁹ la conclusión que se desprende del razonamiento schmittiano parece evidente: la conversión de del Tribunal Constitucional como guardián de la Constitución, frente a los posibles ataques del Poder Legislativo, termina virtualmente condicionando a una politización de la justicia y una disfunción más que notable en el esquema de la distribución del poder, lo que hace necesario buscar otro guardián que resulte en el plano doctrinal más coherente con la Teoría Constitucional clásica, y en el plano real, más efectivo.

A su vez Kelsen parece proponer un tipo de democracia en el que el Ejecutivo sea débil y el Parlamento fuerte, sin embargo, como advierte La

²³⁷ Vid. FERNÁNDEZ SEGADO, Francisco, “La jurisdicción constitucional en la actualidad”, *op. cit.* pp. 43-44.

²³⁸ SCHMITT, Carl, “Der Hüter der Verfassung”, en *Verlag Duncker Humblot*, Berlín-Munich, 1931, Traducción española: La defensa de la Constitución, Madrid, Tecnos, 1983.

²³⁹ Vid. VEGA GARCÍA, Pedro de, en “Prólogo” a la obra de Schmitt, Carl, *la defensa de la Constitución*, *op. cit.* p. 20.

Pergola,²⁴⁰ tal apreciación no es correcta, ya que el jurista vienes lo que desea es un sistema de equilibrio que no es sino el signo característico de la democracia constitucional, y que en la tesis schmittiana resulta quebrantado.

En suma, a partir de la crítica de Carl Schmitt,²⁴¹ dos tipos de objeciones se han formulado a la creación de Tribunales Constitucionales. Se ha preguntado porqué se supone que un Tribunal Constitucional debe ofrecer más garantías de capacidad técnica y de imparcialidad, a la hora de interpretar la Constitución y decidir sobre la compatibilidad con sus mandatos de la legislación, que una Asamblea Legislativa, o un órgano como la Presidencia de la República, cuando los reproches que pudieran formularse contra estos órganos, como su parcialidad política, podrían sin dificultad extenderse también a los Tribunales Constitucionales. Por otra parte, se ha señalado continuamente que el Tribunal Constitucional se sitúa en una posición de contradicción con el principio democrático, al hacer prevalecer a la opinión de un órgano sin conexión, o débilmente conectado, con la voluntad popular, sobre la de órganos legitimados directamente por esa voluntad.²⁴²

Las dificultades que se le imputaba a este control derivan de su concepción kelseniana original de "legisladores negativos". Razón por la cual la literatura constitucionalista se ocupó intensamente del tema y del engranaje de esa función con los principios democráticos. Argumentando para tal efecto, que el Tribunal Constitucional, al declarar la inconstitucionalidad de una ley no viene a introducir

²⁴⁰ LA PERGOLA, Antonio, "La garanzie giurisdizionali della Costituzione", en *La Costituzione Spagnola nel trentennale della Costituzione Italiana*, Bologna, Arnaldo Forni Editore, 1978, pp. 31-38.

²⁴¹ La creación del modelo austriaco-kelseniano de justicia constitucional, iba a dar lugar a una fuerte polémica, hoy clásica entre Hans Kelsen y Carl Schmitt. Vid. HERRERA, Carlos Miguel, "La polémica Schmitt-Kelsen sobre el guardián de la Constitución", en *Revista de Estudios Políticos*, México, octubre-diciembre, 1994, número 86. Por cierto, en su respuesta a Schmitt, Kelsen dirá que la abstracción y formalismo que se le achaca a la Escuela de Viena no ha impedido a ésta realizar un buen aporte creativo en lo jurídico, como pueda ser por ejemplo, el Tribunal Constitucional austriaco, que entonces llevaba ya diez años funcionando, KELSEN, Hans, *¿Quién debe ser el defensor de la Constitución?*, Traducción Brie, Roberto J., Madrid, Tecnos, 1995, p. 32.

²⁴² Vid. FERRERES COMELLA, *Justicia Constitucional y Democracia*, Madrid, 1997, Citado por LÓPEZ GUERRA Luis, *Democracia y Tribunales Constitucionales*, op. cit. p. 1. Página Internet: www.uc3m.es

su voluntad en lugar de la voluntad parlamentaria, en realidad lo que hace es volver a un *statu quo ante*, que puede ser reformado o reconfigurado únicamente por el legislador, siempre que o bien se ajuste a los parámetros constitucionales o bien proceda a reformar los mismos.

Por otro lado, y también a diferencia de los jueces ordinarios, el mandato del juez constitucional suele ser un mandato temporalmente limitado. Ello trae como consecuencia una renovación continua y periódica de los Tribunales Constitucionales que, unida a su procedencia parlamentaria, impide que los jueces se configuren como una casta definida profesionalmente y desvinculada de las creencias y sentimientos de la sociedad en cada momento. Finalmente esa selección contribuye a que se produzca una circulación interna de jueces dentro del Tribunal Constitucional, aportando ideas y concepciones nuevas en forma regular.

2.1.5.2. Politización del Tribunal Constitucional

Se ha sostenido que el carácter abstracto de la acción y la naturaleza política de los órganos legitimados, lleva a que estos juicios tengan una gran carga política, y en ocasiones no sean más que una forma de prolongar, en la vía procesal, un enfrentamiento entre mayorías y minorías parlamentarias. Este riesgo de politización se acentúa si, como ocurre en Alemania, el control abstracto da lugar a que “cualquier ley controvertida sea sometida al Tribunal Constitucional inmediatamente después de ser aprobada en el Parlamento. Parece como si eso se hubiera convertido ya en una costumbre en la República Federal”.²⁴³

Esta elevada politicidad de la acción de inconstitucionalidad hace que quede en entredicho el carácter pretendidamente objetivo de esta vía procesal,

²⁴³ HESSE, Konrad. “Evolución histórica y configuración de la Justicia Constitucional en Alemania”, en LÓPEZ PINA, Antonio, *División de poderes e interpretación. Hacia una teoría de la praxis constitucional*, Madrid, Tecnos, 1987, p. 51.

pues el órgano de control acabará dando la razón a una u otra fuerza política.²⁴⁴ Ello puede llevar a que las decisiones del Tribunal sean valoradas como una victoria política, pudiendo la opinión pública al órgano de constitucionalidad como una “Tercera Cámara”.²⁴⁵

Precisamente, Helmut Simon²⁴⁶ subraya cómo la experiencia que se deriva de este tipo de control resulta menos estimulante que la del control concreto y conduce al Tribunal Constitucional a convertirse en “arbitro sobre valoraciones y prognosis opuestas sin estar más dotado ni calificado para ello que el parlamento”, y en la misma línea Konrad Hesse²⁴⁷ enfatiza cómo el control abstracto “se ha evidenciado al paso de los años como cada vez más problemático”. Realmente, algunos²⁴⁸ desde hace tiempo proponen la derogación o supresión (*Abschaffung*) del control normativo abstracto. Por ejemplo, Francisco Rubio Llorente ha sostenido:

²⁴⁴ El carácter pretendidamente objetivo de la acción de inconstitucionalidad también se ha puesto seriamente en duda, en la doctrina europea, en aquellos casos en que el recurso tiene una clara naturaleza “conflictual”, y no sólo cuando es una minoría la que impugna la ley, y ello porque se trata, en tales casos, de acciones en las que, bien las Comunidades Autónomas (España), los Länder (Alemania y Austria), o las regiones y las Comunidades (Bélgica), bien el Estado, más frecuentemente las primeras que el segundo, defienden, si no una situación jurídica subjetiva, algo que se le parece mucho, es decir, su propio ámbito de competencia. En todos esos casos se sostiene que el carácter objetivo de los recursos, cuando menos en España parece muy discutible. *Vid.* RUBIO LLORENTE, Francisco en “Discusión de la ponencia de Javier Jiménez Campo. Los procedimientos de declaración de inconstitucionalidad”, en el colectivo *Los procesos constitucionales. Segundo Simposio de Derecho Constitucional*, Madrid, Centro de Estudios Constitucionales, Colección Cuadernos y Debates, 1992, número 41, pp. 39-41.

²⁴⁵ Stone indica que “cuando los tribunales constitucionales europeos ejercitan el control abstracto de la constitucionalidad (*exercise abstract review*) [...] estos tribunales se comportan como tercera cámara del Parlamento”. STONE, A., *The Birth of Judicial Politics in France. The constitutional Council In Comparative Perspective*, Nueva York, Oxford University Press, 1992, p. 253. Citado por Favoreu, Louis, “Los tribunales constitucionales”, Traducción de José Julio Fernández Rodríguez, en Fernández Segado, Francisco y García Belaunde, Domingo, *La jurisdicción constitucional en Iberoamérica*, Madrid, Dykinson Ediciones Jurídicas de Lima/E. Esteva/Editorial Jurídica Venezolana, 1997, pp. 58-131.

²⁴⁶ SIMON, Helmut, “La jurisdicción constitucional”, Traducción Von Carsten Macarena y Jiménez, José Miguel en Benda Maihofer, *et. al. Manual de Derecho Constitucional*, Madrid, Instituto Vasco de Administración Pública-Marcial Pons, 1996, p. 836.

²⁴⁷ HESSE, Konrad. “Evolución histórica y configuración de la Justicia Constitucional en Alemania”, *op. cit.* p. 51.

²⁴⁸ *Vid.* Por ejemplo DOLZER, Rudolf, *Die Staatstheoretische und staatsrechtliche Stellung des Bundesverfassungsgericht*, Berlín, Duncker und Humblot, 1972, pp. 114-118.

"[...]... después de doce años de práctica del Tribunal constitucional tengo la mayor antipatía por el recurso abstracto de inconstitucionalidad, por el recurso llamado objetivo. Me parece que la introducción de este recurso es quizá, si se me permite y con todos los respetos, una expresión de la desmesura teutónica y que los Tribunales Constitucionales tienen poco que perder y tendrían mucho que ganar si el recurso directo estrictamente objetivo, sea de minorías sea de órganos territoriales, se suprimiese, no por una opinión mía que éste aislada, pues, hoy día, como se sabe, hay una buena parte de la doctrina que considera que el recurso directo podría suprimirse sin grave daño para nadie".²⁴⁹

En opinión contraria, Tomás y Valiente²⁵⁰ agrega que en la experiencia constitucional española, el recurso de inconstitucionalidad, con todos sus inconvenientes, no sólo ha llevado a una "notable depuración del ordenamiento jurídico", sino que ha jugado un papel destacado en la consagración de la democracia, el asentamiento de un Estado de derecho y el reconocimiento efectivo del valor normativo de la Constitución en la vida política cotidiana, mediante la aceptación por todas las partes de las soluciones constitucionales que el Tribunal Constitucional ha encontrado a algunos de los asuntos más polémicos de la vida política española, especialmente en materia de derechos fundamentales y organización territorial del Estado.²⁵¹

²⁴⁹ RUBIO LLORENTE, Francisco, "Discusión de la ponencia de Javier Jiménez Campo. Los procedimientos de declaración de inconstitucionalidad", *op. cit.* p. 44.

²⁵⁰ TOMAS y VALIENTE, Francisco, "El Tribunal Constitucional español como órgano constitucional del Estado: competencias, riesgos y experiencias", en *Escritos sobre y desde el Tribunal Constitucional*, Madrid, Centro de Estudios Constitucionales, 1993, p. 55.

²⁵¹ En relación al control abstracto en materia autonómica, destaca la opinión de Pérez Royo en España: "[...] Las relaciones entre Estado y las Comunidades Autónomas. Este era un problema clave de la Constitución. Todos sabíamos que esta Constitución iba a ser juzgada en buena medida por la capacidad que tuviera para dar solución a este problema endémico de la vida política y constitucional. De ahí que, allí donde no se obtuviera el consenso, el Tribunal Constitucional tendría que intervenir de una manera decisiva. Y, en este sentido, creo que, aún a riesgo de politizar el órgano, de dotarle de una importante carga política, era casi imprescindible y casi inevitable que esto se produjera [...] Por

Con ello, el Tribunal Constitucional español ha puesto fin a conflictos políticos que directamente no habrían encontrado una solución por otra vía, sino que más bien, se habrían agudizado de manera indefinida en la vida política, con efectos agresivos sobre todo el sistema. En definitiva, con sus limitaciones, y también con sus excesos, este recurso ha cumplido su misión de contribuir a la “paz jurídica” por medio de la aclaración de las dudas más graves sobre la validez de las leyes que se han planteado en la vida política.

Se comprensible entonces que también en Alemania, la más autorizada doctrina abogue explícitamente, “por el mantenimiento del control abstracto de normas” y lo haga además justamente en atención a las “sentencias básicas” e “importantísimas decisiones”, especialmente en materia de derechos fundamentales o federalismo, adoptadas por el tribunal a través de este procedimiento.²⁵²

En ese sentido, Javier Pérez Royo, añade:

“[...]... sin temor a exagerar, que la jurisprudencia dictada por el Tribunal Constitucional a través de la vía de control abstracto de normas se ha centrado más que en los límites constitucionales del legislador, en los límites del propio Tribunal Constitucional en su labor de enjuiciamiento de la ley democráticamente aprobada [...] Ha ejercido, pues, el control abstracto de la constitucionalidad “con un grado de autocontrol muy elevado”.²⁵³

lo tanto, de momento, pienso que el recurso abstracto no es un buen sistema, un buen mecanismo. Sin embargo, históricamente ha jugado un papel positivo, aunque desde el punto de vista estrictamente teórico yo este también de acuerdo con el señor Rubio”. PÉREZ ROYO, Javier. “Discusión de la ponencia de Javier Jiménez Campo. Los procedimientos de declaración de inconstitucionalidad”, *op. cit.* p. 46.

²⁵² Vid. HÄBERLE, Peter, “El recurso de amparo en el sistema germano-federal de jurisdicción constitucional”, Traducción de Carlos Ruiz Miguel, en Fernández Segado, Francisco y Domingo García Belaunde, *La jurisdicción constitucional en Iberoamérica*, *op.cit.* p. 276.

²⁵³ PÉREZ ROYO, Javier, *Tribunal Constitucional y división de poderes*, Madrid, Tecnos, 1988, pp. 80 y 86.

En España, la supresión de dicho instituto, en la actualidad, no tendría la más mínima viabilidad. En esta tesitura, Francisco Fernández Segado sostiene:

“[...]... pese a esta carga política adicional que puede presentar, a veces virulentamente incluso, este control abstracto, creemos que el mismo ofrece una operatividad funcional que debe ser preservada en cuanto que permite que las minorías parlamentarias (por lo menos en España) que hayan visto derrotadas sus tesis legislativas puedan acudir al Tribunal Constitucional, no en la demanda de la preservación de un interés propio, sino en defensa de lo que entienden como postulados legislativos coherentes con la correcta interpretación de la norma suprema.”²⁵⁴

Resulta así, que ante los riesgos de politización inherentes a la vía procesal iniciada por la acción de inconstitucionalidad, la experiencia demuestra que son mayores las ventajas que los inconvenientes que pueden derivarse del control normativo abstracto de la constitucionalidad, lo cual no impide reconocer que la vía idónea para plantear la constitucionalidad de una norma es la vía de control concreto, pues dicha vía permite apreciar la aplicación de la ley y no juzgarla “en el vacío” y, sobre todo, priva a la cuestión sobre la constitucionalidad de una buena parte de su carga política.

El Tribunal Constitucional de nuestro tiempo, auto-restringiéndose en su labor de legisladores negativos, han desarrollado una función cercana a lo que puede caracterizarse como la típica de un legislador positivo, originando tensiones y recelos con otros órganos constitucionales. En el ejercicio de esta función, si bien el Tribunal no crea normas generales, como lo hace el Poder Legislativo, sin embargo, desecha, convalida o innova contenidos interpretativos

²⁵⁴ FERNÁNDEZ SEGADO, Francisco y GARCÍA BELAUNDE, Domingo, *La jurisdicción constitucional en Iberoamérica*, op.cit. p. 306.

de la ley a través de las llamadas sentencias interpretativas,²⁵⁵ transforma el sentido de un precepto a través de las sentencias manipulativas,²⁵⁶ o bien, ejerce labores para legislativas, como sucede en el caso de sentencias aditivas.²⁵⁷

2.2. Modelo norteamericano (control difuso de la constitucionalidad)

Este modelo fue establecido por vía jurisprudencial en Estados Unidos en el famoso fallo *Marbury vs. Madison*, en 1803.²⁵⁸ En este caso, la Corte Suprema de los Estados Unidos otorgó por primera vez plena competencia a los jueces, para que en caso de un conflicto entre una ley y la Constitución, resolviera dando preferencia a la norma constitucional. El juez Marshall aplicó el principio según el cual, ante un conflicto entre dos normas de diferente jerarquía, debe prevalecer la de jerarquía superior.

Al modelo difuso de control de la constitucionalidad suele atribuírsele como características predominantes, que la competencia para efectuar el control de validez de la ley, la ejercen todos los jueces que integran el Poder Judicial, independientemente de su jerarquía. Es difuso o disperso, precisamente porque no se encuentra concentrada la atribución del control en una instancia única. En segundo lugar la actividad del control tiene que efectuarse en el interior de un proceso judicial ordinario, en el que no se discute en forma abstracta la constitucionalidad o no de la ley, sino en forma concreta en el ámbito de una controversia ordinaria, cuya determinación requiera previamente la aplicación de la ley en cuestión. No existe un proceso principal donde se juzgue la

²⁵⁵ JIMÉNEZ CAMPO, Javier, "Que hacer con la ley inconstitucional", en *La sentencia sobre la constitucionalidad de la ley*, Madrid, Tribunal Constitucional y Centro de Estudios Constitucionales, 1997, pp. 47 y ss.

²⁵⁶ PIZZORUSSO, Alessandro, "Las sentencias manipulativas del Tribunal Constitucional italiano", en *El Tribunal Constitucional*, 1995, Volumen I, pp.275-296.

²⁵⁷ HERNÁNDEZ VALLE, Rubén, *Derecho Procesal Constitucional*, San José, Juricentro, 1995, pp. 378 y ss; TOMAS y VALIENTE, Francisco, "Notas sobre las recomendaciones del Tribunal Constitucional al legislador", en *Escritos sobre y desde el Tribunal Constitucional, op.cit.*, pp. 55 y 101.

²⁵⁸ *Infra*. pp. 131-137.

constitucionalidad de la ley, sino un incidente, cuya dilucidación va a servir al juez para resolver el principal.

Aquí toma relevancia la observación de Charles Evans Hughes en el sentido que: “Estamos gobernados por una Constitución, pero esa Constitución es lo que los jueces dicen que es.” Máxima que es citada constantemente para reflejar la enorme flexibilidad que goza el Poder Judicial para ejercer el control de constitucionalidad.²⁵⁹

Si el juez ordinario advierte que la norma legal es contraria a la Constitución, la deja de aplicar en el caso concreto, teniendo por tanto, el resultado del control sólo efectos para las partes que participan en dicho proceso (*inter partes*), y no generales (*erga omnes*), como sucede en el modelo concentrado.

Este tipo de control de la constitucionalidad por los tribunales ordinarios, tiene el defecto de debilitar la exigencia de la “certeza de derecho”, ya que la norma cuestionada se mantiene vigente en abstracto, por cuanto las sentencias dictadas poseen eficacia limitada al caso concreto. Ello impide a otros afectados por la norma saber si el juez, al conocer su caso, declarará la norma aplicable o inaplicable. Ese inconveniente se atenúa en los países de tradición anglosajona por la regla del *stare decisis*, esto es, la obligación de los órganos jurisdiccionales inferiores de seguir la decisión sobre un determinado punto de derecho, adoptada por las jurisdicciones de rango superior.

A través de la declaración de inconstitucionalidad de una norma legal por la Corte Suprema, no se produce la anulación formal de la ley, simplemente no se

²⁵⁹ Citado por VANOSSI, Jorge Reinaldo, “El poder constitucional de los jueces, con particular referencia al control de constitucionalidad”, en *La Ley*, Buenos Aires, Sección Doctrina, 1977, p. 1019. También en *Cfr. CARRILLO FLORES*, Antonio, en el “Prólogo” de la obra de Evans Hughes, Charles, *La Suprema Corte de los Estados Unidos*, 2ª Edición, México, Fondo de Cultura Económica, 1971, p. 7.

aplica.²⁶⁰ No obstante, al ser “sus decisiones vinculantes para los órganos inferiores, en virtud de la doctrina del precedente, el resultado es el mismo que se produciría si se declarase nula con carácter general la ley contraria a la Constitución”.²⁶¹

De esta forma, el control de constitucionalidad en los Estados Unidos es la evolución natural de la tradición del *common law* que fue transplantada a los Estados Unidos desde Gran Bretaña. De esta forma: “*the judicial review, having originated in Europe and been accepted as a doctrine in the United States, has returned to Europe elaborated and expanded by american judges.*”²⁶²

En efecto, el caso *Boham* en 1610 fue el germen de la *judicial review*, en donde Coke subrayaría la tradicional supremacía del *common law* sobre el Parlamento, en los siguientes términos:

*“And it appears in ourbooks, that in many cases, the common law will controul acts of Parliament, and sometimes adjudge them to be utterly void: for when an act of parliament is against common right and reason, or repugnant, or imposible to be performed, the common law will controul it, and adjudge such act to be void... saith, some status are made against law and right, which those who made them perceiving, would not put them in execution.”*²⁶³

En tales circunstancias, Henri Steele estableció la siguiente comparación: “El Tribunal Supremo, con el tiempo ha llegado a ser para los americanos lo que

²⁶⁰ Vid. HAMON, Francis y WEINER, Céline, “Le Controle de constitutionnalité aux Etats unis”, en *Documents d’Etude*, París, 1978, número 1, 15, 16 de la Documentation Française, p.18.

²⁶¹ LUCAS MURILLO DE LA CUEVA, Pablo. *Estados Unidos de América en Sistemas Políticos Contemporáneos*, Barcelona, TEIDE, 1984, p. 53.

²⁶² DIETZE, Gottfried, “Judicial Review in Europe”, en *Michigan Law Review*, op.cit. p. 1272.

²⁶³ “*Dr. Boham’s Case*” 1610, Sentencia recogida en la colección documental *The founders Constitution*, Editada por Philip B. Kurland y Ralph Lemer, Chicago, The University of Chicago Press, 1987, p. 303.

la familia Real era para los ingleses, el Ejército para los alemanes, y la iglesia para los españoles.”²⁶⁴

Además, en este país los jueces de la Corte Suprema son inamovibles mientras dure su buena conducta. El texto de la Constitución estadounidense prescribió en su artículo III, Sección 1: “[...] *The judges, both of the Supreme and inferior Courts, shall hold their offices during good behavior [...]*”²⁶⁵

2.2.1. La Constitución de Estados Unidos de América de 1787

En los Estados Unidos de América, como consecuencia del logro de su independencia y autonomía nace la Constitución escrita. Desde su época colonial, las Cartas de la Corona garantizaban derechos y estructuras políticas para los Colonos. Estos habitantes de las distintas regiones sujetas a la Corona Inglesa acostumbraban garantizar mediante entendimientos escritos, dejando pendiente la interpretación gramatical de de lo escrito.

La Constitución escrita vino a ser de hecho un contrato social a la manera de Juan Jacobo Rosseau, es decir, un compromiso social de convivir bajo una norma superior. Conllevando la idea de un régimen jurídicamente disciplinario al cual deben de ajustarse personas e instituciones, públicas y privadas.²⁶⁶

Efectivamente, cuando se creó la Constitución que organizó a los Estados en una Federación, se formaron órganos a nivel nacional, entre ellos el Poder Judicial. Esto obedeció a la necesidad de que se regularan materias de interés para todos, como el comercio entre los Estados y con otras naciones, así como lo

²⁶⁴ STEELE COMMAGER, Henri, “The American Mind”, Citado por Tixier, Gilbert, “La clause de due process of law et la juridprudence récente de la Court Suprême des Etats-Unis”, en *Revue du Droit Public et de la Science Politique*, París, 1961, p. 797.

²⁶⁵ Vid. KENT, James, *Comentarios a la Constitución de los Estados Unidos de América*, México, Oxford University Press, 1999, p. 69.

²⁶⁶ CASTRO y CASTRO, Juventino, *El artículo 105 Constitucional*, 2ª Edición, México, Porrúa, 1997, p. 51.

relativo a los impuestos. A diferencia de Europa, en este país se decreta que a la Constitución deben someterse, cumplir y hacer cumplir los tres poderes, según lo diga el pueblo. Este no sólo elige al Congreso, sino también al Presidente. Así nace el Presidencialismo distinto al Parlamentarismo europeo.

La Constitución de los Estados Unidos de América de 1787 en su artículo III establece al Poder Judicial, el cual “será confiado a una Corte Suprema y a los Tribunales menores cuya formación sea ordenada por el Congreso en distintas oportunidades”. Consecuentemente, el artículo que se comenta prevé:

“[...]... Sección II. El Poder Judicial se extenderá a todos los casos de Derecho y Equidad que surjan bajo esta Constitución, a las Leyes de Estados Unidos de América y a los tratados que se celebren o vayan a celebrarse bajo su autoridad; a todos los casos que involucren a embajadores, cónsules, y otros ministros públicos; a todos los casos de almirantazgo y jurisdicción marítima; a las controversias en las que Estados Unidos de América sea una de las partes; a las controversias entre dos o más Estados (entre un Estado y los ciudadanos de otro Estado), entre ciudadanos de dos o más Estados; entre ciudadanos del mismo Estado que reclamen tierras bajo concesiones de otros Estados y entre un Estado, o los ciudadanos del mismo, y Estados extranjeros (ciudadanos o súbditos).”

De esta norma surge el control difuso de la constitucionalidad de las leyes, el cual, como se advierte, no está explícitamente establecido en los textos constitucionales, sino que surge de ellos a través de la jurisprudencia de la Corte Suprema en ejercicio de sus poderes implícitos y de las normas legales como la *Judiciary Act* de 1789.

La Constitución Americana es, en el vértice de la estructura del *common law*, una ley que no tiene pretensiones para solucionar conflictos, sino que precisa normas de organización y conducta dirigidas a los gobernantes.

2.2.1.1. Principio de supremacía constitucional

Al sistema americano se le debe la construcción de uno de los principios básicos sobre los que se asienta el orden constitucional,²⁶⁷ el cual es la supremacía constitucional.²⁶⁸ Esta se encontraba señalada en el artículo VI del propio ordenamiento, que al efecto indica:

"[...]...Sección II. Esta Constitución y las leyes de los Estados Unidos de América que de ella dimanen, y todos los tratados que se celebren o que se vayan celebrar bajo la autoridad de los Estados Unidos de América, constituirán la ley suprema de la Nación; y los jueces de todos los Estados tendrán obligación de acatarla, a pesar de cualquier disposición contraria que pudiera estar contenida en la Constitución o en las leyes de cualquier Estado."

En este sistema, la totalidad de la función jurisdiccional en sus dos grandes dimensiones: la jurisdicción ordinaria y la jurisdicción constitucional, está ejercida por los diversos tribunales que constituyen el Poder Judicial, uno de los tres

²⁶⁷ Para García de Enterría, la concepción de la Constitución como ley suprema que sienta los valores supremos de un orden, es la gran creación del constitucionalismo norteamericano, la gigantesca aportación de este constitucionalismo a la historia universal del Derecho. GARCÍA DE ENTERRÍA, "La Constitución como norma jurídica", en obra colectiva *La Constitución española de 1978. Estudio sistemático*, Dirigida por Predieri, A. y García de Enterría, Eduardo, 2ª Edición, Madrid, Civitas, 1981, pp. 95 y ss.

²⁶⁸ Encontramos, no obstante en el derecho inglés, un importante antecedente de la formulación de la supremacía constitucional que es la sentencia del juez inglés Edward Coke, quien en el caso *Boham*, en 1610, introdujo la idea de un "*fundamental law*". Dicho magistrado sostuvo "que el *common law* gozaba de supremacía sobre los actos del rey y aún sobre las Leyes del Parlamento y de estos principios, dos iban a prosperar en Inglaterra: el de la limitación de las autoridades ejecutivas por la superioridad de la Ley y el de que los jueces hicieran valer tal supremacía". Cfr. GONZÁLEZ RIVAS, Juan José, "La justicia constitucional: derecho comparado y español", en *Revista de Derecho Privado*, Madrid, 1985, p. 33.

clásicos Poderes del Estado, con perfil político-institucional propio dentro del esquema del Gobierno, y en el que cada tribunal, ejerce no solamente la jurisdicción ordinaria de los procesos comunes, sino además, y esto es realmente importante, ejerce asimismo la jurisdicción constitucional actuando el control de constitucionalidad de las leyes y los actos estatales.

De acuerdo a la estructura norteamericana, en la cúspide del Poder Judicial, como “cabeza de poder” e intérprete último de la Constitución, se encuentra la Corte Suprema de Justicia, que se desempeña igualmente como Tribunal de las Garantías Constitucionales y que, al ejercer la última y definitiva instancia del control de la constitucionalidad, cumple el eminente rol de alta política, al ser un “Poder moderador” entre los diversos Poderes del Estado, ya sea entre los poderes que integran el orden horizontal el Gobierno Federal (Poder Legislativo, Poder Ejecutivo y Poder Judicial), como entre los otros poderes o competencias que integran el orden vertical de su distribución entre el Estado Federal y los Estados locales.

En definitiva, en el sistema americano, la función jurisdiccional en la plenitud de su ejercicio mediante el control de constitucionalidad, está confiada al Poder Judicial, de modo tal, que se puede afirmar asertivamente que todos los tribunales y en especial la Corte Suprema de Justicia, son Tribunal y son Poder.

Por lo transcrito se le denomina sistema difuso o “no especializado” de control de la constitucionalidad, porque el control es ejercido por cualquier juez o tribunal, cualquiera sea su jerarquía o su fuero. Este sistema, evidentemente responde a las ideas recomendadas por Hamilton en “El Federalista”, consagradas por el Juez Marshall en el célebre caso “*Marbury vs. Madison*”.

De esta manera, en los Estados Unidos de América y en todos los países de *common law* no hay separación de lo contencioso, y la dimensión constitucional puede estar presente en todos los procesos sin necesitar un

tratamiento aparte, y sin riesgo de conducir a divergencias de opinión sobre la constitucionalidad de los textos fundamentales.²⁶⁹

2.2.2. El Federalista y el control de la constitucionalidad

La obra "El Federalista", es un compendio de ensayos publicados en periódicos de la ciudad de Nueva York, donde los autores Alexander Hamilton, James Madison y John Jay, hacen comentarios referentes a la Constitución de los Estados Unidos de América. Entre los estudiosos del Derecho Constitucional, esta obra se considera indispensable para el estudio de la Constitución de Estados Unidos y, consecuentemente, de las constituciones latinoamericanas que siguieron el paradigma del Constituyente de 1787.

En relación al sistema de control de constitucionalidad de las leyes, la facultad de declarar inconstitucional una ley del Congreso no fue consagrada expresamente por el Constituyente de Filadelfia. En los papeles de "El Federalista", Hamilton infiere esta facultad, como lo haría después Marshall, de la potestad de los jueces para interpretar la ley:

"El derecho de los tribunales a declarar nulos los actos de la legislatura, con fundamento en que son contrarios a la Constitución, ha suscitado ciertas dudas como resultado de la idea errónea de que la doctrina que lo sostiene implicaría la superioridad del Poder Judicial frente al Legislativo. Se argumenta que la autoridad que puede declarar nulos los actos de la otra necesariamente será superior a aquella de quien proceden los actos nulificados. Como esta doctrina es de importancia en la totalidad de las constituciones americanas, no estará de más discutir las bases en que descansa.

²⁶⁹ Vid. SPILIOTOPOULOS, E. "Controle difuss el dualité de juridictiona sont-ils conciliables? Le cas de la Grèce", en *Annuaire International de Justice Constitutionnelle*, 1985, Económica-PUAM. pp. 98 y ss.

No hay proposición que se apoye sobre principios más claros que la que afirma que todo acto de una autoridad delegada, contrario a los términos del mandato con arreglo al cual se ejerce, es nulo. Por lo tanto, ningún acto legislativo contrario a la Constitución puede ser válido. Negar esto equivaldría a afirmar que el mandatario es superior al mandante, que los representantes del pueblo son superiores al pueblo mismo y que los hombres que obran en virtud de determinados poderes pueden hacer no sólo lo que estos permiten sino incluso lo que prohíben.

...La interpretación de las leyes es propia y peculiarmente de la incumbencia de los tribunales. Una Constitución es de hecho una ley fundamental, y así debe ser considerada por los jueces. A ellos pertenece por lo tanto, determinar su significado, así como el de cualquier ley que provenga del cuerpo legislativo. Y si ocurriese que entre las dos hay una discrepancia, debe preferirse, como es natural, aquella que posee fuerza obligatoria, la intención del pueblo de sus mandatarios.

Esta conclusión no supone de ningún modo la superioridad del Poder Judicial sobre el Legislativo. Sólo significa que el poder del pueblo es superior a ambos y que donde la voluntad de la Legislatura, declarada en sus leyes, se halla en oposición con la del pueblo, declarada en la Constitución, los jueces deberán gobernarse por la última de preferencia a las primeras. Deberán regular sus decisiones por las normas fundamentales antes que por las que no lo son."²⁷⁰

²⁷⁰ HAMILTON, Alexander, James Madison, John Jay, *El Federalista*, LXXVI, Traducción Gustavo R. Velasco, México, Fondo de Cultura Económica, 1994, p.332.

El mismo Alexander Hamilton en su exposición sobre el Poder Judicial expuesta en “El Federalista”, acotó:

“El criterio se ha definido a que sea el Poder Judicial quien conozca en última instancia, de la constitucionalidad de las leyes y los actos del gobierno federal de los Estados, en tanto den lugar a una controversia de orden judicial.”²⁷¹

El Poder Judicial está facultado, en consecuencia, para juzgar sobre la constitucionalidad de los actos de los otros dos poderes.²⁷² En los Estados Unidos impera, como lo expone Carré de Malberg,²⁷³ un sistema de separación de poderes estricto como aquél propuesto por la Constitución francesa de 1791, que sin embargo no se siente obstaculizado por la facultad otorgada a todos los jueces de inaplicar una ley en el caso concreto, toda vez que el juez sólo puede proceder de esta forma cuando al final de un esfuerzo global para determinar la compatibilidad de la ley con la Constitución, no existe ninguna duda respecto a la inconstitucionalidad de dicha ley. Toda duda razonable surgida después de esta operación debe llevarlo lisa y llanamente a aplicar la norma del legislador. Así, no se atenta contra la separación de poderes.

De esta manera se aborda el estudio del sistema político, jurídico y social de la entonces nueva nación de Estados Unidos de América:

“[...]...La principal característica del Poder Judicial, en todos los pueblos, es la de servir de árbitro: para que los tribunales actúen debe haber litigio; para que haya un juez debe haber proceso. Si no hay una demanda el Poder Judicial no puede actuar. En segundo

²⁷¹ *Idem.*

²⁷² VALLARTA PLATA, José Guillermo, *Introducción al estudio del derecho constitucional comparado*, México, Porrúa, 1998, p.95.

²⁷³ *Vid.* CARRÉ DE MALBERG, Raymond, *Teoría general del Estado*, México, Fondo de Cultura Económica, 1948, pp. 741 y ss.

lugar, el Poder judicial debe pronunciarse sobre casos particulares y no sobre principios generales. La tercera característica es que no puede actuar sino cuando se acude a él, cuando se le somete alguna causa. Los estadounidenses han conservado estas tres características pero el juez está revestido de un enorme poder político".²⁷⁴

Juventino Castro y Castro²⁷⁵ asienta que la causa de adoptar esta alternativa esta en un solo hecho: los estadounidenses han reconocido a los jueces el derecho de fundar sus fallos sobre la Constitución, más que sobre las leyes. En otros términos, los han autorizado para no aplicar las leyes que les parezcan inconstitucionales.

En este punto, siguiendo el análisis fundado de Alberto B. Bianchi²⁷⁶, se puede expresar que los principios o reglas que han ido enmarcando o encauzando el control de constitucionalidad en los Estados Unidos, surgen si bien de disposiciones legales, fundamentalmente de la doctrina judicial que fue desarrollando la jurisprudencia de la Corte Suprema, en un tema por demás complejo y con un pausado pero firme dinamismo.

2.2.3. La obra del Juez *Marshall* y la doctrina de la *judicial review*

Por consiguiente, es en Estados Unidos de América donde nace la revisión judicial de las leyes cuando la Suprema Corte Federal ejerció por primera vez su facultad controladora de la legislación de 1803, al fallar el famoso caso *Marbury vs. Madison*. Surgiendo el llamado sistema estadounidense o difuso de control de constitucionalidad.

Ratifica lo anterior, la perspectiva de Juan Alberto Carvajal, quien señala:

²⁷⁴ SUAREZ-IÑIGUEZ, Enrique, *De los Clásicos Políticos*, México, UNAM, Porrúa, 1993, pp. 207-208.

²⁷⁵ CASTRO y CASTRO, Juventino, *El artículo 105 Constitucional*, op. cit., pp. 3-4.

²⁷⁶ BIANCHI, Alberto B., *Control de Constitucionalidad*, Buenos Aires, Ábaco, 1992, pp. 63 y 125.

“Los Estados Unidos son los creadores del sistema de control o justicia constitucional a través de los tribunales, atribución que aunque no fue encomendada expresamente por la Constitución, al Poder Judicial, nace de del caso *Marbury* contra *Madison*. Ahí se resolvió para siempre el sistema del control constitucional por la vía del Poder Judicial.”²⁷⁷

No es el caso *Marbury vs. Madison* la primera ocasión en que el tribunal estadounidense declaró inconstitucional una ley. En efecto, aunque en un ámbito estatal, debe citarse el caso de *Holmes vs. Walton*, fallado por la corte de Nueva Jersey en 1780. Y dos años más tarde el caso *Commonwealth vs. Caton*, sentenciado en el Estado de Virginia. Sin embargo, el caso *Marbury vs. Madison* es el primero en donde el Ministro Presidente Marshall argumenta magistralmente la facultad que tiene la Suprema Corte para declarar inconstitucional una ley del Congreso.

El caso en específico se refiere a los siguientes hechos: William Marbury había sido designado juez por el recién derrotado presidente John Adams (federalista) durante los últimos días de mandato de la administración Adams. El Senado, que tenía mayoría de federalistas, confirmó el 3 de marzo de 1801 las designaciones de las personas propuestas por Adams, incluyendo a Marbury. La comisión aprobada no había sido sancionada cuando Thomas Jefferson, presidente republicano, asumió el cargo varios días después. Jefferson rehusó sancionar las aprobaciones de los jueces designados por Adams. Marbury y otros buscaron un *writt of mandamus*,²⁷⁸ para compeler a Madison, quien era Secretario de Estado de Jefferson, en sustitución de Marshall, a sancionar las aprobaciones. Las cuestiones que resolvió la Corte fueron en el siguiente orden.

²⁷⁷ CARBAJAL, Juan Alberto, *Estudios sobre la justicia*, México, Porrúa, 2002, p. 238.

²⁷⁸ *Writt of mandamus*: orden judicial extraordinaria por la que se compele a una autoridad administrativa a realizar un acto que la ley establece como obligación y no como una facultad discrecional. Generalmente se utiliza cuando todos los medios legales judiciales han fallado o no han sido cumplidos en su totalidad.

1. La ley de la judicatura que impedía a la Corte conocer el asunto en cuestión era inconstitucional, porque el Congreso no puede, por ningún medio, ampliar la jurisdicción original que otorga la Constitución; 2. La naturaleza de la Constitución escrita es superior a la ley; 3. El Poder Judicial se extiende a todos los casos surgidos de la Constitución de los Estados Unidos de América.²⁷⁹ Al efecto, la sentencia en cuestión dispone:

“Es del todo evidente que o la Constitución prevalece sobre los actos legislativos que con ella contrastan, o bien el Poder Legislativo puede cambiar la Constitución con todo acto de ley ordinario. No hay camino medio entre estas dos alternativas. O la Constitución es una ley fundamental, superior y no mudable con los medios ordinarios, o bien está puesta al mismo nivel que los actos legislativos ordinarios y, al igual que éstos, puede ser alterada a voluntad del Poder Legislativo. Si es correcta la primera alternativa, entonces es necesario concluir que un acto legislativo contrario a la Constitución no es ley; si es correcta, por el contrario, la segunda alternativa, entonces quiere decir que las Constituciones escritas no son otra cosa que absurdas tentativas de limitar un poder que es, por naturaleza ilimitable.”²⁸⁰

De allí que Alexander Hamilton, entre otros conceptos, exprese:

“La interpretación de las leyes es propia y peculiarmente de la incumbencia de los Tribunales. Una Constitución es de hecho una ley fundamental y así debe ser considerada por los jueces. A ellos pertenece, por lo tanto, determinar su significado, así como el de cualquier ley que provenga del cuerpo legislativo. Y si ocurriere

²⁷⁹ Cfr. MILLER, Jonathan *et al*, *Constitución y Poder Político*, Editorial Astrea, Buenos Aires, 1987, pp. 11 y 12.

²⁸⁰ CAPPELLETTI, Mauro, *El control judicial de la constitucionalidad de las leyes en derecho comparado...op. cit.* p. 45.

que entre las dos hay una discrepancia, debe preferirse como es natural, aquella que posee fuerza obligatoria y validez superiores; en otras palabras, debe preferirse la Constitución a la ley ordinaria, la intención del pueblo a la intención de sus mandatarios."²⁸¹

Analizando el caso, el juez Marshall reconoció el derecho del Juez Marbury, pero declaró que el Tribunal Supremo no era competente para librar el mandamiento *writt of mandamus*, en virtud de que la ley que preveía esta instancia, la *Judiciary Act*, es contraria a la Constitución. De este modo se estableció el control de constitucionalidad, sin producir ningún trastorno, en un asunto en el que, lejos de pretender consolidar su supremacía el Tribunal Supremo, juzgaba inconstitucional una ley que le confería ciertos poderes.²⁸² Marshall explico su pensamiento citando en su favor el argumento de Hamilton, contenido en el artículo LXXVIII de "El Federalista" y así partió del principio de que el gobierno de los Estados Unidos, por su naturaleza constitucional, está sujeto a limitaciones, y que "una ley contraria a la Constitución no constituye derecho".²⁸³ La sentencia dictada, aparte del aspecto constitucional, provocó satisfacción al Ejecutivo, lo cual produjo implicaciones trascendentales a futuro.

La segunda vez que se presentó el control jurisdiccional de constitucionalidad fue en el caso *Mc. Culloch vs. Maryland*²⁸⁴ en 1819, se trató de

²⁸¹ HAMILTON, Alexander, *El Federalista*, op.cit. p. 332.

²⁸² ASTUDILLO REYES, Cesar I., "Ensayos de Justicia Constitucional", en *Cuatro Ordenamientos de México: Veracruz, Coahuila, Tlaxcala y Chiapas*, México, Serie Doctrina Jurídica, UNAM, Instituto de Investigaciones Jurídicas, 2004, número 177,

²⁸³ PRITCHETT C. Herman, *La Constitución americana*, Buenos Aires, Tipográfica Editora Argentina, 1965, p. 191.

²⁸⁴ El Juez Marshall, en esta sentencia dijo: "[...] No debemos olvidar nunca, que lo que interpretamos es una Constitución...Constitución destinada a perdurar durante siglos y que, en consecuencia, debe adaptarse a las crisis diversas por las que transcurren los asuntos humanos [...]"

la estructura federal de la Unión. En este caso se declaró nula una ley estatal con base en el principio de la supremacía constitucional.²⁸⁵

Fue de esta manera como surgió en la práctica la facultad de la Corte para controlar la constitucionalidad de las leyes, es decir, la doctrina de la *judicial review*. Como lo indica Alexis Tocqueville:

“Los norteamericanos han reconocido a los jueces el derecho de fundamentar sus decisiones sobre la Constitución más bien que sobre las leyes. En otros términos, les han permitido no aplicar las leyes que les parezcan inconstitucionales. En los Estados Unidos, la Constitución está sobre los legisladores como lo está sobre los simples ciudadanos. Es la primera de las leyes y no puede ser modificada por una ley, es pues, justo que los tribunales obedezcan a la Constitución preferentemente a todas las leyes. ...Cuando se invoca ante los Tribunales de los Estados Unidos una ley que el Juez estime contraria a la Constitución, puede rehusar aplicarla. Ese es el único poder privativo del magistrado norteamericano y una gran influencia política dimana de él.”²⁸⁶

Asimismo, señala:

“[...]...el juez americano está revestido de un inmenso poder político, por lo cual los jueces no deben ser solamente ciudadanos, hombres instruidos y probos, cualidades necesarias a todos los magistrados. Es necesario encontrar en ellos hombres de Estado; es necesario que sepan discernir el espíritu de su tiempo.”²⁸⁷

²⁸⁵ Cfr. VALLARTA PLATA, José Guillermo, *Introducción al estudio del derecho constitucional comparado*, op. cit., p.96.

²⁸⁶ TOCQUEVILLE, Alexis de, *La democracia en América*, México, Fondo de Cultura Económica, 1995, p. 107-108.

²⁸⁷ *Idem*.

En definitiva, desde esa capital sentencia de 1803, la *judicial review* entendida como control judicial sobre la constitucionalidad de las leyes, va a desarrollarse y va a concluir siendo una pieza central del sistema de la sociedad americana entera. Como lo ha dicho Eduardo García de Enterría:

“[...]...la *judicial review* ha pasado a ser la clave de bóveda de la formidable construcción histórica que han sido y siguen siendo los Estados Unidos de América.”²⁸⁸

En el sistema norteamericano de la *judicial review*, es esencial para que cualquier tribunal pueda pronunciarse sobre la constitucionalidad de la ley siempre en el marco concreto de un proceso y en relación al mismo, con efectos limitados en principio a las partes en litigio.²⁸⁹ Es inconcebible en el sistema americano el conocimiento en abstracto, más allá de un litigio concreto, de la constitucionalidad de una norma.²⁹⁰

De esta forma, no es que el juez estadounidense no esté sometido a la ley, que lo está, sino que su vinculación a la Constitución es una vinculación más fuerte²⁹¹. Esta posibilidad judicial de no aplicar la ley del legislador es lo que siempre se contempló en Europa como el intolerable gobierno de los jueces.

²⁸⁸ GARCÍA DE ENTERRÍA, Eduardo, *La Constitución como norma y el Tribunal Constitucional*, *op.cit.* p.126.

²⁸⁹ Si bien el principio de *stare decisis* y el enorme prestigio moral del Tribunal Supremo dotan en la práctica a las decisiones de este último de una virtual fuerza obligatoria *erga omnes*.

²⁹⁰ Esta regla, sin embargo, conoce excepciones en los propios Estados Unidos. Como lo señala Grant, “[...] algunos Estados norteamericanos permiten decisiones de carácter consultivo, a petición de cualquiera de las Cámaras de la legislatura, o a petición del gobernador [...]”. *Vid.* CARMONA TINOCO, Jorge Ulises, “La jurisprudencia obligatoria de los tribunales del Poder Judicial de la Federación”, en *Boletín Mexicano de Derecho Comparado*, México, UNAM, mayo-agosto 1995, número 83, año XXVIII, p. 549.

²⁹¹ El sistema del *common law* goza de una enorme flexibilidad mediante una combinación de autoridad carismática, tradicional y racional. En el sistema del *common law* los jueces abiertamente establecen nuevas normas y muestran poco interés en construcciones lógico-jurídicas en el sentido de derecho que forma un todo autónomo y coherente. Los precedentes alcanzan su mayor autoridad cuando el juez que redacta la opinión goza de un respeto excepcional, y cuando las reglas que establecen corresponden a las necesidades sociales. *Cfr.* WENDELL HOLMES Oliver, *The Common Law*, Southern California, Mark DeWolfe Howe, Belknap Press, 1988, p. 5.

No obstante, en este país norteamericano hay consenso académico en que los fallos de la Suprema Corte de los Estados Unidos confieren legitimidad y ayudan a establecer la estructura constitucional, y de que esas funciones tienen un impacto mucho más profundo que la resolución de los casos y conflictos individuales.²⁹² De esta forma, los Estados Unidos han gozado de enormes beneficios en lo relativo a su estabilidad constitucional por tener una Suprema Corte precisa y cauta a la vez. Mediante su interpretación constitucional en momentos críticos, a menudo ha legitimado cambios fundamentales en los Estados Unidos, y ocasionalmente ha contribuido a producirlos. Más de doscientos años de funcionamiento ininterrumpido han hecho que la Corte sea reverenciada como uno de los elementos más importantes de la tradición política estadounidense.²⁹³

Por eso para concluir, es importante recordar las magníficas palabras de Warren, cuando en su “Historia de la Corte Suprema de los Estados Unidos” afirmó que:

“[...]...la historia de los Estados Unidos, ha sido forjada no sólo en las salas del Congreso, en el despacho de los Presidentes y en los campos de batalla, sino en gran medida, en los estrados del Tribunal Supremo”.²⁹⁴

2.2.4. Problema que plantea el control difuso de la constitucionalidad

Uno de los problemas en la actualidad de los Estados Unidos se centra en las discusiones acerca de la “dificultad contramayoritaria”, en donde considera si es o no aceptable admitir que jueces no elegidos por el pueblo tomen decisiones que

²⁹² CHOPPER, JESSE H., *Judicial Review and the National Political Process*, Chicago/London, The University of Chicago Press, 1980, pp. 83-122.

²⁹³ COX, Archibald, “The Role of the Supreme Court in the American System of Government”, en Grey Thomas, *Do We Have An Unwritten Constitution?* Nueva York, Stan. L. Rev., 1976, p. 105.

²⁹⁴ Citado por HARO, Ricardo, *El control de constitucionalidad comparado y el rol paradigmático de las Cortes Y Tribunales Constitucionales*, op.cit, p, 38

contradigan a funcionarios que sí han sido elegidos. Y aunque el tema ha sido abordado innumerables veces sólo se acercan al problema sin tocarlo realmente.

Parece que la solución ofrecida por Estados Unidos, sólo ha funcionado eficazmente en aquél país. Quizás sea la naturaleza, también política del control de la constitucionalidad, junto con la falta de conciencia constitucional de los jueces ordinarios, lo que ha hecho fracasar la mimética reproducción iberoamericana del modelo estadounidense.²⁹⁵

²⁹⁵ No obstante, los países basados en *civil law* o continental europeo por lo general regulan más la resolución de disputas que los países basados en el sistema inglés de derecho consuetudinario. A nivel global, los procedimientos judiciales son sistemáticamente más complejos, más lentos, menos transparentes y más propensos a la corrupción en países donde el sistema judicial está basado en *civil law* que en países basados en *common law*. Cfr. GALINDO, Pedro, "Estudios, Calificaciones de Riesgo y Encuestas de Percepción Pública sobre los Sistemas de Justicia. Resultados recientes para las americas", en *Transparencia en América Latina*, CEJA, 2003, p. 26. Página de Internet: <http://www.latinobarometro.org>; STRAUB Stéphane, *Empirical Determinants of Good Institutions: Do We Know Anything?* Banco Interamericano de Desarrollo, Working Paper 423, Washington, junio de 2000.

“Una Constitución sin un Tribunal Constitucional que imponga su interpretación y la efectividad de la misma en los casos cuestionados es una Constitución herida de muerte, que liga su suerte a la del partido en el poder, que impone en esos casos, por simple prevalencia fáctica, la interpretación que en ese momento le conviene.”

Eduardo García de Enterría

CAPÍTULO III

3. CONTROL DE LA CONSTITUCIONALIDAD EN EUROPA

3.1. El control de la constitucionalidad en la República Italiana

3.1.1. Antecedentes

La instauración de la Corte de Constitucionalidad italiana, se suscitó en 1953, algunos años después de la entrada en vigor de la Constitución de 1948, a partir de entonces ha desempeñado un papel verdaderamente importante e insustituible. La Corte pronunció su primera decisión de 1956 y pertenece a la generación de Tribunales Constitucionales creados en el ciclo constitucional que siguió a la Segunda Guerra Mundial.²⁹⁶

El sistema italiano se coloca dentro del modelo austriaco, en el sentido de que existe un juez especial, llamado a vigilar en vía exclusiva la legitimidad constitucional de las leyes y de los actos con fuerza de ley. Estos son plenamente eficaces, y deben ser aplicados a todos, hasta que el juez constitucional no haya

²⁹⁶ Un período importante en el desarrollo del constitucionalismo escrito lo ofrece el período de entreguerras, en el cual se consagraron una serie de técnicas constitucionales que, si bien no todas tuvieron el suficiente asentamiento en la memoria popular, significaron un importante avance en la teoría constitucional. NUÑEZ RIVERO, Cayetano *et al.* *El Estado y la Constitución*, Madrid, Universidad Nacional de Educación a Distancia de Madrid, 1997, p. 75 y 76.

declarado su inconstitucionalidad.²⁹⁷ El sistema contiene, sin embargo, un importante elemento de carácter difuso, en cuanto que corresponde a los jueces comunes el control de la constitucionalidad de los otros actos normativos.²⁹⁸

3.1.2. Constitución de 1948

Los principios que inspiraron a los Constituyentes italianos al momento de la aprobación de la Constitución de 1948, se basan en el respeto de las reglas democráticas y de las libertades individuales y colectivas. En contraposición de su anterior régimen fascista. La inclusión del control de la constitucionalidad fue un paso necesario en el tránsito de un régimen antidemocrático a otro totalmente opuesto.

De esta forma, para controlar y equilibrar los poderes del gobierno y del parlamento, los constituyentes introdujeron otros dos órganos constitucionales, es decir, soberanos e insustituibles: un órgano político, el Presidente de la República y un órgano jurisdiccional, la Corte de Constitucionalidad.²⁹⁹ Ambos velan por la correcta aplicación de las normas constitucionales. El parámetro de juicio lo constituye el contenido de la Constitución, pero son distintas sus competencias y también su posición institucional.

Al Presidente de la República, que está desprovisto de poderes decisorios, se le asigna la importante función de enlace político entre las instituciones. Mientras la Corte de Constitucionalidad es un juez imparcial, extraño a las cuestiones sobre las cuales deberá juzgar. Esta imparcialidad es primordial para los mismos jueces, pues en ella basan la autoridad de sus fallos.

²⁹⁷ Cfr. ZAGREBELSKY Gustavo, *La giustizia costituzionale*, op. cit. p. 168.

²⁹⁸ GROPPi, Tania, "¿Hacia una justicia constitucional "dúctil"? Tendencias recientes de las relaciones entre Corte Constitucional y jueces comunes en la experiencia italiana", en *Boletín Mexicano de Derecho Comparado*, op.cit. p. 488.

²⁹⁹ Hubo una gran preocupación en estructurar y delimitar la competencia de la Corte de Constitucionalidad. Ello se evidencia con los intensos debates que siguieron a su propuesta de creación. Su reglamentación posterior en las Cámaras, originó que empezará a funcionar hasta ocho años después de promulgada la Constitución.

Se garantiza la autonomía e independencia de los jueces por su posición constitucional, por la organización y financiación de la Corte y por que, sea como individuos o como colegio juzgante, su origen deviene en experiencias y formación diferente.

3.1.3. Organización y competencia de la Corte de Constitucionalidad

La Corte de Constitucionalidad ha tenido una actuación trascendental para una realidad institucional compleja como es la italiana. Su trabajo es sumamente eficiente y ello ha permitido despachar el cúmulo de recursos que se habían acumulado en los años setenta. Esta Corte no está comprendida en el Poder Judicial, está dotada de independencia y pugna por el equilibrio constitucional, evita los conflictos entre los diversos órganos del Estado y ejerce el control de la constitucionalidad normativa.

El artículo 135 de la Constitución italiana indica que la composición de la Corte será de 15 jueces, entre insignes juristas que sean magistrados, profesores universitarios de derecho y abogados con más de veinte años de ejercicio, como a continuación se precisa:

- a) Cinco miembros serán nombrados por el Jefe de Estado, pero deben contar con el refrendo del Presidente del Consejo de Ministros.
- b) Cinco miembros serán nombrados por el Parlamento, electos en sesión común de ambas Cámaras por mayoría calificada de tres quintas partes de la Asamblea.
- c) Cinco miembros serán nombrados por las supremas magistraturas, ordinarias y administrativas. Tres seleccionados por la Corte de Casación, uno por el Consejo de Estado y el último de la Corte de Cuentas.

Esta pluralidad en su composición garantiza que el Corte lleve a cabo con continuidad, independencia y autoridad, la delicada tarea que le ha sido encomendada. Los jueces duran en su cargo nueve años y están inhabilitados para el desempeño de funciones o empleos públicos y privados, así como para el ejercicio de actividades académicas y profesionales.

A su vez el artículo 136 constitucional establece que, cuando la Corte de Constitucionalidad declara la ilegitimidad constitucional de una norma de la ley o de un acto con fuerza de ley, la eficacia de la norma cesa desde el día siguiente al de la publicación de la resolución, luego es notificada a las Cámaras y a los Consejos Regionales. El efecto de las decisiones del tribunal se debe considerar como una anulación, no admitiéndose ningún recurso contra la decisión de la Corte.

La Corte de Constitucionalidad tiene competencia para juzgar, entre otras, las siguientes cuestiones:

1. Sobre la constitucionalidad de las normas primarias, es decir, leyes, decretos legislativos y decretos ley del Estado y de las regiones;
2. Sobre los conflictos de competencia entre poderes del Estado, entre Estado Central y regiones, y entre las regiones;

Los juicios más numerosos residen sobre la constitucionalidad de las normas primarias. La Corte, en cambio, no conoce sobre la constitucionalidad de fuentes de derecho secundarias (los reglamentos gubernativos).

Este órgano de control se encarga del control de la constitucionalidad de las normas primarias de dos modos diferentes:

1. En “vía principal”, en la cual el Estado o las regiones pueden pedir al Tribunal que juzgue una ley de otra región o del mismo Estado que ellos consideren que violan normas constitucionales. Este juicio en al práctico tiene poca relevancia.
2. En “vía incidental”, el juez, en el curso del proceso del que esta conociendo, puede pedir que la Corte que verifique la constitucionalidad de una norma primaria a aplicar en ese determinado proceso. De esta forma, el juez *a quo* representa un filtro fundamental de las cuestiones que no pueden ser planteadas directamente por las partes. Estas cuestiones constituyen el mayor volumen de trabajo para el Tribunal.

Pueden recurrir a la Corte: 1. El Presidente del Consejo de Ministros cuando una región invada la competencia del Estado, 2. Las regiones cuando el Estado invada sus competencias, 3. Los órganos máximos del Estado, en caso de conflictos de atribución entre ellos, 4. el juez al no poder controlar la constitucionalidad de una ley que deba aplicar al juicio que conoce, se dirige a la Corte para que ésta se pronuncie sobre la cuestión de inconstitucionalidad, 5. De manera indirecta, las partes o el Ministerio Público pueden plantear, por medio del juez, la cuestión de inconstitucionalidad.

Los jueces constitucionales pueden decidir de dos maneras alternativas: declarar la norma inconstitucional, y por lo tanto no aplicable por nadie a partir de la publicación de la sentencia, o denegar la cuestión propuesta por el juez *a quo* sin poder afirmar la constitucionalidad de la norma, que podrá ser impugnada nuevamente y eventualmente juzgada inconstitucional.

Reviste suma importancia un grupo de juicios concernientes a la solución de conflictos de competencia entre los poderes del Estado, así como entre el Estado central y las regiones. Con ellos la Corte “garantiza la observancia de las normas constitucionales de organización”. Existen tres clases de conflictos de

atribuciones: 1. Conflictos de atribuciones entre poderes del Estado,³⁰⁰ 2. Conflictos de atribución entre los poderes del Estado y los de las Regiones, 3. Conflictos de atribuciones entre las Regiones.

Los conflictos de competencia entre Estado y regiones o entre regiones se puede verificar cuando una de las partes considere que el acto, que no sea una ley, adoptado por la otra no respeta la división de competencias establecidas por la Constitución.³⁰¹

Las competencias de la Corte son heterogéneas, sin embargo, su principal actividad es el control de la constitucionalidad de las normas primarias. Tal actividad tiene su origen en una relación de colaboración, a veces dialéctica, con los demás órganos jurisdiccionales.

Cabe citar por su importancia, que la Corte para hacer más eficaz su trabajo, se ha dado jurisprudencia que le ha permitido disponer de mucha más elasticidad en los juicios de la que le atribuían las estrictas normas constitucionales, sin faltar, sin embargo, a su dictado.

En síntesis, el órgano de control es un juez que tiene una doble tarea: asegurar el equilibrio entre los órganos institucionales del Estado y asegurar el respeto a las libertades individuales y colectivas. Erigiéndose en un verdadero sustento del progreso jurídico y civil, al darle continuidad a los valores y principios constitucionales. Es una institución que lejos de ser reformada, es al mismo tiempo, aquella que más se ha reformado, simplemente dando actuación a la Constitución. Y por si fuera poco, ofrece estabilidad al sistema democrático del país.

³⁰⁰ Por “poderes del Estado” se entiende cada órgano que puede adoptar en vía definitiva una decisión con eficacia externa o para declarar definitivamente la voluntad del poder al cual pertenecen (el Parlamento, cada una de sus cámaras, el gobierno, el Presidente de la República, el Consejo Superior de la Magistratura, etc.) *Vid.* Ley Constitucional del 11 de marzo de 1953, número 87.

³⁰¹ STURLESE, Laura, “Tribunal Constitucional y sistema institucional italiano”, en *La justicia constitucional comparada*, México, *op. cit.* pp. 167-171.

Ahora bien, la Corte Italiana se ha mostrado muy creativa en el plano procesal, ha sido la tipología y los efectos de sus decisiones la principal contribución que se ha realizado al desarrollo del control de la constitucionalidad. Sus fallos se caracterizan por ser “dúctiles” o bien, por la exigencia de atenuar la eficacia *erga omnes* de las sentencias, a favor de una eficacia *inter partes*. Consecuentemente, sus pronunciamientos de rechazo tienen efectos *inter partes*, los estimatorios (*di accoglimento*) tienen alcances *erga omnes*, según lo establece el artículo 136 de la Constitución Italiana.

Pero a pesar de la aceptación general y aprecio del funcionamiento de la Corte de Constitucionalidad, son frecuentes las críticas a veces bastante ásperas sobre sus sentencias, emitidas en nombre de la democracia mayoritaria.³⁰² Por ello el intento realizado por la Corte en más de 50 años de experiencia ha sido el de modular el impacto de sus propias decisiones.³⁰³

3.1.4. Problemas actuales del control de constitucionalidad en Italia

La “excesiva rapidez” en las decisiones de la Corte de Constitucionalidad por despachar el atraso de trabajo, le ha ocasionado múltiples reproches. La Corte ha enfrentado la cuestión con pragmatismo, persiguiendo un objetivo muy simple: la eliminación de todo lo atrasado.

Hoy, los jueces constitucionales están en condiciones de juzgar sobre la legitimidad constitucional de un decreto-ley de gobierno antes que el mismo incurra en caducidad, es decir, dentro de 60 días.³⁰⁴ Esto significa un aumento del valor político de las decisiones, mayores presiones por parte de los partidos,

³⁰² CERRI A. *et al.* “I guarant’anni della giustizia costituzionale”, en *Rivista di Diritto Costituzionale*, 1997, pp. 189 y ss.

³⁰³ GROPPI, Tania, “¿Hacia una justicia constitucional “dúctil”? tendencias recientes de las relaciones entre Corte Constitucional y jueces comunes en la experiencia italiana”, en *Boletín Mexicano de Derecho Comparado*, *op. cit.* p. 491.

³⁰⁴ El término para controvertir las leyes del Estado, están sujetas a un término de caducidad de 60 días, a efecto de garantizar un mínimo de estabilidad de las normas jurídicas, después del lapso de su publicación.

mayores riesgos para la autonomía de juicio y la imparcialidad de las decisiones. Pero es exactamente este el contexto en el que la Corte debe actuar por la Constitución.

La novedad es tan importante, que algunos se han preguntado si en un sistema institucional con tantas distorsiones y disfunciones como el italiano, la eficiencia de una sola institución no termine por ser un ulterior factor de disfunción: la eficiencia de uno solo hace correr el riesgo de multiplicar la ineficiencia de los demás, más que mejorar el sistema.

No obstante, a la Corte le toca evaluar los efectos concretos de sus propias decisiones, graduándolas según las necesidades y los momentos, como ha hecho hasta ahora. Sin duda una Corte eficiente es una innegable garantía contra el arbitrio de los poderes y la violación de las reglas constitucionales.

3.2. El control de constitucionalidad en la República Federal de Alemania

3.2.1. Antecedentes

El pueblo alemán derrotado y fragmentado en 1945, tras la Segunda Guerra Mundial, tuvo que organizarse bajo situaciones jurídicas, políticas, sociales y económicas peculiares, pues paradójicamente la Ley Fundamental de Bonn tuvo su origen en el vencimiento de la Nación alemana.³⁰⁵

Después de la coyuntura, se estableció la citada Ley Fundamental, considerada provisional hasta que el pueblo alemán en libertad aprobara la permanente. Dicha Ley no fue producto de un consenso nacional, sino de de la imposición de los Estados Aliados, por lo tanto, su "orden constitucional" carecía de los principios básicos del constitucionalismo moderno.

³⁰⁵ Vid. COVIÁN ANDRADE, Miguel, *El control de la constitucionalidad en el derecho comparado*, p. 111.

Pese a ello la Constitución ha sido considerada como la mejor que ha tenido ese país en su historia y se ha traducido en realidades sociales, penetrando en la conciencia del pueblo. Digno de esa ideología fue creado por ella, el Tribunal Constitucional de la Federación Alemana, órgano encargado del control de la constitucionalidad, el cual en sus orígenes dependió del Ministro de justicia de aquél país.

El prestigio creciente del Tribunal Constitucional, su labor jurisprudencial efectiva y su papel integrador, hicieron que el 1953 el *Bundestag* pusiese término a la dependencia del Tribunal Constitucional del Ministro de justicia. Si bien su plena autonomía no se consagró hasta 1975, al dictarse el Reglamento interno del propio Tribunal.³⁰⁶

3.2.2. Ley fundamental de la República de Alemania de 1949

La Constitución alemana, llamada Ley Fundamental, no destaca cabalmente el rango verdadero de dicho alto tribunal. No le dedica siquiera un propio capítulo, sino se limita a establecer sus funciones de manera poco convincente, pues los Constituyentes no tuvieron en cuenta el alcance del Tribunal Constitucional, al proveer a su lado simultáneamente una Corte Suprema como última instancia para los tribunales especializados en otras materias: civil, penal, administrativa, laboral y social. Sin embargo, esta Corte nunca se estableció. Se prefirió modificar el texto constitucional en el sentido de sustituir a la Corte Suprema por una simple Sala común a los tribunales supremos federales, para decidir sobre controversias entre las distintas ramas de la justicia.

A pesar de lo anterior, no se ha pensado en crear regulaciones más adecuadas sobre estas cuestiones y sigue habiendo en la Constitución varias contradicciones. Lo cierto es que la vigencia intrínseca y el significado actual de la

³⁰⁶ BRAGE CAMAZANO, Joaquín, *La Acción de Inconstitucionalidad*, UNAM, Instituto de Investigaciones Jurídicas, México, Serie G, Estudios Doctrinales, 1998, número 191, p. 38.

Constitución dependen del consenso real del pueblo. Los postulados constitucionales se realizan en un proceso de diálogo, basado en un fondo común de convicciones éticas, culturales y políticas, es decir, una cultura política o cívica. El control de la constitucionalidad tiene la importante función de establecer el sentido del consenso básico, consagrado en la Constitución, que debe ser individualizado. Se trata de un procedimiento de gran importancia, pues las normas constitucionales como tales solamente podrán ser realizadas de esta manera, ya que ningún principio constitucional puede tomarse como absoluto: esto significaría llegar a un extremismo político. La tarea del control de la constitucionalidad es precisamente prevenir todas esas formas de extremismo y arbitrariedad.

3.2.3. Organización y competencia del Tribunal Constitucional

El Tribunal Constitucional representa el medio más importante para lograr la defensa de la Constitución, es decir, tiene la misión primordial de vigilar el respeto y observancia de la Ley Fundamental. Este Tribunal está compuesto de 16 jueces constitucionales, que integran las dos salas o senados del Tribunal, mismos que serán electos igualmente por el Parlamento Federal y el Consejo Federal, en el cual están representados los gobiernos de los Estados miembros. Se prescribe en todos los casos mayorías de dos tercios, por lo que los partidos miembros suelen distribuir las curules judiciales entre ellos.

Los jueces deben tener cuarenta años cumplidos y declarar por escrito que es su voluntad pertenecer al Tribunal, con lo cual quedan impedidos de pertenecer al *Bundestag*, al *Bundesrat*, al Gobierno y a los órganos correspondientes de los *Länder*. Tampoco es compatible su cargo con otras actividades profesionales y académicas.³⁰⁷ El presidente y vicepresidente conducen las sesiones de su senado, el cual para deliberar válidamente debe

³⁰⁷ Vid. COVIÁN ANDRADE, Miguel, *El control de la constitucionalidad en el derecho comparado*, p. 123.

contar con por lo menos 6 jueces presentes y sus decisiones de tomarán por mayoría de votos.

Ahora bien, las facultades del Tribunal se encuentran señaladas en el numeral 93 de la Ley Fundamental, señalando que además de ellas conocerá de aquellas que le confiera expresamente la Ley del Tribunal Constitucional (*Bundesverfassungsgerichtsgesetz*). Esta ley en su precepto 13 reproduce y completa la competencia del Tribunal, en los siguientes términos:

“... El Tribunal Constitucional federal decide en los casos determinados por la ley fundamental y específicamente:

...1. Sobre la pérdida de los derechos fundamentales.

2. Sobre las disputas relativas a la constitucionalidad de los partidos.

3... [...]... 4... [...]...

5...Sobre la interpretación de la Constitución en ocasión de disputas en cuanto al alcance de los derechos y obligaciones de un órgano supremo de la federación o de otros interesados, a los cuales se les hayan concedido otros derechos por medio de la Ley Fundamental o del reglamento de un órgano supremo de la Federación.

6. En caso de divergencia de opinión o duda sobre la compatibilidad formal o substancial del derecho federal o del derecho local con la Ley Fundamental, o sobre la compatibilidad del derecho local con otro derecho federal, a petición del gobierno

federal, del gobierno local o de una tercera parte de los miembros de *Bundestag*.

7. En casos de divergencia de opinión sobre los derechos y obligaciones de la Federación y de los *Länder*, particularmente en cuanto a la ejecución del derecho federal por los *Länder* y al ejercicio de la vigilancia de la Federación.

8. En otras controversias de derecho público ante la Federación y los *Länder*, entre diversos *Länder* o al interior de un *Land*, siempre que no exista otra vía legal.

8ª... Sobre las quejas (amparos constitucionales) 9... [...]...

10. Sobre las controversias constitucionales al interior de un *Land* cuando esta decisión le sea atribuida al Tribunal Constitucional por una ley del *Land*.

11. Sobre la conformidad de una ley federal o de una ley local con la Ley Fundamental, o sobre la compatibilidad de una ley local u otra norma local con una ley federal, a instancia de un tribunal.

12. En el caso de dudas sobre si una norma de derecho internacional es parte del derecho federal y sobre si ella produce inmediatamente derechos y obligaciones para el individuo, a petición de un tribunal.

13. Cuando la Corte Constitucional de un *Land*, en cuanto a la interpretación de la ley fundamental, pretenda apartarse de una decisión del Tribunal Constitucional Federal o de la Corte

Constitucional de otro *Land*, a instancia de aquella Corte Constitucional.

14. En el caso de divergencias de opinión sobre si una norma sigue vigente en calidad de derecho de la Federación."

A su vez, el artículo 100 constitucional establece:

"1. "Cuando un tribunal considere inconstitucional una ley de cuya validez depende el fallo, se suspenderá el proceso y se recabará, cuando se trate de la violación de la Constitución de un *Land*, la decisión del Tribunal del *Land* competente en asuntos constitucionales, y la del Tribunal Constitucional Federal cuando se trate de la violación de la presente Ley Fundamental. Ello rige también cuando se trate de la violación de la presente Ley Fundamental por la legislación de un *Land* o de la incompatibilidad de una ley de un *Land* con una ley federal."

De esta forma, los tribunales ordinarios antes de aplicar una ley, examinan si es o no constitucional y someten la cuestión al Tribunal Constitucional si consideran que la ley es inconstitucional y, hasta tanto éste resuelva la cuestión, queda suspendido el procedimiento. El efecto de las resoluciones del Tribunal Constitucional son de efectos generales. Además, existe la obligación de publicar en el Boletín de Leyes Federales cuando se declare la compatibilidad o incompatibilidad de una ley u otro derecho federal con la Constitución.

Precisa Konrad Hesse:

" [...]...si al Tribunal Constitucional Federal le corresponde en el marco del control normativo abstracto un monopolio completo de examen y rechazo (*Prüfung und Verwerfungsmopol*), su

monopolio en el marco del control normativo concreto, se limita al rechazo de las normas jurídicas, [pues todo tribunal] que tenga que decidir un caso concreto, viene obligado, conforme a su vinculación a la Constitución y a la ley, al examen de si las normas jurídicas, en las que se funde la resolución del caso son válidas", con lo cual el examen de la constitucionalidad no es privativo del Tribunal Constitucional, aunque sí lo es el rechazo (eventual de la ley por inconstitucional)".³⁰⁸

El órgano de control, sin lugar a dudas, ejerce la función esencial de contrapeso de las fuerzas políticas, y reconoce simultáneamente las funciones legítimas de los poderes legislativo y ejecutivo mediante su teoría de la reserva judicial, que fue desarrollada según el modelo estadounidense. El Tribunal alemán reclama su competencia sobre todos los asuntos jurídicos, y en ocasiones extiende su competencia para abarcar también cuestiones que propiamente tienen que ver con un caso concreto, pero, por otro lado, rechaza emitir una decisión exigida sobre asuntos controvertidos bajo pretextos formales.

Por su parte, la jurisprudencia corresponde a la imagen de una sociedad abierta, que mediante el proceso político de formación de la opinión pública define las funciones actuales de Estado. La publicidad es un elemento esencial de esa sociedad, porque posibilita el control mediante la transparencia.

3.2.4. Problemas actuales del control de constitucionalidad en Alemania

Hay resistencia entre algunos sectores de este país en contra del control de la constitucionalidad, pues se alude que el régimen judicial y su correspondiente legislación contradicen el principio de democracia y genera la preocupación de que una *élite* sin legitimación se aparte demasiado del pueblo y conduzca a un

³⁰⁸ Cfr. HESSE, Konrad, *Grünzüge des Verfassungsrechts der Bundesrepublik Deutschland*, Berlín, Heidelberg-Karlsruhe, 1980, p.268.

Estado totalitario. Esta objeción resulta de la idea de que se lesiona tanto la separación entre derecho y política como la división de poderes, consagrada en todas las constituciones modernas. No se considera por parte de los que se oponen, que en el mundo jurídico crece la convicción cada vez más que la teoría sobre la separación estricta de poderes necesita ser actualizada.

Las ideas que fluyen hoy en día, sobre coordinación y cooperación entre los poderes públicos parecen desvirtuar los argumentos supracitados. Pero subsisten algunos juristas que se atemorizan por que los jueces pudieran ejercer funciones políticas. Desconocen que cada forma de jurisdicción siempre tiene importancia política al conservar la paz jurídica en cierto sentido. Asimismo no sería posible distinguir, en sentido estricto, entre asuntos jurídicos y cuestiones políticas. Al decretar la abstención de los jueces en todas las cuestiones políticas se les obligaría a renunciar lamentablemente a su función específica, en perjuicio de la política.³⁰⁹

También surge, aunque no es privativo de Alemania, la preocupación de que los tribunales lleguen a ser presa de los partidos políticos, pues su intervención indirecta vía Parlamento y Consejo General, así lo presume. Los jueces constitucionales señalan muy enérgicamente que la política del partido no ejerce papel alguno y que los mismos partidos políticos ni siquiera de una manera indirecta intentan influirlos. Al grado, que Donald Kommers llegó a la conclusión de que la influencia de los partidos no se debe tomar en cuenta. Taylor Cole constató que existen lealtades dentro de una sala que poco tienen que ver con ser miembro o seguidor de un partido determinado. Tal imparcialidad toma relevancia, cuando se toma en cuenta que se trata de decisiones de un cuerpo colegiado en donde las tendencias políticas de un partido en la mayoría de los

³⁰⁹HORN Hans-Rudolf, "El régimen de la justicia constitucional alemana en el contexto internacional", en *La justicia constitucional comparada*, México, *op. cit.* pp. 51-54.

casos no pueden seguirse, aunque naturalmente existen excepciones importantes.³¹⁰

En el contexto del Derecho Constitucional Comparado debe destacarse que el control de la constitucionalidad sólo puede cumplir su función eficazmente cuando se considera su legitimación y sus límites, respecto a los cuales el sistema alemán enseña criterios en sentido tanto positivo como negativo. En consecuencia, la función de este tribunal puede caracterizarse en el sentido de que marca los límites del Ejecutivo y el Legislativo de manera eficaz, y sigue gozando a pesar de muchas dudas, de la más alta autoridad, no solamente sobre asuntos políticos sino también en la elaboración de proyectos de ley.

Cabe decir por último, que el control de la constitucionalidad en Alemania es un elemento esencial de estabilidad política, tomando en cuenta de que el funcionamiento del Estado contemporáneo se funda en una participación crítica de sus ciudadanos, la cual excluye lo mismo una adhesión ciega que un rechazo total.

3.3. El control de la constitucionalidad en la República Francesa

3.3.1. Antecedentes

En la época de la Revolución francesa, cuando el principio de separación de poderes fue estructurado, existió una gran desconfianza hacia los jueces del antiguo Régimen, lo que contribuyó decisivamente para que se tratara de restringir las facultades de éstos.³¹¹ Se señaló que si los jueces intentasen ir más allá de la aplicación de la ley estarían yendo más allá de la esfera de sus atribuciones e invadiendo las de otro poder público.

³¹⁰ *Ibidem.* p. 57.

³¹¹ En Francia, antes de la Revolución, los tribunales eran el brazo derecho de la monarquía. Éstos muchas veces ejercían una autoridad legislativa y judicial, y llegaron a ser considerados por gran parte del público como símbolo de la opresión y la arbitrariedad. *Vid. Pautas para Promover la Independencia y la Imparcialidad Judicial*, IFES-USAID. Washington, 2002, p. 13.

Ante la suspicacia notoria hacia los jueces y magistrados, pareció una salida razonable encomendar el control de la constitucionalidad de las leyes a un órgano genuinamente político. De esta manera al *Sènat conservateur* de la Constitución Francesa de 1799 se le confería la competencia de enjuiciar tanto los actos del cuerpo legislativo como los del gobierno que se sometieran a su consideración a causa de una presunta contravención de la Constitución. Sus funciones, entre otras, consistían en controlar la constitucionalidad de las leyes y de los actos al Primer Cónsul, y proponer los "*senatus-consultus*" de revisión a la Constitución. Pero el Senado conservador se desacreditó al dar validez legal sistemáticamente a las decisiones del Primer Cónsul, Napoleón Bonaparte, incluso cuando éste decidió sustituir el régimen republicano por el Imperio.

Al respecto, Julián-Laferriere, indica:

"Estas experiencias que no son sino una parodia de control de la constitucionalidad, explican que en las Constituciones republicanas no existiera ningún órgano encargado de dicho control, que se consideró contrario a la soberanía de la ley expresión de la voluntad general, y del Parlamento, su creador. Es por eso que las leyes constitucionales de 1875, que instituyen la III República tras la derrota del Segundo Imperio no prevén un mecanismo de control de la constitucionalidad."³¹²

La trascendencia política de la función revisora de la constitucionalidad de proceder del Parlamento hacia preferir, en la Francia de fines de siglo XVIII, que su desempeño se reservase a personas elegidas a través del sufragio y no a peritos del derecho, miembros de la carrera judicial.

³¹² JULIEN-LAFERRIERE, François, "Las insuficiencias del control de la constitucionalidad de las leyes en Francia", en *Congreso Internacional de Culturas y Sistemas Jurídicos Comparados*, México, UNAM, Instituto de Investigaciones Jurídicas, febrero 2004, p. 586.

Tal vez por ello, este país no se interesó en el control de constitucionalidad de las leyes hasta en fecha reciente, la de la Constitución de la Quinta República, en 1958. Esta indiferencia es también el resultado obligado de las teorías revolucionarias sobre la ley como expresión de la voluntad general, emanación perfecta del contrato social. La sacralización de la ley impedía todo tipo de control que hubiese sido considerado como un insulto al pueblo soberano, verdadero autor de la ley a través de sus representantes elegidos.³¹³ Resultando la tesis de que la ley no podía estar sometida al control de la constitucionalidad, salvo durante regímenes autoritarios.

Repasando someramente la historia de la República francesa, recordamos que según la Constitución de la Tercera República, ningún tribunal estaba facultado para revisar la constitucionalidad de la acción legislativa. Esto obedecía principalmente a una razón de tipo histórico: durante el denominado *Ancien Régime*, la insatisfacción popular con la administración de justicia condujo a una gran desconfianza y a la opinión generalizada de que ésta no debería intervenir de manera alguna respecto de la aplicación de la voluntad popular expresada en las leyes. La aplicación de la ley era considerada como la única tarea de la judicatura, por lo que le estaba vedado interpretarla y aún más, declararla inválida. Además, durante algún periodo (1804) se confió en que el derecho podía ser expresado en forma escrita, de manera tan clara que no requeriría interpretación, en consecuencia, el deber de los tribunales sería meramente el de aplicar las leyes, no el de interpretarlas. Así, *a fortiori*, la idea de que los tribunales podrían juzgar las leyes, aun desde el punto de vista de su constitucionalidad, era abiertamente rechazada.

Por otro lado, si el pueblo francés con el tiempo adquirió la confianza en que su Parlamento no expediría leyes arbitrarias o inconstitucionales, no tenía la misma confianza en la rama ejecutiva, del gobierno, ni de las autoridades locales.

³¹³ MODERNE, Franck, "El Consejo Constitucional francés", en *La justicia constitucional comparada*, op. cit., p.124.

Ese pueblo sentía que en el ejercicio diario del poder para expedir normas por los diversos secretarios y alcaldes, así como las decisiones administrativas hechas diariamente respecto de casos individuales, tendían más a ejercitarse en contra de las leyes y de los derechos de los ciudadanos, que la acción legislativa a violar la Constitución.

No obstante, la revisión constitucional se extendió por primera vez a la acción legislativa cuando la Constitución de la Cuarta República, promulgada el 27 de octubre de 1946, estableció un Comité Constitucional. Este intento, sin embargo, fue muy modesto y el Comité nunca desempeñó un papel importante en los 12 años de su existencia, sólo emitió una decisión y ésta fue de importancia relativamente secundaria.

Por todo ello, resulta de suma importancia subrayar que a diferencia de otros países aquí analizados, el sistema de control de la constitucionalidad francés no es jurisdiccional sino político. De allí que el Consejo Constitucional es considerado como prototipo de un órgano político de control de la constitucionalidad, por su naturaleza, por su origen, por su composición y por su funcionamiento. Que el Consejo Constitucional sea considerado como una institución política, por los motivos asentados, no es nada sorprendente.

3.3.2. Constitución de la República Francesa de 1958

En este texto constitucional opera una “revolución jurídica”, al instituir un mecanismo de control de la constitucionalidad de las leyes, que el Constituyente quiso que fuera eficaz y capaz de mantener al Parlamento dentro de las facultades limitadas a las materias señaladas por la Constitución. Al definir un “ámbito legislativo” estrictamente delimitado y al disponer que todas las materias que no son incluidas en este ámbito son reglamentadas por el gobierno, la Constitución de 1958 abandona la doctrina de la soberanía parlamentaria y legislativa, erige al gobierno al rango de “legislador común” y hace necesario un

control del cumplimiento por parte del Parlamento de sus facultades y al mismo tiempo, protege las del gobierno. Este control se le encarga a un nuevo órgano: el Consejo Constitucional. De esta manera, la Constitución del 4 de octubre de 1958 en su artículo 61 refiere:

“Las leyes orgánicas antes de su promulgación y los reglamentos de las Asambleas Parlamentarias antes de su entrada en vigor, deben ser sometidos al Consejo Constitucional que controla su conformidad a la Constitución. Con el mismo fin, las leyes pueden ser deferidas al Consejo Constitucional, antes de su promulgación por el Presidente de la República, el Primer Ministro, el Presidente de la Asamblea Nacional o el Presidente del Senado.”

Efectivamente, la Constitución francesa promulgada el 4 de octubre de 1958, da paso a la actual Quinta República, confía la jefatura del Estado al Presidente y a la jefatura del gobierno al Primer Ministro; y señala que toca a aquél velar por el respeto a la Constitución y asegurar, con su arbitraje, el funcionamiento regular de los poderes públicos, así como la continuidad del Estado. Fue en esta Ley Fundamental donde se insertó un mecanismo de control preventivo de la constitucionalidad de las leyes con la histórica institución del Consejo de Estado y la creación del Consejo Constitucional. Este último fue concebido esencialmente como un órgano de carácter político y como un arma dirigida contra el Parlamento, en la medida en que el régimen del general Gaulle se preocupaba esencialmente de reforzar al Ejecutivo y debilitar correlativamente al Poder Legislativo.

No obstante, el órgano de control político de la constitucionalidad trajo consigo un nuevo equilibrio entre el legislativo y el ejecutivo, consagrado en la Constitución. Convirtiéndose en una institución garante del nuevo Estado de Derecho francés.

De esta forma, las circunstancias que precedieron la creación del Consejo Constitucional explican que éste no haya sido concebido como una Corte Suprema, a semejanza de la Suprema Corte de los Estados Unidos de América o de muchos de los países iberoamericanos, ni como un órgano jurisdiccional especializado, a semejanza de los Cortes Constitucionales en Alemania, Austria o Italia.³¹⁴ Se trata de una institución de tipo político, pues sus miembros no requieren ninguna calificación jurídica, son nombrados por el Presidente de la República y las Asambleas Legislativas –Asamblea Nacional y Senado- y sus papel consiste esencialmente en controlar el cumplimiento de las facultades respectivas del Poder Legislativo y Ejecutivo. En palabras de Louis Favoreu, es un “órgano regulador de la actividad normativa de los poderes públicos”.³¹⁵

El Constituyente no pretendió crear un órgano de control del contenido de las leyes o de protección a los derechos individuales, sino de la conformidad de las leyes a las reglas de competencia, a fin de mantener al Poder Legislativo en su ámbito y evitar que invada el ámbito del Poder Ejecutivo. Es por eso que en el texto original de la Constitución de 1958, sólo el Presidente de la República, el Primer Ministro, el Presidente de la Asamblea Nacional y el Presidente del Senado pueden deferir al Consejo Constitucional una ley a fin de controlar su constitucionalidad. Son ellos los representantes de las instituciones de la Nación, los actores del juego político y constitucional –a excepción del Primer Ministro- precisamente las autoridades que nombran a los miembros del Consejo Constitucional, por que se considera que sólo ellos están calificados y tienen interés en asegurar la correcta aplicación de la Constitución.³¹⁶

Posteriormente, en 1971 la situación cambio radicalmente. El Consejo Constitucional, a petición del entonces Presidente del Senado, Alain Poher

³¹⁴ Pues a diferencia de todos aquellos tribunales, que ejercen un control, por lo general, *a posteriori*, el Consejo Constitucional Francés ejerce un control *a priori*, y cuyos rasgo distintivo no se limita a emitir opiniones, sino decisiones que tienen el carácter de cosa juzgada.

³¹⁵ FAVOREU, Louis, "Le Conseil constitutionnel, régulateur de L'activité normative des pouvoirs publics", en *Revue du droit public*, París, 1967, p. 588.

³¹⁶ ROUSSILLON, Henry, "Le Conseil constitutionnel", en *Dalloz*, París, Económica, 1971, p. 22.

controlaría, en adelante, la conformidad de las leyes no solamente con los artículos de la Constitución de 1958, sino también con su preámbulo y, consiguientemente, con el preámbulo de la Constitución de 1946 y la declaración de los Derechos del Hombre y del Ciudadano de 1789. En la teoría constitucional francesa se emplea el término de "*bloc de la légalité constitutionnelle*" para designar el conjunto de normas supremas a las cuales debe ajustarse la ley para ser válida.³¹⁷ En esta decisión, el Consejo Constitucional se basa especialmente en el preámbulo de la Constitución y declara que "el principio de la libertad de asociación es uno de los principios fundamentales reconocidos por las leyes de la República", contemplados por el Preámbulo de la Constitución de 1946 y "solamente reafirmados por el preámbulo de la Constitución de 1958".³¹⁸

Tres años después de esa importante decisión del Consejo Constitucional, la revisión constitucional de 29 de octubre de 1974 dio la posibilidad de someter una ley al control de la constitucionalidad si así lo determinaban sesenta diputados o sesenta senadores, lo que dio la iniciativa del control también a la oposición parlamentaria. A partir de esa fecha, el número de leyes deferidas al Consejo Constitucional aumentó considerablemente y el Consejo adquirió un papel fundamental en la vida política y jurídica francesa: el gobierno al elaborar los proyectos de leyes, y el Parlamento al votarlos, siempre tienen en cuenta la posibilidad de que el Consejo Constitucional declare la ley contraria a la Constitución y prohíba su promulgación, la mera perspectiva de una declaración de inconstitucionalidad disuade a los actores del procedimiento legislativo de asumir el riesgo de adoptar disposiciones cuya conformidad con la Constitución sea dudosa. El profesor François Luchaire, quien fue miembro del Consejo Constitucional, propuso incluso que el Consejo Constitucional pudiera intervenir en el procedimiento legislativo para evitar que el legislador adoptara leyes inconstitucionales. Pero como lo hace notar H. Roussillon, esto constituiría una

³¹⁷ Por bloque de constitucionalidad debe entenderse, el conjunto de disposiciones que se imponen al legislador, sea que emanen de instrumentos de valor constitucional o no.

³¹⁸ FAVOREU, Louis, "Le Conseil constitutionnel, régulateur de L'activité normative des pouvoirs publics", *op. cit.* p. 289.

confusión, ya que el juez constitucional se comportaría como un verdadero "colegislador".³¹⁹

3.3.3. Organización y competencia del Consejo Constitucional

El Consejo Constitucional es una institución permanente cuyo período de sesiones sigue el ritmo de las demandas que tiene ante sí. Sólo celebra sesiones y juzga en pleno. Se someten las deliberaciones a una regla de *quórum* en virtud de la cual, se necesita la presencia efectiva de siete jueces. En caso de empate, el voto del presidente prevalece. No hay opinión disidente posible. Los debates en período de sesiones y en pleno así como los votos no son ni públicos ni publicados.

Ahora bien, el *Conseil Constitutionnel* está compuesto por los ex presidentes de la República y de otros nueve miembros, tres de los cuales son nombrados por el Presidente encargado de la República, tres por el Presidente de la *Assemblée Nationale*, y tres por el Presidente del *Sénat*.³²⁰ La designación de Consejo Constitucional es en Francia una especie de tradición, nunca ha tenido la cualificación formal de Corte o Tribunal Administrativo. Eso no le ha impedido desempeñar el papel de juez administrativo y además uno de los más prestigiosos del mundo.³²¹

La duración de su encargo es de 9 años y son substituidos por tercios cada tres años. El nombramiento por parte de las tres autoridades más importantes del Estado, asegura cierto equilibrio en la composición de la institución. Sus miembros prácticamente no deben llenar ningún requisito en especial prescrito

³¹⁹ ROUSSILLON, Henry, "Le Conseil constitutionnel", op. cit. p. 74.

³²⁰ CAPPELLETTI, Mauro, *El control judicial de la constitucionalidad de las leyes en derecho comparado*, op. cit., pp. 29-30.

³²¹ La experiencia francesa contemporánea de un juez constitucional, constituye de hecho una ruptura singular con la tradición anterior, sin embargo, se puede afirmar que hoy día el Consejo Constitucional Francés concebido inicialmente como órgano político, se ha convertido en un juez constitucional, adoptando el modelo de las Cortes Constitucionales europeas, pero con competencias relativamente diferentes y en cierto modo, más reducido.

por la ley, y no existe limitación para desempeñar diversas actividades, salvo la incompatibilidad con la de ser miembro del gobierno, del Parlamento o del Consejo Económico y Social.

La singularidad del Consejo Constitucional consiste en la facultad de revisión de origen de ciertas leyes y reglamentos, revisando la constitucionalidad de éstas y evitando, con ello, interpretaciones o impugnaciones posteriores.³²² A decir de Arturo Zaldivar Lelo de Larrea:

“Francia ha roto, en parte, con su larga tradición contra el control jurisdiccional...por medio del *Conseil Constitutionnel*, que lamentablemente presenta dos limitaciones: 1. Las personas afectadas por el proyecto de ley no tienen legitimación para impugnar el proyecto, y 2. Solamente puede ser revisado durante un breve periodo entre su aprobación por el Parlamento y su promulgación.”³²³

Las funciones del Consejo, en torno al control de la constitucionalidad se ejercen de diferentes maneras:

- Control sistemático *a priori* de las llamadas leyes orgánicas, orgánicas porque completan o desarrollan disposiciones constitucionales relativas a las instituciones de la República (duración del mandato de los miembros de la Asamblea Nacional o del Senado, condiciones de elegibilidad, régimen de incompatibilidades, etc.). Este control presenta la particularidad de ser obligatorio, de oficio, y no implica una controversia, en el sentido de que una parte sostiene la conformidad entre la Constitución y el acto parlamentario y otro las objeta.

³²² VALLARTA PLATA, José Guillermo, *Introducción al estudio del derecho constitucional comparado*, *op. cit.* p. 57.

³²³ ZALDÍVAR LELO DE LARREA, Arturo, *El juicio de amparo a la luz de la moderna justicia constitucional*, en *Revista de Investigaciones jurídicas de la Escuela Libre de Derecho México*, 1991, Vol. 15, p. 332.

- Control sistemático de los reglamentos de las Asambleas parlamentarias, lo que permite evitar que las asambleas eludieran ciertas disposiciones constitucionales. Este control es también control previo y de oficio.
- Control previo, pero no sistemático, de las leyes ordinarias. Una de las originalidades de la Constitución francesa de 1958 ha sido la delimitación de un ámbito normativo propio del gobierno, la potestad reglamentaria autónoma, en el que el Parlamento puede penetrar sin el acuerdo del propio gobierno.³²⁴

Conforme al artículo 61, párrafo II, existe la posibilidad de que las leyes ordinarias sean turnadas al Consejo Constitucional antes de su promulgación para que este decida sobre su constitucionalidad. A diferencia de las leyes orgánicas cuyo control de la constitucionalidad es obligatorio, las leyes ordinarias pueden o no ser enviadas al Consejo por el Presidente de la República, el Primer Ministro, por los presidentes de las Asambleas o por 60 diputados o senadores.

- A iniciativa del Presidente de la República, del Primer Ministro, del Presidente de la Asamblea Parlamentaria, y a partir de 1992 de 60 diputados o senadores, el Consejo Constitucional está encargado de confrontar los acuerdos internacionales firmados por Francia con la Constitución. Conforme a la Carta Fundamental, si el consejo declara que un acuerdo o tratado contiene una cláusula o más contrarias a la Constitución, la autorización para ratificarlo no puede realizarse sino una vez reformada la Constitución.³²⁵

La pronunciación del Consejo Constitucional es emitida por la mayoría de votos en el marco de un procedimiento secreto, sin audiencias orales y sin argumentos contradictorios. Si la promulgación del Consejo Constitucional es en

³²⁴ MODERNE, Franck, "El Consejo Constitucional francés", en *La justicia constitucional comparada. op. cit.*, pp. 126-128.

³²⁵ *Idem.*

el sentido de la inconstitucionalidad, la ley no podrá por consiguiente entrar en vigor, a menos que se revise la Constitución.³²⁶

Los fallos son obligatorios para los poderes públicos y para todas las autoridades administrativas y jurisdiccionales. No son en ningún caso recurribles. La cosa juzgada beneficia no sólo a la parte dispositiva de la decisión sino también a los motivos que son su fundamento necesario. Las decisiones conducen a la censura total o parcial de la ley³²⁷ pero no a su anulación ya que la decisión es pronunciada antes de la promulgación de la ley, acto jurídico que le asegura su aplicación.

En conclusión, el Consejo Constitucional desempeña funciones comparables a las ejercidas por otras jurisdicciones europeas. Si no tiene todas las competencias de estas jurisdicciones, la institución ha recorrido ya un largo camino hacia el tipo clásico de las Cortes Constitucionales europeas.

3.3.4. Problemas actuales del control de constitucionalidad en Francia

La evolución del control de la constitucionalidad es incompleta y el sistema imperfecto. Entre las deficiencias en el sistema de control de la constitucionalidad francés, sobresale que los ciudadanos no tienen posibilidad de cuestionar la conformidad de las leyes a la Constitución, ni por vía de acción ante el Consejo, ni por vía de excepción ante los tribunales administrativos o civiles.

No cabe duda que muchas leyes, aun cuando no se conformen con la Constitución, no son controladas por el Consejo Constitucional, pues este control no es sistemático³²⁸ depende de la voluntad discrecional de las autoridades

³²⁶ *Ibidem.*, p.30.

³²⁷ Por ejemplo, si una disposición es inconstitucional e inseparable del conjunto de la propia ley – total-, si es separable se promulga la ley y se excluye la disposición inconstitucional -parcial-.

³²⁸ Sólo es sistemático el control de la constitucionalidad de las leyes orgánicas, es decir, las leyes expresamente previstas por una disposición de la Constitución para completar o precisarla y los reglamentos de más asambleas parlamentarias que definen las reglas de su funcionamiento.

facultadas para deferirlas. Provocar el control del Consejo Constitucional es una facultad, no es una obligación. Por ejemplo, cuando la mayoría y minoría parlamentaria o presidencial se ponen de acuerdo en que una ley contraria a la Constitución entre en vigor sin ser controlada. O bien, puede tratarse de ciertas leyes votadas por la unanimidad de los parlamentarios, en aquel caso, los diputados, senadores, presidentes de ambas Cámaras no tienen por qué someter la ley al Consejo Constitucional, ni el gobierno tampoco, que muchas veces es el autor del proyecto respectivo. Lo mismo puede ocurrir a propósito de leyes votadas por la mayoría parlamentaria, pero que la oposición prefiere no deferir al Consejo Constitucional por razones políticas.

Además, hay un inconveniente contundente del control *a priori* dado que la ley puede “revelarse inconstitucional” al aplicarse, pues no se podía apreciar concretamente el impacto de la ley, y las consecuencias que potencialmente tiene sobre los derechos y libertades de las personas. También puede pasar que una ley puede ser después inconstitucional a consecuencia de un cambio de las bases constitucionales en que se funda. Esto puede ocurrir cuando se realice una reforma constitucional que coloque la ley anterior en contradicción con las nuevas normas fundamentales. Aquí se hace también imposible toda forma de control posterior de la ley una vez promulgada.

El control del Consejo Constitucional también es breve porque el plazo otorgado para dictar su sentencia sólo es de un mes, incluso puede ser reducido a ocho días a petición del gobierno en caso de urgencia.³²⁹ Es difícil que en tan poco tiempo, el Consejo Constitucional ejerza un control completo que le permita analizar detalladamente todas las disposiciones de la ley deferida, sin que exista

³²⁹ Constitución del 4 de octubre de 1958, artículo 61: “El Consejo Constitucional debe dictar su decisión dentro del plazo de un mes. Sin embargo, a petición del gobierno, en caso de urgencia, este plazo es de ocho días”.

un riesgo de dejar pasar una disposición inconstitucional. Eso sobre todo, cuando la ley contiene disposiciones de carácter técnico y no solamente jurídico.³³⁰

Para concluir se puede decir que Francia, la patria de los derechos del hombre³³¹, tiene un sistema jurídico que, todavía no le permite asegurar el principio de superioridad de la Constitución en el ordenamiento jurídico interno, por falta de un mecanismo de control eficaz de la constitucionalidad de las leyes.

3.4. Control de la constitucionalidad en el Reino de España

3.4.1. Antecedentes

Concluido el régimen del general Franco, las Cortes españolas aprobaron el 31 de octubre de 1978 una nueva Constitución, siendo ratificada por el pueblo español a través de un *referéndum* ese mismo año. Dicha norma suprema fue instaurada por la necesidad de implantar un régimen democrático que sustituyese al de la dictadura. Antonio Cano Mata, en esta tendencia opina:

“No es necesario profundizar mucho en nuestra historia constitucional, para llegar a la conclusión de que ésta no ha sido - al menos hasta hoy- evolutiva. En nuestro pasado, una nueva Constitución no supuso el perfeccionamiento o adecuación de lo anterior, sino la derogación de sus principios y el establecimiento de otros distintos, al socaire –todo ello- de continuos levantamientos que jalonan nuestra azarosa vida decimonónica.”³³²

³³⁰ Vid. LUCHAIRE, François, “Le contrôle de la loi promulguée sur renvoi des juridictions”, en *Revista de Derecho Público*, 1990, p. 1625.

³³¹ Vid. VEDEL, G., “La place de la déclaration de 1789 dans le bloc de constitutionnalité”, en *La déclaration des droits de l'homme et du citoyen*, PUF, 1989, p. 35.

³³² CANO MATA, Antonio, *El control de Garantías por el Tribunal Constitucional y otros estudios*, Madrid, Revista de Derecho Privado, 1985, p. 14. Citado por COVIÁN ANDRADE, Miguel, *El control de la constitucionalidad en el derecho comparado*, op. cit. p. 172.

Las razones que abogaron por la creación del Tribunal Constitucional fueron varias y convergentes, desde el feliz precedente del Tribunal de Garantías Constitucionales, que estableció la Constitución de 1931, hasta el influjo determinante de los modelos europeos de control concentrado de la constitucionalidad, incluyendo los remotos como Austria y Checoslovaquia en su versión *non nata*, y, sobre todos los ulteriores a la segunda posguerra mundial: Italia y Alemania principalmente.³³³

Por ejemplo, para determinar la composición del Tribunal Constitucional se tomó de referente el artículo 135 de la Constitución Italiana de 1947, aunque el número de miembros varié y tampoco sea igual el peso de los diversos órganos con facultad de proponer a estos integrantes. Otras referencias fueron los artículos 94 de la Ley Federal de Bonn y 56 de la Constitución Francesa de 1958.

3.4.2. La Constitución Española de 1978

La actual Constitución española de 1978, ha sido redactada conforme al sistema austriaco, con la influencia de los ordenamientos precisados anteriormente, sin embargo, es la estructura alemana la que ejerce más influencia en el sistema español. Pero el ordenamiento español se aparta en un punto y es que la Constitución española es:

"explícita en reconocer a la Constitución un valor normativo y vinculante directo que, sin mengua del monopolio de la declaración de inconstitucionalidad de las leyes atribuido al Tribunal Constitucional (artículo 161, 1,a, y 163) afecta a todos los poderes públicos y a todos los ciudadanos y que por tanto, necesariamente

³³³ ALZAGA VILLAAMIL, Oscar, "La composición del Tribunal Constitucional Español", en *Tribunales y Justicia Constitucional. Memoria del VII Congreso Iberoamericano de Derecho Constitucional*, Vega Gómez Juan y Edgar Corzo Sosa (coord), México, Serie Doctrina Jurídica, UNAM, Instituto de Investigaciones Jurídicas, 2002, número 108, p. 3.

aplicable, en mayor o menor medida, pero efectivamente por todos los jueces y tribunales".³³⁴

En efecto, el artículo 9.1. constitucional recoge una norma de autorreferencia: la Constitución se refiere a sí misma para proclamar su fuerza vinculante sobre todos, ciudadanos y poderes públicos. Despliega sus efectos frente a todos y no sólo frente al legislador, erigiéndose en auténtica e indiscutible norma jurídica, en norma jurídica suprema por añadidura. Consecuentemente, la Ley Orgánica del Poder Judicial dispone:

"5.1. La Constitución es la norma suprema del ordenamiento jurídico y vincula a todos los jueces y tribunales, quienes aplicarán las leyes y los reglamentos según los preceptos constitucionales, conforme a las interpretaciones de los mismos que resulte de las resoluciones dictadas por el Tribunal Constitucional en todo tipo de procesos."

La Carta Constitucional define a España como un Estado social y democrático de derecho, basado en el principio de soberanía popular. Los principios y valores constitucionales que actúan de límite al poder pueden concretarse en los artículos 1.1. y 10.1. de la Constitución Española. Estos preceptos representan una síntesis de esos grandes principios que caracterizan el Estado Democrático de Derecho.³³⁵ Como lo ha indicado Manuel Aragón, esos principios del artículo 10.1 de la Constitución Española actúan como "garantía de indisponibilidad frente a los poderes constituidos" ya que son el fundamento mismo de la organización política de la sociedad.³³⁶

³³⁴ GARCÍA DE ENTERRÍA, Eduardo, *La Constitución como norma y el Tribunal Constitucional*, op.cit. p.61.

³³⁵ Cfr. PÉREZ TREMP, Pablo, *Constitución Española y Comunidad Europea*, Madrid, Cuadernos de Estudios Europeos, Fundación Universidad Empresa, Civitas, 1994, p. 125.

³³⁶ ARAGÓN REYES, Manuel, *Constitución y democracia*, Madrid, Tecnos, 1989, p. 35.

3.4.3. Organización y competencia del Tribunal Constitucional

El Tribunal Constitucional Español empezó a actuar al 15 de julio de 1980, establecido por el Título IX de la Constitución española de 1978, este Tribunal es el intérprete supremo de la Constitución. Único en su orden y con jurisdicción en todo el territorio nacional, ejerce las competencias definidas en el artículo 161 constitucional.

El pueblo español, sin que mediara un auténtico debate al respecto se decantó, por un modelo de control de la constitucionalidad de jurisdicción concentrada, es decir, en que las funciones propias del control de la constitucionalidad residen en un único órgano, el Tribunal Constitucional, concebido con la misión exclusiva de desempeñar esta función, aunque no exclusiva, del conocimiento de determinados procesos constitucionales y no por ejercer el monopolio de aplicación de la Constitución, lo que no deja de ser característico del denominado “modelo europeo” de un Tribunal Constitucional.

La naturaleza del Tribunal Constitucional actual es la de un órgano eminentemente jurisdiccional que resuelve a partir del derecho constitucional vigente supuestas contravenciones de la Constitución, que le son suscitadas por quienes están legitimados para ello y le son formulados en forma técnica-jurídica. El propio Tribunal Constitucional ha hecho suya esta índole jurisdiccional de su naturaleza y de su función, a partir de la Sentencia 5/1981.³³⁷

El Tribunal Constitucional es independiente de los demás órganos constitucionales y está sometido únicamente a la Constitución y a su Ley Orgánica 2/1979, de 3 de octubre. Es concebido como un órgano constitucional, con autonomía reglamentaria interna y autonomía presupuestaria relativa, y es caracterizado por Gregorio Peces-Barba:

³³⁷ ALZAGA VILLAAMIL Oscar, La composición del Tribunal Constitucional Español”, *op. cit.*, p. 2.

“[...]...como órgano de naturaleza judicial, con jurisdicción concentrada y no situado en sentido estricto en el poder judicial desde la perspectiva orgánica, aunque es poder judicial en sentido amplio puesto que su función es judicial.”³³⁸

Se compone de doce magistrados y no existen suplentes, su mandato es de nueve años que se renuevan por tercios cada tres años. No son inmediatamente reelegibles, salvo que hayan permanecido en su cargo menos de tres años. Son designados de la siguiente forma: cuatro por el Congreso de los Diputados; cuatro por el Senado; dos por el Gobierno; dos por el Consejo General del Poder Judicial. La designación por las Cámaras se hace por mayoría. El nombramiento formal lo realiza el jefe del Estado.

Los designados a iniciativa parlamentaria proceden de acuerdo entre los principales partidos políticos, a veces como consecuencia de consenso y, más generalmente, como consecuencia de un reparto de puestos a proponer. Los integrantes deben ser juristas de reconocida competencia con más de quince años de antigüedad: magistrados, fiscales, profesores de universidad, miembros de los altos cuerpos de funcionarios, Abogados, etc. Al tener la calidad de magistrados, son independientes e inamovibles, además poseen un fuero especial: sólo pueden ser juzgados por la Sala de lo Penal del Tribunal Supremo.

Su organización interna se divide en pleno, salas y secciones.³³⁹En este tenor, cabe indicar que el Tribunal Constitucional en Pleno elige de entre sus miembros, en votación secreta, a su Presidente y propone al Rey su nombramiento por tres años, pudiendo ser reelegido por una sola vez. Igual procedimiento se sigue para el nombramiento del Vicepresidente. El Tribunal

³³⁸ PECES-BARBA, Gregorio, “El Tribunal Constitucional” en *El Tribunal Constitucional*, Madrid, Dirección General de los Contencioso, Instituto de Estudios Fiscales, 1981, Vol. III, p. 2045.

³³⁹ Vid. PÉREZ TREMPES, Pablo, “Justicia Constitucional en Iberoamérica”, Página de Internet: URL: <http://www.uc3m.es/uc3m/inst/MPG/JCI/00-portada.htm>. p. 2.

Constitucional está asistido, además, por Letrados de carrera y de adscripción temporal, cuya misión fundamental es la de estudio, informe y asesoramiento en las materias de las que conoce el Tribunal.

Los jueces y tribunales ordinarios pueden controlar la constitucionalidad de cualquier disposición de rango inferior a la ley, respecto de las normas con rango de ley, pueden plantear sus dudas de constitucionalidad al Tribunal Constitucional.

Vale la pena señalar, que este órgano constitucional carece de acción propia, es decir que para actuar necesita el impulso, sea por vía de acción o de excepción. Sus competencias principales son:

1. Recurso de inconstitucionalidad: control directo y abstracto de constitucionalidad de normas con fuerza de ley, con legitimación limitada.
2. Cuestión de inconstitucionalidad: control de la constitucionalidad de normas con fuerza de ley a instancia de cualquier órgano judicial que dude de la constitucionalidad de una norma con fuerza de ley que deba aplicar a un asunto concreto.
3. Control previo de tratados internacionales: Control directo y abstracto de constitucionalidad de los Tratados Internacionales antes de que el Estado preste su consentimiento. La legitimación está muy limitada.
4. Conflictos de competencia: resolución de controversias sobre el reparto de competencias entre Estado y Comunidades Autónomas, o de éstas entre sí. Caben también conflictos negativos a instancias de terceros.
5. Conflictos de atribuciones entre órganos constitucionales del Estado: resolución de controversias sobre el reparto de competencias entre los

órganos constitucionales del Estado: Congreso de los Diputados, Senado, gobierno y Consejo General del Poder Judicial.

6. Conflictos en defensa de la autonomía local: resolución de controversias relativas a la invasión de autonomía de los entes locales por normas con fuerza de ley del Estado o de las Comunidades Autónomas.
7. Impugnaciones de disposiciones sin fuerza de ley y resoluciones de las Comunidades Autónomas: resolución de estas impugnaciones por el gobierno, basadas en violaciones de la Constitución de naturaleza no competencial.
8. Recurso de amparo: protección de los derechos fundamentales consagrados en los artículos 14 a 19 y 30.2 de la Constitución. La legitimación la ostenta cualquier persona que invoque interés legítimo.

De entre estos medios, destacan algunos que a continuación analizaremos.

El recurso de inconstitucionalidad o directo contra leyes se emplea para impugnar, la inconstitucionalidad de las leyes y actos con fuerza de ley, teniendo como objetivo genérico la preservación de los principios de supremacía y rigidez constitucionales en sus aspectos formales y materiales. Para interponer este recurso sólo están legitimados el gobierno, cincuenta diputados, cincuenta senadores, el defensor del pueblo y los gobiernos y asambleas legislativas autonómicas. Se trata de un control abstracto, planteado antes que la norma entre en vigor, es decir, puede promoverse a partir de la publicación de las disposiciones estimadas inconstitucionales.³⁴⁰ Sin embargo, las resoluciones en este tipo de procesos no excluye el futuro planteamiento de cuestiones de inconstitucionalidad contra las mismas leyes.

³⁴⁰ Dentro de los tres meses posteriores a la publicación de la disposición impugnada.

El Tribunal Constitucional español, ha subrayado que:

“La facultad de promover el recurso de inconstitucionalidad no la otorga la Constitución en atención a un interés propio de quienes la reciben, sino en virtud de la alta cualificación política que resulta de su cometido constitucional. No se defiende mediante este recurso ningún interés o derecho propio sino el interés general y la supremacía de la Constitución, de manera que el *ius agendi* en que tal facultad consiste, sin conexión alguna con los derechos de que es titular la persona que lo ejerce, forma parte de las competencias que corresponden al órgano que ocupa, o del haz de facultades propias de la representación política que se ostenta. No es la persona física concreta la que, por sí sola o en unión de otras, puede impugnar la constitucionalidad de las leyes, sino el órgano de que la misma es titular o la condición de representante del pueblo de que ésta investida.”³⁴¹

La cuestión de inconstitucionalidad, por su parte, no tiene plazo de presentación, es decir, durante toda la vigencia de la ley un órgano judicial puede cuestionar ante el Tribunal Constitucional la constitucionalidad de dicha ley. La cuestión emana de un proceso concreto donde la ley cuestionada es susceptible de aplicarse para resolver el caso. Los jueces deben plantear la cuestión cuando consideren que la norma con rango de ley aplicable al caso y de cuya validez dependa el fallo, pueda ser contraria a la Constitución. La norma con valor de ley es relevante y de su validez depende el fallo del tribunal *a quo*. El órgano judicial cuestionante, debe elevar el auto de cuestionamiento durante el plazo para dictar sentencia, suspendiéndose desde ese momento el proceso hasta que el Tribunal Constitucional se pronuncie.

³⁴¹ Sentencia del Tribunal Constitucional español 42/1985, de 15 de marzo.

La cuestión de inconstitucionalidad es prejudicial devolutiva: el Tribunal Constitucional se pronuncia sobre la supuesta legitimidad de una norma cuestionada, tras lo cual comunica al juez *a quo* su decisión, para que este dicte la oportuna sentencia poniendo fin al proceso donde la duda sobre la legitimidad de la norma se suscitó.

A la sentencia recaída, donde declare la inconstitucionalidad del precepto recaído tiene valor de cosa juzgada y efectos *erga omnes*, obligatorios para todos los poderes públicos. La que en cambio desestime el recurso, impide cualquier planteamiento ulterior, en la misma vía, fundado en precepto constitucional idéntico. Ese fallo surte sus efectos desde la fecha de publicación en el Boletín Oficial del Estado.

Únicamente el juez ostenta la legitimación para plantear la cuestión, a pesar de que el artículo 35.1 de la Ley Orgánica del Tribunal Constitucional establece que procede plantear la cuestión cuando un juez “de oficio o a instancia de parte, considere que una norma con rango de ley aplicable al caso y de cuya validez dependa el fallo pueda ser contraria a la Constitución”. De la interpretación sistemática del ordenamiento constitucional y el sentido que les ha atribuido el Tribunal Constitucional reducen la posición de las partes en el proceso *a quo* a meras opiniones que el juez conocerá dentro del trámite contradictorio previo a su decisión sobre el planteamiento. El juez es, por tanto, soberano para plantear o no la cuestión y esto se prueba porque el auto mediante el cual el juez decide sobre su planteamiento no es susceptible de recurso de ninguna clase.

El planteamiento de cuestiones de inconstitucionalidad permite la progresiva depuración del ordenamiento jurídico y su adaptación evolutiva. Asimismo, abre la vía de colaboración entre el Tribunal Constitucional y los tribunales ordinarios, puesto que éstos, aunque no pueden resolver los problemas de constitucionalidad que se suscitan en los procesos que resuelven,

si pueden diferir al Tribunal de control la resolución de tales problemas. Hasta la fecha, este medio en cuestión no ha sido tan utilizado como otros, probablemente porque los jueces españoles no albergan, por lo general, dudas sobre la constitucionalidad de las leyes que aplican.

De lo citado, se desprende que este país incorpora a su sistema de control la vía de "acción", característica del modelo centralizado, y la de "excepción", más afín al sistema norteamericano, con el recurso y la cuestión de inconstitucionalidad, respectivamente, siguiendo con ello la tendencia de algunos tribunales europeos como el italiano.

Otro medio de control previsto en el artículo 161.1 de la Constitución Española son los llamados Conflictos de competencia, los cuales permiten al Tribunal Constitucional ventilar las disputas competenciales entre las Comunidades Autónomas o entre éstas y el Estado. Del numeral 59 de la Ley Orgánica del Tribunal Constitucional se colige que existen dos posibles conflictos de competencias: los conflictos entre órganos constituidos del Estado y los conflictos entre el Estado y las Comunidades Autónomas o éstas entre sí.

Los primeros se presentan cuando uno de esos órganos constituidos del Estado considera que otro órgano del mismo nivel adopta una decisión fundada en atribuciones que son propias y exclusivas del primero. Si esto sucede, el órgano cuya competencia es vulnerada le solicita al órgano invasor que se mantenga dentro de su esfera competencial y se abstenga de llevar a cabo el acto en cuestión. En caso de que el órgano reconvenido sostenga que actúa dentro de su ámbito competencial y persista en realizar el acto en cuestión, habrá surgido un conflicto que deberá resolver el Tribunal Constitucional.

Los segundos, tienen como fundamento el artículo 161.2 de la Constitución que señala que el gobierno podrá impugnar ante el Tribunal Constitucional, las disposiciones y resoluciones adoptadas por los órganos de las Comunidades

Autónomas. A su vez la Ley Orgánica del Tribunal distingue, en sus artículos 62 y 68, entre los conflictos positivos y los negativos.

Los positivos se producen cuando el Estado considera invadida su competencia por una disposición o acto de autoridad de una Comunidad, o bien cuando esta considera que ocurre lo mismo, sea porque el Estado o bien otra Comunidad vulneran al actuar, su autonomía. Para ello, el órgano ejecutivo del Estado o Comunidad Autónoma recurrirá al órgano invasor para que no insista en la realización del acto viciado de incompetencia, dentro de los dos meses siguientes a su publicación. En el lapso de un mes el órgano recurrido deberá aceptar el requerimiento o desestimarlos, en este último supuesto, quedará fijada la controversia y el órgano demandante planteará el conflicto ante el Tribunal Constitucional.

Por otra parte, los conflictos negativos a diferencia de los positivos derivados de dos pretensiones de actuar simultáneamente en torno a un mismo asunto, se producen cuando un órgano del Estado o de una Comunidad se abstienen de actuar por considerarse incompetentes para hacerlo. En estos casos, además del Estado y las Comunidades, están legitimados para recurrir al Tribunal, las personas jurídicas interesadas que habiendo solicitado la acción del órgano comunitario o estatal, no recibieron una respuesta favorable a su petición.

Cuando la defensa de las competencias controvertidas se invocara una ley que la atribuyera, la tramitación del conflicto se asimila a la de un proceso abstracto de control de la constitucionalidad. En este caso se verifica la conformidad de una ley con los preceptos de la Constitución y el resto de las demás normas del bloque de constitucionalidad distribuidoras de competencias.

Cuando la controversia competencial no se desvía hacia una norma con rango de ley, se tramita como conflicto positivo o negativo de competencias. Pero

la controversia competencial cuyo objeto sea una norma sin valor de ley o un acto o disposición cualquiera, también puede considerarse ante los tribunales contencioso-administrativos que la resolverán aplicando, también ellos como el Tribunal Constitucional, las normas del bloque de constitucionalidad (Constitución, Estatutos de Autonomía y leyes distribuidoras de competencias).

Puede afirmarse entonces que la resolución de los conflictos es una competencia yuxtapuesta entre jurisdicción constitucional y jurisdicción ordinaria y aunque tenga una indudable sustancia constitucional puede encomendarse a tribunales ordinarios. Para evitar inconvenientes, el artículo 61.2 de la Ley Orgánica del Tribunal Constitucional establece que:

“[...]...Cuando se plantease un conflicto... [...] con motivo de una disposición, resolución o acto cuya impugnación estuviere pendiente ante cualquier tribunal, éste suspenderá el curso del proceso hasta la decisión del conflicto constitucional.”

Esta natural cautela trata de evitar que las decisiones de los tribunales ordinarios sean disonantes con el pronunciamiento del Tribunal Constitucional, porque la alternatividad de vías –conflicto constitucional o vía contencioso-administrativa- no puede acarrear soluciones antitéticas cuando el Tribunal Constitucional se pronuncia vinculando con su pronunciamiento las decisiones futuras de los tribunales ordinarios.

Respecto al amparo constitucional la Constitución española declara en su artículo 53.2 que: "cualquier ciudadano podrá recabar la tutela de las libertades y derechos reconocidos en el artículo 14 y la Sección Primera del Capítulo Segundo ante los Tribunales ordinarios, por un procedimiento basado en los principios de preferencia y sumariedad y, en su caso, a través del recurso de amparo ante el Tribunal Constitucional. Este último recurso será aplicable a la objeción de conciencia reconocida en el artículo 30".

En principio únicamente cabe interponer el recurso de amparo frente a vulneraciones de los derechos y libertades fundamentales reconocidos en los artículos 14 al 29 de la Constitución Española, más el derecho a la objeción de conciencia al servicio militar obligatorio, que se contiene en el artículo 30 constitucional. Este recurso no es, por tanto, un medio impugnatorio en defensa de cuestiones de simple legalidad.

De lo transcrito queda claro que el Tribunal Constitucional no sólo enjuicia normas sino también hechos, al haber recibido la competencia de amparar los derechos fundamentales. De esta manera, la garantía de las libertades y derechos fundamentales de las personas está encomendada, en primer lugar, a los Jueces y Tribunales integrados en el Poder Judicial, a través de las vías y remedios que ofrecen las leyes procesales. Subsidiariamente, la Constitución ha establecido un sistema específico y último de tutela de varios de tales derechos, mediante el recurso de amparo constitucional, que ha residenciado en el Tribunal Constitucional. De esta manera, el Tribunal se configura como órgano jurisdiccional superior en materia de garantías constitucionales y, por ende, último garante de los derechos y libertades fundamentales reconocidas en la Constitución.

La legitimación para interponer el recurso de amparo se extiende a los titulares de los derechos susceptibles de ser protegidos en esta vía. Todos los derechos reconocidos están tutelados por el amparo constitucional (artículo 53.2 constitucional). Son los titulares de estos derechos quienes pueden, junto con el Defensor del pueblo y el Ministerio Fiscal, interponer el recurso de amparo (artículo 46.1 de la Ley Orgánica del Tribunal Constitucional).

Las vulneraciones alegadas han de tener su origen en disposiciones, actos jurídicos o simple vía de hecho de los poderes públicos del Estado, de las Comunidades Autónomas y demás entes públicos, así como de sus funcionarios y agentes. Pueden impugnarse tanto actuaciones administrativas (artículo 43 de la

Ley Orgánica del Tribunal Constitucional) como judiciales (artículo 44 de la Ley Orgánica citada), así como aquellos actos parlamentarios que no tengan "valor de ley" (artículo 42 de la Ley Orgánica en alusión).³⁴² El recurso de amparo protege sólo frente a lesiones provenientes de los poderes públicos y no frente a los procedentes de particulares. Además, la interposición del recurso de amparo constitucional ha de ir precedida del agotamiento de los recursos pertinentes ante la jurisdicción ordinaria.

Es entonces, que en la experiencia el Tribunal Constitucional ha empleado los recursos de amparo para verificar si hubo o no lesión de un derecho fundamental y para sentar una interpretación de los preceptos constitucionales y de las leyes reguladoras de los derechos. No se ha pretendido, aunque en ocasiones haya sucedido, convertir al Tribunal Constitucional en una última instancia judicial en cualesquiera órdenes. Es frecuente que en este país las sentencias de amparo reiteren que la tutela de los derechos individuales es obligación de los tribunales ordinarios correspondiendo al Tribunal Constitucional su protección cuando aquella ha sido insatisfactoria.

Ahora bien, en torno al control previo sobre la constitucionalidad de los tratados internacionales, el gobierno o cualquiera de ambas Cámaras podrán requerir al órgano de control para que se pronuncie sobre la conformidad de un tratado con la Constitución, antes de que aquél haya sido ratificado por el Estado español. En el plazo de dos meses el Tribunal deberá emitir resolución.

³⁴² De esta forma, el amparo procede: a) Contra actos u omisiones del Estado o Comunidades Autónomas, b) Contra actos del Poder Ejecutivo del Estado o Comunidades Autónomas, debiendo agotar la vía judicial precedente, c) Contra resoluciones del Poder Judicial, debiendo agotarse todos los recursos utilizables en la vía judicial. Que la violación sea imputable directamente, por acción u omisión del órgano judicial, con independencia de los hechos que dieron lugar al proceso donde la conculcación se produjo. Además, que se hubiese invocado formalmente en el proceso el derecho constitucional violado, y por último, que el recurso se interponga dentro de los 20 días siguientes a la notificación de la resolución del proceso, d) Contra actos del poder Legislativo, que no tengan valor de ley emanados de las Cortes de alguna de las Asambleas, de los cuerpos legislativos, de las Comunidades Autónomas o de alguno de sus órganos, violatorios de derechos y libertades susceptibles de amparo, el amparo debe presentarse dentro del plazo de tres meses a partir del momento en el que el acto es firme. *Vid.* COVIÁN ANDRADE, Miguel, *El control de la constitucionalidad en el derecho comparado*, *op. cit.* pp. 187 y 188.

Las sentencias del Tribunal Constitucional se notifican a las partes del procedimiento y se publican en el Boletín Oficial del Estado, dentro de los treinta días siguientes a la fecha del fallo. Contra dichas sentencias no cabe recurso alguno.

El Tribunal Constitucional en este país es un ejemplo de cómo se puede apoyar en las experiencias de otros países, tales como Austria, Italia, México o Alemania, para desarrollar un modelo propio, que se ha caracterizado como el más avanzado del mundo.

3.4.4. Problemas actuales del control de constitucionalidad en España

Este país ibérico, no ha estado exento de las vicisitudes que ha traído consigo la implantación de un Tribunal Constitucional en cualquier otra parte del mundo. Muchas han sido las críticas al actual sistema de control que impera en esa nación, sin embargo, el tratamiento por parte de la doctrina constitucional y la estructura dinámica y efectiva de control por parte de Tribunal, han dejado al margen muchos de los ataques que al principio se profirieron.

3.4.4.1. Conflictos entre el Tribunal Constitucional español y la jurisdicción ordinaria

La comprensión del ordenamiento jurídico como un todo impone al Tribunal Constitucional la tarea de interpretar y aplicar la ley, y lo convierte en intérprete supremo no sólo de la Constitución, sino de todo el ordenamiento jurídico. La unidad de éste, exige que un intérprete predetermine, vinculando el resto de los intérpretes, la acción de hermenéutica de éstos.³⁴³ Sin embargo, la relación entre Tribunal Constitucional y Tribunales ordinarios no está articulada perfectamente.

³⁴³ Máxime, conviene indicar, como ha juzgado con acierto el Tribunal Constitucional español, a falta de regla constitucional expresa, el legislador no puede dictar válidamente normas que impongan a todos el sentido que haya que dar a preceptos constitucionales, porque ello importaría, en definitiva, que un poder constituido se erija en Poder Constituyente. *Cfr.* Sentencia 76/83, Considerando 6º. *Cfr.*

Dentro los problemas más frecuentes con la jurisdicción ordinaria destaca el de la tutela judicial efectiva, así el artículo 24 de la Constitución Española indica: "Todas las personas tienen derecho a obtener la tutela judicial efectiva de los jueces y tribunales en el ejercicio de sus derechos e intereses legítimos sin que en ningún caso, pueda producirse indefensión". Lógicamente, esto genera uno de los principales puntos de conflicto entre ambas jurisdicciones, ya que a través de ese instrumento, las sentencias del Tribunal Supremo son recurridas, sistemáticamente ante el Tribunal Constitucional.

En relación a la cuestión de inconstitucionalidad, existen algunas deficiencias que ha resaltado la doctrina. Se critica que contra el auto del juez *a quo* que decide sobre el planteamiento, no quepa recurso alguno ni ante al Tribunal Constitucional ni ante el órgano judicial ordinario alguno.

También se critica la imposibilidad para las partes, en proceso *a quo*, de apersonarse en el proceso, pues el procedimiento ante el Tribunal Constitucional se asimila, por completo, a un control abstracto. El problema surge en el caso de las leyes singulares donde el receptor de la ley no puede dejarse oír ante el Tribunal Constitucional, estando interesado directamente en el resultado del proceso de control de constitucionalidad. Esta falta de personalidad hizo que el Tribunal Europeo de Derechos Humanos condenara al Estado español precisamente porque afectado directamente por una ley singular de expropiación (una ley para expropiar los bienes de una sola persona) no pudo participar en el proceso que sustanció el Tribunal Constitucional para resolver unas cuestiones de inconstitucionalidad suscitadas contra aquella ley. El Tribunal Europeo de Derechos Humanos entendió que la ausencia del afectado por esa ley en el proceso ante el Tribunal Constitucional constituía una vulneración de su derecho al debido proceso.

MUÑOZ MACHADO, Santiago, "La interpretación de la Constitución, la armonización legislativa y otras cuestiones", en *Revista Española de Derecho Constitucional*, Madrid, 1983, número 9, pp. 132-143.

Asimismo, la inexistencia en el sistema español de un recurso ante el Tribunal Constitucional para controlar la jurisprudencia de los tribunales ordinarios deja impunes todas las desviaciones judiciales. Ante esta ausencia de medio de control de la constitucionalidad, cabe a cambio recurso de casación ante el Tribunal Supremo, fundado en la infracción de un precepto constitucional, con base en el artículo 5.4 de la Ley Orgánica del Poder Judicial. El Tribunal Supremo puede, por esta vía, asegurar esa acomodación a la jurisprudencia de los Tribunales o a la emitida por el Tribunal Constitucional. Esta función del Tribunal Supremo es, no obstante, substituta, pues hace lo que en realidad debería de hacer por sí mismo el Tribunal Constitucional, pues es él quien emite la jurisprudencia a la que todos los tribunales ordinarios, entre ellos el Tribunal Supremo, deben ajustarse.

Por todo lo supracitado, en España aún existe el inconveniente de los sistemas de control centralizado. De la separación entre jurisdicción constitucional y jurisdicción ordinaria que no favorece la articulación entre ellas y no establece mecanismos para asegurar la efectiva vinculación de los jueces ordinarios a la interpretación que tanto de la Constitución como de la ley haga el Tribunal Constitucional.

“El derecho encarna la historia del desarrollo de una nación a lo largo de muchos siglos, y no puede tratarse como si contuviese sólo los axiomas y corolarios de un libro de matemáticas. Para saber lo que es, tenemos que saber lo que ha sido y lo que tiende a ser.”³⁴⁴

Oliver Wendell Holmes

CAPÍTULO IV

4. EL CONTROL DE LA CONSTITUCIONALIDAD EN AMÉRICA LATINA³⁴⁵

Los sistemas latinoamericanos de control de constitucionalidad adquieren en el curso del siglo XX, modalidades que combinan los modelos de control por tribunales ordinarios con control difuso bajo la inspiración del modelo norteamericano, sistemas de control por tribunales constitucionales siguiendo el modelo europeo, o finalmente, combinando los dos sistemas descritos, generando así modalidades distintas del modelo puro norteamericano o europeo.³⁴⁶

En efecto, resulta significativo que la mayor parte de las abundantes reformas constitucionales totales o parciales llevadas a cabo en las décadas de los años 80 y 90 en América Latina hayan incorporado o reforzado instituciones del control en estudio.

³⁴⁴ Citado por FRIEDRICH, Carl J, *Constitutional Government and Democracy*, op. cit. Cap. XII.

³⁴⁵ Cabe señalar que la creciente inserción en América del Sur de tribunales constitucionales que se relacionan con la judicatura ordinaria, no ha estado exenta de tensiones y roces mientras se realizan los ajustes técnico-jurídicos correspondientes y se genera una adecuación a las nuevas funciones de ambos tipos de órganos jurisdiccionales. Vid. ALCALÁ NOGUEIRA, Humberto, “La defensa de la Constitución, los modelos de control de constitucionalidad y las relaciones y tensiones de la judicatura ordinaria y los tribunales constitucionales en América del Sur”, en *Conflictos Institucionales. Alteraciones en el equilibrio entre órganos estatales*, Contribuciones, op. cit. p. 153.

³⁴⁶ GARCÍA BELAUNDE, Domingo, “La acción de inconstitucionalidad en el derecho comparado”, en *Lecturas Constitucionales Andinas*, Lima, Comisión Andina de Juristas, 1991, número 1, pp. 183 y ss.

4.1. El control de la constitucionalidad en la República de Perú

En el Perú coexiste el modelo concentrado de control de la constitucionalidad a través del Tribunal Constitucional y el difuso que permite, en cualquier proceso, disponer la no aplicación de una norma al caso concreto por considerarla inconstitucional. Coherente con ello la segunda parte del artículo 138° de la Constitución de 1993 dispone:

“En todo proceso, de existir incompatibilidad entre una norma constitucional y una norma legal, los jueces prefieren la primera. Igualmente, prefieren la norma legal sobre otra norma de rango inferior.”

Coexisten en el país dos sistemas de control de la constitucionalidad en un mismo entramado normativo que no se cruzan ni se oponen en lo esencial, aunque si en algunas cuestiones, cada uno se emplea de acuerdo a lo dispuesto por la Constitución y sus respectivas leyes orgánicas. Esa convivencia de los dos sistemas ha generado a la fecha la producción de algunos efectos negativos, producto de la atrofia constante del sistema de control difuso.³⁴⁷

El control judicial exige que practicado el control y dispuesta la inaplicación de la ley inconstitucional, en los procedimientos ordinarios, sea la Corte de Suprema de Justicia la que decida en definitiva sobre la validez o no del resultado del control efectuado por cualquier instancia judicial (revisión a modo de consulta). Se introduce así, en buena cuenta, un órgano “filtro” de control de la interpretación constitucional que pudieran realizar los jueces.

³⁴⁷ HARO, Juan Vicente, “La articulación del control difuso e el concentrado de la constitucionalidad en el sistema venezolano de justicia constitucional, Instrumentos de tutela constitucional”, en *Tribunales y Justicia Constitucional. Memoria del VII Congreso Iberoamericano de Derecho Constitucional*, op. cit. p. 214.

La introducción de tal peculiaridad ha sido justificada por la necesidad de uniformar la jurisprudencia y de dotar al ordenamiento jurídico de un mínimo de certeza en su comprensión. Estableciéndose algunos límites a los jueces en el ejercicio de tal atribución, a raíz de los problemas que normalmente se suscitan en aquellos sistemas que no cuentan con técnicas del precedente vinculante, y de los que el Perú, no ha estado exento.³⁴⁸

Lo mismo ha sucedido con el control concentrado de constitucionalidad de las leyes, donde el modelo originario se ha visto rebasado, ya sea por la práctica de los propios Tribunales Constitucionales, o por la configuración constitucional y legal que ha propósito de sus competencias se hayan previsto. Es decir, la configuración del modelo peruano de control de la constitucionalidad se ha visto fuertemente influenciado por el modelo concentrado de control de la constitucionalidad, del que se ha tomado gran parte de los propios términos de su configuración original.³⁴⁹ Por ello se ha subrayado que en este país sudamericano existe una regulación dispersa y diversa.

4.1.1. Antecedentes

Pese a la gran influencia política e intelectual que ejerció sobre el Perú el sistema constitucional de los Estados Unidos de Norteamérica, ninguna de las numerosas Constituciones del siglo pasado, recogieron la institución del control judicial de la constitucionalidad de las leyes o *judicial review*. Ni siquiera consignaron normas que consagraran expresamente la supremacía constitucional, con la sola excepción de la efímera Carta de 1856 cuyo artículo 10° establecía: “[...] es nula y sin efecto cualquier ley en cuanto se oponga a la Constitución”. Sin embargo,

³⁴⁸ EGUIGUREN PRAELI, Francisco, “Relaciones entre el Poder Judicial y el Tribunal Constitucional en el Perú: la evolución del modelo y los nuevos problemas”, en *Pensamiento Constitucional*, Lima, 1998, año 5, número 5, pp. 119 y ss.

³⁴⁹ Cfr. RUBIO LLORENTE, Francisco, “La jurisdicción constitucional como forma de creación del derecho” en *La forma de poder. Estudios sobre la Constitución*, op. cit., pp. 463-504.

ella tampoco contempló ningún mecanismo o procedimiento para declarar o conseguir tal nulidad.

En efecto, tiene razón Domingo García Belaunde cuando enfatiza:

“La existencia de un sistema de control jurisdiccional de la constitucionalidad resulta, más bien, un suceso relativamente reciente. Aunque la regulación legislativa del *habeas corpus* se remonta a 1897, su tratamiento normativo no alcanzó mayores ribetes constitucionales y su aplicación concreta siempre distó mucho de ser significativa o, menos aún, eficaz”.³⁵⁰

Los constituyentes peruanos optaron por reservar en exclusividad al propio Poder Legislativo no sólo lo referente a elaboración o derogación de las leyes, sino también la apreciación y control de su constitucionalidad. Prefirieron así un control político de la constitucionalidad, no admitieron la posibilidad de que el Poder Judicial, o algún otro órgano especial, ejercieran supervisión sobre la actuación parlamentaria en este campo, sin duda persuadidos de que ello implicaría atentar contra la autoridad del Parlamento como representante de la soberanía popular.

Con ocasión del anteproyecto de Constitución elaborado en 1931, por la comisión presidida por Manuel Vicente Villarán, se debatió el problema de las leyes inconstitucionales. En la correspondiente exposición de motivos del proyecto se precisó:

“[...] La dificultad que plantean las leyes inconstitucionales es que el poder a quien se dé facultad de declararlas nulas adquiere, por este atributo, superioridad jerárquica sobre el Congreso... La proposición de que toda ley opuesta a la Constitución es nula,

³⁵⁰Cfr. GARCÍA BELAUNDE, Domingo, *El Hábeas corpus en el Perú*, Lima, UNMSM, 1979, pp. 3 y ss.

ofrece el grave peligro, por su forma abstracta, de incitar a una forma anárquica del control sobre el legislador, que destruye el imperio de la ley. La solución que ha dado a este problema la práctica constitucional de los Estados Unidos, y que varios países han imitado, consiste en reservar al Poder Judicial la potestad de no aplicar las leyes inconstitucionales en los casos sometidos a su jurisdicción habitual. En esa forma limitada, nuestro proyecto incorpora el principio de la no aplicación de las leyes inconstitucionales”.³⁵¹

Siguiendo estos lineamientos, el artículo 142° del citado anteproyecto disponía:

“Los jueces y tribunales, al conocer de cualquiera clase de juicios, no aplicarán las leyes contrarias a la Constitución. Las sentencias de primera instancia que declaren que una ley se opone a la Constitución se elevarán en consulta a la Corte Superior, si no hubiere apelación, en la forma ordinaria...Las sentencias de segunda instancia dictadas en consulta o en apelación, que declaren que una ley se opone a la Constitución, se elevarán en consulta a la Corte Suprema, si no se interpusiera recurso de nulidad... [...]”³⁵²

Pero esta propuesta fue descartada por el Congreso Constituyente que aprobó la Constitución de 1933.³⁵³

³⁵¹ Cfr. VILLARÁN, Manuel Vicente, *Anteproyecto de Constitución de 1931*, Lima, 1962, pp. 77-78, Citado por BLUME FORTINI, Ernesto, “El Tribunal Constitucional Peruano como supremo intérprete de la Constitución”, en *Derecho PUC*, Lima, 1996, número 50, p.144.

³⁵² *Idem.*

³⁵³ Cabe agregar que no obstante el rechazo al sistema de revisión judicial de la constitucionalidad de las leyes en la Constitución de 1933, se incluyó en el artículo 133° de dicha Carta la acción popular de inconstitucionalidad, como remedio judicial para impugnar los reglamentos, decretos y resoluciones de carácter general dictados por el Poder Ejecutivo que contravengan la Constitución o la ley

El sistema de control judicial por inaplicación de las normas inconstitucionales llegó a plasmarse poco después en el ordenamiento peruano, al consignarse en el artículo XXII del Título Preliminar del Código Civil de 1936 una norma que señalaba: “Cuando hay incompatibilidad entre una disposición constitucional y una legal se prefiere a la primera”.³⁵⁴

Puede decirse que de poco sirvieron los artículos XXII del Título Preliminar del Código Civil de 1936³⁵⁵ y 133° de la Carta de 1933, para que se desarrollara en el país un efectivo control judicial de la constitucionalidad de las leyes y de la sujeción de las normas dictadas por el Poder Ejecutivo a la Constitución y al principio de legalidad. La pasividad, el formalismo y la sumisión frente al poder político, que caracterizaron mayormente a la actuación del Poder Judicial, lo impidieron en gran medida.³⁵⁶

Tiempo después, la Constitución de 1979, entro formalmente en vigencia el 28 de julio de 1980, al asumir sus funciones el gobierno electo democráticamente y cesar el régimen militar, efectuó una transformación sustancial al instituir un sistema de control de la constitucionalidad cuyos rasgos principales fueron:

- a) Se ampliaron y perfeccionaron las llamadas “Garantías Constitucionales” sumando al *hábeas corpus* la acción de amparo, para la defensa de los derechos constitucionales; y a la acción popular la acción de

³⁵⁴ Como anota Bustamante y Cisneros, el Código Civil de 1936 fue resultado de una evolución gestada a partir de una sentencia de la Corte Suprema del 26 de agosto de 1920, lo que finalmente permitió, a falta de una norma constitucional similar contar con una disposición legal que estableciera expresamente la revisión judicial de la constitucionalidad de las leyes.

Cfr. BUSTAMANTE Y CISNEROS, Ricardo, “Independencia y Reforma del Poder Judicial”, en *Revista del Foro*, Lima, enero-abril, 1959, pp. 23-30.

³⁵⁵ Entonces, en el Perú el modelo de control difuso de constitucionalidad de las leyes fue incorporado en el ámbito legal por vez primera en el Código Civil de 1936, y constitucionalizado cuatro décadas después, en la Carta de 1979, orientación que ha mantenido la Constitución de 1993 a través del artículo 138. DANÓS, Jorge y SOUZA, Martha, “El control jurisdiccional de la constitucionalidad de las normas jurídicas de carácter general”, en Eguiguren Praeli, Francisco, *La Constitución Política de 1979 y sus problemas de aplicación*, Lima, Cultural Cuzco, 1987, pp. 281 y ss.

³⁵⁶ EGUIGUREN PRAELI, Francisco J., “Poder Judicial y Tribunal Constitucional en el Perú”, en *Ius et Praxis Derecho de la Región*, op.cit., p. 64.

inconstitucionalidad, contra las leyes y normas de rango legal que vulneren la Constitución.

- b) Se estableció el Tribunal de Garantías Constitucionales, denominación tomada de la Segunda República española. El fallo de este Tribunal producía efectos *erga omnes*.³⁵⁷ Y se consagró que cualquier juez, en todo tipo de procesos, debía preferir la Constitución e inaplicar las normas contrarias a ésta (control difuso).

La Constitución de 1979 estableció un modelo de control que era ejercida simultáneamente por el poder Judicial en sus diversas instancias y por un Tribunal de Garantías Constitucionales.³⁵⁸ Puede afirmarse que aunque con la creación del Tribunal se pretendió obtener una mayor seguridad en el control de la constitucionalidad de las leyes y la vigencia de los derechos humanos, pensando que este órgano no repetiría la sumisión al poder político, lo cierto es que las reducidas competencias que finalmente se le confirieron, no sólo estuvieron muy lejos de las propuestas en el proyecto inicial, sino que evidentemente eran insuficientes para alcanzar los objetivos anunciados. Como atinadamente discurre Francisco Eguiguren Praeli:

“Una evaluación objetiva de la tarea desplegada por el Tribunal de Garantías Constitucionales arroja, sin duda, un balance más bien desfavorable. No es exagerado afirmar que muchas de las expectativas que se cifraron en la creación del Tribunal quedaron defraudadas y que los males que se quisieron corregir no fueron significativamente superados.”³⁵⁹

³⁵⁷ Cfr. QUIROGA LEÓN, Aníbal, “El Sistema de justicia constitucional en el Perú”, en *Lecturas sobre temas constitucionales*, Lima, Editorial Comisión Andina de juristas, 1988, número 2, p.105 y ss.

³⁵⁸ ABAD YUPANQUI, Samuel, “La jurisdicción Constitucional en el Perú; Antecedentes, balance y perspectivas”, en *Anuario de Derecho Constitucional Latinoamericano*; Lima, Fundación Konrad Adenauer, CIEDLA, 1996, p. 110.

³⁵⁹ EGUIGUREN PRAELI, Francisco J., “Poder Judicial y Tribunal Constitucional en el Perú”, en *Ius et Praxis Derecho de la Región*, op.cit., p. 70.

De esta forma, el Tribunal de Garantías Constitucionales funcionó a en el Perú desde noviembre de 1982 y concluyó sus días abruptamente el 5 de abril de 1992, al ser disuelto tras el autogolpe del Presidente Alberto Fujimori.

Ulteriormente, con la Constitución de 1993 se creó el Tribunal Constitucional como órgano independiente y autónomo, no obstante, durante el período entre mayo de 1997 y noviembre del 2000, la independencia del Tribunal Constitucional estuvo severamente cuestionada. Tres de sus miembros fueron destituidos arbitrariamente, en razón de un fallo en el que consideraban inconstitucional la ley que permitía la segunda reelección del entonces Presidente de la República, Alberto Fujimori. Ello dio lugar a un funcionamiento limitado del Tribunal Constitucional al quedar imposibilitado de resolver las demandas de inconstitucionalidad por falta de *quórum*, y a un déficit de independencia frente al gobierno al haber sido destituidos tres miembros que habían demostrado autonomía en el ejercicio de sus funciones.

Este ha sido el antecedente más negativo en la historia del Tribunal Constitucional Peruano, al grado que el Presidente del Tribunal Constitucional, doctor Javier Alva Orlandini, anunció durante su discurso en la ceremonia por el IV aniversario de este Órgano Constitucional, que ha sido expulsado de la historia del Perú, el lapso en que el Tribunal Constitucional operó con sólo cuatro magistrados, en los siguientes términos:

“Aunque el Tribunal Constitucional se instaló en junio de 1996, o sea hace 7 años y medio, hoy celebra su IV aniversario institucional, por cuanto ha expulsado de su historia el lapso en que operó con sólo 4 magistrados y no pudo ejercer su augusta función de ser supremo intérprete de la Constitución.”³⁶⁰

³⁶⁰ ALVA ORLANDINI, Javier, *Discurso en la ceremonia por el IV aniversario del Tribunal Constitucional Peruano*, 17 de diciembre de 2003, p. 1.

4.1.2. Constitución Política del Perú de 1993

El Tribunal Constitucional fue introducido por la Constitución de 1993 y empezó a funcionar el 24 de junio de 1996. La Carta de 1993 omitió precisar que el Tribunal Constitucional es el intérprete supremo de la Constitución, pero la Ley Orgánica del Tribunal Constitucional ha introducido puntuales dispositivos que permiten concluir que aunque no se diga en forma expresa, el Tribunal es un órgano constitucional autónomo e independiente, pues su criterio interpretativo se debe imponer sobre los jueces y tribunales.³⁶¹

La Constitución en cita, surgida del proceso constituyente promovido por el gobierno *de facto* ante las presiones nacionales e internacionales generadas tras el autogolpe de Estado, reguló en su Título V, denominado “De las Garantías Constitucionales”, lo referente al control de la constitucionalidad e introdujo diversas novedades importantes. Cabe señalar entre ellas:

- a) Se ampliaron las garantías constitucionales, sumándose el *hábeas corpus*, amparo, acción popular de inconstitucionalidad, las nuevas acciones de *hábeas data* y de cumplimiento.
- b) Se estableció la existencia de un Tribunal Constitucional, no obstante que las diversas propuestas oficiales sustentaban su desaparición y reemplazo por una Sala Constitucional de la Corte Suprema. El Tribunal Constitucional sigue siendo definido como “órgano de control de la Constitución” (artículo 201°).
- c) Las competencias del Tribunal Constitucional también fueron ampliadas, correspondiéndole:

³⁶¹ ABAD YUPANQUI, Samuel B., “Justicia Constitucional en Iberoamérica”, Página de Internet dirección URL: <http://www.uc3m.es/uc3m/inst/MPG/JCI/00-portada.htm>. p. 1.

1. Conocer, en instancia única, la acción de inconstitucionalidad, contra normas de rango legal: leyes, decretos legislativos, decretos de urgencia, tratados, reglamentos del Congreso, normas regionales de carácter general y ordenanzas municipales, cuando, en la forma o el fondo, vulneren la Constitución.
 2. Conocer, en última y definitiva instancia, las resoluciones judiciales denegatorias de las acciones del *habeas corpus*, amparo, *habeas data* y cumplimiento. Con ello el Tribunal Constitucional se convierte en instancia final del fallo en estos procesos y se suprime el inconveniente y dilatorio reenvío a la Suprema Corte anteriormente existente.
 3. Conocer los conflictos de competencia, o de atribuciones asignadas por la Constitución.
- d) La legitimación para interponer la acción de inconstitucionalidad se extiende a otras instituciones, autoridades y personas (artículo 203°).
- e) La sentencia del Tribunal Constitucional que declara la inconstitucionalidad de una ley se publica en el Diario Oficial, produciendo al día siguiente de su publicación, la derogación de la norma cuestionada. La declaración de inconstitucionalidad no tiene efecto retroactivo.
- f) La acción popular prosigue bajo la competencia exclusiva del Poder Judicial siendo procedente por infracción de la Constitución o de la ley, contra los reglamentos, normas administrativas y resoluciones, y decretos de carácter general; cualquiera que sea la autoridad que emanen.
- g) El Poder Judicial, a través de cualquier juez y en todo tipo de procesos, debe preferir la norma constitucional e inaplicar al caso concreto la norma inferior que la vulnere (control difuso). Similar criterio se sigue con respecto a la

primacía de la ley frente a normas de inferior jerarquía (artículo 138°, segundo párrafo).

Y aunque las novedades introducidas a nivel constitucional lucían positivas, la labor constituyente y el proceso político evidenciaron la poca convicción de propiciar el fortalecimiento del Tribunal Constitucional.

4.1.3. Funcionamiento y competencia del Tribunal Constitucional

La tarea del control de la constitucionalidad ha sido confiada tanto al Poder Judicial como al Tribunal Constitucional, ambos con estructura orgánica distinta y con competencias, algunas veces originarias y exclusivas, y en otras compartidas. Este modelo representa en opinión de algunos juristas una solución heterogénea, producto de la conjunción de los dos modelos originarios de control de la constitucionalidad por tantas cosas distinto al sistema moldeado por Hans Kelsen.³⁶²

A decir de Ernesto Blume,³⁶³ tal dualidad de magistratura constitucional no representa la coexistencia simultánea de los modelos puros u originarios de control de la constitucionalidad de las leyes, el americano y el kelseniano. Ello, debido a que la recepción constitucional y las leyes que desarrollan ambos modelos, han añadido matices,³⁶⁴ que si bien no inciden en sus aspectos orgánicos, sí inciden en sus aspecto funcional y competencial, que bien podrían configurar un sistema dual de modelos funcionalmente mixtos de

³⁶² Cfr. TROPEL, Michel, "Kelsen y el control de la constitucionalidad", en *Derechos y Libertades*, Madrid, 1995 año II, número 4, pp. 307-331; MARGIOTTA BROGLIO, Constanza, "La Corte Costituzionale e il modello kelseniano", en *Quaderni Costituzionali*, Boloña, 2000, número 2, pp. 333-369.

³⁶³ Cfr. BLUME FORTINI, Ernesto, "El Tribunal Constitucional peruano como intérprete supremo de la Constitución" en *Derecho PUC*, op. cit. p. 167.

³⁶⁴ Vid. "Sentencia caso Marbury vs. Madison" en *Revista Mexicana de Derecho Público*, México, enero.marzo 1947, número 3, pp. 315-343; DORADO PORRAS, Javier, *El debate sobre el control de la constitucionalidad en los Estados Unidos. Una Polémica sobre la interpretación constitucional*, Madrid, Dykinson, 1997, pp. 3 y ss.

constitucionalidad.³⁶⁵ Provocando la calificación de las relaciones entre ambos órganos de control como “tensiones”, “conflictos”, “fricciones”, “invasiones”³⁶⁶ o “guerra de las cortes”.³⁶⁷

El Tribunal Constitucional se compone de siete magistrados, designados por el Congreso de la República con el voto favorable de los dos tercios del número legal de sus miembros.³⁶⁸ No hay suplentes y gozan de la misma inmunidad y de las mismas prerrogativas que los congresistas. Son designados por cinco años y no hay reelección inmediata. Para ser miembro del Tribunal Constitucional se requiere: a) ser peruano de nacimiento; b) ser ciudadano en ejercicio; c) ser mayor de cuarenta y cinco años; y d) haber sido magistrado de la Corte Suprema o fiscal supremo, o magistrado superior o fiscal superior durante diez años, o haber ejercido la abogacía o la cátedra universitaria en materia jurídica durante quince años.

Este órgano constitucional actúa en dos salas, constituidas por tres miembros cada una, para conocer en última y definitiva instancia las resoluciones denegatorias de acciones de amparo, *habeas corpus*, *habeas data* y cumplimiento, iniciadas ante los jueces respectivos. Los procesos de inconstitucionalidad y conflicto de competencia se resuelven en Sala Plena.

En relación a las competencias del Tribunal Constitucional, los artículos 200° y 202 inciso 3) de la Carta Magna peruana regulan las siguientes garantías

³⁶⁵ PIZZORUSSO, Alessandro, “Il sistema di giustizia costituzionale: Dai modelli alla prassi” en *Quaderni Costituzionali*, Boloña, 1982, número 3, pp. 521-533.

³⁶⁶ Cfr. GASCÓN ABELLÁN, Marina, “Los límites de la justicia constitucional”, en *Temas Procesales*, Bogotá, 2001, número 25, pp. 53-64.

³⁶⁷ Vid. SERRA CRISTÓBAL, Rosario, *La guerra de las Cortes. La revisión de la jurisprudencia del Tribunal Supremo a través del recurso de amparo*, Madrid, Tecnos, 1999, pp. 6 y ss.

³⁶⁸ Este sistema se entiende con mayor claridad si se toma en cuenta que el artículo 4° de la Ley Orgánica del Tribunal Constitucional exigía seis de siete votos para declarar la inconstitucionalidad de las leyes, hoy modificada por Ley 27850 que exige cinco votos. Vid. FIGALLO RIVADENEYRA, Daniel, “Tribunal Constitucional y derechos fundamentales”, en *Revista Peruana de Derecho Constitucional*, Lima, Imprenta Banco de la Nación, 2000, número 2, pp. 15 y ss.

o procesos constitucionales que según el caso pueden ser resueltos por el Poder Judicial, el Tribunal Constitucional o ambos:

1. El proceso del *habeas corpus*, el cual procede ante el hecho u omisión de cualquier autoridad, funcionario o persona que vulnera o amenaza la libertad individual o los derechos constitucionales conexos. La demanda se presenta ante el Poder Judicial, pudiendo luego acudirse en recurso extraordinario al Tribunal Constitucional sólo si se rechaza la pretensión en la vía judicial.
2. El proceso de amparo procede contra el hecho o la omisión de cualquier autoridad, funcionario o persona que vulnera o amenaza derechos distintos a la libertad individual y a los que son tutelados por el *habeas data*. La Carta agrega que no procede contra normas legales ni contra resoluciones judiciales emanadas de un procedimiento regular.
3. El proceso del *habeas data*, el cual luego de una reforma constitucional, protege los derechos a solicitar información que se requiera y recibirla de cualquier entidad pública y a que los servicios informáticos no suministren informaciones que afecten la intimidad.
4. La acción de cumplimiento que procede contra cualquier autoridad o funcionario renuente a acatar una norma legal o un acto administrativo.
5. La acción de inconstitucionalidad contra leyes, decretos legislativos, decretos de urgencia, tratados, reglamentos del Congreso, normas regionales de carácter general y ordenanzas municipales que vulneren la Constitución. Pueden presentarla el Presidente de la República; el Fiscal de la Nación; el Defensor del Pueblo; el veinticinco por ciento del número legal de congresistas; cinco mil ciudadanos; si se trata de una ordenanza municipal, el uno por ciento de los ciudadanos del respectivo ámbito territorial, siempre que este porcentaje no exceda el número de firmas antes señalado, los

presidentes de Región con acuerdo del Consejo de Coordinación Regional o los alcaldes provisionales con acuerdo de su Concejo, en materias de su competencia; por último, los colegios profesionales, en materias de su especialidad. La sentencia que declara la inconstitucionalidad de una norma se publica en el Diario Oficial y al día siguiente queda sin efecto.

6. La acción popular, se tramita ante el Poder Judicial y está dirigida a cuestionar normas de carácter general de jerarquía inferior a la ley que contravengan la Constitución o las leyes. Procede por infracción a la Constitución o a la ley, contra los reglamentos, normas administrativas y resoluciones y decretos de carácter general, cualquiera sea la autoridad de la que emanen.
7. Finalmente, el conflicto de competencias que se suscita a propósito de las atribuciones asignadas directamente por la Constitución o las leyes orgánicas que delimiten los ámbitos propios de los poderes del Estado, los órganos constitucionales, los gobiernos regionales o municipales.

4.1.4. Relaciones entre el Poder Judicial y el Tribunal Constitucional

En el Perú no se puede hablar de la existencia de dos órdenes jurisdiccionales cada uno con ámbitos materialmente definidos por el ordenamiento. No obstante, no se ha supuesto la unión orgánica de los dos órdenes jurisdiccionales, sino que se presentan como estructuralmente separados.

A los dos órganos se les ha asignado la calidad de “jueces constitucionales”, es decir, que coexisten en la aplicación de la norma fundamental, plantea necesariamente, como problema, el tópico de la unidad interpretativa de la Constitución. Unidad interpretativa que puede verse afectada tras la convivencia de uno y otro y la posibilidad latente de que dichos órganos entiendan una autonomía funcional *in sue ordine*, por virtud del cual su separación orgánica vaya a suponer no sólo la dualidad de jurisdicciones, sino, lo

que es grave, el rompimiento de la unidad del ordenamiento, y con él, los principios que la forman, empezando, con el primero de ellos: la seguridad jurídica.³⁶⁹

La Constitución Política de 1993 y la Ley Orgánica del Tribunal Constitucional introdujeron algunas cuestiones y precisiones en las relaciones entre el Poder Judicial y el Tribunal Constitucional. Resaltando los siguientes aspectos:

- a) En los procesos del *hábeas corpus*, amparo, *hábeas data* y cumplimiento, no sólo se dispuso que el Tribunal Constitucional conozca en última y definitiva instancia, sino que la vía judicial se redujo a dos instancias, quedando eliminada la intervención de la Corte Suprema, salvo cuando se trata de acciones de amparo contra resoluciones judiciales, que necesariamente se inician a nivel de Corte Superior y culminan en la Sala Constitucional y Social de la Corte Suprema. Sólo si la segunda instancia del proceso judicial desestima la demanda se podrá recurrir, finalmente mediante el “Recurso Extraordinario”, ante el Tribunal Constitucional.

- b) La Ley Orgánica contiene una norma, copiada del ordenamiento español, que apunta a señalar que el Tribunal Constitucional es el intérprete supremo de la Constitución. De este modo el criterio de interpretación plasmado por el Tribunal Constitucional tendría que predominar y no podría ser contradictorio por las instancias del Poder Judicial. Con ello se evitaría la repetición de conflictos anteriormente suscitados con el Tribunal de Garantías Constitucionales.

³⁶⁹ CANOSA USERA, Raúl, “La jurisdicción constitucional y la jurisdicción ordinaria en España: una cuestión abierta”, en *Ius et Praxis, Derecho en la Región, Corte Suprema y Tribunal Constitucional: Competencias y Relaciones*, Talca, Chile, Facultad de Ciencias Jurídicas y Sociales de la Universidad de Talca, 1998, año 4, p. 15. Para este autor la tarea “hermenéutica de ambas jurisdicciones va a coincidir con el mismo objeto –la totalidad del orden jurídico–”.

En consecuencia, la decisión judicial final que disponga la inaplicación de una norma por considerarla inconstitucional, sentencia que tendría que provenir de la Sala Constitucional y Social de la Corte Suprema, podría optar libremente por esta interpretación sólo en el supuesto que el tema no haya recibido una resolución del Tribunal Constitucional donde la constitucionalidad de la norma haya quedado confirmada.³⁷⁰

En los términos señalados, la jurisdicción constitucional corresponde tanto al Poder Judicial, en sus diversas instancias, como un Tribunal Constitucional. En algunos casos, comparten determinadas competencias dentro de un mismo proceso, como sucede en el *hábeas corpus*, amparo, *hábeas data* y acción de cumplimiento, ya que el Poder Judicial actúa como instancia previa y el Tribunal Constitucional como instancia definitiva si la resolución resulta desfavorable. En otros, la ejercen de modo exclusivo, por ejemplo, la acción popular tramitada ante el Poder Judicial, y la acción de inconstitucionalidad y los conflictos de competencia ante el Tribunal Constitucional.

4.1.5. Problemas que plantea el control de la constitucionalidad en el Perú

4.1.5.1. Limitación en la declaración general de inconstitucionalidad

Al momento de elaborar la Ley Orgánica del Tribunal Constitucional, en lo esencial tomada de la norma que regula a su homólogo español, se introdujo deliberadamente una limitación a la eficacia del Tribunal Constitucional: el voto conforme de seis de los siete magistrados. Cuando no se alcance la mayoría calificada de seis votos, el Tribunal Constitucional tendrá que dictar sentencia declarando infundada la demanda, quedando rechazada la demanda de

³⁷⁰ EGUIGUREN PRAELI, Francisco J., "Poder Judicial y Tribunal Constitucional en el Perú", *en Ius et Praxis Derecho de la Región*, *op.cit.*, p. 78.

inconstitucionalidad con “efectos de cosa juzgada y vinculante para todos los jueces del país”.³⁷¹

De modo que aunque resulte difícil de creerlo, pese a que una mayoría absoluta de cuatro o cinco magistrados vote por la inconstitucionalidad de una ley, la demanda debe ser desestimada, quedando convalidada la inconstitucionalidad de la norma. Ello se agrava porque, además, se prohíbe interponer una nueva acción para cuestionarla. Incluso se modificó la Ley Orgánica para reducir de seis años a sólo seis meses de dictada una norma el plazo dentro del cual puede interponerse la acción de inconstitucionalidad. Todas estas disposiciones, reafirmaban la intención del Parlamento de entorpecer o bloquear el control jurisdiccional de la constitucionalidad de las leyes.

4.1.5.2. Politización de la Suprema Corte

Un ejemplo que pone en evidencia este problema se suscitó en 1998, cuando se presentó un amparo por una congresista del oficialismo, dirigido precisamente contra la comentada resolución del Tribunal Constitucional que dispuso la inaplicación de la ley que habilitaba al Presidente Fujimori a postular una nueva reelección inmediata. Argumentaba la demandante que este fallo vulneraba su derecho constitucional a poder votar y elegir al Presidente Fujimori en las próximas elecciones.

Lo insólito fue que la acción, cuya improcedencia era sostenida por la gran mayoría de los especialistas en la materia, y que incluso había merecido el fallo desestimatorio en las instancias inferiores del Poder Judicial, en forma sorpresiva fue declarada fundada por la Sala Constitucional y Social de la Suprema Corte. Constituyendo esta decisión cuestionable y carente de sustento constitucional,

³⁷¹ ORTECHO VILLENA, Víctor, *Jurisdicción y procesos constitucionales*, 4ª edición, Perú, Rodhas, 2000, p.23.

pues resulta falto de toda razonabilidad que las acciones del Tribunal Constitucional puedan ser revisadas en sede judicial.³⁷²

Esta decisión judicial, sin duda influenciada por consideraciones políticas, establece pues un precedente realmente nefasto, cuya reiteración acabaría con cualquier estructura racional del sistema de jurisdicción constitucional. Además, echa por tierra los principios de definitividad, seguridad jurídica y eficacia que resultan indispensables para la existencia, efectividad y consolidación de cualquier Tribunal Constitucional.

4.1.5.3. Peligro de las sentencias contradictorias

Cuando un juez ordinario aplique el control difuso ha de tener en cuenta si el Tribunal Constitucional se ha pronunciado sobre la constitucionalidad o no de la norma en cuestión y aplicarla o inaplicarla según sea el caso. Sería una forma de evitar contradicciones, pero no es suficiente. El control difuso se aplica sobre todo tipo de leyes, hayan sido o no materia de un proceso de inconstitucionalidad.

La Ley Orgánica del Poder Judicial, en el artículo 14, que regula lo relativo al control difuso señala que aquellas sentencias materia de este control, que no hayan sido impugnadas deben ser elevadas en consulta a la Corte Suprema para que finalmente decida sobre ella. No establece las atribuciones de la Sala Suprema en los casos concretos, tampoco menciona si sus resoluciones forman precedente obligatorio, no se pronuncia respecto al tipo de control que pueden ejercer los jueces, o si hay disposiciones que por su alto contenido político no pueden ser inaplicadas, entre otras cuestiones.

Por la manera en que se ha estructurado el procedimiento respecto al control difuso, pueden sustraerse dos consecuencias: la atribución aparente

³⁷² En efecto, una muestra de ese absurdo es que si la Corte Suprema hubiera desestimado la demanda, como lo debió hacer por resultar manifiestamente improcedente, la accionante habría tenido que recurrir ante el propio Tribunal Constitucional para que "revisará" su sentencia anterior.

otorgada a todos los magistrados de la República carece de valor real ya que la última palabra la tiene siempre la Corte Suprema, esto elimina la discrecionalidad del juez, esencial en la revisión judicial. La segunda, es que se estará dejando de lado el papel del Tribunal Constitucional como supremo intérprete de la Constitución.³⁷³

4.2. El control de la constitucionalidad en la República de Colombia

En Colombia el sistema de protección de la Constitución se sirve de mecanismos propios de los modelos concentrado y difuso. Sin embargo, el último intérprete de la Constitución es la Corte Constitucional. Al respecto el Magistrado Eduardo Sifuentes ha indicado:

“Se ha sostenido que el sistema colombiano de control de la constitucionalidad es difuso. Sin embargo, el peso y la dinámica de las funciones atribuidas a la Corte Constitucional, unidas a la mayor estructuración orgánica de la jurisdicción constitucional, llevan a replantear dicha calificación que presupone modelos puros virtualmente inexistentes en la práctica. De ahí que se postule, a la luz de las normas constitucionales y del papel real de la jurisprudencia constitucional de la Corte Constitucional en todos los órdenes, que el sistema tiene carácter mixto –en cuanto incorpora elementos de ambos modelos concentrado y difuso–, con una tendencia a que el órgano específico de control atraiga hacia sí el predominio de la función de control.”³⁷⁴

³⁷³ Cfr. VILA, Cynthia, “El control difuso y el control concentrado en el sistema peruano de justicia constitucional: Eficacia de la Judicial Review a dos siglos de su creación”, en *Derecho Constitucional. Memoria del Congreso Internacional de Culturas y Sistemas Jurídicos Comparados*, op.cit. p 1080.

³⁷⁴ SIFUENTES MUÑOZ, Eduardo, “La jurisdicción constitucional colombiana” en *Una mirada a los tribunales constitucionales, las experiencias recientes*, Perú, Comisión Andina de Juristas, 1995, p. 148.

El sistema colombiano combina así el control por vía de acción y de excepción, el control concentrado y el difuso, el represivo o a posteriori, así como, el control automático u de oficio³⁷⁵.

4.2.1. Antecedentes

Colombia tiene una prolongada trayectoria en materia de control de la constitucionalidad, en un sistema que conjuga tanto elementos del modelo estadounidense como del europeo continental. La acción pública (popular) de inconstitucionalidad es una figura que se considera de creación propia en una compleja combinación que si bien desborda los esquemas usuales de clasificación de los sistemas de control de la constitucionalidad, en términos generales es comprendida y manejada con familiaridad por los juristas colombianos que la consideran como un componente básico del patrimonio jurídico nacional.

Desde la primera Constitución que se expidió en parte del territorio colombiano, la Constitución de Cundinamarca de 1811, se establecieron mecanismos básicos de protección constitucional, tales como el control judicial de su supremacía y la protección judicial de los derechos fundamentales, además de una acción popular de inconstitucionalidad³⁷⁶.

El constitucionalismo de la primera mitad del siglo XIX osciló entre los principios de supremacía constitucional y de soberanía parlamentaria. Las Constituciones de la época (1821, 1830, 1832 y 1843) contenían expresiones que permiten inducir su carácter superior pero carecían de mecanismos de control de la constitucionalidad de la legislación. Por lo demás, guardaban silencio sobre el valor jurídico de las declaraciones de derechos.³⁷⁷

³⁷⁵ PÉREZ ESCOBAR, Jacobo, *Derecho Constitucional Colombiano*, 5ª Edición, Santa Fe de Bogotá, Editorial Témis, 1997, p.48.

³⁷⁶ RESTREPO PIEDRAHITA, Carlos, *Tres ideas constitucionales: supremacía de la Constitución, Corte Constitucional, el Ombudsman*, Bogotá, Universidad Externado de Colombia, 1978, pp. 15-20.

³⁷⁷ Vid. URIBE VARGAS, Diego, *Evolución política y constitucional de Colombia*, Madrid, Universidad Complutense de Madrid, Agencia Española de Cooperación Internacional, 1996.

Tiempo después, en el año de 1910 el ordenamiento colombiano desconoció a instituciones típicas de la familia jurídica anglosajona, tales como el principio de *stare decisis*. El modelo estadounidense de la *judicial review*, que era conocido por los Constituyentes de 1910. Estos, con las herramientas que tenía a mano, crearon por su parte un proceso que permitía la declaración general de inconstitucionalidad de las leyes con efecto *erga omnes*, y lo atribuyeron a la Corte Suprema de Justicia, órgano de máxima jerarquía dentro del Poder Judicial. Pero para asegurar la inviolabilidad de la Constitución en todos los casos, se adoptó también un sistema difuso que permitía aplicar las leyes consideradas inconstitucionales con efectos restringidos al caso concreto.³⁷⁸ Este sistema estuvo vigente, con algunos retoques, hasta la entrada en vigencia de la Constitución de 1991.³⁷⁹

Tiempo después, precisamente en el año de 1977, los participantes en el II Congreso Iberoamericano de Derecho constitucional, manifestaron lo siguiente en sus conclusiones sobre el control de la constitucionalidad en Iberoamérica:

“[...]...9º Que la especificidad y complejidad de interpretación de las normas constitucionales requiere un órgano compuesto por juristas técnicamente capacitados y con especial disposición moral, intelectual y científica para comprender y dar contenido al sistema de valores y principios que inspiran los sistemas constitucionales democráticos. En este sentido, el caso de Colombia -donde se celebró el coloquio- ofrece la posibilidad más inmediata para la creación en América Latina de una jurisdicción constitucional especial y efectiva, es decir, con una Corte o Tribunal diferenciado de la Corte de Casación y del Consejo de Estado, dadas las

³⁷⁸ SÁCHICA, Luis Carlos, *Nuevo constitucionalismo colombiano*, Bogotá, Temis, 1992. pp. 114 y ss.

³⁷⁹ HENAS HIDRÓN, Javier, *Panorama del Derecho Constitucional colombiano*, 11ª edición, Bogotá, Temis, 1998, pp. 74 y ss.

circunstancias positivas que han configurado su ya larga evolución constitucional.”

De esta manera, el primer intento relevante de crear una Corte Constitucional de inspiración kelseniana tuvo lugar en 1986,³⁸⁰ pero finalmente no se aprobó el proyecto y se mantuvo el sistema vigente en ese momento. El último intento fallido de creación de la Corte de Constitucionalidad tuvo lugar en 1988, mediante un proyecto de revisión constitucional que diseñaba un sistema con Corte Constitucional. Finalmente, la modificación se perdió en intensos debates parlamentarios, caracterizados porque en ellos se hizo patente la influencia en la política de las mafias del narcotráfico, que pretendían que se incluyera en la Constitución la prohibición de extradición de uno de sus nacionales. Ante la inminente probabilidad de que ello fuere aprobado, el gobierno optó por sacrificar todo el proyecto de reforma constitucional.

Posteriormente, cuando el 1991 se propuso de una Corte de Constitucionalidad, la idea ya había sido estudiada y preparada en círculos políticos, jurídicos y académicos de modo que su aprobación, que acaeció sin que éste fuera uno de los aspectos debatidos de la nueva Constitución, no puede considerarse en ningún caso fruto del azar ni de la improvisación,³⁸¹ pues como puede apreciarse, sobre la atmósfera jurídica colombiana se hallaba desde hacia más de 30 años la idea de una Corte de Constitucionalidad.

Pero lo que se aprobó en 1991, no fue un sistema concentrado de control de constitucionalidad, de tipo europeo, sino que sobre el sistema de control de la constitucionalidad mestizo colombiano, se creó un nuevo órgano especializado denominado Corte de Constitucionalidad separado de la Corte de Casación, pero

³⁸⁰ Antes, con la reforma constitucional de 1968 se descartó la creación de una Corte Constitucional.

³⁸¹ TOBO RODRIGUEZ, Javier, *La Corte Constitucional y el control de constitucionalidad en Colombia*, 2ª Edición, Bogotá, Temis, 1999, pp. 58-73.

compuesto por juristas de diversas especialidades,³⁸² encargado de la guarda de la supremacía e integridad de la Carta Fundamental. Además se le confirió la atribución de actuar como tribunal supremo de los derechos fundamentales, mediante acción de tutela,³⁸³ y que se convertiría, en poco tiempo, en la figura estelar del nuevo ordenamiento constitucional.³⁸⁴

4.2.2. Constitución Política de Colombia de 1991

Colombia se dio una nueva Constitución en 1991, que definió al Estado como social y democrático de derecho, organizado en forma de República unitaria-descentralizada. Esta nueva Ley Fundamental organizó la Corte Constitucional que reemplaza a la Sala Constitucional de la Corte Suprema.³⁸⁵ La fuerza normativa atribuida de manera expresa a la Constitución y su aplicabilidad directa en casos concretos, han sido, también, importantes contribuciones de la Constitución a la dinámica colombiana de estos años.

Desde una perspectiva internacional, sin embargo, la Constitución colombiana no presenta tal grado de novedad, pues en realidad recoge las tendencias contemporáneas del Derecho Constitucional, sustentada de aportes tanto del constitucionalismo europeo de los últimos cincuenta años como de la tradición norteamericana en materia de derechos fundamentales, sin dejar de lado, por supuesto, las especificidades propias de la experiencia interna y rasgos característicos del constitucionalismo latinoamericano.

³⁸² En virtud del artículo transitorio 22 de la Carta Política, la primera Corte Constitucional se integró por siete magistrados. Mientras comenzaba labores la Corte así integrada, la Corte Suprema de Justicia continuó conociendo de los asuntos de constitucionalidad desde el 1º de junio de 1991 hasta el 17 de febrero de 1992, fecha en la cual, se instaló la Corte Constitucional por el Presidente de la República de entonces, doctor Cesar Gaviria. *Vid. Información General de la Corte de Constitucionalidad*, Bogotá, Consejo Superior de la Judicatura de la República de Colombia, 2000, pp. 1-2.

³⁸³ Figura inspirada tanto en el amparo de tipo alemán y español, como en el *habeas corpus* y en el *certiorari* norteamericano.

³⁸⁴ *Vid. OSUNA PATIÑO, Néstor, Tutela y amparo: derechos protegidos*, Bogotá, Universidad Externado de Colombia, 1998; CORREA HENAO, Néstor, *Derecho Procesal de la Acción de Tutela*, Bogotá, Pontificia Universidad Javeriana, 2001.

³⁸⁵ *Vid. SÁCHICA, Luis Carlos, La Corte Constitucional y su jurisdicción*, Bogotá, Témis, 1993, p. 37.

En tal orden de ideas, esta Constitución inscribió a Colombia en la familia internacional del Estado Constitucional,³⁸⁶ pues adoptó los valores y principios que forman el acervo del constitucionalismo, y que a la vez, el texto colombiano ha tenido influencia como Constitución de vanguardia en su entorno geográfico y cultural.

Esta Constitución fue elaborada, por primera vez en Colombia, por una Asamblea Constituyente de origen democrático, en la cual estuvieron presentes los representantes de diversos movimientos y partidos políticos, entre ellos los de varios grupos guerrilleros que se reincorporaron a la vida civil justamente con ocasión de este proceso. Ella otorga amplias competencias a la Corte Constitucional, sobre control de constitucionalidad y se mantiene en el Consejo de Estado y en los tribunales departamentales contencioso-administrativos, el control judicial de constitucionalidad bajo la forma de acción de nulidad.

4.2.3. Funcionamiento y competencia de la Corte Constitucional

Según lo dispone la Constitución Política en sus artículos 239 a 245, la Corte de Constitucionalidad tiene la función de mantener la integridad de la Constitución. La misma norma inscribe a la Corte dentro de la estructura de la rama judicial del poder público. Es un órgano de creación constitucional sujeto a lo dispuesto en la ley Estatutaria de la Administración de Justicia, con autonomía presupuestal y administrativa relativa.

La Corte esta integrada por nueve magistrados³⁸⁷ que fija la Ley Estatutaria de la Administración de Justicia. Estos magistrados son elegidos para períodos

³⁸⁶ HÄBERLE, Peter, "El concepto de los derechos fundamentales" en Sauca, José Ma. (ed.), *Problemas actuales de los derechos fundamentales*, Madrid, Universidad Carlos III, 1994, Colección monografías, número 6, p. 84; LÓPEZ PINA, Antonio, *La garantía constitucional de los derechos fundamentales: Alemania, España, Francia e Italia*, Madrid, Civitas, Universidad Complutense, 1991, pp. 260-267.

³⁸⁷ Ley 5ª de 1992, la ley orgánica mediante la cual se adoptó el Reglamento del Congreso y aumentó el número de magistrados a nueve.

individuales de ocho años, no podrán ser reelegidos y permanecerán en el ejercicio de sus cargos mientras observen buena conducta, tengan rendimiento satisfactorio y no hayan llegado a edad de retiro forzoso. Son elegidos por el Senado de la República para períodos individuales de ocho años, de ternas que le presenten, tres el Presidente de la República, tres la Corte Suprema de Justicia y tres el Consejo de Estado

Para ser magistrado de la Corte Constitucional se requiere, ser colombiano de nacimiento y ciudadano en ejercicio; ser abogado; haber desempeñado durante diez años cargos en la Rama Judicial o el Ministerio Público, o haber ejercido, con buen crédito, por el mismo tiempo, la profesión de abogado, o la cátedra universitaria en disciplinas jurídicas en establecimientos reconocidos oficialmente. No es requisito pertenecer a la carrera judicial. Los magistrados tienen el mismo *status* de los más altos funcionarios judiciales de la república. Los magistrados de la Corte Constitucional son penal y disciplinariamente responsables. Sin embargo, gozan de un fuero especial.³⁸⁸

La competencia de la Corte de Constitucionalidad comprende:

1. Control de los actos de revisión a la Constitución, siempre que sean demandados a través de la acción pública de inconstitucionalidad y sólo por vicios de procedimiento en su formación.
2. Control sobre los tratados internacionales y las leyes que los aprueban. Dichas normas se encuentran sometidas a control previo de constitucionalidad por parte de la Corte Constitucional. En consecuencia, el Presidente debe remitir a la Corte, dentro de los seis días siguientes a la sanción de la ley que apruebe el tratado internacional, el texto de la ley y del tratado, con el fin de que se examine su constitucionalidad. Tanto el Procurador General de la Nación como

³⁸⁸ BOTERO MARINO, Catalina, "Justicia Constitucional en Iberoamérica", Página de Internet dirección URL: <http://www.uc3m.es/uc3m/inst/MPG/JCI/00-portada.htm>. p. 2.

los ciudadanos interesados pueden impugnar o defender la constitucionalidad del tratado.

3. Control formal y material de las leyes de la república, así como de los decretos con fuerza de ley dictados por el gobierno en tiempos de paz. Esta competencia se ejerce de diversas maneras:

- Control previo por objeciones presidenciales: el Presidente puede objetar por razones de inconstitucionalidad, total o parcialmente, un proyecto de ley. Si la Corte niega las objeciones, el presidente deberá sancionar la ley, en caso contrario, se archivará el proyecto.
- Control previo y de oficio de los proyectos de ley estatutaria aprobados por el Congreso: las leyes estatutarias se distinguen de las leyes ordinarias por la materia que regulan y por el trámite especial al que se encuentran sometidas. El trámite de aprobación de este tipo de leyes incluye la revisión previa e integral por parte de la Corte de Constitucionalidad.
- Control posterior de las leyes: la acción de inconstitucionalidad. Esta acción tiene por objeto el control de la constitucionalidad de las leyes y de los decretos con fuerza de ley, tanto por vicios de fondo como por irregularidades procesales en su formación. Se trata de una acción pública, ciudadana, de origen constitucional que puede ser interpuesta en cualquier tiempo, por cualquier ciudadano, siempre que no esté temporalmente privado de los derechos políticos en virtud de una sentencia penal.

4. Control previo y de oficio de la constitucionalidad de los decretos legislativos o de excepción. La Corte debe decidir definitivamente sobre la constitucionalidad de los decretos legislativos que dicte el gobierno con fundamento en los estados de excepción. Al día siguiente de su expedición, el gobierno deberá remitir a la Corte Constitucional los decretos legislativos que

profiera en ejercicio de las mencionadas facultades. De no hacerlo, la Corte aprehenderá de oficio y en forma inmediata su conocimiento.³⁸⁹

5. Control de constitucionalidad de otro tipo de decisiones públicas. Compete a la Corte de Constitucionalidad decidir sobre la constitucionalidad de los referendos sobre leyes, consultas populares y plebiscitos de orden nacional pero sólo por vicios de procedimiento en su convocatoria y realización.
6. Protección de los derechos fundamentales (control concreto): Mediante la acción de tutela procede reclamar la protección inmediata de los derechos constitucionales fundamentales, cuando estos resulten vulnerados o amenazados. La tutela puede enderezarse contra cualquier autoridad pública, contra particulares encargados de la prestación de un servicio público cuya conducta afecte grave y directamente el interés colectivo, o respecto de quienes el solicitante se halle en estado de subordinación o indefensión.³⁹⁰

Esta acción sólo procederá si el afectado no dispone de cualquier otro medio idóneo y eficaz de protección de sus derechos. La protección consistirá en una orden para que aquel respecto de quien se solicita la tutela, actúe o se abstenga de hacerlo.³⁹¹ Las sentencias de revisión de la Corte en las que se precisa el contenido y alcance de los derechos constitucionales, sirven como criterio auxiliar de la actividad de los jueces, tal como se ha sentenciado:

“si éstos deciden apartarse de la línea jurisprudencial trazada en ellas, deberán justificar de manera suficiente y adecuada el motivo

³⁸⁹ Vid. Sentencias de la Corte de Constitucionalidad C-300/94 y C-466/95.

³⁹⁰ CHARRY URUEÑA, Juan Manuel, *Justicia constitucional: derecho comparado y colombiano*, Bogotá, Banco de la República, 1993, p. 19 y ss.

³⁹¹ Todas las sentencias de tutela de segunda instancia o aquellas de primera instancia que no fueran impugnadas, se envían a la Corte Constitucional para su revisión eventual. La Corte procede de manera libre, discrecional y autónoma, a seleccionar las sentencias que habrá de revisar y a regresar los restantes expedientes a los despachos de origen.

que les lleva a hacerlo, so pena de infringir el principio de igualdad”³⁹²

4.2.4. Trascendencia de la Corte Constitucional en el contexto colombiano

En los últimos años, un dato relevante en el funcionamiento de la Corte Constitucional, es el elevado número de sentencias que ha proferido.³⁹³ Máxime, la relativa rapidez de los procesos constitucionales (proceso de constitucionalidad aproximadamente ocho meses, y de tutela, seis meses) es sin duda, uno de los factores de mayor legitimidad que se le ha otorgado al control de la constitucionalidad en estos años.

Por otra parte, las sentencias de la Corte Constitucional son, con frecuencia, inusitadamente extensas. Así por una parte, se aprecia el propósito de la Corte de motivar *in extenso* sus decisiones, de modo que los operadores jurídicos puedan conocer a cabalidad el proceso de argumentación jurídica que sustenta el fallo. Se constata así el empeño de la Corte por disminuir el riesgo de arbitrariedad de sus propias decisiones, a la vez se ha contribuido a que se inicie la construcción de una dinámica de jurisprudencia constitucional con precedentes, que era ajena al mundo jurídico colombiano. Surgiendo una práctica usual de los abogados y de los jueces en sus autos, consistente en citar y transcribir extractos jurisprudenciales de la Corte Constitucional, que se proponen como precedentes y a partir de los cuales se sustentan las respectivas pretensiones o decisiones.³⁹⁴

³⁹² Vid. Sentencia C-037/96 de la Corte de Constitucionalidad colombiana.

³⁹³ Para noviembre de 2001, según cifras extraídas de los reportes jurisprudenciales elaborados por la propia Corte, se habían proferido algo más de ocho mil fallos, de los cuales una tercera parte correspondía a demandas y procesos de inconstitucionalidad de leyes y dos terceras partes de sentencias de tutela de derechos fundamentales. *Idem*.

³⁹⁴ Vid. LOZANO VILLEGAS, German, *El valor normativo de las sentencias de la Corte Constitucional, con ocasión del control abstracto y su incidencia en el sistema de fuentes de derecho, el caso colombiano*, Bogotá, Universidad Externado de Colombia, 2000, p. 4 y ss.

Por cuanto a la relación institucional, la Corte Constitucional, ha conquistado una notable legitimidad popular, y que goza también del respeto general por parte de las demás autoridades, que acatan sus fallos aunque con ellos se vean frustrados planes de gobierno y políticas públicas, o a pesar de profundas divergencias ideológicas, políticas o sobre la concepción de pautas constitucionales.

4.3. El control de la constitucionalidad en la República de Chile.

El control de la constitucionalidad de la ley en este país está asignado a dos órganos. El control de la constitucionalidad con el carácter preventivo, abstracto y de efecto invalidatorio general lo ejerce el Tribunal Constitucional; y con carácter represivo o "*a posteriori*", concreto y de efecto particular, lo aplica la Corte Suprema.³⁹⁵

No hay propiamente un órgano que cierre el sistema, ni que tenga la última palabra en la interpretación de la Constitución. Pero cuando el Tribunal resuelve que un precepto legal determinado es constitucional, la Corte Suprema no podrá declararlo inaplicable por el mismo vicio que fue materia de la sentencia. Cabe indicar que el Tribunal Constitucional no conoce de impugnaciones contra leyes vigentes.

Resumidamente, el desarrollo del control de la constitucionalidad en Chile ha sido un proceso lento, no carente de obstáculos y con poco apoyo de los tribunales ordinarios de justicia.

³⁹⁵ Cfr. RIOS Álvarez Lautaro, "El control difuso de constitucionalidad de la Ley en la República de Chile", en *Ius et Praxis Derecho de la Región*, Talca, Facultad de Ciencias Jurídicas y Sociales de la Universidad de Talca, 2002, Volumen 8, número 1, p. 1.

4.3.1. Antecedentes

Chile remoto bastión de la corona española en la América del Sur, logró asimilar de manera singular, desde su emancipación, el modelo político que Estados Unidos de Norteamérica y Francia habían recogido de la Ilustración, y que habían irradiando hacia las más diversas latitudes.³⁹⁶

El país logró consolidar su estabilidad institucional, y pese a la disensión y conflictos planteados durante la vigencia de la Constitución de 1833, el sistema conservador y autocrático de la primera mitad de siglo, fue cediendo paso a una sociedad liberal, más abierta, en la segunda mitad del siglo XIX y hasta 1925, pese al quebrantamiento del Estado Liberal de Derecho que representó la Revolución de 1891.³⁹⁷

La recepción en Chile del modelo estadounidense no fue una transposición mecánica de dicho sistema. Más bien el constituyente de 1925 optó por regular un sistema de control de la constitucionalidad que se distanciaba bastante de aquél. Una mala interpretación de los miembros de la Subcomisión de reformas constitucionales derivó en que se impusiera la siguiente idea: "...en los países en que puede hacerse la declaración de inconstitucionalidad de una ley se reserva esta facultad a la Corte Suprema de Justicia".³⁹⁸ En Estados Unidos se entendió que "el control judicial no implicaba la superioridad de los jueces sobre el

³⁹⁶ GARCÍA DE ENTERRÍA, Eduardo, *La lengua de los derechos. La formación del Derecho público europeo tras la Revolución francesa*, Madrid, Alianza Universidad, 1994, pp. 3 y ss.

³⁹⁷ SUÁREZ CROTHERS, Christian, "El Fantasma del Estado legislativo como un obstáculo al Estado jurisdiccional de Justicia Constitucional. Reflexiones sobre el sistema de control de constitucionalidad en Chile", en *Ius et Praxis Derecho de la Región*, Talca, Facultad de Ciencias Jurídicas y Sociales de la Universidad de Talca, 1998, p. 243.

³⁹⁸ Opinión de Eleodoro Yañez en la vigésima octava sesión de la Subcomisión de Reformas Constitucionales de 9 de julio de 1925. *Vid. Actas oficiales de las sesiones celebradas por la Comisión y Subcomisiones encargadas del estudio del proyecto de Nueva Constitución Política de la República*, Santiago de Chile, Imprenta Universitaria, 1926, p. 366.

legislativo, sino la superioridad de la voluntad del pueblo sobre ambos poderes".³⁹⁹

En Chile se veía como inadmisibles que los jueces o, incluso la Corte Suprema, pudieran declarar la nulidad de una ley por inconstitucionalidad. El país, aferrado a la tradición francesa de la omnipotencia del legislador, no podía seguir los pasos de un sistema donde el principio fundamental estaba basado en la supremacía de la Constitución. Se estableció, entonces, la llamada excepción de inconstitucionalidad, concentrando su conocimiento en la Corte Suprema y con efectos relativos al caso concreto al que iba a ser aplicada una ley contraria a la Constitución.

Una reforma constitucional en 1970, vino a incorporar la figura del Tribunal Constitucional, aunque sólo funcionó hasta 1973.⁴⁰⁰ Se trataba de un órgano cuyas funciones eran fundamentalmente preventivas en el control constitucional de la ley y contaba con cinco miembros.⁴⁰¹

La experiencia vivida en esta nación entre 1973 y 1989, debió haber incrementado la conciencia constitucional para instituir un sistema moderno de garantía de los derechos fundamentales. Sin embargo, a pesar de que en 1990 comenzó a operar plenamente la Constitución de 1980, lapso denominado "período de transición a la democracia", Chile ha tenido serias dificultades para elevar el parámetro de constitucionalidad a los estándares mínimos de las democracias occidentales.

³⁹⁹ WOLFE, Christopher, *La transformación de la Interpretación Constitucional*, Madrid, Civitas, 1991, p. 150.

⁴⁰⁰ Lo importante es que la introducción del Tribunal, viene a producir un cambio en la manera de comprender la supremacía constitucional, la división de poderes y el control de la constitucionalidad.

⁴⁰¹ GÓMEZ BERNALES, Gastón, "Justicia Constitucional en Iberoamérica", Página de Internet dirección URL: <http://www.uc3m.es/uc3m/inst/MPG/JCI/00-portada.htm>. p. 1.

4.3.2. Constitución Política de la República de Chile de 1980

La Constitución de 1980, cuestionada en su legitimidad de origen, en la medida que se impuso en un marco de restricción de las libertades, significó el intento por consolidar en el texto constitucional el proyecto político que llevó al poder a los militares y, en ese sentido, refleja bien la profunda desconfianza del constituyente a las instituciones de la democracia representativa.⁴⁰²

Cierto es que el plebiscito de 1989 legitimó el conjunto de reformas constitucionales pactadas entre el régimen militar y su oposición política. No obstante, estos acuerdos plebiscitados fueron la materialización jurídica de la tesis política de que el retorno a la democracia no se conseguía sino sobre la base de un pacto con el Poder militar que implicaba acoger, aunque de modo temporal, la tesis del sistema de “democracia vigilada” que se había impuesto desde 1980.

Ahora bien, la Constitución citada somete la potestad interpretativa constitucional del Congreso a un *quórum* calificado,⁴⁰³ y después a un control del Tribunal Constitucional, que ejerce una revisión de la constitucionalidad preventiva, esto es, antes que la norma en cuestión entre en vigor. Puede pensarse que el Congreso chileno, al sancionar una ley interpretativa de la Constitución, en realidad está ejerciendo competencias constituyentes, pero subordinadas al control del Tribunal Constitucional, cuyo dictamen aprobatorio es indispensable para que la ley interpretativa entre en vigor, lo que implica una suerte de antídoto contra lo que Pedro Néstor Sagüés llama: “las travesuras inconstitucionales del Parlamento.”⁴⁰⁴

⁴⁰² Vid. Artículo 5º, inciso 1º de la Constitución.

⁴⁰³ Sobre las leyes interpretativas de la Constitución, como “leyes reforzadas” (cuando exigen un quórum calificado). SAGÜÉS, Pedro Néstor, *Teoría de la Constitución*, op. cit. p. 360.

⁴⁰⁴ Vid. SAGÜÉS, Pedro Néstor, “El Congreso versus el Tribunal Constitucional. La interpretación final de la Constitución”, en *Foro Constitucional Iberoamericano*, Madrid, Universidad Carlos III de Madrid, 2003, número 1, p. 2,

La Ley Fundamental toma la precaución de establecer en su artículo 83, inciso 3º que:

“resuelto por el Tribunal Constitucional que un precepto legal es constitucional, la Corte Suprema no podrá declararlo inaplicable por el mismo vicio de que fue objeto la sentencia.”

No huelga recordar que no hay instancia jurídica que pueda solucionar los conflictos que emanen de la disparidad de criterios entre ambos Tribunales sobre si lo que está conociendo la Corte Suprema fue o no lo resuelto ya por el Tribunal Constitucional.

4.3.3. Funcionamiento y competencia del Tribunal Constitucional

El Tribunal Constitucional es un órgano constitucional autónomo e independiente de otra autoridad o poder. El Tribunal posee autonomía reglamentaria interna y también autonomía presupuestaria relativa. Sus miembros tienen el tratamiento de Ministros y gozan de inmunidad relativa.⁴⁰⁵

Este Tribunal tiene siete miembros. Para suplir sus ausencias, el pleno designa a cinco abogados integrantes, que deben ser nombrados por el Consejo de Seguridad Nacional, los cuales integrarán el Tribunal cuando falte el *quórum* necesario para sesionar, sin que puedan constituir mayoría. Los ministros duran ocho años en su cargo y pueden ser reelegidos indefinidamente. Se renuevan por parcialidades cada cuatro años y cesan al cumplir 75 años. En caso de cese, se procederá a su reemplazo por la autoridad que le hubiera designado por el tiempo que falte al reemplazado para completar su período.

El proceso de designación de los ministros es el siguiente:

⁴⁰⁵ Vid. GÓMEZ BERNALES, Gastón, “El recurso de inaplicabilidad”, en *Informe de Investigación del Centro de Investigación de la Universidad Diego Portales*, Santiago, Noviembre de 1999, número 4, año 1, pp.10 y ss.

- a) Tres ministros de la Corte Suprema, elegidos por ésta, por mayoría absoluta, en votaciones sucesivas y secretas.
- b) Cuatro abogados, designados: dos por el Consejo de Seguridad Nacional, uno por el Presidente de la República y uno por el Senado, por mayoría absoluta de los Senadores en ejercicio.

Los abogados deben contar con al menos quince años de título, haberse destacado en la actividad profesional, universitaria o pública y no podrán tener impedimento alguno que les inhabilite para desempeñar el cargo de juez. Los designados por el Presidente de la República y el Consejo de Seguridad Nacional tendrán que ser personas que sean o hayan sido abogados integrantes de la Corte Suprema por al menos tres años consecutivos. Los magistrados son inamovibles y no pueden desempeñar ningún otro cargo público, aunque si actividades privadas. Los ministros de la Corte Suprema desempeñan simultáneamente ambos cargos.

Para cumplir sus funciones, el Tribunal Constitucional Chileno funciona únicamente en pleno. Elige a su presidente por mayoría simple por dos años, pudiendo ser reelegido por otro periodo. Éste representa el Tribunal y ejerce ciertas funciones administrativas y procesales. El *quórum* para que sesione el Tribunal Constitucional es de cinco miembros.

La competencia del Tribunal Constitucional en la materia, es la siguiente:

1. Control previo de constitucionalidad.
 - De las leyes orgánicas constitucionales y de las leyes que interpretan algún precepto de la Constitución, con carácter preceptivo: la Cámara de origen debe enviar al Tribunal Constitucional antes de su promulgación el proyecto.

- De proyectos de ley o de revisión constitucional y de tratados sometidos a la aprobación del Congreso, con carácter facultativo: pueden plantear estas cuestiones el Presidente de la República, cualquiera de las Cámaras o una cuarta parte de sus miembros en ejercicio, antes de su promulgación. El requerimiento no suspenderá la tramitación del proyecto, pero la parte impugnada de éste no podrá ser promulgada hasta la expiración del plazo referido, salvo que se trate del proyecto de Ley de Presupuestos o del proyecto relativo a la declaración de guerra propuesta por el Presidente de la República.

2. Control de constitucionalidad de diversos tipos de decretos.

- Decretos con fuerza de ley *a posteriori*. El requerimiento corresponde al Presidente de la República dentro del plazo de diez días siguiente al rechazo de la Contraloría General de la República y a cualquiera de las Cámaras o una cuarta parte de sus miembros en ejercicio en caso de que la Contraloría hubiese tomado razón de un decreto con fuerza de ley que se impugne de inconstitucional, este requerimiento deberá efectuarse dentro del plazo de treinta días, contado desde la publicación del respectivo decreto con fuerza de ley.
- Decreto de convocatoria a un plebiscito, sin perjuicio de las atribuciones que correspondan al Tribunal Calificador de Elecciones. La cuestión podrá promoverse a requerimiento del Senado o de la Cámara de Diputados en un plazo de diez días contados desde la fecha de publicación del decreto que fije el día de la consulta plebiscitaria. El Tribunal establecerá en su resolución el texto definitivo de la consulta plebiscitaria, cuando ésta fuere procedente.
- Reclamos en caso de que el Presidente de la República no promulgue una ley cuando deba hacerlo, promulgue un texto diverso del que constitucionalmente corresponda o dicte un decreto inconstitucional. La cuestión podrá promoverse por cualquiera de las Cámaras o por una cuarta parte de sus miembros en

ejercicio, dentro de los treinta días siguientes a la publicación o notificación del texto impugnado o dentro de los sesenta días siguientes a la fecha en que el Presidente de la República debió efectuar la promulgación de la ley. Si el Tribunal acogiere el reclamo promulgará en su fallo la ley que no lo haya sido o rectificará la promulgación incorrecta.

- Decretos o resoluciones del Presidente de la República (control previo) que la Contraloría haya representado por estimarlos inconstitucionales, cuando sea requerido por el Presidente.
- Decretos supremos dictados en el ejercicio de la potestad reglamentaria del Presidente de la República, cuando se refieran a materias que pudieran estar reservadas a la ley. Sólo podrá conocer a requerimiento de cualquiera de las Cámaras, efectuando dentro de los treinta días siguientes a la publicación o notificación del texto impugnado.

Con las atribuciones que el Tribunal Constitucional posee en el control preventivo de proyectos de normas legales, casi exclusivamente concentradas, por medio de un control abstracto, preventivo, efectuado en el puro interés de garantizar objetivamente la supremacía del texto constitucional, o un control de cuestiones o conflictos constitucionales provocados entre mayorías y minorías, a instancias de los actores de ese conflicto, el Tribunal Constitucional chileno está lejos, teóricamente del papel que debe comprender una genuino control concentrado de la constitucionalidad.

4.3.4. Relaciones entre Corte Suprema y el Tribunal Constitucional

El Tribunal Constitucional Chileno es sólo una parte, y a juzgar por las estadísticas si siquiera la más decisiva, del control de la constitucionalidad. Inevitablemente, entonces, para revisar el papel del citado Tribunal en el control

de la constitucionalidad de proyectos de normas legales⁴⁰⁶ se debe abarcar también a la Corte Suprema y al llamado recurso de inaplicabilidad, a través de cual el Supremo Tribunal de Justicia ejerce funciones de control de la constitucionalidad respecto de preceptos legales, *a posteriori*, de modo concreto y con efectos relativos.⁴⁰⁷

La Corte en pleno tiene competencia para declarar la inaplicabilidad de los preceptos legales inconsistentes con la Constitución, para un caso particular, a petición de parte (recurso) o de oficio (acción), siempre que se suscite con ocasión de una gestión ante éste o cualquier otro tribunal, en cualquier estado de la gestión, pudiendo ordenar la Corte la suspensión del procedimiento.

Es importante mencionar, que la Constitución de 1980 consagra sendos capítulos a estos dos órganos constitucionales. El Capítulo VI se refiere al Poder Judicial y el Capítulo VII al Tribunal Constitucional. El artículo 79 de la Constitución señala:

“La Corte Suprema tiene la superintendencia directiva, correccional y económica de todos los tribunales de la nación. Se exceptúan de esta norma el Tribunal Constitucional, el Tribunal Calificador de Elecciones, los tribunales electorales regionales y los tribunales militares en tiempo de guerra... [...] Conocerá de las contiendas de competencia que se susciten entre las autoridades políticas o administrativas y los tribunales de justicia, que no correspondan al Senado.”

El artículo 83 inciso final de la Constitución, en el Capítulo correspondiente al Tribunal Constitucional señala, por su parte, que:

⁴⁰⁶ Control que es de tipo preventivo y abstracto; localizándose, más propiamente como etapa del proceso legislativo antes que como control de ese proceso.

⁴⁰⁷ GÓMEZ BERNALES, Gastón, “Algunas críticas sobre la jurisdicción constitucional en Chile”, en *Ius et Praxis, Derecho de la Región, op.cit.*, p. 269.

“Resuelto por el Tribunal que un precepto legal determinado es constitucional, la Corte Suprema no podrá declararlo inaplicable por el mismo vicio que fue materia de la sentencia.”

Las disposiciones anteriores no permiten encontrar un punto de conexión claro entre el Tribunal Constitucional y la Corte Suprema, quedando esta vinculación expuesta a una suerte de vacío normativo, ante la indefinición del constituyente para afirmar desde el punto de vista de la garantía del control judicial, el principio de supremacía de la Constitución. Ello, no obstante de estar este principio garantizado en el artículo 6° de la Constitución, que lo establece al disponer que: “Los órganos del Estado deben someterse acción a la Constitución y a las normas dictadas conforme a ella.”

No es de extrañar entonces que las relaciones entre ambos Tribunales sean ambiguas y que en muchas ocasiones las sentencias de constitucionalidad dictadas por el Tribunal Constitucional hayan sido desconocidas por el Tribunal Supremo Chileno. Lo anterior muestra un conjunto de debilidades del sistema chileno de control de constitucionalidad que parece urgente corregir.

La hipótesis que persiste en Chile es que no existe en el sistema constitucional un sistema de relación claro de vinculaciones normativamente establecido entre el Tribunal Constitucional y la Corte Suprema, ni tampoco un modelo de control de constitucionalidad que responda a las características del modelo mixto.⁴⁰⁸

⁴⁰⁸Se habla de control mixto, porque la distinción clásica para analizar a los tribunales constitucionales se ha hecho ordinariamente desde el punto de vista del órgano que realiza el control. Sin embargo, otras formas de clasificación también son posibles. Desde este punto de vista habría que convenir en que el sistema chileno es mixto, si con ello se quiere expresar que dos órganos resuelven en materia de constitucionalidad de normas, ya sea en abstracto o en consideración al caso concreto: la Corte Suprema y Tribunal Constitucional. Pero ni siquiera esto es real, porque los órganos encargados en Chile del control de la constitucionalidad no son únicamente el Tribunal Constitucional y la Corte Suprema. En lo que al órgano respecta, más bien se debería hablar de un control multipolar o complejo de constitucionalidad. Expresión utilizada por FIGUEROA, Rodolfo, “La acción de inaplicabilidad y el principio de igualdad”, en *Cuadernos de Análisis Jurídico*, Santiago, Escuela de Derecho de la Universidad Diego Portales, 1996, p. 354.

4.3.5. Situación actual y perspectivas

Aunque se ha argumentado que el sistema chileno tiene el carácter de mixto, porque recoge “lo mejor” de cada uno de los modelos clásicos de control de la constitucionalidad.⁴⁰⁹ Resulta impreciso pensar que este modelo sea precisamente el resultado de una confluencia afortunada de la experiencia americana y continental europea.⁴¹⁰

No hay conexión directa con el sistema europeo, ya que en Chile ha influido el arquetipo francés del Consejo Constitucional que tantas reticencias provoca. Más bien, se considera que el sistema constitucional chileno se encuentra a medio camino entre el Estado de control legislativo y el Estado jurisdiccional de control de la constitucionalidad.⁴¹¹ Por ello, en la actualidad se analiza cual sería la vía más adecuada para introducir modificaciones al actual sistema de control de la constitucionalidad, que lleve a la consolidación de esta última forma de Estado.

Se ha argüido que otra de las dificultades que el sistema produce, es que el Tribunal resuelve sobre leyes no vigentes, lo que pone en entredicho su posición como verdadero Tribunal que ejerce jurisdicción y el propio efecto de irradiación de sus sentencias sobre el resto del ordenamiento jurídico a través de cosa juzgada.⁴¹² Se ha señalado que el Tribunal cumple más bien una función “de control de normas como parte del proceso de tramitación de ellas”.⁴¹³

⁴⁰⁹ Vid. FROMONT, Michel, *La justice constitutionnelle dans le monde*, París, Dallos, 1996. pp. 7 y ss.

⁴¹⁰ SUÁREZ CROTHERS, Christian, “El Fantasma del Estado legislativo como un obstáculo al Estado jurisdiccional de Justicia Constitucional. Reflexiones sobre el sistema de control de constitucionalidad en Chile”, *op. cit.*, p. 249.

⁴¹¹ Distinción utilizada por BÖCKENFÖRDE, Ernst-Wolfgang, *Escritos sobre Derechos Fundamentales*, *op.cit.* p.130.

⁴¹² Quizá esta idea se origina de una mala concepción del control previo de la constitucionalidad de carácter abstracto y el control posterior de la constitucionalidad de carácter concreto. Siendo que el primero no impide el ejercicio, a la postre, del segundo. Más adelante, en el Capítulo VI, abundaremos sobre el tema.

⁴¹³ GÓMEZ BERNALES, Gastón, “El control de constitucionalidad y el Tribunal Constitucional de 1980” en Cuadernos de Análisis Jurídico, *op. cit.*, p. 174 y ss.

El problema se agrava ya que el sistema no permite la aplicación de un medio efectivo de control de la constitucionalidad sobre las normas infraconstitucionales, especialmente aquellas de carácter legal que no están sujetas al control obligatorio del Tribunal Constitucional. En consecuencia, la actividad posterior de la Corte Suprema y de las Cortes de Apelaciones es una actividad limitada, por la vía de recurso de inaplicabilidad, al caso concreto y al restablecimiento del derecho conculcado por vía del *hábeas corpus*, la protección, la reclamación de nacionalidad o el amparo económico, pero que no genera el efecto de la expulsión de una norma inconstitucional del ordenamiento jurídico.

Con esta circunstancia queda de manifiesto la deficiencia estructural del sistema de control de la constitucionalidad. Dado que el sistema chileno tiene como límite el navegar entre principios contradictorios de supremacía legal y supremacía constitucional.⁴¹⁴

Pareciera conveniente, además, modificar el actual sistema difuso de resolución de conflictos de competencias entre órganos constitucionales, de manera que sea un solo órgano: el Tribunal Constitucional, el encargado de dirimir estos conflictos, como clásicamente le ha sido asignada esta función en el Derecho Comparado.⁴¹⁵ E incorporar, el amparo de derechos fundamentales, proporcionándole fuerza normativa al texto constitucional en materia de derechos esenciales y su interpretación.

La práctica del control de la constitucionalidad en Chile está repartida en diversos órganos. Mientras que la experiencia constitucional comparada demuestra que los sistemas tienden a desarrollarse hacia modelos que unifican la

⁴¹⁴ En Europa se ha resuelto el problema introduciendo la cuestión de inconstitucionalidad que resuelve adecuadamente el conflicto en que se podría encontrar el juez frente a su obligación de respetar la Constitución y al mismo tiempo cumplir con los mandatos del legislador. Vid. ARAGÓN REYES, Manuel, *El juez ordinario entre legalidad y constitucionalidad*, Temas de Derecho Público, Santa Fe de Bogotá, Universidad del Externado, Instituto de Estudios Constitucionales Carlos Restrepo Piedrahita, 1997, número 44, p. 19.

⁴¹⁵ Vid. AVRIL, Pierre, *Les conventions de la Constitution*, París, Presses Universitaires de France, 1997, p. 6.

interpretación constitucional, la situación chilena, tiende, al punto inverso. Por ello, el control de la constitucionalidad imperante en esta nación, desde el punto de vista funcional, presenta una carencia aguda de unidad y de certeza, y el fondo no hay una genuina argumentación constitucional –como lo demuestran los fallos en materia de inaplicabilidad- y cuando la hay, ésta no tiene influencia sobre el resto de la jurisdicción ni del sistema porque no hay presunción de valor del precedente.

4.4. El control de la constitucionalidad en la República de Guatemala

4.4.1. Antecedentes

El paso al régimen liberal se tradujo en la adopción de la Carta Magna de 1879 donde aparece por vez primera reconocido el medio de control del *hábeas corpus*, texto que se mantuvo en lo esencial en vigor hasta 1944, si bien se vio sometido a numerosas reformas, entre las cuales destaca la inserción en 1921 el amparo y la facultad de los jueces de inaplicar al caso concreto las leyes inconstitucionales. La Revolución de octubre de 1944 supuso el fin de la etapa liberal, y se acogió la Constitución de 13 de marzo de 1945 cuya vigencia terminó con el golpe de 1954.

Posteriormente, el 15 de septiembre de 1965 se aprobó la Constitución del mismo año. Teniendo como antecedente, al Tercer Congreso Jurídico del Colegio de Abogados, celebrado en 1964, donde se presentaron proyectos de creación del Tribunal inspirado en las ideas de Hans Kelsen. Es aquí donde tuvo sus orígenes la primera Corte de Constitucionalidad de Guatemala, y de toda América Latina, creándose un Tribunal no permanente, que se integraba por doce magistrados: cinco magistrados de la Corte Suprema de Justicia y siete por sorteo global entre los magistrados de las Cortes de Apelaciones y de lo Contencioso Administrativo.

Este fue el primer intento de un Tribunal Constitucional especializado en Guatemala, y se reguló de conformidad con la Constitución vigente y el Decreto 8 de la Asamblea Nacional Constituyente. Sus funciones se reducían exclusivamente a conocer ocasionalmente del recurso de inconstitucionalidad y a declarar por la mayoría de sus miembros la inconstitucionalidad de las leyes o disposiciones gubernativas de carácter general que contenían vicio parcial o total de inconstitucionalidad.

Tal órgano al pertenecer a uno de los órganos del Estado no poseía independencia.⁴¹⁶ De hecho, la limitación de su competencia, la integración específicamente judicial de sus miembros, su carácter de tribunal circunstancial, y la legitimación restringida para su actuación, fueron causas fundamentales por las cuales la actividad de la Corte Constitucional no satisfizo las expectativas con las que fue creada.

Un golpe de Estado militar, el 23 de marzo de 1982, suspendió a la Constitución de 1965. Una Junta Militar emitió ese mismo año, un Estatuto Fundamental del Gobierno por medio del cual se emitió una nueva ley electoral que rigió las elecciones constituyentes, iniciándose el proceso de transición a la democracia.

Celebradas las elecciones el 1 de julio de 1984, en un ambiente de entusiasmo, se integra la Asamblea constituyente sin mayorías nítidas, con representación de muchos partidos y corrientes que obligó a una negociación permanente. Tras varios meses de trabajo, el 31 de mayo de 1985 la Asamblea promulgó la nueva Constitución, hoy vigente.

⁴¹⁶ MEJICANOS, Manuel e HURTADO, Pablo, “Justicia Constitucional en Iberoamérica”, Página de Internet dirección URL: <http://www.uc3m.es/uc3m/inst/MPG/JCI/00-portada.htm>. p. 1.

4.4.2. Constitución Política de la República de Guatemala de 1985

La actual Constitución de la República de Guatemala entra en vigencia el 14 de enero de 1986.⁴¹⁷ Este texto constitucional reiteró las garantías de exhibición personal, es decir del *hábeas corpus*, amparo e inconstitucionalidad de las leyes, pero con una relevancia particular y con la instauración de la Corte de Constitucionalidad concebida como tribunal permanente de jurisdicción privativa, independiente de los demás organismos del Estado, cuya función esencial es la defensa del orden constitucional. Sus decisiones vinculan al poder público y órganos del Estado, y tienen plenos efectos frente a todos.⁴¹⁸

Efectivamente, en esta Constitución se adopta un sistema en el cual se ejerce la jurisdicción constitucional en forma concentrada pero se mantiene también el control de constitucionalidad en primera instancia por los jueces ordinarios, Salas de la Corte de Apelaciones, Cámara de amparo y Corte Suprema de Justicia, pudiéndose revisar en apelación los fallos de estos por la Corte de Constitucionalidad, cuyas sentencias se convierten en definitivas e inimpugnables.

Pero el ámbito restringido para interponer el recurso de inconstitucionalidad, reflejaba la dificultad para plantear este recurso. Además, la inconstitucionalidad de una norma debía hacerse con el voto favorable de por lo menos ocho magistrados de dicha Corte.⁴¹⁹

⁴¹⁷ Era una Constitución legítima, producto de un cuerpo constituyente libremente electo... en el que las distintas fuerzas, ninguna mayoritaria, tuvieron que realizar permanentes negociaciones para obtener consensos y definiciones y su preocupación central fue la de establecer la consagración y garantía de los derechos humanos, en un sistema democrático, presente la preocupación por el pasado autoritario. *Vid.* GARCIA LAGUARDIA, Jorge Mario, "Justicia Constitucional y defensa de la democracia. El golpe de Estado en Guatemala en 1993", *op. cit.* pp. 16 y 17.

⁴¹⁸ *Cfr.* MONZÓN, JUÁREZ, José Antonio, "Corte Suprema de Justicia y Corte de Constitucionalidad: competencias y relaciones. El caso de Guatemala", en *Ius et Praxis, Derecho de la Región*, Talca, Facultad de Ciencias Jurídicas y Sociales de la Universidad de Talca, 1998, año 4, número 1, p. 136.

⁴¹⁹ Nótese que ya desde 1985, la doctrina guatemalteca enfatizó lo elevado que fue establecer el voto favorable de por lo menos ocho votos —el 66%— de los doce miembros de la Corte de Constitucionalidad para declarar la inconstitucionalidad, con efectos generales, de una ley o

En 1993, como consecuencia del fallido golpe de Estado del expresidente Jorge Serrano Elías, fue reformada la norma fundamental en aspectos sin relevancia.⁴²⁰ Tiempo después, en el marco de los Acuerdos de Paz celebrados entre el gobierno y la exguerrillera Unidad Revolucionaria Nacional Guatemalteca, cuyo proceso de negociación culminó el 29 de diciembre de 1996, se convino promover una nueva reforma constitucional,⁴²¹ cuyo contenido no modificara el régimen de control atribuido a la Corte de Constitucionalidad.⁴²²

En esa tesitura, el artículo 203 de la Constitución actual, indica que la justicia se imparte de conformidad con la Constitución y las leyes de la República, y el artículo 204 menciona que los tribunales de justicia en toda resolución o sentencia deben observar obligatoriamente el principio de que la Constitución de la República prevalece sobre cualquier ley o tratado.

Por otra parte, la Constitución y la Ley de Amparo establecen la nulidad de pleno derecho de las leyes que violen o tergiversen las normas constitucionales, así como de las leyes y las disposiciones gubernativas o de cualquier otro orden que regulen el ejercicio de los derechos que la Constitución garantiza, si los violan, disminuyen, restringen o tergiversan.

Sin embargo, y sin perjuicio del control jurisdiccional de la constitucionalidad de cualquier aplicación inmediata de estos principios, ha

disposición análoga. Hoy en día en México, los legisladores y muchos especialistas todavía no se percatan que es una insensatez pedir, <en algunos supuestos>, por lo menos 8 votos -72%- de los once ministros de la Suprema Corte para declarar la inconstitucionalidad, con efectos *erga omnes*, de una ley o norma de carácter general. *Vid.* Artículo 105 de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos.

⁴²⁰ Salvo en lo relativo a sustraer de la propia Corte de Constitucionalidad, la facultad de declarar si ha lugar o no a la formación de causa a sus magistrados, facultad transferida al Congreso de la República. *Vid.* Acuerdo Legislativo 18-93 del Congreso de la República, de 17 de noviembre de 1993, para entrar en vigencia el 8 de abril de 1994.

⁴²¹ Esta revisión constitucional no pudo llevarse a cabo, pues el 16 de mayo de 1999, se sometieron las reformas a referéndum popular y la abstención superior al 80%, posibilitó el triunfo de los sectores opuestos a la modificación de la Ley Fundamental.

⁴²² MONZÓN, JUÁREZ, José Antonio, "Corte Suprema de Justicia y Corte de Constitucionalidad: competencias y relaciones. El caso de Guatemala", *op. cit.* p. 135.

prevalecido el criterio de la necesidad de resolución jurisdiccional para que se den los efectos de la nulidad y, en todo caso, con efectos *ex nunc*. En cuanto a la inconstitucionalidad de leyes, reglamentos y disposiciones de carácter general, sus efectos derogatorios se dan a partir del día siguiente al de la publicación del fallo en el Diario Oficial, salvo que hubiese habido suspensión provisional, en cuyo caso los efectos del fallo se retrotraen a la fecha en que se publicó dicha suspensión.

4.4.3. Funcionamiento y competencia de la Corte de Constitucionalidad

La Corte de Constitucionalidad Guatemalteca surge como un Tribunal colegiado, permanente, cuya función esencial es la defensa del orden constitucional. Esta Corte está dotada de los elementos necesarios para cumplir a cabalidad su función, siendo estos elementos: su independencia funcional y económica, la forma de su integración, la forma del ejercicio de la función jurisdiccional, la inmunidad de sus miembros y la inamovilidad en el desempeño de su función.⁴²³

La Corte de Constitucionalidad se integra con cinco magistrados titulares, cada uno de los cuales posee un suplente. Los magistrados durarán en sus funciones cinco años, y la Presidencia de la Corte se ejerce por los mismos magistrados titulares que la integran, en forma sucesiva, en períodos de un año, comenzando por el mayor de edad, y siguiendo en orden descendente de edades.

Los magistrados son designados de la siguiente manera: un magistrado por el Pleno de la Corte Suprema de Justicia, un magistrado por el Pleno del Congreso de la República, un magistrado por el Presidente de la República en Consejo de Ministros, un magistrado por el Consejo Superior Universitario de la Universidad de San Carlos de Guatemala y un magistrado por la Asamblea del Colegio de Abogados. Los magistrados designados deben poseer dentro de sus

⁴²³ Vid. ROHRMOSER VALDEAVELLANO, Rodolfo, "Corte de Constitucionalidad. La jurisdicción constitucional en Guatemala", en *Tribunales y Justicia Constitucional. Memoria del VII Congreso Iberoamericano de Derecho Constitucional*, op. cit. p. 346.

calidades personales, el ser de reconocida honorabilidad, poseer por lo menos quince años graduación profesional, ser abogado colegiado y guatemalteco de origen.

Al respecto, el Maestro Alejandro Maldonado Aguirre, ex Presidente de la Corte de Constitucionalidad ha señalado:

"[...]...Los jueces de lo constitucional deben ser moralmente fuertes para cumplir, afrontando cualquier riesgo, su función primordial de defensa del orden constitucional y, también para domeñar sus propias tentaciones que los impulsen al activismo judicial... El juez debe resolver conforme el sentido de la justicia y de buena fe, despolitizando la decisión y recordando que, mientras se encuentre vistiendo la toga, no puede contaminar su juicio con sus creencias partidaristas, ideológicas, de clase o de interés particular... [...]." ⁴²⁴

La Corte de Constitucionalidad tiene una competencia para conocer de una gran cantidad de acciones. Dichas facultades son:

1. Acción directa de constitucionalidad, caracterizada por ser un control concentrado, *a posteriori*, cuyas sentencias poseen efectos *erga omnes*, esta acción está destinada a controlar la constitucionalidad de las leyes, reglamentos o disposiciones de carácter general. Estando legitimados para ejercer la acción: La Junta Directiva del Colegio de Abogados actuando a través de su Presidente, el Ministerio Público, a través del Fiscal General de la República, el Procurador de los Derechos Humanos en contra de leyes, reglamentos o disposiciones de carácter general que afecten intereses de su competencia y cualquier persona con el auxilio de tres abogados activos. Es decir, en Guatemala existe la Acción

⁴²⁴ MALDONADO AGUIRRE, Alejandro, *Convicción de Justicia*, Guatemala, Corte de Constitucionalidad, América, 1998, p. 19.

Popular, en consecuencia el accionante no requiere estar investido de un interés jurídico diferenciado legítimo.

Para presentar esta acción no hay límite temporal. En cualquier tiempo puede cuestionarse la validez de una norma por contrariar el texto constitucional.

2. Inconstitucionalidades en casos concretos. Con base en lo prescrito en los artículos 272 inciso d) de la Constitución, y 163 inciso d) de la Ley de Amparo, Exhibición Personal y de Constitucionalidad, la Corte tiene competencia para:

“[...]...Conocer en apelación de todas las impugnaciones en contra de las leyes objetadas de inconstitucionalidad en casos concretos, en cualquier juicio, en casación, o en los casos contemplados por la ley de la materia.”

En este caso, los únicos legitimados para plantear la inconstitucionalidad son las partes en el caso concreto. Es necesario acreditar interés jurídico en el asunto. En consecuencia, los efectos de la resolución de la acción son únicamente *inter partes*, y la sentencia estimatoria ocasiona la inaplicabilidad de la norma a un proceso determinado por considerar que contraría la Constitución.

3. Competencia en materia de amparo.⁴²⁵ El objeto del amparo es proteger a las personas contra las amenazas de violaciones a sus derechos o restaurar el imperio de los mismos cuando la violación hubiese ocurrido. No hay ámbito que no sea susceptible de amparo y procede siempre que las leyes, disposiciones,

⁴²⁵ La acción de amparo en Guatemala se encuentra revestida de una serie de principios rectores, entre los que pueden mencionarse: a) iniciativa o instancia de parte, b) existencia de agravio personal y directo. La única excepción se presenta por parte del Procurador de Derechos Humanos, a quien se le ha considerado representante de los intereses difusos de la colectividad, c) definitividad del acto reclamado. Puede señalarse como excepciones a este principio el que el accionante no haya sido emplazado legalmente en el juicio de que proviene el acto reclamado, o cuando el postulante no ha sido parte en este proceso.

resoluciones o actos de autoridad lleven implícita una amenaza, restricción o violación a los derechos que la Constitución y las leyes garantizan.

Por eso dentro del sistema jurídico guatemalteco, no existe ningún acto de autoridad que pueda escapar al control de constitucionalidad que ejerce la Corte de Constitucionalidad, ya que ésta posee competencia para conocer de las decisiones de cualquier órgano del Estado y de sus entidades.

Por otra parte existen los amparos bi-instanciales, regulados en el artículo 272, inciso c) de la Constitución y el artículo 163, inciso c) de la Ley de la materia. Estos amparos que se tramitan ante los juzgados de primera instancia del orden común, las Salas de la Corte de Apelaciones, la Cámara de Amparo de la Corte Suprema de Justicia y la Corte Suprema de Justicia, pueden ser apelados, conociendo la Corte de Constitucionalidad en segunda instancia. No sólo la resolución final del amparo es apelable, lo son también los autos que denieguen, concedan o revoquen el amparo provisional, los autos que resuelvan la liquidación de costas y de daños y perjuicios, y los autos que pongan fin al proceso. Al conocer de este amparo, la Corte tendrá facultades para confirmar, revocar o modificar lo resuelto por el Tribunal de primer grado, y en caso de revocación o modificación hará el pronunciamiento que en derecho corresponde.

4. Competencia respecto de opiniones consultivas. Podrán solicitarlas, el Congreso de la República, el Presidente de la República y la Corte Suprema de Justicia. En la solicitud se deberán expresar las razones que la motivan y contener las preguntas específicas sometidas a la consideración de la Corte, la que tiene sesenta días para emitir su opinión, fundamentando en forma clara y precisa sus conclusiones y el apoyo jurídico y doctrinario de las mismas. Todas las opiniones serán publicadas en el Diario Oficial dentro del tercer día de haber sido pronunciadas en audiencia pública.

5. Opiniones consultivas sobre la constitucionalidad de tratados, convenios y proyectos de ley, especificadas en los artículos 272, inciso e) de la Constitución y 163, inciso e) de la Ley de Amparo, Exhibición Personal y Constitucionalidad.
6. Las opiniones sobre constitucionalidad de leyes vetadas por el Ejecutivo alegando inconstitucionalidad. Dentro del trámite de formación y sanción de leyes, se encuentra regulada la facultad del Ejecutivo de vetar las leyes dentro de los quince días de recibido el decreto y previo acuerdo tomado en Consejo de Ministros. Es un sistema de control previo de la constitucionalidad de las leyes, ya que éste se realiza antes de la entrada en vigor de la ley, incluso previo a la conclusión de los trámites para su aprobación y sanción.
7. Opiniones y actuaciones en asuntos de su competencia. Se faculta a la Corte de Constitucionalidad para actuar o intervenir en las situaciones en las que se halle amenazado el orden constitucional, o real y efectivamente haya sido quebrantado el mismo. Asimismo, podrá emitir opiniones, dictámenes y resoluciones en los asuntos de su competencia, en aras de mantener la preeminencia de la Constitución.
8. Dudas de competencia. La Corte de Constitucionalidad, como máximo tribunal en materia constitucional, tiene competencia para resolver los conflictos existentes en el caso específico y para determinar quién es el facultado para conocer de un asunto de naturaleza constitucional, así como para variar la competencia asignada al respecto a los diferentes tribunales de la jurisdicción ordinaria.
9. Competencia para emitir dictámenes sobre la revisión a las leyes constitucionales. Dentro del trámite establecido para la revisión constitucional se establece que previamente a su aprobación debe contarse con el dictamen favorable de la Corte de Constitucionalidad respecto de la reforma.

10. Competencia de la Corte para presentar iniciativa de reforma constitucional. No todos los sistemas jurídicos confieren iniciativa al Tribunal Constitucional para proponer reformas a la Constitución, sin embargo, es conveniente su inclusión ya que a través de ella se adecua el texto constitucional a la realidad existente en un momento determinado y se evita que se modifique o suspenda el orden constitucional por métodos extrajurídicos.⁴²⁶

En conclusión, la competencia de la Corte de Constitucionalidad no es sólo reparadora, dejando sin efecto leyes o disposiciones contrarias a la ley fundamental, ya que también posee facultades preventivas, las que ejerce a través de sus opiniones consultivas y dictámenes previos a la revisión constitucional.

4.4.4. Situación actual y perspectivas

El sistema de control de la constitucionalidad guatemalteco, es de naturaleza eminentemente jurisdiccional. La forma de integración de la Corte de Constitucionalidad, su independencia funcional y la atribución de funciones y competencias más amplias en orden a la defensa y al control de la constitucionalidad, así como la instauración de procedimientos menos rígidos y formalistas, en el sistema actual, se ha traducido en una mayor autonomía, eficacia y objetividad en el proceso de comprobación de la constitucionalidad de normas jurídicas, así como en la eficacia de los efectos de sus sentencias.

Un problema relevante del sistema contemporáneo es el abuso excesivo del amparo en materia judicial, lo que congestiona el trabajo de la Corte de Constitucionalidad, dado a que ella compete el conocimiento, en caso de apelación. Vale la pena mencionar que, sin facultades expresas para dejar de

⁴²⁶ MONZÓN, JUÁREZ, José Antonio, "Corte Suprema de Justicia y Corte de Constitucionalidad: competencias y relaciones. El caso de Guatemala", en *Ius et Praxis, Derecho de la Región*, op. cit. p. 137.

tramitar el amparo hasta la sentencia, la Corte de Constitucionalidad ha establecido el criterio de rechazarlo cuando se evidencia su extemporaneidad, y se ha venido discutiendo la posibilidad de modificar la Ley constitucional de la materia, en búsqueda de evitar los abusos referidos, sin limitar, en todo caso, el acceso a esta garantía constitucional.

La doctrina ha manifestado que la Corte Guatemalteca se encuentra a la altura de las exigencias, haciendo honor a su prestigio de haber sido el primer Tribunal Constitucional que funcionó de forma independiente y autónoma en América Latina. De esta forma, como balance general puede afirmarse que en Guatemala, se evidencia el avance positivo del sistema actual de control de la constitucionalidad, salvo excepciones. Actualmente la discusión gira en torno a la búsqueda de mejoras en los aspectos que objetivamente lo exigen.

4.5. El control de la constitucionalidad en la República del Ecuador

En esta nación sudamericana la defensa de la Constitución se ha entregado a un órgano que ejerce control de constitucionalidad concentrado, que es competencia del Tribunal Constitucional a través de las acciones de inconstitucionalidad, de tipo *ex post facto* y los controles preventivos de constitucionalidad. Además del control concentrado, existe el sistema difuso a través de la declaratoria de inaplicabilidad, que puede ser practicada por cualquier juez, tribunal o Sala, es decir, por cada uno de los órganos que ejercen la función Judicial.

El Tribunal Constitucional del Ecuador es el órgano que ejerce el control de la constitucionalidad, y es autónomo e independiente de las demás funciones del Estado, no encontrándose adscrito a ninguna otra función del Estado, como la Judicial. Se sujeta, además, a las disposiciones de la Ley del Control Constitucional en materia de organización, funcionamiento y procedimientos de actuación.

El control de la constitucionalidad, de conformidad con las disposiciones de la Ley Suprema, abarca normas jurídicas y actos administrativos de toda autoridad pública, y respecto de las primeras, puede ejercerse de modo concentrado o difuso, *a posteriori* o *a priori*.

4.5.1. Antecedentes

En el Ecuador el antecedente del control de constitucionalidad se encuentra en la Constitución de 1851, encargando este control, conjuntamente con el control de legalidad, al Consejo de Estado. En 1869 se asignó a la Corte Suprema de Justicia el control previo de las leyes objetadas por el Ejecutivo como inconstitucionales. Las respectivas Constituciones ecuatorianas de 1906 y 1929 mantuvieron este esquema de control efectuado por el Consejo de Estado, hasta que en 1945, la Ley Fundamental del mismo año, siguiendo el modelo español de 1931, creó el Tribunal de Garantías Constitucionales. Esta Constitución y el Tribunal tuvieron una duración efímera, pues dicha Constitución fue abrogada por la de 1946.

El Tribunal de Garantías Constitucionales solo podía suspender los efectos de una ley hasta que el Congreso Nacional dictamine acerca de ella, y en cuanto a la inconstitucionalidad de otras normas jurídicas que no tuvieran el carácter de leyes, el Tribunal podía formular observaciones.⁴²⁷

La Constitución de 1967 reincorporó de modo definitivo al órgano de control de la constitucionalidad. La principal deficiencia que tuvo el órgano de control ecuatoriano en esta época fue la de no tener decisión definitiva, ya que

⁴²⁷Lo primero, significa que, en última instancia, el control fue asignado al órgano legislativo. La razón de esta concepción se debió a la influencia que desde el siglo XIX tuvo la doctrina francesa, según la cual no se aceptaba que hubiera un órgano que controlara las leyes elaboradas por el Poder Legislativo, pues éstas eran la expresión de la voluntad soberana. Por ello, la declaración de inconstitucionalidad de una ley debía ser atribución del propio legislador. Respecto del control de legalidad que fuera asignado al Tribunal de Garantías Constitucionales, esto se explica por haber reemplazado el Tribunal al Consejo de Estado que fuera eliminado y cuyas funciones se relacionaban con la jurisdicción contenciosa administrativa. SALGADO PESANTES, Hernán y OVARTE MARTÍNEZ, Rafael, "Justicia Constitucional en Iberoamérica", Página de Internet dirección URL: <http://www.uc3m.es/uc3m/inst/MPG/JCI/00-portada.htm>. p. 1.

sus resoluciones debían ir al Congreso Nacional. En virtud de las reformas de 1992, la decisión del Tribunal de Garantías Constitucionales ya no se sometió a la Legislatura sino a la creada Sala de lo Constitucional de la Corte Suprema de Justicia, con lo que se instituyó un sistema de control híbrido. A partir de las modificaciones constitucionales de 1995, se reestructuró la institución y se le denominó Tribunal Constitucional. A partir de 1996, luego de las reformas del año anterior, surge robustecido el Tribunal Constitucional y sus resoluciones son de última y definitiva instancia. Esta larga evolución ha ido consolidando a la institución de control de la constitucionalidad.

La actual Constitución, codificada por la Asamblea Nacional Constituyente de 1998, salvo pocas modificaciones, conservó la organización y las atribuciones que se habían dado al Tribunal

4.5.2. Constitución Política de la República del Ecuador de 1998

El artículo 130, inciso 4°) de la Constitución del Ecuador indica que el Congreso puede "reformular la Constitución e interpretarla de manera generalmente obligatoria". A su vez, el artículo 284 advierte que: "En caso de duda sobre el alcance de las normas contenidas en esta Constitución, el Congreso Nacional podrá interpretarlas de un modo generalmente obligatorio". La norma indica que tendrán la iniciativa para la presentación de proyectos de interpretación constitucional las mismas personas u organismos que la tienen para la introducción de proyectos de reforma, y su trámite será el establecido para la expedición de las leyes. En tales términos, entre las competencias del Tribunal Constitucional no figura de modo expreso la facultad de controlar tales leyes interpretativas.⁴²⁸

Esto ha llevado a inducir que eventualmente, en Ecuador, la interpretación que realiza de la Constitución el Tribunal Constitucional "... [...] no es de última

⁴²⁸ Cfr. Artículo 276 de la Constitución Política de la República del Ecuador.

instancia, pues se deberá someter a la interpretación que realice de manera auténtica la Legislatura".⁴²⁹ También se ha sostenido que en dicha Nación al Tribunal Constitucional únicamente le compete las interpretaciones para decidir casos concretos, aunque en las hipótesis de las demandas de inconstitucionalidad, podría convertirse en "legislador negativo",⁴³⁰ en el sentido que está habilitado para derogar la ley sostenida inconstitucional.

Es importante hacer referencia a que el artículo 1 de la Ley de Control Constitucional, precisa:

"El control constitucional, tiene por objeto asegurar la eficacia de las normas constitucionales en especial de los derechos y garantías establecidos en favor de las personas, los cuales son plenamente aplicables e invocables ante cualquier juez, tribunal o autoridad pública."

4.5.3. Funcionamiento y competencia del Tribunal Constitucional

El Tribunal Constitucional se integra por nueve vocales magistrados, con sus respectivos suplentes. Los magistrados desempeñan sus funciones por un período de cuatro años, pudiendo ser reelegidos.

Los integrantes del Tribunal Constitucional son designados por el Congreso Nacional, por mayoría de sus integrantes, de la siguiente forma: dos elegidos por

⁴²⁹ Cfr. MORALES TOBAR, Marco, "Actualidad de la Justicia Constitucional en el Ecuador", en Luis López Guerra (coord), *La justicia constitucional en la actualidad*, Quito, Universidad Carlos III, 2002, p. 142. El autor explica que esta tesis llevaría a que el Congreso pudiese derogar una interpretación de la Constitución realizada por el Tribunal Constitucional, cosa que no coincide con la doctrina imperante en el derecho comparado, en el sentido que el Tribunal o Corte Constitucional debe ser el intérprete final de la Constitución.

⁴³⁰ Cfr. CEBALLOS BUENO, Oswaldo, "El sistema de control concentrado y el constitucionalismo en Ecuador" en *Anuario Iberoamericano de Justicia Constitucional*, Madrid, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, 2002, pp. 26 -27.

el Congreso Nacional, que no sean legisladores; dos de ternas enviadas por el Presidente de la República; dos de ternas enviadas por la Corte Suprema de Justicia de personas que no pertenezcan a ella; uno de la terna enviada por los alcaldes y prefectos provinciales; uno de la terna enviada por las centrales de trabajadores y las organizaciones indígenas y campesinas de carácter nacional, legalmente reconocidas; el último de la terna enviada por las cámaras de la producción, legalmente reconocidas.

Respecto de las tres últimas ternas, la Ley del Control Constitucional y la Ley de Elecciones determinan que para la conformación de dichas ternas las entidades mencionadas se reunirán en colegios electorales, convocadas por el Tribunal Supremo Electoral.

Los miembros del Tribunal Constitucional deben reunir los siguientes requisitos: ser ecuatoriano por nacimiento; hallarse en goce de los derechos políticos; ser mayor de cuarenta y cinco años; tener título de doctor en jurisprudencia, derecho o ciencias jurídicas; haber ejercido, con probidad notoria, la profesión de abogado, la judicatura o la docencia universitaria en ciencias jurídicas, por un lapso mínimo de quince años.

Los vocales magistrados del Tribunal tienen prohibido ejercer la abogacía o desempeñar otro cargo público o privado, con excepción de la docencia universitaria. Gozan de inmunidad, pues no son responsables por los votos que emitan ni por las opiniones que formulen en el ejercicio de su cargo. Sin embargo, los ministros del órgano constitucional pueden ser destituidos mediante juicio político por el Congreso Nacional, con el voto afirmativo de la mayoría absoluta de legisladores, por infracciones constitucionales o legales en el desempeño del cargo.

El Pleno del Tribunal se compone por sus nueve magistrados. Existen tres Salas integradas por tres magistrados. El Tribunal Constitucional, de conformidad

con la Ley del Control Constitucional, divide sus competencias, radicándose algunas en el Pleno y otras en las Salas.

Las competencias del Tribunal Constitucional son:

- a. Conocer y resolver las demandas de inconstitucionalidad que, por el fondo o por la forma, se presenten contra actos normativos. Estos actos normativos susceptibles de impugnación son: leyes orgánicas y ordinarias, decretos leyes, decretos, ordenanzas, estatutos, reglamentos y resoluciones emitidos por órganos del poder público.⁴³¹ En este caso, la petición de inconstitucionalidad la puede formular el Presidente de la República, el Congreso Nacional, la Corte Suprema de Justicia, mil ciudadanos o una persona con el informe favorable de procedencia del Defensor del Pueblo.
- b. Conocer y resolver demandas de inconstitucionalidad de actos administrativos de autoridad pública, es decir, de actos concretos con efectos individuales. El requerimiento puede ser presentado por el Congreso Nacional, la Corte Suprema de Justicia, los Consejos Provinciales o los Concejos Municipales, mil ciudadanos o una persona con el informe favorable de procedencia del Defensor del Pueblo.
- c. Conocer las resoluciones que denieguen las peticiones de *hábeas corpus* y *hábeas data*, la apelación debe ser formulada por el actor.
- d. Realizar el dictamen previo sobre objeciones de inconstitucionalidad formuladas por el Presidente de la República en el procedimiento de formación de la ley. El Ejecutivo, en este caso, debe solicitar el dictamen correspondiente al Tribunal Constitucional. Si el Presidente de la República ha objetado totalmente el proyecto de ley por estimarlo inconstitucional, el

⁴³¹ Como se observa, en el Ecuador, a diferencia de otros sistemas constitucionales, no se puede impugnar la constitucionalidad de una "reforma" constitucional.

Tribunal Constitucional puede confirmar su inconstitucionalidad total, con lo que el proyecto se archivará, o podrá determinar la inconstitucionalidad parcial del proyecto, en cuyo caso el proyecto deberá ser enmendado por el Congreso Nacional, debiendo pasar nuevamente a la sanción presidencial.

- e. Realizar el dictamen previo de constitucionalidad, de aquellos instrumentos internacionales que deben ser aprobados por el Congreso Nacional.⁴³² El dictamen lo debe solicitar el Presidente de la República. En caso que el Tribunal Constitucional dictamine la conformidad del instrumento con la Constitución, el Congreso Nacional podrá aprobarlo o no. En caso de que el Tribunal Constitucional dictamine que el instrumento es contrario a la Constitución, el Congreso Nacional si considerare que es importante su aprobación deberá, primero, reformar la Carta Fundamental.
- f. Dirimir conflictos de competencia o de atribuciones asignadas por la Constitución. La solicitud la pueden presentar el Presidente de la República, el Congreso Nacional, la Corte Suprema de Justicia, los Consejos Provinciales o Concejos Municipales, sea que reclamen para sí determinada facultad o la rechacen.
- g. Conocer el informe que los jueces, tribunales o salas emitan una vez que han declarado inaplicable algún precepto contrario al Código Político.⁴³³

4.5.4. Situación actual y perspectivas

En Ecuador el problema central del Tribunal Constitucional es su dependencia política.⁴³⁴ Así la Fiscalía, la Contraloría y la Defensoría del Pueblo, los partidos

⁴³² El artículo 161 de la Constitución señala expresamente cuáles son los instrumentos internacionales que deben ser aprobados por el Congreso Nacional, previo dictamen del Tribunal Constitucional.

⁴³³ *Cfr. ¿Qué es el Tribunal Constitucional? Competencias del Tribunal Constitucional*, p. 1. Página de Internet: <http://www.tribunalconstitucional.gov.ec>

⁴³⁴ AVILA SANTAMARIA, Ramiro, Justicia constitucional y derechos humanos, en *Revista Aportes Andinos*, Quito, febrero 2007, p. 7.

políticos utilizan su poder de designación y remoción de los miembros de este organismo para influir sobre sus procesos decisorios. En aquel país no se ha concebido la existencia de un órgano de control de la constitucionalidad realmente independiente. Al contrario, los órganos que participan en la conformación del Tribunal perciben a éste como un espacio de poder que puede y debe ser objeto de negociación y distribución.

La dependencia del Tribunal respecto del Congreso y de los partidos políticos deslegitima el rol que le asigna el texto constitucional e influye en el tipo de sentencias desarrollada. La gran mayoría de estos fallos se limitan a declarar si una ley es inconstitucional. Es decir, el Tribunal no utiliza la amplia gama de tipos de sentencias que la doctrina constitucional moderna ha desarrollado. Esta limitación permite al Tribunal evitar sistemáticamente conflictos con el Congreso, pues así puede eludir situaciones en que se le acuse de realizar tareas legislativas. Esta es una estrategia que provee alguna seguridad política pero que empobrece significativamente la calidad de la jurisprudencia y del control de la constitucionalidad los cuales requieren ineludiblemente diversidad en los tipos de sentencias.

Ante la falta de un efectivo control de la constitucionalidad formal, el proceso legislativo viola frecuentemente los procedimientos constitucionales de formación de la ley. Esto a su vez, propicia recurrentes pugnas entre el Ejecutivo y el Congreso, constante reacomodo de mayorías parlamentarias y nuevos ciclos de inestabilidad política que minan aún más el carácter jurídico de la Constitución.

Pese a sus deficiencias, en el Tribunal Constitucional ecuatoriano existe conocimientos y experiencia acumulada que puede contribuir positivamente a un Tribunal renovado. Una alternativa a la actual forma de designación es la de que cada órgano del Estado designe directamente un tercio de los miembros del Tribunal Constitucional, pues es necesario disminuir el actual predominio del

Congreso en tal designación. Igualmente es menester: suprimir la posibilidad de que los vocales magistrados sean reelegidos y ampliar el periodo de funciones de cuatro años- que es muy corto- a un de al menos 6 años que permita mayor estabilidad y continuidad para el desarrollo de la jurisprudencia constitucional.⁴³⁵

4.6. El control de la constitucionalidad en México

4.6.1. Antecedentes del control de la constitucionalidad

El primer documento constitucional que establece un mecanismo de control de constitucionalidad, en sentido estricto, es la Constitución de 1824, misma que además de inspirarse en la Constitución de Cádiz de 1812, tomó como referencia la Constitución Federal de los Estados Unidos de 1787,⁴³⁶ la cual contiene dos artículos que hacen referencia expresa, a saber:

“Artículo 137. Las atribuciones de la Corte Suprema de Justicia son las siguientes: [...] V. Conocer: I. de las diferencias que puede haber de uno a otro Estado de la Federación siempre que las reduzca a un juicio verdaderamente contencioso en que deba recaer formal sentencia y de las que se susciten entre un Estado y uno o más vecinos de otro... VI... [...] y de las infracciones de la Constitución y leyes generales, según se prevenga por la ley [...]”⁴³⁷

Posteriormente, es en las Leyes Constitucionales de 1836, documento constitucional conocido como Las Siete Leyes, cuando a decir de Tena Ramírez⁴³⁸ se encaró el problema de la defensa de la Constitución, mediante la instauración de un órgano político, llamado Supremo Poder Conservador que se componía de

⁴³⁵ GRIJALVA, Agustín, *Derechos Humanos, Constituyente y Tribunal Constitucional en Ecuador*, Quito, Universidad Andina Simón Bolívar, 2007, pp. 3 y ss.

⁴³⁶ El artículo 137 está inspirado en el artículo III, sección 2, de la Ley fundamental norteamericana,

⁴³⁷ TENA RAMÍREZ, Felipe, *Leyes fundamentales de México 1808-1995*, 19ª Edición, México, Porrúa, 1995, p. 188.

⁴³⁸ TENA RAMÍREZ, Felipe, *Derecho Constitucional Mexicano. op.cit.*, p. 495.

cinco miembros, elegidos mediante selecciones por las Juntas Departamentales, la Cámara de Diputados y el Senado. Este órgano contaba con facultades omnímodas, incluso superiores al del Ejecutivo.

Los Poderes de la Unión eran los órganos facultados para promover ante el Supremo Poder Conservador la nulidad de leyes o decretos que aquéllos consideraban violatorios de los artículos de la Constitución. Tal como lo prescribe el artículo 12 de la ley en cita:

“...Las atribuciones de este supremo poder [Supremo Poder Conservador] son las siguientes: I. Declarar la nulidad de una ley o decreto, dentro de dos meses después de su sanción, cuando sean contrarios a artículo expreso de la Constitución...II. Declarar... la nulidad de los actos del Poder Ejecutivo, cuando sean contrarios a la Constitución o a las leyes...III. Declarar en el mismo término la nulidad de los actos de la Suprema Corte de Justicia, excitado por alguno de los otros dos poderes, y sólo en el caso de usurpación de facultades.”⁴³⁹

Acorde a lo anterior, se ha considerado al Supremo Poder Conservador como la primera institución de carácter político que surgió en nuestro derecho como guardián de la constitucionalidad de las leyes. No obstante, sus fallos no fueron obedecidos por las autoridades afectadas, las que alegaron pretextos y evasivas, o simplemente los ignoraron, ya que la realidad política no permitía la subsistencia de un órgano de esta naturaleza, que había fracasado también en su país de origen.⁴⁴⁰

Cabe destacar por su relevancia, aun cuando no es de carácter nacional, el Proyecto de la Constitución de Yucatán de 1840, en virtud de la influencia que

⁴³⁹ *Ibidem.* p.210.

⁴⁴⁰ FIX-ZAMUDIO, Héctor, Salvador Valencia Carmona, *Derecho Constitucional Mexicano y Comparado*, México, UNAM, Instituto de Investigaciones Jurídicas, Porrúa, 1999, p.796.

tuvo en el desarrollo del control de constitucionalidad en el país. Las ideas aportadas en su exposición de motivos implican un programa conforme al cual trabajaron más tarde los constituyentes de 1842, 1846, 1857 y 1917.

Retrospectivamente, en 1840 se sometió a la consideración del Congreso de Yucatán el proyecto de Constitución, elaborado principalmente por Manuel Crescencio Rejón, Pedro C. Pérez y Darío Escalante. En el proyecto el control de la constitucionalidad de las leyes se le da a la Suprema Corte, y por ello se considera de tipo jurisdiccional, como se observa en la lectura del artículo 53, el cual disponía que a ese órgano le correspondía amparar en el goce de sus derechos a las personas que le pedían su protección, contra las leyes y decretos de la legislatura que fueran contrarios a la Constitución o contra las providencias del Gobernador o Ejecutivo, cuando en ellas se hubiere infringido el Código Fundamental o las leyes, limitándose en ambos casos a reparar el agravio en la parte en que éstas o la Constitución hubieren sido violadas.

Los jueces de primera instancia, conforme al artículo 63 del proyecto, también ejercían función de control, pues podían amparar en el goce de los derechos a los que pidieran su protección contra los cualesquiera funcionarios que no correspondían a la orden judicial.⁴⁴¹ Ello en términos del artículo 75 de la Carta Yucateca, el cual establecía el llamado control difuso trasladado del artículo VI de la Constitución Federal norteamericana, en cuanto disponía:

“En la administración de justicia arreglarán los jueces sus fallos a lo prevenido en esta Constitución, prescindiendo de lo dispuesto contra el texto literal de ella en las leyes o decretos del Congreso del Estado.”⁴⁴²

⁴⁴¹ Vid. VÁZQUEZ DEL MERCADO, Oscar, *El Control de la Constitucionalidad de la Ley*, México, Porrúa, 1978, p.142.

⁴⁴² FIX-ZAMUDIO, Héctor, Salvador Valencia Carmona. *Derecho Constitucional Mexicano y Comparado op. cit.*, p.798.

De los preceptos citados se determina que el control de constitucionalidad operaba sobre dos de los principios que caracterizan a la actual institución de amparo, esto es, el de iniciativa o de instancia de parte agraviada y el de la relatividad de las resoluciones respectivas, porque la actividad judicial en defensa de la Constitución sólo podía accionarse a petición del agraviado y la definición de inconstitucionalidad sólo aprovechaba en el caso concreto que motivara la reclamación.

Fue en el Primer Proyecto de Constitución Federal, presentado el 26 de agosto de 1842, que se contempló al control de la constitucionalidad, de la siguiente forma:

“Artículo 81. Para conservar el equilibrio de los Poderes públicos y precaver los atentados que se dirijan a destruir su independencia o confundir sus facultades, la Constitución adopta las siguientes medidas:

[...] II. Si dentro de un mes de publicada una ley del Congreso General fuese reclamado, como anticonstitucional, o del Presidente de acuerdo con su consejo o por diez y ocho (sic) diputados, o seis senadores, o tres legislaturas, la Suprema Corte, ante la que se hará el reclamo, mandará la ley a la revisión de las legislaturas, las que dentro de tres meses darán su voto, diciendo simplemente si 'es o no inconstitucional'... [...]"

Lamentablemente, con este procedimiento, la participación de la Corte Suprema en cuanto al control de constitucionalidad era receptiva y no interpretativa, pues se limitaba a recibir el reclamo de los órganos legitimados, mandar la ley a revisión de las legislaturas, y tal vez como facultad implícita, apercibir a las legislaturas en caso de excederse del tiempo de tres meses para emitir su voto, computar los votos y publicar el resultado.

Después, en las Bases Orgánicas de la República Mexicana de 1842 se expuso que la Suprema Corte de Justicia de la Nación debería ser el órgano constitucionalmente facultado para controlar la constitucionalidad de las leyes. Como a continuación se expone:

“Artículo 116. Son atribuciones de la Corte Suprema de Justicia:

[...]...15^a Oír las dudas de los tribunales sobre la inteligencia de alguna ley y creyéndolas fundadas, consultar sobre ellas al Presidente de la República, con los fundamentos que hubiere, para que inicie la conveniente declaración en el Congreso.”⁴⁴³

Ulteriormente, el proyecto de Constitución Federal de los Estados Unidos Mexicanos de 1857, presentado el 16 de junio de 1856, en su precepto 102, estableció en definitiva el control jurisdiccional de constitucionalidad de leyes por órgano judicial y no político, en los siguientes términos:

“[...] Toda controversia que se suscite por leyes o actos de cualquier autoridad que violaren las garantías individuales, o de la Federación que vulneren o restrinjan la soberanía de los Estados, o de éstos cuando invadan la esfera de la autoridad federal, se resuelve, a petición de parte agraviada, por medio de una sentencia y de procedimientos y formas de orden jurídico, ya por los tribunales de la Federación exclusivamente, ya por estos juntamente con los de los Estados, según los diferentes casos que establezca la ley orgánica, pero siempre de manera que la sentencia no se ocupe sino de individuos particulares y se limite a protegerlos y ampararlos en el caso especial sobre el que verse el

⁴⁴³ TENA RAMÍREZ, Felipe, *Leyes fundamentales de México 1808-1995*, op. cit., p. 276.

proceso, sin hacer ninguna declaración general respecto de la ley o del acto que la motivare..."⁴⁴⁴

Por lo que al juicio de amparo se refiere, es sin duda alguna en esta Constitución donde logró adquirir su fisonomía propia y consolidarse como una institución defensora de las libertades individuales de tipo exclusivamente jurisdiccional.

Subsiguientemente, pasada la guerra de tres años, la intervención francesa y regularizada la situación de Juárez como Presidente, en su tercer mandato, 1867-1871, se reglamentó el juicio de amparo, para garantizar adecuadamente las garantías individuales consignadas en la Constitución de 1857.

La Constitución indicada fue sustituida hasta 1917. A la que se le hicieron algunas adiciones y reformas, las que no modificaron sustancialmente el funcionamiento del poder judicial, y por ende el sistema de control de las leyes.⁴⁴⁵ Resultando de esta forma el amparo, como el medio común de protección de los derechos fundamentales de las personas cuando ellos hubieren sido violados por alguna autoridad pública.

Por último, cabe aludir que existieron dos momentos anteriores a 1987,⁴⁴⁶ para convertir a la Suprema Corte en la intérprete final de la Constitución. En 1944, bajo el régimen de Manuel Ávila Camacho, se presentó una iniciativa de reformas a la Constitución para que la Corte conociera solamente de la constitucionalidad de las leyes federales y locales, sin embargo dicha iniciativa no prosperó.⁴⁴⁷ El segundo intento lo constituyó la iniciativa de reforma constitucional

⁴⁴⁴ *Ibidem.* pp.568-569.

⁴⁴⁵ VÁZQUEZ DEL MERCADO, Oscar, *El Control de la Constitucionalidad de la Ley, op.cit.*, p. 154.

⁴⁴⁶ Con la revisión constitucional de 1º de agosto de 1987, la Suprema Corte de Justicia de la Nación tendrá competencia en materia constitucional solamente cuando pueda ejercitar su facultad de atracción.

⁴⁴⁷ Cfr. FIX-ZAMUDIO, Héctor, "Breve introducción al juicio de amparo mexicano", en *Memoria El Colegio Nacional*, México, 1976, Tomo VIII, número 3, pp. 152-167.

del Senador Brena Torres, presentada el 19 de septiembre de 1959, para que la Corte, con sólo 11 miembros, conociera de cuestiones de constitucionalidad, sin embargo, este proyecto tampoco fue aprobado.⁴⁴⁸

4.6.2. Estructura, contenidos y valores en la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos de 1917

Que mejor comenzar este apartado con la importancia que tiene la Constitución mexicana, al tenor de la opinión de Leonel Alejandro Armenta López:

“La Constitución de 1917 posee una gran relevancia en el orden político y constitucional de nuestro país, pues en ella el pueblo mexicano ha consagrado sus más caros anhelos, porque hizo de la justicia social la garantía más grande a través de los preceptos del constitucionalismo social como una conquista a la libertad y la democracia, cuyos postulados no pueden modificarse fácilmente.”⁴⁴⁹

Efectivamente, la Ley Fundamental del país tiene en su cuerpo un conjunto de valores y principios, la idea de derecho predominante en la sociedad política que regula. Es una expresión clara y manifiesta del proyecto de nación del pueblo mexicano. En sus preceptos se consignan los principios de igualdad, de libertad y de seguridad jurídica, que juntos constituyen la piedra angular sobre la que se basa la legitimidad o la ilegitimidad de los actos de autoridad.

⁴⁴⁸ Cfr. FIX-ZAMUDIO, Héctor, “La justicia constitucional en el ordenamiento mexicano”, en *Estudios Jurídicos en torno a la Constitución Mexicana de 1917 en el septuagésimo quinto aniversario*, México, UNAM, 1992, pp. 167-168.

⁴⁴⁹ ARMENTA LÓPEZ, Leonel Alejandro, *La forma federal del Estado*, México, UNAM, Instituto de Investigaciones Jurídicas, Serie E, Varios, 2005, número 73, p. 103.

En otras palabras, la Constitución, implica -más allá de su texto formal y positivo- un sistema de creencias políticas,⁴⁵⁰ de valores, sentimientos y convicciones, que hace realidad la representación jurídico política, que la sociedad considera valiosa para su más plena realización en el cumplimiento de sus altos objetivos. Si una Constitución, es vista como abarcador de los preceptos sociales esenciales y como la fuerza que mantiene la seguridad mutua, entonces no puede ser perturbada.⁴⁵¹

Es evidente que este sistema de creencias se enraíza en un sistema de valores que constituyen la razón de ser de cada norma jurídica, pues como bien señaló Von Ihering, todo derecho es un valor jurídicamente protegido⁴⁵². Esos valores son los que inspiran o deben inspirar cada norma jurídica que integra el texto constitucional.

Es de tal relevancia el tema, que Francisco Fernández Segado ha destacado que el ejemplo más significativo lo proporciona el moderno constitucionalismo alemán, con su concepción de un "*Wertordnung*" u "orden de valores" subyacentes a la Constitución y que vincula a todos los poderes del Estado.⁴⁵³ Un orden de valores que como dijera Bachof, no ha sido creado por la Constitución, sino que ésta se limita a reconocerlo y garantizarlo, y cuyo último fundamento se encuentra en una idea del hombre que descansa en esos valores.⁴⁵⁴

⁴⁵⁰ Las creencias político morales son la fuerza del régimen constitucional. No importan tanto los mecanismos políticos como las energías espirituales que los han creado y que los animan. Estamos en presencia de creencias y de convicciones. Cfr. HAURIUO, Maurice, *Principios de Derecho Público y Constitucional*, 2ª Edición, Madrid, Reu, 2003, p. 49. Por otro lado, hay que recordar que la ideología política es un conjunto de ideas, convicciones, prejuicios e incluso sentimientos, sobre los fundamentos, la organización, el ejercicio y los objetivos del poder político en la sociedad. Vid. LUCAS VERDÚ, Pablo, *Principios de Ciencia Política*, 3ª Edición, Madrid, Tecnos, 2004, Tomo III, pp. 198 y 199.

⁴⁵¹ Cfr. MANGABEIRA UNGER, Roberto, *Law in Modern Society, Toward a Criticism of Social Theory*, Nueva York, The Free Press and Simon & Schuster Inc, 1976, p. 65.

⁴⁵² Citado por HARO, Ricardo, *El control de constitucionalidad comparado y el rol paradigmático de las Cortes Y Tribunales Constitucionales*, op. cit. p. 28.

⁴⁵³ FERNÁNDEZ SEGADO, Francisco, "Evolución Histórica y Modelos de Control de Constitucionalidad" en *La Jurisdicción Constitucional en Iberoamérica*, op.cit. p. 49.

⁴⁵⁴ BACHOF, Otto, *Jueces y Constitución*, op. cit. p. 49.

Y es ese conjunto de ideas, valores y creencias, que constituyen el patrimonio de la cultura constitucional, junto con la riqueza de los matices de sus contenidos, lo que deben saber extraer las Cortes y los Tribunales Constitucionales, a través de sus pronunciamientos, pues ellos son los que sustentan la *"conciencia constitucional"*⁴⁵⁵ de la sociedad.

Motivo por el cual, los tribunales constitucionales, sólo deben resolver los casos en que, por su importancia y trascendencia institucional, se encuentran seriamente comprometidos tanto los valores y los fines constitucionales, como el ámbito, el sentido y el alcance de las normas fundamentales. He aquí la importancia suprema de las decisiones políticas fundamentales: su carácter jurídico vivo.

Un ejercicio hermenéutico tendiente a desentrañar el contenido de los preceptos que han recogido decisiones políticas fundamentales, permite advertir que no todos los artículos constitucionales se ubican en el mismo nivel jerárquico. Ello pesar de que la Teoría de las normas indica que entre los artículos de determinado cuerpo jurídico no puede hablarse de preeminencia, la "lectura constitucional" de las normas, nos permite arribar a la conclusión de que algunos artículos de la norma fundamental tienen primacía sobre los demás, merced a los principios, valores o decisiones fundamentales en ellos contenidas.

Si la Constitución no fuera ni suprema ni fundamental o pudiera ser modificada en sus principios esenciales o violentada sin posibilidad alguna de ser

⁴⁵⁵ La conciencia constitucional es "una facultad del hombre, en cuanto ciudadano, que le permite identificarse con el orden constitucional de su país en la medida que satisface sus convicciones político-sociales". LUCAS VERDU, Pablo, "Conciencia y sentimientos constitucionales (examen de los factores psicopolíticos como integradores de la convivencia política)", en *Anuario de Derecho Constitucional y Parlamentario*, Asamblea Regional y Universidad de Murcia, 1997, número 9, pp. 1 y 2. La conciencia constitucional es la magnitud de acuerdo o desacuerdo de una Nación en la legitimidad de su Constitución. Cuando predomina claramente el acuerdo, esa unión legítimamente infunde vida a la Ley Suprema escrita, la mantiene vigorosa, explica por qué es cumplida, venerada y perdurable en cuanto constantemente renace. Como escribe Héller: Citado por CEA EGAÑA, José Luis, "Revisión de la Teoría Constitucional", en *Revista de Derecho*, Facultad de Ciencias Jurídicas y Sociales de la Universidad Austral de Chile, Valdivia, diciembre de 1992, Vol. III, número 2, pp. 76-96.

reparada, entonces carecería del carácter superior que la doctrina le reconoce por encima de cualquier otra disposición jurídica.

4.6.3. Revisión constitucional al Poder Judicial Federal en 1994

A pesar que nuestra Constitución fue creada a principios del siglo pasado, ha sido complementada a lo largo de su existencia mediante su revisión constitucional. Ello ha permitido su evolución progresiva. Por eso en 1994 entre los tópicos pendientes en México, se encontraba el control de la constitucionalidad el cual es parte de la revolución constitucional y de los derechos humanos de nuestro tiempo, involucrado cada vez más con instituciones y personas. Quizá por ello, en México se hizo latente la idea de contar con un control de la constitucionalidad, similar a los implantados en varias latitudes del mundo.⁴⁵⁶

Hasta entonces, el Poder Judicial de la Federación se había caracterizado por ser:

“[...] un órgano débil en virtud del contexto en el que existía y actuaba, es decir, el régimen político condicionaba el diseño institucional y el funcionamiento del Poder Judicial de la Federación. Un cambio en el contexto, o sea en el régimen político tendría un impacto directo en el diseño y funcionamiento del Poder Judicial Federal; para verificar lo anterior sería necesario analizar la continuidad de los factores de la debilidad institucional del Poder Judicial Federal a la luz de algunas decisiones judiciales”.⁴⁵⁷

⁴⁵⁶ Algunos autores señalan que el cambio se suscitó con la revisión constitucional de agosto de 1987, la cual tiene como “idea eje” la separación del control de constitucionalidad y el control de legalidad, el cual quedaría delegado en su totalidad a los Tribunales Colegiados de Circuito. Vid. COSSÍO, José Ramón, *La teoría constitucional de la Suprema Corte de Justicia*, México, Fontamara, 2002, pp. 58 y ss.

⁴⁵⁷ BÁEZ SILVA, Carlos, “Cambio político y Poder Judicial en México”, en *Estudios en Homenaje a Don Jorge Fernández Ruiz. Derecho Constitucional y Política*, Cienfuegos Salgado, David y López Olvera, Miguel Alejandro (coord.), México, UNAM, Instituto de Investigaciones Jurídicas, 2005, p. 6.

En efecto, la implantación y conservación de un sistema de partido hegemónico, donde la división de poderes era prácticamente nula y la voluntad del titular del Ejecutivo Federal era la máxima y única expresión de la autoridad, en ocasiones porque el propio sistema jurídico así lo permitía, o bien, porque se utilizaban vías políticas de disuasión y persuasión, originó que la norma fundamental fuera sólo un instrumento que se utilizaba para legitimar el discurso político, el cual se le consideraba como un modelo o arquetipo de un programa mágico-institucional.⁴⁵⁸

La denominada reforma constitucional de 31 de diciembre de 1994,⁴⁵⁹ iniciada por el entonces Presidente Ernesto Zedillo Ponce de León, se caracterizó por su esmerada discreción.⁴⁶⁰ Es por ello justificada la manifestación sostenida por el Diputado González Luna Mendoza, durante los debates, en el sentido de que:

“La iniciativa que nos ocupa corresponde a una materia vasta y compleja de una excepcional trascendencia para México por la hondura de sus implicaciones en la vida cotidiana de sus pobladores; por ello, una reforma sobre estos temas debió contar con los tiempos parlamentarios que permitieran un proceso legislativo verdaderamente responsable, en permanente contacto con la opinión pública y los especialistas sobre la materia.”⁴⁶¹

⁴⁵⁸ ARMENTA LÓPEZ, Leonel Alejandro, *La controversia constitucional*, México, UNAM, Serie Estudios Jurídicos, 2003, número 11, p. 4.

⁴⁵⁹ El control jurisdiccional de la constitucionalidad resulta ser el mejor instrumento contra los regímenes antidemocráticos y de exclusión. Así sucedió en Europa: en Alemania, Italia, Portugal y España, se crearon los tribunales constitucionales al salir de largas y férreas dictaduras. En México, no sería la excepción, después de más de 70 años de gobierno de la denominada “dictadura perfecta” del Partido hegemónico: el Revolucionario Institucional. *Cfr.* GARCÍA LAGUARDIA, Jorge Mario, “Justicia Constitucional y defensa de la democracia. El golpe de Estado en Guatemala en 1993”, *op. cit.* p. 5.

⁴⁶⁰ GARCÍA RAMÍREZ, Sergio, “La reforma constitucional del Poder Judicial en México (1994-1995)” citado por BRAGE CAMAZANO, Joaquín, *La Acción de Inconstitucionalidad*, *op. cit.* pp. 15 - 16.

⁴⁶¹ *Diario de Debates de la Cámara de Diputados*, Sesión del 21 de diciembre de 1994, p. 2281.

Desde ese momento se aceptó que México requería de una nueva estructura y diseño de sus instituciones de control de la constitucionalidad, pues cada día se acentuaba su descontextualización con los problemas que imperaban en la sociedad. En ese tenor, se argumentaba lo siguiente:

“[...] Fortalecer el Estado de Derecho requiere mejores instrumentos para asegurar la plena vigencia de nuestra Constitución, mayor capacidad para aplicar la ley, sancionar a quienes la violan y dirimir las controversias... [...] Hoy, los mexicanos nos encontramos frente a la apremiante necesidad de adecuar las instituciones responsables de la seguridad pública y la justicia para que el derecho siga siendo garantía de convivencia pacífica e instrumento efectivo de cambio.”⁴⁶²

Pero la confusión generada, tal vez intencionalmente, entre lo que es un Tribunal Constitucional y una Suprema Corte como la existe en el país, se dio desde el momento de la iniciativa, donde entre otras cuestiones, se argumentó:

“Consolidar a la Suprema Corte como tribunal de constitucionalidad exige otorgar mayor fuerza a sus decisiones; exige ampliar su competencia para emitir declaraciones sobre la constitucionalidad de leyes que produzcan efectos generales, para dirimir controversias entre los tres niveles de gobierno y para fungir como garante del federalismo. Al otorgar nuevas atribuciones a la Suprema Corte, se hace necesario revisar las reglas de su integración a fin de facilitar la deliberación colectiva entre sus miembros, asegurar una interpretación coherente de la Constitución, permitir la renovación periódica de criterios y

⁴⁶² Iniciativa de Decreto por el que se reforman y adicionan diversos artículos de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos, presentada por el Presidente de la República, Dr. Ernesto Zedillo Ponce de León a la LVI Legislatura, diciembre 5 de 1994, p. 2.

actitudes ante las necesidades cambiantes del país, y favorecer el pleno cumplimiento de su encargo. En esa misma perspectiva, se hace necesaria una diferenciación en el desempeño de las funciones sustantivas y administrativas de la Suprema Corte para facilitar la eficiencia en ambas.⁴⁶³

Como se aprecia, erróneamente se creyó que al darle nuevas facultades a la Corte y delimitar sus funciones sustantivas y administrativas, ésta automáticamente se convertiría en un Tribunal Constitucional, con todo el sustento jurídico y político que representa el mismo. A partir de entonces, la retórica política esta llena de discursos que tratan de convencer a los ciudadanos que el Máximo Tribunal del país es de hecho un Tribunal Constitucional⁴⁶⁴. He aquí un ejemplo de esas tergiversaciones:

“[...]...la integración de 'valores' como parámetro de interpretación en casos difíciles; así como algunas decisiones tomadas bajo expedientes 'varios' que finalmente se transforman en sentencias interpretativas en donde no queda claro el límite de actuación de nuestro nuevo y renovado tribunal constitucional. La crítica a estas y otras actuaciones ya ha sido hecha con mayor detenimiento de lo que es posible en el presente trabajo, sin embargo es imposible dejar de notarlas ya que estas plantean problemas estructurales y

⁴⁶³ *Ibidem.* p. 3.

⁴⁶⁴ Paradójicamente algunos especialistas en el tema sostienen enfáticamente la similitud de ambas instituciones, no sólo en las publicaciones de la Suprema Corte de Justicia, que se “autonombra” Tribunal Constitucional, sino en la prensa por ejemplo, los académicos, CARPIZO, Jorge y CARBONELL, Miguel, “Contrapunto/SCJN”, en *Reforma*, 9 de noviembre de 2003. También los columnistas: ARISTEGUI, Carmen, “Opaca, secreta y medieval”, en *Reforma*, 14 de noviembre de 2003, GRANADOS CHAPA, Miguel Ángel, “La prudente Corte”, en *Reforma*, 5 de noviembre de 2003 o SILVA-HERZOG, Jesús “La legalidad y el caudillismo”, en *Reforma*, 10 de noviembre de 2003.

prácticos importantes en el desarrollo futuro de la SCJN como tribunal constitucional.”⁴⁶⁵

Insistentemente, el ministro Mariano Azuela Guitrón⁴⁶⁶ ha destacado que la Suprema Corte de Justicia de la Nación es un genuino Tribunal Constitucional,⁴⁶⁷ pues demuestra cotidianamente su autonomía e independencia.

Pero, como ha dicho José Luis Soberanes Fernández:

“[...] con la reforma del 31 de diciembre de 1994 se ha ahondado en el concepto de Tribunal Constitucional [no puede ignorarse que la Suprema Corte] todavía conserva algunos aspectos de tribunal de casación [...] debiendo en todo caso ir pensando en un tribunal federal superior, por encima de los colegiados, especie de tribunal de casación, para que desarrolle aquella función unificadora de la jurisprudencia que Calamandrei llamara *nomofilaquia*”.⁴⁶⁸

Finalmente, Juventino Castro y Castro añade al respecto:

“Lejos está de mí considerar que todo lo innovado es bueno, es eficaz, es elogiado. Pero estas nuevas instituciones son un esfuerzo notable para abandonar los parámetros sagrados, e

⁴⁶⁵ MEJIA GARZA, Raúl Manuel, “Acuerdos Generales de la Suprema Corte de Justicia de la Nación. Una aproximación sistemática”, en *Boletín Electrónico del Instituto Tecnológico Autónomo de México*, México, abril-junio de 2004, número 3, año 1, pp. 2 y 3. Página de Internet [http://www.boletin. Itam.mx](http://www.boletin.Itam.mx).

⁴⁶⁶ Vid. AZUELA GUITRÓN, Mariano, “CXC Aniversario del Primer Supremo Tribunal de Justicia de la Nación”, en *Compromiso, Órgano Informativo del Poder Judicial de la Federación*, Suprema Corte de Justicia de la Nación, México, Marzo de 2005, año 4, número 45, p. 3.

⁴⁶⁷ Sin embargo, diferencia de Europa, en México no se ha separado la jurisdicción constitucional de la ordinaria. Nuestro sistema se parece más al norteamericano: Suprema Corte, Tribunales Colegiados y Jueces de Distrito. Cfr. MAGALONI KERPEL, Ana Laura, “La agenda pendiente de la justicia constitucional mexicana”, en *Instrumentos de Tutela y Justicia Constitucional. Memoria del VII Congreso Iberoamericano de Derecho Constitucional*, op. cit. p. 269.

⁴⁶⁸ SOBERANES FERNÁNDEZ, José Luis, “Nueva Justicia Constitucional en México” op. cit. pp. 19-23.

intentar nuevas formas de realizar la pureza constitucional, pero no precisamente bajo la acción de amparo.”⁴⁶⁹

Las modificaciones renovaron y reorganizaron la integración de la Suprema Corte para facilitar su labor.⁴⁷⁰ De tal forma, el artículo 105 constitucional, fracción II le atribuye a la Suprema Corte de Justicia la competencia para conocer, sólo a instancia de alguno de los órganos o fracciones de órganos específicamente legitimados, de cualquier posible contradicción entre una norma de carácter general y la Constitución. Estableciéndose originariamente una única excepción: la materia electoral, si bien una nueva reforma de 22 de agosto de 1996, ha eliminado tal excepción y ha regulado la posibilidad de impugnar disposiciones de naturaleza electoral. No es así en las denominadas controversias constitucionales, reguladas y reestructuradas por la fracción I, del artículo 105 de la norma suprema, en las que persiste la idea de limitar la materia electoral.

Consecuentemente, no todos los jueces y tribunales de la Federación son competentes para declarar la inconstitucionalidad de las leyes ni pronunciarse con carácter general sobre su constitucionalidad,⁴⁷¹ pero sí son competentes para inaplicar las leyes al caso concreto.⁴⁷²

⁴⁶⁹ CASTRO y CASTRO Juventino V., *El artículo 105 Constitucional*, op. cit. p. 54.

⁴⁷⁰ A lo más que se llegó fue a un procedimiento para la aprobación por el Senado de la República, de los nombramientos de ministros propuestos por el titular del Ejecutivo Federal. Consistente en su comparecencia pública y el voto favorable de dos terceras partes de los miembros de ese órgano legislativo, para otorgar dicha aprobación. Asimismo se logró la reducción en el número de ministros que integran la Suprema Corte, su designación por un período determinado y su sustitución manera escalonada.

⁴⁷¹ No obstante, al ampliar la facultad de emitir acuerdos generales a fin de que algunos de los asuntos que son de su competencia pudieran pasar a la de los Tribunales Colegiados para entonces “dedicar sus energías a resoluciones que contribuyeran de modo significativo a mejorar el sistema de impartición de justicia, ya que la impresionante cantidad de resoluciones que debía tomar impedía que éstas fueran oportunas; sobre todo aquellas cuya importancia y trascendencia ameritaran la intervención del Máximo Órgano Jurisdiccional del país”. Ha sido un matiz, que abrió la posibilidad de que los Tribunales Colegiados conozcan cuestiones constitucionales, desvirtuándose de esta forma, su pregonado objetivo. *Vid.* Acuerdo General del Pleno de la Suprema Corte de Justicia de la Nación 5/2001.

⁴⁷² Al respecto, Clifford Grant percibe una semejanza en esta competencia de los jueces y tribunales federales mexicanos con el sistema americano, subrayando cómo “[...] las cortes de ambos países no deciden directamente sobre la validez de las leyes y no anulan las que encuentran ser

Es claro que en la actualidad, la misma Suprema Corte de Justicia de la Nación trata de justificar que se está consolidando como Tribunal Constitucional, circunscribiendo tal categoría en un conjunto acabado de “lineamientos” para la distribución de asuntos en salas y la reasignación de sus competencias originarias.⁴⁷³

Uno de los problemas suscitados con la reasignación de competencias, es que los asuntos que se envían para resolución a los tribunales colegiados pueden ser resueltos con criterios divergentes y fragmentan los criterios de constitucionalidad del país.⁴⁷⁴ Hay por consiguiente, un aumento tanto en cantidad como en trascendencia de las contradicciones de tesis entre los Tribunales Colegiados resueltos por las salas y por el pleno de la Corte en sus respectivas competencias⁴⁷⁵. La jurisprudencia muy difícilmente podrá ser modificada en el futuro ya que estos asuntos difícilmente volverán a llegar a la Suprema Corte.

El contenido judicial de la reforma puede circunscribirse a cinco puntos fundamentales, a saber:

1. Se dota a la Suprema Corte de Justicia de una nueva estructura y composición de forma tal que pasa a estar integrada por once ministros. Se modifica el procedimiento para el nombramiento de los ministros, que son propuestos al Senado por el presidente de la República en una terna para

inconstitucionales. Por el contrario, la sentencia es obligatoria sólo para las partes interesadas en el caso. La ley misma permanece en las compilaciones de leyes, y puede servir de base, o ser mantenida en vigor contra otros, a menos que su validez haya sido puesta en litigio otra vez.” CLIFFORD GRANT, James Allan, *El control jurisdiccional de la constitucionalidad de las leyes. Una contribución de las Américas a la ciencia política*, México, UNAM, 1963, p. 62.

⁴⁷³ MEJIA GARZA, Raúl Manuel, “Acuerdos Generales de la Suprema Corte de Justicia de la Nación. Una aproximación sistemática”, en *Boletín Electrónico del Instituto Tecnológico Autónomo de México*, *op. cit.* p. 5.

⁴⁷⁴ COSSÍO, José Ramón, *La teoría constitucional de la Suprema Corte de Justicia*, *op.cit.* p.148.

⁴⁷⁵ Para la competencia para la resolución de contradicciones, véase la tesis 136/99 de rubro “Competencia en contradicción de tesis en materia común. Corresponde al Pleno y no a las Salas”, *Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta*, diciembre de 1999, Tomo X, p. 5.

cada vacante a cubrir, ⁴⁷⁶ requiriéndose el voto favorable de las dos terceras partes de los miembros de dicha Cámara para que sea efectiva la designación⁴⁷⁷. Los candidatos deben de cumplir una serie de requisitos, entre los cuales destacan, la necesidad de poseer título profesional de licenciado con antigüedad mínima de diez años. La duración del periodo de ejercicio del cargo de ministro queda fijada en quince años, siendo su renovación escalonada.

Se libera a la Suprema Corte de las competencias administrativas, que se atribuyen ahora al Consejo de la Judicatura Federal. Este tendrá como función genérica la administración, vigilancia y disciplina del Poder Judicial de la Federación, con excepción de la Suprema Corte de Justicia.

2. Se introduce la acción de inconstitucionalidad dirigida principalmente contra el legislador, aunque no exclusivamente, pues una acción puede presentarse en contra de actos jurídicos con características de generalidad y abstracción, ajenos a las tradicionales leyes. Este medio de control se ha convertido en un mecanismo útil para hacer respetar al legislador la Carta Fundamental, además de que sus efectos generales hacen que una eventual sentencia estimatoria de la inconstitucionalidad de la disposición legal equivalga a su derogación simple, y sus efectos no se limiten, por consiguiente, a un proceso concreto.

⁴⁷⁶ No corresponde a la normalidad constitucional de un Estado democrático la propuesta, por parte del Ejecutivo, de los ministros de la Corte, pues ello conlleva lógicamente una tendencia favorable hacia ese Poder.

⁴⁷⁷ A propósito, Soberanes Fernández añade: "aquí hay una pequeña trampa y es la siguiente: el Senado tiene treinta días improrrogables para hacer la designación; si no lo hace, el presidente de la República hace la designación. De igual manera, la Cámara de Senadores puede rechazar la terna, en cuyo caso el Ejecutivo formula una nueva, si la Cámara la vuelve a rechazar, el presidente de la República hará la designación. Tal sistema es sumamente criticable por un doble orden de motivos. O bien puede ser una farsa, al poner junto a un candidato viable a dos no idóneos, o bien, como hasta ahora el presidente de la República y la mayoría de senadores pertenecen al mismo partido, el método de terna es una mera formalidad y se somete a una severa humillación a dos ciudadanos mexicanos, al ser "reprobados" por el Senado". SOBERANES FERNÁNDEZ, José Luis, "Nueva Justicia Constitucional en México", en *Crónica Legislativa, órgano de información de la LVI Legislatura de la honorable Cámara de Diputados*, abril-mayo de 1996, año V, nueva época, número 8, p. 18.

Por otra parte, se reestructuraron las controversias constitucionales⁴⁷⁸ las cuales son un medio de control jurisdiccional de la constitucionalidad, el cual se hace valer única y exclusivamente ante la Suprema Corte de Justicia entre órganos públicos que establece el artículo 105 constitucional, fracción II,⁴⁷⁹ cuyo objeto se basa en examinar si las normas generales o actos de autoridad emitidos, salvo los que tengan que ver con materia electoral, se ajustan o no a lo que dispone la Constitución Federal, con la finalidad de preservar la supremacía que le es propia la Carta Magna e impedir que estos órganos rebasen su ámbito de acción e invadan la competencia de otros, haciendo vigente el principio de división de poderes.⁴⁸⁰

El juicio de amparo se reforma y se prevé la posibilidad de su cumplimiento sustituto, para aquellos casos en que la naturaleza del acto reclamado lo permita y su ejecución afecte grave y negativamente a la sociedad, o a terceros, en mayor proporción que los beneficios económicos que pudiera obtener el quejoso. Se introduce, también, la figura de la caducidad en aquellos procedimientos en los que la falta de interés del quejoso puede generar inseguridad jurídica.

3. La solución de conflictos laborales en el Poder Judicial de la Federación. Corresponde su conocimiento y resolución a la Suprema Corte cuando se hayan suscitado entre ella y sus funcionarios y empleados; y al Consejo de la

⁴⁷⁸ A lo largo de 10 años, desde la reformas de diciembre de 1994, se han resuelto 865 controversias constitucionales y 219 acciones de inconstitucionalidad. Cfr. GUDIÑO PELAYO, José de Jesús, "La Suprema Corte, ante la Reforma del Estado", en *Compromiso, Órgano informativo del Poder Judicial de la Federación*, México, Suprema Corte de Justicia de la Nación, Septiembre 2005, año 5, número 51, p. 8.

⁴⁷⁹ Este tipo de conflictos no se producían con frecuencia, por tratarse de un sistema político autoritario y cerrado, dominado por un partido incluyente y organizado de manera corporativa, en el que bastaban, los mecanismos políticos internos de negociación o autoridad. FIX-FIERRO, Héctor, "La defensa de la constitucionalidad en la reforma judicial de 1994", en el colectivo *La reforma constitucional en México y Argentina*, México, Cuadernos Constitucionales México-Centroamérica, 1996, número 19, p. 49.

⁴⁸⁰ Vid. HERNÁNDEZ FLORES, JANETH, *Límites al control de la constitucionalidad en las controversias constitucionales*, Tesis de Maestría, UNAM, 2003, pp. 153 y 154.

Judicatura Federal, cuando tales conflictos laborales se hayan promovido por funcionarios o empleados de los demás tribunales federales.

4. El Ministerio Público. Se establece que sus resoluciones sobre el no ejercicio y desistimiento de la acción penal podrán ser impugnadas por vía jurisdiccional. Por otra parte, el Procurador General de la República se le asigna la representación de los intereses de la Federación en las materias de juicios de amparo, acciones de inconstitucionalidad y controversias constitucionales.
5. Se ofrece la posibilidad de que las entidades federativas adopten la figura de los consejos de la judicatura, sentándose las bases institucionales para el establecimiento y desarrollo de la carrera judicial.

Una vez aprobada esta revisión constitucional, se hacía necesario el desarrollo por ley de estas nuevas pautas constitucionales. Daba así comienzo la tramitación de la que habría de ser la Ley Reglamentaria de las Fracciones I y II del Artículo 105 de la Constitución Federal, publicada en el Diario Oficial de la Federación el 11 de mayo de 1995.

A partir de entonces, hubo opiniones como la de Carlos Báez Silva, en el sentido de que:

“La Constitución ha dejado de ser percibida preponderantemente como un documento político y comienza a ser apreciada, en lo fundamental, como un texto normativo; este cambio de percepción no sólo se debe manifestar en los juzgadores del Poder Judicial de la Federación, sino en todos los abogados mexicanos [...]”⁴⁸¹

⁴⁸¹ BÁEZ SILVA, Carlos, *Cambio político y Poder Judicial en México*, México, UNAM, Instituto de Investigaciones Jurídicas, *op.cit.* p. 11.

Todo esto llevo a un sector de la doctrina mexicana a sostener, equivocadamente, que la Suprema Corte, centrada fundamentalmente a la interpretación y aplicación de la Constitución,⁴⁸² se había transformado en un Tribunal Constitucional,⁴⁸³ aunque sin tener otorgada la categoría formal.

En esos términos, si bien es cierto que la Suprema Corte tiene atribuidas competencias propias de cualquier Tribunal Constitucional, no es suficiente para considerarla como tal. Erróneamente se creyó que la existencia en México de un Tribunal dotado de competencias similares a las de un Tribunal Constitucional, pudiera llegar a desempeñar una función análoga.

4.6.4. El sistema actual de control jurisdiccional de la constitucionalidad en México

Ese ha dicho que el sistema mexicano de control de la constitucionalidad es concentrado, en cuanto que sólo son competentes para ejercitar el control de regularidad constitucional los órganos del Poder Judicial de la Federación, y difuso, debido a que tal control se ejercita por los distintos órganos jurisdiccionales que componen ese Poder⁴⁸⁴. Es decir, en la variante mexicana se articulan los dos subsistemas por la doble competencia de la Suprema Corte que

⁴⁸² Contrario a esta apreciación, la Suprema Corte ha dejado de ser el máximo intérprete de la Constitución, pues una parte sustantiva de esa tarea, la realizan los Tribunales Colegiados sin que la Corte tenga ninguna ingerencia en ello: la jurisdicción de la Corte ha tendido a concentrarse en el control de la ley, la depuración del ordenamiento y la resolución de conflictos políticos. Los principales problemas que tienen que ver con los derechos ciudadanos, que van desde las privaciones ilegales de la libertad hasta que la interpretación judicial de la ley respete los estándares constitucionales, no están en manos de la Suprema Corte de Justicia de la Nación. *Vid.* MAGALONI KERPEL, Ana Laura, "La agenda pendiente de la justicia constitucional mexicana", en *Instrumentos de Tutela y Justicia Constitucional. Memoria del VII Congreso Iberoamericano de Derecho Constitucional*, *op. cit.* p. 267.

⁴⁸³ *Vid.* FIX-ZAMUDIO, Héctor, "La Suprema Corte como Tribunal Constitucional", en el colectivo *Reformas constitucionales de la renovación nacional*, México, Porrúa, 1987, pp. 445 y ss.

⁴⁸⁴ Para Joaquín Brage Camazano el sistema de control de constitucionalidad mexicano constituye una variante del control mixto, que combina un control de constitucionalidad concentrado en la Corte Suprema de Justicia, de tipo abstracto, a requerimiento de órganos políticos, cuyas sentencias producen efecto de cosa juzgada y efectos generales. A su vez, todos los tribunales federales tienen competencia para realizar control difuso de tipo concreto o incidental, instado por cualquier persona que se vea afectada en sus derechos y cuya sentencia sólo produce efectos inter partes. *Vid.* BRAGE CAMAZANO, Joaquín, *La acción de inconstitucionalidad*. México, *op.cit.* p. 57.

resuelve, en última instancia, en materia de control concreto de constitucionalidad de preceptos legales y en única instancia del control abstracto de control de constitucionalidad de carácter normativo.

Dentro de los medios de control de la constitucionalidad, sobresalen: el juicio de amparo, como medio específico de protección de las garantías individuales; las controversias constitucionales, que pueden considerarse como vías para el control de las normas generales y de resolución de conflictos derivados de los sistemas de división de poderes y federalismo, y las acciones de inconstitucionalidad, que buscan declarar la inconstitucionalidad de leyes de carácter general, a partir de demandas planteadas fundamentalmente por órganos del Estado.⁴⁸⁵

Los ministros de la Suprema Corte son independientes, inamovibles y están sometidos a un sistema de impedimentos. Pueden ser sometidos a juicio político, siempre que incurran en actos u omisiones que redunden en perjuicio de los intereses públicos fundamentales o de su buen despacho, y en virtud del cual podrán ser separados de su cargo e inhabilitados para el servicio público. Gozan de inmunidad, de manera que en su contra sólo podrá procederse penalmente previa declaración de procedencia emitida por mayoría absoluta de los miembros de la Cámara de Diputados.

La Suprema Corte de Justicia funciona en Pleno o en dos salas. El Pleno se integra por los 11 ministros, pero basta la presencia de 7 de ellos para que pueda funcionar. En los casos previstos en el artículo 105, fracción I, penúltimo párrafo y fracción II, de la Constitución, se requerirá la presencia de al menos 8 ministros para que el Pleno pueda sesionar, de acuerdo con lo establecido en el artículo 4 de la Ley Orgánica del Poder Judicial de la Federación.

⁴⁸⁵Hoy en día, el litigio jurídico-constitucional ya no es exclusivamente el “conflicto constitucional” en sentido estricto, es decir, el caracterizado por ser sus partes órganos constitucionales, que determinó la aparición del control de la constitucionalidad como jurisdicción constitucional de conflictos. SCHMITT, Carl, *Teoría de la Constitución*, op. cit. pp. 131 y ss.

Las Salas se componen de 5 ministros cada una, pero basta la presencia de 4 de ellos para sesionar. El Presidente de la Corte no integra Sala. Compete a la Sala primera conocer de asuntos en materia penal y civil, y a la segunda asuntos administrativos y laborales

Al paso de los años, los problemas estructurales y falta de conocimiento en materia constitucional de los integrantes de la Corte, han hecho que se emitan fallos no deberían haber sido dictados jamás, pues su demérito es tajante, especialmente por haber renunciado a la custodia de la Constitución y de los derechos fundamentales.

4.6.4.1. Juicio de amparo

Se trata de una acción procesal cuya finalidad consiste en tutelar las garantías individuales de los gobernados frente a los actos de autoridad. De manera incidental o accesorio, dicha protección redundará en que las autoridades respeten los preceptos contenidos en la Ley Suprema.

Es la vía tradicional de control de la constitucionalidad en México,⁴⁸⁶ que la reforma de 1994 mantiene, consiste en un control incidental por vía de amparo a cargo de cualquier juez o tribunal federal, sistema que se caracteriza por la "fórmula Otero", por la eficacia limitada a las partes que intervienen en el litigio.

En el amparo mexicano podemos descubrir funciones diversas, ya que puede utilizarse para la tutela de la libertad personal, para combatir las leyes inconstitucionales, como medio de impugnación de las sentencias judiciales y para reclamar los actos y resoluciones de la administración activa. En este sentido, podemos decir que su elemento genérico radica en ser un proceso

⁴⁸⁶ En atención a estos datos obtenidos de la historia constitucional y política de nuestro país, tanto los legisladores como las autoridades, soslayaron la importancia de estructurar otros medios de control de la constitucionalidad, para hacer valer los preceptos constitucionales por parte de las propias autoridades.

mediante el cual pueden impugnarse las normas generales o los actos que vulneren a los derechos fundamentales contenidos en el texto constitucional.

Efectivamente, el amparo tiene la finalidad de proteger los derechos y garantías fundamentales del individuo, y por ello tiene efectos concretos, no obstante, esto no ha sido entendido por muchos juristas quienes proponen “extender” el amparo⁴⁸⁷ para proteger todo el ordenamiento constitucional y darle efectos generales, confundiendo la teleología de este importante medio de control de la constitucionalidad.⁴⁸⁸

Se ha destacado que quienes lo estudiaban y lo aplicaban miraban más al pasado que al futuro. Así el amparo se aisló del mundo y se desfasó de la realidad. Actualmente existen muchas críticas a este medio de control:

“Es curioso presenciar como el amparo se debate en una paradoja: por una parte es ineficaz en muchos casos para lograr una adecuada protección de garantías individuales de los gobernados, al tiempo que su excesivo rigorismo, permite el fenómeno que indebidamente se ha bautizado por los medios de comunicación como el abuso del amparo, es decir, su utilización tramposa para lograr fines ilícitos, o por lo menos, socialmente censurables... el

⁴⁸⁷ Se pretende desvirtuar su esencia al controlar actos de entidades privadas que conculquen garantías individuales. Asimismo se busca que los efectos de sus sentencias tengan efectos generales.

⁴⁸⁸ Para no ir tan lejos, basta recordar que en Guatemala, desde 1965 ya tenían una idea clara de los fines de este medio de control. Al presentarse al pleno el Proyecto de Constitución, el Presidente de la Comisión, afirmó: “...[...] como novedad del orden constitucional, señalo la creación de una Corte Constitucional, no debemos confundir los propósitos de este tribunal con los del amparo o recurso de inconstitucionalidad, el amparo tiene un tipo de efectos en casos concretos y el recurso de inconstitucionalidad llega a una decisión judicial también en casos absolutamente concretos; en cambio, la Corte Constitucional es un controlador de la constitucionalidad de las leyes, es un tribunal que sopesa, que hace juicio de los actos del Congreso de la República, y su resolución tiene efectos de derogatoria general de la ley; es una función muy especial, y por eso se sacramento el recurso, se vio el mayor número de garantías posibles para que su interposición únicamente obedeciera a razones de suficiente seriedad, a fin de que no estuviera a disposición de cualquier mecanismo de embate en un momento político. Citado por GARCIA LAGUARDIA, Jorge Mario, “La justicia constitucional y la defensa de la democracia. El Golpe de Estado en Guatemala”, *op.cit.* p. 5

amparo se ha convertido, en gran medida, en una mito, más que en una protección para los gobernados. En leyenda para el discurso, más que en justicia viva. En historia, más que en presente.”⁴⁸⁹

Al margen de todo lo asentado, la Ley de Amparo vigente requiere ser leída junto con una enorme cantidad de precedentes, algunos de ellos contradictorios entre sí, para ser entendida. Esto aunado a su deficiente técnica jurídica, la convierte en un conjunto de trampas procesales, más que en un medio claro, ágil y eficaz de defensa de los derechos fundamentales de todos los gobernados.

También es necesario denotar que la existencia del denominado por los especialistas “amparo soberanía”, es intrascendente, pues la procedencia del amparo en sí se basa en la fracción I del artículo 103 constitucional, la cual se refiere a la infracción de las garantías individuales. Toda vez que la conculcación de garantías deriva de la decisión de un órgano que no tiene facultades para actuar, lo que implica la inobservancia del artículo 16 constitucional, el cual establece la garantía de legalidad, consistente en que para que un acto sea válido debe corresponder a la competencia del órgano que lo realiza.

4.6.4.2. Controversia constitucional

El término controversias constitucionales es una expresión genérica que designa a los procesos de control concreto, mediante los cuales la Suprema Corte de Justicia conoce de las disputas de carácter constitucional o legal surgidas entre los órdenes normativos u órganos a que da lugar el sistema federal o el principio de división de poderes.

⁴⁸⁹ ZALDIVAR LELO DE LARREA, Arturo, La justicia constitucional en México. Balance y retos, en *Tribunales y Justicia Constitucional. Memoria del VII Congreso Iberoamericano de Derecho Constitucional*, op. cit. p. 430.

En términos del artículo 105 fracción I, la Suprema Corte de Justicia de la Nación puede conocer de las controversias constitucionales, a excepción a las que se refieran a la materia electoral, que se susciten entre:

- a) La Federación y un Estado o el Distrito Federal;
- b) La Federación y un Municipio;
- c) El Poder Ejecutivo y el Congreso de la Unión; aquél y cualquiera de la Cámaras de éste o, en su caso, la Comisión Permanente, sean como órganos federales o del Distrito Federal;
- d) Un Estado y otro;
- e) Un Estado y el Distrito Federal;
- f) El Distrito Federal y un Municipio;
- g) Dos Municipios de Diversos Estados;
- h) Dos Poderes de un mismo Estado, sobre la constitucionalidad de sus actos o disposiciones generales;
- i) Un Estado y uno de sus Municipios; sobre la constitucionalidad de sus actos o disposiciones generales;
- j) Un Estado y un Municipio de otro Estado, sobre la constitucionalidad de sus actos o disposiciones generales; y
- k) Dos órganos de gobierno del Distrito Federal, sobre la constitucionalidad de sus actos o disposiciones generales.

Siempre que las controversias versen sobre disposiciones generales de los Estados o de los Municipios impugnadas por la Federación, de los Municipios impugnadas por los Estados, o en los casos a que se refieren los incisos c), h) y k) anteriores, y la resolución de la Suprema Corte de Justicia las declare inválidas, dicha resolución tendrá efectos generales cuando hubiera sido aprobada por una mayoría de por lo menos ocho votos.”

Efectivamente, los sujetos reconocidos formalmente para entablar una controversia constitucional son los poderes u órganos de gobierno citados, los cuales tienen delimitada su esfera de competencia en la Constitución Federal, no obstante, la Corte le ha otorgado esta facultad a otros órganos y en general ha estimado *contrario sensu* que un órgano derivado puede intervenir en el procedimiento relativo, atendiendo a cada caso particular, al principio de supremacía, a la finalidad perseguida y al espectro de su tutela jurídica. En suma, el problema deriva de la facultad de establecer que actuaciones de qué órganos pueden ser imputadas a un determinado orden jurídico, al punto de considerar que el mismo resulta afectado o que, al menos debe ser parte en la controversia.

La Suprema Corte ha aludido que el medio de control de la constitucionalidad denominado controversia constitucional tiene como objeto de tutela el ámbito de atribuciones que la Constitución General de la República confiere a los órganos originarios del Estado.⁴⁹⁰ Un criterio jurisprudencial así lo reconoce:

“CONTROVERSIA CONSTITUCIONAL. LOS OBJETIVOS DEL ORDEN JURÍDICO CONSTITUCIONAL SON LA ASIGNACIÓN DE COMPETENCIA Y EL CONTROL DE SU EJERCICIO POR LAS AUTORIDADES DE LOS DEMÁS ÓRDENES JURÍDICOS...[...] el orden

⁴⁹⁰ *Vid.* Tesis de jurisprudencia P./J. 157/2000, Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta, Novena Época, Tomo XIII, diciembre 2002, p. 554.

constitucional tiende a preservar la regularidad en el ejercicio de las atribuciones establecidas en favor de las autoridades, las que nunca deberán rebasar los principios rectores previstos en la Constitución Federal, ya sea en perjuicio de los gobernados, por violación de garantías individuales, o bien afectando la esfera de competencia que corresponde a las autoridades de otro orden jurídico.”⁴⁹¹

La finalidad de este medio de control es salvaguardar el orden federal, al tenor del siguiente criterio:

“CONTROVERSIA CONSTITUCIONAL. EL CONTROL DE LA REGULARIDAD CONSTITUCIONAL A CARGO DE LA SUPREMA CORTE DE JUSTICIA DE LA NACIÓN, AUTORIZA EL EXAMEN DE TODO TIPO DE VIOLACIONES A LA CONSTITUCIÓN FEDERAL...[...] La finalidad primordial de la reforma constitucional, vigente a partir de mil novecientos noventa y cinco, de fortalecer el federalismo y garantizar la supremacía de la Constitución, consistente en que la actuación de las autoridades se ajuste a lo establecido en aquélla... [...].⁴⁹²

Además, es innegable que al formular de manera casuística la fracción I del artículo 105 constitucional, quedaron al margen diversos órganos públicos y relaciones entre ellos. Además no fueron previstos los órganos constitucionales autónomos como el Banco de México, el Instituto Federal Electoral y la Comisión

⁴⁹¹ Tesis de Jurisprudencia P./J. 97/99, Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta, Novena Época. Tomo X, Septiembre de 1999. p. 709.

⁴⁹² Tesis de Jurisprudencia P./J. 98/99, Fuente Pleno SCJN, Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta, Novena Época. Tomo X, Septiembre de 1999. p. 703.

Nacional de los Derechos Humanos, lo cuales desempeñan una función preponderante y de gran trascendencia para la vida del Estado.⁴⁹³

4.6.4.3. Acción de inconstitucionalidad

A través de la revisión constitucional de 1994, se introdujo una vía de control abstracto de la constitucionalidad que conoce directamente la Suprema Corte de Justicia, que se caracteriza porque sus declaraciones, en ciertos supuestos, de inconstitucionalidad tienen efectos *erga omnes*.⁴⁹⁴ En efecto, a través de la acción de inconstitucionalidad diversos órganos legitimados, tienen la posibilidad de plantear la posible contradicción entre una norma de carácter general y el texto constitucional.

De conformidad con la fracción II del artículo 105 de la Constitución Federal, los órganos legitimados para interponer la acción son:

- “... a) El equivalente al treinta y tres por ciento de los integrantes de la Cámara de Diputados federal, en contra de leyes federales o del Distrito Federal expedidas por el Congreso de la Unión.

- b) El equivalente al treinta y tres por ciento de los integrantes del Senado, en contra de leyes federales o del Distrito Federal expedidas por el Congreso de la Unión o de tratados internacionales celebrados por el Estado Mexicano.

- l) El Procurador General de la República, en contra de leyes de carácter federal, estatal o del Distrito Federal, así como de los tratados internacionales celebrados por el Estado Mexicano.

⁴⁹³ Vid. HERNÁNDEZ FLORES, JANETH, *Límites al control de la constitucionalidad en las controversias constitucionales*, op cit. Capítulo IV.

⁴⁹⁴ Las resoluciones de la Suprema Corte de Justicia sólo podrán declarar la invalidez de las normas impugnadas, siempre que fueren aprobadas por una mayoría de cuando menos ocho votos.

- m) El equivalente al treinta y tres por ciento de los integrantes de alguno de los órganos legislativos estatales, en contra de leyes expedidas por el propio órgano.
- n) El equivalente al treinta y tres por ciento de los integrantes de la Asamblea Legislativa del Distrito Federal, en contra de leyes expedidas por la propia Asamblea.
- o) Los partidos políticos con registro ante el Instituto Federal Electoral, por conducto de sus dirigencias nacionales, en contra de leyes electorales federales o locales; y los partidos políticos con registro estatal, a través de sus dirigencias, exclusivamente en contra de leyes electorales expedidas por el órgano legislativo del Estado que les otorgó el registro.”

A diferencia de lo que acontece con las controversias, en las acciones de inconstitucionalidad no se hace necesario demostrar la existencia de un agravio o lesión jurídica o la aplicación concreta de la norma a fin de conferirle legitimación a la parte promovente.⁴⁹⁵

Igualmente, en oposición a la controversia constitucional, la acción de inconstitucionalidad si procede en materia electoral, aunque lógicamente, limitada a la impugnación de normas generales sin poder versar sobre actos concretos de aplicación cuya constitucionalidad se controla jurisdiccionalmente a través de las instituciones previstas en la Ley General del Sistema de Medios de Impugnación en Materia Electoral.

Pero las leyes electorales federales y locales deberán promulgarse por lo menos noventa días antes de que inicie el proceso electoral respectivo, y durante el mismo no pueden ser sujetas al control de la constitucionalidad.

⁴⁹⁵ Las acciones de inconstitucionalidad podrán ejercitarse, dentro de los treinta días naturales siguientes a la fecha de publicación de la norma que se tilda de inconstitucional.

4.6.4.4. Juicio para la protección de los derechos político-electorales del ciudadano

Este instrumento introducido por las reformas constitucionales y legales de 1996, debe considerarse como un mecanismo paralelo al juicio de amparo, en su función primordial de protección de los derechos humanos.⁴⁹⁶ Su origen se debe a que en el ordenamiento jurídico mexicano estaba ausente un instrumento procesal para proteger los derechos políticos de carácter individual. Al respecto Héctor Fix-Zamudio ha dicho:

“Fue un acierto por tanto, que se estableciera el juicio para la protección de los derechos político-electorales del ciudadano, ante el Tribunal Electoral del Poder Judicial de la Federación como un instrumento paralelo al juicio de amparo que como se ha visto, no procede para la tutela de los derechos políticos.”

Puede presentarse ante la Sala Superior del Tribunal Electoral del Poder Judicial de la Federación, en única instancia, cuando se trate de la violación de derechos de votar y ser votado en elecciones populares, asociarse individual y libremente para formar parte de manera pacífica en los asuntos jurídicos del país. El artículo 79 de la Ley General del Sistema de Medios de Impugnación indica al respecto:

“El juicio para la protección de los derechos político-electorales sólo procederá cuando el ciudadano por sí mismo y en forma individual, haga valer presuntas violaciones a sus derechos de votar y ser votado en las elecciones populares, de asociarse individual y libremente para tomar parte de forma pacífica en los asuntos políticos y afiliarse libre e individualmente a los partidos

⁴⁹⁶ FIX-ZAMUDIO, Héctor, “Evolución del control constitucional en México”, en *El constitucionalismo iberoamericano del siglo XXI*, Diego Valádes y Miguel Carbonell (coord.), México, UNAM, Instituto de Investigaciones Jurídicas, Serie Doctrina Jurídica, 2004, número 29, p. 110.

políticos. En el supuesto previsto en el inciso c) del párrafo I del siguiente artículo la demanda deberá presentarse por conducto de quien ostente la representación legítima de la organización política agraviada.”

Durante el periodo electoral y ante las Salas Regionales del mismo tribunal,⁴⁹⁷ se interpondrá, cuando no se entregue al afectado el documento necesario para ejercer el voto, o no aparezca, o considere que se le ha excluido de la lista nominal de electores de la sección correspondiente a su domicilio.

Están legitimados los ciudadanos individualmente considerados que hubieren sido lesionados en sus derechos político-electorales, pero únicamente podrán promover el juicio cuando hubiesen agotado todas las instancias previas y realizado las gestiones necesarias para estar en condiciones de ejercer el derecho político-electoral presuntamente violado en la forma y en los plazos que las leyes respectivas establezcan para tal efecto.⁴⁹⁸

Existe una imprecisión, cuando el afectado, habiéndose asociado con otros ciudadanos para tomar parte en forma pacífica en asuntos políticos, conforme a las leyes aplicables, considere que les negó indebidamente su registro como partido político o agrupación política, ya que en esa hipótesis, la demanda deberá presentarse por conducto de quien ostente la representación legítima de la organización o agrupación política agraviada. Estos preceptos carecen de precisión, pues no queda claro si se trata de la tutela de un interés individual, el del ciudadano, o de carácter colectivo, el de la asociación de la que forma parte.

⁴⁹⁷ Durante el tiempo que transcurra entre dos procesos electorales ordinarios o extraordinarios, estas controversias deben someterse a la Sala Superior en una sola instancia.

⁴⁹⁸ La Sala Superior del Tribunal Electoral del Poder Judicial de la Federación estableció un criterio en el sentido de que el “Juicio para la protección de los derechos político-electorales del ciudadano, es improcedente contra actos de los partidos políticos”. Juicio 12/97. Andrés Arnulfo Rodríguez Zárate y otros, resuelto el 27 de mayo de 1997, *Justicia Electoral*, Suplemento, México, número 1, 1997, pp. 48 y 49.

Cuando por causa de inelegibilidad de los candidatos las autoridades electorales competentes determinan no otorgar o revocar la constancia de mayoría o de agrupación respectiva, los ciudadanos afectados no podrán interponer el juicio de protección de sus derechos político-electorales, sino que deberán acudir al juicio de inconformidad, y en su caso, al recurso de reconsideración respectivo, cuando se trate de procesos electorales federales. Sin embargo, cuando esta situación se presente en comicios de carácter local, el agraviado sólo podrá promover el citado juicio de protección, en el supuesto de que la ley electoral correspondiente no le confiera un medio de impugnación jurisdiccional que sea procedente en esos casos o cuando, habiendo agotado el mismo, considere que se reparó la violación constitucional reclamada.

En la Ley General del Sistema de Medios de Impugnación en Materia Electoral se determina que los fallos son definitivos e inatacables, se dispone también, que las resoluciones favorables a los demandantes pueden tener los siguientes efectos: a) confirmar el acto o resolución impugnados, o b) revocar o modificar dicho acto o resolución y restituir al promoverte en el uso y goce del derecho político-electoral que le haya sido violado. Pero si por razón de los plazos legales o por la imposibilidad técnica o material la autoridad electoral federal o local responsable no puede incluir a los afectados en las listas nominales correspondientes o expedirles el documento que exija la ley electoral para poder sufragar, bastará la exhibición de la copia certificada de los puntos resolutive del fallo, así como de una identificación, para que los funcionarios electorales permitan que los ciudadanos respectivos ejerzan el derecho de voto el día de la jornada electoral.⁴⁹⁹

⁴⁹⁹ TERRAZAS SALGADO, Rodolfo y DE LA MATA PIZAÑA, Felipe, "juicio para la protección de los derechos político-electorales del ciudadano", en *Estudio teórico práctico del sistema de medios de impugnación en materia electoral*, México, Centro de Capacitación Judicial del Tribunal Electoral del Poder Judicial de la Federación, 1997, pp. 274-276.

4.6.4.5. Juicio de revisión constitucional electoral

El juicio de revisión constitucional electoral, se encuentra previsto en el libro cuarto de la Ley General del Sistema de Medios de Impugnación en Materia Electoral, mediante el se garantiza la constitucionalidad de actos o resoluciones de las autoridades locales en los procesos electorales de las entidades federativas. De este juicio conoce el Tribunal Electoral del Poder Judicial de la Federación.

Esta figura se implantó a través del artículo 99 constitucional y por la Ley General de Medios de Impugnación en Materia Electoral, en las reformas de 1996, con el fin de dar la posibilidad de combatir la inconstitucionalidad de los actos o resoluciones de las autoridades electorales de las entidades federativas. En la parte relativa a la exposición de motivos de la iniciativa presidencial que sirvió de base a las reformas constitucionales de agosto de 1996, se manifestó que:

“[...]...esta nueva vía sólo procederá cuando haya violaciones directas a la Constitución Federal y en casos determinados que por su trascendencia ameriten ser planteados ante esta instancia jurisdiccional. Con lo anterior se pretende moderar aquellas situaciones que por su disparidad o divergencia con el sentido de nuestro texto fundamental, atenten contra el Estado de Derecho. De igual manera con esta vía se aspira a superar los debates sobre la legalidad de los procesos locales, cerrando el camino a decisiones políticas sin fundamento jurídico que pudieren afectar el sentido de la voluntad popular expresada en las urnas.”

Es de considerarse que no existe otro medio de control de la constitucionalidad por el cual se pudiesen combatir los actos concretos de las autoridades electorales locales que infrinjan directamente la Constitución Federal,

ya que no procede el juicio de amparo contra las violaciones de los derechos políticos, según la jurisprudencia sostenida hasta ahora.⁵⁰⁰

En efecto, el juicio de revisión constitucional electoral sólo procederá para impugnar actos o resoluciones de las autoridades competentes de las entidades federativas para organizar y calificar los comicios locales o resolver las controversias que surjan durante los mismos, siempre que satisfagan determinados requisitos cuyo incumplimiento determinará que se deseche de plano el medio de impugnación respectivo.

En consecuencia, el citado ordenamiento exige que los actos o resoluciones combatidos, tengan en primer lugar, el carácter de definitivos y firmes; que violen algún precepto de la Constitución; que la infracción reclamada pueda resultar determinante para el desarrollo del proceso electoral respectivo o el resultado final de las elecciones; que la reparación solicitada sea material y jurídicamente posible dentro de los plazos electorales y factible antes de la fecha constitucional o legalmente fijada para la instalación de los órganos o la toma de posesión de los funcionarios electos, y finalmente, que se hubiesen agotado en tiempo y forma todas las instancias previas establecidas por las leyes para combatir los actos o resoluciones electorales mediante los cuales pudieran haberse modificado, revocado o anulado esas decisiones.⁵⁰¹

El conocimiento de este proceso de revisión constitucional corresponde a la Sala Superior de Tribunal Electoral del Poder Judicial de la Federación en única instancia, tratándose de los actos o resoluciones relativos a las elecciones de gobernadores, diputados locales, autoridades municipales, así como de jefe de

⁵⁰⁰ Pero si pueden impugnarse disposiciones legislativas electorales locales por conducto de la acción de inconstitucionalidad *Vid.* FIX-ZAMUDIO, Héctor, "Evolución del control constitucional en México", en *El constitucionalismo iberoamericano del siglo XXI*, *op. cit.* p. 117.

⁵⁰¹ Juicio de Revisión Protección Jurídica Constitucional 92/97, promovida por el Partido del Trabajo, 25 de septiembre de 1997.

gobierno, diputados a la Asamblea Legislativa y titulares de los órganos político-administrativos del Distrito Federal.

Únicamente los partidos políticos pueden promover dicho juicio de revisión constitucional electoral por conducto de sus representantes legítimos, en términos de ley. La falta de legitimación o de personería será causa para el desechamiento de plano del proceso de que se trata. Los efectos de las sentencias que decidan los juicios de revisión constitucional electoral pueden consistir en la confirmación del acto o la resolución impugnados, o bien, en la revocación o modificación de los mismos.

Debe precisarse, que el Tribunal Electoral del Poder Judicial de la Federación goza de competencia de control de constitucionalidad limitada al examen de constitucionalidad de los actos de autoridades electorales, federales o locales, sin que pueda legalmente examinar y, menos aún, declarar la inconstitucionalidad de las leyes electorales.

4.6.4.6. Recurso de Apelación para garantizar la constitucionalidad de actos y resoluciones de la autoridad electoral federal

Este recurso se encuentra previsto en el Título Tercero, Capítulo 1, artículos 40 a 42, de la Ley General del Sistema de Medios de Impugnación en Materia Electoral. Su finalidad es precisamente salvaguardar la constitucionalidad de los fallos de la autoridad electoral y es procedente:

1. Durante el tiempo que transcurra entre dos procesos electorales federales, y durante la etapa de preparación del proceso electoral federal, contra:

- a) Las resoluciones que recaigan a los recursos de revisión previstos en el Título Segundo de de la Ley General supracitada⁵⁰², y
 - b) los actos o resoluciones de cualquiera de los órganos del Instituto Federal Electoral que no sean impugnables a través del recurso de revisión y que causen un perjuicio al partido político o agrupación política con registro, que teniendo interés jurídico promueva.
2. En la etapa de resultados y declaración de validez de las elecciones, para impugnar las resoluciones que recaigan a los recursos de revisión promovidos en los términos del párrafo 2 del artículo 35 de la Ley General multicitada.
 3. Para impugnar el informe que rinda la Dirección Ejecutiva del Registro Federal de Electores a la Comisión Nacional de Vigilancia y al Consejo General del Instituto Federal Electoral, relativo a las observaciones hechas por los partidos políticos a las listas nominales de electores, en los términos del Código Federal de Instituciones y Procedimientos Electorales.
 4. En cualquier tiempo, para impugnar las determinaciones y, en su caso, la aplicación de sanciones que en los términos del Código mencionado realice el Consejo General del Instituto Federal Electoral.

Este recurso se interpondrá ante el Consejo General del Instituto Federal Electoral, dentro de los tres días siguientes a aquel en que se dé a conocer el informe a los partidos políticos. Se deberá acreditar que se hicieron valer en tiempo y forma, las observaciones sobre los ciudadanos incluidos y excluidos indebidamente de las listas nominales de electores, señalándose hechos y casos

⁵⁰² Estos recursos de revisión proceden: contra actos o resoluciones que causen perjuicio a quien teniendo interés jurídico lo promueva y que provengan del Secretario Ejecutivo y órganos colegiados del Instituto Federal Electoral a nivel distrital y local cuando no sean de vigilancia; contra actos o resoluciones de los órganos del Instituto que causen un perjuicio real al interés jurídico del partido político recurrente, cuya naturaleza diversa a los recurribles por vía de inconformidad y reconsideración, y que no guarden relación con el proceso electoral y resultado del mismo.

concretos e individualizados, mismos que deben estar comprendidos en las observaciones originalmente formuladas. De no cumplirse con estos requisitos el recurso será desechado por notoriamente improcedente.

4.7. Principales problemas que plantea el control de la constitucionalidad en México

Como enfáticamente lo hemos señalado a lo largo de la presente exposición, el principal problema que existe en el país es la falta de un sistema de control de la constitucionalidad, estructuralmente viable y eficaz, que pueda responder a todos los supuestos de inconstitucionalidad por parte de los detentadores legítimos del poder. No obstante, a continuación sólo se analizarán sólo algunos de los inconvenientes que existen y que redundan en toda la esfera de control.

4.7.1. En las controversias constitucionales

Al haberse seguido de manera decidida y demasiado estricta el sistema de legitimación limitada a ciertos órganos políticos –la técnica de la *Organklage*–, se ha incurrido en problemas de técnica legislativa que conllevan efectos más profundos y negativos, pues impiden a ciertos órganos del Estado y niveles de gobierno defender su ámbito de competencias constitucionales.

En efecto, en la fracción I del artículo 105 constitucional se confunden órganos constituidos, Federación, Estados, Municipios y órganos federales. Por ejemplo, la Federación, no es un órgano constituido, es parte de una estructura de gobierno o de un régimen político.⁵⁰³ En tal virtud, los órganos constituidos nacen de la organización del poder político, y por ello, pertenecen a la Federación. En consecuencia, ésta no puede entrar en conflicto, como lo especifican los incisos a) y b) de la fracción I del artículo que regula el medio de

⁵⁰³ Vid. COVIÁN ANDRADE, Miguel, *Teoría Constitucional*, op. cit. Capítulo IV.

control. Tampoco los Estados (entidades federativas) y los Municipios, entran en controversia, solamente sus órganos constituidos.

En otro orden de ideas, en las controversias constitucionales es explícita la prohibición de cuestiones político-electorales, sin tomar en consideración que no puede haber materias fuera del control de la constitucionalidad. Lo que significa una clara contravención con lo que establece la Constitución, pues carece de todo sentido democrático.

Esa exclusión es radical y abre una puerta a la “huida constitucional”, esto es, a una actuación que no se ajuste estrictamente a los parámetros constitucionales o que esos parámetros se definan de forma distinta a como lo hace el control de la constitucionalidad. Por ello parece conveniente que las cuestiones electorales puedan ser revisadas por un Tribunal Constitucional, asegurando así la unidad en la aplicación de la Constitución.⁵⁰⁴

Sin embargo, es un hecho que la Suprema Corte de Justicia de la Nación, cada vez más dirime problemas netamente políticos, como atinadamente lo indica José Woldenberg:

“[...]...las controversias constitucionales, están convirtiendo a la Suprema Corte de Justicia en la última instancia en la resolución de conflictos con una alta dosis de carga política... [...] a querer o no, es ya la última palabra en materia de controversias políticas”.⁵⁰⁵

Por otra parte, Garza García manifiesta:

⁵⁰⁴ PÉREZ TREMP, Pablo, “Justicia Constitucional Latinoamericana”, en *Conferencia pronunciada en la Corte Suprema de Paraguay, dentro del Programa de Modernización de las Instituciones en Paraguay*, op.cit. p. 5.

⁵⁰⁵ WOLDENBERG, José, “La Suprema Corte, ante la Reforma del Estado”, en *Compromiso, Órgano informativo del Poder Judicial de la Federación*, op. cit. p. 8.

“La acción de inconstitucionalidad, como único medio de control constitucional en materia electoral, es el cerrojo de oro con que se ha secuestrado al constitucionalismo para no estorbar al libertinaje del sistema político mexicano.”⁵⁰⁶

De hecho, los límites y deficiencias en este medio de control son tantas, que han sido motivo de análisis en otro estudio.⁵⁰⁷ Basta con decir, que en ha sido sumamente confundida con el juicio de amparo.

4.7.2. Confusión de todos los medios de control con el amparo

Existe una inexplicable analogía de los medios de control de la constitucionalidad con el amparo como atinadamente lo ha señalado Fix Zamudio⁵⁰⁸. Y si bien una cosa es adaptar los medios de control de la constitucionalidad a la realidad del país, otra muy distinta es tergiversar, añadir o fusionar arbitrariamente los mismos, pues ello implicaría dejar a un lado su base epistemológica: la teoría y la ingeniería constitucional.

El amparo⁵⁰⁹ tiene su objeto y naturaleza jurídica delimitada, sin embargo, existen voces en la doctrina mexicana que proponen la extensión del amparo, tratando que éste cumpla con el control abstracto de constitucionalidad, cuestión que no es factible ni teórica ni prácticamente, pues para ello existen los medios de control de la constitucionalidad pertinentes.

⁵⁰⁶ GARZA GARCÍA, César Carlos, “Poder Judicial de la Federación, factor de equilibrio entre poderes”, en *Compromiso, Órgano informativo del Poder Judicial de la Federación*, México, op. cit. p. 12.

⁵⁰⁷ Vid. HERNÁNDEZ FLORES, JANETH, *Límites al control de la constitucionalidad en las controversias constitucionales*, op. cit. pp. 198-235.

⁵⁰⁸ FIX-ZAMUDIO, Héctor et al., “La jurisdicción constitucional en México” en Fernández Segado, Francisco y Domingo García Belaunde, *La jurisdicción constitucional en Iberoamérica*, op.cit. p. 774.

⁵⁰⁹ Para Ana Laura Magaloni el juicio de amparo tiene características similares, aunque no idénticas a la *judicial review*, en donde todo ciudadano puede acudir el Tribunal Federal a reclamar la inconstitucionalidad de un acto o ley que estime vulnere sus derechos fundamentales o garantías individuales. Cfr. MAGALONI KERPEL, Ana Laura, “La agenda pendiente de la justicia constitucional mexicana”, en *Instrumentos de Tutela y Justicia Constitucional. Memoria del VII Congreso Iberoamericano de Derecho Constitucional*, op. cit. p. 266.

Efectivamente, la distensión del amparo no es viable, aunque algunos como Héctor Fix-Fierro insistan:

“La reforma de 1994 no estará completa si no se modifica también a fondo el instrumento más tradicional de defensa de la constitucionalidad, que es el amparo. En particular, por diversas razones, entre ellas la muy importante de la igualdad, es necesario que en el amparo contra leyes exista la posibilidad de la declaración general de inconstitucionalidad, reclamada por parte de la doctrina desde hace tiempo.”⁵¹⁰

En este tenor se ubica también el ministro jubilado Juventino Castro y Castro, quien se ha pronunciado a favor de la regulación constitucional y reglamentaria del “amparo social”, que es aquél que plantean varios agraviados dentro de un escrito colectivo y que nombrar a un representante común que los represente en juicio.⁵¹¹

Arturo Zaldívar Lelo de Larrea, con la misma idea de extensión, asegura que el juicio de amparo vive una profunda crisis porque no responde a las necesidades actuales y se encuentra desfasado con la realidad, por lo que es necesario una reforma legislativa en la materia, para que el amparo sea un verdadero instrumento que proteja y coadyuve al orden jurídico.⁵¹²

Y es que desafortunadamente hasta en la reciente consulta nacional “Sobre una Reforma Integral y Coherente del Sistema de Impartición de Justicia

⁵¹⁰ FIX-FIERRO, Héctor, “La defensa de la constitucionalidad en la reforma judicial de 1994”, en el colectivo *La reforma constitucional en México y Argentina*, *op.cit.*, p. 56.

⁵¹¹ Cfr. CASTRO y CASTRO, Juventino, “Poder Judicial de la Federación, factor de equilibrio entre poderes”, en *Compromiso, Órgano informativo del Poder Judicial de la Federación*, México, *op. cit.* p. 12.

⁵¹² Cfr. ZALDÍVAR LELO DE LARREA, Arturo, “Poder Judicial de la Federación, factor de equilibrio entre poderes” en *Compromiso, Órgano informativo del Poder Judicial de la Federación*, México, *op. cit.* p. 12.

en el Estado Mexicano”, una de las propuestas que se analiza es la de una “mayor apertura” en el juicio de amparo.⁵¹³

4.7.3. El papel de la Suprema Corte de Justicia de la Nación

Muchas de las decisiones del Alto Tribunal en materia de control de la constitucionalidad han sido erradas, basta con acudir a connotados estudios sobre el tema para percatarse de las inexactitudes⁵¹⁴ que ha tenido el autodenominado Tribunal Constitucional mexicano. Máxime que el control jurídico ejercido por la casación, distorsiona el papel de la Corte ya que le quita espacio y tiempo, al control de la constitucionalidad.

En este sentido, el ministro jubilado Carlos De Silva enfatiza:

“Pero lo mas curioso es que la Corte se esta desprendiendo de temas constitucionales, pero conserva temas de legalidad y esto me parece una contradicción en la evolución de la Suprema Corte de Justicia de la Nación...[...] Me atrevo a señalar que el 50% de la actividad de los Señores Ministros está dedicada a temas de legalidad...”⁵¹⁵

Hoy en México, se observa una Suprema Corte con un papel institucional indefinido, ocupándose de la casación como puede y que, cuando lo desea actúa imitando a un Tribunal Constitucional.⁵¹⁶ La misma sobrecarga de trabajo ayuda,

⁵¹³ Cfr. “En varios Estados los foros para una reforma judicial”, en *Compromiso, Órgano informativo del Poder Judicial de la Federación*, México, *op. cit.* p. 17.

⁵¹⁴ Vid. COVIÁN ANDRADE, Miguel, *La Suprema Corte y el control de la constitucionalidad (Diez años de fallas e imprecisiones)*, México, Centro de Estudios de Ingeniería Política y Constitucional, A. C., 2005.

⁵¹⁵ Palabras del Ministro Jubilado Carlos de Silva Nava en el Foro de Reflexión “Justicia Constitucional”, *op.cit.* p. 3.

⁵¹⁶ Aunque para algunos autores las funciones de legalidad que ejerce la Suprema Corte son más bien un “residuo” de su antigua naturaleza de órgano de control de la legalidad o casación. Cfr. BRAGE CAMAZANO, Joaquín, *La acción de inconstitucionalidad, op. cit.* pp. 40-41.

paradójicamente, a profundizar la propia indefinición del papel institucional del Tribunal.⁵¹⁷

Aunado a ello, este órgano jurisdiccional en todos sus años de labor institucional ha emitido una jurisprudencia vacilante y zigzagueante.⁵¹⁸ La existencia de fallos contradictorios se opone el mandato constitucional, pues si dos sujetos de derecho que se encuentran en idéntica o igual situación jurídica reciben como respuesta un tratamiento jurisdiccional diferenciado o contradictorio, la igualdad ante la ley, principio rector del ordenamiento constitucional no puede quedar incólume.

El problema se ha visto acentuado a partir de la reforma constitucional del 11 de junio de 1999 en la que se establece que la Suprema Corte podrá remitir, por medio de acuerdos generales, asuntos de su competencia a los Tribunales Colegiados. Es decir, estos tribunales podrán decidir en última instancia sobre cuestiones no solamente de mera legalidad sino también de constitucionalidad en sentido estricto, con lo cual se fragmenta el control constitucional y se aumenta la gravedad -por razón de la materia de que puede tratar- de las contradicciones de criterios jurisprudenciales.

De hecho, existen más de un centenar de Tribunales Colegiados de Circuito, todos ellos dotados de facultades para emitir jurisprudencia obligatoria, para crear precedentes vinculantes para la resolución de casos futuros. Las

⁵¹⁷ Por ello la confianza de los ciudadanos hacia el Poder Judicial en el 2002 se ubicó en el 17.3%, en encuestas con representatividad del 100% de la población. Cfr. GALINDO, Pedro, "Estudios, Calificaciones de Riesgo y Encuestas de Percepción Pública sobre los Sistemas de Justicia. Resultados recientes para las Americas", en *Transparencia en América Latina*, CEJA, 2003, pp. 31 y 32. Página de Internet: <http://www.latinobarometro.org>

⁵¹⁸ En posición, un Tribunal Constitucional, en su carácter de intérprete supremo, obliga a los otros órganos jurisdiccionales para que no se aparten de los precedentes. Esa vinculación de los precedentes se refiere a que se puede aplicar a cualquier caso análogo que se someta al conocimiento y decisión del órgano constitucional. Además, la doctrina de obligatoriedad del precedente en materia constitucional no contradice el principio de separación de poderes. Cfr. GARRO, Alejandro, "Eficacia y autoridad del precedente constitucional en América Latina: Las lecciones del Derecho Comparado", en *Revista Jurídica de Buenos Aires*, 1989, pp. 11-60.

contradicciones de criterios entre estos tribunales son una nota común en la jurisdicción federal, con lo que se crea una gran inseguridad jurídica y perjuicios concretos para quienes tienen que resolver sus controversias ante estos tribunales. Se ha llegado al absurdo de que los asuntos se ganan o se pierden dependiendo del circuito judicial en el que se litiguen, o incluso dentro del mismo circuito, dependiendo del Tribunal Colegiado que conozca del caso.

El mecanismo para solucionar esas contradicciones de tesis se ha vuelto obsoleto por la lentitud de la Suprema Corte al resolver las contradicciones y, sobre todo, porque dichas resoluciones ya no pueden beneficiar a los casos concretos que anteriormente se resolvieron.

Es constante, que bajo el pretexto de proteger el principio de separación de poderes, lo que el Poder judicial ha hecho en realidad es autolimitarse en sus deberes, dejando sin el adecuado control al legislativo y en especial al ejecutivo.

“Un sistema de control de control de constitucionalidad completo y eficaz es aquél que contempla todos los casos posibles de violación a la ley suprema y estructura para cada uno, el medio de control adecuado para suprimir de inmediato los efectos anticonstitucionales del acto de autoridad lesivo de la Constitución del Estado.”

Miguel Covián Andrade

CAPÍTULO V

5. REESTRUCTURACIÓN DEL SISTEMA MEXICANO DE CONTROL DE LA CONSTITUCIONALIDAD

5.1. Justificación del Tribunal Constitucional del Estado mexicano

Al existir en el país un sistema de control de la constitucionalidad endeble e incompleto, es apremiante proteger toda la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos. La propia Suprema Corte de Justicia de la Nación, ha sostenido:

“[...]...dado que por la naturaleza total que tiene el orden constitucional, en cuanto tiende a establecer y proteger todo el sistema de un Estado de derecho, su defensa a través de los medios de control de su regularidad debe ser también integral, independientemente de que pueda tratarse de la parte orgánica o la dogmática de la Norma Suprema, sin que se pueda parcializar este importante ejercicio por meras construcciones interpretativas.”⁵¹⁹

⁵¹⁹ *Vid.* Ejecutoria, Controversia Constitucional 30/2000 Ayuntamiento del Municipio de Papalotla de Xicohténcalt, Tlaxcala, 31 de mayo de 2001.

De ahí que ningún punto de la Constitución puede quedar detraído al análisis del control de constitucionalidad.⁵²⁰ Sin embargo, la fragilidad del sistema de control se pone de manifiesto cuando se advierte que aparte del juicio de garantías, la controversia y la acción de inconstitucionalidad, no existen otros instrumentos que sirvan con efectividad a mantener incólume toda la Carta Magna.⁵²¹

El ministro José de Jesús Gudiño Pelayo ha sostenido que el actual modelo de justicia federal ya cumplió su ciclo y agotó sus posibilidades para el futuro.⁵²² Por ello resulta necesario establecer en la Constitución las bases que rijan nuevos medios de control de la constitucionalidad.

En realidad, no hay reglas inequívocas, en cada país, en cada cultura jurídica, atendiendo a sus propias características, debe llevar a cabo un diseño técnico adecuado para proteger a la Constitución. No obstante, que de la experiencia comparada pueden deducirse algunas ideas a tener presentes.⁵²³

Esa usanza parece demostrar que la instauración en un país de un Tribunal Constitucional, es un logro irreversible en un régimen constitucional y democrático. Y es que la existencia de estos tribunales hace más efectiva la separación de poderes y, por ende, la protección del Estado de Derecho.

⁵²⁰ Cfr. BIDART CAMPOS Germán, fallo publicada en *El Derecho*, del 7 de octubre de 1970, Citado por VANOSSI, Jorge Reinaldo, *Teoría Constitucional*, 2ª Edición, Depalma, Buenos Aires, 2000, Tomo II, p. 201.

⁵²¹ URIBE ARZATE, Enrique, "Justicia constitucional federal y local en México", en *Derecho Constitucional, Memoria del Congreso Internacional de Cultura y Sistemas Jurídicos Comparados*, Carbonell, Miguel (coord.), 2ª Edición, México, UNAM, Instituto de Investigaciones jurídicas, 2004, p. 3.

⁵²² Cfr. GUDIÑO PELAYO, José de Jesús, "La Suprema Corte, ante la Reforma del Estado" en *Compromiso, Órgano informativo del Poder Judicial de la Federación*, op. cit., p. 8.

⁵²³ Se necesitan sólidos conocimientos de Derecho Comparado para comprender las afinidades y las diferencias, para evitar trasposiciones ineficaces o, aún peor, negativas. Para comprender si el ordenamiento que recibe una normativa extranjera es fecundo o estéril.

Máxime que las materias del orden constitucional son a la vez jurídicas y políticas.⁵²⁴ Asignado ese carácter dual, resulta altamente conveniente la existencia de una institución como un Tribunal Constitucional. En él suelen combinarse juristas y politólogos especialistas en el área constitucional, de suerte que la resolución de los casos esta cimentada en una óptica amplia. Ello redundando en una actitud más crítica y controladora de las funciones de los otros poderes públicos, ya que los miembros de los tribunales constitucionales suelen ser personas de experiencia en esas lides y no se sienten extraños en el terreno del conflicto y la discusión. Por otra parte la presencia de juristas en el órgano de control contribuye a que las decisiones no estén basadas en criterios contingentes, favoreciendo la consolidación de una jurisprudencia constitucional.⁵²⁵

Exactamente, la ventaja radica en que los integrantes de un Tribunal Constitucional son especialistas en Derecho Constitucional⁵²⁶ y Constitucional Comparado, por ende, están en condiciones de realizar aportes de gran relevancia a la jurisprudencia constitucional. Es decir, esta tarea, requiere ser asumida por una hermenéutica constitucional, en la que además de los principios generales de interpretación, se requieren conocimientos técnicos muy elevados y de un alto grado de sensibilidad jurídica, política y social.⁵²⁷ Estas características no son frecuentes en los jueces de la magistratura ordinaria.⁵²⁸

⁵²⁴ No es posible la creación apolítica del derecho, tampoco se puede pensar que su aplicación pueda ser una tarea completamente disociada de lo político.

⁵²⁵ URIBE ARZATE, Enrique, "Justicia constitucional federal y local en México", *op. cit.* p. 34.

⁵²⁶ En nuestro país la enseñanza y la práctica jurídica están orientadas preponderantemente hacia el derecho privado. En cambio, el Derecho Constitucional suele aparecer como una disciplina de carácter académico y formativo, más que como un instrumento hacer un uso práctico. Tales particularidades inciden en la mentalidad de los jueces. Su experiencia y mentalidad están enfocadas al derecho privado, y su dedicación a los aspectos constitucionales no es habitual.

⁵²⁷ FIX ZAMUDIO, Héctor y CARPIZO, Jorge, "Algunas reflexiones sobre la interpretación constitucional en el ordenamiento mexicano", en *La interpretación constitucional*, México. UNAM, Instituto de Investigaciones Jurídicas, Serie G, Estudios Doctrinales, 1975, número 10, p. 21.

⁵²⁸ ALCALÁ NOGUEIRA, Humberto, "La defensa de la Constitución, los modelos de control de constitucionalidad y las relaciones y tensiones de la judicatura ordinaria y los tribunales constitucionales en América del Sur", en *Conflictos Institucionales. Alteraciones en el equilibrio entre*

Para un tribunal de estas características, la decisión de materias del orden constitucional constituye su propia razón de existir. Usualmente tienen una mayor conciencia acerca del tipo de jurisprudencia que están construyendo y, por lo tanto, su acción suele tener un efecto que tiene alcances mayores que los de un solo caso particular. Ciertamente, el Tribunal Constitucional ejerce la más alta investidura jurisdiccional, por lo que está preparado y preocupado para dar la última palabra sobre la materia constitucional.

Así la justificación de los tribunales constitucionales está dada, primeramente, en la defensa jurídica de la Constitución democrática frente a las posibles vulneraciones de ella por los órganos del Estado que no respeten el ámbito de sus competencias, abusando del poder o utilizando sus facultades para fines distintos de aquellos para los cuales fueron asignados. Un segundo elemento que justifica su existencia es la protección de los derechos humanos o derechos esenciales de la persona humana, que constituye uno de los fundamentos básicos del Estado Constitucional. El tercer fundamento de la institución en referencia, es la protección de las minorías y sus derechos frente a las mayorías que controlan el Parlamento y el gobierno.

Ahora bien, en contra de la idea que los tribunales constitucionales suelen politizarse, es de citarse que las Cortes Supremas corren el mismo riesgo, y ese peligro se agrava, al no fiscalizar adecuadamente al ejecutivo y legislativo, en aras de mostrarse apolíticas.

El poder del que se inviste al Tribunal Constitucional, es necesario en virtud de que su actividad es esencialmente política en razón de que coparticipa en la formación de la voluntad estatal y coopera con su mantenimiento. Poder fundado, en una competencia particular y limitado al campo de tal competencia.

También se acentúa la crisis de legitimidad de sus integrantes, ya que están desprovistos de legitimidad para ejercer la función que requiere de independencia como elemento consustancial. Cabe citar que si bien es cierto que los jueces constitucionales no son elegidos en forma electoral directa, una institución no sólo es democrática por provenir de elección popular, también lo es cuando su existencia es funcionalmente necesaria para la continuidad del sistema democrático. De tal suerte que la funcionalidad democrática del Tribunal Constitucional es difícilmente controvertible.⁵²⁹

Otra cuestión que se le atribuye negativamente al órgano de control en cita, es que la labor creativa en sus resoluciones puede conducir a un sistema en el que no sea la ley la que fije los límites sino los jueces constitucionales. Es probable que ellos "creen" derecho más allá de toda frontera legal a que las Cortes Supremas lo hagan. Esto conllevaría una falta de seguridad jurídica y se volverían confusas las pautas legales o constitucionales definidas actualmente. En este sentido se puede sostener que como cualquier otro órgano del Estado debe tener límites de actuación bien definidos y se tiene que evitar el crecimiento exponencial de su poder, a expensas de los otros poderes, haciéndolo insusceptible de ser controlado racionalmente.

Es menester resaltar aquí, que los más renuentes en que se establezca un Tribunal Constitucional son los ministros de la Suprema Corte, para lo cual han argüido desatinadamente que el órgano que integran es un verdadero Tribunal Constitucional. Lo anterior no es nuevo, en la mayoría de países que tienen un Tribunal con estas características en un principio ha significado algún tipo de resistencia por parte de los más altos tribunales de justicia de los Estados. Esta resistencia, en la mayoría de los casos se debe a que se ve al Tribunal Constitucional como un adversario, como un invasor de su función, al considerar que eventualmente, sus sentencias pueden ser revisadas por aquél y en

⁵²⁹ ZAFFARONI, Eugenio, *Estructuras judiciales*, Buenos Aires, Ediar, 1994, pp. 41 y ss.

ocasiones dejadas sin efectos, y en muchas ocasiones, porque temen perder poder que hasta ese momento les fue conferido.

Entre las opiniones desafortunadas en torno a considerar a la Suprema Corte de Justicia como un Tribunal Constitucional, se encuentra la de la de Joaquín Brage Camazano quien asegura:

“[...] Pero lo que, a mi juicio, queda fuera de toda duda, es que, si bien no es en sentido estricto un tribunal constitucional, el único obstáculo de peso para ello es el hecho de que, como residuo [sic] de su naturaleza anterior de tribunal (supremo) de legalidad, conserva o retiene ciertas competencias propias de los tribunales de este tipo y cuya atribución a un verdadero tribunal no parece estar justificada.”⁵³⁰

Al mismo tiempo, la jurisdicción ordinaria quedó prácticamente decapitada, pues no hay un Tribunal Supremo o de Casación en materia de legalidad ordinaria, salvo la limitada forma en que la Suprema Corte siga cumpliendo esa función en ciertos casos excepcionales. Claro que la situación de ausencia de una Corte Suprema no puede en sentido estricto mantenerse por demasiado tiempo, pues como lo asevera la doctrina, el desarrollo que se observa en esta materia todavía no ha culminado, ya que:

“[...] existen aspectos significativos no resueltos en virtud de que al otorgar a la Suprema Corte mexicana de manera cada vez más acentuada, el carácter material de una corte o tribunal constitucional, no se tomó en consideración por el órgano reformador de la carta federal, que en los ordenamientos en los cuales existen cortes, o tribunales constitucionales, no sólo en Europa sino también en varios ordenamientos latinoamericanos,

⁵³⁰ Cfr. BRAGE CAMAZANO, Joaquín, *La acción de inconstitucionalidad*, op. cit. pp. 42-46.

dichos organismos especializados se sitúan al lado de o por encima de los tribunales o cortes supremas, pero no se confunden con estos últimos, que es lo que ha ocurrido en el ordenamiento mexicano, en el cual todavía debe decidirse la cuestión relativa al organismo jurisdiccional que debe encabezar a los tribunales federales que resuelven las cuestiones de estricta legalidad.”⁵³¹

Es de mencionarse que la Suprema Corte de Justicia no es en todos los casos la última instancia de análisis de una norma inconstitucional, pues tratándose de normas diferentes a las señaladas en el artículo 84, fracción I en su inciso a), de la Ley de Amparo, como lo serían a modo de ejemplificar: las normas oficiales mexicanas, las resoluciones misceláneas fiscales, los bandos municipales, los reglamentos expedidos por autoridades administrativas, etc., el control de dichas disposiciones como última instancia estará a cargo de un Tribunal Colegiado de Circuito.⁵³²

Así mientras la Suprema Corte mantenga una posición ambigua,⁵³³ su funcionamiento será inevitablemente disfuncional. En oposición, un correcto funcionamiento del control de la constitucionalidad exige su dignificación. Esta dignificación se consigue primero designando a personas preparadas técnicamente y legitimadas en un Tribunal Constitucional, y segundo, exige la adecuada dotación de medios personales y materiales, y del reconocimiento institucional de la importancia que un Tribunal Constitucional tiene en el funcionamiento integral del sistema jurídico y político de una nación.

⁵³¹ FIX-ZAMUDIO, Héctor et al. “La jurisdicción constitucional en México”, en FERNÁNDEZ SEGADO, Francisco y GARCÍA BELAUNDE, Domingo, *La jurisdicción constitucional en Iberoamérica. op. cit. p. 762.*

⁵³² *Vid.* Tesis de Jurisprudencia 2ª./J. 30/2005, Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta, novena Época, Tomo XXI, marzo de 2005, p. 295.

⁵³³ FIX-FIERRO, Héctor, “La defensa de la constitucionalidad...” *op. cit.* pp. 56-57.

5.2. Superación de los modelos tradicionales de control de la constitucionalidad y la creación de modelos mixtos

Hoy en día, el control de la constitucionalidad puede adoptar múltiples formas, pero con todo, sigue vigente la diferenciación entre el sistema austriaco-kelseniano y el norteamericano. Ciertamente, el sistema de control de la constitucionalidad creado por Hans Kelsen no se materializa al presente en ningún ordenamiento jurídico. Sin embargo, el modelo austriaco sigue operando como prototipo y punto de referencia para estructurar el sistema de control de la constitucionalidad, que si bien no refleja el ideal kelseniano, mucho menos reproduce el sistema de control difuso⁵³⁴ estadounidense.⁵³⁵

La situación es compleja, pues el Tribunal Constitucional al conocer la impugnación directa de una ley a través de la acción de inconstitucionalidad, no puede entrar a valorar circunstancias de hecho. Tiene que limitarse a realizar un juicio de compatibilidad lógica entre enunciados normativos de diversa jerarquía, debiéndose reflejarse finalmente en la *ratio decidendi*.⁵³⁶ Sin embargo, cuando conoce de procesos como el amparo, el *habeas corpus* o el *habeas data*, juzga de manera idéntica a como lo hacen los jueces de la jurisdicción ordinaria, valorando hechos y, eventualmente, realizando un control concreto de las normas, y no un mero juicio de compatibilidad lógica que lleva, en caso de hallarse con normas contrarias a la Constitución a inaplicarlas con efectos *inter partes*, al estilo norteamericano de la *judicial review*.

⁵³⁴ La terminología de control "difuso" fue propuesta por vez primera por Carl Schmitt en estos términos: "Ich möchte dieses Wort 'diffus' zur Bezeichnung des Gegensatzes gegen ein bei einer einzigen Instanz konzentriertes Prüfungsrecht vorschlagen". El proponía el término "difuso" para designar el concepto opuesto a un derecho de examen concentrado en una única instancia. Vid. SCHMITT, Carl, *Der Hüter der Verfassung*, Berlín, Dunker & Humblot, 1985, p. 18.

⁵³⁵ Ello ciertamente no es sólo consecuencia del papel que los Tribunales Constitucionales vienen asumiendo en el control de la constitucionalidad de las leyes, sino en la propia mutación del concepto de Constitución. Cfr. BLANCO VALDÉS, Roberto, *El valor de la Constitución*, Madrid, Alianza, 1994, p.87.

⁵³⁶ Fundamentación de la decisión (*descriptive ratio*) y fundamentación de la norma (*prescriptive ratio*).

Una opción de tal naturaleza, lejos está de corresponder al planteamiento inicial de Kelsen en torno al Tribunal Constitucional. Como ha sostenido Manuel Aragón,⁵³⁷ si hay en la actualidad un rasgo que puede caracterizar la expansión del control de la constitucionalidad en nuestro tiempo, ese rasgo es sin duda alguna la “relativización” de las diferencias entre los modelos originarios de control de constitucionalidad;⁵³⁸ relativización de un modelo originario al que la configuración de los actuales tribunales constitucionales no ha podido escapar.⁵³⁹

Muy singularmente en Latinoamérica, han aparecido sistemas de los dos modelos teóricos, que mezclan elementos de ambos, y que los combinan de muy distinta forma. Es más, en varios países iberoamericanos donde se implantó un sistema mimético estadounidense, se han introducido recientemente mecanismos propios del control centralizado, que han originado un sistema sumamente confuso. De esta forma, se ha producido una recíproca influencia y aproximación cuya causa no es otra que el concepto de Constitución.⁵⁴⁰

De tal suerte que hay una tendencia a fusionar el modelo concentrado de control de la constitucionalidad con el otro modelo originario. Se ha advertido inclusive que en el propio modelo originario de los Estados Unidos, el principio de *stare decisis*, ha supuesto que la Suprema Corte se asemeje cada vez más a un auténtico Tribunal Constitucional.⁵⁴¹

⁵³⁷ ARAGÓN REYES, Manuel, “La justicia constitucional en el siglo XX. Balances y perspectivas en el umbral del siglo XXI”, en *La ciencia del derecho durante el siglo XX*, México, UNAM, 1998, pp. 178-179.

⁵³⁸ Vid. FIX-ZAMUDIO, Héctor, “La justicia constitucional en América Latina” en *Justicia constitucional, ombudsman y derechos humanos*, México, Comisión Nacional de Derechos Humanos, 1997, pp. 105 y ss; “Los Tribunales y salas constitucionales en América Latina”, en *Estudios jurídicos en homenaje a don Santiago Barajas Montes de Oca*, México, UNAM, 1995, pp. 55 y 63.

⁵³⁹ Cfr. LANDA ARROYO, César, “Del Tribunal de Garantías constitucionales al Tribunal Constitucional: el caso peruano”, en *Pensamiento Constitucional*, Lima, 1995, pp. 98 y ss. Del mismo autor, *Tribunal Constitucional y Estado democrático*, Lima, Fondo Editorial de la PUC, 1999, pp. 16 y ss.

⁵⁴⁰ CANOSA USERA, Raúl, “La jurisdicción constitucional y la jurisdicción ordinaria en España: una cuestión abierta”, en *Ius et Praxis, Derecho en la Región, Corte Suprema y Tribunal Constitucional: Competencias y Relaciones*, op. cit. p. 11.

⁵⁴¹ FIX-ZAMUDIO, Héctor, “La declaración general de inconstitucionalidad y el juicio de amparo”, en *Ensayos sobre el derecho de amparo*, México, UNAM, 1993, pp. 173-174.

De lo expuesto se puede deducir que sea cual fuere el sistema adoptado, existe la tendencia a que los sistemas estén cerrados por un órgano especializado, de una o de otra forma, en materia constitucional, lo cual resulta relevante para obtener una unidad en la labor de interpretación de la Constitución.

Es conocido el acercamiento que se ha producido en la práctica en el ámbito comparado entre ambos modelos teóricos, hoy convergentes,⁵⁴² al menos en los siguientes aspectos:

- a) En algunos sistemas de control concentrado de la constitucionalidad se han insertado elementos de algún modo difusos, a través de la cuestión de inconstitucionalidad. Esta figura supone que el juez o tribunal que ha de aplicar al caso de que esté conociendo una ley que estime inconstitucional, ha de suspender el procedimiento y remitir la cuestión al Tribunal Constitucional, para que sea éste el que se pronuncie, con carácter vinculante, sobre la constitucionalidad de la norma cuestionada.
- b) En algunas ocasiones, el control abstracto de un órgano supremo, se combina con la facultad de cualquier juez, por ejemplo, la acción de tutela colombiana, de desaplicar directamente en el caso concreto una ley que estime inconstitucional.
- c) Ha consistido también esa convergencia, en la concentración de la fiscalización constitucional de las leyes, no en un órgano *ad hoc*, sino en el órgano superior de la jurisdicción ordinaria: el Tribunal Supremo o Corte Suprema.
- d) Un importante elemento de coincidencia, es también la eficacia general que en la práctica alcanzan las decisiones de los Tribunales Supremos en los sistemas

⁵⁴² TOMAS y VALIENTE, Francisco, "El Tribunal Constitucional español como órgano constitucional del Estado: competencias, riesgos y experiencias", *op. cit.* p. 53.

de control difuso de la constitucionalidad en virtud del principio de *stare decisis*, que rige en los países de tradición anglosajona y que lleva, no al simple efecto de desaplicación de la ley en el caso concreto pero con posibilidad de aplicación de otros casos sino que a lo que conduce es a que la ley, aunque permanezca todavía *on the books*, se transforme en a *dead law*.⁵⁴³ En otros países con control difuso, de tradición de derecho romano, la unificación se ha logrado por medio de otros correctivos, por ejemplo: la obligatoriedad del precedente.⁵⁴⁴

- e) Otro elemento que aproxima a los dos sistemas, es la posibilidad de que el Tribunal Supremo, al menos en Estados Unidos, pueda excepcionalmente, declarar la inconstitucionalidad de una ley en si misma considerada.

- f) Por último, inicialmente, el sistema norteamericano se caracteriza por la eficiencia retroactiva o *ex tunc* de sus sentencias estimatorias de inconstitucionalidad y el sistema europeo por la irretroactividad de las mismas, efectos *ex nunc*, en la práctica también en ese terreno se ha producido un acercamiento. Por una parte, la Suprema Corte norteamericana, desde hace más de tres décadas, admite en ocasiones especiales la eficacia a futuro de sus sentencias, y por otra parte, los modernos tribunales constitucionales declaran la inconstitucionalidad de las leyes con efecto retroactivo, si bien esa retroactividad suele conocer límites constitucionales o legales. Por ejemplo: La cosa juzgada, salvo en materia penal, cuando sea favorable al reo.

De acuerdo con lo expuesto, José Luis Cascajo Castro alude:

⁵⁴³ Es precisamente el *stare decisis* lo que ha permitido al Tribunal Supremo de Estados Unidos desempeñar un papel tan relevante en el ámbito político. Vid. BISCARETTI DI RUFFIA, Paolo, *Introduzione al Diritto Costituzionale Comparato. Le «Forme di Stato» e le «Forme di governo». Le Costituzioni moderne*, Milán, Giuffré, 1988, p. 714.

⁵⁴⁴ Vid. BREWER-CARÍAS, Allan R., "La jurisdicción constitucional en América Latina", en FERNÁNDEZ SEGADO, Francisco y GARCÍA BELAUNDE, Domingo, *La jurisdicción constitucional en Iberoamérica*, op. cit. pp. 58-131.

"... [...] la citada distinción de sistemas pierde el rigor doctrinal con que suele ser trazada. Modelos actuales de justicia constitucional demuestran la posibilidad de superar distinciones entre aspectos subjetivos, nodales y funcionales que se consideraban conceptualmente diversos".⁵⁴⁵

También añade:

"[...]... el debate en torno a la ya vieja cuestión sobre la dimensión objetiva y subjetiva, abstracta o concreta de la jurisdicción constitucional se presta a no pocos falseamientos y, en todo caso, no pasa de ser una nueva cuestión académica [*sic*], cuando no puramente escolástica."⁵⁴⁶

Asimismo, Domingo García Belaunde pone de relieve la existencia, junto al modelo concentrado y el difuso, de otros modelos "derivados", que tienen un menor valor creativo pero responden a las necesidades de los pueblos, y así de han consagrado en diversos ordenamientos positivos. Dentro de los derivados, distingue, a su vez, entre los mixtos y los duales y paralelos.

Lo ha expresado, de la siguiente forma:

"[...]...El modelo dual o paralelo es aquél que existe cuando en un mismo país, en un mismo ordenamiento jurídico, coexisten el modelo americano y el europeo, pero sin mezclarse, deformarse

⁵⁴⁵ CASCAJO CASTRO, José Luis y Vicente Gimeno Sendra, *El recurso de amparo*, Madrid, Tecnos, 1985, p. 21.

⁵⁴⁶ CASCAJO CASTRO, José Luis, "Discusión de la ponencia de Javier Jiménez Campo. Los procedimientos de declaración de inconstitucionalidad", en el colectivo *Los procesos constitucionales*. *op. cit.* p. 54.

no desnaturalizarse... lo mixto supone una mixtura, una mezcla de dos o más elementos...”⁵⁴⁷

De hecho, la experiencia comparada permite constatar que el modelo de Tribunal Constitucional acogido por las nuevas Constituciones -por ejemplo: la Italiana de 1948, Alemana de 1949 y la Española de 1978- no va a ser el modelo Kelseniano del legislador negativo,⁵⁴⁸ sino un Tribunal con verdadera jurisdicción, teniendo como base para ello la doctrina americana de la supremacía normativa de la Constitución⁵⁴⁹ y no meramente la regla kelseniana de la regularidad formal⁵⁵⁰ de las normas.

Lo anterior ha sido adoptado en algunas de las doctrinas más paradigmáticas como:

- a) La doctrina austriaca señala que el Tribunal Constitucional no es un mero “legislador en sentido negativo”, sino que puede desempeñar el papel de legislador en sentido positivo, aparte de que la protección de los derechos

⁵⁴⁷ GARCÍA BELAUNDE, Domingo, “La acción de inconstitucionalidad en el derecho comparado”, en *Revista de la Facultad de Derecho*, México, UNAM, enero-abril 1992, números 181-182, Tomo XLII, p. 64. Esta última distinción ha sido acogida por otros autores, ETO CRUZ, Gerardo, *Breve introducción al derecho procesal constitucional*, Trujillo, Ediciones Derecho y Sociedad, 1992, pp. 22 y ss.

⁵⁴⁸ GARCÍA DE ENTERRIA, *La Constitución como norma y el Tribunal Constitucional*, *op.cit.* p.134. En un análisis de derecho comparado, Garlicki y Zakrzewski ponen también de relieve como el tratamiento de los Tribunales Constitucionales como simple legislador negativo es insuficiente. Vid.GARLICKI, Leszek y ZAKRZEWSKI, Witold, “La protection jurisdictionelle de la Constitution dans le monde contemporain”, *Annuaire International de Justice Constitutionnelle*, París, Económica-PUAM, 1985,Tomo I, p. 31.

⁵⁴⁹ Cascajo y Castro, señala que “[...]quizá no se demasiado aventurado proponer que, en la evolución de los actuales sistemas europeos de jurisdicción constitucional, late una profunda inspiración no ya sólo de un determinado concepto de Constitución, sino también de un particular entendimiento de la democracia, a saber, el de la democracia constitucional anglosajona” frente a la “visión jacobina y asamblearia de la democracia”.Cascajo Castro, José Luis y Vicente Gimeno Sendra, *El recurso de amparo*, *op.cit.* pp. 36-37.

⁵⁵⁰ Para Kelsen, “[...] el legislador está vinculado a la Constitución sólo por lo que se refiere al procedimiento y de modo totalmente excepcional por lo que se refiere al contenido de las leyes” Vid. Kelsen, Hans, “La garanzia giurisdizionale della Costituzione” *op. cit.* p. 152 y ss.

fundamentales y la creación jurisprudencial de verdaderas normatividades supone un notable acercamiento a la *judicial review* anglosajona.⁵⁵¹

- b) Los juristas alemanes aluden que el Tribunal Constitucional mediante los procesos de control de las normas se desarrolla una actividad judicial normal y las sentencias dictadas en estos procesos no son “legislación negativa”. Ciertamente, el Tribunal Constitucional no es una tercera cámara, sino un verdadero tribunal y su función es *ius dicere*, la jurisprudencia.⁵⁵²
- c) En Italia, explica Mauro Cappelletti, la tesis kelseniana del Tribunal Constitucional como legislador negativo “ha sido ya abandonada en forma general”,⁵⁵³ salvo alguna llamativa excepción.
- d) Por su parte, la doctrina española no ha entrado a profundidad en estas reflexiones, no obstante, Manuel Aragón Reyes subraya:

“[...]...Como consecuencia de una serie de circunstancias... se recibe en Europa, poco a poco, aunque la eclosión ocurra en la segunda posguerra, el concepto norteamericano de Constitución [...] el modelo kelseniano de justicia constitucional queda plenamente obsoleto y en Europa se intenta no el cambio radical del mismo, sino su adaptación a esta nueva realidad. Adaptación como mixtura, como transacción entre el modelo 'difuso', que es el que resulta coherente con el concepto de Constitución que ahora se recibe, y el modelo de jurisdicción 'concentrada' y especial que es

⁵⁵¹ ERMACORA, Félix, “El Tribunal Constitucional austriaco”, en *Tribunales constitucionales europeos y derechos fundamentales*, Madrid, Centro de Estudios Constitucionales, 1984, pp. 274-275.

⁵⁵² Vid. SCHLAINCH, Klaus, *Das Bundesverfassungsgericht. Stellung, Verfahren, Entscheidungen*, München, C.H. Beck, 1994, pp. 25-78. Cfr. STEINBERGER, Helmut, *200 Jahre amerikanische Buundesverfassung*, Walter de Gruyter, Berlín/New York, 1987. pp. 35 y ss.

⁵⁵³ CAPPELLETTI, Mauro, “El Tribunal Constitucional en el sistema político italiano: sus relaciones con el ordenamiento comunitario europeo”, Traducción Jorge Rodríguez-Zapata, en *Revista Española de Derecho Constitucional*, Madrid, enero-abril 1982, año 2, número 4, p. 19.

el que resultaba coherentemente con el concepto de Constitución que ahora abandona.”⁵⁵⁴

Por su parte, Pedro de Vega García, refiere:

“[...]...¿cómo se puede compaginar la justicia constitucional, como guardián de la Constitución, que requiere y presupone -según las propias palabras de Kelsen- una normativa constitucional clara y precisa, con estas características que son comunes a los nuevos y más modernos ordenamientos constitucionales? Es aquí donde aparece en todo su dramatismo el dilema de la justicia constitucional contemporánea. Dilema que no ofrece otra alternativa que la de: o bien considerar que los tribunales constitucionales, como guardianes y supremos intérpretes de la Constitución, asumen con independencia absoluta la interpretación de una normativa ambigua [...], en cuyo caso, en cuanto legisladores positivos, en buena medida pasan a ocupar el lugar del parlamento, lo que el mismo Kelsen criticaba con dureza; o bien, entender que los tribunales constitucionales, condicionados por presiones políticas, o autolimitados por renunciaciones propias, establecen un *modus operandi* de compromiso con el resto de los poderes del Estado, en cuyo supuesto su condición de órganos independientes y de guardián de la Constitución queda definitivamente lastimada.”⁵⁵⁵

En ese sentido Manuel Aragón añade que el sistema europeo de control de la constitucionalidad no es un modelo “por entero acabado” pero sí un sistema “de transición” hacia otro modelo distinto, que no es tampoco exactamente el

⁵⁵⁴ Vid. ARAGÓN REYES, Manuel, “El sistema español de justicia constitucional. Comentario Introductorio al Título IX”, en ALZAGA VILLAAMIL, Oscar, *Comentarios a las leyes políticas*, Madrid, Edersa, 1988, pp. 24 y ss.

⁵⁵⁵ VEGA GARCÍA, Pedro de, en “Prólogo”, *op.cit.* p. 22.

simple calco del modelo americano, pero en todo caso coherente con el nuevo concepto de Constitución adoptado en Europa y que no es otro que el concepto norteamericano de la Constitución, como norma pues los tribunales constitucionales son coherentes "con un concepto de Constitución que ya no existe".⁵⁵⁶

En México se ha optado por una tercera vía, diferente a los dos sistemas originarios de constitucionalidad. Esta tercera vía consiste en una combinación de un control de la constitucionalidad de tipo abstracto:

1. Difuso, en los tribunales del Poder Judicial de la Federación.
2. Instado por cualquier ciudadano afectado de sus derechos.
3. Temporalmente ilimitado (con ciertos matices)
4. La Sentencia basada en la "fórmula Otero", sólo produce efectos respecto de las partes en litigio.

Y por otra parte, el control de la constitucionalidad de tipo concreto o incidental:

1. Concentrado en la Suprema Corte de Justicia.
2. Instado siempre por órganos políticos.
3. Limitado en el tiempo.
4. De efectos generales.

⁵⁵⁶ ARAGÓN REYES, Manuel, "El sistema español de justicia constitucional. Comentario Introductorio al Título IX", *op. cit.* p. 27.

Al preexistir un sistema difuso de control de la constitucionalidad, lo que se hizo, fue anexarle elementos característicos del modelo concentrado, creyendo (o más bien tratado de justificar) que de esta forma se “convertiría” en un sistema concentrado. Cuando realmente quedaron subsumidos en el sistema existente, mecanismos propios del modelo europeo.

Resulta así un sistema aleatoriamente híbrido, sin idea de cada uno de los medios de control de la constitucionalidad. Que si bien, ambos tipos de control de la constitucionalidad instaurados en el país coinciden en ser un mecanismo de garantía o defensa de la Constitución mediante el control normativo, difieren casi de todo lo demás.

5.3. Viabilidad de la creación del Tribunal Constitucional del Estado Federal Mexicano como órgano supremo de control de la constitucionalidad

Entre las opiniones adversas a la implantación de un Tribunal Constitucional, se encuentra la que sostiene que se trata de una solución inadecuada a la luz de la realidad mexicana porque se trata de una solución intensamente política para atender a un doble contenido: jurídico y político. Y aunque teóricamente los legisladores impugnadores actúan a favor de la ley, en realidad lo que aquí se produce es un traslado del conflicto político, que viaja de un foro de este carácter a uno de naturaleza jurisdiccional.⁵⁵⁷

⁵⁵⁷ Pese a este criterio, para el profesor italiano Gustavo Zagrebelsky, la Corte Constitucional tiene la capacidad de “detener el exceso de ‘contractualización’ de las decisiones políticas, que puede ella misma ser muy peligrosa para los derechos fundamentales, sobre todo para los de aquellos que no participan en la contractualización”, es decir de aquellos que no participan de la negociación política parlamentaria o gubernamental. En esta pueden conculcarse valores protegidos por el ordenamiento constitucional y, por tanto, no sujeto a la negociación de los poderes constituidos. Citado por ALCALÁ NOGUEIRA, Humberto, “La defensa de la Constitución, los modelos de control de constitucionalidad y las relaciones y tensiones de la judicatura ordinaria y los tribunales constitucionales en América del Sur”, en *Conflictos Institucionales. Alteraciones en el equilibrio entre órganos estatales, Contribuciones, op. cit.* pp. 182 y 183.

Frente a ese enfoque,⁵⁵⁸ cabe indicar que no sólo la práctica comparada, sino también la breve experiencia mexicana⁵⁵⁹ confirman los efectos positivos e integradores que han tenido las resoluciones emitidas hasta la fecha por la Suprema Corte de Justicia por la vía del control abstracto de la constitucionalidad, ello al margen de que sus decisiones hayan sido discutibles en más de una ocasión.

Aquí adquiere relevancia lo argumentado por Wilhem Wangler:

"[...]... ni el carácter político de un acto excluye su conocimiento jurídico, ni el efecto político del enjuiciamiento le priva de su carácter jurídico."⁵⁶⁰

Por ello el Tribunal Constitucional de la Federación debe cumplir su papel, de poner fin a los conflictos políticos, de otro modo se habrán enconado en la vida política. De igual manera, los ciudadanos deben de cumplir las resoluciones del Máximo Tribunal sin trabas, tal como sucede en otras latitudes en donde las sentencias del Tribunal Constitucional han sido respetadas "a veces casi con exceso".⁵⁶¹

Schneider, en referencia a Alemania, comenta:

⁵⁵⁸ Entre la doctrina existen muchos que se pronuncian a favor de este Tribunal. *Vid.* URIBE ARZATE, Enrique, *El Tribunal Constitucional*, México, Universidad Autónoma del Estado de México, Egome, 2002.

⁵⁵⁹ Contrario a lo que en su momento esgrimió Sergio García Ramírez: "Si la Suprema Corte de Justicia se pronuncia por la constitucionalidad de la ley, habrá entrado en conflicto con los partidos de oposición [...] Si este tribunal acoge la pretensión de los opositores, su sentencia creará un problema frente a los legisladores. [...] Como se ve la Suprema Corte se halla entre dos fuegos [...]" GARCÍA RAMÍREZ, Sergio, "Constitucionalidad de las leyes y actos de autoridad", en *Boletín Mexicano de Derecho Comparado*, México, Nueva Serie, UNAM, septiembre-diciembre de 1995, Año XXVIII, número 84, p. 995.

⁵⁶⁰ Citado por BACHOF, Otto, "Die richterliche Kontrollfunktion in westdeustshen Verfassungsgefüge" en *Verfassungsrecht und Verfassungswirklichkeit*, Berlín, Stämpfl & Cie, 1961, p. 43.

⁵⁶¹ *Cfr.* RUBIO LLORENTE, Francisco, "Jurisdicción constitucional y legislación en España", en *La forma de poder. Estudios sobre la Constitución*, *op. cit.* p.460.

"[...]... sus sentencias (las del *Bundesverfassungsgericht*) se basan [...] en el orden constitucional de la ley fundamental. Al mismo tiempo, sin embargo, el Tribunal juzga de acuerdo con sus intereses al balancear antítesis políticas, aunar fuerzas opuestas y conciliar opiniones contrarias en el terreno constitucional. Visto así, da la impresión de que la Corte actúa a menudo como 'conciliador' o 'arbitrador' en batallas de opinión política y llega a sentencias en las que incluso, en algunos puntos, la parte derrotada puede sentirse en parte como un ganador y la parte exitosa como un perdedor."⁵⁶²

En muchas naciones se admite por la doctrina que el Tribunal Constitucional ha cumplido con el papel de integración social y política de los conflictos políticos. Resolviendo problemas de gran profundidad, que de otra manera habrían permanecido sin solución posible. Desde luego, este papel no lo ha desempeñado sólo a través del recurso o acción de inconstitucionalidad, sino también de otros medios de control de la constitucionalidad que son de su competencia.

Su legitimidad democrática es evidente al ejercer el control de la actividad de los órganos del Estado, dentro de los parámetros que la Constitución fija. En esta tesitura de Vega opina:

"La misión del Tribunal Constitucional, a la postre, no es otra que la de impedir que ningún poder constituido pueda ir en contra de

⁵⁶² SCHNEIDER, Johann-Peter, "Derechos fundamentales y jurisdicción ordinaria" en López Pina, Antonio, *La garantía constitucional de los derechos fundamentales. Alemania, España, Francia e Italia*, Madrid, Civitas, Universidad Complutense, 1991, pp. 141-142. También puede consultarse del mismo autor: "El Tribunal Constitucional Federal alemán entre la justicia y la política", en *Revista Vasca de Administración Pública*, Barcelona, septiembre-diciembre de 1991, número 31, p. 103.

la voluntad soberana del pueblo, actuada y expresada, como poder constituyente, en la propia Constitución".⁵⁶³

Si aceptamos que la Constitución es obra del poder constituyente y que todos los demás poderes son constituidos, esto es limitados por ella; entonces, la legitimidad del Tribunal Constitucional se deduce de la propia lógica del Estado Constitucional.⁵⁶⁴ Máxime que los jueces constitucionales tienen el gran privilegio de interpretar la Constitución y configurar el catálogo de valores que deben prevalecer en un Estado.

Ahora bien, el éxito del control de la constitucionalidad en un país depende mucho de que exista una auténtica voluntad política de configurar un sistema de control de la constitucionalidad adecuado. Por eso, construir un Tribunal Constitucional, en concreto, con amplia legitimación,⁵⁶⁵ aunque pueda comportar para el resto de los poderes del Estado un riesgo de decisiones puntuales no favorables, acaba resultando una inversión en la estabilidad del sistema difícilmente mejorable.⁵⁶⁶

La presencia de un Tribunal Constitucional en el Estado de Derecho significa un gran avance en dos ámbitos: por el lado de los gobernantes en la lucha por cumplir y hacer cumplir la Constitución, por parte de los gobernados al hacer que quienes ejercen la potestad estatal cumplan y respeten el marco jurídico-constitucional que regula su actuación, así como los derechos de los habitantes.

⁵⁶³ VEGA GARCÍA, Pedro de, *La Reforma Constitucional y la problemática del Poder Constituyente*, Madrid, Tecnos, 1985, p. 53.

⁵⁶⁴ GARCÍA DE ENTERRÍA, Eduardo, *La Constitución como norma y el Tribunal Constitucional*, *op. cit.*, p. 203.

⁵⁶⁵ Para hacer realidad esa legitimación, resulta aconsejable la designación de jueces constitucionales que busquen el mayor consenso posible entre los distintos sectores públicos. PÉREZ TREMPES, Pablo, "Justicia Constitucional Latinoamericana", en *Conferencia pronunciada en la Corte Suprema de Paraguay, dentro del Programa de Modernización de las Instituciones en Paraguay*, *op.cit.* p.5.

⁵⁶⁶ Un adecuado funcionamiento del órgano de control exige autocontrol de quienes lo representan, cuya función es la de permitir que los poderes actúen, delimitando las reglas mínimas a las que deben sujetarse.

5.4. Origen y naturaleza jurídica del Tribunal Constitucional

El Tribunal Constitucional del Estado Mexicano será un órgano eminentemente jurisdiccional⁵⁶⁷ que resolverá, teniendo como parámetro la Constitución y el bloque de constitucionalidad, las contravenciones al texto constitucional que le sean formuladas legítimamente. Se encargará de la defensa de la Constitución y al ser un órgano constituido,⁵⁶⁸ estará dotado de autonomía e independencia⁵⁶⁹

En concordancia, Louis Favoreu, revela:

"[...]... un Tribunal Constitucional, es una jurisdicción creada para conocer especial y exclusivamente en materia de lo contencioso constitucional, situada fuera del aparato jurisdiccional ordinario e independiente tanto de éste como de los poderes públicos".⁵⁷⁰

En efecto, el Tribunal se erigirá como complemento y contrapeso lógico del Legislativo. El órgano jurisdiccional no puede indagar la relación de adecuación o

⁵⁶⁷ En el sentido que el juez como "tercero" que decide sobre una relación que no es suya, sólo sobre demanda de parte (a excepción de sus facultades de atracción y de oficio) y en congruencia con la demanda, se apoya en la exigencia de parte y en el respeto al principio de defensa o principio de contradicción, aquí los medios de control de la constitucionalidad se tratan de garantías de carácter estructural y formal procesal. En particular la "tercería" del juez no significa que este no pueda participar en la creación del derecho, ni menos aún que deba ser extraño o insensible a los valores que se deducen en el proceso.

⁵⁶⁸ Los órganos constituidos son órganos autónomos que ejercen funciones de gobierno en sentido amplio, esto es creación de leyes, aplicación general de éstas (gobierno) y aplicación de ellas en casos concretos (actos judiciales) dotados de una competencia jurídica por definición limitada, derivada directamente de la Constitución, dentro de la cual actúan como instancia definitiva y en cuyo ejercicio no se produce intervención alguna de otras instancias de poder, en relación a las cuales ellos estén subordinados. En nuestro país, los órganos constituidos son los federales, el gobierno, el Congreso con sus dos Cámaras y la Suprema Corte de Justicia de la Nación; y los locales que son sus equivalentes (gobierno local, congreso local y tribunal superior de justicia) y los municipales (ayuntamientos). Vid. COVIÁN ANDRADE, Miguel, *Teoría Constitucional*, op.cit. p. 175.

⁵⁶⁹ Existen opiniones adversas que enfatizan que este tipo de Tribunales constituyen un orden autónomo e independiente de cualquier otro poder, pero sin investir la jerarquía de un "Poder del Estado" y sin el similar rol político-institucional de los Poderes Ejecutivo o Legislativo. Vid. HARO, Ricardo, *El control de constitucionalidad comparado y el rol paradigmático de las Cortes Y Tribunales Constitucionales*, op. cit. p. 21.

⁵⁷⁰ FAVOREU, Louis, *Los Tribunales Constitucionales*, Traducción de Vicente Villacampa, Barcelona, Ariel, 1994, p.15.

no de la norma legislativa con el supuesto de hecho que intenta regular, sino que, como depositario de las categorías lógicas del ordenamiento, enjuiciará sólo la validez de la ley, desvinculado de la necesidad de decidir las controversias de pleitos reales.⁵⁷¹

En consecuencia, de la concordancia entre Constitución y ley se ocupará el Tribunal Constitucional, órgano de cierre del ordenamiento jurídico, encargado de asegurar esa vinculación del legislador a la Constitución. Pero el Tribunal Constitucional nada tendrá que decir de la labor judicial, circunscrita al ámbito de la legalidad.⁵⁷²

Pese a su carácter jurisdiccional, no pertenecerá al Poder Judicial de la Federación, ni tampoco se encontrará plenamente resguardado del riesgo de su politización. Dado que es absolutamente normal que existan tensiones entre la política y el derecho.⁵⁷³ Sin embargo, el Tribunal Constitucional no debe dar respuesta a todas las cuestiones políticas, ni no hacerlo con ninguna, solamente debe proporcionarlas a aquellas que sin traicionar ni debilitar a la Constitución intervenga en un asunto con claras proyecciones jurídico-constitucionales. Sería entonces pertinente distinguir entre “una cuestión política” de una “constitucional de contenido político”.⁵⁷⁴ Las primeras quedan fuera del ámbito jurisdiccional.

Definitivamente, este órgano tendrá la alta función político-institucional de funcionar como “Poder moderador”, controlando la constitucionalidad de las leyes y los actos estatales, a través de los medios de control de la constitucionalidad, basados principalmente en el modelo pergeñado por Hans Kelsen.

⁵⁷¹ GARCÍA DE ENTERRÍA, Eduardo, *La Constitución como norma y el Tribunal Constitucional*, op.cit. p.58.

⁵⁷² CANOSA USERA, Raúl, “La jurisdicción constitucional y la jurisdicción ordinaria en España: una cuestión abierta”, en *Ius et Praxis, Derecho en la Región, Corte Suprema y Tribunal Constitucional: Competencias y Relaciones*, op. cit. p. 12.

⁵⁷³ Cfr. ZAGREBELSKY, Gustavo, “El derecho constitucional del pluralismo”, en *Anuario de Derecho Constitucional y Parlamentario*, España, Universidad de Murcia, 1999, p. 7 y ss.

⁵⁷⁴ Vid. BOFFI BOGGERO, Luis María, *Tres Centenarios de la Corte Suprema de Justicia de la Nación*, Buenos Aires, Ediciones Pizarro, 1979, p. 31.

El propuesto Tribunal realizará una tarea especializada de carácter jurídico-político, pues le corresponderá enjuiciar normas jurídicas⁵⁷⁵ a partir de la Constitución, para lo cual requerirá concretar una hermenéutica finalista y sistemática que considere los valores y principios que orientan el texto constitucional.⁵⁷⁶

Esta labor jurídica con connotaciones políticas requiere de los miembros que integran estos tribunales una legitimidad doble: su preparación jurídica especializada y su nombramiento por órganos representativos del cuerpo político de la sociedad, los que les transmiten en forma indirecta la legitimidad democrática de su autoridad. Es por ello que los magistrados que integren el Tribunal Constitucional de la Federación, deben ser destacados juristas que, por regla general, cuenten con sensibilidad político-constitucional, cierta experiencia mínima exigida en el área constitucional o prolongado y brillante ejercicio de la profesión jurídica en la materia; siendo nombrados por las Cámaras del Congreso, el Presidente de la República, la Suprema Corte de Justicia y connotadas universidades públicas.

La organización, funcionamiento y atribuciones del órgano constituido de control habrá de regularse en el propio texto constitucional colocándose fuera del alcance de los otros poderes públicos. Ello supone, la inclusión de las disposiciones necesarias en la misma Ley Fundamental, su autonomía reglamentaria, administrativa y financiera de la institución, así como garantías de independencia para sus miembros.⁵⁷⁷

⁵⁷⁵ No se debe olvidar que, de manera directa e indirecta, las funciones del Tribunal Constitucional se dirigen hacia la protección de los derechos humanos.

⁵⁷⁶ Son los tribunales constitucionales, en definitiva, los que individualizan los valores, deciden por tanto que representa un "valor" merecedor de tutela y les atribuye, en un determinado momento histórico, una posición privilegiada respecto de otro, según la interpretación de la realidad que no siempre esta en sintonía con aquella que tienen otros órganos o sujetos políticos. Sobre los valores en el derecho y en la jurisprudencia constitucional *vid.* PIZZORUSSO, A. y Varano, V. (coords), *L'influenza dei valori costituzionali sui sistema giuridici contemporanei*, Milano, Giuffrè, 1985, Vol. II, p. 16 y ss.; PECES BARBA, Gregorio, *Los valores superiores*, Madrid, Tecnos, 1984, p. 25y ss.

⁵⁷⁷ Cfr. FAVOREU, Louis, *Los tribunales constitucionales*, *op.cit.* p. 24 y ss.

Acorde a lo precisado Albrecht Weber admite:

"[...]...Así la independencia externa viene indicada en general por la autonomía reglamentaria, por un propio presupuesto, por la autonomía frente a cualquier inspección jerárquica, así como por el rango protocolario conferido a los miembros del Tribunal."⁵⁷⁸

Sus declaraciones de inconstitucionalidad desembocarán en la anulación de la ley⁵⁷⁹ con efectos *erga omnes* –pero no en todos, pues ello dependerá de la naturaleza del acto-, es decir, supondrán la desaparición de la norma en el mundo jurídico con efectos frente a todos. Sus fallos tendrán efectos de cosa juzgada, toda vez que no procederá recurso alguno contra las sentencias que dicte el Tribunal Constitucional.

En realidad lo que el órgano de control especializado trata de lograr es, como lo dijera John Rawls,⁵⁸⁰ la "Justicia de la Constitución". Esta clase de justicia tiene dos finalidades, por un lado describir el significado de la libertad constitucional, y paralelamente, definir la forma y los medios para contener al poder político.

⁵⁷⁸ WEBER, Albrecht, "La jurisdicción constitucional en Europa occidental: una comparación" en *Revista Española de Derecho Constitucional*, Madrid, mayo-agosto de 1986, año 6, número 17, p. 57.

⁵⁷⁹ El Tribunal Constitucional, como pone de relieve Cappelletti, no declara una nulidad, sino que anula (*aufhebt*) una ley que, hasta el momento en el cual se publica el pronunciamiento de Alto Tribunal, es válida y eficaz. La nulidad debe identificarse, por una parte, como una sanción negativa, a través de la cual se cancelan o expulsan del mundo jurídico, disposiciones o fragmentos de estas y, por otra, como un medio de reparación del sistema, al que se debe acudir, únicamente cuando esa expulsión resulte el medio idóneo para la restauración de la juridicidad conculcada. CAPPELLETTI, Mauro, "Análisis estructural-comparativo de los modernos métodos de control jurisdiccional de constitucionalidad de las leyes bajo el perfil subjetivo", en *La Justicia Constitucional, Estudios de Derecho Comparado*, México, UNAM, 1987, pp. 68 y ss.

⁵⁸⁰ RAWLS, John, *Teoría de la Justicia*, Buenos Aires, Fondo de Cultura Económica, 1993, pp. 225 y ss.

5.5. Integración del Tribunal Constitucional Mexicano

Los magistrados del Tribunal Constitucional de la Federación deben ser eminentes y reconocidos juristas, especialistas en Derecho Constitucional,⁵⁸¹ con una experiencia mínima en la materia de quince años a partir de su titulación como licenciado en derecho. Además deben ser hombres con una alta dimensión política y una aguda visión de estadistas, que con mesura, talento y percepción política, sean conscientes de que a través de sus fallos, están generando importantes decisiones políticas en el continuo proceso de desarrollo de la actividad estatal y social, dirigida siempre hacia el bien general y la justicia social.⁵⁸²

Es decir, los magistrados que integrarán el Tribunal, al estar ejerciendo un alto poder del Estado al controlar la constitucionalidad de todas las leyes y actos estatales, deben poseer una adecuada formación política y una especial sensibilidad⁵⁸³ para percibir los "signos de los tiempos"⁵⁸⁴ y, consecuentemente,

⁵⁸¹ Pero no sólo en materia de amparo. Ello es así porque, a quienes durante años se han dedicado a conocer amparos inter-partes, habrá de resultarles inevitablemente difícil deshacerse de criterios, pautas y técnicas de interpretación jurídica que, si no cambian por completo, si al menos presentan numerosas peculiaridades cuando lo que se interpreta, como intérprete supremo, es una norma constitucional, al igual incluso que la estructuración completa del proceso. Lo anterior ha llevado a Häberle a hablar de la "idiosincrasia" del derecho procesal constitucional. HÄBERLE, Peter, "El recurso de amparo en el sistema germano-federal de jurisdicción constitucional", Traducción de Carlos Ruiz Miguel, en Fernández Segado, Francisco y Domingo García Belaunde, *La jurisdicción constitucional en Iberoamérica*, op.cit. p. 255 y ss.

⁵⁸² Sin embargo, a decir de Alberto A. Spota los jueces constitucionales no tienen otro *status* jurídico que el de funcionarios jerarquizados de la administración. SPOTA, Alberto A., "El Consejo de la Magistratura en la Constitución Nacional" en *La Ley*, Buenos Aires, 22 de septiembre de 1995. p. 2 y ss.

⁵⁸³ Tienen que aplicar en palabras de Philip Selznick, un "derecho sensible", término acuñado para describir la interpretación de la ley de manera de responder a las necesidades sociales. NONET Philippe y SELZNICK Philip, *Law and Society in Transition: Toward Responsive Law*, Nueva York, Harper Colophon, 1980, pp. 76 y 77.

⁵⁸⁴ Es importante, independientemente de las condiciones históricas de la Constitución y de las Teorías constitucionales, aprehender intuitivamente a partir del texto, como un contexto de sentido comprensible, las estructuras semánticas y semióticas invariables, que constituyen la "esencia" de las disposiciones constitucionales. Cfr. HUSSERL, Edmund, *Untersuchungen zur Genealogie der logik*, Hamburgo, 1972, pp. 404 y ss.

la trascendencia política que en la vida de la sociedad, tendrán sus resoluciones.⁵⁸⁵

El tratadista Mauro Cappelletti, en lo referente al tema acota:

“[...]...Los jueces de la Europa Continental son habitualmente magistrados de carrera poco aptos para cumplir una tarea de control de las leyes, tarea que es inevitablemente creadora y va mucho más lejos de la función tradicional de meros intérpretes y fieles servidores de las leyes. La interpretación misma de las normas constitucionales, y especialmente el núcleo central de estas que es la Declaración de los Derechos fundamentales o *bill of rights*, suele ser muy distinta de la interpretación de las leyes ordinarias.”⁵⁸⁶

El perfil del candidato a magistrado constitucional debe recaer en personas que cumplan requisitos profesionales en materia constitucional de muy alto nivel,⁵⁸⁷ así se evitará que se designen a personas por cuestiones puramente “afectivas”. Por ello, el ingreso al Tribunal Constitucional de la Federación debe estar abierto a cualquier jurista que cumpla con los requisitos necesarios. Esta perspectiva es una garantía operativa de la composición apolítica del Tribunal.

El postulante a la candidatura debe ser mexicano por nacimiento y no tener ningún impedimento para ejercer tal cargo,⁵⁸⁸ por ejemplo, el ser militante o dirigente de algún político. Su puesto será incompatible con otra función pública o

⁵⁸⁵ Cfr. Philip Selznick, *The Moral Commonwealth: Social Theory and the Promise of Community*, Berkeley, University of California, 1984, p. 464.

⁵⁸⁶ Citado por NOGUEIRA ALCALA, Humberto, “La defensa de la Constitución” en *Dialogo Político*, Buenos Aires, 2002, p. 188. Página de Internet: www.kas.org.ar

⁵⁸⁷ Por ejemplo en España, el Tribunal Constitucional durante sus primeros tres años tuvo un alto nivel de jurisprudencia por el carácter de sus miembros, que fueron consensuados entre juristas de gran prestigio.

⁵⁸⁸ Incluidos los mencionados en el artículo 95, fracción IV de la Constitución Federal.

privada, a excepción de actividad docente.⁵⁸⁹ Y serán responsables en términos de lo establecido en Título Cuarto de la Carta Magna.

Al solicitar una gran cantidad de requisitos que la investidura exige, se pueden prever enormes dificultades para elegir a esos miembros, pues a medida que el ámbito de discreción aumenta, la gama de personas aceptables como magistrados constitucionales se reduce. Pero quizá ello haga que los juristas se enfoquen más diestramente en capacitarse para desempeñar tan relevante función.

Ahora bien, la elección de los integrantes del Tribunal Constitucional de la Federación se hará de dos formas: mediante la designación directa que ciertos órganos constituidos hagan de los magistrados constitucionales, como sucede en Europa. En donde se advierte fácilmente que cada uno de esos órganos decidirán quienes integran el Tribunal Constitucional, y donde el problema surge en saber cuál es la cuota o el número de integrantes que les corresponderá nombrar a cada uno de ellos. Y por otra parte, a través de un sistema de colaboración entre órganos constituidos, como suele suceder en América Latina.

En esa tesitura se propone la integración del órgano constituido por 12 miembros, que se designarán⁵⁹⁰ de la siguiente forma:

Por razón de la designación directa:

- 4 miembros elegidos por las dos terceras partes de los miembros de la Cámara de Diputados.

⁵⁸⁹ De igual manera deberá acreditar, como en cualquier función pública, los exámenes físicos, de aptitud y psicométricos que al efecto se establezcan.

⁵⁹⁰ En el supuesto, de que las instancias encargadas de designar a los integrantes del Tribunal, no cumplieran con su obligación. aún no disponemos de los mecanismos jurídicos para recurrir tal tipo de omisiones, cabría encontrar alguna fórmula para evitar esta anomalía inconstitucional. *Vid.* DE ESTEBAN, Jorge, "Una anomalía inconstitucional", en *El Mundo*, 5 de junio de 1998, España. Página de Internet: <http://metropoli.org/1998/06/05opini3n/N0027.html>.

- 4 miembros elegidos por las dos terceras partes de los miembros de la Cámara de Senadores.
- 1 miembro elegido por el Ejecutivo Federal

Mediante el sistema de colaboración:

- 2 miembros elegidos por las dos terceras partes del Congreso de la Unión, de entre los miembros del Poder Judicial de la Federación.⁵⁹¹
- 1 miembro elegido por las dos terceras partes del Congreso de la Unión, de entre los catedráticos o investigadores más sobresalientes, en la materia, de las Universidades Públicas.

Esta fórmula pretende incluir en el nombramiento de la composición del Tribunal a los otros tres órganos constituidos, y asegurar, por lo menos, a un académico emanado de las instituciones de educación superior pública,⁵⁹² evitando así contar con integrantes parciales hacia un poder en específico.

Es deseable que los miembros a designar por la Cámaras de diputados y senadores fuesen objeto de un auténtico consenso entre los partidos políticos con representación legislativa, entre juristas capaces de asumir la responsabilidad que conlleva el control de la constitucionalidad de las leyes.

Las fuerzas parlamentarias debieran proponer y dialogar sobre nombres de posibles miembros, aceptando vetos recíprocos hasta ponderar a candidatos de prestigio suficiente como para que puedan ser objeto de un respaldo generalizado y, al tiempo descartarse a los más comprometidos con una fuerza política. Así, la elección convergería hacia hombres capaces de ser respaldados por todos.

⁵⁹¹ Con excepción de los integrantes del Tribunal Electoral del Poder Judicial de la Federación.

⁵⁹² Ello impide la tendencia a privilegiar los intereses del sector privado.

Lo antes descrito, traería la consecuencia positiva que el en Tribunal Constitucional se formase un equipo con capacidad de diálogo interno y de trabajo con un objetivo común.

El órgano máximo de control de la constitucionalidad, funcionará en Pleno y en Salas:

- El Pleno conocerá de todos los medios de control, salvo del recurso de amparo, aunque puede conocer de él si lo atrae. Asimismo, conocerá de las cuestiones relativas al nombramiento, recusación y cese de los magistrados y de la aprobación de los reglamentos y otros asuntos internos. El *quórum* para funcionar en pleno será de por lo menos 9 de sus miembros.
- Las Salas serán dos y se dividirán el trabajo. La primera la presidirá el Presidente y la segunda el Vicepresidente.⁵⁹³ La composición de las Salas las determinará el Pleno. No existiendo especialización por razón de la materia.

Se ha advertido que los cambios totales no parecen ser una buena solución cuando se trata de garantizar la estabilidad de una institución. A fin de pronosticar que su actualización y su función se legitimen periódicamente, se propone que los ministros que integren el Tribunal Constitucional de la Federación ocupen el cargo por un período de quince años y que su sustitución se lleve a cabo de manera escalonada y no habrá la posibilidad de reelegirse.

5.6. Noción y competencia del Tribunal Constitucional

El Tribunal Constitucional será el intérprete final de la Constitución, conocerá de las controversias del orden constitucional, denominados medios de control de la

⁵⁹³ El Presidente y Vicepresidente serán elegidos por los mismos magistrados, por un período de tres años, renovable por una vez, por mayoría de votos. El Presidente cumplirá las funciones de coordinación y dirección del Pleno y de la Sala Primera, y la representación externa del Tribunal. El Vicepresidente, además de presidir la Sala Segunda, sustituirá al Presidente.

constitucionalidad⁵⁹⁴ y se caracterizará por contar con especialistas en la materia de su competencia. Será una jurisdicción concentrada cuya labor consistirá en mantener el equilibrio constitucional y político, para lo cual deberá estar regulado en la Constitución Federal, es decir, tendrá su Capítulo respectivo. Sus decisiones serán dictadas con independencia y nunca se basarán en cuestiones netamente políticas. Definitivamente, será un poder constituido, independiente, no preocupado por los vaivenes políticos del momento, encargado de la defensa de la Constitución y dedicado a proteger los derechos fundamentales de los ciudadanos.

Para contar con un Tribunal Constitucional práctico es importante que su catálogo de atribuciones esté definido y sea lo suficientemente claro. Además, debe tener un margen adecuado de actuación, a fin de que su actividad no esté sometida a los quehaceres de otras instituciones.

5.6.1. Control de la constitucionalidad *a priori* y *a posteriori*

El control preventivo de constitucionalidad es un sistema a través del cual, el Tribunal Constitucional concreta la revisión del contenido de un proyecto de precepto legal o de reforma constitucional, así como de un tratado, para determinar su conformidad con los valores, principios y reglas establecidas por la Constitución antes de integrarse al ordenamiento jurídico. Este tipo de control se integra con los instrumentos jurídicos de carácter técnico-consultivo que tienen como propósito vigilar que los procedimientos de producción jurídica estatal se apeguen siempre a las disposiciones constitucionales.⁵⁹⁵

En México este sistema no existe, el proceso de creación de la ley y el mismo proceso de revisión constitucional, se realizan sin llevar a cabo un análisis

⁵⁹⁴ Todos en primera y única instancia, salvo el amparo, tema que abordaremos posteriormente.

⁵⁹⁵ SCHMILL, Ulises, "Fundamentos teóricos de la defensa de la Constitución en un Estado Federal" en Cossío, José Ramón y Pérez de Acha, Luis M. (comps), *La Defensa de la Constitución*, México, Coyoacán, 1997, p. 28.

técnico sobre la constitucionalidad de dichas iniciativas de ley o de reforma. Sin embargo, es un hecho que las modificaciones a la Constitución pueden estar afectadas de inconstitucionalidad.⁵⁹⁶

El control preventivo busca evitar la vigencia y aplicación de normas inconstitucionales, aplicándose a los preceptos legales o de modificación constitucional, antes de su promulgación y respecto de tratados internacionales antes de su ratificación. Además, en materia de convenios internacionales, existe el efecto de evitar la trasgresión de la Convención de Viena sobre Derecho de los Tratados, en especial los artículos 26, 27 y 31, al concretar el control antes de que el tratado obligue y genere responsabilidad internacional al respectivo Estado.

Ahora bien, el control previo de constitucionalidad no implica invasión de competencias en el ámbito legislativo. La función del Tribunal Constitucional, no puede entenderse como un acotamiento de las atribuciones del Poder Legislativo, ni aún en el caso de que dicho control constitucional pueda estimarse como una actividad de “legislador negativo”. Es importante hacer esta precisión, pues la existencia y funcionamiento de los tribunales constitucionales tiene el propósito central de servir al fortalecimiento del Estado de Derecho y, por ende, al fortalecimiento de los principios que estructuran al Estado, entre ellos el relativo a la división de poderes.

Las decisiones sobre control preventivo de constitucionalidad son decisiones jurisdiccionales, ya que ellas son dictadas por un órgano compuesto de juristas que resuelven con criterio técnico-jurídico, las cuales tienen efectos

⁵⁹⁶ Vid. GONZÁLEZ SCHMAL, Raúl, “¿Una reforma a la Constitución puede ser inconstitucional?”, en *El significado actual de la Constitución*, México, Universidad Nacional Autónoma de México, 1998 y RODRÍGUEZ VÁZQUEZ, Miguel Ángel “¿Es posible que una reforma a la Constitución sea inconstitucional por razón de su contenido?”, en *La actualidad de la defensa de la Constitución*, México, Suprema Corte de Justicia de la Nación, UNAM, 1998, p. 32.

vinculantes, se sujetan a procedimientos jurídicos y confrontan un precepto normativo o tratado con la Constitución o con el bloque de constitucionalidad.

De lo expuesto, el sistema de control de la constitucionalidad en el Estado mexicano requiere contar con instrumentos de prevención expeditos, accesibles y oportunos, que sirvan para la defensa previa de la constitucionalidad. Para ello el Tribunal Constitucional mexicano deberá atender tres tareas fundamentales, a través de la acción de inconstitucionalidad:

1. El control previo legislativo en los procesos de creación de ley, pero sólo de las leyes que por su importancia⁵⁹⁷ sea apremiante su control, por ejemplo: leyes generales,⁵⁹⁸ leyes orgánicas de los poderes federales y leyes que pretendan modificar las Constituciones de las entidades federativas (Estatutos de Gobierno). El control que llevará a cabo el Tribunal se dará después de la sanción⁵⁹⁹ por parte del Ejecutivo Federal, y antes de que la norma ya sancionada sea publicada. De ser inconstitucional la norma no entrara en vigencia. Aceptación del decreto por parte de Ejecutivo, de no aceptarse, procede el veto.

2. El control previo legislativo en los procesos de revisión de la Constitución Federal. Aquí, el control se realizará enseguida que El Congreso de la Unión o la Comisión Permanente hagan el cómputo de los votos de las Legislaturas y la declaración de haber sido aprobadas las

adiciones o reformas.

3. Modificaciones a los Estatutos de las entidades federativas. El control se realizará antes de que entren en vigor las reformas a los Estatutos.

⁵⁹⁷ De lo contrario se podría saturar de trabajo al Tribunal Constitucional. En este caso las leyes podrán estar sujetas a control posterior.

⁵⁹⁸ *Supra.* p. 56.

⁵⁹⁹

4. El control previo legislativo en los procesos de suscripción y ratificación de los tratados internacionales. En este rubro el control se llevará a cabo: previo a la suscripción del tratado internacional por parte del Presidente de la República, y previo a la ratificación de tratados internacionales por parte del Senado, a fin de incorporarlos al orden jurídico mexicano.

En estos casos el Tribunal Constitucional podrá actuar de oficio, pues el carácter de órgano constituido lo legitima para que actúe de *motu proprio* en defensa de la constitucionalidad de las normas más importantes del ordenamiento jurídico. Sujetos a control, sin la declaratoria de constitucionalidad, la ley o tratado internacional no podrán ser aplicados, por no estar vigentes en el sistema jurídico mexicano.

Por otra parte, el control posterior de la constitucionalidad, requiere contar con los instrumentos necesarios de reparación viables y de alcances ciertos, a fin de restaurar el orden constitucional que sea vulnerado con determinaciones de los detentadores del poder. Este control es reparador dado que se ejerce sobre disposiciones normativas, actos u omisiones elaboradas por los órganos del Estado que contravengan la Ley Fundamental y que estén formalmente vigentes.

En consecuencia, salvo los actos sujetos a control *a priori*, los demás instrumentos de control tendrán como objetivo primordial obtener la anulación de las acciones o determinaciones de las autoridades públicas.

5.6.2. Medios de control de la constitucionalidad

5.6.2.1. La acción de inconstitucionalidad

5.6.2.1.1. Contra leyes y sus reformas

Hans Kelsen es el responsable intelectual de la creación,⁶⁰⁰ a partir de una cierta “racionalización”⁶⁰¹ del sistema americano de control de la constitucionalidad, de los tribunales constitucionales como jurisdicción constitucional especializada, cuya competencia más característica iba a ser precisamente la de conocer de los procesos incoados mediante las acciones de anticonstitucionalidad, o, si se prefiere en la terminología germánica, de los procesos de control normativo abstracto de la constitucionalidad.

En este sentido, García de Enterría opina:

“El sistema de control de la constitucionalidad de las leyes que se configura como una función constitucional que no será propiamente judicial, sino en los explícitos términos de Kelsen, de “legislación negativa”. En concreto, el Tribunal Constitucional no enjuicia ningún hecho singular... [...], sino sólo el problema puramente abstracto de compatibilidad lógica (*Vereinbarkeit*) entre el

⁶⁰⁰ Existe una parte de la doctrina que asegura que el origen de la acción de inconstitucionalidad deviene del modelo casi sincrónico al austriaco, es decir el checoslovaco, al que la doctrina austriaca trata de restar importancia. Sin embargo la experiencia prolongada en el tiempo, así como la labor de teorización, de divulgación y de participación directa de Hans Kelsen hacen justificar el origen y desarrollo de la figura en estudio. En ese contexto, En 1931 Kelsen reprochaba a Schmitt que no descendiese de las alturas de su abstracción y pasase así por alto “el hecho de que existe un Estado - a saber, Austria- en el que desde hace más de un decenio funciona un control de constitucionalidad central perfectamente estructurado”. KELSEN, Hans, *¿Quién debe ser el defensor de la Constitución?*, *op. cit.*, p. 31.

⁶⁰¹ Kelsen reconoce, “[...] fue especialmente la experiencia constitucional de los Estados Unidos la que influyó en la forma de cómo se ha regulado esta cuestión en la Constitución Austriaca”. Kelsen, Hans, “El control de la constitucionalidad de las leyes. Estudio comparado de las Constituciones austriaca y norteamericana”, *op. cit.* p. 226.

pronunciamiento, también abstracto de una ley y la norma (abstracta) de la Constitución.⁶⁰²

Exactamente, fue el texto de la Constitución Austriaca de 1920, conocido como *Oktoberverfassung*, el que introdujo el instrumento en cuestión en el mundo de las realidades constitucionales, tal como se conoce en la actualidad. Justamente, el control de constitucionalidad de una ley llevado a cabo a instancias de ciertos órganos políticos y completamente al margen de todo caso concreto y de la aplicación que haya podido tener esa ley, o que incluso no se haya aplicado, se le denomina acción de inconstitucionalidad.

Esta acción sólo va a ser ejercitada, por algunos de los órganos políticos legitimados, en aquellas hipótesis más graves de inconstitucionalidad, y más polémicas también en términos políticos, lo cual es una experiencia general en el derecho comparado.⁶⁰³ Los órganos políticos ejercerán la acción, no para defender sus propios derechos o intereses, sino más bien para actuar en defensa objetiva de la Constitución, "en interés de la Constitución y su primacía".⁶⁰⁴

La oposición entre el control normativo abstracto y el concreto, establece "[...] una diferencia entre quienes están facultados para plantear la cuestión sobre la constitucionalidad".⁶⁰⁵

En México la instauración de la acción de inconstitucionalidad ha sido un paso necesario, indispensable, hacia el tránsito de una democracia real y efectiva, por lo que su introducción merece una valoración global positiva. No

⁶⁰² GARCÍA DE ENTERRÍA, Eduardo, *La Constitución como norma y el Tribunal Constitucional*, *op. cit.*, p. 57.

⁶⁰³ Cfr. SIMON, Helmut, "La jurisdicción constitucional", *op. cit.*, p. 836 y HÄBERLE, Peter, "El recurso de amparo en el sistema germano-federal de jurisdicción constitucional", *op. cit.* p. 276.

⁶⁰⁴ La constitucionalidad de los actos de autoridad se producirá cuando éstos correspondan puntualmente a las prescripciones de la ley suprema. Por otra parte, la inconstitucionalidad es el vicio de que adolece todo acto de autoridad que vulnera el mandato de la Constitución.

⁶⁰⁵ FALLER, HANS JOACHIM, "Defensa constitucional por medio de la jurisdicción constitucional en la República Federal de Alemania", en *Revista de Estudios Políticos*, Berlín, enero-febrero 1979, núm. 7, p. 53.

obstante, una cuestión pendiente es reformar la fracción II del artículo 105 constitucional, para disminuir el porcentaje necesario para promover una acción de inconstitucionalidad por los grupos parlamentarios federales. De esta manera, el porcentaje que se propone para interponer la acción en estudio es del 25%, como sucede en otros países como Perú y Chile.

En cuanto al porcentaje para declarar la inconstitucionalidad con efectos *erga omnes* de una ley, en oposición a la proporción obstaculizadora⁶⁰⁶ que se indica en la fracción II del artículo 105 constitucional, se plantea que sea del 60%, es decir, por mayoría simple de votos de los integrantes del Tribunal.

Pues como atinadamente lo indica Miguel Covián Andrade:

"[...] Los efectos de la anulación de un acto inconstitucional no derivan de las partes que intervienen en el conflicto, ni de la naturaleza jurídica del órgano que ejerce las funciones de control, ni de la votación emitida para anularlo, sino exclusivamente de la naturaleza de ese acto. Si es un acto cuyos efectos son concretos o particulares, éste será el alcance de su anulación; si es en cambio, un acto general, abstracto e impersonal, generales serán los efectos de su anulación."⁶⁰⁷

Por lo que toca a el control de las reformas de leyes, es de precisarse que la hora de establecer controles sobre el proceso legislativo nos encontramos en uno de los problemas más agudos del derecho constitucional porque parte de la doctrina señala que resulta un riesgo transformar el control de la regularidad constitucional en un control de oportunidad política, que no es compatible con la

⁶⁰⁶ En la citada fracción se establece que las resoluciones de la Suprema Corte sólo podrán declarar la invalidez de las normas impugnadas, siempre que fueren aprobadas por una mayoría de cuando menos ocho votos. Al respecto, el doctor Miguel Covián Andrade hace un excelente análisis, calificando la decisión de señalar ese *quórum* de incongruente, torpe e irracional. *Vid.* COVIÁN ANDRADE, Miguel, *El control de la constitucionalidad en el derecho comparado*, *op. cit.* pp. 299-301.

⁶⁰⁷ *Idem.*

naturaleza del control de la constitucionalidad. Puede incluso desembocar, en el control de una metodología óptima de la legislación, imponiendo al legislador una racionalidad controlable jurisdiccionalmente en la preparación y adopción de su decisión similar a la que rige el procedimiento administrativo. También objeta la doctrina la constricción que sufre la autonomía parlamentaria cuando se pueden controlar en sede constitucional los actos internos de las Cámaras.

Sin embargo, aún aceptando los riesgos que dicho control comporta no puede sostenerse una objeción de principio a dicha posibilidad, en ninguna de las democracias contemporáneas. Los tribunales constitucionales en general, han sostenido en múltiples ocasiones que son controlables en sede constitucional los vicios del procedimiento legislativo, pero, el problema se plantea a la hora de fijar los límites a dicho control para no conculcar el principio de la autonomía e independencia de las Cámaras.⁶⁰⁸

Así, los cauces procesales para la impugnabilidad del proceso legislativo por vicios del procedimiento son los propios del control de leyes, a través de la acción de inconstitucionalidad. Conocida la vía de impugnación conviene conocer que vicios pueden ser apreciados por el Tribunal Constitucional. La presunta ilegitimidad de una ley en el proceso de su creación puede devenir porque su contenido viola el ordenamiento constitucional o porque el procedimiento en sí mismo considerado vulnera normas materiales o procedimentales. La valoración del grado en que esos vicios afectan al procedimiento requiere de una solución inmediata. Ello obliga a conocer la gravedad y trascendencia del vicio que debería medirse en relación con los perjuicios ocasionados al principio democrático.

⁶⁰⁸ El Tribunal Constitucional español, por ejemplo, ha tenido ocasión de pronunciarse acerca de las normas que pueden ser objeto de violación a lo largo del procedimiento de elaboración de leyes y considera en ese ámbito no sólo a la Constitución sino también al Reglamento de las Cámaras y las resoluciones de la presidencia de la Cámara, que el Alto Tribunal español ha asimilado al Reglamento Parlamentario para evitar que se produzcan ámbitos normativos fuera de control. *Cfr.* FIGUERUELO BURRIEZA, Ángela, *El control de la constitucionalidad de los actos parlamentarios*, Madrid, REDC, 1990, pp. 219 y 220.

Efectivamente, la presunción de constitucionalidad de la ley obliga a diferenciar los vicios graves de carácter extraordinario, que producen la nulidad radical de la ley, de otros vicios que aunque pueden provocar invalidez de la misma pueden ser subsanados por la Cámara durante el desarrollo del procedimiento. Entre los vicios graves se encuentran aquellos que van en contra del principio democrático que puede ser deducido de las normas constitucionales y reglamentarias. En cambio existen otros vicios de procedimiento que aunque afecten al principio democrático no alteran su contenido esencial: convocatoria, orden del día, *quórum* de asistencia, etc.

La declaratoria de inconstitucionalidad tendrá efectos *erga omnes*, es decir, sus efectos serán se cosa juzgada y vinculará todos los poderes públicos.

Los sujetos legitimados que se proponen para interponer esta acción son:

- a) El Presidente de la República.
- b) Una cuarta parte de los diputados federales.
- c) Una cuarta parte de los senadores.
- d) Las legislaturas locales y la Asamblea Legislativa del Distrito Federal, por mayoría simple de votos.
- e) El Presidente de la Comisión Nacional de Derechos Humanos, los presidentes de las comisiones estatales de derechos humanos y del Distrito Federal en contra de leyes, tratados internacionales y normas generales que afecten los derechos humanos de los ciudadanos.
- f) Los gobernadores de las entidades federativas y el jefe de gobierno del Distrito Federal.

- g) Los partidos políticos con registro ante el Instituto Federal Electoral; y los partidos políticos con registro estatal, por conducto de sus respectivas dirigencias conducto de sus dirigencias nacionales, en contra de leyes electorales federales o locales.
- h) El 0.5% de los ciudadanos inscritos en el padrón electoral nacional con credencial para votar.⁶⁰⁹

Nótese que se han eximido dentro de los sujetos legitimados para interponer la acción, al Procurador General de la República, ya que no se trata de un órgano del Estado que pudiera tener algún interés directo en el control de las leyes, ni es el defensor del pueblo que representa los intereses difusos de los ciudadanos. El Doctor Miguel Covián Andrade lo asienta de la siguiente manera:

"[...]Se percibe una deficiencia estructural muy grave en cuanto a los sujetos legitimados para ejercer la 'acción de inconstitucionalidad', los cuales tienen que ser o el procurador general de la República (¿?), nuevamente bajo la concepción 'amparista', convertida en dogma, de que este funcionario debe estar autorizado para interponer el recurso en su carácter de 'representante de la sociedad'".⁶¹⁰

En relación a los partidos políticos, puede decirse que no son órganos del Estado que simbolicen la representatividad de los ciudadanos en su conjunto, sino, en todo caso, de una parte de ellos que simpatizan con sus ideas.⁶¹¹ Realmente, estos institutos políticos son proclives a defender sus intereses particulares y no la constitucionalidad misma de la ley. Por eso, si realmente

⁶⁰⁹ Aproximadamente existen 71 millones de electores (desactualización desde 2003)

⁶¹⁰ COVIÁN ANDRADE, Miguel, *El control de la constitucionalidad en el derecho comparado*, op. cit. p. 336.

⁶¹¹ Es de mencionarse que en ninguno de los sistemas de control de la constitucionalidad aquí analizados, se ha legitimado a los partidos políticos para interponer el proceso de control normativo abstracto de la constitucionalidad.

tienen una fuerte representatividad, sus miembros deberán estar insertos en la diversas “fracciones parlamentarias” de las Cámaras del Congreso de la Unión, las cuales tienen la posibilidad de acudir directamente a impugnar la inconstitucionalidad de una ley, o indirectamente, convenciendo, a otras fracciones para que concurran a objetar la inconstitucionalidad de las normas generales. Sin embargo, al ser parte de los órganos democráticos del país, es importante mantener su inclusión para que puedan defender directamente sus intereses, pero únicamente en materia electoral.

Ahora bien, no habrá plazo para la interposición de la acción de inconstitucionalidad con control *a posteriori*, pues una ley o norma general inconstitucional no se vuelve constitucional por el simple paso del tiempo. La inconstitucionalidad deviene de origen y no está sujeta a ningún principio que la contradiga, como el principio de seguridad jurídica,⁶¹² que en todo caso, se tiene que aplicar en actos concretos,⁶¹³ pero de ninguna manera a normas abstractas que vulneren lo preceptuado en la Ley Fundamental.

A mayor abundamiento, el artículo 1° de la Constitución Federal establece:

“En los Estados Unidos Mexicanos todo individuo gozará de las garantías que otorga esta Constitución, las cuales no podrán restringirse ni suspenderse, sino en los casos y con las condiciones que ella misma establece.”

A su vez el artículo 29 constitucional prescribe:

⁶¹² Muchos especialistas hasta son irónicos al respecto. Así José Luis Caballero señala “La Corte sucumbió de nueva cuenta a su conservadurismo y se percibió un tanto perdida en sus propios argumentos, ante lo que parece le representa asumir la carga de ofrecer “seguridad jurídica” (lo que sea que esto signifique...)”. Vid. CABALLERO OCHOA, José Luis, “La Suprema Corte en su laberinto: el orden jurídico interno”, en *El Universal*, *op. cit.* p. A20.

⁶¹³ Pues estos si atañen a un individuo particular el cual deberá tener un lapso de tiempo para controvertir dicho acto individualizado (dada su propia naturaleza concreta, personal).

“..En los casos de invasión, perturbación grave... solamente el Presidente de los Estados Unidos Mexicanos, de acuerdo con los titulares de las Secretarías de Estado,...[...] y con aprobación del Congreso de la Unión, y, en recesos de éste de la Comisión Permanente, podrá suspender en todo el país o en lugar determinado las garantías que fuesen obstáculo para hacer frente, rápida y fácilmente a la situación; pero deberá hacerlo por un tiempo limitado, por medio de prevenciones generales y sin que la suspensión se contraiga a determinado individuo.”

De lo citado se colige que la garantías consagradas en el texto constitucional no pueden ser derogadas o nulificadas de manera permanente por una ley o norma de carácter general, salvo en los casos y en las condiciones que la misma establece, los cuales son excepcionales y por cuestiones muy graves. En consecuencia, no debe de existir un plazo para reclamar la inconstitucionalidad de una ley si es que realmente la Constitución Federal es la norma suprema del ordenamiento jurídico, conforme a lo señalado en el artículo 133 constitucional.

De todo lo precisado, es notorio que la acción de inconstitucionalidad es una vía procesal insustituible para la defensa de la Constitución y el orden de valores en que ésta reposa. Constituye el instrumento básico y de mayor eficacia para la protección de las minorías políticas y, sobre todo, como medio de poner punto final a conflictos que de otro modo permanecerían enconados en la vida política, la acción de inconstitucionalidad está destinada a jugar un papel relevante, acaso insustituible, en la democratización de México. Ello será especialmente así a medida en que se vayan abriendo, los diversos candados con que ha nacido configurada esta acción.

5.6.2.1.2. Contra reformas a la Constitución (revisión constitucional)

Kelsen llamó "Primera Constitución" a toda Constitución que no encuentre su fundamento de legitimidad en una Constitución precedente⁶¹⁴. Es decir, es una Constitución emanada *extra ordinem*,⁶¹⁵ y por lo tanto, privada de fundamento de validez en normas (las eventuales normas sobre la producción constitucional) propias del ordenamiento precedente.⁶¹⁶

Ahora bien, una cosa es revisar la Constitución existente sin alterar la identidad material o axiológica y otra cuestión es modificar el "espíritu" de la Constitución existente,⁶¹⁷ esto es, alterar, perturbar o subvertir los valores ético-políticos que la caracterizan. Definitivamente, una cosa es la modificación constitucional y otra, aunque sea subrepticamente, es la instauración de una nueva Constitución. Una cosa es el ejercicio del poder constituido y otra es el ejercicio del poder constituyente.

La revisión e instauración constitucional se distinguen no bajo un perfil formal,⁶¹⁸ sino bajo el perfil sustancial: es una reforma toda modificación marginal, es instauración toda alteración –aunque legal- de la identidad axiológica de la Constitución.⁶¹⁹ La Constitución contiene normas que tienen exactamente la misma jerarquía formal, pero en cuanto a su sustancia, es factible distinguir el contenido de unas y otras.

⁶¹⁴ Kelsen, Hans, *General Theory of Law and State*, Massachusetts, Cambridge University Press, 1945, pp. 124 y ss.

⁶¹⁵ Producto de una Revolución o, últimamente, obra de consensos políticos.

⁶¹⁶ Cfr. GUASTINI, Riccardo, "Sur la validite de la constitution du point de vue du positivismo juridique" Troper, M. Y Jaume, L. (eds.), *1789 el L'invention de la Constitution*, Bruselas-París, 1992.

⁶¹⁷ Por ello la función constituyente infiere la propia superioridad frente a la función de reforma, no tanto por su ilimitación originaria sino más bien, en cuanto instrumento técnico de expresión de las elecciones y decisiones fundamentales a las que se asigna el nombre de Constitución en sentido material. CICONETTI, S.M., *La revisione della costituzione*, Padua, 1972, pp. 229-331.

⁶¹⁸ Por el hecho de que una adviene de forma legal y otra de forma ilegal.

⁶¹⁹ Límites lógicos, ya que una revisión constitucional que pretendiera alterar la identidad material de la Constitución se transformaría, por esos mismo, en instauración constitucional, es decir, por definición, no podría llamarse "revisión constitucional".

La confusión tiene su fundamento en expresiones como las de Raúl Gustavo Ferreira quien sustenta:

“[...]...Añado que aceptar que los jueces declaren la inconstitucionalidad del contenido de una reforma constitucional en un sistema de Constitución rígida es lógicamente imposible, si ha de ser verdad que lo superior –la reforma constitucional- es creación del derecho constitucional y lo inferior –la interpretación judicial- su aplicación. Las implicaciones de esta tesis significan que ella bien puede ser considerada como una importante y trascendente excepción a la plenitud del ejercicio de la potestad jurisdiccional estatal de contralor de constitucionalidad, trayendo como beneficio la resemantización del principio dogmático de la cuestión política no judicial.⁶²⁰

Pero es incontrovertible que los actos de revisión constitucional pueden ser anticonstitucionales por razones de procedimiento, de contenido o de ambas. Por ello, aun aceptando que sólo pudiese ser anticonstitucional la reforma por que no se llevó a cabo adecuadamente el procedimiento establecido en el numeral 135 constitucional, no existe un medio de control de la constitucionalidad previsto para anular sus efectos inconstitucionales. Como lo destaca Miguel Covián Andrade:

“[...] Solamente con base en un criterio jurídico formalista, anticientífico y malintencionado inclusive, puede sostenerse ante tal evidencia que no es posible suponer que una reforma a la Constitución puede ser inconstitucional.”⁶²¹

⁶²⁰ FERREYRA, Raúl Gustavo, “Corte Suprema de Justicia Argentina y control de constitucionalidad. Vicisitudes y retos del papel institucional del Tribunal”, en *Ius et Praxis Derecho de la Región*, op. cit. p. 516.

⁶²¹ COVIÁN ANDRADE, Miguel, *El control de la constitucionalidad en el derecho comparado*, op. cit. p. 327. Este destacado constitucionalista añade que en México a la Ley de revisión constitucional -como

Se dice que existen tres tipos posibles de revisión constitucional: a) la introducción de una norma nueva; b) la supresión de una norma existente; y c) la sustitución de una norma preexistente, es decir, la supresión de una norma vieja combinada con la introducción de una norma nueva.⁶²²

La Constitución debe contener las normas fundamentales del sistema jurídico, pero sólo tales normas y no el resto de contenidos normativos; por llamarlos de algún modo. Empero, distintas reformas se han ido agregando al texto de 1917, el cual ha quedado sumamente amplio y complejo, impropio de una Constitución.

Desafortunadamente, en el México de hoy, es imposible sujetar a control de la constitucionalidad las revisiones a la Constitución,⁶²³ de acuerdo a la siguiente jurisprudencia:

"PROCEDIMIENTO DE REFORMAS Y ADICIONES A LA CONSTITUCIÓN FEDERAL. NO ES SUSCEPTIBLE DE CONTROL JURISDICCIONAL.-... el procedimiento de reformas y adiciones a la Constitución no es susceptible de control jurisdiccional, ya que lo encuentra en sí mismo...[...] Órgano Reformador de la Constitución, realizando una función de carácter exclusivamente constitucional, no equiparable a la de ninguno de los órdenes jurídicos parciales,

acertadamente se le dice- se denomina incorrectamente: "decretos de reformas y adiciones a la Constitución Federal."

⁶²² ALCHOURRON, C.E., "Conflictos de normas y revisión de sistemas normativos", en *Análisis lógico y derecho*, Madrid, Gedisa, 1991, p. 301.

⁶²³ A diferencia de lo que sucede en el sistema estadounidense, según lo comenta Segundo V. Linares Quintana: "Como ha podido comprobarse, la jurisprudencia de los tribunales más recientes es en general favorable a la doctrina de que el examen y la decisión de la constitucionalidad de una reforma constitucional constituyen una cuestión judicial comprendida en la competencia de los tribunales. Pero todos los casos examinados se refieren a dicho problema exclusivamente desde el ángulo del procedimiento observado para la adopción de la enmienda –matters of procedure-." LINARES QUINTANA, Segundo V. *Tratado de Interpretación Constitucional*, Buenos Aires, Abeledo Perrot, 1998, p. 151. En efecto, los standards de control de constitucionalidad norteamericanos son muy estrictos en cuestión de derechos de minorías y derechos civiles, a diferencia del control de leyes, en que los mismos son menos exigentes, pues sólo alcanzan al análisis de las "rational bases", pues se parte de la acertada base que la sanción de leyes es facultad de otro poder.

constituyendo de esta manera una función soberana, no sujeta a ningún tipo de control externo, porque en la conformación compleja del órgano y en la atribución constitucional de su función, se encuentra su propia garantía.⁶²⁴

En estos términos, se sugiere que los sujetos legitimados para ejercer tal acción⁶²⁵ sean los mismos que se proponen en el apartado anterior.

5.6.2.1.3. Contra la ratificación de los tratados internacionales

Los tratados internacionales pueden dar lugar al control de constitucionalidad,⁶²⁶ ya sea por aspectos de forma como su adecuada integración al ordenamiento jurídico nacional, o por aspectos de fondo como la contradicción de sus disposiciones con las de la Constitución. Este control es indispensable para que se respeten los principios generales del Derecho Internacional *Pacta Sunt Servanda* y *Bona Fide*, así como los artículos 27 y 31 de la Convención de Viena sobre Derechos de los Tratados de 1969, ratificado por México, que señala que el control debe ser de carácter preventivo, y en lo posible obligatorio. Dicho artículo 27 indica, que no pueden utilizarse las normas de derecho interno para eludir el cumplimiento de un tratado internacional. El artículo 31 determina que un tratado debe interpretarse de buena fe conforme al sentido corriente que haya de atribuirse a los términos del tratado, en el contexto de estos, teniendo en cuenta su objeto y fin.

⁶²⁴ Tesis de jurisprudencia P./J. 39/2002, publicadas en las página mil ciento treinta y seis del Tomo XVI, septiembre de dos mil dos, del Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta, Novena Época.

⁶²⁵ Se trata de una acción no de un recurso, pues tiene como objeto el inicio de un proceso nuevo, la provocación de la jurisdicción, y no la impugnación de la resolución emitida con anterioridad por un órgano jurisdiccional en un proceso ya iniciado. *Cfr.* ALCALÁ-ZAMORA y Castillo, Niceto, *Cuestiones de terminología procesal*, México, UNAM, Instituto de Investigaciones Jurídicas, 1972, p. 43. Otros autores, en cambio, utilizan indistintamente los dos términos. *Vid.* ALMAGRO NOSETE, José, *Justicia constitucional (Comentarios a la Ley Orgánica del Poder Judicial)*, Madrid, Dykinson, 1980, p.131. GONZÁLEZ PÉREZ, Jesús, *Derecho procesal constitucional*, Madrid, Civitas, 1980, p. 249.

⁶²⁶ A manera de ejemplo, puede señalarse que dicho control se encuentra dentro de la competencia de los Tribunales Constitucionales de Bolivia, Chile, Ecuador, Alemania, España, Austria, Polonia, Rusia, Ucrania, Hungría, entre otros países.

Por otra parte, la jurisprudencia uniforme de la Corte Permanente de Justicia Internacional ha resuelto que es un principio de derecho de gentes generalmente reconocido que en las relaciones entre potencias contratantes las disposiciones del derecho interno no pueden prevalecer sobre las de un tratado⁶²⁷. Asimismo ha sostenido que: Un Estado no puede invocar frente a otro Estado su propia Constitución para substraerse de las obligaciones que impone el Derecho Internacional a los tratados vigentes.⁶²⁸ En sí, la reflexión actual del principio de supremacía constitucional en relación a los tratados internacionales, apunta:

“... [...]a este principio como una cuestión de integración coherente de todo el ordenamiento, incluido el no derivado de la Constitución, pero que encuentra en ella la forma prevista para su incorporación, como es el caso del derecho internacional o del derecho de la Unión Europea.”⁶²⁹

Efectivamente, el artículo 76 de la Constitución mexicana dispone como facultad exclusiva del Senado aprobar los tratados internacionales que celebre el Ejecutivo de la Unión. A su vez, el numeral 133 constitucional señala que todos los tratados que estén de acuerdo con la Ley Fundamental, celebrados y que se celebren por el Presidente de la República, con aprobación del Senado, serán la ley suprema de toda la Unión.

Es el carácter de norma suprema de la Constitución en relación al principio de derecho internacional *Pacta Sunt Servanda* lo que impone que cuando se vaya a celebrar un tratado internacional, se exija la previa revisión de su constitucionalidad. Se pide que el requerimiento al Tribunal Constitucional se efectúe cuando el texto esté ya definitivamente fijado, pero aún no se hubiere

⁶²⁷ Jurisprudencia de la Corte Permanente de Justicia Internacional, Serie B, número 17, p. 32.

⁶²⁸ Jurisprudencia de la Corte Permanente de Justicia Internacional, Serie A/B, número 44, p. 24.

⁶²⁹ Vid. CABALLERO OCHOA, José Luis, “La Suprema Corte en su laberinto: el orden jurídico interno”, en *El Universal*, op. cit. p. A20.

prestado el consentimiento del Estado, mediante la aprobación del Senado. La declaración que se haga tendrá efectos de vinculantes.

Desde esa perspectiva, constituye gran avance establecer un control preventivo obligatorio de constitucionalidad de los tratados internacionales antes de su ratificación de manera que no puedan integrarse al derecho interno aquellos que sean contradictorios con la Carta Fundamental. Sin perjuicio de la posibilidad de impugnar posteriormente los tratados internacionales por medio del recurso directo.⁶³⁰ Estando legitimados para interponer ese recurso, los mismos órganos descritos sugeridos para ejercer dicha acción de inconstitucionalidad.

5.6.2.1.4. Contra omisiones legislativas⁶³¹

Ahondar sobre el tema que nos ocupa es sumamente complicado debido a cuestiones teóricas, pues como atinadamente lo explica el profesor Ignacio Villaverde:

“No sólo lo exiguo del ámbito propio del fenómeno, sino y, sobre todo, la distorsión que semejante tesis produce en la posición de la jurisdicción constitucional en el examen de los silencios legislativos

⁶³⁰ Toda vez que puede sobrevenir una causa de inconstitucionalidad al aplicar el tratado internacional.

⁶³¹ Las distintas conceptualizaciones sobre la inconstitucionalidad por omisión suelen dividirse en dos grandes grupos: extensa y reducida. En el primer caso la vulneración de normas constitucionales puede producirse por la inactividad de los poderes públicos en un sentido general. En el segundo grupo, la inconstitucionalidad por omisión se limitará a la inercia del Poder Legislativo. TROCKER, Nicolo, “Le omission del legislatore e la tutela giurisdizionale dei diritti di libertà. Studio comparativo sul diritto tedesco”, en *Archivio giuridico*, Torino, 1970, pp. 88 y ss. SAGUÉS Néstor Pedro, “Inconstitucionalidad por omisión de los Poderes Legislativo y ejecutivo. Su control”, en *Ius et Veritas, Revista de la Facultad de Derecho de la Pontificia Universidad Católica del Perú*, 2002, número 5, pp. 39 y ss. BIDART CAMPOS, Germán J., “La justicia constitucional y la inconstitucionalidad por omisión”, en *Anuario Jurídico*, México, UNAM, 1979, número VI, pp. 9 y ss. MORTATI, Constantino, “Appunti per uno studio sui rimedi giurisdizionali contro comportamento omissivi del legislatore” en *Problema di Diritto pubblico nell’attuale esperienza costituzionale repubblicana. Raccolta di scritti*, Milán, Editorial Giuffré, 1972, Vol. II. GOMES CANOTILHO, José Joaquim, *Constituição dirigente e vinculação do legislador*, Coimbra, Coimbra Editora, 1982, p. 331,

imponen, en mi opinión, una cierta reserva respecto de su bondad teórica.”⁶³²

Es más, no existe una definición que abarque el verdadero sentido de esta institución.⁶³³ Que recoja sus diversos elementos, cuya concurrencia demuestre una auténtica vulneración de la norma básica, y no de una mera falta de proceder que se quede en el terreno de la simple omisión sin entrar en el campo de la inconstitucionalidad.⁶³⁴

José Julio Fernández ha propuesto una definición, donde se cumplen todos estos extremos: la falta de desarrollo por parte del Poder Legislativo,⁶³⁵ durante un tiempo excesivamente largo,⁶³⁶ de aquellas normas constitucionales de obligatorio y concreto⁶³⁷ desarrollo, de forma tal que se impide su eficaz⁶³⁸

⁶³² VILLAVERDE MENÉNDEZ, Ignacio, “La inconstitucionalidad por omisión, un nuevo reto para la justicia constitucional”, *En busca de las normas ausentes. Ensayos sobre la inconstitucionalidad por omisión*, Miguel Carbonell (coord.), Serie Doctrina Jurídica, México, UNAM, Instituto de Investigaciones Jurídicas, 2003, número 135, p. 77.

⁶³³ Vid. FERNÁNDEZ RODRÍGUEZ, José Julio, “Aproximación al concepto de inconstitucionalidad por omisión”, *En busca de las normas ausentes. Ensayos sobre la inconstitucionalidad por omisión*, op. cit. p. 29.

⁶³⁴ Por tanto habrá omisiones legislativas que no sean inconstitucionales. En cambio éstas siempre estarán incluidas en la categoría de las omisiones legislativas.

⁶³⁵ La falta de desarrollo se refiere a los preceptos constitucionales que requieren tal proceder de un forma concreta. No todas las normas poseen el mismo carácter jurídicamente hablando, algunas de ellas, dada su formulación se presentan como una suerte de encargos constitucionales o encargos al Legislativo, esto es, como exigencias constitucionales de desarrollo ulterior. Vid. FERNÁNDEZ RODRÍGUEZ, José Julio, “Aproximación al concepto de inconstitucionalidad por omisión”, *En busca de las normas ausentes. Ensayos sobre la inconstitucionalidad por omisión*, op. cit. pp. 29 y 30

⁶³⁶ Debe haber un periodo excesivamente prolongado, no se puede retrasar *sine die* la realización del texto constitucional. Para lo cual se debe dejar al órgano competente determinar si ha transcurrido o no ese tiempo. Teniendo presente las diversas circunstancias que existan. Al respecto, señala Morón Urbina que la inconstitucionalidad no se produce a partir del día inmediato posterior a la vigencia constitucional, “sino sólo a partir del transcurso del tiempo que hace incurrir al legislador en una inacción reprochable”. Algunos autores opinan que el factor temporal es el elemento problemático en el concepto dado. Cfr. MORÓN URBINA, Juan Carlos, “La omisión legislativa inconstitucional y su tratamiento jurídico”, en *Revista Peruana de Derecho Constitucional*, Lima, 1999, número 1, p. 462.

⁶³⁷ No se está ante principios constitucionales de carácter general u abstracto, los cuales no pretenden tener determinada legislación de desarrollo, sino que realmente buscan conseguir vigencia en todo el ordenamiento y ser cumplidos en las distintas aplicaciones de la Ley Fundamental.

⁶³⁸ Esta característica de eficacia es uno de los fundamentos de la lógica jurídica de las normas, las cuales no nacen para cumplir un mero requisito de existencia en el seno del ordenamiento sino que se originan con la sólida intención de aplicarse en la sociedad y, de esta forma, cumplir con su *ratio essendi* principal al regular de modo real la convivencia.

aplicación.⁶³⁹ Y acota que sólo cumpliéndose todos esos extremos, se puede hablar de la figura en estudio.

De hecho, el tema de inconstitucionalidad⁶⁴⁰ por omisión ha sido históricamente una suerte de *political question*, o cuestión no justiciable. El silencio o mora legislativa fueron reputados asuntos reservados a la discreción y voluntad de quien debía dictar la norma general faltante,⁶⁴¹ pues sin lugar a dudas el legislativo es el órgano constitucional dotado de mayor grado de legitimidad democrática en el Estado, producto de su representatividad articulada a través del sistema electoral.

A su turno, la eventual acción de un tribunal por cubrir ese vacío o laguna podía ser entendida como una invasión al ámbito propio del Poder Legislativo.⁶⁴² E incluso, Antônio Lima da Fonseca oponiéndose a la tesis de control argumenta: "... pero no vemos como alguien puede alegar el incumplimiento de una ley inexistente".⁶⁴³ Sin embargo, y pese a esa especial posición, el legislativo es un órgano sujeto a control, pues está sometido a la Constitución que lo crea y lo

⁶³⁹ La omisión pasa así, como señala Stahler, de un "no hacer nada" a un "no hacer algo" siendo ese algo lo que espera el orden jurídico. Vid. STAHLER, Konrad, *Verfassungsgerichtliche Nactprüfung gesetzgeberischen unterlassens*, Tesis doctoral, Munich, 1966, p. 1.

⁶⁴⁰ Existe un debate sobre el término "inconstitucionalidad por omisión", al resultar criticable, dejación o inactividad quizá hubieran sido más convenientes para el derecho constitucional. Tres elementos parecen coadyuvar a dificultar esa definición pretendida: en primer lugar, la propia naturaleza de este tipo de omisión, en segundo, la habitual ausencia de legislación positiva en la materia, y tercero, las conexiones con otras categorías jurídicas de límites hasta cierto punto difusos en algún caso. No obstante, el término precisado es comúnmente aceptado por los distintos tratadistas, pero en lo subsiguiente tendrá que ser tratada con una mayor precisión. Para un análisis profundo Vid. FERNÁNDEZ RODRÍGUEZ, José Julio, "Aproximación al concepto de inconstitucionalidad por omisión", *En busca de las normas ausentes. Ensayos sobre la inconstitucionalidad por omisión*, op. cit. pp. 17-23.

⁶⁴¹ Vid. SAGUÉS, Néstor Pedro, "Instrumentos de la justicia constitucional frente a la inconstitucionalidad por omisión", en *Instrumentos de Tutela y Justicia Constitucional. Memoria del VII Congreso Iberoamericano de Derecho Constitucional*, Vega Gómez Juan y Corzo Sosa Edgar, (coord.), Serie Doctrina Jurídica, México, UNAM, Instituto de Investigaciones Jurídicas, 2002, número 99, p. 613. Página Internet: <http://www.bibliojuridica.org/libros/libro.htm?/86>.

⁶⁴² Los rechazos a cualquier forma de control de los silencios legislativos no están fundados tanto en la defensa de la legitimidad democrática como en la censura a cualquier forma de control por el Tribunal Constitucional del hacer legislativo.

⁶⁴³ LIMA DA FONSECA, Antônio Cezar, "Declarado de inconstitucionalidade", en *Revista Trimestral de Directo*, San Pablo, Malheiros Editores, número 5, 1994, p. 199.

dota de plena legitimidad democrática. Este sometimiento es el fundamento del control de la constitucionalidad de sus actos.⁶⁴⁴

Dentro de su libertad de decisión, el legislador puede optar por permanecer pasivo, por no actuar, lo que en rigor supone no legislar. Como atinadamente lo precisa Ignacio Villaverde: “omitir puede ser en ocasiones tanto como contradecir”.⁶⁴⁵ Este silencio legislativo puede tener consecuencias contrarias a la Constitución cuando deriva una norma implícita que crea o mantiene situaciones no queridas por la Constitución, entonces el legislador no es libre de decidir legislar.

Pero no todo silencio sobre el particular constituye un silencio contrario a la Constitución, es decir una omisión inconstitucional. Sólo aquellos silencios de la ley (silencios relativos, esto es, cuando una norma legal contiene omisiones), bien del legislador (silencios absolutos que son aquellos en los que hay ausencia total de la ley), que provoquen situaciones jurídicas contrarias a la Constitución pueden y deben ser declaradas omisiones inconstitucionales.⁶⁴⁶

En relación a lo citado, Ignacio Villaverde arguye:

“[...]...El silencio del legislador sólo se transforma en una omisión contraria a la Constitución si el legislador con su silencio desplaza al pueblo soberano y se transforma en poder

⁶⁴⁴ Aunque actualmente existen autores que rechazan esta institución. Cfr. RUIZ MIGUEL, Carlos, “Crítica a la llamada inconstitucionalidad por omisión”, en *Revista de las Cortes Generales*, septiembre-diciembre de 2000, número 51.

⁶⁴⁵ VILLAVERDE MENÉNDEZ, Ignacio, “La inconstitucionalidad por omisión, un nuevo reto para la justicia constitucional”, *En busca de las normas ausentes. Ensayos sobre la inconstitucionalidad por omisión*, op. cit. p. 65.

⁶⁴⁶ El silencio absoluto que aquí se menciona no se identifica con la completa ausencia de una proposición normativa con forma y rango legales que sea aplicable a cierto hecho de la realidad. El silencio del legislador u omisión absoluta se refiere a aquellos supuestos en los que lo que falta es el enunciado legal que contenga aquella proposición normativa específica sobre esa realidad, con independencia de que otras dimensiones de esa misma realidad estén reguladas en un enunciado normativo legal o no. Vid. VILLAVERDE MENÉNDEZ, Ignacio, *La inconstitucionalidad por omisión*, Madrid, Mc.Graw Hill, 1997, pp. 40 y ss.

constituyente, es decir, si con su silencio altera el contenido normativo de la Constitución. Y esa transformación sólo tiene lugar cuando la norma constitucional, es decir, la voluntad normativa del pueblo soberano, ha decidido que determinada realidad se configure jurídicamente de cierta forma y el legislador, con su silencio crea situaciones contrarias a lo querido por el soberano. Si se dan todas esas circunstancias el silencio del legislador se convierte en una omisión.”⁶⁴⁷

Definitivamente, el legislador no puede ir en contra de la Constitución obra del poder constituyente. En otras palabras, el legislador no puede atentar contra esa voluntad, tanto cuando actúa como cuando no lo hace, porque de su inactividad también puede derivarse consecuencias contrarias a esa facultad, especialmente, cuando de las omisiones del legislador se deriva la falta de efectividad real y plena de los preceptos constitucionales. La finalidad, entonces, de la inconstitucionalidad por omisión no es otra que garantizar que la voluntad del constituyente se realice en su plenitud. Máxime que la propia lógica del Estado constitucional y democrático puede exigir la admisión de tal figura jurídica.⁶⁴⁸

Biscarreti di Ruffia sostenía, al referirse a las normas que el legislador ordinario debía emanar para dar plena ejecución a la Constitución, que cuando éste se abstiene de estatuir, viola gravemente la Constitución.⁶⁴⁹ Además, los

⁶⁴⁷ VILLAVERDE MENÉNDEZ, Ignacio, “La inconstitucionalidad por omisión, un nuevo reto para la justicia constitucional”, *En busca de las normas ausentes. Ensayos sobre la inconstitucionalidad por omisión*, op. cit. pp. 76 y 77. Por otra parte, el citado autor añade que la sanción a la omisión constitucional no debe consistir en una compulsión a legislar, ni siquiera a hacer responsable al legislador de sus silencios, basta anular la norma implícita en el silencio legislativo. Vid. VILLAVERDE MENÉNDEZ, Ignacio, *La inconstitucionalidad por omisión*, op. cit. pp. 3 y 4.

⁶⁴⁸ La supremacía constitucional, imperativo ligado al principio democrático, presupone la existencia de un control jurídico, y por imposición del propio principio democrático, sólo puede tener por objeto los actos de ese poder público. Actos normativos, que bien pueden ser normas explícitas contenidas en formas jurídicas determinadas como ley, cuando implícitas derivadas de sus silencios.

⁶⁴⁹ BISCARETTI DI RUFFIA, Paolo, *Derecho Constitucional*, Colección de Ciencias Sociales, Traducción de Pablo Lucas Verdú, Madrid, Tecnos, 1965, p. 269.

ciudadanos tienen derecho a que se promulgue la norma legal omitida, so pena de conculcar la Constitución. Ese derecho a la legislación o a la emanación de normas legales reconocida al individuo que ve su esfera jurídica menoscabada originada por el silencio del legislador tendría que ser la consecuencia necesaria del control de la constitucionalidad de las omisiones legislativas.⁶⁵⁰

También es cierto que en muchas hipótesis el legislador ha pecado de utopismo,⁶⁵¹ prometiendo a los habitantes más beneficios que aquellos que racionalmente podría declarar, en función de las posibilidades materiales o culturales del medio. En tal sentido, bien podría decirse que a mayor saturación constitucional de derechos que podríamos llamar “impracticables” o “imposibles” de realización, mayor riesgo hay de inconstitucionalidad por omisión.

Esta nueva categoría, no es más que una nueva perspectiva del control de la constitucionalidad⁶⁵². Así, la Ciencia Jurídica europea ha ido asumiendo esta categoría de forma callada y paulatina, hasta el punto de que en este siglo XXI no se debate tanto sobre su existencia y oportunidad, como sobre los mecanismos adecuados para el control eficaz de ese silencio, por parte de los órganos de control de la constitucionalidad.

En tales circunstancias, el control de la constitucionalidad de las normas que componen el ordenamiento jurídico resulta ineludible, y su objeto no es el control de la actividad o inactividad de los órganos del Estado, sino el producto normativo que su actividad o inactividad provoca.⁶⁵³ Consecuentemente, el

⁶⁵⁰ Cabe matizar que tras esa norma implícita no hay o no tiene que existir la voluntad legislativa de no legislar. De hecho, el efecto normativo de su inactividad puede pasar inadvertido al legislador; lo que se controla son las normas implícitas derivadas de su actuar y que se manifiestan en los efectos jurídicos de su silencio y no en la voluntad legislativa de no legislar.

⁶⁵¹ Vid. SAGUÉS, Néstor Pedro, “Las cláusulas programáticas de la Constitución nacional y su eficacia jurídica” en *Revista El Derecho*, Buenos Aires, 2000, pp. 108-948.

⁶⁵² En realidad no es tan novedosa. Por poner un ejemplo, la ciencia jurídica alemana ya abordó esta categoría a finales del siglo XIX con Jellinek, y a principios del mismo siglo con Seufert, Seiwerth, Stahler, Wessel y Jülicher. Vid. VILLAVERDE MENÉNDEZ, Ignacio, *La inconstitucionalidad por omisión*, op. cit. pp. 23 y ss.

⁶⁵³ VILLAVERDE MENÉNDEZ, Ignacio, *La inconstitucionalidad por omisión*, op.cit. p 74 y 75.

control en alusión no debe enjuiciar al legislador, sino a la ley implícita; el motivo de examen es, la decisión del legislador de no legislar. En efecto, su función es asegurar la supremacía de la Constitución mediante el control de las normas que emanan del Legislativo, y no el control del legislativo mismo.

A mayor exactitud, lo que se controla no es la inactividad del legislador, sino las consecuencias jurídicas de su inactividad, del mismo modo que el control de la constitucionalidad ejercido sobre su ley lo es sobre el producto normativo de la actividad del legislativo y no sobre esa misma actividad o sobre el órgano constitucional propiamente dicho.⁶⁵⁴

Así pues, si de la inactividad legislativa, sea un silencio del legislador o de un silencio de la ley, se desprende una norma que regula cierta situación jurídica, norma que obviamente estará implícita⁶⁵⁵ en ese silencio, no hay inconveniente técnico alguno para que la jurisdicción constitucional pueda examinar la constitucionalidad de esa norma. Declarado inconstitucional ese silencio, debe ser expulsada del ordenamiento la norma implícita inconstitucional que dicho silencio ha creado. Un mecanismo que en nada se distingue al control de la constitucionalidad de la ley, salvo, a la vista está, en su objeto.

El Tribunal Constitucional se convierte así en garante del principio jurídico de la supremacía constitucional y estimula la transformación social propia de la Constitución de nuestro tiempo,⁶⁵⁶ misma que impone la conveniencia de aceptar la inconstitucionalidad por omisión.⁶⁵⁷

Como lo indica Morón Urbina:

⁶⁵⁴ Cfr. BÖCKENFÖRDE, Erns-Wolfgang, "Verfassungsgerichtsbarkeit: Strukturfragen, Organisation, Legitimation", en *Neue Juristische Wochenschrift*, Berlin, 1999, pp. 9 y ss.

⁶⁵⁵ Por oposición a la explícita que está recogida en el texto de la ley.

⁶⁵⁶ TAJADURA TEJADA, Javier, "La inconstitucionalidad por omisión y los derechos sociales", *En busca de las normas ausentes. Ensayos sobre la inconstitucionalidad por omisión*, op. cit. p. 299

⁶⁵⁷ Cfr. BIDART CAMPOS, Germán J., "La justicia constitucional y la inconstitucionalidad por omisión", en *Anuario Jurídico*, op.cit. pp. 14. Del mismo autor, *El derecho de la Constitución y su fuerza normativa*, Buenos Aires, Ediar, 1995, pp. 348 y ss.

“El valor de la eficacia constitucional exige incorporar el sistema el control a las omisiones constitucionales de las autoridades y en particular, las del legislador”⁶⁵⁸

Ello coincide con una mayor demanda colectiva de justicia. Y es que el contenido de los derechos es fuente de obligaciones legislativas: derecho a una medida legislativa concreta y derecho a una medida institucional.⁶⁵⁹ De ahí la frase: “Los derechos fundamentales vinculan al poder público en todo su comportamiento, en su hacer y dejar de hacer”.⁶⁶⁰

Hay dos variantes básicas de inconstitucionalidad por omisión, a saber:

- a) inconstitucionalidad por mora. El caso más frecuente es el ocio legislativo de sancionar las leyes reglamentarias de la Constitución, o de “desarrollo constitucional” en cuanto la organización de los poderes públicos, o para ejecutar las cláusulas programáticas de la Constitución -no autoejecutivas-, que a menudo requieren normas regulatorias o instrumentadas para tornarse efectivas.
- b) Inconstitucionalidad por negación. También llamada inconstitucionalidad por omisión “relativa”⁶⁶¹, ocurre si el órgano estatal del caso efectiviza el mandato constitucional, por ejemplo, sancionando la ley que debe dictar, pero lo hace

⁶⁵⁸ MORÓN URBINA, Juan Carlos, “La omisión legislativa inconstitucional y su tratamiento jurídico”, en *Revista Peruana de Derecho Constitucional*, op. cit. p. 468.

⁶⁵⁹ GOMEZ PUENTE, Marcos, *La inactividad del legislador: una realidad susceptible de control*. op.cit. pp. 54 y ss.

⁶⁶⁰ PESTALOZZA, Christian, “Grundrechte binden die öffentliche Gewalt in ihren ganzen Verhalten, inihrem Tun und Lassen”, en *Verfassungsprozessrecht*, 3a Edición, Munich, Editorial C.H. Beck, 1991, p. 173.

⁶⁶¹ La doctrina de las inconstitucionalidades por omisiones “relativas” parece remontarse a Wessel. Cfr. FERNANDEZ SEGADO, Francisco, “La inconstitucionalidad por omisión: ¿Causa de tutela de los derechos de naturaleza económica?”, en varios autores, *Inconstitucionalidad por omisión*, Bogotá, Temis, 1997, pp. 18 y 19.

incorrectamente, tervigersando algún derecho que la Constitución otorga.⁶⁶² En estos supuestos, se esta “omitiendo” un derecho que le pertenece a alguien.⁶⁶³

En los últimos años, la denominada inconstitucionalidad por omisión se ha convertido en un tema preocupante,⁶⁶⁴ que exige remedios constitucionales para resolverlo.⁶⁶⁵ Es imperioso, entonces, dar paso a la discusión en México sobre su tratamiento por el órgano de control de la constitucionalidad.⁶⁶⁶ El meollo del asunto estriba en encontrar la manera más eficiente de controlar y, en su caso, impedir las consecuencias negativas del silencio legislativo.

Antes de llegar a una tomar una decisión al respecto, se deben analizar las figuras jurídicas que desde el punto de vista del Derecho Comparado, han servido para controlar las omisiones en análisis. Al respecto, cabe precisar que fue hasta el último cuarto del siglo XX que se hallaron normas constitucionales que

⁶⁶² Tal sería la norma, por ejemplo, que confiriese el derecho de circular libremente en el territorio nacional a los habitantes -pero no incluyendo a todos ellos-, o que negase arbitrariamente a los miembros de determinados cultos la permanencia en el país, cuando por principio de la libertad de creencia y asociación son derechos que corresponden ser reconocido a todos. Este ejemplo no es teórico. En Argentina durante el llamado “proceso” militar de 1976-1983, la Dirección Nacional de Migraciones negó permisos de residencia a los pertenecientes a la asociación religiosa Testigos de Jehová, circunstancia que dio lugar a amparos. Cfr. SAGUÉS, Néstor Pedro, “Libertad de conciencia, permanencia en el país y policía migratoria”, *Jurisprudencia argentina*, 1980-IV-113.

⁶⁶³ SAGUÉS, Néstor Pedro, “Instrumentos de la justicia constitucional frente a la inconstitucionalidad por omisión”, en *Instrumentos de Tutela y Justicia Constitucional. Memoria del VII Congreso Iberoamericano de Derecho Constitucional*, op.cit. pp. 605 y 606.

⁶⁶⁴ Fernández Rodríguez aduce que: “El gran peligro de no aceptar el instituto de la infracción de la Carta Magna por inactividad legislativa reside en que se abren las puertas al ‘fraude constitucional’, es decir, al engaño con el que se perjudica todo el proyecto futuro de la Constitución. Tal engaño al Poder Constituyente supone, en una correcta línea del pensamiento democrático, un atentado al pueblo detentador de la soberanía, en representación del cual actuó aquel poder. Los valores, aspiraciones y anhelos de los ciudadanos que fueron depositados en la Norma Básica pueden quedar reducidos a vagas ideologías o pensamientos altruistas plasmados en unas hojas de papel, mientras que la Constitución real caminaría por otro orden. Nada más descorazonador para el derecho constitucional.”. FERNÁNDEZ RODRÍGUEZ, José Julio, *La inconstitucionalidad por omisión: teoría general; derecho comparado: el caso español*. Madrid, Civitas, 1998, p. 203.

⁶⁶⁵ La ley, expedida por el Legislativo “todo lo puede”, pero respetando los límites constitucionales. Le corresponde llevar a cabo el desarrollo constitucional, además, es expresión de la voluntad popular y fuente de derecho privilegiada e insustituible.

⁶⁶⁶ Sobre el tema, son relevantes los trabajos de Díaz Revorio. Vid. DIAZ REVORIO, “Las sentencias interpretativas del Tribunal Constitucional”, en *Lex Nova*, Valladolid, 2001, pp. 256 y ss. Del mismo autor el artículo “El control de constitucionalidad de las omisiones legislativas relativas al derecho comparado europeo”, en *Revista Española de Derecho Constitucional*, 2001, número 61, pp. 81 y ss.

atacasen la inconstitucionalidad por omisión, ante la falta de normas generales. He aquí algunos ejemplos:

- a) La denuncia ante un órgano superior. En tal supuesto, el órgano de control detecta la mora legislativa en que incurre un organismo del Estado, e informa a un cuerpo estatal superior para que adopte alguna medida. Tal fue el criterio del dispositivo jurídico 377 de la Constitución de 1974 de la ex Yugoslavia.
- b) La recomendación. En tal variable, el órgano control se circunscribe a recordar al órgano renuente que sancione las normas faltantes, que según la Constitución tiene que pronunciar. Eso debía hacer el Consejo de la Revolución, al tenor del numeral 283 de la Constitución portuguesa de 1976.⁶⁶⁷
- c) El llamado de atención.⁶⁶⁸ El actual artículo 283 de la Constitución de Portugal, puntualiza que el Tribunal Constitucional, a requerimiento del Presidente de la República o del proveedor de Justicia, en algunos casos de los Presidentes de las Asambleas regionales,⁶⁶⁹ cuando constate el incumplimiento de la Constitución por omisión de medidas legislativas lo hará saber al órgano moroso.⁶⁷⁰

⁶⁶⁷ Cfr. *Constituciones de los Estados de la Unión Europea*, Edición a cargo de Francisco Rubio Llorente y Mariano Daranas Peláez, Barcelona, Ariel, 1997. Vid. MIRANDA, Jorge, *Manual de Direito Constitucional*, 3ª Edición, Portugal, Coimbra, 1991, Vol. II, p. 517. GOMES CANOTILHO, José Joaquim, *Direito Constitucional*, 6ª Edición, Portugal, Livraria Almedina, 1993, p. 1095. Del mismo autor, "¿Revisar la/o romper con la Constitución dirigente? Defensa de un constitucionalismo moralmente reflexivo", en *Revista Española de Derecho Constitucional*, Madrid, 1995, número 43, p. 19.

⁶⁶⁸ DA SILVA, José Afonso, "O Controle de constitucionalidade das leis no Brasil", en Fernández Segado, Francisco y García Belaunde, Domingo, *La jurisdicción constitucional en Iberoamérica*, op. cit. p. 126.

⁶⁶⁹ Vid. FERRAZ DA CUNHA, Ana Cândida, *Processos informais de mudança da Constituição*, Sao Paulo, Max Limonad, 1986, p. 51.

⁶⁷⁰ Cfr. RODRIGUEZ MACHADO, Marcia, "Inconstitucionalidade por omissão", en *Revista da Procuradoria Geral do Estado de Sao Paulo*, Sao Paulo, 1988, número 30, p. 55.

- d) La intimación. Tal ruta esta contemplada por el artículo 103, inciso 2 de la Constitución de Brasil, que establece una acción ante el Supremo Tribunal Federal. De esta forma, declarada la inconstitucionalidad por omisión de una medida necesaria para tornar ejecutable a una norma constitucional, se hará de su conocimiento al órgano renuente.
- e) La cobertura. Se encuentra prevista por el artículo 5°, inciso LXXXI, de la Constitución de Brasil, que aparte de la acción de inconstitucionalidad, diseña también un mandato de ejecución a favor del perjudicado. Este mandato podría incluir una orden judicial para que se satisfaga el derecho en juego paralizado por falta de una ley reglamentaria que torne operativa a la cláusula constitucional programática.⁶⁷¹
- f) La cobertura y el resarcimiento. Es la solución más audaz, instrumentada por el artículo 207, inciso 2 "d" de la Constitución Provincial de Río Negro, Argentina. La norma bajo examen establece que el Superior Tribunal de Justicia de la Provincia, tiene competencia:

"En las acciones por incumplimiento en el dictado de una norma que impone un deber concreto al Estado provincial o a los municipios, la demanda puede ser ejercida...por quien se sienta afectado en su derecho individual o colectivo. El Superior Tribunal de Justicia fija el plazo para que se subsane la omisión. En el supuesto de incumplimiento, integra el orden normativo resolviendo el caso con efecto limitado al mismo y, de no ser posible, determina el monto del resarcimiento a cargo del Estado conforme al perjuicio indemnizable que se acredite."

⁶⁷¹ Sobre las relaciones entre la acción de inconstitucionalidad y el mandamiento de ejecución brasileños. *Vid.* BAZAN, Víctor, "Hacia la plena exigibilidad de los preceptos constitucionales: el control de las omisiones constitucionales. Especial referencia a los casos de Brasil y Argentina", en varios autores, *Inconstitucionalidad por omisión, op. cit.*, p. 70.

Esta regla importa el avance profundo en el control de la mora legislativa en el dictado de normas generales, recogiendo la doctrina más terminante en la materia. Detectado el incumplimiento del legislativo⁶⁷² contempla la determinación de un término para que cumpla su deber omitido. Si todavía guarda silencio, el órgano de control está habilitado para cubrir el vacío lagunoso,⁶⁷³ siempre que ello fuese razonablemente factible. De no ser posible la cobertura de la mora legislativa, el Tribunal tendrá que establecer una indemnización a favor del perjudicado, por los daños concretos que dicha mora le ha causado.⁶⁷⁴

- g) Compulsión constitucional. El artículo 18 de la Constitución de Ecuador, actualizada en 1998, dispuso que: “no podrá alegarse falta de ley para justificar la violación o desconocimiento de los derechos establecidos en la Constitución, para desechar la acción por esos hechos, o para negar el reconocimiento de tales derechos”. Normas de este tipo obligan a los jueces a imaginar las vías de afectivización de una norma constitucional total o parcialmente programática, haciéndola en el caso ejecutiva de no haber el precepto legal reglamentario.

Ahora bien, aún sin base positiva los Tribunales Constitucionales de Alemania y España se han tenido que valer de una serie de técnicas para hacer frente al problema de omisiones legislativas. Se han valido de soluciones jurisprudenciales como sentencias manipulativas, interpretativas, aditivas, declaración de inconstitucionalidad parcial de la norma por vulneración al principio de igualdad y sentencias que declaran la inconstitucionalidad sin nulidad, entre otras.

⁶⁷² Para lo cual habrá, que dejar pasar un plazo razonable para que haya realizado su tarea.

⁶⁷³ Es decir, a integrar, el orden jurídico ausente, lo que implica un claro acto de creatividad judicial.

⁶⁷⁴ Para un análisis más detallado de este régimen de control judicial de la inconstitucionalidad por omisión. *Vid.* SAGUÉS, Néstor Pedro, “La acción de inconstitucionalidad por omisión en la Constitución de la Provincia de Río Negro”, en varios autores, *Inconstitucionalidad por omisión, op. cit.* pp. 109 y ss. Para el mecanismo de integración judicial de vacíos lagunosos. *Cfr.* GOLDSCHMIDT, Werner, *Introducción Filosófica al derecho*, 4ª Edición, Buenos Aires, Depalma, 1973, pp. 286 y ss.

Por ejemplo, en Alemania, la declaración de inconstitucionalidad exige la intervención del legislador con la finalidad de suprimir la situación de inconstitucionalidad por omisión a través de la construcción jurisprudencial, Hans Peter Schneider la resume de la siguiente manera:

“De forma semejante a los mandatos explícitos dirigidos al legislador por la ley fundamental, el Tribunal Constitucional, sólo puede, en un primer momento, omitir una ordenanza de ejecución: si el legislador continua inactivo, puede censurar su pasividad y fijarle un plazo reglamentario, y finalmente declarar al legislador incurso en violación constitucional...[...]...En la mayoría de los casos resueltos hasta ahora ha bastado que el Tribunal simplemente amenazase con un veredicto de violación constitucional, para activar al legislador...[...]”⁶⁷⁵

Además, la jurisprudencia alemana ha reconocido a los tribunales la facultad de, en los casos de omisión atribuir eficacia plena a los preceptos constitucionales a través del proceso de concretización.

En España, el Tribunal Constitucional se ha enfrentado a supuestos de omisiones relativas en varias ocasiones (Sentencias 24/1982, 72/1984, 98/1985, 45/1989). Con base en ello Javier Pérez Royo afirma:

“La única inconstitucionalidad por omisión que el Tribunal Constitucional admite es la que se deriva de una actividad incompleta, de una actividad omisiva por parte del legislador...[...]... cuando el legislador por mandato constitucional tendría que extender el alcance de una determinada ley a determinadas materias y no lo hace, o cuando al omitir la

⁶⁷⁵ SCHNEIDER, Hans Peter, “Peculiaridad y función de los derechos fundamentales en el Estado constitucional democrático”, en *Revista de Estudios Políticos*, op. cit. p. 32.

regulación de determinadas materias produce una vulneración de derechos fundamentales, entonces es cuando nos encontramos, según el Tribunal Constitucional, ante una inconstitucionalidad por omisión.”⁶⁷⁶

La doctrina española ha argumentado:

“En materia de derechos personales con fuente exclusiva en el derecho interno, no es raro que decenas de cláusulas 'programáticas' de la Constitución, enunciativas de derechos, queden congeladas ante la inacción del legislador en sancionar las normas reglamentarias del caso. El terreno más común es el de los derechos económicos-sociales.”⁶⁷⁷

En México, la Constitución del Estado de Veracruz en su Título Segundo, Capítulo IV “Del Poder Judicial”, sección primera “Del Control Constitucional”, específicamente en la fracción III del artículo 56, se establece que la Sala Constitucional es competente para sustanciar los procedimientos en materia de control de la constitucionalidad, las acciones de inconstitucionalidad y las acciones por omisión legislativas.

Concatenado con tal precepto, el artículo 65 constitucional,⁶⁷⁸ determina que el Pleno del Tribunal Superior de Justicia conocerá, en los términos que establezca la ley, de las acciones por omisión legislativa cuando se considere que el Congreso no ha aprobado alguna ley o decreto y que dicha omisión afecte el

⁶⁷⁶ PÉREZ ROYO, Javier, “Inconstitucionalidad por omisión”, en *Enciclopedia Jurídica Básica*, Madrid, Civitas, 1995, Volumen II, p. 3503.

⁶⁷⁷ Vid. SAGUÉS, María Sofía, “La acción de amparo como instrumento de control de la inconstitucionalidad por omisión en la tutela del derecho a la preservación de la salud”, en *Jurisprudencia argentina*, número especial de Derecho Procesal Constitucional, 19 de septiembre de 2001, p. 55.

⁶⁷⁸ Con arreglo a lo dispuesto en el artículo transitorio cuarto de la Constitución, las disposiciones contenidas en el artículo 65, entraron en vigor el 1° de enero de 2001.

debido cumplimiento de la Constitución Local, que interpongan el gobernador del Estado y, cuando menos, la tercera parte de los ayuntamientos.

Por lo demás, se establece que la omisión legislativa surtirá sus efectos a partir de su publicación en la Gaceta Oficial del Estado, determinándose en dicha resolución un plazo que comprenda dos periodos de sesiones ordinarias del Congreso del Estado, para que este expida la ley o el decreto de que se trate la omisión. Por último, se dispone que si ha transcurrido el mencionado plazo no se atendiere la resolución, el Tribunal Superior de Justicia dictará las bases a que deban sujetarse las autoridades hasta tanto se expidan la ley o el decreto correspondiente.

De todo lo antes mencionado, se propone la creación de la figura de la acción de inconstitucionalidad por omisión legislativa,⁶⁷⁹ la cual contará con ciertas particularidades derivadas de su teleología. De esta acción conocerá el Tribunal Constitucional del Estado Mexicano en única instancia. Los sujetos legitimados para interponer esta acción serán los mismos que para la acción de inconstitucionalidad contra leyes.

Ahora bien, admitido que sólo el Tribunal Constitucional es competente para determinar la existencia de una inconstitucionalidad por omisión, el respeto al principio de división de poderes lo único que exige es que dichos tribunales no dicten normas legales provisionales.⁶⁸⁰ En este sentido, se ha enfatizado doctrinariamente la idoneidad de utilizar las denominadas sentencias

⁶⁷⁹ Se entenderá que existe omisión de éstas características cuando el silencio del legislador traiga consecuencias contrarias a la Constitución, al derivarse una norma implícita que crea o mantiene situaciones no queridas por la misma

⁶⁸⁰ En algunas latitudes se ha propuesto la posibilidad de que al declarar la inconstitucionalidad por omisión, se fije un plazo para que el legislador omitente la supliere confiriendo efectividad a la norma constitucional, si el plazo se agotara sin que se concrete el dictado de alguna providencia en el sentido expuesto, podría el propio tribunal quedar facultado a disponer normativamente de la materia, provisionalmente y hasta que el legislador pudiese elaborar la norma faltante. *Vid.* El estudio que hace PIOVESAN, Flávia, *Proteção judicial contra moisés legislativas. Aço direta de inconstitucionalidades por omissio e mandato de injunço*, Sao Paulo, Revista dos Tribunais, 1995.

interpretativas.⁶⁸¹ Obrar así implica necesariamente una labor interpretativa, pues son este tipo de fallos los que se limitan a establecer que la norma implícita del silencio debe ser expulsada del ordenamiento jurídico por ser contraria a la Constitución, dejando incólume el enunciado legal, siempre claro está, que la expulsión de aquella norma implícita no conlleve necesariamente la del enunciado legal que la contiene en, justamente, lo que no dice.⁶⁸²

Los citados fallos establecerán los lineamientos a fijados por el Tribunal Constitucional, por ejemplo:

1. La especificación de la norma implícita que es rechazada del sistema.
2. El señalamiento de cual ha de ser la interpretación correcta de ese enunciado legal implícito para salvar la constitucionalidad o cual la interpretación que debe quedar proscrita al ser contraria a la Constitución.⁶⁸³ Estos argumentos se aplicarán hasta que el legislador pudiese elaborar la norma faltante.
3. La determinación sobre la que deberá expedirse el legislador renuente.⁶⁸⁴
4. El plazo en el cual deberá pronunciarse el legislador, que en ningún caso será mayor a tres periodos de sesiones ordinarias.⁶⁸⁵

⁶⁸¹ Estas resoluciones pueden ser estimatorias o desestimatorias de la inconstitucionalidad del enunciado legalmente impugnado, a su vez pueden declarar una u otra cosa fijando cual ha de ser la interpretación correcta de ese enunciado legal para salvar la constitucionalidad o cual la interpretación que debe quedar proscrita al ser contraria a la Constitución. A partir de esos elementos distintivos, la variedad de pronunciamientos es casi infinita. SALAZAR, Carmela, “<Guerra e Pace> nel rapporto Corte-Parlamento: riflessioni su pecche e virtù delle additive <di principio> quali decisione atte a remediare alle <omissioni incostituzionali del legislatore>”, en Ruggieri-Silvestri, *Corte Costituzionale e Parlamento. Profili problematici e ricostruttivi*, Milán, Giuffrè, 2000, p. 253.

⁶⁸² El juicio de constitucionalidad sobre lo que omite un enunciado legal, no sobre lo que dice, presupone una interpretación tal de ese enunciado que haya puesto de manifiesta la existencia al lado de la norma explícita deducible de la literalidad del enunciado legal en cuestión otra implícita en lo que justamente ese enunciado omite y que puede ser contrario a la Constitución

⁶⁸³ Con este fallo el Tribunal tratará de eliminar la inconstitucionalidad, hasta que el legislador actúe.

⁶⁸⁴ La doctrina se ha pronunciado por esta última, y aunque parece “complaciente”, un pronunciamiento del Tribunal Constitucional recomendando al legislador actuar en un sentido, difícilmente podría ser inatendido sin un alto costo político.

Efectivamente, la inconstitucionalidad por omisión no debe permanecer inmune en el sistema porque el propio órgano legislativo renuente, no instrumente los remedios procesales para atacarla. Caso contrario, el remedio contra este tipo de inconstitucionalidad dependería de la voluntad del mismo sujeto violador. Lo inadmisibles es que un Tribunal Constitucional se quede inerte, con la excusa de que no hay una norma procesal explícita para combatir tal inconstitucionalidad por omisión.

5.6.2.2. Juicio de amparo

Al tratar de reestructurar este medio de control de la constitucionalidad, es cuando nítidamente encontramos ciertas peculiaridades que el sistema mexicano de control de la constitucionalidad, basado sobre el amparo, impone. Son las circunstancias jurídicas que predominan en el país, las que se deben tomar en cuenta para no arruinar las bondades que ha traído consigo el medio de control en cita. Al mismo tiempo, se tiene que acotar el amparo para incluir otros medios de control que cumplan cabalmente con su propósito, y extender su control sobre actos de autoridad que restringen o violan garantías individuales de los particulares, que hasta el momento han quedado al margen de su aplicación. No se debe olvidar que este medio de control tiene un carácter individualista, protector de las garantías individuales que otorga la Constitución, en consecuencia, hay que reconducirlo al examen de las situaciones que su propia naturaleza le atribuye y a la del objeto litigioso sobre el que ha de extender su competencia.⁶⁸⁶

Ha sido muy enfatizado por los doctrinarios que se tiene que suprimir el llamado amparo soberanía, regulado en el artículo 103 de la Carta Fundamental:

⁶⁸⁵ Realmente este plazo tiene la única finalidad de presionar al legislador para que actúe, independientemente de la responsabilidad que podría conllevar tal postura.

⁶⁸⁶ Vid. GIMENO SENDRA, Vicente, *Naturaleza Jurídica y objeto procesal del recurso de amparo*, Madrid, REDC, 1982, pp. 43-60.

“...Los tribunales de la Federación resolverán toda controversia que se suscite:

II. Por leyes o actos de autoridad federal que vulneren o restrinjan la soberanía de los Estados o la esfera de competencias del Distrito Federal; y

III. Por leyes o actos de las autoridades de los Estados o del Distrito Federal que invadan la esfera de competencia de la autoridad federal.”

A pesar de la existencia de estas fracciones, en la *praxis* este tipo de amparo se reduce al denominado por la doctrina amparo-garantías el cual constituye una acción tutelar de derechos humanos o fundamentales, los cuales son protegidos frente a decisiones, actos u omisiones ilegales o arbitrarios de órganos o autoridades del Estado. Ello es así porque el amparo-soberanía se rige en cualquier caso por los principios jurídicos prescritos en la fracción I del artículo 103 constitucional que señala que los Tribunales de la Federación conocerán de las controversias que se susciten por leyes o actos de la autoridad que violen las garantías individuales.

En este sentido, versa la opinión del ex ministro de la Corte Juventino Castro y Castro en cuanto que a la petición de parte agraviada y de los alcances particulares de la sentencia obligan a que su fundamento siempre se reduzca a la fracción I citada, proponiendo la derogación de las otras dos fracciones. Además acota:

“Los exámenes posteriores de los autores, atacan al amparo-soberanía no sólo por el argumento ya mencionado de que el amparo fue creado para impugnar las violaciones a las garantías individuales, de las cuales carecen las entidades federativas, sino

con la reflexión de que si este amparo existiera, el fallo tendría efectos *erga omnes* expresamente prohibidos por la Constitución, ya que el fallo protector tendría necesariamente alcances de generalidad.⁶⁸⁷

En cambio, el medio de control de la constitucionalidad por excelencia en el país: el llamado amparo-legalidad o amparo-casación se presenta cuando una decisión jurisdiccional puede ser contraria a la Constitución, cuando no se respetan las formalidades esenciales del procedimiento o porque el mandamiento escrito que cause molestia a una persona en su familia, domicilio, papeles o posesiones no se fundó o motivó la causa legal del procedimiento.

Los fundamentos constitucionales de este tipo de amparo son los artículos 14 y 16 constitucionales, mismos que establecen las garantías de legalidad. Al mismo tiempo, ambos numerales consignan garantías constitucionales del individuo. De esta forma, el derecho a la legalidad de todo individuo es un derecho fundamental que le asigna la Ley Suprema. Esa dualidad dificulta la distinción del papel que cumple esta clase de amparo, ya sea como recurso de legalidad o como juicio de constitucionalidad. Contribuye a esa complejidad el hecho de que en muchas situaciones jurídicas que se conocen vía amparo, se hayan inmersas ambos tipos de cuestiones: de legalidad y de constitucionalidad.

El problema del ámbito constitucional ha sido puesto en evidencia por Hans Peter Schneider, de la siguiente forma:

"[...]...el esfuerzo de ceñir la Constitución a firmes límites materiales, institucionales o funcionales casi se asemeja al intento de la cuadratura de un círculo [...]"⁶⁸⁸

⁶⁸⁷ CASTRO y CASTRO Juventino V., "Garantías y amparo, 7ª Edición, México, Porrúa, 1991, p. 322.

⁶⁸⁸ SCHNEIDER, Hans Peter, *Democracia y Constitución*, Madrid, Centro de Estudios Constitucionales, 1991, p. 198.

Pese a esas deficiencias, estos tipos de amparo han cumplido en gran proporción su objetivo, no así el denominado amparo contra leyes el cuál definitivamente está mal estructurado como medio de control de la constitucionalidad y ha sido criticado por muchos especialistas en el tema, cuestión que abordaremos en el apartado subsiguiente.

Además de todo lo asentado, debe ser procedente el amparo contra las resoluciones de los organismos y autoridades en materia electoral, pues carece de fundamento teórico el que estas autoridades estén fuera del control de la constitucionalidad, es decir, en un sistema completo de control ninguna autoridad tiene que estar al margen de un control sobre los actos que emitan, a la vez, los ciudadanos tienen que contar con un medio de control que proteja sus garantías políticas y electorales.

El Poder Judicial de la Federación, en este tema ha sostenido:

“AMPARO. ES IMPROCEDENTE CONTRA RESOLUCIONES DE ORGANISMOS Y AUTORIDADES EN MATERIA ELECTORAL. ...Por tanto, es inconcuso que toda impugnación a través del juicio de amparo de cualquier resolución emitida por una autoridad electoral, provoca de manera evidente la improcedencia de esta vía, en atención a que la misma se creó para proteger los derechos individuales o civiles de todo gobernado, mas no para atacar actos en materia electoral, ya que para estos últimos existen medios de impugnación que tutelan los derechos político-electorales del ciudadano y los propios de los partidos políticos, a través de los cuales se pueden hacer valer este tipo de inconformidades.”⁶⁸⁹

⁶⁸⁹ Tesis Aislada, Noveno Tribunal Colegiado en Materia Administrativa del Primer Circuito, **Fuente:** Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta, Novena Época. Tomo XVII, Febrero de 2003. p. 985.

Desafortunadamente, conforme la causal establecida en la fracción VII, del artículo 73 de la Ley Reglamentaria de los Artículos 103 y 107 Constitucionales, que establece que el juicio de amparo es improcedente contra las resoluciones o declaraciones de los organismos y autoridades en materia electoral, todavía en la actualidad se sostiene que los derechos políticos de los ciudadanos no son garantías individuales. Al tenor se la siguiente tesis:

“DERECHOS POLITICOS. IMPROCEDENCIA. La violación de los derechos políticos no da lugar al juicio de amparo, porque no se trata de garantías individuales.”⁶⁹⁰

Es claro ni la ley ni la jurisprudencia precisan las diferencias de los derechos políticos con los demás derechos, pero el mismo Poder Judicial de la Federación ha argumentado que el sentido natural de la expresión permite sostener que los derechos políticos son los que tienen los ciudadanos para tomar parte en el gobierno y directa o indirectamente intervenir en la formación de la voluntad del Estado y en la creación misma del orden jurídico.⁶⁹¹

Con todo lo asentado, no se puede refutar que los derechos políticos son garantías individuales, por ello la garantía de estos derechos le debe corresponder al amparo como medio de control de la constitucionalidad y la parte contenciosa electoral al tribunal especializado en ello, es decir, al Tribunal Electoral del Poder Judicial de la Federación.

5.6.2.2.1. El problema del control de la constitucionalidad de las leyes

Estamos concientes que el amparo indirecto contra leyes y normas de carácter general, no es ni teórica ni teleológicamente, un medio de control de la

⁶⁹⁰ Tesis Aislada, Segundo Tribunal Colegiado del Sexto Circuito, Fuente: Semanario Judicial de la Federación, Octava Época. Tomo XIV, Julio de 1994, p. 546.

⁶⁹¹ *Vid.* Tesis Aislada, Tribunal Colegiado del Segundo Circuito, Fuente: Semanario Judicial de la Federación, Séptima Época, Volumen 40, Sexta Parte, p. 27.

constitucionalidad eficaz para anular leyes inconstitucionales. Su estudio ha traído consigo una serie de críticas, al tenor de la opinión que se transcribe:

“A partir de esta omisión de los constituyentes del 57 se inicia con relación al Amparo contra leyes..., un discurso –para emplear un término neutral y no tener que optar por decir una evolución o una degeneración--, que no ha llegado a su fin, por lo menos satisfactoriamente en todos los casos. Uno de los temas no resuelto aún es precisamente el del Amparo contra leyes.”⁶⁹²

Efectivamente, si fuera fácil hacer armonioso y eficaz un sistema de control de la constitucionalidad, ya sea porque se apliquen puramente cuestiones científicas al diseñar los medios de control, o bien, argumentando que la situación social, jurídica y política del país justifica que se estructuren medios anticientíficos de control; la mayoría de los países que se han analizado ya tendrían un sistema casi perfecto de control.⁶⁹³

Como lo advierte Miguel Covián Andrade:

“... [...] El elemento acertado de estos tres elementos estructurales [diseño de medios de control de la constitucionalidad] garantiza en

⁶⁹² COVIÁN ANDRADE, Miguel, *El control de la constitucionalidad en el derecho comparado*, op. cit. pp. 257.

⁶⁹³ Ni en el sistema español de control de la constitucionalidad, según la doctrina el más avanzado del mundo, se puede decir que no haya problemas y discusiones en torno a los medios de control. Ha sido una constante el debate doctrinario acerca de quitar la acción de inconstitucionalidad y el amparo, además, ha levantado suspicacia la fundamentación científica de la cuestión de inconstitucionalidad, entre otros. *Supra*. pp. 160 y 161. Basta recordar que entre los argumentos más utilizados en contra del “amparo constitucional”, desde su introducción en el sistema constitucional, es que se ha convertido al Tribunales Constitucional en una última instancia de supercasación, y el hecho de verse incapacitado para resolver puntualmente muchas reclamaciones presentadas ante el, lo sujeta al desprestigio social y pérdida de credibilidad política. *Cfr.* REBOLLO DELGADO, Lucrecio, *El derecho fundamental a la intimidad*, Madrid, Dykinson, 2000, p.253. ALMAGRO, *Justicia Constitucional* (Comentarios a la Ley Orgánica del Tribunal Constitucional), Madrid, 1980, p. 191.

gran medida la funcionalidad y el éxito de un medio de control, aunque ciertamente no de todo el sistema... [...]"⁶⁹⁴

La duplicidad de vías instituidas sin observar las condiciones específicas de cada sociedad, provoca disfuncionalidades y problemas, un ejemplo claro lo tenemos en España,⁶⁹⁵ donde al no existir el amparo contra leyes -pero si cuestión de inconstitucionalidad- se creó la denominada "autocuestión interna de constitucionalidad", competencia "residual" dentro del amparo, y se utiliza en aquellos casos en que se estime otorgar el recurso de amparo (*condition sine qua non*) porque la ley aplicada (no su aplicación) lesiona derechos fundamentales o libertades públicas, el juzgado que es competente para resolver el amparo, una vez dictada la sentencia de amparo elevará la cuestión al Pleno del Tribunal quien podrá declarar la inconstitucionalidad de dicha ley en una nueva sentencia que tendría efectos generales como todas las dictadas en procesos de inconstitucionalidad.⁶⁹⁶

En efecto, a primera vista la cuestión de inconstitucionalidad sería el medio de control que se pudiera trasladar al ordenamiento jurídico mexicano para controlar las leyes inconstitucionales. No obstante, el juicio de amparo no es tan fácil desestructurarlo por las siguientes razones: La primera, porque es una tradición arraigada en los operadores jurídicos, llámense jueces, magistrados,

⁶⁹⁴ COVIÁN ANDRADE, Miguel, *El control de la constitucionalidad en el derecho comparado*, op. cit. p. 327.

⁶⁹⁵ O, por ejemplo, de multiplicidad de controles. El reglamento en España es una norma sobre la que puede actuar una extensa serie de controles: el ejercitado por la jurisdicción ordinaria a través del procedimiento contencioso administrativo y del de amparo o tutela de derechos fundamentales previstos en el artículo 53,2 de la Constitución (y confirmado por el artículo 43,1 de la Ley Orgánica) y el ejercitado por el Tribunal Constitucional a través del recurso de amparo (artículo 43,1 de la Ley) de la resolución de conflictos y competencias y atribuciones (artículos 61 y 73 de la Ley) y del procedimiento especial de impugnación de disposiciones sin fuerza de ley y resoluciones de las Comunidades Autónomas (artículo 76 de la Ley)

⁶⁹⁶ El fundamento de esta nueva competencia, se encuentra en que resultaría contrario al sistema establecido otorgar un amparo con base a una ley que se considera inconstitucional y, sin embargo, dejar vigente dicha norma. Como la naturaleza del amparo es para la protección de los derechos con efectos particulares se hizo preciso facultar al Tribunal Constitucional para que en una nueva vía de inconstitucionalidad se dictara una sentencia de esta tipo y con efectos generales.

litigantes, investigadores, etc.⁶⁹⁷ y sería sumamente difícil cambiar los “hábitos jurídicos”. La segunda, al prescindir del amparo indirecto contra leyes⁶⁹⁸ y e implantar la cuestión de inconstitucionalidad contra leyes y normas de carácter general, a pesar de la fiscalización por el juez de origen, el Tribunal Constitucional mexicano se vería saturado de expedientes los cuales no podría atender⁶⁹⁹ y resultaría ineficaz su control. La tercera, y más importante, es que el control de las leyes está encomendada a los jueces de distrito, conforme a lo dispuesto en el artículo 114 de la Ley de Amparo, a saber:

“ ... El amparo se pedirá ante el juez de distrito:

I. Contra leyes federales o locales, tratados internacionales, reglamentos expedidos por el Presidente de la República de acuerdo con la fracción I del artículo 89 constitucional, reglamentos de leyes locales expedidos por los gobernadores de los Estados, u otros reglamentos, decretos o acuerdos de observancia general, que por su sola entrada en vigor o con motivo del primer acto de aplicación causen perjuicios al quejoso.”

De esta forma, el amparo cuenta con una fórmula muy efectiva de control que es la garantía de protección inmediata, inminente y oportuna llamada: “suspensión del acto reclamado”, misma que permite que en los supuestos más graves⁷⁰⁰ se “ampare y proteja al quejoso”. En tal virtud, en el supuesto de que

⁶⁹⁷ He aquí un condicionamiento que impone la estructura normativa que se ha ido asentando de conformidad al propio desarrollo jurídico y político de la nación.

⁶⁹⁸ Evitando duplicidad de medios controlen una misma ley o norma. E impidiendo a la postre, que el Tribunal Constitucional como intérprete final se sature de asuntos.

⁶⁹⁹ En cambio, los Tribunales Colegiados de Circuito y los Juzgados de Distrito que conocieran del amparo, estarían desahogados pues quedarían fuera de su competencia, los procedimientos ordinarios federales y los amparos contra leyes.

⁷⁰⁰ El artículo 123 de la Ley de Amparo, indica que procede la suspensión de oficio: “I. Cuando se trate de actos que importen peligro de privación de la vida, deportación o destierro o alguno de los prohibidos por el artículo 22 de la Constitución Federal; y...II. Cuando se trate de algún otro acto, que si llegare a consumarse, haría físicamente imposible restituir al quejoso en el goce de la garantía individual reclamada.”

existiera una ley o norma de carácter general que en sí misma cause una violación de garantías (de las denominadas autoaplicativas),⁷⁰¹ que de llegar a consumarse haga físicamente imposible restituir al quejoso en el goce de las mismas, el gobernado puede obtener el amparo y protección de la Justicia Federal rápidamente, cosa que no ocurriría en la cuestión de inconstitucionalidad pues en ella debe haber un procedimiento previo, un juicio de relevancia, entre otros actos procesales, que harían nugatoria la protección, pues el acto ya se habría consumado.

Al respecto, Miguel Covián Andrade sustenta:

“...Mucho se ha escrito sobre las llamadas leyes autoaplicativas, sin que se haya llegado a formar un criterio uniforme en la doctrina, ni a conformar jurisprudencia indubitable sobre la materia... [...] el problema básico del Amparo contra leyes está muy lejos de haber sido resuelto mediante esta distinción en más de un sentido, artificiosa o como la denominaba Rabasa, “especiosa”, entre leyes autoaplicativas y leyes heteroaplicativas. En realidad, sólo hay una opción entre estas dos: o la ley respeta los términos de la Constitución, o los contradice. En otras palabras, o es constitucional o anticonstitucional.”⁷⁰²

El amparo contra leyes constituye, entonces, el principal problema en el sistema de control de la constitucionalidad que pretendemos desarrollar, porque de principio se advierte una disyuntiva: o bien, eliminamos el amparo contra leyes e incorporamos la cuestión de inconstitucionalidad con todos los problemas

⁷⁰¹ La Ley que cause un agravio por su simple expedición es llamada autoaplicativa y la que causa el agravio con el primer acto de aplicación es denominada heteroaplicativa.

⁷⁰² COVIÁN ANDRADE, Miguel, *El control de la constitucionalidad en el derecho comparado*, op. cit. pp. 260 y 261.

que ello implica,⁷⁰³ pero con una base teórica plausible que permite al gobernado solicitar al juzgador que ejerza un medio de control que puede derivar en una declaración general de inconstitucionalidad, o bien, dejamos el amparo contra leyes, carente de sustento científico y ajeno a la naturaleza misma del amparo, pero muy efectivo, en algunos casos para proteger al ciudadano (individualmente) contra leyes inconstitucionales.

Como se ha visto, las decisiones académicas no son fáciles de tomar, sin embargo, como antes se subrayó, hay algo muy importante que se debe considerar: el Tribunal Constitucional mexicano no podría conocer de todos los medios de control en única instancia, ni aún, en todo caso, de la revisión de amparo⁷⁰⁴ en el supuesto de que los Juzgados de Distrito y los Tribunales Colegiados de Circuito siguieran conociendo del juicio de garantías. Sería evidente entonces que el Tribunal se saturaría de trabajo conociendo: acciones de inconstitucionalidad (incluyendo lógicamente control *a priori* y *a posteriori*, además de la acción de inconstitucionalidad por omisión legislativa), conflictos de atribuciones entre del Estado, conflictos de competencia entre poderes constituidos, revisión de amparo, y además de las cuestiones de inconstitucionalidad de leyes (éstos dos últimos medios definitivamente serían los más numerosos).⁷⁰⁵

⁷⁰³ Al carecer los jueces ordinarios de experiencia en materia constitucional, es posible que no sepan distinguir si existe en realidad una cuestión de inconstitucionalidad que amerite ser resuelta por el Tribunal Constitucional, quizá no todos puedan sustentarla y tengan que ser capacitados. Además se le impondría más trabajo al juez que conozca del proceso concreto. Peor aún si el juzgador decidiese que no hay lugar a ejercer la cuestión no habrá nada que hacer o en el mejor de los casos se tendría que ir al amparo y hacer más difícil el procedimiento. Máxime que se tendría que reestructurar los órganos encargados del control, dígame Tribunal Colegiado, Tribunal Unitario y Juzgados de Distrito, entre otras cuestiones.

⁷⁰⁴ Como lo indica el doctor Miguel Covián Andrade: “[...] fundamentalmente por razones de orden práctico.” COVIÁN ANDRADE, Miguel, *El control de la constitucionalidad en el derecho comparado*, *op. cit.* p. 374.

⁷⁰⁵ Es innegable que actualmente algunos de los asuntos que se someten a la consideración de la Suprema Corte de Justicia resultan sobreesidos debido al paso del tiempo, pues la materia desaparece. Este tipo de situaciones deben de evitarse a toda costa pues minan la credibilidad y el respeto con que debe contar el Tribunal Constitucional del país. *Vid.* Foro de reflexión No. 4 Justicia Constitucional, Mesa 2. “Medios de control constitucional” en *Consulta Nacional sobre una Reforma*

De los argumentos vertidos, tomamos una tercera vía mediante la cual concluimos que el juicio de amparo indirecto debe seguir siendo conocido por los Jueces de Distrito, excluyendo el denominado amparo contra leyes.⁷⁰⁶ Al tenor del siguiente discernimiento:

“...[...]La naturalidad y efectividad con que cumple su misión el Amparo-Garantías y aun si se quiere el Amparo-casación, contrasta ostensiblemente con la dificultosa función con la que se pretende sobrecargar a nuestra secular institución cuando se trata de utilizarla para anular los efectos inconstitucionales de una ley. Esto es lo que ocurre con el llamado Amparo contra leyes.”⁷⁰⁷

Acorde a ello, la Constitución deberá prever que el amparo indirecto procede contra actos unilaterales a través de los cuales las autoridades creen, modifiquen o extingan situaciones jurídicas concretas que afecten la esfera del gobernado. Sin poder conocer de actos creadores de situaciones jurídicas abstractas, generales e impersonales, es decir, de leyes o normas de carácter general.

De aquí se advierte claramente que una ley, dadas sus características propias, se puede estudiar de manera abstracta, como sucede con la acción de inconstitucionalidad, pues su finalidad, como lo hemos subrayado antes, es la defensa integral de la Constitución, en cambio, el amparo es una institución cuyo objetivo principal es la defensa del individuo y sólo como objetivo secundario la defensa de la Constitución. Como lo manifiesta Felipe Tena Ramírez:

Integral y Coherente del Sistema de Impartición de Justicia en el Estado Mexicano, Suprema Corte de Justicia de la Nación, Universidad Panamericana, Campus Guadalajara, 26 de agosto de 2005, p. 7.

⁷⁰⁶ Y los Tribunales Colegiados de Circuito, seguirán conociendo de los juicios de amparo directo. Máxime que en la mayoría de los casos, los actos de autoridad que lesionan derechos de particulares, incluidos los fundamentales, podrían combatirse mediante recursos de legalidad.

⁷⁰⁷ COVIÁN ANDRADE, Miguel, *El control de la constitucionalidad en el derecho comparado*, op. cit. p. 262.

“...El control que involucra [el amparo] como principal de la defensa del individuo y como secundaria de la Constitución, tiene al cabo que preocuparse más de la legalidad que de la constitucionalidad, por interesar al individuo más por la primera que la segunda.”⁷⁰⁸

En efecto, en los actos concretos, individualizados, se pueden transgredir cuestiones de legalidad y constitucionalidad a la vez, y su estudio en muchas ocasiones no puede desvincularse del análisis de ambos tipos de cuestiones, pues conlleva una visión compleja sujeta a múltiples condicionamientos derivados de cada situación particular. En consecuencia, no está justificado argumentar que en el amparo sólo se pueden vulnerar preceptos legales, a riesgo de caer en un razonamiento descontextualizado y al margen de lo que el sistema jurídico establece.

Entonces, el juez de distrito se abstendrá de controlar la constitucionalidad de una ley o norma general, aunque si podrán junto con los magistrados de los tribunales colegiados, y esto es importante subrayarlo, controlar la aplicación de la ley (violaciones indirectas) mediante un acto concreto, con efectos *inter partes*.⁷⁰⁹ Consecuentemente, la autoridad responsable en el amparo será la que dicte, ordene, ejecute o trate de ejecutar el acto reclamado.

Efectivamente, la sentencia de amparo será siempre tal que sólo se ocupe de individuos particulares, limitándose a ampararlos y protegerlos en el caso especial sobre el que verse la queja, sin hacer una declaración general o particular de la ley, sólo se ocupará del acto que la motivare. En el supuesto de que la ley aplicada al caso se estimase inconstitucional, la calificación de ella por el tribunal competente se hará en la parte considerativa de la sentencia.

⁷⁰⁸ TENA RAMÍREZ, Felipe, *Derecho Constitucional Mexicano*, op. cit. p. 529

⁷⁰⁹ Como lo hacen actualmente a través del amparo directo.

5.6.2.3. La cuestión de inconstitucionalidad de la ley vía jurisprudencial

La aparición de la cuestión de inconstitucionalidad⁷¹⁰ en Austria tuvo lugar de una manera inusual. Pues en vez de haber surgido, como era de pensarse, en el ámbito del control de las leyes, nació en razón del control de legalidad de los reglamentos, incluso antes de la creación de la Corte Constitucional austriaca. Particularmente con el texto de la Constitución de 21 de diciembre de 1867 (reunida en cinco leyes fundamentales) fue creado el Tribunal del Imperio (*Reichsgericht*) con competencia para resolver sobre la validez de los reglamentos y no de las leyes.⁷¹¹

De hecho, el modelo puro desarrollado en Austria en 1920 provocó algunas líneas de convergencia con el modelo americano, mediante la inserción de la cuestión de constitucionalidad incorporada al Tribunal Constitucional austriaco en 1929.⁷¹² Ello ha suscitado que en algunas ocasiones la cuestión de inconstitucionalidad se haya llegado a confundir con el control concreto de estilo americano.⁷¹³ Pero cabe advertir, que este último se caracteriza por dar la posibilidad a los tribunales ordinarios de resolver precisamente la inconstitucionalidad, con la excepción de que la Corte Suprema atraiga el litigio

⁷¹⁰ La denominación de "cuestión de inconstitucionalidad" en Italia y España, no puede considerarse adecuado, ya que no dan una aproximación real al concepto. En España la equivocación viene de la Ley Orgánica del Tribunal Constitucional, de 3 de octubre de 1979, que tomó esta denominación "por un incorrecto mimetismo gramatical del artículo 163 de la Constitución [italiana]", particularmente del vocablo "cuestión". Cfr. ARAGÓN Reyes, Manuel y FRANCISCO RUBIO Llorente, "La jurisdicción constitucional, en *La Constitución española de 1978. Estudio sistemático*, 2ª Edición, Madrid, Civitas, 1981, pp. 838-863. Más bien se debería denominar "cuestión prejudicial de inconstitucionalidad" dado que conlleva la idea de facilitar previamente la solución de una cuestión resuelta por una jurisdicción distinta, en este caso el Tribunal Constitucional, con el fin de resolver el litigio objeto de este proceso. Si efectivamente hay reenvío puede no haber y no por ello deja de ser prejudicial. Vid. CORZO SOSA, Edgar, "La visión prejudicial de inconstitucionalidad ¿Puede servir la experiencia española de precedente y fundamento para su instauración en Francia", en *Boletín Mexicano, op. cit.* p.4 y 5.

⁷¹¹ Cfr. EISENMANN, Charles, *La Justice Constitutionnelle et la Haute Cour Constitutionnelle d'Autriche, op. cit.* p. 127.

⁷¹² Por ello, esta figura ha sido sumamente criticada, aduciendo que no es originaria del control concentrado de constitucionalidad, Pese a esto, se encuentra asumida por los Tribunales o Cortes Constitucionales de Italia, Alemania, España y Bélgica.

⁷¹³ Vid. DUVERGER, Maurice, "L'exception d'inconstitutionnalité devant les tribunaux ordinaires", en *Commentaire*, París, otoño 1986, número 35, pp. 413 y 414.

para resolverlo ella misma.⁷¹⁴ La concepción europea, en cambio, sólo da a los tribunales ordinarios la posibilidad de plantear la cuestión a un tribunal especializado, es decir, al Tribunal Constitucional, que resolverá el problema de constitucionalidad.

La cuestión de constitucionalidad contra leyes implica que el magistrado o juez que debe aplicar a un caso específico una norma o precepto legal que estime inconstitucional (*Meinungsverschiedenheiten*) o de dudosa constitucionalidad (*Zweifel*),⁷¹⁵ ya sea a petición de parte o de oficio, debe suspender el procedimiento,⁷¹⁶ y remitir el asunto al Tribunal Constitucional para que resuelva la constitucionalidad de la norma cuestionada. Se debe concretar la ley o norma con fuerza de ley cuya constitucionalidad se cuestiona, el precepto constitucional que se supone infringido y especificar o justificar en qué medida la decisión del proceso depende de la validez de la norma en cuestión (juicio de relevancia).

Es indirecto porque las partes no pueden realizar la impugnación directamente, sino sólo solicitarla al tribunal o Corte judicial ante quien se tramita el proceso concreto. Es incidental porque la acción es promovida como una cuestión accesorias sin afectar la tramitación de la gestión judicial en desarrollo hasta la etapa previa al dictamen de la sentencia.

El Tribunal o Corte Judicial debe plantear la acción cuando exista una duda razonable y fundada sobre la constitucionalidad de la disposición legal de cuya validez corresponde el fallo, independientemente de que lleguen a adoptar la decisión respectiva de promover el recurso directamente o a petición de las

⁷¹⁴ AHUMADA RUIZ, María Ángeles, "El *certiorari*. Ejercicio discrecional de la jurisdicción de apelación por el Tribunal Supremo de los Estados Unidos", en *Revista Española de Derecho Constitucional*, Madrid, Centro de Estudios Constitucionales, mayo-agosto 1994, número 41, pp.109-118.

⁷¹⁵ O que, según la fórmula Italiana, no considere *manifestamente infondata* la alegación de inconstitucionalidad de una de las partes.

⁷¹⁶ También hay quienes dicen que el procedimiento debe estar concluso y esgrimirse la cuestión dentro del plazo de sentencia, como sucede en España de conformidad con el artículo 35 de la Ley Orgánica del Tribunal Constitucional.

partes. De esta forma, el juez *a quo* representa un filtro fundamental⁷¹⁷ de las cuestiones que no pueden ser planteadas directamente por las partes.⁷¹⁸

Así, plantear la cuestión de inconstitucionalidad se constituye como señala Pablo Pérez Tremps, en un deber “fundado en un interés público”, sin perjuicio del deber de dar plena eficacia normativa a la Constitución.⁷¹⁹

Louis Favoreu aplica al respecto el siguiente comentario:

“La cuestión prejudicial de constitucionalidad no es más que el motivo o el pretexto de una verificación de constitucionalidad de la ley cuyo resultado tendrá un alcance general. La solución adoptada se aplicará a toda una serie de litigios pendientes en las jurisdicciones ordinarias, sin que las partes de estos litigios hayan sido invitadas de ningún modo a presentar sus argumentos.”⁷²⁰

En esa tesitura, si como explica Favoreu, esta figura constituye un pretexto para verificar la constitucionalidad de normas generales, creemos que ella puede servir muy bien, con ciertas modalidades, para realizar el control de la constitucionalidad de la ley a través de la jurisprudencia, y por consiguiente, lograr la declaración general de inconstitucionalidad de preceptos inmersos en el sistema.

Analógicamente, las partes en los juicios de amparo se asemejarían a las partes en el proceso ordinario y los magistrados federales en los jueces

⁷¹⁷ Es menester añadir que el hecho de exista un “filtro” en este tipo de cuestiones se originó porque sería inviable e imposible estructurar en este modelo de control, una acción popular de inconstitucionalidad, la cual debería ser en sí el medio de control adecuado por su finalidad y legitimidad para controlar las leyes, pero que sería imposible para cualquier tribunal, incluido el Tribunal Constitucional, conocer de todos estos asuntos.

⁷¹⁸ STURLESE, Laura, “Tribunal Constitucional y sistema institucional italiano”, en *La justicia constitucional comparada*, México, *op. cit.* p. 170.

⁷¹⁹ PÉREZ TREMP, Pablo, *Tribunal Constitucional y Poder Judicial*, *op.cit.*, p. 127.

⁷²⁰ FAVOREU, Louis, *Los tribunales constitucionales*, *op.cit.* p. 140.

ordinarios, pero con la gran diferencia que el Tribunal no se saturaría de asuntos que no pudiera resolver,⁷²¹ pues sólo pasarían a su conocimiento criterios sustentados. Por otra parte, no quedaría a voluntad del juez ordinario (ni a su capacidad o tiempo para justificar la inconstitucionalidad de una ley) elevar la cuestión al Tribunal Constitucional, pues en sería una obligación de los magistrados federales ejercer la cuestión de inconstitucionalidad vía su jurisprudencia.

Pero antes, debemos de sujetarla al diseño que requieren los medios de control de la constitucionalidad,⁷²² a saber:

a) La consideración del acto cuya constitucionalidad de pretende controlar.

El objetivo que se persigue este medio de control es constatar la constitucionalidad de la ley poniendo como excusa a la jurisprudencia.

Sin lugar a duda, a través de los diversos criterios que hace la Suprema Corte de Justicia, se le están incorporando a la ley y Constitución propósitos que tal vez nunca estuvieron en la mente del legislador y del Poder Constituyente que los creó. Si bien es cierto, que el tema no ha sido discutido ampliamente por la doctrina en general, la importancia de controlar la ley mediante la jurisprudencia cada día se evidencia más. No hace falta más que remitirse a la compilación de jurisprudencias para notar que el autodenominado Tribunal Constitucional, ha

⁷²¹ Es importante considerar que nuestro país tiene la población más numerosa de los países en comparación, con una población aproximada de 106,300,000; España 41,100,000; Francia 60,100,000; Alemania 82,500,000; Italia 57,400,000; Perú 28,000,000; Chile 15,600,000; Colombia 45,600,000; Guatemala 12,610,000; Ecuador 13,170,000; además, México tiene un sistema jurídico hiper-reglamentado y la sociedad no cuenta con una "cultura" de respeto a la Constitución (como los países europeos) lo que dificulta cualquier tipo de proceso jurisdiccional.

⁷²² COVIÁN ANDRADE, Miguel, *El control de la constitucionalidad en el derecho comparado*, op. cit. p. 333.

hecho suyas las más incoherentes y perversas interpretaciones de la ley y de la Constitución para imponer lo que más le parece.⁷²³

Estas posturas tienen su fundamento, en expresiones como las de Calos Avilés, quien sostiene:

“Los criterios que ha emitido la Suprema Corte de Justicia de la Nación (SCJN) en temas polémicos y de alto impacto en la vida nacional se han vuelto, en los últimos tres años, frágiles y susceptibles de sufrir cambios radicales en cuanto a su postura, que pueden ir de un extremo a otro, dependiendo únicamente de quienes formen parte del máximo tribunal del país.”⁷²⁴

Los tribunales colegiados de circuito y el Tribunal Electoral del Poder Judicial de la Federación, no se han quedado atrás en su hermenéutica. En el caso de los primeros, sus jurisprudencias son incompatibles con las pronunciadas por otros tribunales, entonces, asuntos similares se resuelven de manera distinta según el criterio que sustente cada tribunal. Que las tesis sean discrepantes y no sirvan para fijar un punto de acuerdo sobre su interpretación, propicia la llamada contradicción de tesis⁷²⁵ mediante la cual la Suprema Corte determina cuál es el criterio que debe regir en el futuro con carácter de jurisprudencia, lo cual implica, otra vez, que los criterios se basen en opiniones ambiguas o tendenciosas.

De igual manera, si una Sala del Tribunal Electoral, sustenta una tesis sobre la inconstitucionalidad de algún acto o resolución o sobre un precepto de la Constitución, y dicha tesis puede ser contradictoria con una sostenida por las

⁷²³ Vid. COVIÁN ANDRADE, Miguel, *La Suprema Corte y el control de la constitucionalidad (Diez años de fallas e imprecisiones)*, op. cit. Capítulos: Séptimo a Décimo.

⁷²⁴ Vid. AVILES, Carlos, “Jerarquía de las leyes. Justicia de Debate”, en *El Universal*, op. cit. p. A20.

⁷²⁵ Figura que se instituyó con finalidad de “preservar la unidad de interpretación de las normas que integran el orden jurídico nacional”. Vid. Tesis de Jurisprudencia 1a/J. 28/2002, Instancia: Primera Sala, Fuente: Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta, Novena Época, Tomo XV, Mayo de 2002, p. 5.

Salas o el Pleno de la Suprema Corte, se podrá denunciar la contradicción,⁷²⁶ en los términos que señale la ley para que el pleno de la Suprema Corte de Justicia de la Nación decida en definitiva cuál es la tesis que deba prevalecer. A la postre, este órgano jurisdiccional conoce, una vez más, del asunto, con las deficiencias antes indicadas.

La importancia de la jurisprudencia sobresale en todos los ordenamientos jurídicos del mundo, toda vez que constituye el principal instrumento de movilidad que le da dinámica, vida a la Carta Magna.⁷²⁷ Por eso se debe exigir objetividad en la misma, pues se trata obviamente de pronunciamientos elementales que privilegian valores⁷²⁸ que no son indiferentes a la sociedad, muchos de ellos sujetos a duras controversias y que atañen al proyecto de vida individual y colectiva. Son razonamientos que se vinculan con la organización de la sociedad, y desde esa perspectiva se tiene que agudizar la medida y la discreción.⁷²⁹

b) La creación de un procedimiento para verificar su constitucionalidad.

Únicamente la deberán solicitar los tribunales que establezcan jurisprudencia que lleve inmersa una cuestión en la que se debata la constitucionalidad de alguna norma de carácter general.⁷³⁰ La jurisprudencia constituirá el pretexto para cuestionar la constitucionalidad de una ley. En este sentido, las resoluciones formarán jurisprudencia, siempre que lo resuelto en

⁷²⁶ Por cualquiera de los Ministros, las Salas o las partes.

⁷²⁷ La expresión “Constitución viva” denota el modo en que determinada Constitución escrita es concretamente interpretada y actuada en la realidad política. Por lo que se refiere a la interpretación, es bastante obvio que cualquier texto constitucional es susceptible de interpretaciones no sólo sincrónicamente diversas, sino diacrónicamente cambiantes.

⁷²⁸ Existe un hondo sentido formativo y pedagógico de la jurisprudencia que tiene a ir conformando un cúmulo de creencias constitucionales que hacen a los valores fundamentales del hombre y de la sociedad.

⁷²⁹ MORELLO, Augusto Mario, *La Corte Suprema en Acción*, Buenos Aires, Platense-Abeledo Perrot, 1989, p.132.

⁷³⁰ Llámese Suprema Corte de Justicia, Tribunal Colegiado de Circuito, Salas del Tribunal Electoral del Poder Judicial de la Federación.

ellas se sustenten en cinco sentencias ejecutorias ininterrumpidas por otra en contrario, evitando así el conocimiento del Tribunal de tesis aisladas que no requieran su atención inmediata.⁷³¹

Los magistrados representarán, de esta forma, un filtro necesario para que el Tribunal Constitucional no se sature de asuntos, lo cual le permitirá a este órgano de control, desarrollar con mayor eficacia y tranquilidad su función de depuración del ordenamiento y adecuación del texto constitucional a la cambiante realidad política y social.

El juicio de contraste se haría entre la ley sumergida en el razonamiento jurisprudencial y la Constitución, determinando si la primera no vulnera la segunda, haciendo abstracción de las condiciones concretas de su aplicación y de la interpretación sostenida por las partes o del propio tribunal de origen. Las circunstancias prevén que en este medio de control no hay término para que se discuta la constitucionalidad de la ley.

c) La asignación de determinados efectos a la resolución relativa a la conformidad o inconvincencia entre la Constitución y el acto cuya constitucionalidad se controla.

Si el Tribunal Constitucional llegara a la conclusión de que la ley que analiza la jurisprudencia es contraria al texto fundamental, sus efectos serán de anulación del sistema de la norma jurídica, por consiguiente, dicha declaración tendrá efectos generales, pues no hay razón alguna para mantener vigente y en aplicación una norma que se ha estimado inconstitucional por el Tribunal Constitucional y se procederá de la misma forma que en las acciones de inconstitucionalidad.

⁷³¹ Salvo en materia electoral, en donde la jurisprudencia se basa en tres sentencias no interrumpidas por otra en contrario, que sostengan el mismo criterio de aplicación, interpretación o integración de una norma.

Cabe advertir, que en los demás criterios jurisprudenciales, los que no comporten la inconstitucionalidad de una ley, pero se trate de alguna interpretación directa de la Ley fundamental se podrá hacer uso de la figura de contradicción de tesis para que el Tribunal fije el criterio de mérito.

En todo caso, la jurisprudencia de los tribunales⁷³² recaída sobre leyes, disposiciones o actos enjuiciados por el Tribunal Constitucional habrá de entenderse corregida para todos los poderes públicos. Desde tal perspectiva, este tipo de control de la constitucionalidad pareciera una adecuada técnica de unificación jurisprudencial y retroalimentación entre tribunales federales y Tribunal Constitucional.

Muchas de las dudas en materia constitucional se acabarían, porque los precedentes (sentencias constitucionales) que sostuviera el Tribunal Constitucional, a diferencia de las jurisprudencias de la actual Suprema Corte⁷³³ les servirían de apoyo y límite a todos los órganos jurisdiccionales.

Máxime que con esta figura se evitaría que todos los jueces ordinarios analizarán si existe una asunto de constitucionalidad en un caso concreto susceptible de ser conocido por el órgano de control, distrayéndolos de sus deberes que ya de por sí son demasiados. Al mismo tiempo, se impediría la facultad potestativa del juez al decidir si existe o no una duda de constitucionalidad en el proceso respectivo.

En suma, en la cuestión de inconstitucionalidad vía jurisprudencial se halla la necesidad de declarar la inconstitucionalidad de una ley, que mediante la

⁷³² La jurisprudencia del Tribunal Constitucional a diferencia de la jurisprudencia de los otros tribunales del Estado, supone la totalidad de las sentencias y autos que resuelvan los medios de control de la constitucionalidad.

⁷³³ Vid. COVIÁN ANDRADE, Miguel, *La Suprema Corte y el control de la constitucionalidad (Diez años de fallas e imprecisiones)*, op. cit. Capítulos: Séptimo a Décimo.

jurisprudencia se ha evidenciado su inconstitucionalidad, por tanto, su objeto consiste en la salvaguarda de la Constitución ante la ley inconstitucional.

5.3.2.4. Conflictos constitucionales entre Poderes constituidos

Una Constitución normativa tiene plena fuerza de aplicación cuando cada órgano constitucional actúa dentro de la órbita de sus funciones y atribuciones. Por tanto, si existe un sistema de defensa de la Constitución es natural que el órgano jurisdiccional especializado llamado Tribunal Constitucional conozca y resuelva los posibles conflictos que se susciten entre los poderes u órganos constituidos (no entidades, organismos o instituciones dependientes de ellas) de los tres niveles de gobierno.⁷³⁴

Esta institución, mal llamada en México “controversia constitucional”⁷³⁵ mediante revisión a la Constitución en 1994, fue confundida con los Conflictos de atribuciones entre órganos constitucionales del Estado. Derivado de ello, el rubro de la fracción I del artículo 105 constitucional y el contenido de sus diversos incisos, resultó una mezcla asistemática e incongruente de órganos.⁷³⁶

A mayor precisión, los órganos constituidos en nuestro país son los federales: el gobierno, el Congreso con sus dos Cámaras y la Suprema Corte de Justicia de la Nación, además de los locales: gobierno local, congreso local y tribunal superior de justicia⁷³⁷, y por último, los municipales: ayuntamientos.⁷³⁸ Estos órganos constituidos se caracterizan por ejercer funciones de gobierno en sentido amplio, esto es creación de leyes, aplicación general de éstas (gobierno) y aplicación de ellas en casos concretos (actos judiciales) dotados de una

⁷³⁴ Los niveles de gobierno son: Federal, estatal y municipal.

⁷³⁵ Este calificativo, puede dar lugar a confundirla con otras figuras controversiales estipuladas en la Ley Fundamental, por ejemplo, la prevista en los artículos 103 y 107 constitucionales, o la estipulada en la fracción II del artículo 105 del texto constitucional.

⁷³⁶ Entre órganos federales, órganos constituidos, la “federación”, los “Estados” y los “Municipios”.

⁷³⁷ Se homologan los del Distrito Federal que serían: el gobierno, Asamblea Legislativa y tribunal superior de justicia.

⁷³⁸ Vid. COVIÁN ANDRADE, Miguel, *Teoría Constitucional*, p. 175.

competencia jurídica por definición limitada, derivada directamente de la Constitución, dentro de la cual actúan como instancia definitiva y en cuyo ejercicio no se produce intervención alguna de otras instancias de poder, en relación a las cuales ellos estén subordinados

En consecuencia, los conflictos a que hacemos referencia pueden originarse entre los diferentes órganos constituidos federales, locales y municipales, en sus distintas combinaciones.⁷³⁹ Sin que sea necesario establecerlo casuísticamente como erróneamente lo hicieron los legisladores en el texto vigente del artículo 105 constitucional.

Los conflictos entre estos órganos constituidos versan sobre la constitucionalidad de sus actos u omisiones, independientemente que estos reciban una afectación o menoscabo directo de su ámbito competencial (lo que controvierte uno o varios órganos constituidos es la constitucionalidad *per se* de los actos u omisiones de otro poder constituido). En otras palabras, estas controversias se presentan cuando los órganos constituidos que controvierten ponen en duda la correspondencia entre los actos u omisiones de otro de su misma calidad y las normas constitucionales. Los actos u omisiones pueden ser en cualquier materia, incluyendo la electoral,⁷⁴⁰ pero no deben ser leyes o normas generales. De esta forma, la acción se dirige contra el acto no contra los poderes. Aquí la acción se ejercita con base a un interés general, el órgano trata de defender la constitucionalidad de las actuaciones (no sus competencias) de sus similares que por su importancia redundan en todo el sistema jurídico.

⁷³⁹ Esto no significa que el acto u omisión que motiva el conflicto entre órganos constituidos no pueda estar atribuido a la esfera competencial concreta de la dependencia, entidad paraestatal, organismo o su equivalente, el cual será responsable directo de haberlo realizado o de haber dejado de realizarlo, pero en estos casos, el sujeto pasivo será el órgano constituido del cual dependa esa entidad, organismo, etc.

⁷⁴⁰ Al presente, no hay motivo para excluir la materia electoral del conocimiento del Tribunal Constitucional en estos tipos de conflictos, como ha sucedido con las controversias constitucionales. Vid. HERNÁNDEZ FLORES, JANETH, *Límites al control de la constitucionalidad en las controversias constitucionales*, *op.cit.* pp. 221-229.

En el caso de las omisiones, lo que se cuestiona es la falta de actividad del órgano competente para actuar que conculca el texto constitucional al no dar eficacia, ni permitir la aplicación de sus disposiciones.⁷⁴¹ Su finalidad de este medio es diáfana: destruir los actos u omisiones inconstitucionales de los órganos constituidos.

Es notorio que las sentencias sobre conflictos constitucionales entre órganos constituidos, al depender de la naturaleza de la decisión cuyos efectos se eliminan, tendrán que ser declarativas de constitucionalidad o inconstitucionalidad sólo del acto u omisión concreta. Pero las que resuelvan conflictos por omisión se constreñirán a decir si el órgano que se ha negado a actuar es competente para hacerlo, ordenándole que actúe. De lo contrario, el Tribunal señalará a cuál poder le corresponde realizar el acto.

Cabe precisar que en estos conflictos si debe haber un término para la interposición del medio de control, dado que al versar sobre un acto concreto, este si debe dar certeza de sus efectos a las partes involucradas, con independencia de que cada acto (por ser autónomo) pueda ser controlado bajo este medio de control. Por ello se propone que el plazo para interponer este medio de control sea de 6 meses a partir de que el órgano constituido tenga conocimiento del acto o su ejecución. En cuanto al porcentaje para declarar la inconstitucionalidad de estos actos será la misma que para la acción de inconstitucionalidad.

5.6.2.5. Conflictos competenciales entre órganos constitucionales del Estado

A diferencia de los conflictos analizados anteriormente, estos conflictos se originan por invasión de competencias o lesiones de autonomía entre órganos

⁷⁴¹ COVIÁN ANDRADE, Miguel, *El control de la constitucionalidad en el derecho comparado*, op. cit. p. 379.

constituidos (federales, estatales y municipales), entidades federativas (incluidos el Distrito Federal), Municipios y los organismos constitucionales autónomos.⁷⁴²

Es fácil percatarse que aquí los sujetos legitimados son muchos más, toda vez que este medio persigue proteger el ámbito competencial de cada uno de los órganos que por su importancia están regulados en la Ley Suprema. Cuando sea parte un poder compuesto por más de un órgano (por ejemplo Cámara de Diputados y Cámara de Senadores), no será obligatorio en todos los casos, que intervenga en el conflicto cada uno de los que lo integran. No obstante, en este tipo de conflictos si es necesario acreditar un interés jurídico, pues aquí la finalidad es defender las competencias o atribuciones de cada uno de los órganos legitimados.

Estos conflictos se producirían entre cualquier combinación posible de los órganos aludidos, siempre y cuando haya duda o disputa sobre las competencias de los mismos. Pues como señala la doctrina italiana, se trata de garantizar la observancia de las normas constitucionales de organización.

La finalidad de este medio es sucintamente: determinar a que órgano constitucional le corresponde una competencia específica, con base en la Constitución.

Las sentencias que dicte el Tribunal Constitucional poseerán efectos concretos, pues aunque deriven de una norma distribuidora de competencias,⁷⁴³

⁷⁴²Los organismos constitucionales autónomos se encuentran establecidos en la Constitución Federal -aunque no explícitamente con tal denominación- y se les confiere una competencia que ejercen sin la interferencia de ningún otro órgano o instancia, es decir, la Constitución les otorga autonomía. Cuando se refiere que los organismos autónomos no son órganos constituidos, lo que se trata de indicar es que los primeros no reúnen una o varias características propias de los segundos, de tal manera que sólo representan casos de autonomía. En estos supuestos están, por ejemplo, La Comisión Nacional de Derechos Humanos, el Instituto Federal Electoral y el Banco de México. *Vid.* COVIÁN ANDRADE, Miguel, *Teoría Constitucional*, *op.cit.* p. 176. *Cfr.* CARDENAS, Jaime, "Remover los dogmas", en *Cuestiones Constitucionales*, México, UNAM, Instituto de Investigaciones Jurídicas, enero-junio 2002, número 6, pp. 17-48. Del mismo autor, *Justificación de los Órganos Constitucionales Autónomos*, Derecho y la Cultura A.C., México, Invierno 2000-2001, Número 2, pp. 17-18.

sus efectos se circunscriben a las partes que están en conflicto. Esos fallos deben señalar quien es el titular de las facultades controvertidas. En este sentido, no habrá plazo para la interposición del medio de control de la constitucionalidad, considerando que no se controla un acto específico sino las competencias mismas, derivadas de normas generales.

El Tribunal Constitucional tendrá que resolver conflictos cuidando que se distribuyan las competencias de estos órganos de conformidad con la Constitución. Desde esta perspectiva, se advierte la importancia que tiene esta figura en el fortalecimiento del federalismo y la supremacía constitucional.

5.6.2.6. Facultad de atracción y de oficio

Es importante asignarle al Tribunal Constitucional de la Federación una atribución excepcional consistente en la facultad potestativa en favor del órgano constituido de conocer, de forma oficiosa o de atracción,⁷⁴⁴ de algún acto ley o norma de carácter general que considere que vulnere, restrinja o contradiga a la Carta Magna y que por su importancia o trascendencia en la vida jurídica del país sea fundamental o apremiante que dilucide. Es claro que su naturaleza jurídica será la de un medio de control de constitucionalidad que permitirá al máximo intérprete de la Constitución del país conocer y pronunciarse sobre cuestiones de constitucionalidad de connotación singular que a su juicio exijan su intervención.

Esta potestad se tramitará a instancia de alguno de los ministros, radicándola el magistrado ponente quién propondrá al pleno la resolución correspondiente. Los efectos de las sentencias serán de acuerdo a la propia naturaleza del procedimiento

⁷⁴³ En España cuando se involucra una ley que atribuyera competencias, la tramitación de estos conflictos se asimila al control abstracto de leyes.

⁷⁴⁴ Oficiosamente se tramitará como acción de inconstitucionalidad, y de atracción, como ya están determinadas las partes y el acto, se tramitará en la misma forma y términos que un juicio de amparo.

5.7. Relación entre Suprema Corte de Justicia y el Tribunal Constitucional del Estado mexicano

La coexistencia de dos jurisdicciones puede dar lugar a diferencias interpretativas e, incluso, a conflictos entre ambas⁷⁴⁵. El origen de este tipo de discrepancias y conflictos con sus consecuencias jurídicas y políticas no es nuevo,⁷⁴⁶ basta recordar que en Italia se dio un verdadera enfrentamiento entre la Corte de Casación y la Corte Constitucional durante los primeros años del funcionamiento de esta última, la denominada *“guerra fra le due Corti”*.⁷⁴⁷

El problema no es en absoluto fácil de resolver, pues supone el transito de una serie de variables que discurren por todo el ordenamiento jurídico. Lo anterior debido a lo difícil que resulta articular la existencia del Poder Judicial y un Tribunal Constitucional, ambos sometidos directamente al texto constitucional.

Esos roces o tensiones entre los órganos jurisdiccionales en referencia, se concretan por inadecuadas técnicas legislativas que generan espacios de ambigüedad o de interpretación contradictoria de las competencias de ambos tipos de órganos, donde uno de ellos considera tener una competencia o atribución que el otro considera que no tiene y que la Constitución no precisa la resolución del conflicto.

⁷⁴⁵ PÉREZ TREMPES, Pablo, *Tribunal Constitucional y Poder Judicial*, *op.cit.*, p. 4.

⁷⁴⁶ La primera tensión que se produce al establecerse los tribunales constitucionales es con las Cortes Supremas como cabezas del Poder Judicial de los países respectivos, las cuales resienten la pérdida de poder o competencias en beneficio del órgano jurisdiccional especializado independiente y autónomo, aun cuando pueda aparecer este último formalmente dentro del capítulo de la Constitución correspondiente a la rama o Poder Judicial, ya que la regla general es su estructuración como órgano extra poder. En tal sentido, basta observar la posición tenida por las Cortes Supremas respectivas en el momento del debate constituyente o de la reforma constitucional sobre la materia, con contadas excepciones.

⁷⁴⁷ ASSIMI, N. *“Lóggetto del guidizio di costituzionalità e la “guerra fra le due Corti”*, Milán, Giuffré, 1973, p. VII.

En este caso, el Tribunal Constitucional de la Federación como órgano constituido no estará estructurado a imagen y semejanza del Poder Judicial, pues no tendrá a cargo uno o varios tribunales que dependan directamente de él. Al contrario, su jurisdicción concentrada garantiza que conserve el centro de imputación jurídica y política que sus resoluciones requieren.

Su poder no estará diseminado, se conservará como una instancia única, elevada y protegida que ayudará a que sus miembros se puedan enfocar más diestramente en sus funciones de alto nivel. En todo caso, sus atribuciones no se verán minadas o disminuidas al “compartir estructuralmente” sus funciones con otros órganos del Estado.

El Tribunal Constitucional gozará de independencia frente a los otros poderes constituidos. No obstante, que la función del Tribunal necesariamente incidirá en algunas tareas de la tradicional trilogía del poder, respecto al quehacer estrictamente legal del Poder Judicial, el citado Tribunal Constitucional no tendrá facultades para intervenir en su conocimiento y resolución. Quedará de esta forma resguardada la importante función del Poder Judicial, ya que el Tribunal será un órgano especializado en la defensa y control de la constitucionalidad y, por lo tanto, la competencia de los tribunales federales permanecerá inalterada,⁷⁴⁸ salvo, las competencias de las fracciones I y II del artículo 105 de la Constitución Federal, a fin de trasladarlas al ámbito competencial del Tribunal Constitucional por ser el órgano *ad hoc*, especializado para tal efecto⁷⁴⁹. Lo anterior, al margen de las diversas facultades que se le otorgarán para conocer de otros medios de control de la constitucionalidad.

Tanto los tribunales colegiados de circuito y los juzgados de distrito seguirán a cargo del la Suprema Corte de Justicia de la Nación, pero serán auxiliares del Tribunal Constitucional en relación al medio de control del amparo.

⁷⁴⁸ Pero dejarán de conocer del juicio de amparo contra leyes (amparo indirecto).

⁷⁴⁹ URIBE ARZATE, Enrique, *El Tribunal Constitucional*, *op.cit.* p. 341.

Además el Tribunal Colegiado de Circuito tendrá, como se especificó, la obligación de ejercer la cuestión de inconstitucionalidad de su jurisprudencia cuando conlleve la interpretación de un derecho fundamental propiamente dicho⁷⁵⁰ o de una ley que se sostenga inconstitucional y que el Tribunal deba justificar si está o no de acuerdo a la Constitución.

La Suprema Corte de Justicia de la Nación será El Tribunal Superior de Casación, de mera legalidad, es decir, actuará como Tribunal Superior en materia de jurisdicción ordinaria de manera privativa, incluyendo dentro de su competencia todos aquellos juicios y recursos en materia administrativa, laboral, penal, civil y de materias especializadas que procedieran contra resoluciones de tribunales inferiores. La Suprema Corte conservará sus facultades en cuestiones que no se relacionen con el amparo, salvo del amparo-casación.

Sin embargo, para que la casación sea el recurso que justifique la existencia máxima del tribunal, es evidente que no puede seguir siendo concebido en la ley y en la doctrina, como un recurso formalista como ha venido siendo entendido hasta ahora. Actualmente a nivel doctrinario y legislativo en los países que cuentan con modernos procedimientos, se estima que la regulación de la casación debe responder a un compromiso entre dos necesidades prácticas: lograr su finalidad esencial que es trazar líneas jurisprudenciales claras para que los litigantes sepan cuál es la respuesta probable de los tribunales frente a un litigio concreto, y la necesidad de restringir el acceso a la casación para garantizar la seguridad jurídica y evitar la incertidumbre derivada del retraso de la declaración del derecho en el caso concreto.⁷⁵¹

En suma, al crearse el Tribunal Constitucional de la Federación, a la Suprema Corte le quedarían fundamentalmente dos competencias muy

⁷⁵⁰ Exceptuándose, obviamente, las derivadas de los artículos 14 y 16 constitucionales.

⁷⁵¹ CAROCCA PÉREZ, Alex, "Reflexiones sobre las funciones de la Corte Suprema" en *Ius et Praxis Derecho de la Región*, Talca, Facultad de Ciencias Jurídicas y Sociales de la Universidad de Talca, 1998, p. 216.

importantes. En primer lugar la de unificar la jurisprudencia de los tribunales colegiados de circuito en materia de legalidad. En segundo término, el conocimiento de los recursos de "supercasación", que tendría atribuido sobre aquellos casos que, por razón de la cuantía o de la novedad interpretativa que pudieran suponer su conocimiento.

El Tribunal Constitucional en ningún momento podrá intervenir en última instancia en materia de legalidad, no obstante, cuando sea imposible desvincular las esferas constitucional y legal,⁷⁵² el Tribunal tendrá que pronunciarse obligatoriamente sobre la constitucionalidad del asunto y remitirle a la Suprema Corte el expediente para que ella resuelva las cuestiones de casación.⁷⁵³

La jurisprudencia del Tribunal Constitucional versará únicamente sobre cuestiones de constitucionalidad y la jurisprudencia de la Suprema Corte de Justicia sobre cuestiones de legalidad. Mientras que la jurisprudencia emitida por los Tribunales Colegiados de Circuito sobre cuestiones de legalidad, mucha de ella contradictoria entre sí, podrá conocer en última de definitiva instancia la Suprema Corte de Justicia de la Nación y la emitida por esos mismos tribunales sobre cuestiones de constitucionalidad conocerá el Tribunal Constitucional.

Dichos criterios del Tribunal serán obligatorios para todos los tribunales del país, incluyendo lógicamente a la Suprema Corte de Justicia y al Tribunal Electoral del Poder Judicial de la Federación.

⁷⁵² Esos ámbitos, donde se comparten aspectos constitucionales y legales se denominan por la doctrina competencias contencioso-constitucionales

⁷⁵³ En la *praxis*, en varias ocasiones el Tribunal Constitucional conoce de asuntos de mera legalidad y no de constitucionalidad, debido al complicado deslinde entre lo constitucional y lo legal. *Cfr.* SCHNEIDER, Johann-Peter, "Derechos fundamentales y jurisdicción ordinaria", en López Pina, Antonio, *La garantía constitucional de los derechos fundamentales. Alemania, España, Francia e Italia*, Madrid, Civitas, Universidad Complutense, 1991, pp. 141-142.

5.8. Distintos tipos de sentencias del Tribunal Constitucional y alcance de cada una de ellas

Si toda sentencia es un acto político, con más razón las declaraciones de inconstitucionalidad de un acto o de una disposición normativa, que resuelven una cuestión de innegable trascendencia institucional.⁷⁵⁴ No obstante, la inconstitucionalidad admite modulaciones, grados y ponderaciones, según la opinión siguiente:

“Es ilusorio por tanto concebir la inconstitucionalidad/inconstitucionalidad como una irreductible y categórica opción. La inconstitucionalidad es siempre una elección, un dato a revelar y en el fondo es la Corte quien elige entre los distintos grados de conformidad del ordenamiento a la Constitución.”⁷⁵⁵

La elección del Tribunal Constitucional respecto a los distintos grados de conformidad del ordenamiento a la Constitución, obedece a consideraciones de equidad, de racionalidad y de oportunidad política, asumiendo así facultades de política legislativa.⁷⁵⁶

El alcance de la vinculación a la doctrina del Tribunal Constitucional variará según los tipos de sentencias que dicte el Alto Tribunal. Existen muchas clases de sentencias, sin embargo, en la práctica constitucional comparada, sobresalen:

⁷⁵⁴ Vid. BIDART CAMPOS, German J., “Algunos horizontes amplios para el futuro del recurso extraordinario federal” en *Revista de Derecho Procesal*, Buenos Aires, Rubinzal-Culzoni, 2001, número 2, pp. 353-375.

⁷⁵⁵ Cfr. MARTIN DE LA VEGA, Augusto, “La sentencia constitucional en Italia”, en *Prólogo* de Antonio La Pergola, Madrid, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, 2003, p. 258.

⁷⁵⁶ LAZARILLO, R. “Poteri creativi della corte Costituzionale nei guidizi incidentali sulla validità delle leggi”, en *Giurisprudenza forense e dottrinale come fonte di diritto*, Giuffrè, Milán, 1985, pp. 44 y 45.

1. Sentencias tradicionales se dividen en “estimatorias” y “desestimatorias”. Las primeras acogen la demanda. Las segundas no les dan razón.
2. Sentencias declarativas de inconstitucionalidad y consiguiente anulación de las normas impugnadas. En ellas la interpretación de la norma impugnada conforme a la Constitución no ha sido posible y el Tribunal Constitucional ha procedido a anular la norma impugnada.
3. Sentencias declarativas de mera inconstitucionalidad, sin anulación de la norma. Cuando la anulación no se produce, la argumentación del Tribunal sí afecta a los jueces ordinarios, porque la ley continua vigente a pesar de la declaración de inconstitucionalidad, aunque el legislador de inmediato procederá a sus sustitución o derogación.
4. Sentencias denominadas manipulativas. Que comprenden a su vez las sentencias “interpretativas”, las “aditivas” y las “sustitutivas”. El principal argumento que las justifica es que a fin de no crear un vacío legislativo, generador de mayor inconstitucionalidad, el Tribunal Constitucional opta por no expulsar la ley del ordenamiento, si es que esta ley, después de ser “manipulada” puede ser entendida conforme a la Constitución

Evidentemente, el Tribunal constitucional no manipula la disposición que es una competencia exclusiva del legislador. Lo que manipula son los sentidos interpretativos que de esa disposición se puedan extraer.

- a) Sentencias interpretativas. El caso más usual de este tipo de sentencias es aquel que se presenta cuando un mismo enunciado lingüístico de un precepto legal admite cuando menos dos interpretaciones posibles.

En estos casos si una de las interpretaciones es contra la Constitución y la otra resulta conforme con ella, el Tribunal Constitucional no puede declarar la

inconstitucionalidad de la disposición, sino sólo del sentido interpretativo que colisiona con ella.⁷⁵⁷ Se dice que es una sentencia manipulativa, pues después del pronunciamiento del Tribunal Constitucional, el texto de la norma subsiste con un criterio de interpretación constitucionalmente admisible, el cual probablemente no fue el deseado por el legislador.

- b) Sentencias aditivas. En ocasiones, la inconstitucionalidad de una disposición legal es consecuencia de algo que debió decirse para ser constitucional. Se declara la inconstitucionalidad de una disposición o una parte de ella, en cuanto deja de decir algo (en la parte que no prevé que con el resultado que, tras la resolución, será obligatoria comprender lo omitido por la disposición).

Esta clase de sentencias no afecta el principio de legalidad pues este no impide una interpretación favorable para el gobernado.

- c) Las sentencias sustitutivas se caracterizan por el hecho de que con ellas el Tribunal Constitucional declara la inconstitucionalidad de una ley en la parte que prevé una determinada cosa, en vez de prever otra.

En este sentido, la decisión sustitutiva se compone por dos partes diferentes: una que demuele el contenido de la disposición impugnada y otra que la reconstruye. Por tanto, una vez declarada inconstitucional esa parte de la disposición que introduce una sentencia inconstitucionalidad de la ley, la norma (fraccionada) subsiste con un nuevo sentido (reconstrucción).

Como se puede observar tal demolición y posterior reconstrucción de la disposición legal, es realizada por el Tribunal Constitucional sin que él introduzca frases, como consecuencia de haberle sacado palabras o frases, en

⁷⁵⁷Estas sentencias no expulsan preceptos del ordenamiento, pero si descartan interpretaciones posibles de esos preceptos, y a medida en que los hacen vinculan a los tribunales. CANOSA USERA, Raúl, "La jurisdicción constitucional y la jurisdicción ordinaria en España: una cuestión abierta" en *Ius et Praxis, Derecho en la Región, Corte Suprema y Tribunal Constitucional: Competencias y Relaciones*, op.cit. pp. 40-43.

todos estos casos, obviamente la sentencia del Tribunal Constitucional vincula a todos los poderes públicos y, desde luego, al mismo juez.

5.9. Límites a la interpretación constitucional

La comprensión material de la Constitución como unidad de sentido destinada a producir sus efectos en la realidad política y social no significa que el juez constitucional sea libre de modificar el contenido del derecho constitucional vigente a través de la interpretación de las normas constitucionales. Hay que diferenciar entre el desarrollo del derecho constitucional positivo por medio de una interpretación dinámica, por una parte, y la creación de nuevos principios y normas constitucionales, por otra.⁷⁵⁸ De esto resulta claro que la prohibición de reformar o modificar la norma constitucional marca un límite absoluto para toda concreción interpretativa del derecho constitucional positivo.⁷⁵⁹

Pero los auténticos y modernos “señores del derecho”,⁷⁶⁰ es decir los tribunales constitucionales, son proclives a usar donde quieren y creen necesario las estructuras lingüísticas semánticamente indeterminadas de los textos no sólo para atribuirles significados no consolidados por los usos precedentes, sino también para seleccionar los principios prevalentes a la hora de examinar una cuestión, para precisar valores no determinados, sacrificando incluso otras interpretaciones.⁷⁶¹ De hecho, el exagerado estiramiento que se hace por vía hermenéutica, comprometen un funcionamiento racional y eficiente del órgano de control.⁷⁶²

⁷⁵⁸ La interpretación de la Constitución tiene que ver con la elucidación, el desarrollo y, en su caso, el perfeccionamiento de algo que está dado (normativamente) con anterioridad, y no sólo de algo meramente propuesto. Esta facultad es competencia de un Tribunal Constitucional, y la competencia para modificar la Constitución en nuestro país esta reservada para los órganos que establece el artículo 135 constitucional.

⁷⁵⁹ GROTE, Rainer, “El desarrollo dinámico de la preceptiva constitucional por el juez constitucional en Alemania, en *Revista Ius Praxis*, Talca, 2003, año 9, número 2, p.7

⁷⁶⁰ Esta expresión se toma del famoso ensayo de VAN CAENEGEM R.C., *Judges, Legislators and Professors. Chapter in European Legal History*, Cambridge, Cambridge University Press, 1987.

⁷⁶¹ Vid. PEGORARO, Lucio, *Lineamenti di giustizia costituzionale comparata*, op. cit. p. 67 y ss.

⁷⁶² Vid. GUASTINI, Riccardo, *Estudios de Teoría Constitucional*, México, Fontamara, 2001, p. 16 y ss.

Y aunque en muchas latitudes se ha llegado al extremo de decir que el término control de la constitucionalidad importa no sólo la facultad de juez constitucional para declarar su inconstitucionalidad, sino el interpretarla para adecuarla a la Constitución, e incluso, manipularla para dicho fin. Muy por el contrario, esa interpretación, debe tender a realizar una interpretación realista, dinámica y equitativa, que pueda garantizar la justicia que los constituyentes pretendieron para el futuro con los eminentes fines que invocaron al sancionar la Constitución Política.⁷⁶³ Ciertamente, para interpretar y aplicar la Constitución, es necesario desentrañar su vertebración axio-teleológica, es decir, de los superlativos valores y fines constitucionales que se encuentran encapsulados tanto en los preámbulos, como en cada norma que integra el texto constitucional.⁷⁶⁴

Así una de las máximas del Tribunal Federal Constitucional alemán subraya:

“Toda disposición constitucional debe ser interpretada de manera tal que sea conciliable con aquellos principios constitucionales elementales y con las decisiones fundamentales del legislador constitucional.”⁷⁶⁵

Asimismo dicho Tribunal aludió:

“Así el principio de interpretación más importante es la <unidad de la Constitución>, en tanto formación de sentido lógico-teleológico,

⁷⁶³ Es casi imposible que en términos de Max Weber, el racionalismo jurídico –del Constituyente– represente la integración de todas las proposiciones analíticamente derivadas de manera que constituyan un sistema de reglas lógicamente claras, internamente consistente y, al menos en teoría, completo; reglas bajo las cuales todas las situaciones de hecho concebibles deben ser capaces de ser subsumidas lógicamente para evitar que su orden carezca de una garantía suficiente. *Cfr.* WEBER, Max, *Economy and Society*, California, Günther Roth & Claus Wittich, 1968, T. 2, p. 656.

⁷⁶⁴ HARO, Ricardo, “Tribunales y Salas Constitucionales en Iberoamérica” en *Memorias del VI Congreso Iberoamericano de Derecho Constitucional*, Universidad Externado de Colombia, Bogotá. 1998, pp. 1361 y1362.

⁷⁶⁵ Fallo del Tribunal Federal Constitucional de la República Alemana número BVerfGE p.1, 32 y ss.

porque la esencia de la Constitución consiste en un orden unitario de la vida política y social de la comunidad estatal"⁷⁶⁶

Adquiere relevancia la axiomática afirmación de John Marshall cuando señalaba: "Nunca debemos olvidar que lo que estamos interpretando es una Constitución", es decir, la ley fundacional y fundamental de una sociedad que se ha constituido en un Estado de Derecho. El término Constitución implica, nos enseña Weaver, un instrumento de naturaleza permanente y debe ser interpretado para hacer frente a todos los nuevos hechos y condiciones que surjan en los distintos tiempos.⁷⁶⁷

Consecuentemente, los jueces constitucionales deben pronunciarse en última instancia dentro de los límites que le permite el texto fundamental.⁷⁶⁸ Esto los coloca en un continuo contacto con los problemas reales de la sociedad, con sus aspiraciones, necesidades y conflictos. Su capacidad de influencia es de la mayor trascendencia. Y su actividad debe desarrollarse con la máxima firmeza, pero también con la misma prudencia,⁷⁶⁹ pues no se pueden frustrar sus eminentes contenidos normativos, con una interpretación meramente positivista, en la formalidad de la pura lógica.

Lejos ha quedado la sentencia de Montesquieu cuando negando el amplio ámbito interpretativo del juez respecto del texto normativo y constriéndolo a un mero mecanicismo en la aplicación de la ley, afirmaba:

⁷⁶⁶ Fallo del Primer Senado del 14 de diciembre de 1973, BVerfGE 34, 269, 287, en donde el "orden jurídico constitucional" es presentado como un "todo de sentido" al que corresponde la función generativa de una fuente de derecho para llenar lagunas, con función también correctiva.

⁷⁶⁷ Citado por HARO, Ricardo, *El control de constitucionalidad comparado y el rol paradigmático de las Cortes Y Tribunales Constitucionales*, op. cit. p. 27.

⁷⁶⁸ El texto de la norma constitucional marca el límite de la concreción interpretativa de la Constitución.

⁷⁶⁹ Sin embargo, la prudencia de estos jueces no puede llegar a extremo de convertirse en una evasión irresponsable que abdique de las legítimas competencias que al control de la constitucionalidad le corresponde. Y el principio rector de la jurisdicción constitucional indica que la justiciabilidad llega hasta donde llega la normatividad. Por eso los jueces constitucionales tienen la obligación de ejercer con prudencia la función que se le ha encomendado de la defensa del orden constitucional. GARCIA LAGUARDIA, Jorge Mario, "La justicia constitucional y la defensa de la democracia. El Golpe de Estado en Guatemala", op. cit. pp. 6 y7.

“Los jueces no son ni más ni menos que la boca que pronuncia la ley, seres inanimados que no pueden mitigar la fuerza y el rigor de la ley misma.”⁷⁷⁰

La importancia de la exegética de un Tribunal Constitucional radica en que ella reelabora el significado de las palabras y enunciados, las relaciones entre poderes y órganos se mutan como consecuencia de los acuerdos y prácticas que se establecen entre ellos, se fijan reglas no escritas (pero de algún modo obligatorias) que no se limitan a interpretar la Constitución, sino que la integran y cambian. Sosteniendo la grave responsabilidad institucional de señalar los eminentes rumbos constitucionales hacia un Estado Social y Democrático de Derecho.

Carl J. Friedrich se ha planteado la cuestión, y afirma que:

“[...]...hay un peligro omnipresente de que los miembros de la Corte puedan llegar a perderse en su propia lógica y de que en su esfuerzo de mantener las palabras sagradas, intenten sofocar la vida y el progreso de ésta. En tales ocasiones, la Corte pasa de una posición conservadora a una posición reaccionaria. Cuando lo hace, está amenazando el futuro del constitucionalismo”.⁷⁷¹

El éxito de la interpretación devendrá entonces, del logro del resultado que se propone: desentrañar el verdadero y correcto sentido de la norma jurídico-constitucional, que haga posible el cumplimiento integral de sus fines esenciales por parte del individuo y del Estado.⁷⁷² De la plausibilidad de su argumentación procurando elevar la probabilidad del consenso mediante el rechazo de puntos de

⁷⁷⁰ MONTESQUIEU, Charles –Louis de, *El espíritu de las leyes*, Madrid, Sarpe, 1984, Libro XI, Cap. VI.

⁷⁷¹ FRIEDRICH, Carl J, *Teoría y Realidad de la Organización Constitucional Democrática*, México, Fondo de Cultura Económica, 1946, p. 222.

⁷⁷² LINARES QUINTANA, Segundo V., *Tratado de Interpretación Constitucional*, op. cit. p. 224.

vista extremos, optando por las soluciones regulares (intra-normativas) que resulten más adecuadas para contemplar y satisfacer las circunstancias y necesidades de la sociedad contemporánea.⁷⁷³

Así, una de las mejores síntesis que se haya realizado sobre la totalidad de enfoques interpretativos de las normas constitucionales, dictamina:

“Las normas constitucionales no deben ser interpretadas en forma aislada o inconexa, sino como parte de una estructura sistemática considerada en su totalidad. Por otra parte, esa interpretación debe tener en cuenta, además de la letra, el dato histórico que permite desentrañar la finalidad perseguida y la voluntad expresada por el constituyente, y debe también contemplar la dinámica de la realidad, reacia a ser captadas mediante fórmulas inmutables, ya que, como ha dicho un eminente constitucionalista hace poco desaparecido, una Constitución –con referencia por supuesto a cada una de sus normas- está sometida constantemente a la dialéctica heraclitiana de todo lo viviente”.⁷⁷⁴

Cabe señalar por último, que los magistrados constitucionales deberán tener límites en sus fallos, no deben cambiar el sentido de la Constitución ni de la ley indiscriminadamente, en términos de la jurisprudencia que dicta:

“[S]i con el transcurso del tiempo ha desaparecido la causa que le diera origen [a la disposición constitucional], ello podría fundar la necesidad o conveniencia de la reforma de la Constitución en ese punto, pero no puede influir en la interpretación que deben darle los tribunales de justicia, porque la Constitución no se modifica por

⁷⁷³ OYHANARTE, Julio, *Poder político y cambio estructural en la Argentina*, Buenos Aires, Paidós, 1969, p. 21.

⁷⁷⁴ JUSTO LÓPEZ, Mario, Fallo de la Procuraduría General de la República de Argentina, número 300-1128.



vía de cambios en la jurisprudencia, ni los jueces, a título de interpretar las leyes, pueden invadir la potestad legislativa".⁷⁷⁵

⁷⁷⁵ Vid. Fallo de la Corte Suprema de la República de Argentina, "Méndez", número 127:429, p. 438-39.

CONCLUSIONES

PRIMERA. La Constitución es la ley suprema del Estado mexicano que mediante la descripción estructural-orgánica delimita el ejercicio del poder. Si ella no obtiene efectividad a través de conductas espontáneas de las autoridades públicas, su propia fuerza normativa tiene que conducir a ejercer un mecanismo de garantía que inste a su defensa, a su acatamiento, a su efectividad, o en último caso, a la reparación de su trasgresión.

El control de la constitucionalidad, visto desde ese ángulo, se erige como la verificación de los actos y las decisiones de quienes ejercen el poder político con las normas jurídicas que corresponden formal y materialmente a la Constitución, con el propósito de que si se determina que esa correspondencia no existe, sean anulados los efectos de esos actos o de esas decisiones. En estos términos, los medios de control de la constitucionalidad tienen como objetivo principal, obtener la anulación de las acciones o determinaciones ordenadas o ejecutadas por las autoridades públicas. Así dicho control constituye uno de los elementos que integran y definen al Estado de Derecho.

Resulta evidente que el control en estudio es uno de los mecanismos estructurales que no deben estar ausentes en el diseño político-constitucional, ni en la operación práctica de un sistema político democrático, de lo contrario se pondría en riesgo su viabilidad y funcionalidad plena.

SEGUNDA. Sin un sistema estructurado con base en cuestiones científicas es imposible tener un sistema eficaz de control de la constitucionalidad, de igual manera, sin tomar en consideración la situación jurídica, social y política de un Estado es imposible estructurar un modelo eficaz de control de la constitucionalidad

Un sistema de control de la constitucionalidad bien esquematizado debe tener como finalidad la protección de la Constitución en su totalidad, contra todo acto de autoridad. De allí que un diseño científico en la creación de medios de control y la armonía en sus relaciones, origina un modelo eficaz de control de la constitucionalidad.

A la vez, los medios de control de la constitucionalidad y su ensamblaje jurídico, son contundentes para que se respeten las esferas competenciales de ambas jurisdicciones, la legal y la constitucional, evitando fricciones y disfuncionales, cumpliendo así la labor de defensa de la Constitución.

TERCERA. Hans Kelsen se le debe la introducción del control de constitucionalidad de carácter concentrado, abstracto y objetivo. Mediante él su creador intentó encontrar la solución al conflicto planteado por la doctrina, en el sentido de que el control de la constitucionalidad no podía dejarse a disposición del juez ordinario. De hecho, los tribunales constitucionales surgieron justamente para dar unidad a la Constitución y al derecho frente a la pluralidad de jurisdicciones internas que evidenciaban algunos sistemas jurídicos europeos. De suerte tal, que el modelo concentrado estaba destinado a experimentar con el transcurso del tiempo una notable evolución que lo acercará en diversos aspectos al modelo contrapuesto.

Frente a tal sistema concentrado, el americano o difuso se caracteriza por la atribución del conocimiento de cualesquier cuestión relativa a la constitucionalidad de las normas, a todos los tribunales en el ejercicio ordinario de su potestad jurisdiccional. De forma, si un juez estima inconstitucional la ley a aplicar a un determinado caso de que esté conociendo, simplemente la inaplica en ese caso concreto.

CUARTA. Uno de los acontecimientos institucionales más trascendentes del siglo XX fue la aparición y desarrollo del control concentrado de la constitucionalidad, a través de órganos *ad hoc*. De esta forma, el sistema instituido en la Constitución austriaca de 1920 va a ser un parámetro a partir de la segunda posguerra mundial en el viejo continente, pero con algunas diferencias, pues no se acoge el modelo kelseniano del legislador negativo, sino el americano de jurisdicción, concibiendo al Tribunal Constitucional como verdadera jurisdicción, aunque en la fórmula estructural concentrada.

En tales circunstancias, la recepción en el moderno constitucionalismo europeo del concepto norteamericano de Constitución, basado en el principio de la supremacía normativa de la Constitución, influyó decisivamente en la concepción europea del control de la constitucionalidad.

Denotando suma importancia, que los elementos y características del sistema austriaco, se encuentran implícitos en muchos ordenamientos jurídicos recientes, pues este andamiaje ha demostrado que puede cumplir cabalmente los objetivos de protección y defensa de la Carta Magna. Actualmente la lista de países que cuentan con tribunales constitucionales, está en continuo crecimiento, constituyéndose en un fenómeno expansivo, hoy casi universal.

QUINTA. Un genuino Tribunal Constitucional es por naturaleza el intérprete final de la Constitución. Este tipo de tribunales son los que aplican la síntesis entre el Derecho interno y el Derecho internacional. Donde operan, estos tribunales hacen suyos los principios constitucionales no explícitos o facilitan su introducción, uniforman las interpretaciones, favorecen la armonización normativa e interpretativa, con repercusiones sobre el ordenamiento en conjunto de

pertenencia pero también sobre ordenamientos homólogos y sobre enteras familias jurídicas.

A pesar que su composición y procedimientos que norman su funcionamiento sean de naturaleza jurisdiccional, los tribunales en alusión adquieren un carácter político al ejercer su misión de controlar la constitucionalidad de los actos de los otros poderes. Asimismo la sustancia de todo conflicto constitucional es necesariamente política, como político tendrá que ser el carácter de decisión que lo resuelva, aunque esté revestida de formas típicamente jurisdiccionales. Esto no significa que el contenido de la decisión no esté fundamentada en la ley, lo único que significa es que cualquiera que sea el órgano que ejerza la función de control, necesariamente al hacerlo y colocarse enfrente, aquél asume forzosamente una posición política.

Pero, para evitar contradicciones, estos órganos no deben extralimitarse en su función y rol protagónico. Se tienen que circunscribir a cumplir sus competencias constitucionales, a evaluar la constitucionalidad de la ley más que a explicar su sentido, motivos suficientes para que haya directrices en su jurisprudencia.

SEXTA. A partir de la segunda mitad del siglo pasado, en América Latina se va a dar una fusión peculiar entre los dos sistemas puros de control de la constitucionalidad, destacando una importante diversidad de tribunales y procedimientos, que en la mayoría de los casos, presenta una mezcla disímil de formas y modalidades que no ayudan a exponerlos con claridad. Pese a una primera reticencia al cambio, en los países latinoamericanos confrontados, se observa que la mayoría han adoptado un sistema ambivalente con predominio del control concentrado, logrando estabilidad política pues a través de su Tribunal o Corte Constitucional, se ha dado orden, coherencia y unidad al sistema político-

democrático y a los razonamientos jurisprudenciales. Estos avances reflejan claramente el papel que desempeña un órgano de estas características en la defensa del texto constitucional.

Y pese que los sistemas de control de la constitucionalidad latinoamericanos son perfectibles, es indubitable que actualmente son concientes de su problemática, y al tener un diagnóstico certero, están procediendo a solucionar sus problemas.

SÉPTIMA. Los Estados Constitucionales analizados tienen como fundamento común el principio esencial de la regulación jurídica del poder político. De esta forma el constitucionalismo moderno se traduce en Estados de Derecho edificados con base al principio de la limitación del poder político, es decir, mediante un conjunto de normas supremas de validez permanente que organizan, regulan y fijan restricciones a su ejercicio.

Consecuentemente, la Ley Fundamental en los países que cuentan con un órgano encargado del control de la constitucionalidad es concebida, como el resultado y síntesis de su historia pero tiene la connotación de instrumento jurídico capaz de permitir el ejercicio del poder público, el relevo institucional y la convivencia entre gobernantes y gobernados, mediante el respeto irrestricto a los derechos de estos últimos.

OCTAVA. Definitivamente, ningún sistema de control en el mundo esta a salvo de problemas y disfuncionalidades, más allá de eso ha sido constante la perfectibilidad de cada uno de ellos. Tal vez el sistema que menos problemas ha suscitado es el sistema americano de control de la constitucionalidad, no

obstante, su emulación y traslación a otros países, especialmente en Latinoamérica, a lo largo principalmente del siglo XIX, ha dejado evidencia que únicamente en Norteamérica y algunas regiones, ha logrado cumplir con sus propósitos de creación. Pese a ello los problemas en torno al control de la constitucionalidad distan mucho de haber logrado una solución definitiva.

NOVENA. Es hasta las postrimerías del siglo XX cuando en México se empiezan a desarrollar estudios especializados enfocados al control de la constitucionalidad de una manera integral. Asimismo se sientan las bases, a través de la revisión constitucional de 1994, para que al sistema de control de la constitucionalidad caracterizado por ser difuso, se le incorporen elementos y medios de control usuales en el sistema con mayor aceptación en el mundo: el control concentrado de la constitucionalidad.

No obstante, al analizar el diseño institucional del sistema de control de la constitucionalidad que prevé actualmente el texto constitucional, se constataron sus profusas deficiencias teórico-estructurales y sus limitaciones prácticas. Basta señalar que este sistema es incompleto, toda vez que deja subsistente normas y actos de autoridad viciados de inconstitucionalidad en el orden jurídico. En este sentido constatamos que el actual sistema de control de la constitucionalidad es una mezcla asistemática de elementos de los dos sistemas originarios de control de la constitucionalidad, con predominio del sistema difuso e incorporación de figuras características del sistema concentrado.

DÉCIMA. El modelo concentrado de control de la constitucionalidad tiene su referente en la existencia de tribunales en todo el orbe, por lo que cabe apreciar la relevancia que tiene un órgano de esta naturaleza en cualquier Estado

contemporáneo. Ello nos llevó a reflexionar acerca de cuáles serían los recaudos políticos y sociológicos que avalarían la instauración de este sistema en nuestro país, pues el análisis y evaluación de las funciones puntuales de un Tribunal Constitucional, aisladas del contexto en que se desenvuelven carecen de relevancia práctica.

Sabedores que en nuestro país la Suprema Corte de Justicia de la Nación no ha realizado una adecuada y eficiente labor de defensa de la Constitución se plantea la necesidad de instaurar un órgano *ad hoc*, especializado, altamente técnico, que se encargue de vigilar el acatamiento y respeto de nuestra ley fundamental. Al crear un Tribunal Constitucional de la Federación distinto de los órganos del Poder Judicial se podrían también introducir nuevos mecanismos de control de la constitucionalidad, así como reunir bajo un solo órgano el control genérico de constitucionalidad de los actos del poder político. De esta forma, se exhortaría al Tribunal Constitucional para que cumpla con su doble misión institucional, consistente en la tarea guardiana de los derechos fundamentales de los habitantes y su actividad como alto poder político de la nación moderador de la estructura republicana.

DÉCIMA PRIMERA. En los ordenamientos jurídicos donde haya jurisdicción constitucional y ordinaria, hay que ver como algo natural que haya puntos de conflicto entre ambas. El desafío en nuestro país es depurar a la Corte de otras funciones administrativas, y procurar que se concentre en el conocimiento de los recursos de casación, pero con la colaboración de la doctrina, moderno, puesto al día, para que se justifique la existencia del Supremo Tribunal. Asimismo, asignarle las competencias en materia constitucional al órgano creado para tal efecto. La oportunidad histórica de transformar a la Corte Suprema en un verdadero tribunal de Derecho, por vía de la casación y de otros recursos jurídicos se está presentando en este momento.

Es importante mencionar, que el fortalecimiento del control de la constitucionalidad en el ámbito local, evitaría saturar de trabajo al Tribunal Constitucional de la Federación.

DÉCIMA SEGUNDA. Hoy en día, existe creciente interés por institucionalizar o hacer aplicables en la práctica diversos mecanismos para superar o corregir los rezagos en materia de control de la constitucionalidad. En este sentido, la doctrina del control objeto de estudio, tiene algo que aportar en favor de la fluidez del tránsito de la supremacía constitucional, la vigencia de los derechos y la consolidación del Estado Constitucional de Derecho

La incorporación de un sistema mixto de control de la constitucionalidad, con base en el sistema concentrado, depende del convencimiento de las sociedades respectivas y de voluntad de sus actores políticos. Sin embargo, de no realizar cambios en el sistema de control mexicano, se está poniendo en peligro la eficacia de la Constitución, ya que su efectivo cumplimiento se determina a través de los cauces de protección de sus preceptos y métodos de sanción que su violación produce.

BIBLIOGRAFÍA

ABAD YUPANQUI, Samuel, "La jurisdicción Constitucional en el Perú; Antecedentes, balance y perspectivas", *Anuario de Derecho Constitucional Latinoamericano*; Lima, Fundación Konrad Adenauer, CIEDLA, 1996.

ACTON, John E., *Essay on freedom and Power*, Boston, The Beacon Press, 1949.

AHUMADA RUIZ, María Ángeles, "El *certiorari*. Ejercicio discrecional de la jurisdicción de apelación por el Tribunal Supremo de los Estados Unidos", *Revista Española de Derecho Constitucional*, Madrid, Centro de Estudios Constitucionales, mayo-agosto 1994, número 41.

ALCALÁ NOGUEIRA, Humberto, "La defensa de la Constitución, los modelos de control de constitucionalidad y las relaciones y tensiones de la judicatura ordinaria y los tribunales constitucionales en América del Sur", *Conflictos Institucionales. Alteraciones en el equilibrio entre órganos estatales, Contribuciones*, Buenos Aires, Fundación Konrad Adenauer, 2002, número 3.

ALCALÁ-ZAMORA y Castillo, Niceto, *Cuestiones de terminología procesal*, México, UNAM, Instituto de Investigaciones Jurídicas, 1972.

ALCHOURRON, C.E., "Conflictos de normas y revisión de sistemas normativos", *Análisis lógico y derecho*, Madrid, Gedisa, 1991.

ALDUNATE LIZANA, Eduardo, "El efecto irradiación de los derechos fundamentales", Ferrada, J.C. (coord.), *La constitucionalización del derecho chileno*, Santiago, Editorial Jurídica de Chile, 2003.

ALEGRE MARTINEZ, Miguel Ángel, *Justicia Constitucional y control preventivo*, León, Universidad de León, Secretariado de Publicaciones y Medios Audiovisuales 1995.

ALEXY, Robert, *Teoría de los derechos fundamentales*, Madrid, Centro de Estudios Constitucionales, 1997.

ALMAGRO NOSETE, José, *Justicia constitucional (Comentarios a la Ley Orgánica del Poder Judicial)*, Madrid, Dykinson, 1980.

ALZAGA VILLAAMIL, Oscar, *Comentarios a las leyes políticas*, Madrid, Edersa, 1988.

_____, "La composición del Tribunal Constitucional Español", *Tribunales y Justicia Constitucional. Memoria del VII Congreso Iberoamericano de Derecho Constitucional*, Vega Gómez Juan y Edgar Corzo Sosa (coord), México, Serie Doctrina Jurídica, UNAM, Instituto de Investigaciones Jurídicas, 2002, número 108.

ARAGÓN REYES, Manuel, *Anuario de Derecho Público*, México, Mac Graw-Hill, ITAM, 1997, número 1.

_____, *Constitución, democracia y control*, México, Serie Doctrina Jurídica, UNAM, Instituto de Investigaciones Jurídicas, 2002, número 88.

_____, *Constitución y democracia*, Madrid, Tecnos, 1989.

_____, *Constitución y control del poder*, Buenos Aires, Ediciones Ciudad Argentina, 1995.

_____, "El control como elemento inseparable del concepto de Constitución", *Libro-homenaje al Profesor Murillo Ferrol*, Madrid, CEC-CIS, 1986.

_____, *El juez ordinario entre legalidad y constitucionalidad, Temas de Derecho Público*, Santa Fe de Bogotá, Universidad del Externado, Instituto de Estudios Constitucionales Carlos Restrepo Piedrahita, 1997, número 44.

_____, "La interpretación de la Constitución y el carácter objetivado del control jurisdiccional", *Anuario de Derecho Público* del ITAM, McGraw-Hill, México, 1997, número 1.

_____, y FRANCISCO RUBIO Llorente, "La jurisdicción constitucional", *La Constitución española de 1978. Estudio sistemático*, 2ª Edición, Madrid, Civitas, 1981.

_____, "La justicia constitucional en el siglo XX. Balances y perspectivas en el umbral del siglo XXI", *La ciencia del derecho durante el siglo XX*, México, UNAM, 1998.

_____, "Sobre las nociones de supremacía y supralegalidad constitucional", *Revista de Estudios Políticos*, Madrid, Centro de Estudios Constitucionales, España, 1986, número 50.

ARMENTA LÓPEZ, Leonel Alejandro, *La controversia constitucional*, México, UNAM, Serie Estudios Jurídicos, 2003, número 11.

_____, *La forma federal del Estado*, México, UNAM, Instituto de Investigaciones Jurídicas, Serie E, Varios, 2005, número 73.

ARTEAGA NAVA, Elisur, *Derecho Constitucional*, México, Oxford University Press-Harla, 1998.

ASTUDILLO REYES, Cesar I., *“Ensayos de Justicia Constitucional”, Cuatro Ordenamientos de México: Veracruz, Coahuila, Tlaxcala y Chiapas*, México, Serie Doctrina Jurídica, UNAM, Instituto de Investigaciones Jurídicas, 2004, número 177.

AVILA SANTAMARIA, Ramiro, Justicia constitucional y derechos humanos, *Revista Aportes Andinos*, Quito, febrero 2007.

AVILES, Carlos, “Jerarquía de las leyes. Justicia de Debate”, *El Universal*, México, jueves 8 de marzo de 2007.

AVRIL, Pierre, *Les conventions de la Constitution*, París, Presses Universitaires de France, 1997.

AYALA CORAO, Carlos, “La jurisdicción constitucional en Venezuela”, *Anuario Iberoamericano de Derecho Constitucional*, Madrid, CEC, 1997.

AZUELA GUITRÓN, Mariano, “CXC Aniversario del Primer Supremo Tribunal de Justicia de la Nación”, *Compromiso, Órgano Informativo del Poder Judicial de la Federación*, Suprema Corte de Justicia de la Nación, México, Marzo de 2005, año 4, número 45.

BACHOF, Otto, “Die richterliche Kontrollfunktion in westdeustshen Verfassungsgefüge”, *Verfassungsrecht und Verfassungswirklichkeit*, Berlín, Stämpfl & Cie, 1961.

_____, *Jueces y Constitución*, Traducción de Rodrigo Bercovitz Rodríguez-Cano, Madrid, Civitas, 1987.

_____, “Nuevas reflexiones sobre la jurisdicción constitucional entre derecho y política”, *Boletín Mexicano de Derecho Comparado*, Traducción de Cortiñas-Peláez, León México, UNAM, septiembre-diciembre de 1986, nueva serie, año, XIX, número 57.

BALTAZAR ROBLES, German E., *Controversia Constitucional y Acción de Constitucionalidad*, México, Ángel Editores, 2002.

BÁEZ SILVA, Carlos, "Cambio político y Poder Judicial en México", *Estudios en Homenaje a Don Jorge Fernández Ruiz. Derecho Constitucional y Política*, Cienfuegos Salgado, David y López Olvera, Miguel Alejandro (coord.), México, UNAM, Instituto de Investigaciones Jurídicas, 2005.

BÉGUIN, Jean-Claude, *Le contrôle de la constitutionnalité des lois en République Fédérale de Allemagne*, París, Económica, 1982.

BIANCHI, Alberto B., *Control de Constitucionalidad*, Buenos Aires, Ábaco, 1992.

BIDART CAMPOS, Germán J., *El derecho de la Constitución y su fuerza normativa*, Buenos Aires, Ediar, 1995.

_____, "La justicia constitucional y la inconstitucionalidad por omisión", *Anuario Jurídico*, México, UNAM, 1979, número VI.

BISCARETTI DI RUFFIA, Paolo, *Derecho Constitucional*, Colección de Ciencias Sociales, Traducción de Pablo Lucas Verdú, Madrid, Tecnos, 1965.

_____, *Introduzione al Diritto Costituzionale Comparato. Le «Forme di Stato» e le «Forme di governo». Le Costituzione moderne*, Milán, Giuffré, 1988.

BLANCO VALDÉS, Roberto, *El valor de la Constitución*, Madrid, Alianza, 1994.

BLUME FORTINI, Ernesto, "El Tribunal Constitucional Peruano como supremo intérprete de la Constitución", *Derecho PUC*, Lima, 1996, número 50.

BUSTAMANTE Y CISNEROS, Ricardo, "Independencia y Reforma del Poder Judicial", *Revista del Foro*, Lima, enero-abril, 1959.

BOBBIO, Norberto, "Ciencia del derecho y análisis del lenguaje", *Contribución a la Teoría del Derecho*, Traducción Alfonso Ruiz Miguel, 2ª Edición, Madrid, Debate, 1990.

_____, *Fundamento y futuro de la democracia*, Traducción Del Favero, Gabriel Valparaíso, Edeval, 1986.

_____, MATTEUCCI, Nicola y PASQUINO, Gianfranco, voz en *Diccionario de Política*, 10ª Edición, México, Siglo Veintiuno Editores, 1997.

BÖCKENFÖRDE, Erns-Wolfgang, *Estudios sobre el Estado de Derecho y la democracia*, Trotta, Madrid, 2000.

_____, *Escritos sobre Derechos Fundamentales*, Baden-Baden, Nomos Verlagsgesellschaft, 1993.

_____, "Verfassungsgerichtsbarkeit: Strukturfragen, Organisation, Legitimation", en *Neue Juristische Wochenschrift*, Berlin, 1999.

BOFFI BOGGERO, Luis María, *Tres Centenarios de la Corte Suprema de Justicia de la Nación*, Buenos Aires, Ediciones Pizarro, 1979.

BONIFAZ, ALFONZO, Leticia, *El problema de la eficacia en el derecho*, 2ª Edición, México, Porrúa, 1999.

BRAGE CAMAZANO, Joaquín, *La Acción de Inconstitucionalidad*, UNAM, Instituto de Investigaciones Jurídicas, México, Serie G, Estudios Doctrinales, 1998, número 191.

BRYCE, J., *Constituciones Flexibles y Constituciones Rígidas*, Madrid, Centro de Estudios Constitucionales, 1988.

BURGOA ORIHUELA, Ignacio, *Derecho Constitucional Mexicano*, México, Porrúa, 1970.

*CANOSA USERA, Raúl, "La jurisdicción constitucional y la jurisdicción ordinaria en España: una cuestión abierta", *Ius et Praxis, Derecho en la Región, Corte Suprema y Tribunal Constitucional: Competencias y Relaciones*, Talca, Chile, Facultad de Ciencias Jurídicas y Sociales de la Universidad de Talca, 1998, año 4.

CARBAJAL, Juan Alberto, *Estudios sobre la justicia*, México, Porrúa, 2002.

CARDENAS, Jaime, *Justificación de los Órganos Constitucionales Autónomos*, Derecho y la Cultura A.C., México, Invierno 2000-2001, número 2.

_____, "Remover los dogmas", *Cuestiones Constitucionales*, México, UNAM, Instituto de Investigaciones Jurídicas, enero-junio 2002, número 6.

CARPIZO, Jorge, *Estudios Constitucionales*, México, Porrúa, UNAM, 1994.

_____, "Reformas constitucionales al Poder Judicial federal y a la jurisdicción constitucional del 31 de diciembre de 1994", *Boletín Mexicano de Derecho Comparado*, México, Nueva Serie, UNAM, mayo-agosto de 1995, año XXVIII, número 83.

CAPPELLETTI, Mauro, "Análisis estructural-comparativo de los modernos métodos de control jurisdiccional de constitucionalidad de las leyes bajo el perfil subjetivo", *La Justicia Constitucional, Estudios de Derecho Comparado*, México, UNAM, 1987.

_____, "La actividad y los poderes del juez constitucional en relación con su fin genérico (Naturaleza tendencialmente discrecional de la providencia de actuación de la norma constitucional)", *La justicia constitucional, Estudios de derecho comparado*, Traducción de Sentís Melendo, Santiago y Benzhaf Tomas A., México, UNAM, 1987.

_____, "La justicia constitucional y supranacional", *Dimensiones de la justicia en el mundo contemporáneo, Cuatro estudios de derecho comparado*, Traducción Héctor Fix-Fierro, México, Porrúa, 1993.

_____, *El control judicial de la constitucionalidad de las leyes en derecho comparado*, México, UNAM, 1966.

_____, "El Tribunal Constitucional en el sistema político italiano: sus relaciones con el ordenamiento comunitario europeo", Traducción Jorge Rodríguez-Zapata, *Revista Española de Derecho Constitucional*, Madrid, enero-abril 1982, año 2, número 4.

_____, "¿Renegar de Monstesquieu, la expansión y la legitimidad de la justicia constitucional?", *Revista Española de Derecho Constitucional*, Madrid, 1986, número 17.

CARAVITA, Beniamino, *Corte "Giudice a quo" e introduzione del giudizio sulle leggi. La Corte Costituzionale Austriaca*, Padova, CEDAM, 1985.

CARMONA TINOCO, Jorge Ulises, "'La jurisprudencia obligatoria de los tribunales del Poder Judicial de la Federación", *Boletín Mexicano de Derecho Comparado*, México, UNAM, mayo-agosto 1995, número 83, año XXVIII.

CARRÉ DE MALBERG, Raymond, *Teoría general del Estado*, México, Fondo de Cultura Económica, 1948.

CARRILLO FLORES, Antonio, en el "Prólogo" de la obra de Evans Hughes, Charles, *La Suprema Corte de los Estados Unidos*, 2ª Edición, México, Fondo de Cultura Económica, 1971.

CASCAJO CASTRO, José Luis y Vicente Gimeno Sendra, *El recurso de amparo*, Madrid, Tecnos, 1985.

CASTRO y CASTRO, Juventino, "Garantías y amparo, 7ª Edición, México, Porrúa, 1991.

_____, *El artículo 105 Constitucional*, 2ª Edición, México, Porrúa, 1997.

CHARRY URUEÑA, Juan Manuel, *Justicia constitucional: derecho comparado y colombiano*, Bogotá, Banco de la República, 1993.

CHOPPER, JESSE H., *Judicial Review and the National Political Process*, Chicago/London, The University of Chicago Press, 1980.

CEA EGAÑA, José Luis, "Revisión de la Teoría Constitucional", *Revista de Derecho*, Facultad de Ciencias Jurídicas y Sociales de la Universidad Austral de Chile, Valdivia, diciembre de 1992, Vol. III, número 2.

CEBALLOS BUENO, Oswaldo, "El sistema de control concentrado y el constitucionalismo en Ecuador", *Anuario Iberoamericano de Justicia Constitucional*, Madrid, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, 2002.

CICCONETTI, S.M., *La revisione della costituzione*, Padua, 1972.

CLIFFORD GRANT, James Allan, *El control jurisdiccional de la constitucionalidad de las leyes. Una contribución de las Américas a la ciencia política*, México, UNAM, 1963.

COLE, Taylor, "Three Constitutional Courts: a comparison", *The American Political Science Review*, diciembre de 1959, Vol. LIII, número 4.

COVIÁN ANDRADE, Miguel, *El control de la constitucionalidad en el derecho comparado*, México, Centro de Estudios de Ingeniería Política y Constitucional A.C., 2001.

_____, *La Suprema Corte y el control de la constitucionalidad (Diez años de fallas e imprecisiones)*, México, Centro de Estudios de Ingeniería Política y Constitucional, A. C., 2005.

_____, *Teoría Constitucional*, 3ª Edición, México, Centro de Estudios de Ingeniería Política y Constitucional A.C. (CEDIPC), 2004, Volumen I.

_____, *Teoría del Rombo, Ingeniería constitucional del sistema político democrático*, 2ª edición, México, CEDIPC, 2004.

COMANDUCCI, Paolo, "Modelos e Interpretación de la Constitución", Carbonell, Miguel (comp.), *Teoría de la Constitución. Ensayos Escogidos*, México, Porrúa, UNAM, Instituto de Investigaciones Jurídicas, 2000.

CORREA HENAO, Néstor, *Derecho Procesal de la Acción de Tutela*, Bogotá, Pontificia Universidad Javeriana, 2001.

CORZO SOSA, Edgar, "La justicia constitucional en México", *La justicia constitucional comparada*, México, Centro de Estudios Constitucionales México-Centroamérica, UNAM, Instituto de Investigaciones Jurídicas, 1993, Serie B, Estudios Comparativos, número 27.

CRUZ VILLALÓN, Pedro, *La formación del sistema europeo de control de la constitucionalidad 1918-1939*, Madrid, Centro de Estudios Constitucionales, 1987.

DEL VECCHIO, G., *La unidad del espíritu humano como base para el estudio comparativo del Derecho*, Traducción E. Galán y Gutiérrez, Madrid, Reus, 1953.

DIAZ, Elías, *Estado de Derecho y sociedad democrática*, Madrid, Cuaderno para el Diálogo, 1972.

DIETZE, Gottfried, "Judicial Review in Europe", *Michigan Law Review*, Michigan, febrero de 1957, Volumen 55, número 4.

DJANKOV, Simeon *et al.* "The practice of justice" in *Courts: The Lex Mundi Project*, National of Economic Research, Cambridge, NBER Working Paper, Abril de 2002, número w8890.

DOLZER, Rudolf, *Die Staatstheoretische und staatsrechtliche Stellung des Bundesverfassungsgericht*, Berlín, Duncker und Humblot, 1972.

DORADO PORRAS, Javier, *El debate sobre el control de la constitucionalidad en los Estados Unidos. Una Polémica sobre la interpretación constitucional*, Madrid, Dykinson, 1997.

DUVERGER, Maurice, "L'exception d'inconstitutionnalité devant les tribunaux ordinaires", *Commentaire*, París, otoño 1986, número 35.

EGUIGUREN PRAELI, Francisco, *La Constitución Política de 1979 y sus problemas de aplicación*, Lima, Cultural Cuzco, 1987.

_____, *Los Tribunales Constitucionales en Latinoamérica. Una visión comparativa*, Buenos Aires, Fundación Konrad-Adenauer Stiftung, Centro Interdisciplinario de Estudios sobre el Desarrollo Latinoamericano, 2000.

_____, "Relaciones entre el Poder Judicial y el Tribunal Constitucional en el Perú: la evolución del modelo y los nuevos problemas", *Pensamiento Constitucional*, Lima, 1998, año 5, número 5.

EISENMANN, Charles, *La Justice Constitutionnelle et la Haute Cour Constitutionnelle d' Autriche*, París, Economica, Presses Universitaires, d' Aix-Marseille-Aix-en-Provence, 1986.

ELY, John Hart, *Democracy and Distrust, A Theory of Judicial Review*, Cambridge, Harvard University Press, 1980.

ERMACORA, Félix, "El Tribunal Constitucional austriaco" en *Tribunales constitucionales europeos y derechos fundamentales*, Madrid, Centro de Estudios Constitucionales, 1984.

ETO CRUZ, Gerardo, *Breve introducción al derecho procesal constitucional*, Trujillo, Ediciones Derecho y Sociedad, 1992.

FALLER, Hans Joachim, "Defensa constitucional por medio de la jurisdicción constitucional en la República Federal de Alemania", *Revista de Estudios Políticos*, Berlín, enero-febrero 1979, núm. 7.

FAVOREU, Louis, "Le Conseil constitutionnel, régulateur de L'activité normative des pouvoirs publics", *Revue du droit public*, París, 1967.

_____, *Los Tribunales Constitucionales*, Traducción de Vicente Villacampa, Barcelona, Ariel, 1994.

FERNÁNDEZ, E. *Diccionario de derecho público*, Buenos Aires, Astrea, 1981.

FERNÁNDEZ RODRÍGUEZ, José Julio, *La inconstitucionalidad por omisión: teoría general; derecho comparado: el caso español*. Madrid, Civitas, 1998.

FERNÁNDEZ SANTILLÁN, José F., "Liberalismo y Democracia", en *Brevarios*, 5ª reimpresión, México, Fondo de Cultura Económica, 1998.

FERNÁNDEZ SEGADO, Francisco, "El nacimiento del modelo de control autónomo de la constitucionalidad en Europa (El control de la constitucionalidad en la Europa de entreguerras)", *La actualidad de la defensa de la Constitución, Memoria del coloquio Internacional en celebración del Sesquicentenario del Acta de Reformas constitucionales de 1847, origen federal del juicio de amparo mexicano*, México, UNAM, Instituto de Investigaciones Jurídicas, Suprema Corte de Justicia de la Nación, Serie E, 1997.

_____, *El sistema constitucional español*, Madrid, Dykinson, 1992.

_____, *La dogmática de los derechos humanos*, Lima, Ediciones Jurídicas, 1996.

_____, "La jurisdicción constitucional en la actualidad", *Ius et Praxis*, Lima, Facultad de Derecho y Ciencias Políticas de la Universidad de Lima, diciembre de 1990, número 16.

_____, y GARCÍA BELAUNDE, Domingo, *La jurisdicción constitucional en Iberoamérica*, Madrid, Dykinson Ediciones Jurídicas de Lima/E. Esteva/Editorial Jurídica Venezolana, 1997.

FERRADA BÓRQUEZ, Juan Carlos, "Los Derechos Fundamentales y el Control Constitucional", *Revista de Derecho*, Valdivia, diciembre de 2004, Vol. 17.

FERRAJOLI, Luigi, "Filosofía analítica del diritto e dimensione pragmatica della scienza giuridica", en *Scritti per Uberto Scarpelli*, Milan, Editorial Giuffrè, 1997.

_____, "Derechos fundamentales", en *Derechos y garantías. La ley del más débil*, Traducción Perfecto Andrés y Andrea Greppi, Madrid, Trotta, 1999.

_____, *Derecho y razón*, 5ª Edición, Trotta, Madrid, 2001.

_____, *La cultura giuridica nell'Italia del Novecento*, 2ª Edición, Roma-Bari, Laterza, 1999.

FERRAZ DA CUNHA, Ana Cândida, *Processos informais de mudança da Constituição*, Sao Paulo, Max Limonad, 1986.

FIGALLO RIVADENEYRA, Daniel, "Tribunal Constitucional y derechos fundamentales", *Revista Peruana de Derecho Constitucional*, Lima, Imprenta Banco de la Nación, 2000, número 2.

FIGUERUELO BURRIEZA, Ángela, *El control de la constitucionalidad de los actos parlamentarios*, Madrid, REDC, 1990.

FIX-ZAMUDIO, Héctor y CARPIZO, Jorge, "Algunas reflexiones sobre la interpretación constitucional en el ordenamiento mexicano", *La interpretación constitucional*, México. UNAM, Instituto de Investigaciones Jurídicas, Serie G, Estudios Doctrinales, 1975, número 10.

_____, "Breve introducción al juicio de amparo mexicano", *Memoria El Colegio Nacional*, México, 1976, Tomo VIII, número 3.

_____, "Breves reflexiones sobre el concepto y el contenido del derecho procesal constitucional", *Derecho Procesal Constitucional*, México, Porrúa, 2002.

_____, y SALVADOR VALENCIA Carmona, *Derecho Constitucional Mexicano y Comparado*, México, UNAM, Instituto de Investigaciones Jurídicas, Porrúa, 1999.

_____, *El juicio de Amparo*, México, Porrúa, 1964.

_____, "Evolución del control constitucional en México", *El constitucionalismo iberoamericano del siglo XXI*, Diego Valádes y Miguel Carbonell (coord.), México, UNAM, Instituto de Investigaciones Jurídicas, Serie Doctrina Jurídica, 2004, número 29.

_____, *Introducción al estudio de la defensa de la Constitución en el ordenamiento mexicano*, 2ª Edición, México, UNAM, Centro de Estudios Constitucionales México-Centroamérica, 1994, Colección Cuadernos constitucionales, número 12.

_____, "La declaración general de inconstitucionalidad y el juicio de amparo", *Ensayos sobre el derecho de amparo*, México, UNAM, 1993.

_____, "La justicia constitucional en América Latina", *Justicia constitucional, ombudsman y derechos humanos*, México, Comisión Nacional de Derechos Humanos, 1997.

_____, "La justicia constitucional en el ordenamiento mexicano", *Estudios Jurídicos en torno a la Constitución Mexicana de 1917 en el septuagésimo quinto aniversario*, México, UNAM, 1992.

FRIEDRICH, Carl J., *Constitutional Government and Democracy, Theory and practice in Europe and America*, Boston, Ginn, 1950.

FROMONT, Michel, *La justice constitutionnelle dans le monde*, Paris, Dallos, 1996.

GALEOTTI, Serio, *Introduzione alla teoría dei controlli costituzionali*, Milán, Giuffré, 1963.

GALINDO, Pedro, "Estudios, Calificaciones de Riesgo y Encuestas de Percepción Pública sobre los Sistemas de Justicia. Resultados recientes para las Americas", en *Transparencia en América Latina*, CEJA, 2003.

GARCÍA BELAUNDE, Domingo, *El Hábeas corpus en el Perú*, Lima, UNMSM, 1979.

_____, "La acción de inconstitucionalidad en el derecho comparado", *Lecturas Constitucionales Andinas*, Lima, Comisión Andina de Juristas, 1991, número 1.

_____, "La acción de inconstitucionalidad en el derecho comparado", *Revista de la Facultad de Derecho*, México, UNAM, enero-abril 1992, números 181-182, Tomo XLII.

GARCÍA DE ENTERRÍA, Eduardo, *La Constitución como norma y el Tribunal Constitucional*, Madrid, 1ª reimpresión, Civitas, 1988.

_____, *La lengua de los derechos. La formación del Derecho público europeo tras la Revolución francesa*, Madrid, Alianza Universidad, 1994.

_____, "La posición jurídica del Tribunal Constitucional en el sistema español: posibilidades y perspectivas", *Revista Española de Derecho Constitucional*, Madrid, enero-abril de 1981, Vol. 1, número 1.

GARCÍA LAGUARDIA, Jorge Mario, *La defensa de la Constitución*. Guatemala, Facultad de Ciencias Jurídicas de la Universidad de San Carlos de Guatemala-Instituto de Investigaciones Jurídicas de la Universidad Nacional Autónoma de México, 1983.

_____, "La justicia constitucional y la defensa de la democracia. El Golpe de Estado en Guatemala", *Revista Cuestiones Constitucionales*, Guatemala, enero-junio 2000, número 2.

GARCIA MAYNEZ, Eduardo, *Introducción al estudio del derecho*, 40ª Edición, México, Porrúa, 1989.

GARCÍA PELAYO, Manuel, *Derecho constitucional comparado*, 6ª Edición, Madrid, Castilla, 1961.

_____, Discurso en el acto de Inauguración del Tribunal Constitucional Español el día 12 de julio de 1980.

GARLICKLI, Leszek y ZAKRZEWSKI, Witold, "La protection jurisdictionelle de la Constitution dans le monde contemporain", *Annuaire International de Justice Constitutionnelle*, París, Económica-PUAM, 1985, Tomo I.

GARRO, Alejandro, *Eficacia y autoridad del precedente constitucional en América Latina: Las lecciones del Derecho Comparado*, Revista Jurídica de Buenos Aires, 1989.

GASCÓN ABELLÁN, Marina, "La justicia constitucional: entre legislación y jurisdicción", *Revista Española de Derecho Constitucional*, Madrid, 1994, número 41.

_____, "Los límites de la justicia constitucional", *Temas Procesales*, Bogotá, 2001, número 25.

GIMENO SENDRA, Vicente, *Naturaleza Jurídica y objeto procesal del recurso de amparo*, Madrid, REDC, 1982.

GIOVANNELLI, Adriano, *Doctrina pura e teoria della Costituzione in Kelsen*, Milano, Giuffrè, 1983.

GOLDSCHMIDT, Werner, *Introducción Filosófica al derecho*, 4ª Edición, Buenos Aires, Depalma, 1973.

GOMES CANOTILHO, José Joaquim, *Constituição dirigente e vinculação do legislador*, Coimbra, Coimbra Editora, 1982.

_____, *Direito Constitucional*, 6ª Edición, Portugal, Livraria Almedina, 1993.

_____, "¿Revisar la/o romper con la Constitución dirigente? Defensa de un constitucionalismo moralmente reflexivo", *Revista Española de Derecho Constitucional*, Madrid, 1995, número 43.

GÓMEZ BERNALES, Gastón, "Algunas críticas sobre la jurisdicción constitucional en Chile", *Ius et Praxis, Derecho de la Región, Talca, Facultad de Ciencias Jurídicas y Sociales de la Universidad de Talca*, 1998, año 4, número 1.

_____, "El recurso de inaplicabilidad", *Informe de Investigación del Centro de Investigación de la Universidad Diego Portales*, Santiago, Noviembre de 1999, número 4, año 1.

GOMEZ PUENTE, Marcos, *La inactividad del legislador: una realidad susceptible de control*, Madrid, McGraw-Hill, 1997.

GONZÁLEZ PÉREZ, Jesús, *Derecho procesal constitucional*, Madrid, Civitas, 1980.

GONZÁLEZ RIVAS, Juan José, "La justicia constitucional: derecho comparado y español", *Revista de Derecho Privado*, Madrid, 1985.

GOODRICH, P. *Legal Discourse, Studies in Linguistics, Rethoric and Legal Analysis*, Haundmills-Basingstroke, Hampshire, Londres, 1987.

_____, "The role of Linguistics in Legal Analysis", en *The Modern Law Rew*, Londres, 1984, número 5.

GRIJALVA, Agustín, *Derechos Humanos, Constituyente y Tribunal Constitucional en Ecuador*, Quito, Universidad Andina Simón Bolívar, 2007.

GROPPI, Tania, "¿Hacia una justicia constitucional "dúctil"?: tendencias recientes de las relaciones entre Corte Constitucional y jueces comunes en la experiencia italiana", *Boletín Mexicano de Derecho Comparado*, México, UNAM, Instituto de Investigaciones Jurídicas, mayo-agosto 2003, Volumen 36, número 107.

GUASTINI, Riccardo, *Distinguiendo. Estudios de teoría y metateoría del derecho*, Traducción Jordi Ferrer, Barcelona, Gedisa, 1999.

_____, "Sur la validite de la constitution du point de vue du positivismo juridique" Troper, M. Y Jaume, L. (eds.), *1789 el L´invention de la Constitution*, Bruselas-París, 1992.

GUDIÑO PELAYO, José de Jesús, "La Suprema Corte, ante la Reforma del Estado", *Compromiso, Órgano informativo del Poder Judicial de la Federación*, México, Suprema Corte de Justicia de la Nación, Septiembre 2005, año 5, número 51.

HÄBERLE, Peter, "Elementos teóricos de un modelo general de Recepción", *Derechos Humanos y constitucionalismo ante el tercer milenio*, Pérez Luño A. E., (coord.), Madrid, Marcial Pons, 1996.

_____, *El Estado constitucional*, México, UNAM, Instituto de Investigaciones Jurídicas, 2000.

_____, "Recientes aportaciones sobre los derechos fundamentales en Alemania", *Pensamiento Constitucional*, Lima, Pontificia Universidad Católica del Perú, 1994.

_____, "Verfassungsrechtliche Ewigkeitslauseln als verfassungsstaatliche Identitätsgarantien", *Völkerrecht im Dienste des Menschen. Festschrift für Hans Haug*, Bern-Stuttgart- Paul Haupt, 1986.

HABERMAS, Jürgen, "La modernidad: un proyecto inacabado", *Volumen Ensayos Políticos*, Traducción de García Cotarelo, R., Barcelona, Península, 1988.

HAMILTON, Alexander, James Madison, John Jay, *El Federalista*, LXXVI, Traducción Gustavo R. Velasco, México, Fondo de Cultura Económica, 1994.

HAMON, Francis y WEINER, Céline, "Le Controle de constitutionnalité aux Etats unis", *Documents d'Etude*, París, 1978, número 1, 15, 16 de la Documentation Française.

HAURIOU, Maurice, *Principios de Derecho Público y Constitucional*, 2ª Edición, Madrid, Reu, 2003.

HARO, Ricardo, *El control de constitucionalidad comparado y el rol paradigmático de las Cortes Y Tribunales Constitucionales*, Argentina, Academia Nacional de Derecho y Ciencias Sociales de Córdoba.

HAYEK FRIEDRICH, A., *Derecho, legislación y libertad*, Madrid, Unión Editorial, Serie Normas y Orden, 1978, Volumen I.

HENAS HIDRÓN, Javier, *Panorama del Derecho Constitucional colombiano*, 11ª edición, Bogotá, Temis, 1998.

HERNÁNDEZ FLORES, JANETH, *Límites al control de la constitucionalidad en las controversias constitucionales*, Tesis de Maestría, UNAM, 2003.

HERNÁNDEZ VALLE, Rubén, *Derecho Procesal Constitucional*, San José, Juricentro, 1995.

HERRERA, Carlos Miguel, "La polémica Schmitt-Kelsen sobre el guardián de la Constitución", *Revista de Estudios Políticos*, México, octubre-diciembre, 1994, número 86.

HESSE, Konrad, *Concepto y cualidad de Constitución. Escritos de derecho constitucional*, Madrid, Centro de Estudios Constitucionales, 1983.

_____, *Grnzüge des Verfassungsrechts der Bundesrepublik Deutschland*, Berlín, Heidelberg-Karlsruhe, 1980.

HOBBS, Thomas, *Elements of Law Natural and Politic*, Cambridge, 1928.

HUSSERL, Edmund, *Untersuchungen zur Genealogie der logik*, Hamburgo, 1972.

JELLINEK, *Teoría General del Estado*, Buenos Aires, Albatros, 1970.

JIMÉNEZ CAMPO, Javier, "Que hacer con la ley inconstitucional", *La sentencia sobre la constitucionalidad de la ley*, Madrid, Tribunal Constitucional y Centro de Estudios Constitucionales, 1997.

JIMÉNEZ REMUS, Gabriel, "La Suprema Corte de Justicia, Defensora de la Constitución", *La Justicia Mexicana hacia el siglo XXI*, México, UNAM, Instituto de Investigaciones Jurídicas, Senado de la República, LVI Legislatura, Serie Estudios Doctrinales, 2000, número 183.

JULIEN-LAFERRIERE, François, "Las insuficiencias del control de la constitucionalidad de las leyes en Francia", *Congreso Internacional de Culturas y Sistemas Jurídicos Comparados*, México, UNAM, Instituto de Investigaciones Jurídicas, febrero 2004.

KELSEN, Hans, *Allgemeine Staatslehre*, Springer, Berlín, 1925, Traducción L. Legaz y Lacambra, Barcelona, Labor, 1934.

_____, *General Theory of Law and State*, Massachusetts, Cambridge University Press, 1945.

_____, "Judicial Review or Legislation: a comparative study of the Austrian and the American Constitution", *Journal of Politics*, 1942, número 4.

_____, "La garantie juridictionnelle de la Constitution (La Justice Constitutionnelle)", *Revue du Droit Public et de la Science Politique*, año XXXV, 1928.

_____, "La garanzia giurisdizionale della Costituzione", *La Justicia Constitucional*, Traducción de Carmelo Geraci, Prólogo Antonio La Pergola, Milán, Giuffrè, 1981.

_____, *Teoría General del Estado*, Traducción de Luis Legaz y Lacambra, México, Editora Nacional, 1970.

_____, *Teoría Pura del Derecho*, México, UNAM, 1979.

_____, *¿Quién debe ser el defensor de la Constitución?*, Traducción Brie, Roberto J., Madrid, Tecnos, 1995.

KENT, James, *Comentarios a la Constitución de los Estados Unidos de América*, México, Oxford University Press, 1999.

LANDA ARROYO, César, "Del Tribunal de Garantías constitucionales al Tribunal Constitucional: el caso peruano", *Pensamiento Constitucional*, Lima, 1995.

LANDA ARROYO, César, *Tribunal Constitucional y Estado democrático*, Lima, Fondo Editorial de la PUC, 1999.

_____, *Tribunal Constitucional y Estado de derecho*, Lima, PUCP, 1999.

LA PERGOLA, Antonio, "La garanzie giurisdizionali della Costituzione", *La Costituzione Spagnola nel trentennale della Costituzione Italiana*, Bolonia, Arnaldo Forni Editore, 1978.

LASALLE, Fernando, *¿Que es una Constitución?*, 2ª edición, Traducción Acosta Romero, Manuel, México, Hispánicas, 1989.

LEIBHOLZ, Gerhard, "El Tribunal Constitucional de la República Federal Alemana y el problema de la apreciación judicial de la política", *Revista de Estudios Políticos*, Madrid, marzo-abril, 1996, número 146.

LIMA DA FONSECA, Antônio Cezar, "Declarado de inconstitucionalidade", *Revista Trimestral de Direito*, Sao Paulo, Malheiros Editores, número 5, 1994.

LINARES QUINTANA, Segundo V. *Tratado de Interpretación Constitucional*, Buenos Aires, Abeledo Perrot, 1998.

LOEWENSTEIN, Karl, *Teoría de la Constitución*, 2ª edición, Traducción de Gallego Anabitarte, A. Barcelona, Ariel, 1976.

LÓPEZ GUERRA, "Estudio Preliminar" a *Las Sentencias Básicas del Tribunal Constitucional*, 2ª Edición, Madrid, 2000.

LÓPEZ PINA, Antonio, *División de poderes e interpretación. Hacia una teoría de la praxis constitucional*, Madrid, Tecnos, 1987.

_____, *La garantía constitucional de los derechos fundamentales. Alemania, España, Francia e Italia*, Madrid, Civitas, Universidad Complutense, 1991.

LOZANO VILLEGAS, German, *El valor normativo de las sentencias de la Corte Constitucional, con ocasión del control abstracto y su incidencia en el sistema de fuentes de derecho, el caso colombiano*, Bogotá, Universidad Externado de Colombia, 2000.

LUCAS MURILLO DE LA CUEVA, Pablo. *Estados Unidos de América en Sistemas Políticos Contemporáneos*, Barcelona, TEIDE, 1984.

LUCAS VERDÚ, Pablo, *El sentimiento constitucional*, Madrid, Reus, 1985.

_____, *Principios de Ciencia Política*, 3ª Edición, Madrid, Tecnos, 2004, Tomo III.

_____, "Problemática actual de la justicia constitucional y del examen de constitucionalidad de las leyes", *Boletín Informativo del Seminario de Derecho Político*, mayo-octubre de 1957.

MALDONADO AGUIRRE, Alejandro, *Convicción de Justicia*, Guatemala, Corte de Constitucionalidad, América, 1998.

MANGABEIRA UNGER, Roberto, *Law in Modern Society, Toward a Criticism of Social Theory*, Nueva York, The Free Press and Simon & Schuster Inc, 1976.

MARGIOTTA BROGLIO, Constanza, "La Corte Constitucional e il modello kelseniano", *Quaderni Costituzionali*, Boloña, 2000, número 2.

MARTÍNEZ SOSPEDRA, Manuel, "El Tribunal Constitucional en la estructura del Estado. El caso de la Corte Constitucional de Guatemala", *Revista Jurídica Jalisciense*, Departamento de Estudios e Investigaciones de la Universidad de Guadalajara, septiembre-diciembre de 1995, año 5, número 3.

MATTEUCCI, N., "Positivismo giuridico e costituzionalismo", *Revista trimestrali di diritto e procedura civile*, Turín, 1963.

McILWAIN, Ch. H., *Constitutionalism: Ancient and Modern (1947)*, New York, Ithaca, 1958.

MEJIA GARZA, Raúl Manuel, "Acuerdos Generales de la Suprema Corte de Justicia de la Nación. Una aproximación sistemática", *Boletín Electrónico del Instituto Tecnológico Autónomo de México*, México, abril-junio de 2004, número 3, año 1.

MILLER, Jonanthan *et al*, *Constitución y Poder Político*, Editorial Astrea, Buenos Aires, 1987.

_____, *Control judicial de constitucionalidad y estabilidad constitucional: Sociología del modelo estadounidense y su colapso en la Argentina*, Tesis doctoral en la Escuela de Derecho de Columbia University, Traducción Mohando, Luis y de la Fuente, Andrea, Buenos Aires, 1997.

MIRANDA, Jorge, *Manual de Direito Constitucional*, 3ª Edición, Portugal, Coimbra, 1991.

*MONZÓN, JUÁREZ, José Antonio, "Corte Suprema de Justicia y Corte de Constitucionalidad: competencias y relaciones. El caso de Guatemala", *Ius et Praxis, Derecho de la Región*, Talca, Facultad de Ciencias Jurídicas y Sociales de la Universidad de Talca, 1998, año 4, número 1.

MORALES TOBAR, Marco, "Actualidad de la Justicia Constitucional en el Ecuador", Luis López Guerra (coord), *La justicia constitucional en la actualidad*, Quito, Universidad Carlos III, 2002.

MORBIDELLI L., PEGORARO A., REPOSO M, *Diritto costituzionali italiano e comparato*, 2ª Edición, Bologna, Monduzzi, 1997.

MORELLO, Augusto Mario, *La Corte Suprema en Acción*, Buenos Aires, Platense-Abeledo Perrot, 1989.

MORÓN URBINA, Juan Carlos, "La omisión legislativa inconstitucional y su tratamiento jurídico", *Revista Peruana de Derecho Constitucional*, Lima, 1999, número 1.

MORTATI, Constantino, "Appunti per uno studio sui rimedi giurisdizionali contro comportamento omissivi del legislatore", *Problema di Diritto pubblico nell'attuale esperienza costituzionale repubblicana. Raccolta di scritti*, Milán, Giuffrè, 1972, Vol. II.

MUÑOZ MACHADO, Santiago, "La interpretación de la Constitución, la armonización legislativa y otras cuestiones", *Revista Española de Derecho Constitucional*, Madrid, 1983, número 9.

NIETO, Alejandro, "Peculiaridades jurídicas de la norma constitucional", *Revista de Administración Pública*, Madrid, 1983, Vol. 1, número 100-102.

NOGUEIRA ALCALA, Humberto, "La defensa de la Constitución", *Dialogo Político*, Buenos Aires, 2002.

NONET Philippe y SELZNICK Philip, *Law and Society in Transition: Toward Responsive Law*, Nueva York, Harper Colophon, 1980.

NORIEGA, Alfonso, "El pensamiento conservador y el conservadurismo mexicano", *Estudios Históricos*, México, Serie C, UNAM, Instituto de Investigaciones Jurídicas, 1972, Tomo I, número 3.

NUÑEZ RIVERO, Cayetano *et al.* *El Estado y la Constitución*, Madrid, Universidad Nacional de Educación a Distancia de Madrid, 1997.

ORTECHO VILLENA, Víctor, *Jurisdicción y procesos constitucionales*, 4ª edición, Perú, Rodhas, 2000.

OSUNA PATIÑO, Néstor, *Tutela y amparo: derechos protegidos*, Bogotá, Universidad Externado de Colombia, 1998.

PAREJO, L; JIMÉNEZ, A. y ORTEGA, L. *Manual de Derecho Administrativo*, Barcelona, Ariel, 1994.

PECES-BARBA, Gregorio, "El Tribunal Constitucional", *El Tribunal Constitucional*, Madrid, Dirección General de los Contencioso, Instituto de Estudios Fiscales, 1981, Vol. III.

_____, *Los valores superiores*, Madrid, Tecnos, 1984.

PEGORARO, Lucio, "Derecho Constitucional y método comparativo", *Metodología del Derecho comparado, Memoria del Congreso Internacional de Culturas y Sistemas Jurídicos Comparados*, Serna de la Garza José M^a. (coord.), Traducción: Daniel Berzosa López y Jari Donatella Lorenzo Vidales, México, UNAM, Instituto de Investigaciones jurídicas, 2005.

_____, *Lineamenti di guustizia costituzionale comparata*, Torino, Giappichelli, 1997.

PÉREZ ESCOBAR, Jacobo, *Derecho Constitucional Colombiano*, 5^a Edición, Santa Fe de Bogotá, Témis, 1997.

PEREZ LUÑO, Antonio E., *Derechos humanos, Estado de Derecho y Constitución*, 6^a Edición, Madrid, Tecnos, 1999.

PÉREZ ROYO, Javier, "Inconstitucionalidad por omisión", *Enciclopedia Jurídica Básica*, Madrid, Civitas, 1995, Volumen II.

_____, *Tribunal Constitucional y división de poderes*, Madrid, Tecnos, 1988.

PÉREZ SÁNCHEZ, Rubén Francisco, "La Suprema Corte y el artículo 105 Constitucional", *Revista del Instituto de la Judicatura Federal*, México, 2000.

PÉREZ TREMPES, Pablo, *Constitución Española y Comunidad Europea*, Madrid, Cuadernos de Estudios Europeos, Fundación Universidad Empresa, Civitas, 1994.

_____, "Justicia Constitucional Latinoamericana", *Conferencia pronunciada en la Corte Suprema de Paraguay, dentro del Programa de Modernización de las Instituciones en Paraguay*, Asunción, patrocinado por la Comisión de la Unión Europea, 1998.

_____, "La justicia constitucional en la actualidad. Espacial referencia a América Latina", *IV Curso de Justicia Constitucional*, Madrid, Instituto de Derecho Publico Comparado, 2002.

_____, *Tribunal Constitucional y Poder Judicial*, Madrid, Centro de Estudios Constitucionales, Colección Estudios Constitucionales, 1985.

PESTALOZZA, Christian, "Grundrechte binden die öffentliche Gewalt in ihren ganzen Verhalten, inihrem Tun und Lassen", *Verfassungsprozessrecht*, 3a Edición, Munich, Editorial C.H. Beck, 1991.

PIOVESAN, Flávia, *Proteção judicial contra leis legislativas. Ação direta de inconstitucionalidades por omissão e mandato de injunção*, Sao Paulo, Revista dos Tribunais, 1995.

PIZZORUSSO, Alessandro, "I sistema di giustizia costituzionale: Dai modelli alla prassi" *Quaderni Costituzionali*, Boloña, 1982, número 3.

_____, "Las sentencias manipulativas del Tribunal Constitucional italiano", *El Tribunal Constitucional*, 1995, Volumen I.

_____, y VARANO, V. (coords), *L'influenza dei valori costituzionali sui sistema giuridici contemporanei*, Milano, Giuffré, 1985, Vol. II.

PRIETO SANCHÍS, Luis, *Constitucionalismo y positivismo*, México, Fontamara, 1999.

QUIROGA LEÓN, Aníbal, "El Sistema de justicia constitucional en el Perú", *Lecturas sobre temas constitucionales*, Lima, Editorial Comisión Andina de juristas, 1988, número 2.

GARCÍA RAMÍREZ, Sergio, "Constitucionalidad de las leyes y actos de autoridad", *Boletín Mexicano de Derecho Comparado*, México, Nueva Serie, UNAM, septiembre-diciembre de 1995, Año XXVIII, número 84.

RAWLS, John, *Teoría de la Justicia*, Buenos Aires, Fondo de Cultura Económica, 1993.

REBOLLO DELGADO, Lucrecio, *El derecho fundamental a la intimidad*, Madrid, Dykinson, 2000.

RESTREPO PIEDRAHITA, Carlos, *Tres ideas constitucionales: supremacía de la Constitución, Corte Constitucional, el Ombudman*, Bogotá, Universidad Externado de Colombia, 1978.

REYES, Pablo E., *La Acción de Inconstitucionalidad*, México, Oxford Press-Universidad Iberoamericana, 2001.

REYES PRITCHETT C. Herman, *La Constitución americana*, Buenos Aires, Tipográfica Editora Argentina, 1965.

RINELLA A., *La forma di governo semi-presidenziale, Profili metodologici e "circolazione" del modello francese in Europa centro-orientale*, Torino, Giappichelli, 1997.

RIOS Álvarez Lautaro, "El control difuso de constitucionalidad de la Ley en la República de Chile", *Ius et Praxis Derecho de la Región*, Talca, Facultad de Ciencias Jurídicas y Sociales de la Universidad de Talca, 2002, Volumen 8, número 1.

ROBLES, Gregorio, "La Filosofía del Derecho como análisis del lenguaje de los juristas", *Las reglas del Derecho y las reglas de los jueces. Ensayo de teoría analítica del Derecho*, Palma de Mayorca, 1984.

RODRIGUEZ MACHADO, Marcia, "Inconstitucionalidade por omissio", *Revista da Procuraduría Geral do Estado de Sao Paulo*, Sao Paulo, 1988, número 30.

RODRIGUEZ-PIÑEIRO, Miguel y BRAVO FERRER, Miguel, "El Tribunal Constitucional Español", *Tribunales Constitucionales y defensa de orden constitucional*, México, Centro de Estudios Constitucionales México-Centroamérica, UNAM, Instituto de Investigaciones Jurídicas, 1994.

RODRIGUEZ Y ROGRIGUEZ, Joaquín, "El Problema del Método en la Ciencia Jurídico-Mercantil", en *Conceptos y Métodos de Derecho comparado*, México, Imprenta Universitaria, 1941.

RODRÍGUEZ VÁZQUEZ, Miguel Ángel "¿Es posible que una reforma a la Constitución sea inconstitucional por razón de su contenido?", *La actualidad de la defensa de la Constitución*, México, Suprema Corte de Justicia de la Nación, UNAM, 1998.

ROLLA, Giancarlo, "Derechos fundamentales y Estado democrático: el papel de la Justicia Constitucional", *Derechos fundamentales, Estado Democrático y Justicia Constitucional*, México, Serie de Ensayos Jurídicos, UNAM, Instituto de Investigaciones Jurídicas, 2002, número 7.

ROMERO, Cesar Enrique, *Estudios Constitucionales*, Buenos Aires, Universidad de Córdoba, 1959.

ROSS, Alf, *Sobre el Derecho y la justicia*, Traducción de G.R. Carrió, 4ª Edición, Buenos Aires, Universitaria, 1977.

ROTTONDI, M., *Diritto Comparato*, voz del Nss.dig. it., Torino, Utet, 1960,

ROURA GÓMEZ, Santiago A. *La defensa de la Constitución en la historia constitucional española*, Madrid, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, 1998.

ROUSSILLON, Henry, "Le Conseil constitutionnel", *Dalloz*, París, Económica, 1971.

RUBIO LLORENTE, Francisco, "Discusión de la ponencia de Javier Jiménez Campo. Los procedimientos de declaración de inconstitucionalidad", el colectivo *Los procesos constitucionales. Segundo Simposio de Derecho Constitucional*, Madrid, Centro de Estudios Constitucionales, Colección Cuadernos y Debates, 1992, número 41.

_____, "El bloque de constitucionalidad", *La forma del poder. Estudios sobre la Constitución*, Madrid, Centro de Estudios Constitucionales, 1997.

_____, "El control parlamentario", *Revista de Habla Hispana*, Madrid, Cortes Generales, 1985, número 1.

_____, "Seis tesis sobre la jurisdicción constitucional en Europa", *Revista Española de Derecho Constitucional*, Madrid, 1992, número 35.

RUIPÉREZ, J., "Algunas consideraciones sobre la reforma constitucional", *Revista de Estudios Políticos*, Madrid, Nueva Época, 1992, número 75.

RUIZ MANTECA, Rafael, *et al.* "Introducción al Derecho y Derecho Constitucional", *Colección Estructuras y Procesos*, Madrid, Serie Derecho, Trotta, 1994.

RUIZ MIGUEL, Carlos, "Crítica a la llamada inconstitucionalidad por omisión", *Revista de las Cortes Generales*, septiembre-diciembre de 2000, número 51.

RUIZ-TAGLE, Pablo, "Una dogmática general para los Derechos Fundamentales en Chile", *Revista de Derecho Público*, Santiago, Actas de las XXXI Jornadas Chilenas de Derecho Público, 2001, Vol. 63.

SÁCHICA, Luis Carlos, *La Corte Constitucional y su jurisdicción*, Bogotá, Temis, 1993.

_____, *Nuevo constitucionalismo colombiano*, Bogotá, Temis, 1992.

SAGÜÉS, Néstor Pedro, *Derecho Procesal Constitucional*, Buenos Aires, Ediciones Astrea, 1989, Tomo I.

_____, "El Congreso *versus* el Tribunal Constitucional. La interpretación final de la Constitución", *Foro Constitucional Iberoamericano*, Madrid, Universidad Carlos III de Madrid, 2003, número 1.

_____, en el Prólogo al libro de Alberto Bianchi, *Control de constitucionalidad*, Buenos Aires, Abaco, 1992.

_____, "Inconstitucionalidad por omisión de los Poderes Legislativo y ejecutivo. Su control", *Ius et Veritas, Revista de la Facultad de Derecho de la Pontificia Universidad Católica del Perú*, 2002, número 5.

_____, "Instrumentos de la justicia constitucional frente a la inconstitucionalidad por omisión", *Instrumentos de Tutela y Justicia Constitucional. Memoria del VII Congreso Iberoamericano de Derecho Constitucional*, Vega Gómez Juan y Corzo Sosa Edgar, (coord.), Serie Doctrina Jurídica, México, UNAM, Instituto de Investigaciones Jurídicas, 2002, número 99.

_____, "Las cláusulas programáticas de la Constitución nacional y su eficacia jurídica", *Revista El Derecho*, Buenos Aires, 2000.

_____, "Libertad de conciencia, permanencia en el país y policía migratoria", *Jurisprudencia argentina*, 1980-IV-113.

_____, "Tribunal constitucional e interpretación constitucional", *Una mirada a los tribunales constitucionales. Las experiencias recientes*, Comisión Andina de Juristas/Konrad Adenauer Stiftung, Lima, 1995.

SALAZAR, Carmela, "<Guerra e Pace> nel rapporto Corte-Parlamento: riflessioni su pecche e virtù delle additive <di principio> quali decisione atte a remediare alle <omissioni incostituzionali del legislatore>", Ruggieri-Silvestri, *Corte Costituzionale e Parlamento. Profili problematici e ricostruttivi*, Milán, Giuffrè, 2000.

SANCHEZ AGESTA, Luis, en *Introducción al Discurso Preliminar a la Constitución de 1812*, Madrid, Editorial A. de Argüelles, 1981.

SÁNCHEZ VIAMONTE, Carlos, *Derecho Constitucional*, Buenos Aires, Kapelusz, 1945, Tomo I.

_____, *Manual de derecho constitucional*, 4ª Edición, Buenos Aires, Kapelusz, 1959.

SARTORI Giovanni, *Ingeniería constitucional comparada, una investigación de estructuras, incentivos y resultados*, México, Fondo de Cultura Económica. 2000.

SAUCA, José Ma., *Problemas actuales de los derechos fundamentales*, Madrid, Universidad Carlos III, 1994, Colección monografías, número 6.

SCHLAINCH, Klaus, *Das Bundesverfassungsgericht. Stellung, Verfahren, Entscheidungen*, München, C.H. Beck, 1994.

SCHMITT, Carl, "Der Hüter der Verfassung", en *Verlag*, Duncker Humblot, Berlín-Munich, 1931, Traducción española: *La defensa de la Constitución*, Madrid, Tecnos, 1983.

_____, *Der Hüter der Verfassung*, Berlín, Dunker & Homblot, 1985.

_____, *Teoría de la Constitución*, Traducción Ayala, Francisco, Madrid, Alianza Editorial, 1982.

SCHNEIDER, Hans Peter, *Democracia y Constitución*, Madrid, Centro de Estudios Constitucionales, 1991.

_____, "Peculiaridad y función de los derechos fundamentales en el Estado constitucional democrático", *Revista de Estudios Políticos*, Madrid, enero-febrero de 1979, número 7.

SELZNICK, Philip *The Moral Commonwealth: Social Theory and the Promise of Community*, Berkeley, University of California, 1984.

SERRA CRISTÓBAL, Rosario, *La guerra de las Cortes. La revisión de la jurisprudencia del Tribunal Supremo a través del recurso de amparo*, Madrid, Tecnos, 1999.

SIFUENTES MUÑOZ, Eduardo, "La jurisdicción constitucional colombiana", *Una mirada a los tribunales constitucionales, las experiencias recientes*, Perú, Comisión Andina de Juristas, 1995.

SOBERANES FERNÁNDEZ, José Luis, "La justicia constitucional comparada", *La justicia constitucional comparada*, México, UNAM, Instituto de Investigaciones Jurídicas, Centro de Estudios Constitucionales México-Centroamérica, Estudios comparativos, 1993, número 27.

_____, "Nueva Justicia Constitucional en México", *Crónica Legislativa, órgano de información de la LVI Legislatura de la honorable Cámara de Diputados*, abril-mayo de 1996, año V, nueva época, número 8.

SPILIOTOPOULOS, E. " Contrôle difuss el dualité de jurisdictiona sont-ils conciliables? Le cas de la Grèce", *Annuaire International de Justice Constitutionnelle*, 1985, Económica-PUAM.

SPOTA, Alberto A., "El Consejo de la Magistratura en la Constitución Nacional" *La Ley*, Buenos Aires, 22 de septiembre de 1995.

STAHLER, Konrad, *Verfassungsgerichtliche Nactiprüfung gesetzgeberischen unterlassens*, Tesis doctoral, Munich, 1966.

STEINBERGER, Helmut, *200 Jahre amerikanische Buundesverfassung*, Walter de Gruyter, Berlín/New York, 1987.

STRAUB Stéphane, *Empirical Determinants of Good Institutions: Do We Know Anything?* Banco Interamericano de Desarrollo, Working Paper 423, Washington, junio de 2000.

*SUÁREZ CROTHERS, Christian, "El Fantasma del Estado legislativo como un obstáculo al Estado jurisdiccional de Justicia Constitucional. Reflexiones sobre el sistema de control de constitucionalidad en Chile", *Ius et Praxis Derecho de la Región*, Talca, Facultad de Ciencias Jurídicas y Sociales de la Universidad de Talca, 1998.

SUAREZ-IÑIGUEZ, Enrique, *De los Clásicos Políticos*, México, UNAM, Porrúa, 1993.

TAJADURA TEJADA, Javier, "El sentimiento constitucional", *Claves de la Razón Práctica*, Madrid, 1997, número 77

THESING, Josef, *Estado de Derecho y Democracia*, 2ª Edición, Buenos Aires, Konrad-Adenaver-Stiftung A.C., 1999.

TENA RAMÍREZ, Felipe, *Derecho Constitucional Mexicano*, 20ª Edición, México, Porrúa, 1992.

_____, *Leyes fundamentales de México 1808-1995*, 19ª Edición, México, Porrúa, 1995.

TERRAZAS SALGADO, Rodolfo y DE LA MATA PIZANA, Felipe, "juicio para la protección de los derechos político-electorales del ciudadano", *Estudio teórico práctico del sistema de medios de impugnación en materia electoral*, México, Centro de Capacitación Judicial del Tribunal Electoral del Poder Judicial de la Federación, 1997.

TIXIER, Gilbert, "La clause de due process of law et la juridprudence récente de la Court Suprême des Etats-Unis", *Revue du Droit Public et de la Science Politique*, París, 1961.

TOBO RODRIGUEZ, Javier, *La Corte Constitucional y el control de constitucionalidad en Colombia*, 2ª Edición, Bogotá, Temis, 1999.

TOMAS y VALIENTE, Francisco, "El Tribunal Constitucional español como órgano constitucional del Estado: competencias, riesgos y experiencias", *Escritos sobre y desde el Tribunal Constitucional*, Madrid, Centro de Estudios Constitucionales, 1993.

TOCQUEVILLE, Alexis de, *La democracia en América*, México, Fondo de Cultura Económica, 1995.

TRIEPEL, Heinrich. *Derecho público y política*, Madrid, Cuadernos Jurídicos, Civitas, 1986.

_____, *Staatsrecht und Politik*, Berlín y Leipzig, 1927, Traducción española: *Derecho público y político*, Madrid, Civitas, 1975.

TROCKER, Nicolo, "Le omission del legislatore e la tutela giurisdizionale dei diritti di libertà. Studio comparativo sul diritto tedesco", *Archivio giuridico*, Torino, 1970.

TROPEL, Michel, "Kelsen y el control de la constitucionalidad", *Derechos y Libertades*, Madrid, 1995, año II, número 4.

URIBE ARZATE, Enrique, *El Tribunal Constitucional*, México, Universidad Autónoma del Estado de México, Egome, 2002.

_____, "Justicia constitucional federal y local en México", *Derecho Constitucional, Memoria del Congreso Internacional de Cultura y Sistemas Jurídicos Comparados*, Carbonell, Miguel (coord.), 2ª Edición, México, UNAM, Instituto de Investigaciones jurídicas, 2004.

URIBE VARGAS, Diego, *Evolución política y constitucional de Colombia*, Madrid, Universidad Complutense de Madrid, Agencia Española de Cooperación Internacional, 1996.

VALLARTA PLATA, José Guillermo, *Introducción al estudio del derecho constitucional comparado*, México, Porrúa, 1998.

VALLÉS, J. y BOSCH, A., *Sistemas electorales y gobierno representativo*, Barcelona, Ariel, 1997.

VANOSSI, Jorge Reinaldo, *El Estado de Derecho en el Constitucionalismo Social*, Buenos Aires, Eudeba, 1987.

_____, *Teoría Constitucional*, 2ª Edición, Depalma, Buenos Aires, 2000, Tomo II.

VÁZQUEZ DEL MERCADO, Oscar, *El Control de la Constitucionalidad de la Ley*, México, Porrúa, 1978.

VEDEL, G., "La place de la déclaration de 1789 dans le bloc de constitutionnalité", *La déclaration des droits de l'homme et du citoyen*, París, PUF, 1989.

VEGA GARCÍA, Pedro de, *La Reforma Constitucional y la problemática del Poder Constituyente*, Madrid, Tecnos, 1985.

VILA, Cynthia, "El control difuso y el control concentrado en el sistema peruano de justicia constitucional: Eficacia de la *Judicial Review* a dos siglos de su creación", *Derecho Constitucional. Memoria del Congreso Internacional de Culturas y Sistemas Jurídicos Comparados*, UNAM, Instituto de Investigaciones Jurídicas, México, 2004.

VILLAVARDE MENÉNDEZ, Ignacio, "La inconstitucionalidad por omisión, un nuevo reto para la justicia constitucional", *En busca de las normas ausentes. Ensayos sobre la inconstitucionalidad por omisión*, Miguel Carbonell (coord.), Serie



Doctrina Jurídica, México, UNAM, Instituto de Investigaciones Jurídicas, 2003, número 135.

_____, *La inconstitucionalidad por omisión*, Madrid, Mc.Graw Hill, 1997.

WEBER, Albrecht, "La jurisdicción constitucional en Europa occidental: una comparación" *Revista Española de Derecho Constitucional*, Madrid, mayo-agosto de 1986, año 6, número 17.

WENDELL HOLMES Oliver, *The Common Law*, Southern California, Mark DeWolfe Howe, Belknap Press, 1988.

WHEARE, Kenneth. C., *Modern Constitutions*, Nueva York, Oxford University Press, 1951.

WOLFE, Christopher, *La transformación de la Interpretación Constitucional*, Madrid, Civitas, 1991.

ZAFFARONI, Eugenio, *Estructuras judiciales*, Buenos Aires, Ediar, 1994.

ZAGREBELSKY, Gustavo, "El derecho constitucional del pluralismo", *Anuario de Derecho Constitucional y Parlamentario*, España, Universidad de Murcia, 1999.

_____, *La giustizia costituzionale*, Boloña, Editorial Il Mulino, 1988.

ZALDÍVAR LELO DE LARREA, Arturo, *El juicio de amparo a la luz de la moderna justicia constitucional*, *Revista de Investigaciones jurídicas de la Escuela Libre de Derecho México*, 1991, Vol. 15.



Páginas electrónicas

- <http://www.tc.gob.pe>
- <http://www.cajpe.org.pe>
- <http://www.ombudsman.gob.pe>
- <http://www.ramajudicial.gov.co>
- <http://www.tribunalconstitucional.cl>
- <http://www.cc.gob.gt>
- <http://www.tribunalconstitucional.es>
- <http://www.scjn.gob.mx>
- <http://www.uc3m.es>
- <http://www.worldbank.org>
- <http://www.libertadexpresa.com>
- <http://www.acader.unc.edu.ar>
- <http://www.scielo.cl>
- <http://www.ejournal.unam.mx>
- <http://www.latinobarometro.org>
- <http://europa.eu.int/futurum>
- <http://metropoli.orgl>
- <http://www.tribunalconstitucional.gov.ec>



- <http://www.boletin.itam.mx>.
- <http://www.kas.org.ar>
- <http://www.bibliojurídica.org>



ANEXOS

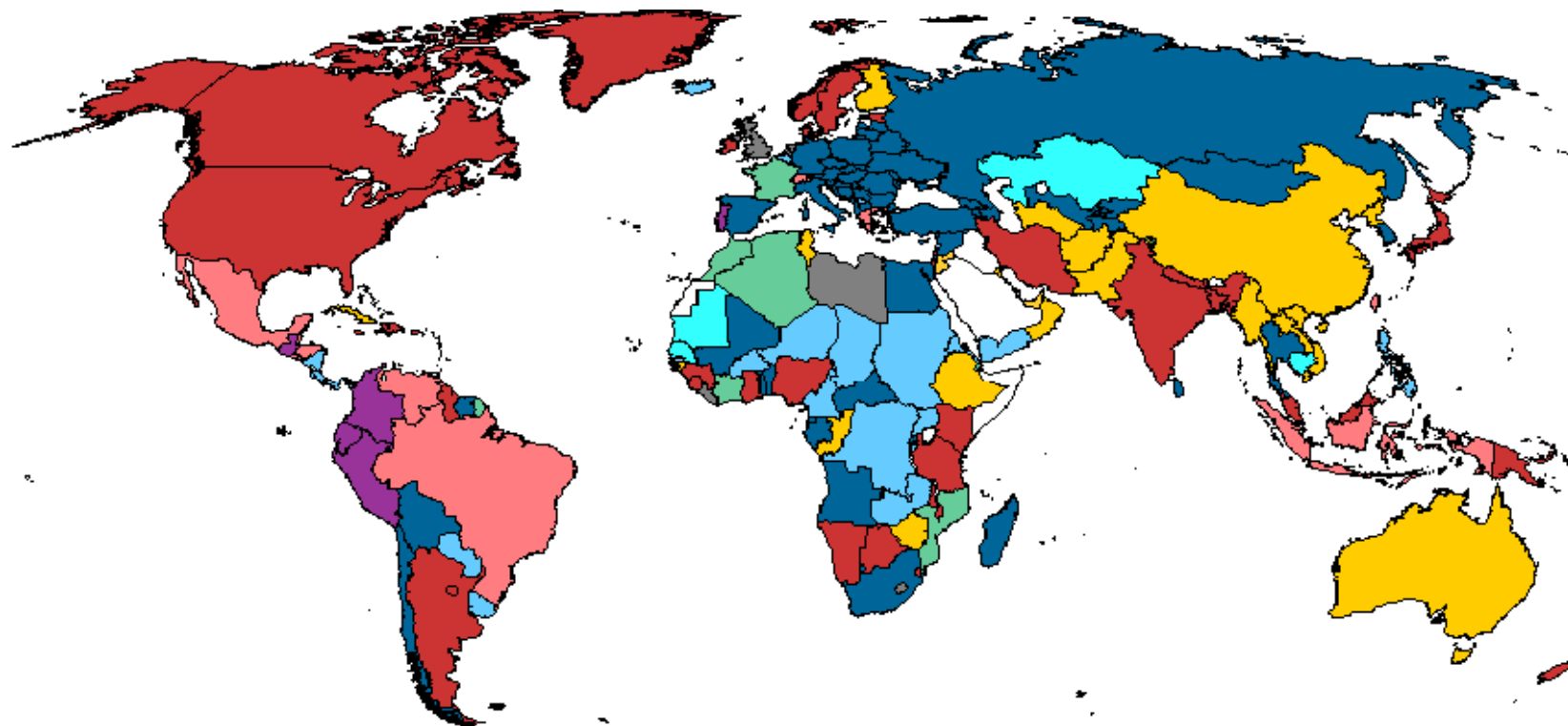
CUADRO COMPARATIVO DE LOS TRIBUNALES Y CORTES CONSTITUCIONALES

País/sistema de gobierno	Status constitucional	Designación y número de integrantes	Duración	Requisitos de admisión	Ordenamiento regulador	Principales atribuciones
Alemania República Parlamentaria	Máximo intérprete de la Constitución y preserva su observancia	16 integrantes: * 8 Parlamento Federal (<i>Bundestag</i>) * 8 Consejo Federal (<i>Bundesrat</i>)	12 años	Tres de los jueces de cada senado deben ser elegidos de las Altas Cortes Federales, que hayan pertenecido a ellas un mínimo de tres años	Ley Fundamental de la República de Alemania de 1949 Ley del Tribunal Federal Constitucional	<ul style="list-style-type: none"> ● recurso de amparo constitucional ● cuestión de inconstitucionalidad ● controversias entre órganos ● opiniones consultivas
España Monarquía Parlamentaria	Máximo intérprete de la Constitución -expresa-	12 integrantes: * 2 Gobierno * 2 Consejo General del Poder Judicial * 4 Congreso de Diputados * 4 Senado	9 años	Juristas de reconocida competencia con mas de 15 años de antigüedad, magistrados, fiscales, profesores de universidad, etc.	Constitución del Reino de España de 1978 Ley Orgánica del Tribunal Constitucional 2/1979	<ul style="list-style-type: none"> ● recurso de inconstitucionalidad ● cuestión de inconstitucionalidad ● control previo tratados internacionales
Francia República con régimen de gobierno mixto	Garante de las normas constitucionales	9 integrantes: * 3 Presidente de la República * 3 Presidente de Asamblea Nacional * 3 Presidente Senado -Expresidentes-	9 años	Ninguna en especial	Constitución de la República Francesa de 1958 Ordenanza No. 58-1067 de 1958	<ul style="list-style-type: none"> ● control previo leyes orgánicas y reglamentos de Asambleas ● control previo leyes ordinarias ● control <i>a priori</i> tratados

Italia República Parlamentaria	Vela por la correcta aplicación de las normas constitucionales por parte del gobierno y el parlamento	15 integrantes: * 5 Jefe de Estado * 5 Parlamento * 5 Supremas Magistraturas	9 años	Insignes juristas que sean magistrados, profesores universitarios de derecho y abogados	Constitución de la República Italiana de 1948 Ley Orgánica del Tribunal Constitucional 2/1979	<ul style="list-style-type: none"> ● control sobre constitucionalidad de las normas primarias ● conflictos de competencia entre poderes del Estado, entre Estado central y regiones
Chile República Presidencialista	No hay órgano que cierre sistema, ni tenga la última palabra en la interpretación constitucional	7 integrantes: * 3 Corte Suprema * 2 Consejo de Seguridad Nacional * 1 Presidente de la República * 1 Senado	8 años	Tres años por lo menos como ministro de la Corte Abogados con título por lo menos 15 años, destacado actividad profesional o universitaria	Constitución Política de la República de Chile de 1980 Ley Orgánica Constitucional del Tribunal Constitucional de 1981	<ul style="list-style-type: none"> ● control previo de la constitucionalidad de las leyes ● control de la constitucionalidad de decretos ● conflictos de constitucionalidad durante la tramitación leyes
Colombia República Presidencialista	Órgano de creación constitucional, con la función de mantener la integridad de la Constitución -expresa-	9 integrantes: Senado a propuesta * 3 Presidente de la República * 3 Corte Suprema de Justicia * 3 Consejo de Estado	8 años	Abogado desempeñado durante 10 años cargos en rama judicial, en Ministerio Público, profesión de abogado o cátedra universitaria	Constitución Política de la República de Colombia de 1991 Ley Estatutaria de la Administración de Justicia de 1992	<ul style="list-style-type: none"> ● acción pública de inconstitucionalidad ● revisión de resoluciones sobre acción de tutela ● control previo tratados internacionales

Ecuador República Presidencialista	Órgano que ejerce el control de constitucionalidad, autónomo e independiente	9 integrantes: Congreso Nacional a propuesta de diversos órganos y organizaciones	4 años	Doctor en jurisprudencia o ciencias jurídicas, ejercido con probidad profesión abogado, etc. lo menos 15 años	Constitución Política de la República de Ecuador de 1998 Ley de Control Constitucional de 1999	<ul style="list-style-type: none"> ● cuestión de inconstitucionalidad ● acción inconstitucionalidad ● recurso amparo ● conflictos de competencia
Guatemala República Presidencialista	Defensa de la Constitución órgano independiente, que ejerce sus competencias en jurisdicción privativa y exclusiva -expres-	5 integrantes: *1 pleno Corte Suprema *1 pleno Congreso * 1 Presidente * 1 Consejo Superior Universitario *1 Colegio Abogados	5 años	Poseer por lo menos 15 años de graduación profesional, ser abogado colegiado guatemalteco y reconocida honorabilidad	Constitución Política de la República de Guatemala de 1985 Ley de Amparo, Exhibición Personal y de constitucionalidad de 1986	<ul style="list-style-type: none"> ● acción directa de constitucionalidad ● acción amparo ● opiniones consultivas ● inconstitucionalidad de casos concretos
Perú República Presidencialista	Órgano de control de la Constitución autónomo e independiente	7 integrantes: Congreso de la República	5 años	Magistrado Corte Suprema, fiscal supremo, etc. durante 10 años o 15 años abogado	Constitución Política de la República de Perú de 1993 Ley Orgánica del Tribunal Constitucional 1995	<ul style="list-style-type: none"> ● acción de inconstitucionalidad ● conflictos de competencia ● última instancia de acciones <i>hábeas corpus</i>, etc.

MAPA DE MODELOS DE CONTROL DE LA CONSTITUCIONALIDAD EN EL MUNDO



Modelo o estructura predominante:	Corte o			Resto
	Tribunal Constitucional	Suprema Corte	Consejo Constitucional	
<u>Modelo europeo*</u>	Dark Blue	Light Blue	Cyan	
<u>Modelo americano*</u>		Red		
<u>Modelo mixto *</u>	Purple	Pink		
<u>Modelo francés*</u>			Green	

Otras formas*

Sin ellas

Nuevo Commonwealth*

Desconocido

© Dr. Arne Mavčič

