



UNIVERSIDAD NACIONAL AUTÓNOMA DE MÉXICO

PROGRAMA DE POSGRADO EN DERECHO

FACULTAD DE ESTUDIOS SUPERIORES ARAGÓN

**EL CONTROL DIFUSO COMO GARANTE DEL SISTEMA DE
CONSTITUCIONALIDAD EN MÉXICO**

T E S I S

**QUE PARA OPTAR POR EL GRADO DE
MAESTRO EN DERECHO
PRESENTA
JORGE HUMBERTO BENITEZ PIMIENTA**

TUTOR PRINCIPAL

MTRO. JULIO CÉSAR PONCE QUITZAMÁN
ENTIDAD 400, FACULTAD DE ESTUDIOS SUPERIORES ARAGÓN

COMITÉ TUTOR

DR. DANIEL VELÁZQUEZ VÁZQUEZ
ENTIDAD 400, FACULTAD DE ESTUDIOS SUPERIORES ARAGÓN
MTRO. FRANCISCO LÓPEZ GONZÁLEZ
ENTIDAD 400, FACULTAD DE ESTUDIOS SUPERIORES ARAGÓN
MTRO. FRANCISCO JAVIER BURGOA PEREA
ENTIDAD 400, FACULTAD DE ESTUDIOS SUPERIORES ARAGÓN
MTRO. JORGE LUIS ROMO REYES
ENTIDAD 400, FACULTAD DE ESTUDIOS SUPERIORES ARAGÓN

MÉXICO, D. F. ENERO 2013



Universidad Nacional
Autónoma de México

Dirección General de Bibliotecas de la UNAM

Biblioteca Central



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.

ÍNDICE

Introducción	1
Capítulo I La justicia constitucional	5
1.1. El Estado Constitucional de Derecho	8
1.2. El nacimiento de la supremacía constitucional	
1.3. Qué es la justicia constitucional	12
1.4. Clases de justicia constitucional	15
1.5. La justicia constitucional en los Estados Unidos Mexicanos	18
1.5.1. Control concentrado	18
1.5.2. Control a posteriori y a priori	20
1.5.3. Control concreto y control abstracto	22
1.5.4. Control por vía de acción directa y por vía de excepción	23
Capítulo II Marco jurídico del control constitucional en México	26
PARTE I Ámbito Federal	26
2.1. Sistema de control constitucional	26
2.1.1 Control difuso o americano de la constitucionalidad	
2.1.1. 2. El caso Rosendo Radilla Pacheco y el control difuso de la constitucionalidad en la actualidad	33
2.1.1.3 Actuación del Tribunal en Pleno de la Suprema Corte de Justicia de la Nación en el caso Radilla Pacheco	38
2.1.1.4. Comentario en torno a la primera sentencia local con control difuso de constitucionalidad	55
2.1.1.5. Consideraciones al Nuevo Modelo de Control Difuso	64
2.1.2. Control concentrado o europeo de la Constitucionalidad	66
2.1.3. Control Mixto de la constitucionalidad	69
2.2. Medios jurisdiccionales de control constitucional	75
2.2.1. La Controversia constitucional	79
2.2.1.1. Hipótesis de procedencia	80
2.2.1.2. Improcedencia y sobreseimiento	81
2.2.2. La acción de inconstitucionalidad	83
2.2.2.1. Hipótesis de procedencia	83
2.2.2.2. Improcedencia y sobreseimiento	84
2.2.3. El juicio de amparo	85
2.2.3.1. Hipótesis de procedencia	86
2.2.3.2. Improcedencia y sobreseimiento	91
PARTE II Ámbito Local	95
2.3. Marco jurídico relativo a la justicia constitucional local	95
2.3.1. Marco jurídico local de los medios jurisdiccionales de control constitucional estadual	95
2.3.2. Marco constitucional local en cuanto a la justicia constitucional en los entes federados que la contemplan	96

Capítulo III El marco conceptual y teórico del control de la constitucionalidad	99
3.1. Teoría constitucional	99
3.1.1. Definición, concepto y variedad del término constitución	106
3.1.2. Génesis constitucional; el poder constituyente	110
3.1.3. Ponderación de los principios constitucionales	115
3.1.4. Tipos de constituciones y control constitucional	119
3.2. Hans Kensel, el padre del tribunal constitucional	125
3.2.1. De la teoría pura del derecho	127
3.3. Teorías jusnaturalista y juspositivista, la teoría de la argumentación Jurídica de Manuel Atienza y el Principio de Integralidad del derecho desde la perspectiva de Ronald Dworkin	134
Capítulo IV La justicia constitucional en algunos países de Europa y América	150
4.1. Marco jurídico internacional del control jurisdiccional de la constitucionalidad local, autónoma e independiente del poder judicial	150
4.2. La doble jurisdicción constitucional en Alemania	150
4.2.1. La división de la jurisdicción	152
4.2.1.1. La jurisdicción constitucional federal	153
4.2.1.2. La jurisdicción constitucional de los Länder	161
4.3. Los Estados-nación en que ejercen la jurisdicción los tribunales constitucionales autónomos e independientes de sus poderes judiciales	163
4.3.1. España el primer tribunal constitucional moderno	164
4.3.2. Antecedentes	165
4.3.3. Estructura	165
4.4. Perú un ejemplo de eficiencia en Latinoamérica	170
4.4.1. Antecedentes	171
4.4.2. Estructura y proceso	172
4.5. Un reflexión, una posibilidad	180
Capítulo V El control previo de constitucionalidad (tratados, leyes y reglamentos)	182
5.1. El control previo de constitucionalidad	182
5.1.1. Concepto	182
5.1.2. Hipótesis de procedencia del control previo de constitucionalidad	183
5.1.3. Antecedentes internacionales del control previo de constitucionalidad	184
5.1.3.1. El control previo de constitucionalidad en Francia	184
5.1.3.1.1. Integración del órgano competente	185
5.1.3.1.2. Naturaleza del control ejercido	186
5.1.3.1.3. Legitimación procesal activa	186
5.1.3.2. El control previo de la constitucionalidad en Chile	187
5.1.3.2.1. Integración del órgano competente	188

5.1.3.2.2. Naturaleza del proceso ejercido	188
5.1.3.2.3. Legitimación procesal activa	189
5.1.4. Antecedentes del control previo de constitucionalidad en los Estados Unidos Mexicanos	190
5.1.4.1. Consideraciones en relación al control previo establecido en la Ley de Justicia Constitucional del estado de Coahuila de Zaragoza	194
5.1.5. Consideraciones en r elación al control previo de constitucionalidad	194
Conclusiones y Propuestas	196
Bibliografía	205

Introducción

En un Estado Constitucional de Derecho, el control constitucional es el aspecto más importante para establecer límites al poder político. Teniendo esto en cuenta, el objeto de estudio de la presente investigación se centra en explicar el grado de eficiencia y eficacia que actualmente existe en México en materia de control constitucional, partiendo de la premisa de que en un sistema jurídico-político como el de nuestro país es de primer orden un eficiente y certero control constitucional. Ello obedece principalmente a que nuestro sistema está orientado al reconocimiento jerárquico de la Constitución Política como fundamento necesario para la existencia del Estado y, de esta manera, del control constitucional depende la prevalencia de los principios y postulados de nuestra Carta Magna.

La investigación se desarrolla en cinco capítulos. En el primero se realiza un recorrido por los principales conceptos y antecedentes de la justicia constitucional contemporánea, y se abordan los diferentes tipos de control: concentrado, *a priori*, *a posteriori*, concreto y abstracto, incluso las reformas constitucionales en materia de derechos humanos que impactaron eventualmente en la manera de efectuar el control difuso en el sistema jurídico mexicano.

El marco jurídico del control constitucional es analizado en el capítulo segundo. Para su mejor desarrollo, se dividió en el ámbito federal, y sus sistemas de control constitucional, y de manera somera el ámbito local. Respecto al ámbito federal en él se analiza el antecedente que transformó el sistema de control difuso en México: el caso Rosendo Radilla Pacheco. En 2009, la Corte Interamericana de Derechos Humanos (CIDH) notificó la sentencia en la que condenó al Estado mexicano por la desaparición forzada del señor Rosendo Radilla Pacheco por parte de militares en 1974. La CIDH halló al Estado mexicano responsable de la violación a los derechos a la libertad, a la integridad personal, a la vida y al reconocimiento a la personalidad jurídica de Radilla Pacheco, así como los derechos de la integridad física y mental, a las garantías judiciales y a la protección judicial de sus familiares. Igualmente, la Corte consideró que

el proceso llevado ante la jurisdicción militar no respetó los estándares en materia del debido proceso en el derecho internacional.

Al respecto, la Suprema Corte de Justicia de la Nación (SCJN) emitió una resolución en la que interpreta las obligaciones del Poder judicial de la Federación en el cumplimiento de la referida sentencia, y dentro de este marco determinó que cualquier juez en nuestro país puede llevar a cabo el control difuso de la Constitución, y lo ejemplifica con la primera resolución nacional en la que una autoridad jurisdiccional local realiza control difuso de nuestra máxima norma.

y en el local, con la justicia constitucional estadual que han creado diversas entidades federativas de nuestro país, como Colima, Coahuila de Zaragoza, Chiapas, Estado de México, Nuevo León, Querétaro de Arteaga, Sinaloa, Tlaxcala y Veracruz.

En el capítulo tercero se desarrolla el marco conceptual y teórico. En él se agota una revisión de la génesis del poder constituyente y la división de poderes, así como las teorías que le han dado vida y sustento a nuestro actual Estado Constitucional de Derecho, como son las de Montesquieu, Bobbio, Kelsen y Rawls, además de las que contemplan el nuevo constitucionalismo estadual, el neoconstitucionalismo, como teoría contemporánea dentro del sistema de la justicia constitucional local, y la teoría del garantismo estadual.

El ejercicio de comparar lo que tenemos en México y las experiencias en Europa y América Latina, como son los casos de Alemania, España y Perú -auténticos paradigmas por sus sistemas de control y tribunales constitucionales- es contemplado en el capítulo cuarto.

En el quinto se desarrolló el control previo de la constitucionalidad, las experiencias y resultados que ha dado en algunos lugares y los beneficios de su posible aplicación.

Por último, la investigación concluye con cuáles fueron los aspectos relevantes encontrados en el control constitucional en nuestro sistema jurídico, los avances que ha tenido y, como parte propositiva, plantea la implementación de un instrumento de control constitucional en beneficio de los gobernados, con la particularidad de que en la propuesta que al final se hace, dicho instrumento se debe ejercer de manera oficiosa en ciertos actos de autoridad, de tal forma que no necesariamente el ciudadano tendrá que ejercer acción constitucional alguna para que se le respeten sus derechos constitucionales.

El presente trabajo de investigación representa un beneficio para los gobernados, pues la propuesta vertida tiende a proteger, de manera oficiosa, la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos; de ahí su utilidad práctica.

En cuanto al abordaje metodológico podemos señalar lo siguiente:

a) En el planteamiento del problema encontramos que México, como en la mayoría de los países, la aspiración de la sociedad es que impere un verdadero Estado Constitucional de Derecho, ello en virtud de que en la teoría se sostiene que, como consecuencia de la verdadera aplicación de la norma suprema, se puede crear un verdadero contrapeso al poder político, el cual en la actualidad pareciera tener muy pocos límites.

En nuestros días, si una autoridad emite una ley, aprueba un tratado o expide un reglamento que afecte cualquiera de los derechos constitucionales de los gobernados, recae en ellos ejercer la acción constitucional respectiva para evitar que determinada disposición de carácter general no les sea aplicada, lo que sin duda alguna les ocasiona un desgaste.

b) El objeto de investigación es, en primer término, la reflexión del funcionamiento del control constitucional en México y sus alcances; la problemática que resulte del análisis de la eficacia y eficiencia de éste; las contradicciones teóricas que conlleva ello y la

relevancia que tiene para el orden constitucional el cumplimiento cabal y certero de dicho control constitucional.

De la misma forma, el análisis de la figura del tribunal constitucional constituye la segunda parte del objeto de investigación. Por ello se estudian su naturaleza y aplicabilidad en otras latitudes, las experiencias prácticas de esta institución en sus ensayos contemporáneos y la viabilidad, de acuerdo a consideraciones políticas, sociológicas y jurídicas, de su incorporación a nuestro sistema jurisdiccional.

c) Su objetivo general fue determinar cómo funciona el control constitucional en México, sus ventajas y deficiencias, además de comparar la forma de efectuarlo en otros países y analizar la viabilidad de la incorporación de algún mecanismo que lo haga más eficiente.

d) En el presente trabajo de investigación se utilizaron para su materialización los métodos histórico, descriptivo, deductivo, inductivo, analítico y sintético, entre otros.

En síntesis, la estructura y metodología presentada no tiene otro fin más que lograr un mejor entendimiento de lo que es el control constitucional y cómo funciona en nuestro país, así como las formas y la efectividad que ha evidenciado en otras naciones y que pueden ser adoptadas por nuestro sistema jurídico.

Capítulo I

La justicia constitucional

1.1 El Estado Constitucional de Derecho

Origen del concepto “Estado Constitucional de Derecho”

Con la finalidad de arribar al concepto de *Estado Constitucional de Derecho*, considero importante mencionar como antecedente, la evolución que jurídicamente hemos tenido hasta llegar a dicho concepto.

En el ámbito jurídico, cuando se hablaba de Estado de Derecho nos referíamos, en esencia, al principio de legalidad, entendido este como el sometimiento del poder a la legislación establecida, por tanto, afirmábamos que existía un *Estado de Derecho* cuando las autoridades ejercían su poder ajustándose a un marco legal que fijara la estructura y las atribuciones de los órganos del Estado, los cuales sólo podrían actuar con base en facultades expresamente conferidas por el orden legal, en tanto que los particulares podían actuar en todo lo que no fuera prohibido por la ley.¹

Sin embargo, no quedaba claro si el concepto de *Estado de Derecho* abarcaba también a la Constitución o si abarcaba sólo a la legislación ordinaria, por tanto, destacados tratadistas como Ferrajoli, entre otros, hicieron una distinción para precisar que por Estado de Derecho debemos entender dos cosas, el Estado Legislativo de Derecho y el Estado Constitucional de Derecho.

Ferrajoli, en su ensayo intitulado “*Pasado y futuro del Estado de Derecho*” expone que con la expresión “Estado de Derecho” se entienden, esencialmente, dos cosas diferentes. El autor refiere que, en sentido lato, débil o formal, “Estado de Derecho”

¹ DE LA MADRID HURTADO, Miguel. (2004). “*Constitución, Estado de Derecho y Democracia*”. México: Instituto de Investigaciones Jurídicas de la Universidad Nacional Autónoma de México. p. 153.

designa cualquier ordenamiento² en el que los poderes públicos son conferidos por la ley y ejercitados en las formas y con los procedimientos legalmente establecidos.

En ese sentido, dice que son Estados de Derecho todos los ordenamientos jurídicos modernos, incluso los más antiliberales, en los que los poderes públicos tienen una fuente y una forma legal.

En un segundo sentido, fuerte o sustancial, menciona Ferrajoli que “Estado de Derecho” designa, en cambio, sólo aquellos ordenamientos en los que los poderes públicos están, además, sujetos a la ley (y, por tanto, limitados o vinculados por ella), no sólo en lo relativo a las formas, sino también en los contenidos.³

En relación a este segundo sentido, también menciona el tratadista italiano que son Estados de Derecho aquellos ordenamientos en los que todos los poderes, incluido el legislativo, están vinculados al respeto de principios sustanciales establecidos por las normas constitucionales, como la división de poderes y los derechos fundamentales.

Ferrajoli refiere que pretende sostener la tesis de que estos dos significados corresponden a dos modelos normativos diferentes: el modelo paleoiuspositivista del *Estado legislativo de Derecho (o Estado legal)*, que surge con el nacimiento del Estado moderno como monopolio de la producción jurídica, y el modelo neo-iuspositivista del *Estado Constitucional de Derecho (o Estado Constitucional)*, producto, a su vez, de la difusión en Europa, tras la Segunda Guerra Mundial, de las Constituciones rígidas y el control de la constitucionalidad de las leyes ordinarias.

² Nota: Según se desprende de la lectura, cuando Ferrajoli hace uso del vocablo *ordenamiento*, a juicio del que suscribe se hace referencia a un sistema jurídico.

³ FERRAJOLI, Luigi. (2001). “*Pasado y futuro del Estado de Derecho*” [en línea]. España: Publicado en la Revista Internacional de Filosofía Política, No. 17. pp. 31-46. [citado 25-11-2009], Disponible en Internet <http://e-spacio.uned.es/fez/eserv.php?pid=bibliuned:filopoli-2001-17-0011&dsID=pdf>, ISSN 1132-9432, al 20 de febrero de 2012.

A su vez, tenemos que el jurista italiano hace una distinción entre “Estado de Derecho en sentido fuerte” y “Estado Constitucional de Derecho”, precisando que no son sinónimos, mencionando al efecto, lo siguiente:

“El “*Estado de Derecho en sentido fuerte*” implica simplemente que la ley, más en general la producción jurídica, están de hecho –aunque no de derecho subordinada a principios normativos como las libertades fundamentales y la división de poderes; y esto, obviamente puede suceder, como demuestra la experiencia inglesa, en ausencia de una Constitución formal, porque tales principios están social y culturalmente arraigados. El nexo biunívoco, hoy prácticamente generalizado, entre Estado de Derecho en sentido fuerte y constitucionalismo, reside en el hecho de que las Constituciones rígidas han positivizado aquellos principios, confiando la sujeción a ellos de los poderes públicos, no simplemente a su espontáneo respeto por parte de los jueces y los legisladores, sino también al control jurisdiccional de la constitucionalidad sobre sus violaciones. Es claro que, aunque sin Constitución, la experiencia del *rule of law* integra un modelo de Estado de Derecho en sentido estricto y fuerte, tanto como para haber inspirado todas las vicisitudes del Estado de Derecho en el continente europeo. Pero es igualmente claro que esta experiencia ha sido ajena a estas vicisitudes y a los cambios de paradigma que las caracterizan, a los que se dedica este trabajo, al no ser calificable ni como “Estado legislativo de Derecho” ni como “Estado Constitucional de Derecho”.⁴

En esa tesitura, tenemos que Ferrajoli estima que una de las características del *Estado Constitucional de Derecho* es que los poderes públicos se deben sujetar al contenido constitucional, por tanto, el Estado proveerá a los gobernados de mecanismos de control constitucional para evitar o remediar las violaciones a la norma suprema.

⁴ Ídem.

El Estado constitucional de derecho tiene tres características esenciales que lo identifican:

- a) El control y limitación al poder político, lo que evita su concentración en una persona o en un grupo de individuos.
- b) El reconocimiento y tutela de los derechos fundamentales de los gobernados.
- c) El reconocimiento de la supremacía de la Constitución y la obligación del Estado a preservarla.

En este capítulo me enfocaré en la tercera de las características enunciadas, consistente en el reconocimiento de la supremacía de la Constitución y la obligación del Estado a preservarla. Considero de gran importancia en esta investigación hacer referencia al nacimiento de la supremacía constitucional, a la justicia constitucional y a sus clasificaciones, además de un análisis de los tipos de justicia constitucional que tenemos en los Estados Unidos Mexicanos.

1.2 El nacimiento de la supremacía constitucional

Alfonso Celotto, en su artículo “La Justicia Constitucional en el mundo: formas y modelos”,⁵ se remonta al caso “Marbury vs. Madison”, suscitado en Estados Unidos, para hacer referencia al primer momento en que se hace mención a la supremacía constitucional. Él refiere que “el verdadero momento fundador de la moderna idea de la

⁵ CELOTTO, Alfonso. (2004). “*La Justicia Constitucional en el mundo: formas y modelos*”. [en línea], México. Publicado en la *Revista Iberoamericana de Derecho Procesal Constitucional*, No. 1. pp. 4-6. [citado 10-09-2009] Disponible en Internet http://www.iidpc.org/revistas/1/pdf/15_26.pdf, 22 de julio de 2011. ISSN 1870-8390.

Judicial Review se remonta al inicio del siglo XIX en los Estados Unidos, cuya Constitución de 1787 no preveía la posibilidad de un control semejante”.⁶ Verificar citas.

Celotto narra que “...en febrero de 1803, la Corte Suprema fue llamada a decidir una cuestión compleja y delicada, conocida como el caso “Marbury vs. Madison”. El caso se originó el último día del propio mandato presidencial de John Adams, del partido federalista, quien designó a 42 jueces de paz para el distrito de Columbia. El secretario de Estado, John Marshall, no logró hacer llegar los decretos de nombramiento a todos los nuevos jueces, por lo que algunos se quedaron sobre la mesa del nuevo secretario de Estado, James Madison, que no los tramitó, pues el nuevo presidente republicano, Thomas Jefferson, declaró que no tenía ninguna intención de hacer efectivos tales nombramientos.

Después de algunos meses, cuatro de los jueces a los cuales había sido negado el nombramiento, entre los que se contaba William Marbury, presentaron una instancia a la Corte Suprema para obligar al secretario de Estado Madison a notificar las designaciones pendientes, con apego a la sección 13 de la Judiciary Act de 1789, que habilitaba a la Corte a dirigir órdenes a la administración.

La cuestión era delicada, pues John Marshall, secretario de Estado durante el mandato presidencial de John Adams y quien no había logrado hacer llegar los decretos de nombramiento a todos los nuevos jueces, se había convertido en *Chief Justice* de la Corte Suprema. Sin embargo, la solución ideada por el juez Marshall fue la siguiente: después de haber observado que las nóminas eran absolutamente válidas, censurando la omisión de la administración Jefferson, decidió que la Corte Suprema no podía pronunciarse sobre tal vicisitud, pues no tenía competencia, dado que la sección 13 de la Judiciary Act –que habilitaba a la Corte a emanar órdenes a la administración– contrastaba con el artículo III de la Constitución, según el cual la Corte puede emanar mandatos y ejercer jurisdicción solo en segunda instancia, como juez de apelación.

⁶ Op. Cit. p. 2

En tales condiciones, al haberse negado la referida competencia, se hacía de un poder mucho mayor: el del control de las leyes conforme a la Constitución, mismo que no se encontraba previsto expresamente en la Constitución americana de 1787. En ese momento nació el control judicial sobre la constitucionalidad de las leyes.”⁷

Según Celotto el planteamiento para resolver en dicho juicio fue el siguiente: “o la constitución controla cada acto del legislativo contrario a ésta o el legislativo puede alterar a propia discreción la constitución con una ley ordinaria”.⁸ En tales condiciones, si la primera hipótesis es la verdadera, entonces un acto legislativo contrario a la Constitución no es ley; si es verdadera la segunda, entonces las constituciones escritas son tentativas absurdas, por parte del pueblo, para limitar un poder en su naturaleza ilimitable.

Este caso es considerado como el primer precedente mundial en el que se hizo referencia a la supremacía constitucional. A partir de ese momento (1803) se comienza a visualizar el nacimiento de un área del derecho considerada como la justicia constitucional, objeto del presente capítulo.

El caso “Marbury vs Madison” es peculiar, pues el juez Marshall, con la finalidad de resolverlo, se formuló tres preguntas esenciales y muy interesantes:

Primera. ¿Tiene el demandante derecho al nombramiento que solicita?

Segunda. Si tiene ese derecho y el mismo ha sido violado, ¿le otorgan las leyes del país un remedio?

⁷ Ibidem, 3-4.

⁸ En relación al caso “Marbury vs Marshall”, véase CELOTTO, Alfonso. (2004). “*La Justicia Constitucional en el mundo: formas y modelos*”. [en línea], México. Publicado en la *Revista Iberoamericana de Derecho Procesal Constitucional*, No. 1. pp. 4-6. [citado 10-09-2009] Disponible en Internet http://www.iidpc.org/revistas/1/pdf/15_26.pdf, 22 de julio de 2011. ISSN 1870-8390.

Tercera. Si es así, ¿el remedio consistiría en un mandamiento que haya de expedir este tribunal?⁹

La segunda pregunta es la que interesa al presente trabajo de investigación, pues partiendo de la premisa de que un derecho le fue violado a Marbury, el juez Marshall se cuestionó si las leyes del país le otorgan un remedio, esto es, si las leyes de ese país consideraron la creación de un instrumento jurídico-procesal con la finalidad de resarcir el derecho violado. En consecuencia, las preguntas que me formulo, tomando como base algunas de las consideraciones realizadas por el juez Marshall, son las siguientes:

En el supuesto de que con la firma y ratificación de un tratado, o la expedición de una ley o un reglamento, se vulnere una disposición constitucional:

1. ¿Las leyes de nuestro país otorgan los instrumentos necesarios y suficientes para restablecer el orden constitucional violado?

En el caso de que la respuesta a la pregunta anterior fuera afirmativa, el siguiente cuestionamiento sería:

2. ¿Implica para el afectado un desgaste el ejercicio de las acciones respectivas para restablecer el orden constitucional violado?

En el caso de que la respuesta a la pregunta anterior también fuera afirmativa, formularía otra interrogación:

3. ¿Debe cargar el afectado el desgaste que implica el ejercicio de las acciones respectivas para restablecer el orden constitucional violado?

⁹ VIDAL, José Miguel. “*Marbury VS. Madison*”, [en línea], [citado 17-09-2009], disponible en http://www.der.uva.es/constitucional/verdugo/marbury_madison.html, el 22 de julio de 2011.

Es en virtud de lo anterior por lo que decidí analizar el tema de la justicia constitucional, el cual considero de suma importancia.

1.3. ¿Qué es la justicia constitucional?

El boliviano Pablo Dermizaki P., en su artículo “Justicia Constitucional y cosa juzgada” hace una distinción entre lo que debemos entender por justicia constitucional y por justicia ordinaria. En relación a la primera, el autor refiere que ésta responde a la supremacía y a la fuerza normativa de la Constitución, y que se distingue claramente de la justicia ordinaria.

Dermizaki asevera que la justicia constitucional se propone hacer efectiva la voluntad del poder constituyente plasmada en la Constitución, y, como se ha dicho, el poder constituyente es anterior al derecho, porque lo precede y lo crea, y se coloca, por esto, por encima del orden jurídico general.

Por lo que ve a la justicia ordinaria, menciona que se ocupa de controversias entre particulares, o entre éstos y el Estado en su calidad de persona de derecho privado; por su parte, la justicia constitucional es de orden público porque, al defender la Constitución, preserva la estructura jurídico-política del Estado y los derechos fundamentales de la persona.

Complementa el autor que estas claras diferencias no suponen una separación infranqueable entre ambas. Al contrario, su coordinación y complementariedad son requisito esencial de un Estado de Derecho.¹⁰

¹⁰ DERMIZAKI P. Pablo. (2004). “*Justicia Constitucional y cosa juzgada*”. Anuario de Derecho Constitucional Latinoamericano. México. p. 292. Disponible en <http://www.juridicas.unam.mx/publica/librev/rev/dconstla/cont/20041/pr/pr13.pdf>, el 15 de julio de 2011.

En esa tesitura, es importante que en un país que se jacte de tener un Estado Constitucional de Derecho exista un verdadero y desarrollado sistema de *justicia constitucional*, pues ésta crea los mecanismos jurídico-procesales tendentes a salvaguardar los derechos consagrados en la norma suprema.

Al respecto, Giancarlo Rolla en el capítulo III de su obra intitulada *Derechos Fundamentales, Estado Democrático y Justicia Constitucional*, habla sobre la importancia de la justicia constitucional para tutelar los derechos fundamentales, y refiere lo siguiente:

III. LA JUSTICIA CONSTITUCIONAL, INSTITUCIÓN ESENCIAL PARA LA TUTELA DE LOS DERECHOS FUNDAMENTALES

Las relaciones entre la justicia constitucional y los derechos pueden ser analizadas también bajo otro punto de vista: el que se refiere a la aportación sustancial que los tribunales constitucionales han proporcionado en el plano de la mejora de la tutela de los derechos fundamentales de la persona.

Se trata -utilizando las palabras de la Declaración de Antigua sobre la Justicia Constitucional Guatemala, 1992- de considerar que *“la existencia de una justicia constitucional se ha convertido en un elemento esencial de la garantía de la libertad y de los demás derechos fundamentales”*.¹¹

Es compartida de forma generalizada la conclusión de que la garantía es parte esencial, condición indispensable para la existencia de un derecho; que no se puede hablar de derechos si las posiciones subjetivas de la persona no se encuentran protegidas eficazmente. Se admite de un modo general que, para evitar que el reconocimiento de los derechos de la persona se reduzca a una declaración romántica desprovista de efectividad, se acuda a crear sistemas eficaces de garantía sustancial.

La inserción en el texto constitucional de amplios catálogos de derechos *-aunque es necesario e importante-* no permite percibir con inmediatez el grado de efectividad. La experiencia en derecho comparado nos muestra que en muchos ordenamientos existe una clara contradicción entre la

¹¹ Disponible en <http://www.juridicas.unam.mx/publica/librev/rev/dconstla/cont/20041/pr/pr13.pdf>. SSN 1510-4974, el 22 de julio de 2011.

lectura del texto constitucional con el nivel real de democracia del sistema y de la libertad ciudadana.

Es difícilmente refutable que unos estándares de tutela más elevados hayan obtenido -hasta ahora-, en los sistemas políticos en los que se ha insertado, la politización de los derechos de la persona en un ordenamiento inspirado en una dimensión más evolucionada del Estado de derecho: en los que, por un lado, existan órganos jurisdiccionales independientes y profesionalizados; y, por otro, que se admita la posibilidad de que un juez pueda sancionar cualquier acto o comportamiento susceptible de violar un derecho fundamental.

Dicho de otro modo, para evaluar la relevancia que tienen las declaraciones constitucionales de los derechos hay que considerar atentamente las formas de tutela de los mismos que prevé la Constitución, los instrumentos y las instituciones que permiten su efectivo ejercicio. Como ha afirmado el anterior presidente del Tribunal Constitucional español:

“...nuestras Constituciones son hoy... textos normativos en los que se cifra la voluntad de autodefensa frente al árbitro del poder de las generaciones vivas que, titulares del poder constituyente, las han creado, pretensión ésta que alcanza operatividad mediante la predisposición de instrumentos jurídicos (en especial, jurídico-procesales) que hagan posible que el espíritu y la letra del enunciado constitucional impregnen, con eficacia, el ordenamiento en un conjunto.”¹²

Como es sabido, la doctrina ha subdividido las garantías constitucionales de los derechos en dos tipologías generales, distinguiendo entre garantías jurisdiccionales y garantías institucionales: éstas últimas -sustancialmente- pueden ser reconducidas a algunos de los principios típicos del Estado democrático de derecho (reserva de ley, principio de legalidad, separación de poderes, independencia del poder judicial, imparcialidad de la administración pública).

Otros autores, desde la misma perspectiva, han diferenciado entre garantías generales, que se refieren a la organización de la comunidad política -y que se pueden llamar condiciones económico sociales, culturales y políticas, que favorecen el ejercicio de los derechos

¹² ROLLA, Giancarlo. (2002). *Derechos Fundamentales, Estado Democrático y Justicia Constitucional*. México: Instituto de Investigaciones Jurídicas de la Universidad Nacional Autónoma de México. pp. 133-137.

fundamentales- y garantías más directamente vinculadas al sistema jurídico como la protección judicial de los derechos fundamentales.¹³

De lo asentado anteriormente se advierte la importancia de la tutela de los derechos fundamentales a través de la justicia constitucional, pues, como lo refiere Rolla, con la finalidad de evitar que el reconocimiento de los derechos de la persona se reduzca a una declaración romántica desprovista de efectividad, deben existir sistemas eficaces de garantía, con los instrumentos necesarios y las instituciones que permitan su efectivo ejercicio. De ahí la importancia de conocer cuáles son los tipos de justicia constitucional que existen en los diversos sistemas jurídicos.

1.4. Clases de justicia constitucional

Para el jurista italiano Alfonso Celotto,¹⁴ la justicia constitucional puede ser clasificada en cuatro rubros: centralizada o difusa, posterior o preventiva, abstracta o concreta, y directa o indirecta. El autor precisa que las formas y las tipologías que este control puede asumir son muy diversas y diversificadas.

En lo concerniente a la justicia constitucional centralizada o difusa, Celotto señala que la variable fundamental radica en la existencia o no de un tribunal constitucional *ad hoc*, y en este caso, las funciones de Corte constitucional son desarrolladas por una adecuada sección de la Corte suprema (que tiene también funciones jurisdiccionales ordinarias).

En cambio, cuando el análisis de constitucionalidad compete a todos los jueces, podemos hablar de control difuso de la constitucionalidad, o también, como lo señala la terminología anglosajona, de *judicial review*.

En este punto específico, el autor indica lo siguiente:

¹³ *Ibidem*

¹⁴ CELOTTO, Alfonso. (2004). Op. Cit.

Una diferencia fundamental entre estas dos formas de control está referida a los efectos de la decisión de inconstitucionalidad. En el modelo centralizado, la sentencia que declara la ilegitimidad constitucional de una ley tiene efectos generales (*efecto de anulación erga omnes, con valencia constitutiva*), en el sentido de que elimina de una vez por todas, en todas las posibles aplicaciones, el acto del ordenamiento, ya sea para el futuro, ya sea –generalmente– también para el pasado (eficacia retroactiva). En el sistema difuso, en cambio, la decisión de inconstitucionalidad vale sólo para el juicio en lo individual en el cual fue pronunciada (*efecto inter partes, con valencia declarativa*), por lo cual la Corte suprema no detenta el monopolio de la judicial review, sino que lo ejerce sólo en cuanto es órgano máximo del sistema judicial. También la decisión de la Corte suprema es, en vía de principio, limitada a las partes de la causa, sin embargo el principio del vínculo del precedente -*principio del stare decisis, sobre el cual se basan los modelos de common law*- comporta que las cortes inferiores están vinculadas por las decisiones de los jueces superiores, por lo cual -en buena medida- el acto legislativo declarado inconstitucional por la Corte suprema de cualquier modo pierde toda su eficacia.¹⁵

Asimismo, refiere que los modelos de justicia constitucional no pueden clasificarse solamente tomando en cuenta si el control que impera en determinado sistema es concentrado o difuso, ya que existen sistemas llamados mixtos.

Otra variable a tomar en consideración para efectos de la clasificación de la justicia constitucional es la concerniente al momento cronológico del control ejercido, pues puede verificarse en vía preventiva o en forma posterior o represiva.

En relación a la primera –la vía preventiva–, constituye una forma de control “abstracto” sobre la ley, pues el citado autor refiere que coloca a la Corte constitucional en una relación de diálogo propiamente solo con el legislador, excluyendo la jurisdicción constitucional de la vida aplicativa del derecho. Finalmente, impide, en general, todo otro control sucesivo, por lo cual se obstaculiza a la Corte para intervenir sobre distorsiones de los efectos de las leyes que emergen en sede aplicativa.

¹⁵ *Op. Cit.* Nota 23. pp. 10-14.

Celotto señala que el control abstracto no se origina en un procedimiento judicial, prescinde de la tutela de los derechos de los ciudadanos y busca ofrecer una garantía de la Constitución de carácter neutral, en el sentido de que efectúa una comparación entre normas de grado diverso (legislativas y constitucionales) para valorar objetivamente la conformidad de las inferiores a las superiores.

Por su parte, el control concreto respecta a una norma de ley históricamente determinada por un juez en el curso de un juicio concreto, en el cual están en discusión intereses precisos de los ciudadanos y se hace sobre la conformidad de la aplicación de las leyes respecto a los preceptos constitucionales.

El primero, plausible solo en los sistemas concentrados, se encamina a ofrecer una garantía de la Constitución de carácter neutral; el segundo, principalmente a tutelar los derechos subjetivos de los particulares.

Otra forma de clasificación, según Celotto, es la modalidad de acceso al juicio de constitucionalidad. Según refiere, se puede acceder al juicio de constitucionalidad en vía principal (o directa o de acción), mediante una acción de inconstitucionalidad, esto es, cuando los sujetos específicamente legitimados ejercen los recursos respectivos, o bien, mediante el acceso incidental (o indirecto o en vía de excepción). Al respecto señala lo siguiente:

Una forma de acceso particular al juicio de constitucionalidad es la relativa a la posibilidad de que los ciudadanos individualmente, u otros sujetos privados, se dirijan directamente a la Corte constitucional (o, a las Cortes supremas en función constitucional) para la tutela de los derechos y de las libertades individuales, afectados por actos o comportamientos de autoridades legislativas, administrativas o jurisdiccionales. Esta forma de recurso, generalmente de carácter concreto, en relación con un específico interés subjetivo, puede asumir formas también muy diferentes, de las cuales las más notables que se verifican en Europa son la española (recurso de amparo) y la alemana (Verfassungsbeschwerde).¹⁶

¹⁶ *Ídem*, p. 13.

De las líneas que anteceden se desprende que las clasificaciones del control constitucional pueden ser, desde el punto de vista de su análisis, ya sea centralizado o difuso, o bien, desde el momento cronológico del control, posterior o preventivo.

Por otra parte, dependiendo los intereses que se protegen, el control puede ser abstracto o concreto, o, en cuanto a la modalidad de acceso se puede acceder de forma directa o mediante acción, o por acceso incidental o indirecto, en vía de excepción.

En tales condiciones, con base en las clasificaciones de justicia constitucional que nos brinda Celotto, analizaré cuáles son las que imperan en México.

1.5. La Justicia Constitucional en los Estados Unidos Mexicanos.

1.5.1. Control concentrado

En nuestro país, la justicia constitucional tiene varios elementos característicos. Por una parte, podemos aseverar que nuestra justicia es, en cuanto a su análisis, de control semiconcentrado, tomando en consideración que son los órganos del poder judicial de la federación los únicos facultados para invalidar las normas que contravengan nuestra Constitución.

En relación a este tipo de control, la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos en su artículo 133 establece lo siguiente:

Artículo 133. Esta Constitución, las leyes del Congreso de la Unión que emanen de ella y todos los Tratados que estén de acuerdo con la misma, celebrados y que se celebren por el Presidente de la República, con aprobación del Senado, serán la Ley Suprema de toda la Unión. Los jueces

de cada Estado se arreglarán a dicha Constitución, leyes y tratados, a pesar de las disposiciones en contrario que pueda haber en las Constituciones o leyes de los Estados.¹⁷

En un principio pudiéramos interpretar que, en virtud del citado precepto, en México la justicia constitucional es difusa, pues hace referencia sin distinción a los jueces de cada Estado, pero lo cierto es que, hasta antes de la reforma constitucional del 10 de junio de 2011, el control constitucional en nuestro país era semiconcentrado, ya que los únicos órganos jurisdiccionales a los que se encomendaba la interpretación constitucional eran los del Poder Judicial de la Federación, como lo sostiene la jurisprudencia de rubro y texto siguientes:

CONTROL DIFUSO DE LA CONSTITUCIONALIDAD DE NORMAS GENERALES. NO LO AUTORIZA EL ARTÍCULO 133 DE LA CONSTITUCIÓN. El texto expreso del artículo 133 de la Constitución Federal previene que "Los Jueces de cada Estado se arreglarán a dicha Constitución, leyes y tratados a pesar de las disposiciones en contrario que pueda haber en las Constituciones o leyes de los Estados." En dicho sentido literal llegó a pronunciarse la Suprema Corte de Justicia; sin embargo, la postura sustentada con posterioridad por este Alto Tribunal, de manera predominante, ha sido en otro sentido, tomando en cuenta una interpretación sistemática del precepto y los principios que conforman nuestra Constitución. En efecto, esta Suprema Corte de Justicia de la Nación considera que el artículo 133 constitucional, no es fuente de facultades de control constitucional para las autoridades que ejercen funciones materialmente jurisdiccionales, respecto de actos ajenos, como son las leyes emanadas del propio Congreso, ni de sus propias actuaciones, que les permitan desconocer unos y otros, pues dicho precepto debe ser interpretado a la luz del régimen previsto por la propia Carta Magna para ese efecto.¹⁸

La jurisprudencia de la Suprema Corte de Justicia de la Nación refería que, tomando en cuenta una interpretación sistemática del precepto y los principios que conforman nuestra Constitución, el artículo 133 no es fuente de facultades de control para las autoridades que ejercen funciones materialmente jurisdiccionales respecto de

¹⁷ *Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos* [en línea]. P. 100. Disponible en <http://www.diputados.gob.mx/LeyesBiblio/index.htm>, el 12 de agosto de 2011.

¹⁸ SUPREMA CORTE DE JUSTICIA DE LA NACIÓN, Dirección General de la Coordinación de Compilación y Sistematización de Tesis. (1999). *Semanario judicial de la Federación y su Gaceta X*. p. 5. Novena Época. No. Registro: 193435. Instancia: Pleno. Jurisprudencia P.JJ. 74/99. Materia(s): Constitucional. México: Suprema Corte de Justicia de la Nación.

actos ajenos, como son las leyes emanadas del propio Congreso, ni de sus propias actuaciones, que les permitan desconocer unos y otros.

Por tanto, la interpretación anterior claramente establecía que solo al Poder Judicial de la Federación compete establecer la inconstitucionalidad de los actos de autoridad, según se desprende de la ejecutoria de la cual emana la transcrita jurisprudencia.

Esta ejecutoria, además, sustenta su argumento refiriendo que conforme al principio de la división de poderes, el órgano judicial está impedido de intervenir en la calificación de inconstitucionalidad de los actos de los otros poderes, a menos que a ese órgano se le otorgue una competencia expresa para ese efecto, como ocurre en la Constitución federal cuando dota al Poder Judicial de la Federación de la facultad de examinar la constitucionalidad de los actos de cualquier autoridad.

Ahora bien, en virtud de la reforma constitucional en materia de derechos humanos, donde se modificaron los artículos 1, 3, 11, 15, 18, 29, 33, 89, 97, 102, 105 y 133, los órganos del Poder Judicial de la Federación dejaron de ser los únicos facultados para interpretar nuestra norma suprema. Esta reforma y la resolución de la Suprema Corte de Justicia de la Nación en el caso Rosendo Radilla facultó a todos los jueces, ya sean locales o federales, para que realicen, ahora sí, el control difuso de la Constitución. Esto será abordado en el capítulo posterior.

1.5.2. Control *a posteriori* y *a priori*

Sobre este elemento de la justicia constitucional, José Antonio García Becerra, en su obra *Los medios de control constitucional en México*, refiere lo siguiente:

- a) El carácter previo o posterior del control concentrado de la constitucionalidad de las leyes, que nos permite identificar el momento específico en el cual se puede impugnar una ley.

Bajo esa perspectiva, el sistema de control concentrado de la constitucionalidad puede tener un carácter previo o posterior, o ambos, según que los órganos encargados de ejercer su poder jurisdiccional de control lo hagan antes de que la ley entre en vigencia, es decir, antes de su promulgación y publicación, o una vez en vigencia. Atendiendo este momento se distingue el control a priori del control a posteriori de la constitucionalidad de las leyes.

En el Derecho comparado, puede decirse que lo característico del método concentrado de control de la constitucionalidad es el control posterior, que permite anular actos estatales efectivos pero inconstitucionales y, en América Latina, éste se combina en muchos casos, con un control a priori generalmente a instancias del Presidente de la República cuando veta una ley.

Sin embargo, algunos sistemas de control concentrado sólo prevén un control previo de la constitucionalidad de las leyes, es decir, respecto de proyectos de leyes sancionadas, antes de su promulgación, como sucede en Chile.

México ha adoptado, en las controversias constitucionales y las acciones de inconstitucionalidad, el sistema de control posterior pues las demandas se presentarán una vez que las normas generales han sido publicadas en el diario o periódico oficial correspondiente.¹⁹

Como lo comenta García Becerra, en México contamos principalmente con el sistema de control posterior de constitucionalidad, pues las controversias, las acciones de inconstitucionalidad y el juicio de amparo únicamente pueden ser presentados una vez que las normas generales han sido publicadas en el diario o periódico oficial correspondiente; o bien, en el caso del juicio de amparo, una vez que el acto de autoridad violatorio de la Constitución se ha generado.

Ahora, refiero que “principalmente” contamos con el sistema de *control posterior* de constitucionalidad, habida cuenta que a pesar de que en México, a nivel federal solo se pueden impugnar las normas de carácter general una vez que las mismas han entrado a la circulación jurídica, existe una excepción, pues a través de la acción de

¹⁹ GARCÍA BECERRA, José Antonio. (2001). “Los Medios de Control Constitucional en México”. México. Supremo Tribunal de Justicia del Estado de Sinaloa. pp. 22-23.

inconstitucionalidad se puede atacar una norma general publicada, aun y cuando todavía no ha entrado en vigor.

En ese orden de ideas, tenemos que en los Estados Unidos Mexicanos operan tanto el control constitucional posterior como el *a priori*, aunque este último por excepción y, considero, de una forma muy pobre, de ahí la importancia de analizar a fondo la implementación en México de este segundo concepto.

1.5.3. Control concreto y control abstracto

En nuestro sistema jurídico existen los controles constitucionales concreto y abstracto. Podemos afirmar que tanto en el juicio de amparo como en la controversia constitucional es necesario que quien acude a solicitar la protección constitucional se vea afectado ya sea en una garantía individual o bien, por la invasión de alguna de sus esferas; sin embargo, la naturaleza de la acción de inconstitucionalidad es distinta.

En relación a la acción de inconstitucionalidad, Humberto Suárez Camacho, en su libro *El Sistema de Control Constitucional en México* dispone lo siguiente:

Abstracción del medio de control

La abstracción de este medio de control se percibe en la legitimación para el ejercicio de la acción, ya que no se requiere de la aplicación de las normas, ni de la existencia de agravios para ejercitar el medio de control.

A través de este medio, se ataca una norma general publicada, aún y cuando todavía no entre en vigor, por considerarla contraria a una disposición constitucional; esto es, se hace un contraste entre dos disposiciones jurídicas: una de la Constitución Federal y la norma secundaria impugnada que, después del estudio de los Ministros, se obtendrá una conclusión respecto a la conformidad o disconformidad de esa norma secundaria con la norma fundamental: "El Control abstracto implica impedir que en el caso de aplicación de las normas se produzca un conflicto

normativo, por lo que se puede sostener que no resuelve un conflicto en relación con un caso particular, sino que evita que se verifique al eliminar la norma inconstitucional”.²⁰

Al estudiar de manera abstracta la norma –ya que ésta no ha tenido plena eficacia práctica ni vida jurisprudencial, es decir, generalmente no ha tenido aplicación y, por tanto, su impugnación es con base en un entendimiento abstracto–, se acentúa la característica fundamental de este “medio abstracto de control constitucional”.

Así pues, en México coexisten tanto el control abstracto como el concreto de la constitucionalidad.

1.5.4. Control por vía de acción directa y por vía de excepción

En relación a estos tipos de control, Rubén A. Sánchez Gil, en su artículo “El control difuso de la constitucionalidad en México. Reflexiones en torno a la tesis P./J. 38/2002”, refiere que el sistema de control constitucional por órgano jurisdiccional se lleva a cabo en dos formas:

- a) Por vía de acción o directa, y
- b) Por vía de excepción, indirecta o incidental.

El autor señala que el control constitucional por vía de acción se realiza a través de la impugnación del acto supuestamente violatorio de la Constitución, en un proceso *ad hoc* ante un órgano jurisdiccional competente para decretar su nulidad. Dicho órgano, en ejercicio de la función jurisdiccional, resuelve la controversia planteada por el quejoso contra la autoridad emisora del acto tildado de inconstitucional, la cual versa justamente sobre la conformidad de esta acción con lo dispuesto en la ley fundamental, siendo este proceso completamente distinto al procedimiento del que derive aquél.

²⁰ SUÁREZ CAMACHO, Humberto. (2007). *El Sistema de Control Constitucional en México*. México. Porrúa. pp. 350-351.

Por otra parte, indica que el control constitucional por vía de excepción se desenvuelve a manera de defensa en un juicio o procedimiento previamente planteado, en el cual alguna de las partes reclama la inconstitucionalidad de una norma y del acto que ésta funda y le resulta perjudicial; la revisión judicial estadounidense es el ejemplo típico de esta forma de control constitucional.²¹

Luego, José Antonio García Becerra, en su libro *Los Medios de Control Constitucional en México*, establece lo siguiente en cuanto al carácter principal o incidental del control de la constitucionalidad:

...b) El carácter principal o incidental del control concentrado de la constitucionalidad, atendiendo a la mecánica de su iniciación y seguimiento.

El control concentrado de la constitucionalidad de las leyes puede tener un carácter principal o incidental, o ambos a la vez, según los asuntos que lleguen a la jurisdicción constitucional mediante el ejercicio de una acción o mediante remisión por parte de un tribunal. En el primer caso, se habla de un carácter principal, en el segundo de un carácter incidental. Algunos sistemas combinan el conocimiento del control jurisdiccional de la constitucionalidad tanto mediante el ejercicio de una acción como, en ciertos casos, la remisión por parte de un tribunal que conoció previamente del asunto. En México, las controversias constitucionales y las acciones de inconstitucionalidad tienen un carácter principal, pues su conocimiento llega a la Suprema Corte de Justicia mediante ejercicio de una acción de los sujetos constitucionalmente legitimados para ello.²²

En México tenemos un control constitucional tanto principal como incidental, pues, como lo refiere García Becerra, la acción de inconstitucionalidad y la controversia constitucional tienen un carácter principal, aunque también el juicio de amparo cuando se aduce una violación directa a un precepto constitucional (amparo bi-instancial); sin embargo, el mismo juicio de garantías, en el caso del juicio uni-instancial, tiene un

²¹ SÁNCHEZ GIL, Rubén A. (2004). "El control difuso de la constitucionalidad en México. Reflexiones en torno a la tesis P./J. 38/2002" [en línea], México. Publicado en la revista *Cuestiones constitucionales: revista mexicana de derecho constitucional*. p. 205. Disponible en <http://dialnet.unirioja.es/servlet/articulo?codigo=1023174>, ISSN 1405-9193, el 6 de octubre de 2010.

²² *Op. Cit.* Nota 31. p. 24.

carácter incidental o por vía de excepción, pues se desenvuelve a manera de defensa en un juicio o procedimiento previamente planteado.

Capítulo II

Marco jurídico del control constitucional en México

Parte I. Ámbito federal

2.1. Sistemas de control constitucional

Los sistemas de control constitucional devienen en procedimientos que garantizan el imperio y la supremacía de la norma constitucional de todo Estado organizado política y socialmente. La validez de todo sistema jurídico –particularmente el federalizado, como el de la república mexicana– impone que la totalidad de los ordenamientos jurídicos, tanto los del ámbito federal de validez como los del orden local de aplicación, independientemente del lugar que ocupen en la jerarquía normativa, están supeditados a su Constitución, tanto a la nacional como a la de cada uno de sus entes federados.

Por ello, es menester que haya y prevalezca en todos los Estados constitucionales, que velan por que predomine el principio de supremacía constitucional, diversos medios que tutelen y controlen la constitucionalidad de todos los actos de autoridad y de gobierno que lleguen a emitirse.

2.1.1. Control difuso o americano de la constitucionalidad

Sin tener en cuenta el nivel del tribunal en el cual se desenvuelven, todos los jueces de los Estados Unidos de Norteamérica ejercen la facultad de revisión judicial garantista. Se les exige acatar la jerarquía de leyes que colocan a su Constitución por encima de todas las demás legislaciones y, aunque normalmente suponen que los precedentes y actuaciones que revisan son válidos, los jueces anularán las leyes, normas o actuaciones del poder ejecutivo que determinen incompatibles con su Carta Magna.

El control difuso de la constitucionalidad de las leyes nace formalmente, como lo reconoce de modo unánime la pacífica doctrina, en la Corte Suprema Federal de los Estados Unidos de Norteamérica en 1803 –aun cuando el antecedente más remoto de control difuso deviene del caso inglés de Bonham, en 1610–²³ con la célebre sentencia expedida en el caso “Marbury vs. Madison”, en una acción de Writ of Mandamus, bajo la jurisdicción de John Charles Marshall en su calidad de presidente de la Corte Suprema estadounidense. Este fallo sentó el precedente vinculante denominado *stare decisis*, consistente en que una ley contraria a la Constitución debía ser considerada proveniente de legislatura repugnante y, por lo tanto, como teoría fundamental, nula e ineficaz, ya que esto se deduce de la naturaleza de la Constitución escrita y que, por ello mismo, la Suprema Corte Federal de los Estados Unidos la habrá de considerar como uno de los principios de la sociedad democrática de derecho. Por eso se le denomina sistema difuso o "no especializado" de control de constitucionalidad, porque el control es ejercido por cualquier juez o tribunal, sin importar su jerarquía o fuero.

El doctor en derecho José Guillermo Vallarta Plata,²⁴ en su libro citado con antelación, hace un breve relato en lo concerniente a los antecedentes y pormenores del caso “Marbury vs. Madison”. Puntualiza que:

John Adams había sido presidente de los Estados Unidos y su gobierno se había caracterizado por ser de tendencia federalista, partidario de un poder federal fuerte. A éste le sucedió Thomas Jefferson, miembro de un partido opuesto.

²³ El jurista Luis López Guerra expone que: “Debe tenerse en cuenta que la idea de que los jueces o tribunales ordinarios pudieran controlar la adecuación al ordenamiento de las normas legales tenía cierta tradición, en los siglos XVII y XVIII, si bien no se había plasmado en la realidad jurídica. El precedente más citado es el representado por la sentencia recaída en el llamado Dr. Bonham’s Case, dictada por el Tribunal inglés del King’s Bench presidido por el Chief Justice Sir Edward Coke (1610). En esta sentencia Coke afirmaba que ‘aparece en nuestros códigos que en muchos casos, lo Tribunales de Derecho común controlarán las leyes del Parlamento, y en ocasiones las anularán...’”. LÓPEZ GUERRA, Luis, *Introducción al Derecho Constitucional*, Trant lo blanch, 1994, p. 198.

²⁴ VALLARTA, Ignacio L. Obras: El juicio de amparo y el writ of habeas corpus : ensayo crítico-comparativo sobre esos recursos constitucionales / I.L. Vallarta. [24-11-10] Disponible en: http://biblioteca.universia.net/html_bura/ficha/params/title/obras-ignacio-luis-vallarta-juicio-amparo-writ-of-habeas-corporus/id/37843166.html pp. 95-96.

En los últimos meses de su Administración, Adams hace dos nombramientos; John Marshall lo designa chief of Justice de la Corte Suprema Federal; y a Marbury, miembro de su partido (Republicano), lo designa juez federal. El decreto de nombramiento de Marbury es confirmado por el Senado, por lo que opera la premisa constitucional, aunque no toma posesión en espera de que el presidente Jefferson acceda al cargo.

Al tomar posesión Jefferson, nombra como secretario de Estado a Madison, el cual no envía a Marbury el decreto de su nombramiento como juez federal. Marbury, en consecuencia, se dirigió al Tribunal Supremo, mediante un Writ of Mandamus, a fin de que emplace a Madison y se le comunique el decreto de nombramiento, esto, de acuerdo con una ley que data de 1789 (Judiciary Act).

El juez Marshall reconoció el derecho del juez Marbury, pero declaró que el Tribunal Supremo no era competente para librar el mandamiento (Writ of Mandamus), en virtud de que la ley que preveía esta instancia (la Judiciary Act) es contraria a la Constitución.

De esta manera se estableció, 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.

La sentencia dictada, aparte del aspecto constitucional, produjo satisfacción al Ejecutivo. Se entiende que éste no protestó contra la doctrina, la cual produjo implicaciones importantísimas a futuro.

El llamado sistema difuso o *judicial review* de la constitucionalidad de las leyes estadounidenses basa su esencia y cualidad en dos aspectos fundamentales que le dan la denominación y principales características: uno funcional y otro espacial. La característica funcional, que se halla sistemáticamente ubicada como atributo constitucional innominado de toda constitución escrita aparece expresamente y siempre dentro del capítulo del poder judicial; por eso la denominación de sistema difuso, esto es, atributo distribuido o difundido entre todos los órganos del poder judicial, en todos los agentes del poder judicial en cuanto funcionen u operen como tales. Se dice “difuso” porque no hay ni un órgano específico ni un procedimiento directo para tal, pues se halla difundido y difundido entre todos los jueces del poder judicial, como un atributo

de éstos y no susceptible de transvase por la vía interpretativa o analógica a otros órganos del Estado.

En segundo lugar, es absolutamente unánime que en su modelo de origen, el sistema sólo opera en el escenario de un proceso judicial concreto y real, esto es, la facultad judicial de oponer su interpretación de una ley del Congreso, siempre para el caso concreto y solo con efectos “inter-partes” y mediante declaración judicial de inaplicación, solo será constitucionalmente válida y jurídicamente posible, en los márgenes de un caso concreto donde la ley sea dubitada, por ser precisamente aquella con la que el juzgador ordinario debe de decidir ineludiblemente la controversia judicial planteada por las partes en controversia jurídica.

Destaca que el juez ordinario, en su función jurisdiccional garantista dentro del sistema de control difuso de la constitucionalidad, de llegar a inaplicar una ley por considerarla inconstitucional, solo lo hará operar para las partes en conflicto, de cuya ley a aplicar para resolver la controversia planteada, ésta devenga en contra del espíritu del orden supremo. Teniendo, únicamente, efectos relativos para las partes en contienda judicial, sin que se lleve a cabo una declaración general de los efectos inherentes a la inaplicación de dicha ley considerada inconstitucional. Así lo refiere el tratadista español Luis López Guerra²⁵ en su obra, donde afirma que:

El juez (Tribunal Supremo o jueces inferiores) se pronuncia exclusivamente sobre el caso concreto y en función del específico litigio entablado. La solución que se dé es pues *ad causam* y sirve para resolver ese particular supuesto. No hay por lo tanto un pronunciamiento de inconstitucionalidad formal y con efectos generales o *erga omnes*.

El juez se limita a inaplicar la ley que estime inconstitucional, sin derogarla o declararla inexistente. No obstante, una declaración de inconstitucionalidad por el Tribunal Supremo representa, no sólo la inaplicación de la norma en un caso concreto, sino su inaplicación general en el futuro, por el resto de jueces y Tribunales, fundándose en la decisión del Tribunal Supremo.

²⁵ LÓPEZ GUERRA. *Op. Cit.* p. 200.

Por ende, en los sistemas jurídicos, sean de la familia del Commonlaw o de la Romano germánica, o de cualquier otro sistema jurídico como el musulmán, japonés o socialista, de llegar a emplear el control difuso de la constitucionalidad aplicable en sus respectivas naciones, y hacia el interior de sus entidades federativas para quienes manejen una forma de Estado federal, o en términos generales en los Estados de naturaleza unitaria o centralista, tal control constitucional se depositaría en los órganos de justicia ordinaria con atribuciones de control y revisión garantista. Así lo sostiene el doctor López Guerra,²⁶ al apuntar que en este modelo se encomienda a todos los jueces la vigilancia de la constitucionalidad de las leyes, bajo la autoridad final del Tribunal Supremo.

Debe resaltarse que en el sistema jurídico mexicano, desde la Constitución yucateca de 1841, además de haberse implementado el amparo local, se instituyó el sistema jurisdiccional del control difuso de la constitucionalidad, como lo expone el ministro Gudiño Pelayo²⁷ en su multicitada obra, al aseverar que:

La Constitución de Yucatán hizo más que introducir la figura del amparo. La Constitución de Yucatán estableció otro medio de control constitucional que también debe destacarse y reevaluarse: el control difuso por parte de los jueces del fuero común.

Señalaba que los jueces del Estado debían emitir los fallos de los juicios en relación con la Constitución y las leyes estatales, pero si estas contrariaban lo dispuesto por la Constitución, debía aplicarse ésta y desaplicarse aquéllas. (Véase el artículo 75 de la Constitución de Yucatán de 1841).

El control difuso de la constitucionalidad, tal cual lo reconoce la Constitución estadounidense, lo preveía y lo tenía estipulado nuestra Carta Magna, hasta antes de la reforma del 10 de junio de 2011, en su artículo 133: “Esta Constitución, las leyes del Congreso de la Unión que emanen de ella y todos los Tratados que estén de acuerdo con la misma, celebrados y que se celebren por el Presidente de la República, con

²⁶ *Ídem.*

²⁷ GUDIÑO PELAYO, José de Jesús. (2002). *Introducción al amparo mexicano*. Limusa. México p. 48.

aprobación del Senado, serán la Ley Suprema de toda la Unión. Los jueces de cada Estado se arreglarán a dicha Constitución, leyes y tratados, a pesar de las disposiciones en contrario que pueda haber en las Constituciones o leyes de los Estados”. De este precepto se advierte la implementación de dos principios rectores supremos del orden nacional: el primero, en la “supremacía constitucional”, que sostiene que ninguna norma general de aplicación en la nación mexicana, en todos sus ámbitos de competencia, estará por encima del orden constitucional de la Federación; el segundo aguarda un “control difuso de la constitucionalidad” por parte de los jueces ordinarios con jurisdicción en las entidades federativas. Atribución constitucional esta última que, no obstante estar consagrada en el mismo precepto, en donde se ordena respetar y salvaguardar el principio ya enunciado de la supremacía constitucional de la ley fundamental de la nación, no es permisible desarrollarlo en los términos expuestos, en razón del poder concentrado y monopolizado atribuido en diversos preceptos constitucionales a la Suprema Corte de Justicia de la Nación, en cuanto al control y la revisión de la constitucionalidad en México. Dicho alto tribunal se veía amenazado de perder la mencionada atribución garantista en virtud del destello de algunas resoluciones de los órganos de justicia ordinaria del fuero común en las distintas entidades federativas, en razón de que no se atendían las necesarias adecuaciones después de un proceso de reformas constitucionales, en cuanto a ajustar la legislación secundaria y ordinaria en los entes federados

Con motivo de dichas modificaciones reformativas a la Ley Suprema Federal, el juzgador ordinario, ante la divergencia entre lo estipulado en los artículos constitucionales reformados –específicamente en materia penal– y lo *non reformatio* de las codificaciones locales, optaba por atender lo consagrado en la parte *in fine* del 133 de la Carta Magna Federal, referente a ajustarse a la prevalencia y supremacía de lo ordenado constitucionalmente, por encima de lo preceptuado en la legislación ordinaria, como lo juraron tales enjuiciadores al asumir su investidura y cargo, en atención a lo ordenado en el artículo 128 de la propia norma suprema, en cuanto a cumplirla y hacerla cumplir. Por ello, la Suprema Corte de Justicia de la Nación, inmediatamente y de manera que se puede suponer politizada, se hizo del conocimiento de tales casos

resueltos por los jueces ordinarios para emitir un pronunciamiento a través de una ambigua jurisprudencia, proveniente de su Pleno, en su sesión privada celebrada el 13 de julio de 1999, la cual reza:

CONTROL DIFUSO DE LA CONSTITUCIONALIDAD DE NORMAS GENERALES. NO LO AUTORIZA EL ARTÍCULO 133 DE LA CONSTITUCIÓN.

El texto expreso del artículo 133 de la Constitución Federal previene que "Los Jueces de cada Estado se arreglarán a dicha Constitución, leyes y tratados a pesar de las disposiciones en contrario que pueda haber en las Constituciones o leyes de los Estados.". En dicho sentido literal llegó a pronunciarse la Suprema Corte de Justicia; sin embargo, la postura sustentada con posterioridad por este Alto Tribunal, de manera predominante, ha sido en otro sentido, tomando en cuenta una interpretación sistemática del precepto y los principios que conforman nuestra Constitución. En efecto, esta Suprema Corte de Justicia de la Nación considera que el artículo 133 constitucional, no es fuente de facultades de control constitucional para las autoridades que ejercen funciones materialmente jurisdiccionales, respecto de actos ajenos, como son las leyes emanadas del propio Congreso, ni de sus propias actuaciones, que les permitan desconocer unos y otros, pues dicho precepto debe ser interpretado a la luz del régimen previsto por la propia Carta Magna para ese efecto.²⁸

Es obvio que lo establecido en el ordinal 133 de la Constitución mexicana era una copia fiel de lo consagrado en el artículo sexto, sección segunda, de la Constitución de los Estados Unidos de América, que faculta, adjuntamente con la tradición jurisprudencial del caso histórico de "Marbury vs. Madison", para que en el sistema jurídico estadounidense se ejerza el control difuso de la constitucionalidad por parte de todos los órganos judiciales, tanto federales como estatales, que conforman el sistema judicial de dicha nación. Sin embargo, no obstante la prevalencia de dicho precepto constitucional en nuestro ordenamiento supremo, en una interpretación dada –a modo– por el alto tribunal de México, se había considerado que no hay control difuso de la constitucionalidad de leyes y actos de autoridad, ya que, en todo caso, el control constitucional que ha de ser ejercido en la república era de carácter concentrado, y únicamente había de ser ejecutado por la propia Corte Suprema Nacional de Justicia,

²⁸ Opere citate, Tomo X de agosto de 1999, bajo la Tesis P/J 74/99, pág. 5.

aun en cuestiones de constitucionalidad que competen a las entidades federativas, como lo disponen los artículos 40 y 41, párrafo primero, de nuestra Carta Magna.

Gracias a la referida reforma de junio de 2011 y a la interpretación que hizo la Suprema Corte de Justicia de la Nación de una sentencia emitida por la Corte Interamericana de Derechos Humanos en el caso Rosendo Radilla, en la actualidad el control difuso tiene un nuevo enfoque, pues cualquier juez local o federal lo puede realizar en los siguientes términos:

1. Los jueces del Poder Judicial de la Federación al conocer de controversias constitucionales, acciones de inconstitucionalidad y de amparo, pueden declarar la invalidez de las normas que contravengan la Constitución Federal y/o los tratados internacionales que reconozcan derechos humanos.
2. Los demás jueces del país, en los asuntos de su competencia, podrán desaplicar las normas que infrinjan la Constitución Federal y/o los tratados internacionales que reconozcan derechos humanos, sólo para efectos del caso concreto y sin hacer una declaración de invalidez de las disposiciones; y
3. Las autoridades del país que no ejerzan funciones jurisdiccionales, deben interpretar los derechos humanos de la manera que más los favorezca, sin que estén facultados para declarar la invalidez de las normas o para desaplicarlas en los casos concretos.²⁹

2.1.1.2. El Caso Rosendo Radilla Pacheco y el control difuso de la constitucionalidad en la actualidad

La Sentencia del Caso Radilla Pacheco Vs. Estados Unidos Mexicanos se convirtió en el parte aguas de control difuso en México por lo que abundaremos en el contenido de la misma y en la actuación de nuestro máximo tribunal al respecto.

²⁹ Unidad de Difusión de la Suprema Corte de Justicia de la Nación, octubre 2011.

El 15 de diciembre de 2009, la Corte Interamericana de Derechos Humanos (CIDH) notificó la sentencia en la que condenó al Estado mexicano por la desaparición forzada del señor Rosendo Radilla Pacheco por parte de militares en 1974. La CIDH halló al Estado mexicano responsable de la violación a los derechos a la libertad, a la integridad personal, a la vida y al reconocimiento a la personalidad jurídica del señor Radilla Pacheco, así como los derechos de la integridad física y mental, a las garantías judiciales y a la protección judicial de sus familiares. Igualmente, la Corte consideró que el proceso llevado ante la jurisdicción militar no respetó los estándares en materia del debido proceso en el derecho internacional.

Al respecto, el jurista jalisciense Sergio García Ramírez³⁰ señala:

La sentencia de este caso, que ha suscitado distintas opiniones, constituye un acto de inexcusable cumplimiento por parte del Estado mexicano y pone a la vista ciertas cuestiones relevantes dentro de la jurisprudencia interamericana. Éstas también interesan, por supuesto, a todos los Estados comprometidos a la observancia de la Convención Americana y de los pronunciamientos del tribunal cuya competencia en asuntos contenciosos han reconocido a través de una manifestación de voluntad soberana. En esta situación se halla México, desde que adhirió a la Convención, en 1981, y aceptó --en ejercicio de su soberanía, no pese a ella-- la competencia contenciosa de la Corte, en 1998.

En el caso *Radilla*, el tribunal internacional examinó el tema de la desaparición forzada de personas, una materia "clásica" dentro de su jurisprudencia constante a partir de los primeros litigios de que tuvo conocimiento: especialmente, el señero caso *Velásquez Rodríguez vs. Honduras*. En esa hipótesis --que sustentaría el criterio invariable de la Corte-- quedó establecida la extrema gravedad de la desaparición forzada, su carácter continuo o permanente --que abre la

³⁰ GARCÍA RAMÍREZ, Sergio, en el prólogo de *La sentencia de la Corte IDH Caso Radilla Pacheco vs. Estados Unidos Mexicanos*. México, Comisión Mexicana de Defensa y Promoción de los Derechos Humanos, AC. 2010. Pp. 7-11.

Nota del autor: Creo pertinente mencionar que no participé en el conocimiento de este caso, como de ningún otro asunto correspondiente a México, a partir de la sentencia en el caso Castañeda Gutman, de 2008. Los motivos y las razones de mi voluntaria exclusión del conocimiento de asuntos relativos al país del que soy nacional constaron en su momento. Los recojo en el voto que acompañé a la *Opinión Consultiva OC-20*, de 2009, en la que el propio tribunal resolvió excluir de los casos sometidos a su conocimiento -salvo los interestatales, que hasta hoy no han llegado a esa jurisdicción- la presencia de jueces *ad hoc* y nacionales del Estado al que se demanda. Ahora bien, intervino en la previa formación de diversos criterios jurisprudenciales de la Corte Interamericana acogidos en la sentencia del caso Radilla.

posibilidad de enjuiciamiento durante todo el tiempo que se prolonga la desaparición--, su naturaleza de violación pluriofensiva de derechos y su frecuente relación con un fenómeno que la Corte Interamericana ha impugnado frontalmente: la impunidad.

Vale recordar que la doctrina de la Corte en materia de desaparición forzada quedó establecida antes de que se dispusiera de un tratado universal sobre esta materia, e incluso antes de que se suscribiera y entrara en vigor la Convención Interamericana sobre Desaparición Forzada de Personas, de 1994, de la que México es parte. Por todo ello, puede atribuirse al tribunal interamericano un papel de avanzada en el examen de esta materia y en la definición de sus elementos y características a la luz del Derecho internacional de los derechos humanos, que debe informar los ordenamientos nacionales.

Cuando nuestro país depositó el instrumento de ratificación de la Convención Interamericana sobre Desaparición Forzada, el 9 de abril de 2002, hizo valer una reserva al artículo IX. Esa reserva, que permitiría el ejercicio de la jurisdicción militar en casos de desaparición, fue desechada por la sentencia de la Corte Interamericana que a hora comento. En consecuencia, carece de validez para los fines del Derecho interamericano de los derechos humanos, que tiene vigencia en México.

No es esta la primera vez que la Corte Interamericana rechaza una reserva --o, en su caso, una declaración interpretativa nacional--. Antes lo hizo, por ejemplo, en su resolución sobre los casos --fallados en conjunto-- Hilaire, Constantiney Benjamín Vs. Trinidad y Tobago. El motivo es evidente y ha sido señalado por el tribunal: no es admisible una reserva --o una declaración interpretativa-- que vulnere el objeto y el fin del tratado. No sobra recordar, además, que los tratados sobre derechos humanos poseen características especiales en el conjunto de las convenciones internacionales: reconocen derechos a favor de los seres humanos, no sólo obligaciones y facultades entre los Estados suscriptores.

En el mismo prólogo, el distinguido jurista destacó:

...la extrema cautela que es necesario observar a la hora de resolver compromisos internacionales, atentos a los términos de los instrumentos que los generan y que aceptamos y suscribimos en ejercicio de una facultad soberana. Digo esto con atención al muy defectuoso texto del artículo 21 constitucional que condiciona de manera cuestionable la colaboración del Estado mexicano con la Corte Penal Internacional. Escribí entonces --y lo reitero--: "Es probable que la adición (hecha al) artículo 21 constitucional (...) resulte inaceptable para el sistema internacional. Si esto ocurriera, de entrada o en el examen de un caso particular, México quedaría

en una situación muy desfavorable, que podemos ahorrarnos” (*La Corte Penal Internacional*, Instituto Nacional de Ciencias Penales, 2. ed., México, p. 165). Ha sucedido en el caso *Radilla*. Era previsible”.³¹

Otro punto mayor en esta sentencia es el relativo al alcance y los efectos de la jurisdicción militar, vinculado con el tema que mencioné en los párrafos anteriores. De ello se ha ocupado frecuentemente --y uniformemente-- la Corte Interamericana desde hace varios años. Era previsible que aplicara a este caso el criterio jurisprudencial que ya había sostenido al respecto (véase, sólo por ejemplo, la sentencia del caso *Castillo Petruzzi y otros*, de 1999) y que incluye dos elementos para aceptar o excluir, desde la perspectiva del Derecho internacional de los derechos humanos, el ejercicio de la competencia militar: por una parte, que el justiciable sea un militar en activo; por la otra -no menos importante- que el hecho enjuiciado en el plano nacional concierna precisa y directamente a bienes jurídicos propios del orden militar. La desatención a este último supuesto determinó la condena al Estado en el caso *Radilla*. Exactamente lo mismo había sucedido en los otros casos, de fecha muy anterior, en que la Corte Interamericana definió su posición frente a este problema.

A propósito de este asunto, cabe destacar la fórmula contenida en nuestro artículo 13 constitucional, que deja subsistente el fuero de guerra “para los delitos y faltas contra la disciplina militar”. Este es el marco que debieran observar la legislación secundaria y la interpretación y aplicación de ésta. Se ha cuestionado -y ahora lo hace la sentencia de la Corte Interamericana- la adecuación del artículo 57 del Código de Justicia Militar al artículo 13 de la ley suprema. Es preciso, pues, reformar este último precepto para establecer de una vez el claro deslinde entre los hechos que pueden quedar sujetos al enjuiciamiento militar y aquellos otros que deben quedar en manos de la jurisdicción ordinaria. En el fondo, la sentencia de la Corte Interamericana sigue la misma línea que aporta el artículo 13 de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos.³²

Afortunadamente, si hemos de atenernos a ciertas expresiones de fuentes oficiales, pronto llegará la reforma que se requiere. Sólo agregaré que el deslinde entre jurisdicciones --ordinaria y militar-- no permitiría dejar en el ámbito de esta última, a través de una discutible lista de excepciones, delitos cuya naturaleza sea ajena al orden militar en sentido estricto. Digamos, por ejemplo, que sería insuficiente excluir de este fuero hechos como la desaparición forzada, pero mantener en él delitos diferentes con respecto a los cuales existen las mismas razones de

³¹ *Ídem*, pp. 8-9.

³² *Ídem*, p. 9.

exclusión por tratarse de transgresiones que no conciernen a bienes jurídicos del orden militar, es decir, a lo que nuestra Constitución denomina “disciplina militar”.

García Ramírez agregó:

Como no es posible extender ahora los comentarios sobre la sentencia del *caso Radilla*, sólo mencionaré otro tema relevante, a saber, la tipificación nacional de la desaparición forzada. Aquella sentencia también se ha pronunciado a este respecto y ha dispuesto que haya congruencia entre el tipo penal interno y la descripción de la desaparición forzada que se hace en estándares e instrumentos internacionales, particularmente la citada Convención Interamericana de 1984. Es evidente la diferencia que media --no sólo de palabras, sino de fondo-- entre el artículo II de ese tratado y el artículo 215 A del Código Penal Federal, que contiene el tipo penal respectivo. Tampoco es novedosa una condena de este carácter. La misma Corte Interamericana ya se había pronunciado en el mismo sentido en otra decisión sobre la indispensable congruencia entre las caracterizaciones internacionales y las disposiciones penales nacionales: sentencia del *caso Trujillo Oroza Vs. Bolivia*, de 2002.

No puedo ir más lejos, como no sea para observar que algunos temas abarcados en la sentencia en el *caso Radilla* figuran igualmente en sentencias más recientes, también acerca de hechos que conciernen a México: *caso Fernández Ortega y otros*, de 30 de agosto de 2010, y *caso Rosendo Cantú y otra*, de 31 de los mismos mes y año. Es necesario --no sólo para bien de la presencia mexicana en el foro internacional, sino ante todo para bien de la observancia interna de los derechos humanos-- proveer cuando antes las reformas legales y adoptar las medidas de otro carácter que necesitamos. La jurisdicción interamericana es subsidiaria o complementaria con respecto a la nacional. Ésta, no aquélla, es la primera línea de defensa de los derechos y las libertades. Podemos y debemos resolver aquí las ásperas cuestiones que plantea la violación a los derechos humanos.

Por supuesto, la solución radical no estriba solamente en el puntual desempeño de la justicia nacional, sino en la prevención a todo trance de violaciones a los derechos humanos. Obviamente, no podemos aceptar que ocurran éstas so capa de preservación de la seguridad pública. El dilema entre derechos humanos (y democracia), por una parte, y seguridad pública, por la otra, es absolutamente falso y, por ello, inaceptable. Requerimos ambas cosas, de una vez. Finalmente, siempre se trata de derechos humanos. La seguridad pública es un derecho humano

y el respeto y la garantía a los derechos fundamentales asegura, mejor que cualquier otro medio, esa anhelada seguridad.³³

2.1.1.3. Actuación del Tribunal en Pleno de La Suprema Corte de Justicia de la Nación en el Caso Radilla Pacheco

Durante las sesiones del 4, 5, 7, 11, 12 y 14 de julio de 2011,³⁴ la Suprema Corte de Justicia de la Nación (SCJN) revisó el expediente “varios” 912/2010.³⁵ “Caso Radilla”.

En septiembre pasado, al analizar el expediente “varios” 489/2010, fundamentado en una consulta del presidente de la Corte, el pleno resolvió que se determinara cuál debería ser la participación del Poder Judicial federal en el cumplimiento de la sentencia del caso Radilla Pacheco, lo que dio lugar al expediente 912/2010, proyectado por la ministra Luna Ramos. La competencia del pleno para dictar el trámite se fundamenta en el artículo 10, fracción XI, de la Ley Orgánica del Poder Judicial de la Federación, ya que su presidente le formuló una consulta para que se determinara si ha lugar el inicio de algún procedimiento para dar cumplimiento a la sentencia dictada por la CIDH. La facultad del presidente de la Suprema Corte de formular una solicitud al pleno para que determinara el trámite que deberá corresponder a la sentencia pronunciada en el Caso Radilla se fundamentó en el párrafo segundo de la fracción II, del artículo 14, de la Ley Orgánica del Poder Judicial de la Federación.

La resolución de septiembre de 2010 en el expediente 489 dio lugar al nuevo expediente “varios” 912/2010 en los siguientes términos: “Esta Suprema Corte de Justicia de la Nación debe hacer una declaración acerca de la posible participación del Poder Judicial de la Federación en la ejecución de la sentencia dictada por la Corte Interamericana de Derechos Humanos en el Caso Radilla”.

³³ *Ídem*, p, 10-11.

³⁴ Crónica hecha por el licenciado Héctor Musalem Oliver, funcionario adscrito a la Unidad de Crónicas de la Dirección General de Casas de la Cultura Jurídica.

³⁵ A la fecha de elaboración del presente documento, no se ha publicado aún el engrose respectivo.

La naturaleza del procedimiento se discutió a través del expediente “varios”, pues en México no existe un procedimiento especial para el cumplimiento de una sentencia de una instancia internacional. Los ministros discutieron si se trataba de un procedimiento jurisdiccional o administrativo, y, sin que esto haya sido motivo de votación, la mayoría se pronunció por la naturaleza jurisdiccional del asunto.

Visto lo anterior, es necesario revisar el documento de carácter informativo y de divulgación que sobre esta resolución emitió la SCJN:

Asunto: Consulta a trámite en el expediente varios

Ministro que formuló la consulta a trámite: Ministro Presidente Guillermo I. Ortiz Mayagoitia.

Ponente: La señora Ministra Margarita Beatriz Luna Ramos fue la encargada de elaborar el proyecto, posteriormente al estar en comisión, se hizo cargo de la consulta el señor Ministro José Ramón Cossío Díaz.

Secretario de estudio y cuenta: Raúl Manuel Mejía Garza.

Tema: Dilucidar cuáles son las obligaciones concretas que corresponden al Poder Judicial de la Federación y la forma de instrumentarlas, establecidas en la sentencia emitida por la Corte Interamericana de Derechos Humanos en el caso Rosendo Radilla Pacheco vs los Estados Unidos Mexicanos.

Antecedentes: En 1974 el señor Rosendo Radilla Pacheco fue presunta víctima de desaparición forzada por elementos del Ejército Mexicano, después de varias denuncias interpuestas por sus familiares ante instancias estatales y federales, el 15 de noviembre de 2001, la Comisión Mexicana de Defensa y Promoción de los Derechos Humanos y la Asociación de Familiares Detenidos-Desaparecidos y Víctimas de Violaciones a los Derechos Humanos en México, presentaron una denuncia contra el Estado Mexicano ante la Comisión Interamericana de Derechos Humanos.

Posteriormente, ante el incumplimiento del Estado Mexicano respecto de las recomendaciones hechas por la Comisión Interamericana, el 15 de marzo de 2008 ese órgano internacional sometió el caso a consideración de la Corte Interamericana de Derechos Humanos.³⁶

³⁶ Para que se declarara:

La responsabilidad internacional del Estado Mexicano por la violación de los artículos 5° (Derecho a la Integridad Personal),

8° (Garantías Judiciales) y 25 (Protección Judicial) de la Convención Americana de Derechos Humanos;

La responsabilidad internacional del Estado Mexicano;

El incumplimiento del artículo 2° de la Convención Americana de Derechos Humanos (Deber de adoptar

Así las cosas, el 23 de noviembre del 2009, la Corte Interamericana dictó sentencia y se notificó al Estado Mexicano el día 15 de diciembre del mismo año; de tal manera, que el 9 de febrero del 2010 se publicó un extracto de la sentencia del Caso Radilla Pacheco en el *Diario Oficial de la Federación*.

En ese orden de ideas, el 26 de mayo del 2010, el entonces Ministro Presidente Guillermo I. Ortiz Mayagoitia formuló una consulta al Tribunal en Pleno, encaminada a:

- a) Analizar qué medidas y trámite debía seguir el Poder Judicial de la Federación para atender dicha sentencia;
- b) Evaluar las medidas de reparación ordenadas por la Corte Interamericana de Derechos Humanos, por considerar trascendente la posición y las acciones que el Poder Judicial de la Federación debe adoptar al respecto.

De la anterior consulta, se formó el expediente "Varios" 489/2010, en el cual el Tribunal en Pleno con fecha 7 de septiembre del 2010, ordenó que se determinara cuál debería ser la participación del Poder Judicial Federal en el cumplimiento de la sentencia del caso Radilla Pacheco, por lo que sería necesario lo siguiente:

1. Analizar si en el caso concreto se configura alguna de las salvedades a las cuales se condicionó el reconocimiento de la competencia contenciosa de la Corte Interamericana de Derechos Humanos.
2. Interpretar el alcance de las reservas o declaraciones interpretativas que formuló el Estado Mexicano, tanto al adherirse a la Convención Americana de Derechos Humanos, como a la Convención Interamericana sobre Desaparición Forzada de Personas.
3. Definir qué obligaciones concretas le resultan al Poder Judicial de la Federación y la forma de instrumentarlas.

Con base en lo anterior, se abrió el expediente "Varios" 912/2010, que por razón de turno le correspondió conocer a la señora Ministra Margarita Beatriz Luna Ramos.

Es importante señalar, que los días 6 y 10 de junio del 2011 se publicaron en el *Diario Oficial de la Federación* diversas reformas a numerales de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos que resultaban significativas para la resolución del presente asunto; respecto del juicio de amparo, el artículo 103, fracción I,³⁷ y en materia de protección de los derechos humanos, el

disposiciones de derecho interno); y

Se ordenará al Estado Mexicano la adopción de medidas de reparación, pecuniarias y no pecuniarias.

³⁷Artículo 103. Los Tribunales de la Federación resolverán toda controversia que se suscite

I. Por normas generales, actos u omisiones de la autoridad que violen los derechos humanos reconocidos y las garantías otorgadas para su protección por esta Constitución, así como por los tratados internacionales de los que el Estado Mexicano sea parte;

[...].

artículo 1°. ³⁸

Resolución:

Tema 1. Análisis de la configuración de alguna de las salvedades a las cuales se condicionó el reconocimiento de la competencia contenciosa de la Corte Interamericana de Derechos Humanos por parte del Estado Mexicano. (Considerando Sexto)

Proyecto: El reconocimiento de la jurisdicción contenciosa de la Corte Interamericana de Derechos Humanos obliga a la Suprema Corte de Justicia de la Nación a adoptar los criterios interpretativos de aquélla en los litigios en los que el Estado Mexicano sea parte. Además, tal reconocimiento no es ilimitado.

Resolución:

1.1. ¿Frente a las sentencias condenatorias de la Corte Interamericana de Derechos Humanos, se pueden revisar las salvedades, reservas y declaraciones interpretativas por parte de esta Suprema Corte de Justicia?

El Tribunal en Pleno indicó que no se está en posibilidad de analizar, revisar o discutir si la sentencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos fue correcta o incorrecta, ya que al ser cosa juzgada es obligatoria para el Estado Mexicano.

Se agregó que respecto a si se configura o no alguna de las salvedades a las cuales se condiciona el reconocimiento de México a la competencia contenciosa de la Comisión Interamericana de Derechos Humanos no se debe hacer ningún pronunciamiento, ya que este Alto Tribunal no tiene la representación del Estado Mexicano, y al hacerlo se cuestionaría la validez de lo resuelto por la Corte Interamericana de Derechos Humanos.

Votación: Por mayoría de 8 votos, se determinó que frente a las sentencias condenatorias de la Corte Interamericana de Derechos Humanos no es posible revisar las excepciones y salvedades o interpretaciones realizadas por el Estado Mexicano.

1.2. ¿Las sentencias condenatorias de la Corte Interamericana de Derechos Humanos, son obligatorias para el Poder Judicial de la Federación en sus términos?

En este aspecto, el Pleno señaló que la sentencia condenatoria al Estado Mexicano le resulta obligatoria y consecuentemente lo es para todos los órganos y Poderes de dicho Estado. Por ello, son obligatorias las sentencias emitidas por la Corte Interamericana en todos aquellos casos en los que el Estado Mexicano sea parte.

³⁸Artículo 1°. En los Estados Unidos Mexicanos todas las personas gozarán de los derechos humanos reconocidos en esta Constitución y en los tratados internacionales de los que el Estado Mexicano sea parte, así como de las garantías para su protección, cuyo ejercicio no podrá restringirse ni suspenderse, salvo en los casos y bajo las condiciones que esta Constitución establece.

Votación: Por unanimidad de 11 votos se estableció que las sentencias condenatorias de la Corte Interamericana de Derechos Humanos, sí son obligatorias para el Poder Judicial de la Federación en sus términos, con las salvedades de los señores Ministros: Aguirre Anguiano, Aguilar Morales, Franco González Salas, y Luna Ramos.

1.3. ¿Los criterios interpretativos contenidos en la jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos son orientadores o son obligatorios para el Poder Judicial de la Federación?

Se indicó por el Tribunal en Pleno, que ni del Estatuto de la Corte y su Reglamento ni de los dos Tratados, tanto el de la Convención Interamericana de Derechos Humanos como el de Desaparición Forzada de Personas, se desprende que la jurisprudencia adquiera el carácter de obligatoria. En consecuencia, el criterio orientador es el que se puede tomar o no en consideración sin ninguna responsabilidad y que no contiene fuerza vinculante.

Votación: Por mayoría de 6 votos se estableció que los criterios interpretativos contenidos en la jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos son orientadores para el Poder Judicial de la Federación.

Tema 2. Definir qué obligaciones concretas le resultan al Poder Judicial de la Federación, con motivo de la sentencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos y la forma de instrumentarlas (Considerando Séptimo)

Proyecto: Se indicó, que el Estado Mexicano está obligado a respetar la sentencia que haya establecido la Corte Interamericana de Derechos Humanos y se instauraron dos tipos de obligaciones:

a) De carácter administrativo: El Pleno de la Suprema Corte de Justicia de la Nación tiene atribuciones para establecer dentro de su administración interior las que sean necesarias para dar cumplimiento a las reparaciones ordenadas por la Corte Interamericana de Derechos Humanos, y para las que deben aplicarse al resto de los órganos administrativos y jurisdiccionales del Poder Judicial de la Federación; el propio Pleno está facultado por el párrafo octavo del artículo 100 de la Constitución Federal para solicitar al Consejo de la Judicatura Federal la emisión de los acuerdos generales necesarios.

b) En relación con los criterios interpretativos: Aunque con fundamento en el párrafo tercero del artículo 1º constitucional, no se tenga todavía una ley que establezca el cumplimiento de este tipo de obligaciones, esto no impide a la Suprema Corte de Justicia de la Nación su cumplimiento, y se tiene como apoyo la exposición de motivos realizada por el Congreso de la Unión en el dictamen de Comisiones Unidas y Puntos Constitucionales respecto de la minuta "Proyecto de Decreto que modifica la denominación del Capítulo I, del Título Primero y reforma diversos artículos de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos".

Resolución: Algunos de los señores ministros indicaron no estar de acuerdo con la propuesta

anterior, por lo que la Ministra Ponente Luna Ramos propuso que el Considerando Séptimo fuera meramente enunciativo, con los dos grandes rubros ya mencionados, eliminar todo lo demás, y en las partes correspondientes al análisis se incluirían de acuerdo a la votación.

Así las cosas, respecto a la clasificación en el sentido de determinar obligaciones de adoptar criterios interpretativos y las de índole administrativa, la Ministra Ponente puso a consideración del Pleno la modificación del proyecto para hacerlo meramente declarativo.

Votación: Mayoría de 10 votos a favor de la propuesta modificada del proyecto, con las salvedades de los señores Ministros Cossío Díaz y Valls Hernández, con la reserva de voto concurrente del señor Ministro Pardo Rebolledo, y el voto en contra del señor Ministro Aguilar Morales.

Tema 3. Control de convencionalidad *ex officio*. (Considerando Octavo)

Proyecto: Por su importancia, en la consulta se inició con el análisis del párrafo 339 de la sentencia.³⁹

Se concluyó que, la Corte Interamericana de Derechos Humanos, al resolver el caso número 12.511, Rosendo Radilla Pacheco contra los Estados Unidos Mexicanos, determinó que los tribunales del Estado Mexicano deben ejercer un control de convencionalidad oficioso entre las normas internas y la Convención Americana sobre Derechos Humanos, en el marco de sus respectivas competencias y de las regulaciones procesales correspondientes.

Consecuentemente, como el control constitucional de las leyes que actualmente se ejerce está reservado a los Tribunales de la Federación, por lógica consecuencia debe concluirse que el control oficioso de la convencionalidad de las leyes secundarias corresponde realizarse conforme al mismo sistema competencial instituido para juzgar las normas contrarias a la Constitución Federal, con la única diferencia de que a partir de ahora también deberá garantizarse que ninguna ley que se estime contraria a dicha Convención se siga aplicando, y que tampoco se observen las normas de derecho interno que contravengan la interpretación oficial que el citado Tribunal Internacional ha hecho de la Convención Americana sobre Derechos Humanos.

³⁹ En relación con las prácticas judiciales, este Tribunal ha establecido en su jurisprudencia que es consciente de que los jueces y tribunales internos están sujetos al imperio de la ley y, por ello, están obligados a aplicar las disposiciones vigentes en el ordenamiento jurídico. Pero cuando un Estado ha ratificado un tratado internacional como la Convención Americana, sus jueces, como parte del aparato del Estado, también están sometidos a ella, lo que les obliga a velar porque los efectos de las disposiciones de la Convención no se vean mermados por la aplicación de leyes contrarias a su objeto y fin, que desde un inicio carecen de efectos jurídicos. En otras palabras, el Poder Judicial debe ejercer un 'control de convencionalidad' *ex officio* entre las normas internas y la Convención Americana, evidentemente en el marco de sus respectivas competencias y de las regulaciones procesales correspondientes. En esta tarea, el Poder Judicial debe tener en cuenta no solamente el tratado, sino también la interpretación que del mismo ha hecho la Corte Interamericana, intérprete última de la Convención Americana.

Resolución:

El Tribunal en Pleno puntualizó que, el control de convencionalidad lo deben ejercer todos los órganos que tengan funciones materialmente jurisdiccionales, cualquier tribunal de toda índole, ya que se tiene la obligación constitucional de interpretar siempre los tratados de manera más beneficiosa para la persona.

Se destacó que el control de convencionalidad está acorde con el espíritu y la letra del artículo 1º constitucional y en consecuencia dicho control se debe realizar por todos los jueces del Estado Mexicano de acuerdo a la propia Constitución, no declarando de manera general la inconstitucionalidad de leyes, sino desaplicando al caso concreto aquella norma que es contraria a nuestra Carta Magna o a los tratados internacionales de derechos humanos.

Asimismo, el señor Ministro Cossío Díaz presentó un modelo para hacer compatible al control concentrado con el control difuso:

1. Control Concentrado: Corresponde al Poder Judicial de la Federación y únicamente puede realizarse en amparo, controversias constitucionales y acciones de inconstitucionalidad con los fundamentos constitucionales dados y con independencia de si los efectos de la sentencia en amparo serán generales o relativos; en controversias constitucionales generales o relativos; y generales en acciones de inconstitucionalidad.

Todo ello, por medio de los órganos competentes para que hagan una declaración de inconstitucionalidad de las normas que están siendo impugnadas.

2. Control Difuso: No significa declaración de inconstitucionalidad, sino una desaplicación de la norma general que el juzgador estima inconstitucional en el caso concreto que llegue a enfrentarse, lo cual no se hace en los puntos resolutivos sino en la parte considerativa, se deben distinguir dos elementos:

A) Por un lado, lo que puede hacer el Tribunal Electoral en términos del párrafo sexto del artículo 99 constitucional,⁴⁰ y;

⁴⁰ Artículo 99. El Tribunal Electoral será, con excepción de lo dispuesto en la fracción II del artículo 105 de esta Constitución, la máxima autoridad jurisdiccional en la materia y órgano especializado del Poder Judicial de la Federación. (...) Sin perjuicio de lo dispuesto por el artículo 105 de esta Constitución, las salas del Tribunal Electoral podrán resolver la no aplicación de leyes sobre la materia electoral contrarias

B) Lo que pueden hacer el resto de los tribunales del país por vía de los artículos 1º y 133 constitucionales.⁴¹

En ese sentido, mencionó el señor Ministro Cossío Díaz que cuando se habla de Tribunales Federales es referido a los del Poder Judicial de la Federación en procesos que no son amparo, controversia o acción, los tribunales llamados así genéricamente administrativos, o todos los tribunales locales, sean estos jurisdiccionales o según se han denominado administrativos.

3. Interpretación más favorable bajo el principio *prohomine*. Todos los órganos del Estado Mexicano en términos del artículo 1º tienen que encontrar la interpretación más favorable.

Señaló que se debe dar una gradación de los tres elementos anteriores, lo que como resultado les dará unidad. Agregó que la diferencia entre control concentrado y difuso es una cuestión que ya existía, y que lo que se debe incorporar es el tema de interpretación favorable.

Consecuentemente, indicó que se debe encontrar un modo de armonización para recibir la sentencia constitucional, ante la falta de una ley de recepción emitida por el Congreso de la Unión.

A su vez, el señor Ministro Zaldívar Lelo de Larrea sugirió con respecto al modelo anterior que, se debería acotar lo relativo a la clasificación y terminología, es decir, que una cosa es el control concentrado y otra el control difuso, y que no todo control concentrado implica la censura o la expulsión del orden jurídico de una norma inconstitucional. Explicó que, el control concentrado puede ser también incidental, como el realizado por el Tribunal Electoral, que no es difuso, porque ello da la idea de que cualquier juez puede hacerse cargo de él, y a excepción de dicho Tribunal, todo el Poder Judicial Federal en el amparo directo, efectúa un control concentrado pero incidental porque desaplica para el caso concreto una norma de carácter general. Propuesta que fue aceptada por el Ministro Cossío Díaz.

En otro orden de ideas, el Ministro Zaldívar Lelo de Larrea mencionó que con relación al control de

a la presente Constitución. Las resoluciones que se dicten en el ejercicio de esta facultad se limitarán al caso concreto sobre el que verse el juicio. En tales casos la Sala Superior informará a la Suprema Corte de Justicia de la Nación. (...)

⁴¹Artículo 133. Esta Constitución, las leyes del Congreso de la Unión que emanen de ella y todos los Tratados que estén de acuerdo con la misma, celebrados y que se celebren por el Presidente de la República, con aprobación del Senado, serán la Ley Suprema de toda la Unión. Los jueces de cada Estado se arreglarán a dicha Constitución, leyes y tratados, a pesar de las disposiciones en contrario que pueda haber en las Constituciones o leyes de los Estados.

convencionalidad y en general con la interpretación de la Constitución por parte de los jueces, existen tres posibilidades:

1. Interpretación conforme en sentido amplio, que significa que todos los jueces deben interpretar el orden jurídico a la luz de la Constitución y ahora también con los tratados internacionales en materia de derechos humanos.
2. Interpretación conforme en sentido estricto, cuando hay varias interpretaciones jurídicamente válidas, todos los jueces deben preferir aquella que sea relativa a la presunción de constitucionalidad de las leyes, es decir, la que hace a una ley acorde a la Constitución, salvo que incida en el núcleo esencial de un derecho humano o fundamental.
3. Cuando lo anterior no es posible, procede inaplicar la ley. Por lo que no se rompe ninguna lógica ni posición institucional, sino simplemente lo que se hace es fortalecer el papel de los jueces, dando la primacía que el artículo 1º. establece a la Constitución y a los tratados internacionales.

El Tribunal en Pleno puntualizó, que con la reforma al artículo 1º constitucional se hace aún más claro el deber de control de convencionalidad *ex officio* al que llama la sentencia Radilla, y que en ese nuevo escenario constitucional, todos los juzgadores, no sólo los jueces de amparo, sino todos aquellos que tengan funciones materialmente jurisdiccionales, están obligados a actuar también y dentro del marco de sus atribuciones, como jueces convencionales, como lo anticipó la Corte Interamericana.

Además, se agregó que todos los jueces del país están obligados a ejercer un control de convencionalidad en el que analicen la compatibilidad de una determinada norma frente a lo dispuesto en los tratados internacionales de derechos humanos, y la interpretación que sobre los mismos emitan los órganos especializados a los que se confiere dicha atribución.

Por lo anterior, el señor Ministro Presidente Silva Meza, puso a consideración del Tribunal en Pleno las siguientes preguntas:

Votación:

3.1. *¿El Poder Judicial debe ejercer un control de convencionalidad ex officio entre las normas internas y la Convención Americana en el marco de sus respectivas competencias y de las regulaciones procesales correspondientes, que ese es el deber concreto?*

Por mayoría de 7 votos se determinó que de conformidad con el párrafo 339 de la sentencia dictada por la Corte Interamericana de Derechos Humanos en el caso Radilla Pacheco, el Poder Judicial debe ejercer un control de convencionalidad.

3.2. ¿En términos de la propuesta del proyecto, el control de convencionalidad lo deben realizar solamente los tribunales de la Federación o todos los jueces del Estado Mexicano?

Por mayoría de 7 votos en el sentido de que todos los tribunales del Estado Mexicano deben ejercer el control de convencionalidad.

Así las cosas, y como consecuencia de las dos votaciones anteriores, el Ministro Presidente Silva Meza sometió a votación el modelo de control de convencionalidad y constitucionalidad propuesto por el señor Ministro Cossío Díaz:⁴²

3.3. ¿Se está de acuerdo o no con el modelo propuesto por el señor Ministro Cossío Díaz que determina el alcance de este ejercicio de control por parte de los jueces nacionales, en tratándose precisamente de este tipo de compromisos de ejercicio de control de convencionalidad? Esto es, frente a los tratados y con el alcance que tiene el artículo 1° constitucional en relación con la actividad de los juzgadores, relativo al tema de los derechos humanos.

Existió mayoría de 7 votos a favor de dicho modelo.

⁴² 1. Los jueces del Poder Judicial de la Federación al conocer de controversias constitucionales, acciones de inconstitucionalidad y de amparo, pueden declarar la invalidez de las normas que contravengan la Constitución Federal y/o los tratados internacionales que reconozcan derechos humanos.

2. Los demás jueces del país, en los asuntos de su competencia, podrán desaplicar las normas que infrinjan la Constitución Federal y/o los tratados internacionales que reconozcan derechos humanos, sólo para efectos del caso concreto y sin hacer una declaración de invalidez de las disposiciones.

3. Las autoridades del país que no ejerzan funciones jurisdiccionales, deben interpretar los derechos humanos de la manera que más los favorezca, sin que estén facultados para declarar la invalidez de las normas o para desaplicarlas en los casos concretos.

Tema 4. Restricción del fuero militar. (Considerando Noveno)

Proyecto:

En la consulta se mencionó que la Corte Interamericana de Derechos Humanos, al resolver el caso Rosendo Radilla Pacheco, determinó por un lado que el artículo 13 de la Constitución Federal,⁴³ debe interpretarse en forma coherente con los principios constitucionales de debido proceso y acceso a la justicia contenidos en ella, y de conformidad con el artículo 8.1 de la Convención Americana de Derechos Humanos, el cual, entre otras prerrogativas, prevé el derecho a comparecer ante un juez competente; y por otro lado, declaró que el artículo 57 del Código de Justicia Militar, es incompatible con lo dispuesto en el artículo 2° de la Convención Americana de Derechos Humanos, porque al establecer cuáles son los delitos contra la disciplina militar no garantiza a los civiles o sus familiares que son víctimas de violaciones a los derechos humanos, la posibilidad de someterse a la jurisdicción de un juez o tribunal ordinario. Consecuentemente, como el párrafo segundo del artículo 1° de la Constitución Federal dispone que las normas relativas a los derechos humanos se interpretarán de acuerdo con lo que ella establece y de conformidad con los tratados internacionales de la materia, favoreciendo en todo tiempo la protección más amplia a las personas, y a partir de ahora, el fuero militar frente a situaciones que vulneren derechos humanos de civiles bajo ninguna circunstancia podrá operar.

Resolución:

Se enfatizó por el Pleno de esta Suprema Corte de Justicia de la Nación que todos los tribunales del país están obligados a interpretar el artículo 13 constitucional a la luz de la Convención; y consecuentemente, siempre que esté vinculado un civil al cual se le han violado, al menos en apariencia, sus derechos humanos por parte de las fuerzas armadas, la jurisdicción será la del fuero común y no la jurisdicción militar, todo ello, porque ha decidido este Alto Tribunal, que la resolución de la Corte Interamericana obliga y vincula a todos los tribunales mexicanos.

En ese contexto, el Tribunal en Pleno puntualizó que para poder cumplir con las decisiones de la Corte Interamericana, esta Suprema Corte deberá reasumir su competencia originaria y así dirimir las cuestiones de competencia que se susciten entre tribunales civiles y militares en el caso

⁴³Artículo 13. Nadie puede ser juzgado por leyes privativas ni por tribunales especiales. Ninguna persona o corporación puede tener fuero, ni gozar más emolumentos que los que sean compensación de servicios públicos y estén fijados por la ley. Subsiste el fuero de guerra para los delitos y faltas contra la disciplina militar; pero los tribunales militares en ningún caso y por ningún motivo podrán extender su jurisdicción sobre personas que no pertenezcan al Ejército. Cuando en un delito o falta del orden militar estuviere complicado un paisano, conocerá del caso la autoridad civil que corresponda.

concreto que se origine.

- Por otra parte, se indicó que en cuanto a los párrafos 337 a 342 de la sentencia examinada,⁴⁴ se observa que de ella resultan obligaciones para los jueces del Estado

⁴⁴C2. Reformas a disposiciones legales”

i) Reformas constitucionales y legislativas en materia de jurisdicción militar:

337. Los representantes solicitaron a este Tribunal que ordene al Estado realizar una reforma al artículo 13 constitucional, que regula el fuero de guerra, en virtud de que, “[aunque en principio el artículo pareciera no generar problema alguno, las interpretaciones que de éste se han hecho[...] llevan a la necesidad de solicitar su reforma para alcanzar la precisión necesaria que impida que elementos del Ejército mexicano sean juzgados por tribunales militares cuando han cometido violaciones a los derechos humanos”.

338. Para este Tribunal, no sólo la supresión o expedición de las normas en el derecho interno garantizan los derechos contenidos en la Convención Americana, de conformidad a la obligación comprendida en el artículo 2 de dicho instrumento. También se requiere el desarrollo de prácticas estatales conducentes a la observancia efectiva de los derechos y libertades consagrados en la misma. En consecuencia, la existencia de una norma no garantiza por sí misma que su aplicación sea adecuada. Es necesario que la aplicación de las normas o su interpretación, en tanto prácticas jurisdiccionales y manifestación del orden público estatal, se encuentren ajustadas al mismo fin que persigue el artículo 2 de la Convención. En términos prácticos, la interpretación del artículo 13 de la Constitución Política mexicana debe ser coherente con los principios convencionales y constitucionales de debido proceso y acceso a la justicia, contenidos en el artículo 8.1 de la Convención Americana y las normas pertinentes de la Constitución mexicana.

339. En relación con las prácticas judiciales, este Tribunal ha establecido en su jurisprudencia que es consciente de que los jueces y tribunales internos están sujetos al imperio de la ley y, por ello, están obligados a aplicar las disposiciones vigentes en el ordenamiento jurídico. Pero cuando un Estado ha ratificado un tratado internacional como la Convención Americana, sus jueces, como parte del aparato del Estado, también están sometidos a ella, lo que les obliga a velar porque los efectos de las disposiciones de la Convención no se vean mermados por la aplicación de leyes contrarias a su objeto y fin, que desde un inicio carecen de efectos jurídicos. En otras palabras, el Poder Judicial debe ejercer un ‘control de convencionalidad’ *ex officio* entre las normas internas y la Convención Americana, evidentemente en el marco de sus respectivas competencias y de las regulaciones procesales correspondientes. En esta tarea, el Poder Judicial debe tener en cuenta no solamente el tratado, sino también la interpretación que del mismo ha hecho la Corte Interamericana, intérprete última de la Convención Americana.”

340. De tal manera, es necesario que las interpretaciones constitucionales y legislativas referidas a los criterios de competencia material y personal de la jurisdicción militar en México, se adecuen a los principios establecidos en la jurisprudencia de este Tribunal, los cuales han sido reiterados en el presente caso (*supra* párrs. 272 a 277).”

341. Bajo ese entendido, este Tribunal considera que no es necesario ordenar la modificación del contenido normativo que regula el artículo 13 de la Constitución Política de los Estados Unidos

Mexicano particularmente en el sentido de ejercer un control de convencionalidad, precisamente sobre el artículo 57 del Código de Justicia Militar,⁴⁵ de modo tal que se debe estimar incompatible con lo dispuesto en el artículo 2º de la Convención Americana de Derechos Humanos.⁴⁶

Mexicanos.

342. No obstante lo anterior, la Corte declaró en el Capítulo IX de este Fallo, que el artículo 57 del Código de Justicia Militar es incompatible con la Convención Americana (supra párrs. 287 y 289). En consecuencia, el Estado debe adoptar, en un plazo razonable, las reformas legislativas pertinentes para compatibilizar la citada disposición con los estándares internacionales de la materia y de la Convención, de conformidad con los párrafos 272 a 277 de esta Sentencia.

⁴⁵Artículo 57.- Son delitos contra la disciplina militar:

I.- Los especificados en el Libro Segundo de este Código;

II.- los del orden común o federal, cuando en su comisión haya concurrido cualquiera de las circunstancias que en seguida se expresan:

a).- Que fueren cometidos por militares en los momentos de estar en servicio o con motivo de actos del mismo;

b).- que fueren cometidos por militares en un buque de guerra o en edificio o punto militar u ocupado militarmente, siempre que, como consecuencia, se produzca tumulto o desorden en la tropa que se encuentre en el sitio donde el delito se haya cometido o se interrumpa o perjudique el servicio militar;

c).- que fueren cometidos por militares en territorio declarado en estado de sitio o en lugar sujeto a la ley marcial conforme a las reglas del derecho de la guerra;

d).- que fueren cometidos por militares frente a tropa formada o ante la bandera;

e).- que el delito fuere cometido por militares en conexión con otro de aquellos a que se refiere la fracción I.

Cuando en los casos de la fracción II, concurren militares y civiles, los primeros serán juzgados por la justicia militar.

Los delitos del orden común que exijan querrela, necesaria para su averiguación y castigo, no serán de la competencia de los tribunales militares, sino en los casos previstos en los incisos (c) y (e) de la fracción II.

⁴⁶**Artículo 2. Deber de Adoptar Disposiciones de Derecho Interno**

Si el ejercicio de los derechos y libertades mencionados en el artículo 1 no estuviere ya garantizado por disposiciones legislativas o de otro carácter, los Estados Partes se comprometen a adoptar, con arreglo a sus procedimientos constitucionales y a las disposiciones de esta Convención, las medidas legislativas o de otro carácter que fueren necesarias para hacer efectivos tales derechos y libertades.

Votación:

4.1. Del contenido de los párrafos 337 a 342 de la sentencia dictada por la CIDH en análisis, ¿también resultan obligaciones para los jueces del Estado Mexicano, particularmente al ejercer el control de convencionalidad que se ha reconocido obligatorio?

Se determinó por unanimidad de 10 votos, que del contenido de los párrafos 337 a 342 de la sentencia dictada por la Corte Interamericana de Derechos Humanos en el caso Radilla Pacheco, sí resultan obligaciones para los jueces del Estado Mexicano, particularmente al ejercer el control de convencionalidad que se ha reconocido como ineludible, con las salvedades de los señores Ministros Franco González Salas, Pardo Rebolledo y Aguilar Morales. Ausente la señora Ministra Luna Ramos por comisión del Pleno.

4.2. ¿Los jueces del Estado Mexicano deberán replicar en casos futuros el criterio de restricción del fuero militar, en cumplimiento de la sentencia Radilla y en aplicación del artículo 1° constitucional?

Por unanimidad de 10 votos se resolvió que los jueces del Estado Mexicano deberán replicar en casos futuros el criterio de restricción del fuero militar, en cumplimiento de la sentencia del caso Radilla y en aplicación del artículo 1° constitucional, con las salvedades de los señores Ministros Aguirre Anguiano, Pardo Rebolledo, Aguilar Morales y Ortiz Mayagoitia. Ausente la señora Ministra Luna Ramos por comisión del Pleno.

4.3. ¿La Suprema Corte de Justicia de la Nación para la efectividad del cumplimiento y en aplicación del artículo 1° constitucional, deberá reasumir su competencia originaria en relación de casos concretos?

Existió unanimidad de 10 votos en el sentido de que la Suprema Corte de Justicia de la Nación, para la efectividad del cumplimiento y en aplicación del artículo 1° constitucional, deberá reasumir su competencia originaria para conocer de los conflictos competenciales entre la jurisdicción militar y la civil, con la precisión del señor Ministro Aguilar Morales. Ausente la señora Ministra Luna Ramos por comisión del Pleno.

Se precisó que la decisión se tomó para que la Suprema Corte de Justicia de la Nación, en su calidad de órgano jurisdiccional límite del Estado Mexicano, cumpla con la obligación que dicta la sentencia interamericana y establezca criterios unificadores en la materia.

Tema 5. Medidas de carácter administrativo. (Considerando Décimo)

Resolución:

En sesión del día 14 de julio del 2011, el señor Ministro Ponente Cossío Díaz propuso las siguientes medidas administrativas y efectos de lo ya resuelto:

1. Por lo que se refiere a los párrafos 346, 347 y 348 de la sentencia de la Corte Interamericana relativos al establecimiento de cursos y programas de capacitación para todos los jueces y magistrados, y para aquellos funcionarios públicos que realicen labores jurisdiccionales y jurídicas del Poder Judicial de la Federación, lo conducente es generar a través de las instancias competentes:

a) Capacitación permanente respecto de los contenidos de la jurisprudencia interamericana sobre los límites de la jurisdicción militar, garantías judiciales y protección judicial, y estándares internacionales aplicables a la administración de justicia; y

b) Capacitación en la formación de los temas de debido juzgamiento del delito de desaparición forzada, para el adecuado juzgamiento de hechos constitutivos de este delito, con especial énfasis en los elementos legales, técnicos y científicos necesarios para evaluar integralmente el fenómeno de la desaparición forzada; así como en la utilización de la prueba circunstancial, los indicios y las presunciones; el objetivo es conseguir una correcta valoración judicial de este tipo de casos de acuerdo con la especial naturaleza de la desaparición forzada.

Votación:

Mayoría de 8 votos a favor de la propuesta modificada del proyecto. Ausente la señora Ministra Luna Ramos por comisión del Pleno.

2. De conformidad con el párrafo 332 de la sentencia de la Corte Interamericana, una vez que el Poder Ejecutivo lleve a cabo las medidas que le corresponden para el cumplimiento de la citada sentencia, el Poder Judicial de la Federación deberá garantizar que la averiguación previa respecto al caso Radilla se mantenga bajo conocimiento de la jurisdicción ordinaria y bajo ninguna circunstancia en el fuero de guerra; este efecto no permite de manera alguna que el Poder Judicial de la Federación intervenga o interfiera en las competencias y facultades que tiene la Procuraduría General de la República en el trámite de la averiguación previa SIEDF/CGI/454/2007, lo único que

implica es que una vez consignada la investigación, en su caso ante un juez federal, los hechos investigados no pueden ser remitidos al fuero militar ni debe serle reconocida competencia alguna.

Este asunto sólo puede ser conocido por las autoridades jurisdiccionales ordinarias.

Votación:

Se resolvió por mayoría de 7 votos a favor de la propuesta del proyecto. Ausente la señora Ministra Luna Ramos por comisión del Pleno.

3. En relación al párrafo 339 de la sentencia, y dado los alcances de esta resolución dictada por este Tribunal Pleno, todos los jueces del Estado Mexicano y de conformidad con el artículo 1° constitucional, están facultados para inaplicar las normas generales que a su juicio consideren transgresoras de los derechos humanos contenidos en la propia Constitución Federal y en los tratados en materia de derechos humanos.

Además, para lograr este efecto, resulta necesario que el Pleno de acuerdo a lo establecido en la Ley Orgánica modifique la jurisprudencia P/J 74/1999, en la que se interpretó el artículo 133 de la Constitución Federal, en el sentido de que el control difuso de la constitucionalidad de normas generales no está autorizado para todos los jueces del Estado Mexicano

Votación:

Mayoría de 7 votos a favor de la propuesta modificada del proyecto. Ausente la señora Ministra Luna Ramos por comisión del Pleno.

4. De conformidad con el párrafo 340 de la sentencia de la Corte Interamericana, y atendiendo al efecto precisado en el inciso anterior, el Poder Judicial de la Federación deberá tomar en consideración los criterios orientadores de dicha Corte para adecuar sus subsecuentes interpretaciones constitucionales y legales sobre la competencia material y personal de la jurisdicción militar, con los estándares internacionales en materia de derechos humanos, máxime si se toma en cuenta que existen diversas sentencias condenatorias de la Corte Interamericana pendientes de cumplimiento por el Estado Mexicano, que versan sobre la misma cuestión de la jurisdicción militar, como sabemos estas sentencias son las de Inés Fernández Ortega y otra, Valentín Rosendo Cantú y otros, y Cabrera García y Montiel Flores.

Votación:

Por mayoría de 7 votos a favor de la propuesta modificada del proyecto con las salvedades de los señores Ministros Zaldívar Lelo de Larrea, Valls Hernández, Sánchez Cordero y Presidente Silva Meza. Ausente la señora Ministra Luna Ramos por comisión del Pleno.

5. De acuerdo con los párrafos 252 y 256 de la sentencia analizada,⁴⁷ este Tribunal en Pleno ordena que deberá garantizarse en todas las instancias correspondientes (instancias referidas a procesos), el acceso al expediente y la expedición de copias del mismo para las víctimas, todo ello en el ámbito de sus competencias.

Votación:

Se resolvió por mayoría de 7 votos a favor de la propuesta del proyecto. Ausente la señora Ministra Luna Ramos por comisión del Pleno.

6. Finalmente, la Suprema Corte deberá reasumir su competencia originaria para conocer de conflictos competenciales, o bien, ejercer de oficio su facultad de atracción que confiere la Constitución y la Ley Orgánica por tratarse de un tema de importancia y trascendencia, se propone solicitar a todos los juzgados y tribunales federales del país, que en el caso de que tengan bajo su conocimiento algún asunto relacionado con el tema, lo informen a este Alto Tribunal para los efectos anteriores.

Votación:

⁴⁷252. Al respecto, el Tribunal estima que el acceso al expediente es requisito *sine qua non* de la intervención procesal de la víctima en la causa en la que se constituye como parte coadyuvante o querellante, según la legislación interna. Si bien la Corte ha considerado admisible que en ciertos casos exista reserva de las diligencias adelantadas durante la investigación preliminar en el proceso penal, para garantizar la eficacia de la administración de justicia, en ningún caso la reserva puede invocarse para impedir a la víctima el acceso al expediente de una causa penal. La potestad del Estado de evitar la difusión del contenido del proceso, de ser el caso, debe ser garantizada adoptando las medidas necesarias compatibles con el ejercicio de los derechos procesales de las víctimas.

256. La Corte considera que, en casos como el presente, la negativa de expedir copias del expediente de la investigación a las víctimas constituye una carga desproporcionada en su perjuicio, incompatible con el derecho a su participación en la averiguación previa. En el caso que nos ocupa, esto se tradujo en una violación del derecho de la señora Tita Radilla Martínez a participar plenamente en la investigación. Al respecto, los Estados deben contar con mecanismos menos lesivos al derecho de acceso a la justicia para proteger la difusión de contenido de las investigaciones en curso y la integridad de los expedientes.

Unanimidad de 10 votos a favor de la propuesta modificada. Ausente la señora Ministra Luna Ramos por comisión del Pleno.

Para finalizar, el señor Ministro Presidente Silva Meza puso a consideración del Tribunal Pleno los puntos decisorios de este asunto “Varios”, los cuales se aprobaron por unanimidad de 10 votos (Ausente la señora Ministra Luna Ramos por comisión del Pleno), con las reservas que se han hecho dentro de la discusión en el sentido de sus votos, la expresión de salvedades y también de la formulación de votos particulares y concurrentes, en el sentido de:

Primero: La participación del Poder Judicial de la Federación en la ejecución de la sentencia dictada por la Corte Interamericana de Derechos Humanos en el caso Radilla Pacheco contra los Estados Unidos Mexicanos, se circunscribe a los términos precisados en la presente decisión.

Segundo: Infórmese esta determinación al Pleno del Consejo de la Judicatura Federal y al titular del Poder Ejecutivo Federal, por conducto de las Secretarías de Gobernación y de Relaciones Exteriores, para los efectos a que haya lugar.

Tercero: Publicación y difusión inmediata en los medios oficiales y posteriormente a través de los medios impresos o electrónicos de todo lo resuelto.

2.1.1.4. Comentarios en torno a la primera sentencia local con control difuso de constitucionalidad

Como ya vimos, al ser promulgada el pasado 9 de julio la reforma a varios artículos de la Constitución federal en materia de derechos humanos (1º, 3º, 11, 15, 18, 29, 33, 89, 97, 102 y 105) que, entre otros puntos, permite el control difuso de la Carta Magna por parte de todo tipo jueces —locales y federales—, en el foro jurídico nacional y en la academia se desató un amplio debate sobre el tema, con posiciones extremas que van desde quien opina que esta nueva situación —aderezada con la resolución de la SCJN en el Caso Rosendo Radilla— generará anarquía y mayores niveles de impunidad,

hasta los que sostienen que se dio un gran paso hacia la modernización de nuestro sistema jurídico nacional, poniéndonos al parejo de los países más desarrollados.⁴⁸

La polémica arreció al conocerse —el pasado 8 de agosto—, que un magistrado local en Nuevo León, Carlos Emilio Arenas Bátiz, aplicó el mencionado control difuso en una sentencia que declaró inconstitucional un precepto del Código Penal local, decretando la libertad de tres policías al revocar un auto de formal prisión que conoció mediante un recurso de apelación. El citado juzgador publicó un artículo en la revista *Foro Jurídico* en el que funda y defiende su resolución, que constituye el primer fallo en el país en donde se aplica el control difuso de la Constitución por parte de un juzgador no federal, y lo hace en los siguientes términos:

El pasado 8 de agosto de este año, dicté la que resultó ser la primera sentencia del país en la que un juez local desaplica una norma legal por considerarla inconstitucional. Sentencia de la cual a continuación comentaré algunos aspectos, con el propósito de incluir a un mayor número de interesados en el debate que se ha suscitado sobre diversos aspectos del control difuso de constitucionalidad en México.

1. FUNDAMENTO DEL CONTROL DIFUSO DE CONSTITUCIONALIDAD

El primer aspecto que quisiera comentar, es el relativo a cuál considero que es el fundamento de la facultad de los jueces locales para desaplicar normas inconstitucionales. En estos días he escuchado opiniones en el sentido de que el control difuso en México carece aún de fundamento y que no estará autorizado sino hasta que la SCJN formalmente interrumpa o deje sin efecto las jurisprudencias históricas que prohíben el control difuso. Sin embargo, mi opinión es que las jurisprudencias que prohibían el control difuso, quedaron sin efecto en virtud de la reforma Constitucional publicada el 10 de junio de 2011, y que precisamente estas reformas son el fundamento que autoriza a los jueces para que en las sentencias que dicten, desapliquen al caso concreto las normas que consideren inconstitucionales.

En efecto, es cierto que la jurisprudencia de la SCJN históricamente había prohibido a los juzgadores locales realizar control difuso de la Constitucionalidad, porque “sólo el Poder Judicial de la Federación puede hacer declaraciones de inconstitucionalidad y no tiene intervención alguna la justicia local en la defensa jurisdiccional de la Constitución aun en el caso del artículo 133 de la misma, en relación con el 128 del propio ordenamiento, que impone a los juzgadores la

⁴⁸ Revista Foro Jurídico, disponible en http://www.forojuridico.org.mx/Foro_Juridico/Inicio.html, el 26 de septiembre de 2011.

obligación de preferir a la Ley Suprema, cuando la ley del estado o local la contraría, ya que, de acuerdo con los artículos 103 de la ley suprema y primero de la Ley de Amparo, la constitucionalidad o inconstitucionalidad de las leyes, es de la competencia exclusiva de los Tribunales Federales de Amparo, y los tribunales locales carecen en absoluto de competencia para decidir controversias suscitadas con ese motivo.⁴⁹

Pero también es cierto que una jurisprudencia, por más firme e histórica que sea, queda sin efectos cuando el legislador hace una reforma sustancial a los preceptos que aquella interpreta. Precisamente por esta razón, la jurisprudencia relativa al control difuso de constitucionalidad, que hacía una interpretación sistemática⁵⁰ entre otros de los artículos 103, 105, y 133 de la Constitución, quedó sin efectos cuando a esta ecuación Constitucional, formada por los preceptos antes citados, se le agregaron otras normas que fueron adicionadas a la Carta Magna por decreto del 10 de junio de 2011, publicado en el Diario Oficial de la Federación. Destacando entre las nuevas normas Constitucionales que inciden en el tema, el artículo 1° que ahora establece en sus primeros párrafos, lo siguiente:

Artículo 1o. En los Estados Unidos Mexicanos todas las personas gozarán de los derechos humanos reconocidos en esta Constitución y en los tratados internacionales de los que el Estado Mexicano sea parte, así como de las garantías para su protección, cuyo ejercicio no podrá restringirse ni suspenderse, salvo en los casos y bajo las condiciones que esta Constitución establece.

Las normas relativas a los derechos humanos se interpretarán de conformidad con esta Constitución y con los tratados internacionales de la materia favoreciendo en todo tiempo a las personas la protección más amplia.

Todas las autoridades, en el ámbito de sus competencias, tienen la obligación de promover, respetar, proteger y garantizar los derechos humanos de conformidad con los principios de universalidad, interdependencia, indivisibilidad y progresividad. En consecuencia, el Estado

⁴⁹ Vid. Tesis con el rubro Control Difuso de la Constitucionalidad de las Leyes, así como la tesis Control Difuso de la Constitucionalidad de Normas Generales. No lo Autoriza el Artículo 133 de la Constitución (No. Registro: 193435.tesis P./J. 74/99, jurisprudencia)

⁵⁰ La interpretación sistemática, impide darle a una norma un sentido que resulte derogatorio de otras normas, de tal manera que nunca fue sistemático invocar los artículos 103 y 105, para dejar desprovisto de todo significado a la parte final del artículo 133 constitucional.

deberá prevenir, investigar, sancionar y reparar las violaciones a los derechos humanos, en los términos que establezca la ley.

Para instaurar el control difuso en el país, no se requiere que la SCJN reinterprete el artículo 133 Constitucional y consolide una nueva jurisprudencia que interrumpa a la que prohibía el control difuso. Más bien lo que se requiere es simplemente aplicar el nuevo artículo 1° Constitucional, que obliga a “todas las autoridades”, en el ámbito de sus competencias, a respetar, proteger y garantizar los Derechos Humanos. Siendo la principal competencia de los jueces la de dictar sentencias, resulta entonces que, con fundamento en el artículo 1° de la Constitución Federal, están facultados y obligados a que sus sentencias sean conformes con los Derechos Humanos previstos tanto en la Constitución como en los tratados internacionales. Incluso, yo diría que la Suprema Corte, en su sesión plenaria del día 12 de julio del año en curso, cuando por mayoría se pronunció en el sentido de que el control difuso estaba autorizado para los jueces locales, no hizo una nueva reflexión o una reinterpretación de los mismos los artículos 103, 105 y 133 Constitucionales, que ya había interpretado en la jurisprudencia que prohibió el control difuso; sino que estos artículos los interpretó, pero ahora en unión del artículo 1° recién aprobado por el Constituyente Permanente, y concluyó que la Carta Magna, precisamente por la adición de este último precepto, ahora establecía un nuevo modelo de control de constitucionalidad. Literalmente la Corte dijo lo siguiente:

“POR MAYORÍA DE SIETE VOTOS DE LOS SEÑORES MINISTROS COSSÍO DÍAZ, FRANCO GONZÁLEZ SALAS, SALDIVAR LELO DE LARREA, VALLS HERNÁNDEZ, SÁNCHEZ CORDERO DE GARCÍA VILLEGAS, ORTIZ MAYAGOITIA Y PRESIDENTE SILVA MEZA, se determinó que el modelo de control de convencionalidad y constitucionalidad que debe adoptarse a partir de lo establecido en el párrafo 339, de la sentencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos, en el caso 12.511. Rosendo Radilla Pacheco, contra los Estados Unidos Mexicanos, y en los artículos 1°, 103, 105 y 133, de la Constitución Federal, propuesto por el señor Ministro Cossío Díaz, es en el sentido de que:

1. Los jueces del Poder Judicial de la Federación al conocer de controversias constitucionales, acciones de inconstitucionalidad y de amparo, pueden declarar la invalidez de las normas que contravengan la Constitución Federal y/o los tratados internacionales que reconozcan derechos humanos. 2. Los demás jueces del país, en los asuntos de su competencia, podrán desaplicar las normas que infrinjan la Constitución Federal y/o los tratados internacionales que reconozcan derechos humanos, sólo para efectos del caso concreto y sin hacer una declaración de invalidez de las disposiciones. Y 3. Las autoridades del país que no ejerzan funciones jurisdiccionales, deben interpretar los derechos humanos de la manera que más los favorezca, sin que estén facultados para declarar la invalidez de las normas o para desaplicarlas en los casos concretos.”

Así pues, para mí, el control difuso de constitucionalidad rige en el país a partir del 10 de junio, por voluntad del Constituyente Permanente. También es determinante para considerar que en México rige el control difuso de constitucionalidad, el criterio que la Corte Interamericana de Derechos Humanos adoptó en la sentencia dictada en septiembre de 2006, para resolver el Caso Almonacid Arellano y otros Vs. Chile, y que reiteró en la sentencia que en noviembre de 2009, dictó contra el Estado Mexicano, para resolver el Caso 12.511. Rosendo Radilla Pacheco, en el sentido de que todos los jueces de los países suscriptores de la Convención Americana sobre Derechos Humanos, estaban obligados a ejercer, incluso de oficio, el control de convencionalidad, esto es, desaplicar cualquier norma de derecho interno que fuere contraria a los Derechos Humanos previstos en la citada Convención. Sería absurdo reconocer que los jueces locales están obligados al control difuso de convencionalidad para desaplicar normas legales contrarias a los Derechos Humanos previstos en la citada Convención; y al mismo tiempo declararlos impedidos para ejercer el control difuso de constitucionalidad, no obstante que ambos custodian prácticamente los mismos Derechos Humanos.

2. CAUSAS DE INCONSTITUCIONALIDAD DE LA NORMA

Otro tema relevante a comentar, es el relativo a las causas por las cuales consideré como inconstitucional el artículo 224, fracción V, del Código Penal del Estado de Nuevo León, en el cual se tipifica uno de los denominados delitos cometidos en la administración y procuración de justicia. Precepto éste, cuyo texto es el siguiente:

“Artículo 224. Se impondrán las sanciones previstas en este Capítulo a los servidores públicos, empleados o auxiliares de la Administración y Procuración de Justicia y de los Tribunales Administrativos, que cometan alguno de los siguientes delitos: ... V.- No cumplir una disposición que legalmente se les comunique por su superior competente, sin causa fundada para ello” Pues bien, para mí el precepto anterior es inconstitucional porque es contrario al artículo 14, párrafo tercero, de la Constitución Federal, que establece el derecho humano a la legalidad penal, en los siguientes términos: “Artículo 14...En los juicios del orden criminal queda prohibido imponer, por simple analogía, y aún por mayoría de razón, pena alguna que no esté decretada por una ley exactamente aplicable al delito de que se trata.” Derecho Humano a la legalidad penal, del cual se derivan por lo menos tres principios o mandatos de jerarquía Constitucional, que legisladores y jueces deben cumplir en materia penal. Siendo estos, los siguientes: a) Principio o mandato de taxatividad; b) Principio o mandato de determinación, y; c) Principio o mandato de reserva legal. Se puede “denominar mandato de ‘determinación’ a la exigencia emanada del derecho a la legalidad penal para que el legislador describa de manera clara y precisa las conductas prohibidas y sus consecuencias jurídicas, y mandato de ‘taxatividad’ a la exigencia dirigida al juez para que se abstenga de aplicar las normas penales a los casos que no vengan expresamente

previstos en las mismas, más allá del sentido literal posible.”⁵¹ Mientras que “La reserva de ley para el establecimiento de los delitos y las penas es una exigencia del Estado de derecho... que expresa la exigencia de mantener en las manos del legislador la potestad de establecer los delitos y las penas.” Ya lo dijo Beccaria, en su obra clásica *De los delitos y de las penas*, que “sólo las leyes pueden decretar las penas de los delitos y esta autoridad debe residir únicamente en el legislador, que representa toda la sociedad unida por el contrato social”⁵²

Esto es, el legislador es soberano en decidir qué conductas penaliza o despenaliza, por lo tanto la reserva de ley no es una garantía de “contenido”. Pero la Constitución sí limita la forma o procedimiento al establecer que sólo las leyes pueden decretar delitos. Atento a lo anterior, estaría afectada de indudable inconstitucionalidad, una norma penal que delegara a cualquier autoridad distinta del legislador, la delimitación de las conductas prohibidas delictuosas. Y esto es precisamente lo que hace, el citado artículo 224, fracción V, del Código Penal local, pues este artículo delega al servidor público jerárquicamente superior, en las áreas de Procuración y Administración de Justicia, la facultad de dictar disposiciones cuyo incumplimiento por parte del inferior jerárquico, constituiría un delito. El referido artículo 224, fracción V, es una ley penal en blanco, que autoriza a los servidores públicos de jerarquía superior, por ejemplo, de la Procuraduría General de Justicia, del Poder Judicial del Estado, o de los Tribunales Administrativos, para que sean ellos los que dicten las disposiciones cuyo incumplimiento será delito. Lo cual está prohibido por la Constitución Federal, pues ningún poder o persona puede decretar delitos, ni siquiera por delegación legislativa, pues sólo el Poder Legislativo puede hacerlo.

Si validáramos como constitucional al referido artículo 224, fracción V, tal cosa implicaría darle a un servidor público el poder antidemocrático de dictar órdenes cuyo incumplimiento sería delito sancionado con pena de prisión. Así, el superior competente podría ordenar “mañana la hora de entrada es a las 7:00 a.m.” o “este documento debe terminarse hoy”, y el empleado inferior jerárquico tendría que enfrentar la cárcel si no cumpliera a cabalidad tales disposiciones.

En el caso concreto resuelto por la sentencia del 8 de agosto, el Ministerio Público hizo consistir la desobediencia de los inculpados, en que estos portaban equipo de radiocomunicación (Nextel)

⁵¹ INZUNZA CÁZARES, Enrique. *La exacta aplicación de la ley penal y el mandato de determinación*. México, Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM, 2009, pp. 60-61. *Ibíd*em, p. 66.

⁵² BECCARIA, Cesare. *De los delitos y de las penas*, trad. De las Casas, Madrid, Edit. Alianza, 1993, pp. 30 y 31. Citado por INZUNSA, ob. cit., p. 66.

distinto al que les fue proporcionado oficialmente para el desempeño de su cargo. Conducta ésta que, junto con otras como “presentarse después del horario señalado para el inicio del servicio o comisión, sin causa justificada”, o “faltar a su servicio sin permiso o causa que lo justifique”, o “realizar colecta de fondos o rifas durante el servicio” y otras varias de mayor gravedad; están previstas en la Ley de Seguridad Pública Para el Estado de Nuevo León (arts.158 y 218), como conductas prohibidas para los policías, cuya realización ameritaría alguna de las sanciones disciplinarias que la propia Ley de Seguridad prevé (apercibimiento, amonestación, arresto, cambio de adscripción, suspensión temporal, inhabilitación, destitución). Pero aun siendo la referida conducta de portar equipos “Nextel” no autorizados, una desobediencia a las órdenes del superior competente, y una infracción administrativa que amerita sanción disciplinaria, sin embargo, dicha conducta no puede ser constitutiva de delito, simple y sencillamente porque el legislador —único autorizado para establecer los delitos— no la ha descrito de manera taxativa en un tipo penal determinado.

Con razonamientos análogos a los anteriores, la SCJN ha declarado la inconstitucionalidad de diversos preceptos legales, por violar el principio Constitucional de reserva de ley en materia penal. Como opiniones que difieren de considerar inconstitucional al referido delito previsto en el artículo 224, fracción V, del CPNL, he oído las de aquellos que consideran que este delito es semejante a otros cuya constitucionalidad no está cuestionada, y que sancionan a los gobernados por desobedecer a las autoridades administrativas o judiciales. Por ejemplo, el delito de quebrantamiento de sellos, que penaliza la conducta de desobedecer la orden de clausura impuesta por una autoridad administrativa (art. 189 CPNL), o el delito que sanciona al particular que desobedece la medida de vigilancia impuesta por la autoridad judicial, consistente en prohibición para conducir vehículos automotores que requieran licencia para conducir (art. 180, fracción I, CPNL). Sin embargo en mi opinión, estos últimos delitos sí cumplen con los mandatos constitucionales de reserva legal, de determinación y de taxatividad, pues no penalizan la desobediencia de una orden cualquiera o indeterminada de autoridad administrativa, sino que se refieren a la desobediencia de órdenes administrativas o judiciales específicas, que el propio legislador ha determinado en el tipo penal (vgr. desobedecer una clausura, un orden judicial de arraigo, o una medida de vigilancia).

3. REGLAS PROCESALES DEL CONTROL DIFUSO DE CONSTITUCIONALIDAD

Otros diversos temas que han suscitado un interesante debate, giran en torno a cuáles deberían ser las reglas procesales para el ejercicio del control difuso en México. Particularmente se debate si éste deberían ejercerlo los jueces locales, de oficio o a petición de parte; y si las sentencias que éstos dicten haciendo interpretación constitucional, deberían ser revisadas por el PJF, de oficio, o a petición de parte agraviada. Por cuanto hace a si los jueces locales, de oficio o sólo a

petición de parte, deben estudiar si las leyes que aplicarán al caso concreto sometido a su juzgamiento, son o no conformes con la Constitución y las demás normas supremas del país, como tal es el caso de los tratados internacionales que garantizan Derechos Humanos. Debe decirse que sobre esto pueden encontrarse varios modelos posibles en el derecho comparado de los cuales al menos tres distintos rigen en México, que serían los siguientes:

1. A petición de parte, la desaplicación de normas inconstitucionales que los magistrados federales pueden hacer en un amparo directo promovido contra alguna sentencia en la que se hubiere aplicado precisamente una ley con vicios de inconstitucionalidad. Me refiero aquí al denominado amparo directo contra leyes, que más que un medio de control constitucional de leyes, es un medio de control de constitucionalidad de sentencias, equiparable al control difuso de constitucionalidad a cargo de los jueces locales. En cambio, el amparo indirecto sí es propiamente un medio de control de constitucionalidad de leyes, aunque con efectos relativos pues únicamente beneficia al quejoso.

2. Es de oficio y también a petición de parte, la desaplicación de normas inconstitucionales que deben hacer los juzgadores federales, ya sea en el amparo directo contra sentencias o en el amparo indirecto, siempre y cuando la ley aplicable al caso haya sido previamente declarada como inconstitucional por la jurisprudencia de la SCJN. Así lo establece el artículo 76 Bis, fracción I, de la Ley de Amparo.

3. Es de oficio y también a petición de parte, la desaplicación de normas contrarias a los Derechos Humanos consignados en la Convención Americana sobre Derechos Humanos, que deben hacer todos los juzgadores mexicanos en el marco de sus respectivas competencias. Así lo ha determinado la CIDH, en diversos precedentes, y específicamente en el Caso 12.511. Rosendo Radilla Pacheco, dijo que en México “el Poder Judicial debe ejercer un ‘control de convencionalidad’ ex officio entre las normas internas y la Convención Americana, evidentemente en el marco de sus respectivas competencias”. No se omite mencionar que en México, el control de convencionalidad ya ha sido ejercido por varios tribunales, ya sea a petición de parte o de oficio.

Ahora bien, de los tres modelos anteriores, me parece que lo más conveniente para el control difuso de constitucionalidad en México sería que éste tuviera las mismas reglas que el control difuso de convencionalidad. Esto es, que ambos se puedan ejercer de oficio. De otro modo, si se adoptaran para el control difuso de constitucionalidad, reglas procesales que lo encarecieran, entonces los juzgadores locales terminaríamos eludiendo el control difuso de constitucionalidad, y aplicando en lugar de éste el más accesible control difuso de convencionalidad. De hecho, esto fue lo que hizo la Sala Superior del Tribunal Federal Electoral, en el caso Hank Rhon, pues para

eludir la jurisprudencia de la Suprema Corte que establecía que el “tribunal electoral del Poder Judicial de la Federación carece de competencia para pronunciarse sobre inconstitucionalidad de leyes”, el referido tribunal electoral lo que hizo fue que la norma legal la confrontó con lo dispuesto en los tratados internacionales en materia de Derechos Humanos, para concluir la desaplicación de aquella por ser contraria a éstos. Esto es, el Tribunal Electoral logró desaplicar una norma legal contraria a un Derecho Humano, pero evitando confrontar la norma con la Constitución (pues esto se lo prohibía la SCJN), y en lugar de esto confrontó a la norma de derecho interno, con los tratados internacionales ratificados por México.

Considerando esta experiencia, opino que si se encarecieran las reglas del control difuso de constitucionalidad, se correría el riesgo de que la SCJN pierda entre los jueces locales su liderazgo en materia de derechos humanos, asumiendo dicho liderazgo la CIDH.

Sobre el segundo de los puntos procesales a debate, esto es, si las sentencias que los jueces locales dicten haciendo interpretación constitucional, deberían ser revisadas por el Poder Judicial de la Federación (PJF), mi opinión categórica es que todas las sentencias en las que los jueces locales hagan interpretación constitucional, sí deben poder ser revisadas por el PJF. Los tribunales federales, y particularmente la SCJN son y deben seguir siendo los custodios finales de la Constitución, y la instancia que homologue en todo el país la interpretación de nuestra Carta Fundamental.

Hasta antes del 10 de junio pasado, en el modelo de control concentrado de constitucionalidad que regía en el país, el PJF era la única instancia que podía dejar de aplicar al caso concreto, una norma inconstitucional. En este esquema, los juzgadores que integramos los poderes judiciales locales, cuando identificábamos que la norma legal aplicable al caso era inconstitucional, de cualquier modo estábamos obligados por la jurisprudencia de la Corte, a aplicar la referida norma inconstitucional. Esto es, a resolver en contra de la Constitución y en perjuicio del justiciable quien debía luego promover Juicio de Amparo contra nuestra sentencia, para lograr así que la justicia federal lo salvara de la inconstitucionalidad y corrigiera el error de los jueces locales. “La Suprema Corte es tan celosa en la defensa de la Constitución, que no permite que nadie más la defienda”. Esta fue la divisa que provocó el esquizofrénico modelo mexicano, según el cual debían regir simultáneamente, un moderno Estado Constitucional de Derecho, garantizado por el PJF, y un decimonónico Estado Legal de Derecho, garantizado por los poderes judiciales locales.

Pero en el modelo de control difuso de la constitucionalidad, que rige en el país desde el 10 de junio, el PJF, ya no debe ser más la única, aunque sí la última y definitiva instancia en materia de

interpretación constitucional. Queda clarísimo que el PJF debe actuar como controlador último de la interpretación constitucional en México.

Un tema que sí requiere de mayor estudio, es definir si dicha revisión o control a cargo del PJF, lo deberá hacer la jurisdicción constitucional, de oficio o a petición de parte. Si fuera de oficio, esto significaría que los juzgadores locales automáticamente deberíamos remitir a los juzgadores federales, para su conocimiento y control, toda resolución que emitiéramos ejerciendo control difuso de constitucionalidad. Si fuera a petición de parte, dicha remisión la haríamos sólo en aquellos casos en que al menos uno de los justiciables hubiera promovido el respectivo juicio de amparo. En este último supuesto, habría que asegurarse que todas las resoluciones definitivas de los juzgadores locales, en donde se hubiera ejercido el control de constitucionalidad, fueran susceptibles de impugnarse en amparo.

La sentencia ejerciendo control difuso de constitucionalidad, dictada el pasado día 8 de agosto, es una sentencia penal absolutoria, la cual de acuerdo con los criterios de jurisprudencia tradicionales, no puede ser impugnada por el Ministerio Público vía amparo, y menos aún si se trata de una sentencia que declara la inconstitucionalidad de un precepto penal, y tampoco puede ser materia de una controversia constitucional, pues éstas no proceden contra resoluciones jurisdiccionales. Situación ésta, que pone en evidencia una laguna en el nuevo modelo de control difuso de constitucionalidad, la cual deberá ser resuelta vía jurisprudencial o mediante reforma legal.

Nadie puede negar que al control difuso de constitucionalidad en México, le falta mucho para consolidarse, y no podría ser de otra manera, pues acaba de nacer. Pero es mi convicción que esta importante institución jurídica, madurará en poco tiempo, con la actuación prudente de todos los juzgadores mexicanos, y bajo el liderazgo jurisprudencial de la SCJN.

2.1.1.5. Consideraciones al nuevo modelo de control difuso

La reforma constitucional en materia de derechos humanos del 10 de junio de 2011 abrió el camino al nuevo modelo de control difuso que la SCJN estableció en la determinación respecto de las obligaciones concretas que correspondían al Poder Judicial de la federación en la sentencia del caso Rosendo Radilla Pacheco, emitida por la CIDH.

La sentencia del caso Radilla se analizó en un momento clave, pues fue después de las reformas constitucionales en materia de derechos humanos y de amparo, pero antes de que las segundas entren en vigor y que el legislador expida la nueva Ley de Amparo, de manera que éste, para darles un marco legal que las haga posibles y eficientes, deberá tomar en consideración las decisiones de la Corte. Esto, aunado a la entrada de la décima época de la Suprema Corte, implicará todo un nuevo sistema de justicia constitucional. Se abandonarán criterios y se construirá un nuevo marco para la justicia, no solo la constitucional, sino la nacional, a la luz de las recientes reformas constitucionales.

La construcción de un diálogo entre jurisdicciones que reconoce la coexistencia de sistemas nacionales, regionales e internacionales no puede más que ayudar a contribuir con la garantía y promoción de los derechos y en el desarrollo de estándares regionales que harán que todas las personas puedan aspirar a tener una mejor calidad de vida y un mayor respeto de sus libertades y derechos.

La decisión sobre el cumplimiento de la sentencia del caso Radilla le da sentido al nuevo artículo 1° constitucional, si bien en circunstancias aún poco claras debido a la naturaleza del procedimiento. Aún así, la Suprema Corte, como intérprete de la Constitución ha definido el alcance que tiene el nuevo marco constitucional de los derechos humanos y con sus determinaciones ha delineado el nuevo modelo de control difuso de la constitucionalidad, en el que todos los jueces del Estado mexicano están facultados para inaplicar normas generales que a su juicio consideren transgresoras de los derechos humanos contenidos en la propia Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos y en los Instrumentos internacionales en materia de derechos humanos.

2.1.2. Control concentrado o europeo de la constitucionalidad

Es sabido que el control concentrado de la constitucionalidad de leyes y actos de autoridad tuvo su consolidación en los albores del siglo XX, con las aportaciones del austriaco Hans Kelsen, quien elaboró todo un proyecto conformador de la Constitución Austriaca de 1920, y que, entre otras cosas, arrojó la figura e implementación del tribunal constitucional como órgano jurisdiccional facultado y encargado de ejercer la revisión y el control de todas aquellas normas generales y actos de autoridad que pudieran ir en contra de la supremacía constitucional.

Este control concentrado se contrapone al control difuso americano, en razón de que dicho control constitucional ya no ha de estar en manos de los jueces de la jurisdicción ordinaria, sino que será un órgano investido de atribuciones garantistas e independiente de los poderes públicos tradicionales, en cuyo entorno judicial se inste la prevalencia del principio sagrado de la supremacía constitucional⁵³ de toda la normativa secundaria y demás actos de autoridad que de la propia ley fundamental de una nación emanen; que, como tribunal constitucional ha de atender, analizar y resolver todas aquellas controversias que del ejercicio diario de la administración pública, en sus tres niveles de gobierno y en sus tres esferas competenciales, lleguen a vulnerar el Estado constitucional sustentado por las naciones con espíritu democrático.

De esta manera se sostiene que el control ejercido por un tribunal constitucional es concentrado en razón a que solo a dicho órgano jurisdiccional le corresponde determinar si una ley o un acto se apegan o no a una constitución, y, por ende, dicho control no se encuentre ejercido de manera difusa por los distintos órganos judiciales

⁵³ El jurista Alberto del Castillo del Valle explica muy bien lo que se debe entender por supremacía constitucional, al referir que dicho principio: "...hace de la Constitución la norma jurídica de mayor jerarquía, que es la base del orden de Derecho y del que derivan todos los actos de autoridad, incluyendo las leyes, sin que alguna autoridad tenga la potestad de obrar contrariamente al mandato constitucional, pues sus actos serán entonces susceptibles de ser anulados por esa violación al orden jurídico supremo". DEL CASTILLO DELVALLE, Alberto, *Defensa jurídica de la Constitución en México*, Educación Cumorah, AC, 2004, página 21.

con jurisdicción ordinaria, como lo prevé el sistema jurídico estadounidense, sino por un solo órgano especializado en cuestiones exclusivas de revisión y control de la constitucionalidad de los actos y normativa derivada de dicho orden supremo.

Desde esa óptica, es inconcuso que para que prevalezca la supremacía de la constitución de un Estado, es menester que se constituyan tribunales que sean integrados por peritos en derecho con especialización constitucionalista, a fin de que toda cuestión, planteamiento, controversia y petición relativa a la salvaguarda de la constitucionalidad y legalidad de los actos de autoridad y de gobierno, sea atendida de la manera más eficiente y eficaz, pugnando por que impere un estado de Derecho funcional, que mantenga la paz y la armonía social entre autoridades y de éstas con sus gobernados y justiciables. Así lo considera el tratadista argentino Osvaldo Alfredo Gozaíni ⁵⁴ en su libro *La justicia constitucional. Garantías, proceso y tribunal constitucional*, al proclamar:

... la superioridad de las normas fundamentales requiere de jueces que las protejan y les den lectura apropiadas; ellas podrían referirse a cualquier magistrado, pero nos parece que en las actuales condiciones que atraviesa el Poder Judicial y justamente como un refuerzo al prestigio que nunca debió perder, se necesitaría un órgano especializado, como es el Tribunal Constitucional.

Ahora bien, en México se contempla y se regula el control jurisdiccional concentrado de la constitucionalidad de leyes y actos de autoridad, acorde a lo previsto por los artículos 103, 105 y 107, con el juicio de amparo, las acciones de inconstitucionalidad y las controversias constitucionales, entre otros preceptos normativos de la Carta Magna, al tenor de las atribuciones ya previstas y aumentadas por el constituyente permanente de la época y publicadas en el *Diario Oficial de la Federación* el 31 de diciembre de 1994, para tener aplicación y vigencia a partir de 1995, en donde, entre otras cosas, se reestructura la integración y conformación de la

⁵⁴ GOZAÍNÍ, Osvaldo Alfredo. *La justicia constitucional. Garantías, proceso y tribunal constitucional*. Desalma. Buenos Aires. 1994. p. 56.

Suprema Corte de Justicia de la Nación, además de derivar los quehaceres administrativos concernientes a la supervisión y vigilancia de los demás órganos integrantes del Poder Judicial de la Federación (tribunales colegiados y unitarios de circuito y juzgados de distrito), para encomendárselos a un nuevo órgano denominado Consejo de la Judicatura Federal. De igual manera, se le confieren atribuciones plenas de control y revisión de la constitucionalidad de los actos de autoridad y leyes, tanto hacia la Federación como hacia las entidades federativas y sus municipios. Esto, en definitiva, marcó una nueva época en el Estado constitucional mexicano, ya que prevalecía un fuerte y hegemónico control político ejercido por el Presidente de la República sobre el sistema jurídico mexicano, pero se abrieron las puertas a la democracia constitucional al consolidarse el sistema jurisdiccional de control de la constitucionalidad a favor de la Suprema Corte de Justicia de la Nación, al conferirle, sin serlo formalmente, empero sí de manera material, atribuciones de un tribunal constitucional, con la encomienda concentrada de hacer prevalecer el principio de supremacía constitucional.

De ahí la relevancia de preponderar los postulados del jurisconsulto José de Jesús Gudiño Pelayo,⁵⁵ en lo concerniente al fortalecimiento de la justicia constitucional local en México, al plantear que: "... los instrumentos de control constitucional son el medio a través del cual se realiza y alcanza el efectivo cumplimiento de la Constitución, ante todo por las propias autoridades obligadas o facultadas por ella para actuar. Si esto es cierto en el plano federal también lo es en el plano estatal."

Gudiño advierte que:

Las pautas que impone la Constitución federal al legislador estatal, más que como limitaciones deben entenderse como el mejor pretexto para la creatividad y el ingenio legislativo, como el mejor motivo para encontrar formas nuevas o probadas que encaucen todo lo que el contexto sociopolítico estatal exige. Y ahora exige constituciones estatales efectivas, que en realidad se

⁵⁵ GUDIÑO PELAYO. *Op. Cit.* p. 48.

hagan valer como constituciones que son y cuya inobservancia no propicie, al menos en la primera instancia, que la reparación de la falta sea ordenada por un poder ajeno a su vida institucional.

Y propone:

En todo caso, podrían crearse medios de control constitucional para remediar aquellos actos a través de los cuales las autoridades estatales hayan violentado, en perjuicio de algún gobernado, alguno de los derechos que las cartas locales les establecen, algo así como un juicio de amparo local. También podrían crear procedimientos encaminados al examen previo o posterior, en abstracto o en concreto, de la regularidad y conformidad de las leyes y reglamentos estatales y municipales en relación con la Constitución estatal, creando para tal efecto un órgano especial o facultando a uno de los ya existentes.

Por ende, dicho tratadista, quien enmarca y fortifica perfectamente parte del marco teórico sustentado en este apartado, concluye que:

La posibilidad de que los Estados puedan remediar las faltas que se cometen contralas disposiciones de sus propias constituciones, sin requerir para ello de acudir, al menos en primera instancia, a la potestad federal, fortalece el régimen estatal e incrementa la fuerza y vigencia de la Constitución estatal como norma jurídica. Los instrumentos de control interno que ellas puedan prever para remediar estas violaciones tienden una carretera que lleva al surgimiento de un constitucionalismo estatal fuerte, autosuficiente, comprensivo y altamente protector de su propia autonomía.

2.1.3. Control mixto de la constitucionalidad

El control mixto de la constitucionalidad de índole jurisdiccional implica la implementación combinada de los controles concentrado y difuso en la defensa y salvaguarda del principio de supremacía constitucional, en torno a la normativa ordinaria y los actos de autoridad y de gobierno que provengan del quehacer ordinario.

En los sistemas donde operan los controles mixtos de la constitucionalidad por vía jurisdiccional, por lo general cuentan con un órgano judicial supremo que revisa y controla la constitucionalidad abstracta y concentrada de la normativa y los actos de

autoridad y de gobierno que proceden de las actividades ordinarias de los entes del servicio público; y, complementariamente, diversos tribunales de la jurisdicción ordinaria, por la vía incidental *inter-procesum*, tienen atribuciones de inaplicación de leyes que se estiman atentatorias a la supremacía de la Constitución.

De haber alguna inconformidad de las partes contendientes, al considerar errado el actuar del juez ordinario en cuanto a dicha inaplicación de la ley, en uso de la facultad difusa del control constitucional ejercido equivocadamente, tal agraviado podrá acudir ante el propio tribunal supremo que ejerce el control concentrado, vía impugnación de grado, para que, con atribuciones de órgano judicial de control concentrado de la constitucionalidad, llegue a reconsiderar al respecto de la referida inaplicación de la normativa considerada por el *iudex a quo* de inconstitucional.

Ahora bien, se estima que el control mixto de la constitucionalidad de los actos de autoridad se hace presente en México dentro del sistema jurídico electoral, con motivo de las reformas a la Constitución Federal y a la Ley General del Sistema de Medios de Impugnación en Materia Electoral del 13 de noviembre de 2007 y del 1 de julio de 2008, respectivamente. En atención a lo previsto en el párrafo sexto del artículo 99 constitucional, y del 6º, apartado 4, de la legislación procesal electoral en cita,⁵⁶ los órganos jurisdiccionales en materia electoral de la federación cuentan con atribuciones de control difuso de la constitucionalidad de los actos emanados de las autoridades electorales, tanto administrativas provenientes del Instituto Federal Electoral y los órganos electorales de las entidades federativas, como jurisdiccionales en torno a las resoluciones pronunciadas por los tribunales electorales locales, así como de los partidos políticos con motivo del desarrollo de sus procesos internos de solución a conflictos político-electorales de sus afiliados y simpatizantes, con la posibilidad de inaplicar las leyes o preceptos legales que se contrapongan a la Constitución Política de

⁵⁶ “Sin perjuicio de lo dispuesto por el artículo 105 de esta Constitución, las salas del Tribunal Electoral podrán resolver la no aplicación de leyes sobre la materia electoral contrarias a la presente Constitución. Las resoluciones que se dicten en el ejercicio de esta facultad se limitarán al caso concreto sobre el que verse el juicio. En tales casos la Sala Superior (del Tribunal Electoral) informará a la Suprema Corte de Justicia de la Nación.”

los Estados Unidos Mexicanos. Con la salvedad que, de intentarse la acción de inconstitucionalidad de determinadas leyes electorales que se estimen en contra de la Constitución federal, con motivo de alguna reforma hacia el sistema electoral federal, o bien hacia el sistema electoral de las entidades federativas, éstas se tendrán que ejercitar ante el Pleno de la Suprema Corte de Justicia de la Nación, en su calidad y en funciones de tribunal constitucional, para atender al planteamiento relativo a que si determinada ley o reforma a la legislación electoral, bien federal o bien estadual, se sujetan o no a la Ley Fundamental de la Nación, a través del ejercicio del control concentrado de la revisión constitucional. Como bien lo refiere el doctor en derecho Salvador Olimpo Nava Gomar,⁵⁷ magistrado de la Sala Superior del Tribunal Electoral del Poder Judicial de la Federación, en su ponencia vertida en el Primer Congreso Nacional de Justicia Constitucional en México, celebrado en Acapulco, Guerrero, en junio de 2007, intitulada “Control constitucional de leyes y actos en materia electoral”, al apuntar: “la acción de inconstitucionalidad es una forma de control abstracto de constitucionalidad sobre el contenido normativo de una norma general, en oposición al control concreto que se ejerce respecto de un caso específico de aplicación”.

Añade que: “Lo anterior ilustra la importancia de la interpretación judicial y el destacado papel que la argumentación interpretativa realizada por el Tribunal Electoral desempeña en la definición del contenido y los alcances de los derechos fundamentales de naturaleza político-electoral y del control de constitucionalidad que por esta vía se ejerce...”

Ahora bien, el control difuso que puede ser ejercido por las salas del Tribunal Electoral del Poder Judicial de la Federación, es el mismo que llegan a desplegar los juzgados de distrito pertenecientes, de igual forma, al Poder Judicial Federal, en cuanto a la procedencia del amparo contra leyes –bien del ámbito federal, bien del ámbito local de aplicación– previsto en la fracción I del artículo 114 de la Ley de Amparo,

⁵⁷ NAVA GOMAR, Salvador Olimpo, “Control constitucional de leyes y actos en materia electoral”, en SUPREMA CORTE DE JUSTICIA DE LA NACIÓN, Dirección General de Casas de la Cultura Jurídica y Estudios Históricos, Justicia constitucional en México (Memorias del Primer Congreso Nacional), Suprema Corte de Justicia de la Nación. 2008. pp 199-200 y 208.

Reglamentaria de los artículos 103 y 107 de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos, en cuanto al alcance de los efectos de la sentencia concesoria de amparo a favor del quejoso justiciable, consistentes en la inaplicación –no con efectos *erga omnes*– de la normativa detectada de inconstitucional, sino solo con consecuencias relativas al ciudadano que acudió ante la instancia jurisdiccional garantista. Esto muestra dogmáticamente que lo que en realidad están ejerciendo tales jueces de distrito, al resolver a favor de estimar una norma general de inconstitucional cuando así es detectado y probado por el impetrante de garantías, es un control difuso de la constitucionalidad de leyes, traducido a un control concentrado, empero, de revisión de legalidad o de cuasi-constitucionalidad, pero nunca ejerciendo un control constitucional concentrado al no tener efectos *erga omnes* ante el entorno jurídico social. Si actualmente se intenta la impugnación de una ley detectada contra la Constitución por la vía de la acción de inconstitucionalidad ante la Suprema Corte de Justicia de la Nación y atendida y resuelta por su Pleno, al ejercer dicho alto tribunal sus facultades supremas de órgano de control concentrado de la constitucionalidad, tal normativa impugnada tendría corolarios de no aplicación general con efectos *erga omnes*.

Así, de tenerse que abocar la Corte al ejercicio de algún medio de control constitucional, bien sea la controversia constitucional o bien sea la aludida acción de inconstitucionalidad, con motivo de pretender instar la defensa constitucional referente a determinado acto de gobierno o ley ordinaria estadual que fuese en contra de la Carta Magna de un ente federado; tal juicio de revisión constitucional tendría que contener conceptos de invalidez relacionados con una inconstitucionalidad manifiesta respecto de la Constitución federal, ya que, de aludirse conceptos de invalidez del acto de gobierno o ley ordinaria estadual local anticonstitucional, tal acción devendría en una mera cuestión de revisión de legalidad, a ser estudiada por la propia Corte, empero, no bajo un control constitucional, ya que el alto tribunal argumentaría que la inconstitucionalidad de la ley ordinaria impugnada no contravendría la Constitución Federal, sino a la homóloga de la entidad federativa, que le correspondería remediar el constituyente local de las entidades federativas. Así lo ha sostenido el Pleno de la

Suprema Corte de Justicia de la Nación en la jurisprudencia ya citada en párrafos precedentes, la cual aparece bajo el rubro y texto siguiente:

CONTROVERSIAS CONSTITUCIONALES ENTRE UN ESTADO Y UNO DE SUS MUNICIPIOS. A LA SUPREMA CORTE SÓLO COMPETE CONOCER DE LAS QUE SE PLANTEEN CON MOTIVO DE VIOLACIONES A DISPOSICIONES CONSTITUCIONALES DEL ORDEN FEDERAL.

Para determinar los planteamientos cuyo conocimiento corresponda a esta Suprema Corte, propuestos mediante la acción de controversia constitucional suscitada entre un Estado y uno de sus Municipios, debe tomarse en consideración que los artículos 105, fracción I, inciso i) de la Constitución General de la República y 10, fracción I de la Ley Orgánica del Poder Judicial de la Federación, limitan su competencia a aquellas controversias que versen sobre la constitucionalidad de los actos o disposiciones generales impugnados, desprendiéndose de ahí que se trata de violaciones a disposiciones constitucionales del orden federal. Por lo tanto, carece de competencia para dirimir aquellos planteamientos contra actos a los que sólo se atribuyan violaciones a la Constitución del Estado o a leyes locales, cuyo remedio corresponde establecer al Constituyente Local o a las Legislaturas de los Estados.⁵⁸

Esto propicia que se tenga que reformar, primero, la propia Constitución General de la República, y en seguida la demás normativa, tanto federal como local, como las constituciones de las entidades federativas y las conducentes leyes reglamentarias, a efecto de insertar, más que un acervo de medios de control constitucional estadual – como ya lo existen en distintos entes federados ya referidos con antelación– un sistema de control de la constitucionalidad y revisión de la legalidad estatal que posibilite la implementación de tribunales autónomos e independientes de los poderes judiciales locales, que permitan la concentración emancipada de la defensa constitucional de la Carta Magna de todas las entidades federativas de la república mexicana. Con ello se consolidaría el derecho infranacional frente al derecho supranacional que hoy en día nos envuelve con el fenómeno de la globalización, y que debe quedar en manos de las autoridades federales, es decir, de la Suprema Corte de Justicia de Nación y los demás órganos jurisdiccionales del Poder Judicial de la Federación, quienes debiesen más bien velar por los conflictos de aplicación de los tratados y convenciones

⁵⁸ *Op. Cit.* Novena Época, Tomo XI de abril de 2000, bajo la Tesis P/J 30/2000, pág. 812.

internacionales en que el país sea parte, más que atender cuestiones de revisión de constitucionalidad y legalidad de los actos y normativa emanadas de las instancias propias de cada ente federado. Dicha función garantista debiera ser encomendada a favor de los tribunales de revisión y control de la constitucionalidad que, con competencia local y emancipados de los poderes judiciales locales, llegasen a examinar todas las controversias y conflictos que importen la defensa de las constituciones estatales de cada ente federado.

Así se pronunció el doctor en derecho Rafael Estrada Michel⁵⁹ en su ponencia “Justicia Constitucional en los Estados de la Unión mexicana”, difundida en la cuarta mesa redonda sobre La Justicia Constitucional en las Entidades Federativas, verificada en Chiapas del 14 al 16 de noviembre de 2007, al aseverar:

... resulta curioso el modelo adoptado hasta el momento por las entidades de la unión mexicana que poseen instituciones de control de la constitucionalidad local: todas ellas se han alejado de la ortodoxia kelseniana, que exige tribunales constitucionales independientes de cualquiera de los tres departamentos en los que tradicionalmente se ha dividido el ejercicio del poder público para incardinar a la justicia constitucional en el ámbito del Poder Judicial estatal. Y dado que se trata de una rama de un poder local, las decisiones de la justicia constitucional local son revisables por la vía de la controversia constitucional en términos del artículo 105 I h) de la Constitución general de la República. Así sucede incluso en los casos de los tres Estados en los que existen “salas constitucionales” (Veracruz de Ignacio de la Llave, Estado de México y Quintana Roo), pues éstas se hallan incardinadas en el Tribunal Superior de Justicia de la entidad federativa, lo mismo que en Coahuila de Zaragoza (que cuenta con control difuso de la constitucionalidad revisable por el pleno del Tribunal Superior) y en Chiapas (que cuenta con un Tribunal Constitucional no autónomo) respecto de la Magistratura Superior del Estado. David CIENFUEGOS SALGADO y José GARZA GRIMALDO han propuesto, para Guerrero, el establecimiento de una “Corte Constitucional” como órgano constitucional autónomo y no como “poder”.

⁵⁹ ESTRADA MICHEL, Rafael, “Justicia constitucional en los estados de la Unión mexicana”, en TRIBUNAL ELECTORAL, *Op. Cit.* Pp. 6-7.

2.2. Medios jurisdiccionales de control constitucional

Los medios jurisdiccionales de control constitucional, como ya se ha planteado y, en contraposición a los medios de control político, tienen la peculiaridad de ser realizados por órganos que ejercen jurisdicción, es decir, que las resoluciones que lleguen a pronunciarse, sean decretadas por jueces constitucionales.

La defensa de la Constitución es una función que solamente le compete al gobierno del Estado, sin que los particulares o gobernados tengan la posibilidad de enderezar los procedimientos tendientes a anular actos de autoridad. Lo más que se puede hacer es iniciar un proceso o procedimiento de control constitucional, haciendo entrar en movimiento al órgano competente para conocer de esa materia.⁶⁰

La justicia, en y para la Constitución, abrió un camino directo hacia la fiscalización de los actos de gobierno, representando un auténtico dique contra la opresión eventual del Estado. Se comprende que la justicia constitucional no es solo defender la carta magna, sino mantenerla, desarrollarla e interpretarla para su fiel penetración en el sentido que reclama la sociedad donde se inscribe como valor fundamental.⁶¹

Los medios de control constitucional por la vía jurisdiccional tienen su precedente en la necesidad de que sean los jueces, como conocedores y peritos del derecho, los que hagan las interpretaciones y ponderaciones alrededor de si una normativa secundaria emanada de un órgano creador de leyes, como lo es el legislativo, se apega o no a la Constitución, de la cual emana todo orden normativo ordinario, para mantener un equilibrio entre la creación y aplicación de leyes que regulen las diversas conductas y actividades políticas, económicas, sociales y culturales de un entorno social determinado, y que dicha normativa no contravenga a la razón de ser y existir de un pueblo identificado y constituido a través de un pacto social, en el que el pueblo delega

⁶⁰ DEL CASTILLO, *Opus citatum*, p. 58.

⁶¹ GOZAÍNÍ, *Opus citatum*, pp. 16-17.

dicha potestad soberana a autoridades que elige directa o indirectamente para que conduzca a su grey a la obtención de la felicidad y el bien común. Desde luego, en un perfil federalista, tal concepción iusfilosófica debe ser introducida al régimen jurídico-constitucionalista de las entidades federativas en México.

Este anhelo de democracia constitucional estadual es visualizado por el jurista Marco Antonio León Hernández⁶² en su ponencia “Una Constitución garantista para las entidades”:

Una Constitución de una entidad de contenidos garantista necesita, (entre otras) de la siguiente característica: Creación de tribunales constitucionales para interpretar la Constitución del Estado, otorgar amparos locales y resolver controversias y acciones de inconstitucionalidad, incluyendo omisiones legislativas y administrativas, acciones de mandato y para investigar violaciones a garantías individuales y al voto público.

De ahí la necesidad jurídica de propiciar la implementación de tribunales autónomos e independientes de los poderes judiciales locales, que tengan la atribución de revisar la constitucionalidad y legalidad de los actos de gobierno y de autoridad, así como leyes consideradas inconstitucionales, tal cual lo lleva a cabo la Suprema Corte de Justicia de la Nación y los demás órganos jurisdiccionales del Poder Judicial de la Federación, empero, con la salvedad de que cada órgano jurisdiccional garantista, tanto los locales anhelados, como los relativos a la Federación, resuelvan en sus respectivos ámbitos de competencia las distintas controversias constitucionales y acciones de inconstitucionalidad, las acciones por omisión legislativa y los juicios de protección a derechos fundamentales del ser humano. Los órganos del Poder Judicial de la Federación atenderían todas las cuestiones de conflictos garantistas provenientes de la aplicación de la normativa federal e interpretación de los tratados y convenciones internacionales en que la república mexicana sea parte; y los tribunales constitucionales locales se avocarían a todos los asuntos infranacionales de revisión garantista estadual,

⁶² LEÓN HERNÁNDEZ, Marco Antonio, “Una Constitución garantista para las entidades federativas”, en GÁMIZ, *et al. Opus citatum*, pp. 191-193.150

provenientes de la aplicación de la normativa estatal y municipal de cada entidad federativa.

Es evidente que la falta de una reforma constitucional integral al actual sistema de revisión y control de la constitucionalidad que se desarrolla en México genera confusión e incertidumbre en el paradigma de la justicia constitucional estadual. Por ello se debe, en esta época contemporánea, imponer la armadura propuesta por uno de nuestros ilustres juristas jaliscienses, Mariano Otero Mestas, en lo tocante al fortalecimiento y consolidación de la justicia constitucional estadual, con una visión proyectiva y prospectiva tendiente a promover e impulsar toda una reforma integral a la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos, a las particulares de los entes federados, y a la correspondiente legislación reglamentaria y orgánica en materia de derecho procesal constitucional, tanto a nivel federal como en el rango local, para impulsar la exquisitez de la impartición de la justicia local garante a través de la implementación de tribunales constitucionales autónomos e independientes de los poderes judiciales locales, que a través de sus magistrados emancipados de cualquier ente de poder tradicional, fortalezcan la defensa de las cartas magnas estatales, promoviéndose la salvaguarda y debida tutela de los correspondientes derechos fundamentales de los gobernados para imponer un nuevo modelo neoconstitucionalista, consistente en el afianzamiento de la justicia constitucional federal y local en la república mexicana.

Si bien los procesos de control han sido reconocidos e implementados en diversas constituciones estatales para tener aplicación en cuestiones de revisión de la constitucionalidad local, no se han emitido las leyes ordinarias que reglamenten los procedimientos a seguir para la regulación de las diversas figuras procesales locales.

Así lo advierte el tratadista César Iván Astudillo Reyes⁶³ en su ensayo “El desempeño de la justicia constitucional en las entidades federativas”, difundido también en la cuarta mesa redonda sobre La Justicia Constitucional en las Entidades Federativas; él asevera:

Las prescripciones constitucionales relativas a la garantía jurisdiccional de la Constitución establecidas por los órganos reformadores de las constituciones estatales necesitan leyes de desarrollo tanto orgánico como procesal. Estas leyes deben aclarar los órganos a los que corresponde el ejercicio de atribuciones conferidas por las constituciones estatales, y concretizar las normas relativas al estatuto constitucional de los magistrados que las ejercen.

Por su parte, las leyes procesales deben explicitar las normas generales aplicables a todos los procedimientos y las normas particulares que regulan la secuela procesal de cada mecanismo de tutela, en el entendido de que cada uno goza de una especificidad propia que los separa del resto. A partir de esta regulación el propio órgano de tutela, en uso de su potestad reglamentaria, puede expedir los reglamentos necesarios para concretizar aún más las cuestiones de organización y de procedimiento.

Añade que: “Mientras las leyes de desarrollo no existan será particularmente difícil ejercer las atribuciones conferidas por la Constitución. Ni siquiera utilizando supletoriamente los códigos procesales civiles o administrativos es posible sustanciar los contenciosos constitucionales, porque los mismos no son procesos de partes, sino procesos de contenido (objetivo) que necesitan de un diseño procesal específico.”

Con datos ejemplificativos, Astudillo Reyes concluye que:

En el Estado de Veracruz de Ignacio de la Llave no se ha expedido la ley reglamentaria de los artículos 64 y 65 constitucionales. Por lo mismo, no existen normas procesales para sustanciar las acciones y controversias constitucionales, lo que ha conducido a que una controversia constitucional haya sido sobreseída por ese motivo. La omisión del legislador lleva ya siete años.

⁶³ ASTUDILLO REYES, César Iván, “El desempeño de la justicia constitucional en las entidades federativas”, en TRIBUNAL ELECTORAL. *Opus citatum*. Pp. 68-69.

En Nuevo León sucede algo similar. A pesar de que los mecanismos de tutela constitucional se incorporaron desde junio de 2004, la inexistencia de la correspondiente ley reglamentaria ha imposibilitado que el STJ (supremo tribunal de justicia) pueda comenzar a ejercer dichas atribuciones...

2.2.1. La controversia constitucional

La Suprema Corte de Justicia de la Nación, por conducto de la Dirección General de la Coordinación de Compilación y Sistematización de Tesis, editó el libro *¿Qué son las Controversias Constitucionales?*, en el cual nos brindan el siguiente concepto del referido instrumento:

...juicio de única instancia que, ante la Suprema Corte de Justicia de la Nación, plantean la Federación, un Estado, el Distrito Federal o un Municipio, para demandar la reparación de un agravio producido por una norma general o un acto que, en ejercicio excesivo de sus atribuciones constitucionales, fue responsabilidad de alguno de los órganos de gobierno citados, lo que conculca el federalismo, transgrede el reparto de competencias consagrado en la Constitución y daña la soberanía popular.⁶⁴

La tutela jurídica de esta acción es la protección del ámbito de atribuciones que la ley suprema prevé para los órganos originarios del estado, como lo son la federación, un estado, el Distrito Federal o un municipio.

Robustece lo anterior la tesis aislada P. LXXII/98 del Pleno de la Suprema Corte de Justicia de la Nación, de rubro y texto siguientes:

CONTROVERSIA CONSTITUCIONAL. LA TUTELAJURÍDICA DE ESTA ACCIÓN ES LA PROTECCIÓN DEL ÁMBITO DE ATRIBUCIONES QUE LA LEY SUPREMA PREVÉ PARA LOS ÓRGANOSORIGINARIOS DEL ESTADO. Del análisis de la evolución legislativa que en nuestros textos constitucionales ha tenido el medio de control constitucional denominado controversia

⁶⁴ SUPREMA CORTE DE JUSTICIA DE LA NACIÓN, Dirección General de la Coordinación de Compilación y Sistematización de Tesis. (2006). *¿Qué son las Controversias Constitucionales?* México: Suprema Corte de Justicia de la Nación. p. 24.

constitucional, se pueden apreciar las siguientes etapas: 1. En la primera, se concibió sólo para resolver las que se presentaren entre una entidad federada y otra; 2. En la segunda etapa, se contemplaron, además de las antes mencionadas, aquellas que pudiesen suscitarse entre los poderes de un mismo Estado y las que se suscitaran entre la Federación y uno o más Estados; 3. En la tercera, se sumaron a las anteriores, los supuestos relativos a aquellas que se pudiesen suscitar entre dos o más Estados y el Distrito Federal y las que se suscitasen entre órganos de Gobierno del Distrito Federal. En la actualidad, el artículo 105, fracción I, de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos, amplía los supuestos para incluir a los Municipios, al Poder Ejecutivo, al Congreso de la Unión, a cualquiera de sus Cámaras, y en su caso, a la Comisión Permanente. Pues bien, de lo anterior se colige que la tutela jurídica de este instrumento procesal de carácter constitucional, es la protección del ámbito de atribuciones que la misma Ley Suprema prevé para los órganos originarios del Estado, es decir, aquellos que derivan del sistema federal y del principio de división de poderes a que se refieren los artículos 40, 41 y 49, en relación con el 115, 116 y 122, de la propia Constitución y no así a los órganos derivados o legales, pues estos últimos no son creados ni tienen demarcada su competencia en la Ley Fundamental; sin embargo, no por ello puede estimarse que no están sujetos al medio de control, ya que, si bien el espectro de la tutela jurídica se da, en lo particular, para preservar la esfera competencial de aquéllos y no de éstos, en lo general se da para preservar el orden establecido en la Constitución Federal, a que también se encuentran sujetos los entes públicos creados por leyes secundarias u ordinarias.⁶⁵

2.2.1.1. Hipótesis de procedencia

La procedencia de la controversia constitucional, según se desprende del artículo 105, fracción I, de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos, es la siguiente:

Artículo 105. La Suprema Corte de Justicia de la Nación conocerá, en los términos que señale la ley reglamentaria, de los asuntos siguientes:

I. De las controversias constitucionales que, con excepción de las que se refieran a la materia electoral y a lo establecido en el artículo 46 de esta Constitución, se susciten entre:

⁶⁵ SUPREMA CORTE DE JUSTICIA DE LA NACIÓN, Dirección General de la Coordinación de Compilación y Sistematización de Tesis. (1998). *“Semana judicial de la Federación y su Gaceta VIII”*. p. 789. Novena Época. No. Registro: 195025. Instancia: Pleno. Tesis Aislada P. LXXII/98. Materia(s): Constitucional. México: Suprema Corte de Justicia de la Nación.

- 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 las 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.

En los demás casos, las resoluciones de la Suprema Corte de Justicia tendrán efectos únicamente respecto de las partes en la controversia.⁶⁶

2.2.1.2. Improcedencia y sobreseimiento

Si bien las hipótesis de procedencia están previstas en la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos, la improcedencia y el sobreseimiento de este medio de control constitucional jurisdiccional está contemplado en los artículos 19 y 20 de la Ley Reglamentaria de las Fracciones I y II de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos, que disponen:

⁶⁶ *Op. Cit.* Nota 29. pp. 65-66.

Capítulo III

De la improcedencia y del sobreseimiento

Artículo 19. Las controversias constitucionales son improcedentes:

- I. Contra decisiones de la Suprema Corte de Justicia de la Nación;
 - II. Contra normas generales o actos en materia electoral;
 - III. Contra normas generales o actos que sean materia de una controversia pendiente de resolver, siempre que exista identidad de partes, normas generales o actos y conceptos de invalidez;
 - IV. Contra normas generales o actos que hubieren sido materia de una ejecutoria dictada en otra controversia, o contra las resoluciones dictadas con motivo de su ejecución, siempre que exista identidad de partes, normas generales o actos y conceptos de invalidez, en los casos a que se refiere el artículo 105, fracción I, último párrafo, de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos.
 - V. Cuando hayan cesado los efectos de la norma general o acto materia de la controversia;
 - VI. Cuando no se haya agotado la vía legalmente prevista para la solución del propio conflicto;
 - VII. Cuando la demanda se presentare fuera de los plazos previstos en el artículo 21, y
 - VIII. En los demás casos en que la improcedencia resulte de alguna disposición de esta ley.
- En todo caso, las causales de improcedencia deberán examinarse de oficio.

Artículo 20. El sobreseimiento procederá en los casos siguientes:

- I. Cuando la parte actora se desista expresamente de la demanda interpuesta en contra de actos, sin que en ningún caso pueda hacerlo tratándose de normas generales;
- II. Cuando durante el juicio apareciere o sobreviniere alguna de las causas de improcedencia a que se refiere el artículo anterior;
- III. Cuando de las constancias de autos apareciere claramente demostrado que no existe la norma o acto materia de la controversia, o cuando no se probare la existencia de ese último; y
- IV. Cuando por convenio entre las partes, haya dejado de existir el acto materia de la controversia, sin que en ningún caso ese convenio pueda recaer sobre normas generales.⁶⁷

⁶⁷ Ley Reglamentaria de las Fracciones I y II del Artículo 105 de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos. Disponible en Internet <http://www.diputados.gob.mx/LeyesBiblio/index.htm>, el 12 de octubre de 2010. Pp. 4-5.

2.2.2. La acción de inconstitucionalidad

En relación a la acción de inconstitucionalidad, la Suprema Corte de Justicia de la Nación, por conducto de la Dirección General de la Coordinación de Compilación y Sistematización de Tesis, editó el libro titulado *¿Qué son las acciones de inconstitucionalidad?*, en el cual nos brindan el siguiente concepto del referido instrumento de control constitucional:

Los antecedentes señalados permiten conceptuar a la acción de inconstitucionalidad como el procedimiento abstracto de control que el 33% de los integrantes de las cámaras legislativas federales y locales y de la Asamblea Legislativa del Distrito Federal, así como los partidos políticos y el Procurador General de la República, demandan ante la Suprema Corte de Justicia de la Nación para que ésta resuelva sobre la posible contradicción de una norma general o un tratado internacional y la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos en su integridad y, en su caso, declare la invalidez total o parcial de aquéllos, a fin de garantizar la regularidad constitucional y la certeza del orden jurídico nacional.⁶⁸

Según se desprende del concepto transcrito, este tipo de acciones tiene por objeto resolver sobre la posible contradicción de una norma general o un tratado internacional y la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos en su integridad, para, en su caso, declarar la invalidez total o parcial de aquéllos, a fin de garantizar la regularidad constitucional y la certeza del orden jurídico nacional.

2.2.2.1. Hipótesis de procedencia

La procedencia de la acción de inconstitucionalidad, según se desprende del artículo 105, fracción II, de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos, es la siguiente:

⁶⁸ SUPREMA CORTE DE JUSTICIA DE LA NACIÓN, Dirección General de la Coordinación de Compilación y Sistematización de Tesis. (2001). *¿Qué son las acciones de inconstitucionalidad?*. p.22. México: Suprema Corte de Justicia de la Nación.

Artículo 105. La Suprema Corte de Justicia de la Nación conocerá, en los términos que señale la ley reglamentaria, de los asuntos siguientes:

... II. De las acciones de inconstitucionalidad que tengan por objeto plantear la posible contradicción entre una norma de carácter general y esta Constitución.⁶⁹

2.2.2.2. Improcedencia y sobreseimiento

De igual forma que en la Controversia Constitucional, la improcedencia y sobreseimiento de este medio de control está considerado en los artículos 19 y 20⁷⁰ de la Ley Reglamentaria de las Fracciones I y II de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos; sin embargo, es el artículo 65 del cuerpo legal en comento el que precisa en qué supuestos se puede o no invocar una causa de improcedencia o sobreseimiento. Dicho artículo precisa:

Artículo 65.- En las acciones de inconstitucionalidad, el ministro instructor de acuerdo al artículo 2549, podrá aplicar las causales de improcedencia establecidas en el artículo 19 de esta ley, con excepción de su fracción II respecto de los leyes electorales, así como las causales de sobreseimiento a que se refieren las fracciones II y III del artículo 20.

La causales previstas en las fracciones III y IV del artículo 19 sólo podrán aplicarse cuando los supuestos contemplados en éstas se presenten respecto de otra acción de inconstitucionalidad.

⁷¹

Este artículo de la Ley Reglamentaria de las Fracciones I y II del Artículo 105 de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos hace referencia a la presentación del escrito que contenga la acción de inconstitucionalidad, y refiere que el ministro instructor lo examinará, y si encuentra motivo manifiesto e indudable de improcedencia, la desechará.

2.2.3. El juicio de amparo

⁶⁹ *Op. Cit.* Nota 29. pp. 65-66.

⁷⁰ Los artículos 19 y 20 de la Ley Reglamentaria las Fracciones I y II del artículo 105 de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos ya fueron previamente citados.

⁷¹ Los artículos correspondientes fueron previamente citados.

De los medios de control constitucional jurisdiccional existentes en México, el juicio de amparo es el más ejercido por la comunidad jurídica nacional, así como el más estudiado desde el ámbito académico.

Lo anterior se debe precisamente a que el juicio de amparo es procedente en contra de diversos actos de autoridades de los tres niveles de gobierno y de los tres poderes (ejecutivo, legislativo y judicial).

Uno de los conceptos o definiciones del juicio de amparo que nos es útil para efectos de la presente investigación es el que reproduce Humberto Suárez Camacho en su obra *El Sistema de Control Constitucional en México*: “El juicio de amparo es el medio de protección, por vía de acción, de las garantías individuales y subsidiariamente de la Constitución, contra conductas de las autoridades que el gobernado estima inconstitucionales, que tiene por objeto dejar insubsistentes dichas conductas, ajustando el proceder de la autoridad a lo que la garantía establezca, con efectos retroactivos al tiempo de la violación”.⁷²

En líneas más adelante, el referido autor comenta que este medio de defensa fue instituido a favor de los gobernados contra actos –leyes y actos *stricto sensu*– de autoridad legislativa, ejecutiva y judicial, ya sea en el ámbito federal o local.

Refiere además que es la piedra angular de la defensa de la Constitución federal; y que a través de él, cualquier persona, ya sea física o jurídica, que se encuentre en México o que tenga un vínculo de sometimiento a autoridades nacionales, puede impugnar actos si considera que trastocan los derechos fundamentales que a su favor establece la ley fundamental.

⁷² *Op. Cit.* 24.

En ese orden de ideas, como se puede apreciar del concepto que nos otorga el autor Humberto Suárez Camacho, el juicio de amparo es bastante amplio en cuanto a su procedencia; sin embargo, es necesario conocer las hipótesis de su procedencia, pues en ocasiones tiene que accionarse en la vía directa, y otras en la vía indirecta, como se señala líneas más adelante.

2.2.3.1. Hipótesis de procedencia

El artículo 103 de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos, reformado el pasado 10 de junio del presente año, señala:

Los Tribunales de la Federación resolverán toda controversia que se suscite:

- I. Por normas generales, actos u omisiones de la autoridad que violen los derechos humanos reconocidos y las garantías otorgadas para su protección por esta constitución, así como por los tratados internacionales de los que el Estado Mexicano sea parte.
- II. Por normas generales o actos de la autoridad federal que vulneren o restrinjan la soberanía de los estados o la esfera de competencia del Distrito Federal, y.
- III. Por normas generales o actos de las autoridades de los Estados o del Distrito Federal que invadan que invadan la esfera de competencia de la autoridad federal.⁷³

Las hipótesis de procedencia específicas del juicio de amparo las encontramos en los dispositivos legales 114 y 158 de la Ley de Amparo, que deberán ser adecuados a la reforma constitucional del 10 de junio, de conformidad con lo establecido en el artículo transitorio segundo.

En relación al amparo indirecto, es procedente en contra de los actos expuestos a continuación:

⁷³ De conformidad con el artículo transitorio segundo el Congreso de la Unión expedirá las reformas legales correspondientes dentro de los 120 días posteriores a la publicación del presente decreto.

TÍTULO SEGUNDO

Del Juicio de Amparo ante los Juzgados de Distrito

CAPÍTULO I

De los actos materia del juicio

Artículo 114.- 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:

II.- Contra actos que no provengan de tribunales judiciales, administrativos o del trabajo.

En estos casos, cuando el acto reclamado emane de un procedimiento seguido en forma de juicio, el amparo sólo podrá promoverse contra la resolución definitiva por violaciones cometidas en la misma resolución o durante el procedimiento, si por virtud de estas últimas hubiere quedado sin defensa el quejoso o privado de los derechos que la ley de la materia le conceda, a no ser que el amparo sea promovido por persona extraña a la controversia.

III.- Contra actos de tribunales judiciales, administrativos o del trabajo ejecutados fuera de juicio o después de concluido. Si se trata de actos de ejecución de sentencia, sólo podrá promoverse el amparo contra la última resolución dictada en el procedimiento respectivo, pudiendo reclamarse en la misma demanda las demás violaciones cometidas durante ese procedimiento, que hubieren dejado sin defensa al quejoso. Tratándose de remates, sólo podrá promoverse el juicio contra la resolución definitiva en que se aprueben o desaprueben.

IV.- Contra actos en el juicio que tengan sobre las personas o las cosas una ejecución que sea de imposible reparación;

V.- Contra actos ejecutados dentro o fuera de juicio, que afecten a personas extrañas a él, cuando la ley no establezca a favor del afectado algún recurso ordinario o medio de defensa que pueda tener por efecto modificarlos o revocarlos, siempre que no se trate del juicio de tercería;

VI.- Contra leyes o actos de la autoridad federal o de los Estados, en los casos de las fracciones II y III del artículo 1o. de esta ley.

VII.- Contra las resoluciones del Ministerio Público que confirmen el no ejercicio o el desistimiento de la acción penal, en los términos de lo dispuesto por el párrafo cuarto del artículo 21 Constitucional.⁷⁴

Por su parte, el amparo directo, del cual conocen los Tribunales Colegiados de Circuitos, es procedente en contra de los actos relacionados a continuación:

TÍTULO TERCERO

De los Juicios de Amparo Directo ante los Tribunales Colegiados de Circuito

CAPÍTULO I

Disposiciones generales

Artículo 158.- El juicio de amparo directo es competencia del Tribunal Colegiado de Circuito que corresponda, en los términos establecidos por las fracciones V y VI del artículo 107 constitucional, y procede contra sentencias definitivas o laudos y resoluciones que pongan fin al juicio, dictados por tribunales judiciales, administrativos o del trabajo, respecto de los cuales no proceda ningún recurso ordinario por el que puedan ser modificados o revocados, ya sea que la violación se cometa en ellos o que, cometida durante el procedimiento, afecte a las defensas del quejoso, trascendiendo al resultado del fallo, y por violaciones de garantías cometidas en las propias sentencias, laudos o resoluciones indicados⁷⁵.

Para los efectos de este artículo, sólo será procedente el juicio de amparo directo contra sentencias definitivas o laudos y resoluciones que pongan fin al juicio, dictados por tribunales civiles, administrativos o del trabajo, cuando sean contrarios a la letra de la ley aplicable al caso, a su interpretación jurídica o a sus principios generales de Derecho a falta de ley aplicable, cuando comprendan acciones, excepciones o cosas que no hayan sido objeto del juicio, o cuando no las comprendan todas, por omisión o negación expresa.

Cuando dentro del juicio surjan cuestiones, que no sean de imposible reparación, sobre constitucionalidad de leyes, tratados internacionales o reglamentos, sólo podrán hacerse valer en el amparo directo que proceda en contra de la sentencia definitiva, laudo o solución que pongan fin al juicio.⁷⁶

⁷⁴ Ley de Amparo, Reglamentaria de los Artículos 103 y 107 de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos [en línea]. p. 32. Disponible en Internet <http://www.diputados.gob.mx/LeyesBiblio/index.htm>, el 9 de noviembre de 2011.

⁷⁵ Este artículo deberá modificarse para adecuarlo al contenido del numeral 107 de la Constitución General reformada el pasado 10 de junio de 2011.

⁷⁶ *Ibidem*. pp. 42-43.

Ahora bien, los artículos 159 y 160 del cuerpo legal en comento, precisan cuándo se considerarán violadas las leyes del procedimiento y que se afectan las defensas del quejoso, el primero en juicios seguidos ante tribunales civiles, administrativos o del trabajo, y el segundo en los juicios del orden penal.

Artículo 159.- En los juicios seguidos ante tribunales civiles, administrativos o del trabajo, se considerarán violadas las leyes del procedimiento y que se afectan las defensas del quejoso:

- I.- Cuando no se le cite al juicio o se le cite en forma distinta de la prevenida por la ley;
- II.- Cuando el quejoso haya sido mala o falsamente representado en el juicio de que se trate;
- III.- Cuando no se le reciban las pruebas que legalmente haya ofrecido, o cuando no se reciban conforme a la ley;
- IV.- Cuando se declare ilegalmente confeso al quejoso, a su representante o apoderado.
- V.- Cuando se resuelva ilegalmente un incidente de nulidad;
- VI.- Cuando no se le concedan los términos o prórrogas a que tuviere derecho con arreglo a la ley;
- VII.- Cuando sin su culpa se reciban, sin su conocimiento, las pruebas ofrecidas por las otras partes, con excepción de las que fueren instrumentos públicos;
- VIII.- Cuando no se le muestren algunos documentos o piezas de autos de manera que no pueda alegar sobre ellos;
- IX.- Cuando se le desechen los recursos a que tuviere derecho con arreglo a la ley, respecto de providencias que afecten partes substanciales de procedimiento que produzcan indefensión, de acuerdo con las demás fracciones de este mismo artículo;
- X.- Cuando el tribunal judicial, administrativo o del trabajo, continúe el procedimiento después de haberse promovido una competencia, o cuando el juez, magistrado o miembro de un tribunal del trabajo impedido o recusado, continúe conociendo del juicio, salvo los casos en que la ley lo faculte expresamente para proceder;
- XI.- En los demás casos análogos a los de las fracciones que preceden, ajuicio de la Suprema Corte de Justicia o de los Tribunales Colegiados de Circuito, según corresponda.

Artículo 160.- En los juicios del orden penal, se considerarán violadas las leyes del procedimiento, de manera que su infracción afecte a las defensas del quejoso:

- I.-** Cuando no se le haga saber el motivo del procedimiento o la causa de la acusación y el nombre de su acusador particular si lo hubiere;
- II.-** Cuando no se le permita nombrar defensor, en la forma que determine la ley; cuando no se le facilite, en su caso, la lista de los defensores de oficio, o no se le haga saber el nombre del adscrito al juzgado o tribunal que conozca de la causa, si no tuviere quien lo defienda; cuando no se le facilite la manera de hacer saber su nombramiento al defensor designado; cuando se le impida comunicarse con él o que dicho defensor lo asista en alguna diligencia del proceso, o cuando, habiéndose negado a nombrar defensor, sin manifestar expresamente que se defenderá por sí mismo, no se le nombre de oficio;
- III.-** Cuando no se le caree con los testigos que hayan depuesto en su contra, si rindieran su declaración en el mismo lugar del juicio, y estando también el quejoso en él;
- IV.-** Cuando el juez no actúe con secretario o con testigos de asistencia, o cuando se practiquen diligencias en forma distinta de la prevenida por la ley;
- V.-** Cuando no se le cite para las diligencias que tenga derecho a presenciar o cuando sea citado en forma ilegal, siempre que por ello no comparezca; cuando no se le admita en el acto de la diligencia, o cuando se la coarten en ella los derechos que la ley le otorga;
- VI.-** Cuando no se le reciban las pruebas que ofrezca legalmente, o cuando no se reciban con arreglo a derecho;
- VII.-** Cuando se le desechen los recursos que tuviere conforme a la ley, respecto de providencias que afecten partes substanciales del procedimiento y produzcan indefensión, de acuerdo con las demás fracciones de este mismo artículo;
- VIII.-** Cuando no se le suministren los datos que necesite para su defensa;
- IX.-** Cuando no se celebre la audiencia pública a que se refiere el artículo 20, fracción VI, de la Constitución Federal, en que deba ser oído en defensa, para que se le juzgue;
- X.-** Cuando se celebre la audiencia de derecho sin la asistencia del Agente del Ministerio Público a quien corresponda formular la requisitoria; sin la del juez que deba fallar, o la del secretario o testigos de asistencia que deban autorizar el acto;
- XI.-** Cuando debiendo ser juzgado por un jurado, se le juzgue por otro tribunal;
- XII.-** Por no integrarse el jurado con el número de personas que determine la ley, o por negársele el ejercicio de los derechos que la misma le concede para la integración de aquél;
- XIII.-** Cuando se sometan a la decisión del jurado cuestiones de distinta índole de la que señale la ley;
- XIV.-** Cuando la sentencia se funde en la confesión del reo, si estuvo incomunicado antes de otorgarla, o si se obtuvo su declaración por medio de amenazas o de cualquiera otra coacción;
- XV.-** Cuando la sentencia se funde en alguna diligencia cuya nulidad establezca la ley expresamente;

XVI.- Cuando seguido el proceso por el delito determinado en el auto de formal prisión, el quejoso fuere sentenciado por diverso delito. No se considerará que el delito es diverso cuando el que se exprese en la sentencia sólo difiera en grado del que haya sido materia del proceso, ni cuando se refiera a los mismos hechos materiales que fueron objeto de la averiguación, siempre que, en este último caso, el Ministerio Público haya formulado conclusiones acusatorias cambiando la clasificación del delito hecha en el auto de formal prisión o de sujeción a proceso, y el quejoso hubiese sido oído en defensa sobre la nueva clasificación, durante el juicio propiamente tal;

XVII.- En los demás casos análogos a los de las fracciones anteriores, ajuicio de la Suprema Corte de Justicia o de los Tribunales Colegiados de Circuito, según corresponda.⁷⁷

2.2.3.2. Improcedencia y sobreseimiento

Las causas de improcedencia y sobreseimiento, tanto para el amparo indirecto como para el directo, están establecidas en los artículos 73 y 74 de la Ley de Amparo, que disponen:

CAPÍTULO VIII

De los casos de improcedencia

Artículo 73.- El juicio de amparo es improcedente:

I.- Contra actos de la Suprema Corte de Justicia;

II.- Contra resoluciones dictadas en los juicios de amparo o en ejecución de las mismas;

III.- Contra leyes o actos que sean materia de otro juicio de amparo que se encuentre pendiente de resolución, ya sea en primera o única instancia, o en revisión, promovido por el mismo quejoso, contra las mismas autoridades y por el propio acto reclamado, aunque las violaciones constitucionales sean diversas;

IV.- Contra leyes o actos que hayan sido materia de una ejecutoria en otro juicio de amparo, en los términos de la fracción anterior;

V.- Contra actos que no afecten los intereses jurídicos del quejoso;

VI.- Contra leyes, tratados y reglamentos que, por su sola vigencia, no causen perjuicio al quejoso, sino que se necesite un acto posterior de aplicación para que se origine tal perjuicio;

VII.- Contra las resoluciones o declaraciones de los organismos y autoridades en materia electoral;

VIII.- Contra las resoluciones o declaraciones del Congreso Federal o de las Cámaras que lo constituyen, de las Legislaturas de los Estados o de sus respectivas Comisiones o Diputaciones

⁷⁷ *Ibíd.*, pp. 43-45.

Permanentes, en elección, suspensión o remoción de funcionarios, en los casos en que las Constituciones correspondientes les confieran la facultad de resolver soberana o discrecionalmente;

IX.- Contra actos consumados de un modo irreparable;

X.- Contra actos emanados de un procedimiento judicial, o de un procedimiento administrativo seguido en forma de juicio, cuando por virtud de cambio de situación jurídica en el mismo deban considerarse consumadas irreparablemente las violaciones reclamadas en el procedimiento respectivo, por no poder decidirse en tal procedimiento sin afectar la nueva situación jurídica. Cuando por vía de amparo indirecto se reclamen violaciones a los artículos 19 o 20 de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos, exclusivamente la sentencia de primera instancia hará que se considere irreparablemente consumadas las violaciones para los efectos de la improcedencia prevista en este precepto. La autoridad judicial que conozca del proceso penal, suspenderá en estos casos el procedimiento en lo que corresponda al quejoso, una vez cerrada la instrucción y hasta que sea notificada de la resolución que recaiga en el juicio de amparo pendiente;

XI.- Contra actos consentidos expresamente o por manifestaciones de voluntad que entrañen ese consentimiento;

XII.- Contra actos consentidos tácitamente, entendiéndose por tales aquellos contra los que no se promueva el juicio de amparo dentro de los términos que se señalan en los artículos 21, 22 y 218. No se entenderá consentida tácitamente una Ley, a pesar de que siendo impugnabile en amparo desde el momento de la iniciación de su vigencia, en los términos de la fracción VI de este artículo, no se haya reclamado, sino sólo en el caso de que tampoco se haya promovido amparo contra el primer acto de su aplicación en relación con el quejoso.

Cuando contra el primer acto de aplicación proceda algún recurso o medio de defensa legal por virtud del cual pueda ser modificado, revocado o nulificado, será optativo para el interesado hacerlo valer o impugnar desde luego la ley en juicio de amparo. En el primer caso, sólo se entenderá consentida la ley si no se promueve contra ella el amparo dentro del plazo legal contado a partir de la fecha en que se haya notificado la resolución recaída al recurso o medio de defensa, aun cuando para fundarlo se hayan aducido exclusivamente motivos de ilegalidad.

Si en contra de dicha resolución procede amparo directo, deberá estarse a lo dispuesto en el artículo 166, fracción IV, párrafo segundo, de este ordenamiento.

XIII.- Contra las resoluciones judiciales o de tribunales administrativos o del trabajo respecto de las cuales conceda la ley algún recurso o medio de defensa, dentro del procedimiento, por virtud del cual puedan ser modificadas, revocadas o nulificadas, aun cuando la parte agraviada no lo

hubiese hecho valer oportunamente, salvo lo que la fracción VII del artículo 107 Constitucional dispone para los terceros extraños.

Se exceptúan de la disposición anterior los casos en que el acto reclamado importe peligro de privación de la vida, deportación o destierro, o cualquiera de los actos prohibidos por el artículo 22 de la Constitución.

XIV.- Cuando se esté tramitando ante los tribunales ordinarios algún recurso o defensa legal propuesta por el quejoso que pueda tener por efecto modificar, revocar o nulificar el acto reclamado;

XV.- Contra actos de autoridades distintas de los tribunales judiciales, administrativos o del trabajo, que deban ser revisados de oficio, conforme a las leyes que los rijan, o proceda contra ellos algún recurso, juicio o medio de defensa legal por virtud del cual puedan ser modificados, revocados o nulificados, siempre que conforme a las mismas leyes se suspendan los efectos de dichos actos mediante la interposición del recurso o medio de defensa legal que haga valer el agraviado, sin exigir mayores requisitos que los que la presente ley consigna para conceder la suspensión definitiva, independientemente de que el acto en sí mismo considerado sea o no susceptible de ser suspendido de acuerdo con esta ley.

No existe obligación de agotar tales recursos o medios de defensa, si el acto reclamado carece de fundamentación;

XVI.- Cuando hayan cesado los efectos del acto reclamado;

XVII.- Cuando subsistiendo el acto reclamado no pueda surtir efecto legal o material alguno por haber dejado de existir el objeto o la materia del mismo;

XVIII.- En los demás casos en que la improcedencia resulte de alguna disposición de la ley.

Las causales de improcedencia, en su caso, deberán ser examinadas de oficio.⁷⁸

Por otra parte, el artículo 74 prevé las hipótesis en que se configura el sobreseimiento del juicio de amparo:

CAPÍTULO IX

Del sobreseimiento

Artículo 74.- Procede el sobreseimiento:

⁷⁸ *Ibídem.* Pp. 18-20.

- I.- Cuando el agraviado desista expresamente de la demanda;
- II.- Cuando el agraviado muera durante el juicio, si la garantía reclamada solo afecta a su persona;
- III.- Cuando durante el juicio apareciere o sobreviniese alguna de las causas de improcedencia a que se refiere el Capítulo anterior;
- IV.- Cuando de las constancias de autos apareciere claramente demostrado que no existe el acto reclamado, o cuando no se probare su existencia en la audiencia a que se refiere el artículo 155 de esta ley.

Cuando hayan cesado los efectos del acto reclamado o cuando hayan ocurrido causas notorias de sobreseimiento, la parte quejosa y la autoridad o autoridades responsables estén obligadas a manifestarlo así, y si no cumplen esa obligación, se les impondrá una multa de diez a ciento ochenta días de salario, según las circunstancias del caso.

V.- En los amparos directos y en los indirectos que se encuentren en trámite ante los Jueces de Distrito, cuando el acto reclamado sea del orden civil o administrativo, si cualquiera que sea el estado del juicio, no se ha efectuado ningún acto procesal durante el término de trescientos días, incluyendo los inhábiles, ni el quejoso ha promovido en ese mismo lapso.

En los amparos en revisión, la inactividad procesal o la falta de promoción del recurrente durante el término indicado, producirá la caducidad de la instancia. En ese caso, el tribunal revisor declarará que ha quedado firme la sentencia recurrida.

En los amparos en materia de trabajo operará el sobreseimiento por inactividad procesal o la caducidad de la instancia en los términos antes señalados, cuando el quejoso o recurrente, según el caso, sea el patrón.

Celebrada la audiencia constitucional o listado el asunto para audiencia no procederá el sobreseimiento por inactividad procesal ni la caducidad de la instancia.

Artículo 75.- El sobreseimiento no prejuzga sobre la responsabilidad en que haya incurrido la autoridad responsable al ordenar o ejecutar el acto reclamado.⁷⁹

Así en general, la anterior es la panorámica legal que contempla las reglas a que están sometidas las formas de control constitucional en materia federal en México.

⁷⁹ *Ibídem.* Pp. 20-21

Parte II. Ámbito local

2.3. Marco jurídico relativo a la justicia constitucional local

En este apartado es necesario revisar el marco constitucional y legal en que se desenvuelve el propio control constitucional jurisdiccional de la norma y los actos de autoridad locales. Por ello, es preciso analizar los preceptos normativos de la Constitución General de la República, así como de las locales que contemplan dichos medios jurisdiccionales de control.

2.3.1. Marco jurídico local de los medios jurisdiccionales de control constitucional estadual

Se advierte de algunas cartas magnas locales, como lo son las de los entes federados de Colima, Coahuila de Zaragoza, Chiapas, Estado de México, Nuevo León, Querétaro Arteaga, Sinaloa, Tlaxcala y el propio Veracruz de Ignacio de la Llave, que las mismas contienen un apartado normativo que hace prevalecer el principio de Supremacía de su Constitución estatal, por encima de cualquier ordenamiento secundario y acto de autoridad proveniente de la aplicación de dicha normativa local.

De igual manera, a partir de las reformas estructurales verificadas de forma precursora a la Constitución Política de Veracruz-Llave, así como a las Constituciones de Coahuila de Zaragoza, Tlaxcala, Guanajuato y Chiapas, las entidades federativas han evolucionado hacia ese paradigma de la proyección de una justicia constitucional local.

Del mismo modo, han ido adaptándose a las Constituciones estatales de las entidades federativas de Querétaro Arteaga, Quintana Roo, Nuevo León y el Estado de México, y en seguida, Campeche, Chihuahua, Colima, Durango, Hidalgo, Oaxaca, Sinaloa, Tabasco y Zacatecas, atribuciones jurisdiccionales a los tribunales superiores de justicia, y en algunos como en el Estado de México y Quintana Roo hasta de Sala Constitucional como en Veracruz-Llave y Chiapas, para dirimir controversias que se

susciten por invasión de esferas competenciales entre los diversos órganos de gobierno, tanto estatales como municipales, con facultades de órgano de justicia de revisión constitucional local.

2.3.2. Marco constitucional local en cuanto a la justicia constitucional en los entes federados que la contemplan

Este marco preceptivo, relacionado con la justicia constitucional prevista en las entidades federativas, trata de evidenciar una perspectiva jurídica referente a aquellas constituciones locales que avistan determinados mecanismos y procedimientos vinculados al derecho procesal constitucional, como lo son controversias constitucionales, acciones de inconstitucionalidad, acciones por omisión legislativa – muy de la competencia de la justicia constitucional local, instauradas por Veracruz de Ignacio de la Llave–, algún tipo de control difuso –contemplado en Coahuila de Zaragoza–, y un estereotipo de amparo local; cuyos medios jurisdiccionales de control constitucional local son ejercidos, en mayor ó m enor proporción, entre los entes federados que a continuación se detallan; bien a través de sus plenos, bien, como el propio Estado de Veracruz-Llave, por conducto de sala constitucional.

El marco jurídico relativo a la justicia constitucional que se ejerce en la República Mexicana se avizora, cuantitativamente, en los padrones que se reflejan en el cuadro estadístico siguiente para un mejor entendimiento:

Entidades federativas que ejercen alguna función de justicia constitucional local a través y por conducto de sus Tribunales Superiores de Justicia en México

Entidad Federativa	Ejercen	No ejercen	A través del pleno	A través de la SC	CC	AI	AOL	Amparo Local
Aguascalientes		X						
Baja California		X						

Entidad Federativa	Ejercen	No ejercen	A través del pleno	A través de la SC	CC	AI	AOL	Amparo Local
Baja California Sur		X						
Campeche	X		X		X			
Chiapas	X		X		X	X	X	
Chihuahua	X		X					X
Coahuila	X		X		X	X		X
Colima	X		X		X			
Distrito Federal		X						
Durango	X		X		X			
Guanajuato	X		X		X			
Guerrero	X		X		X			
Hidalgo	X		X		X			
Jalisco		X						
Estado de México	X		X	X	X			
Michoacán		X						
Morelos		X						
Nayarit		X						
Nuevo León	X		X		X	X		
Oaxaca	X		X		X			
Puebla		X						
Querétaro	X		X		X			
Quintana Roo	X		X	X	X	X	X	
San Luis Potosí		X						
Sinaloa	X		X		X			
Sonora		X						
Tabasco	X		X		X			

Entidad Federativa	Ejercen	No ejercen	A través del pleno	A través de la SC	CC	AI	AOL	Amparo Local
Tamaulipas		X						
Tlaxcala	X		X		X			X
Veracruz	X		X	X	X	X	X	X
Yucatán		X						

Abreviaturas:

SC: Sala constitucional

CC: Controversia constitucional

AI: Acción de inconstitucionalidad

AOL: Acción por omisión legislativa

* Denominado tribunal constitucional, no es más que el pleno del supremo tribunal de Chiapas.

* Propiamente, es un control difuso ejercido por los jueces de primera instancia.⁸⁰

⁸⁰ Fuente: Elaboración propia, con base en las constituciones de los estados de la república; creado el 23 de noviembre de 2010.

Capítulo III

El marco conceptual y teórico del control de la constitucionalidad

3.1. Teoría constitucional

La primera conjetura que se debe tomar en cuenta para cimentar el marco teórico de nuestra investigación es la teoría constitucional. Esto obedece en principio a la naturaleza propia del objeto de estudio, pero es además una premisa fundamental para comprender cuál es el origen del propio derecho.

Por su naturaleza, el derecho constitucional se encuentra muy vinculado a los acontecimientos históricos y políticos de un pueblo, y su adelanto o retroceso son el reflejo de esas luchas; es por ello que se vuelve una necesidad imperativa en toda investigación jurídica la comprensión y el análisis de los más importantes hechos históricos y políticos de esa nación, con la seguridad de que estos sucesos están vinculados con esta disciplina jurídica fundamental.

Es imposible explicar la teoría constitucional sin hacer referencia a toda una serie de factores en la que se origina la propia Constitución. Para entender esto es necesario subrayar cómo nace y de dónde proviene el Estado y, por ende, la Constitución y su teoría.

A través del tiempo, el Estado ha ido transformándose de manera constante desde su concepto hasta su forma de organización, evolución e historia misma. El saber de la génesis, o dicho de otra manera, del nacimiento del Estado, es muy antiguo, desde la polis griega, pasando por el imperio romano y constituyéndose finalmente en el Estado moderno. El Estado surge como respuesta a necesidades de organización y es un término reservado para un tipo particular de organización política que surge en la Edad Media.

Durante la Edad Media, los individuos que por necesidad estaban sometidos al poder feudal lucharon siempre, en forma más o menos visible, por su libertad. Aquellos que lograban escapar de las cargas señoriales acudían a las precarias ciudades que, paradójicamente, eran consideradas "comunidades de hombres libres", a pesar de estar sometidas al dominio del rey. Esto fue produciendo una centralización progresiva.

La autoridad real fue consolidándose a partir de la aparición de las cartas o fueros, que eran instrumentos a través de los cuales se otorgaban privilegios a determinadas clases o ciudades, concediéndose asimismo a los individuos beneficiados, derechos y libertades hasta entonces desconocidos; como contrapartida, cumplían la función de limitar el poder de los monarcas.

En el siglo XV se produce la consolidación de los estados nacionales y surge clara la figura de Maquiavelo, que usa métodos pragmáticos, sin contenidos dogmáticos, buceando en la historia y recurriendo a sistemas comparativos. Este autor define el concepto de "Estado" a través de sus obras y marca el punto de partida del surgimiento del Estado moderno.

En pleno absolutismo, la autoridad real impera sobre una nación (concepto asociado a un territorio delimitado) y surge el concepto jurídico político de frontera. Así van configurándose los elementos característicos del Estado (nación, territorio, población, ejército nacional). Nace el Estado nacional.

En el siglo XVIII surge un nuevo tipo de Estado, caracterizado por: desarrollo de la burguesía que choca con la nobleza, las revoluciones burguesas, desarrollo del capitalismo, espacios de poder y autoridad generados por la actividad económica y la acumulación de capital, asunción de funciones políticas por parte de la burguesía en detrimento de la realeza y la nobleza, y modificaciones en el rol del Estado y sus integrantes. Surge así el Estado liberal, a partir de las tres grandes revoluciones: la francesa, americana e inglesa. Estas revoluciones fueron también las que propiciaron el establecimiento de innovadores planteamientos jurídicos que a la postre se convertirían

en constituciones. Desde ese momento la Constitución es un rasgo intrínseco de los estados.

Podríamos afirmar que, desde una perspectiva social, la convivencia en territorio y población le dan sentido al Estado y son considerados elementos para la constitución del mismo. Esto le otorga vida jurídica, organización y soberanía. Al contar con todos estos factores, el Estado estructura un orden jurídico y político sobre la sociedad que lo conforma. Inclusive los teóricos más puristas llegan a afirmar que el Estado no crea el derecho, sino el derecho crea al Estado.

No es tarea de esta investigación hacer un estudio acerca de la historia política del Estado, sino de una historia jurídica que envuelve a la teoría de la Constitución. Es la propia teoría la que estructura y organiza al Estado, además de que establece los límites territoriales, políticos y jurídicos del mismo, así se convierte en su más importante rasgo.

El concepto Estado ha sido objeto de diversas definiciones, lo cual es explicable al tener en cuenta los muchos factores que confluyen en él y los variados enfoques con los que se examina, provenientes de disciplinas tales como la ciencia política, la sociología y el derecho, entre otras. Examinaremos, por ser la de nuestro interés, la noción jurídica.

La definición de Estado, desde el punto de vista de la ciencia del derecho, se construye a partir de la conjunción de tres elementos: pueblo, territorio y soberanía. La siguiente definición muestra la interpelación de estos tres elementos.

Comúnmente aceptada entre los juristas se encuentra la definición de Mortati: El Estado es “un ordenamiento jurídico para los fines generales que ejerce el poder soberano en un territorio determinado, al que están subordinados los sujetos que pertenecen a él.”

Definamos cada uno de sus elementos constitutivos. a) El territorio, lugar en el cual el Estado ejerce su soberanía y está constituido no solo por el suelo, sino por el subsuelo, las áreas marinas y submarinas y el espacio aéreo, el espectro electromagnético y el segmento correspondiente de la órbita geoestacionaria. b) El pueblo, constituido por todas las personas que se encuentran en ese territorio y que por ello están bajo la influencia de lo determinado por el ordenamiento jurídico. c) La soberanía, entendida como la característica del poder estatal que implica que dicho poder sea supremo en el orden interno e independiente en el orden externo.⁸¹ d) El derecho, como instrumento de la soberanía, regula y relaciona estos tres elementos.

Ahora que establecimos que con el surgimiento del Estado nace la teoría constitucional –si es a la inversa, esto no nos ocupa– es necesario iniciar el análisis de la propia Constitución, fundamento jurídico del Estado. Sería complicado explicarla como un hecho aislado, así que definiremos ciertas orientaciones filosóficas de la teoría constitucional.

Una de las tendencias que es importante examinar es la del existencialismo constitucional. Este no es sino el sustento filosófico de la teoría constitucional científica; es decir, la integración del pensamiento existencial y la teoría constitucional, que para ser científica requiere de aquél, como presupuesto, y de una comprobación empírica, como *conditio sine qua non*. La aplicación de la teoría fundacional en la resolución de los problemas constitucionales, mediante el existencialismo,⁸² da origen a la teoría constitucional científica, pues mediante aquella explicamos lo que es y no lo que debe ser, que se culmina con la comprobación empírica de lo especulado.

⁸¹ Una definición desde un enfoque histórico-político del concepto de soberanía puede aclararnos más aún el concepto de Estado: soberanía es "el proceso a partir del cual el Estado disputa con enemigos externos el control sobre determinado territorio y excluye a sus enemigos internos del uso de la fuerza y hace público un monopolio que antes se realizaba en función de intereses privados". ALONSO E. Manuel Alberto y VÉLEZ RENDÓN Juan Carlos. "Guerra, soberanía y órdenes alternos". *Revista Estudios Políticos*. Instituto de Estudios Políticos. Universidad de Antioquia. No. 13, Medellín, julio-diciembre de 1998, p. 46.

⁸² Citado por NORBERTO BOBBIO, en *Estado, Gobierno y Sociedad*. México: Fondo de Cultura Económica. 1989. P.128.

El pensamiento jurídico formalista normalmente nos lleva a comenzar el análisis de cualquier objeto desde una perspectiva cerradamente normativa. El jurista es ajeno, en esta cosmovisión, a lo que no es norma jurídica. Así, el estudioso del derecho trata, hasta más no poder, de transpolar naturalezas, atribuyendo a existencias esencias que no se corresponden. Piénsese en los casos de conceptos como constitución, soberanía o Estado.

Si de algo ha de servirnos la teoría fundacional es de instrumento esclarecedor de existencias y de esencias, de seres y de entes, de onto-seres y de meta-seres. Que el existencialismo sea parte de la teoría fundacional es para enfatizar la primacía de la existencia sobre la esencia, es por la visión óptica con que nos auxilia a explicar las cosas. Para ser, primero se requiere algo que sea, no se puede ser algo sin que exista ese algo, y la esencia del algo que es su existencia, existencia que hasta no hacerse no es. En la existencia habita el ser, que es el mundo de posibilidades, el caos que requiere de orden. En la esencia habita el ente, que es solo una de las posibilidades del ser, la razón que se harta de tanto orden. Lo ontológico está en la existencia, lo metafísico en la esencia. Lo ontológico se refiere a lo que está en el ser, lo metafísico a lo que está más allá del ser. De aquí la dicotomía entre onto-ser y meta-ser, que nos permite decir que todo ser es onto-ser, y que todo ente es meta-ser.

El derecho no preexiste al humano, el humano crea al derecho y preexiste a él. La unidad con mayor poder impone el derecho a la de menor poder. Es decir, el derecho no preexiste al poder, así como tampoco lo crea o lo limita, si acaso le tiende canales que aquél desborda por su enorme caudal. Creado por el poder el derecho, éste, como la materia, guardando las distancias del caso, ya no se recreará o destruirá, solo se transformará.

La política es la voluntad de un cuerpo llamado derecho. El punto de unión entre la ciencia política y la ciencia jurídica es la ciencia constitucional. Por más difícil que sea comprender para un jurista cerrado el que el nacimiento de un orden jurídico es un acto cuya naturaleza es política, es este un hecho incontestable.

Como decía Lasalle⁸³ los problemas constitucionales son primariamente políticos, y solo secundariamente jurídicos. La existencia de una esencia jurídica es política. El poder es ser, mientras que el derecho es ente.

Una norma es un deber ser de algo que ya es, es ente de un ser; es decir, una norma expresa, una normalidad normada, es forma que requiere de materia para tener sentido. Una constitución no es una norma, es materia que requiere de forma. Una cosa son las normas constitucionales y otra la constitución.⁸⁴ La respuesta a qué es una constitución es ontológica; no podemos responder diciendo que es un conjunto de normas jurídicas recogidas en un documento solemne, que consagran los derechos individuales y la división de poderes, y que para su modificación requieren de un procedimiento más dificultado que el utilizado para modificar cualesquiera otras normas, las cuales recurren a ella para efectos de validez; es decir, la ley suprema (cúspide de la pirámide jurídica) que se divide en parte dogmática y en parte orgánica, que para modificarse necesita de un procedimiento especial, y de la que depende la validez del ordenamiento jurídico. Y no podemos responder así, no porque la definición no nos guste, sino porque es falsa. En esta definición se incluyen el formalismo kelseniano, el concepto formal y el material, que son los que tradicionalmente se manejan. En síntesis, es esta la definición que delinea la concepción teológica de la constitución, dogmática y anticientífica por disquisición.

La pirámide kelseniana se pone en evidencia cuando se le inquiriere sobre la validez de la constitución. Expliquemos en qué consiste su teoría, que, por cierto, solo se queda en lo especulativo, sin llegar a ser ciencia, pues no pasa la prueba empírica de comprobación. La norma jurídica de menor jerarquía vale en función de una de mayor jerarquía, pues aquélla ha de estar de acuerdo con ésta, tanto en su contenido como en su procedimiento de creación. Y cuando se pregunta sobre la validez de aquella norma de mayor jerarquía, se responde diciendo que vale en

⁸³ COVIÁN ANDRADE, Miguel, "El Sistema Político Mexicano: Democracia y Cambio Estructural, CEDIPC, segunda edición, México, 2001, p. 30-50.

⁸⁴ CARPIZO, Jorge. *La constitución mexicana de 1917*, 13a. Ed. Porrúa. 2002. p.59.

función de otra norma de jerarquía mayor, y así sucesivamente, hasta llegar a la norma suprema. Cuando se pregunta por la validez de la constitución en sentido jurídico positivo, la dogmática kelseniana responde, acorde con su sistemática, que ésta vale en función de la anterior, y si se pregunta por la validez de la anterior, responde que vale en función de otra anterior, y así *ad infinitum*, hasta llegar a una norma hipotética básica, o constitución en sentido lógico jurídico, la cual hay que suponer, es decir, por ella no se pregunta, a ella solo se le supone, y su validez pudo haber sido dada inclusive por Dios.⁸⁵ Una teoría que pretende ser científica no puede sustentarse en una hipótesis indemostrable, que solo dogmáticamente puede ser considerada como digna explicación de la realidad. La teoría es errónea desde el principio, pues le atribuye una naturaleza jurídica a un ser político. La pirámide kelseniana funciona en el campo estrictamente jurídico, campo para el que fue diseñada, pero falla cuando inquiere sobre problemas políticos, los cuales están más allá de su sistemática, y que, por tanto, su dogmática no alcanza a cubrir. Así, también, no es posible considerar que la validez de una constitución provenga de la anterior, sencillamente porque esto no es empíricamente comprobable. Piénsese en la Constitución mexicana de 1917, que no fue creada mediante el mecanismo previsto en la Constitución de 1857, teniendo que ser legitimada *a posteriori*, según los pensadores fieles a este sistema.

La adecuada interpretación del derecho constitucional positivo depende, en gran medida, de la definición que se tenga del concepto sobre el que se cimienta toda teoría constitucional, científica o no: la constitución. De aquí la importancia del pensamiento existencial, aplicado a los problemas constitucionales, y de su comprobación empírica; es decir, la importancia de la teoría constitucional científica. Con ella distinguimos la simple legalidad de la legitimidad, exponemos la usurpación legal de la soberanía, así como también desmitificamos al amparo y al federalismo mexicano, y desaparecemos fantasmas como el poder constituyente permanente, las leyes constitucionales o las leyes autoaplicativas.

⁸⁵ KELSEN, Hans, *Teoría general del derecho y del Estado*, Imprenta Universitaria, México, DF, 1949. p.63.

3.1.1. Definición, concepto y variedad del término “constitución”

El concepto de “constitución” es un término multívoco por naturaleza. Tiene diferentes acepciones y llega a ser muy subjetivo en cuanto a su interpretación. Algunas connotaciones lo definirán en un sentido histórico, sobre todo cuando es necesario hacer referencia a su origen y al contexto de su nacimiento. Otras resaltarán su carácter político, pues, al final, la constitución es un ensayo que regula políticamente al Estado. Examinaremos algunas de los conceptos que nos parecen importantes.

Cuando definimos la constitución como un conjunto de normas jurídicas que para su modificación requieren de un procedimiento especial, distinto al que se utiliza para modificar cualquiera otro tipo de normas, no hacemos sino confundir la forma con la materia. Cuando decimos que se trata de un documento solemne, lo que confundimos es lo necesario con lo accidental, es decir, una constitución preexiste al procedimiento de modificación, así como se requiere que ya exista antes de escribirla o no escribirla.

Piénsese en casos como el de Inglaterra, en donde, por no estar escritas las normas en documentos solemnes, no podemos encontrar su Constitución, claro, siguiendo la sistemática tradicional, cuya dogmática encuentra salida diciendo que las constituciones se clasifican en escritas y no escritas.

En cuanto al concepto material de constitución, éste dice que ella es un conjunto de normas jurídicas que se dividen en partes dogmáticas y en parte orgánicas, la primera consagra los derechos individuales y la segunda la división de poderes. Este es el concepto ideal de constitución, en donde se confunde el género con la especie, el ser con uno de sus entes. Lo que se está definiendo es un tipo específico de constitución, la nacida del llamado constitucionalismo moderno, luego de las revoluciones burguesas del siglo XVIII, y que responde a las necesidades de los triunfadores de aquella etapa histórica; tratándose después de imponer como

modelo para toda constitución,⁸⁶ llegando a decir que si una constitución no era así, realmente no lo era. Es fácil demostrar su poca exactitud, pues piénsese en el caso de la Constitución mexicana de 1917, que establece derechos sociales y régimen de economía mixta, además de derechos individuales y división de poderes. Así, el modelo mexicano no sería constitución porque no se adapta al modelo de constitución del Estado liberal burgués de derecho.

Una constitución es lo que define la forma de organización del poder político, un conjunto de decisiones políticas fundamentales –siguiendo a Schmitt⁸⁷–, que determinan el ser de la organización política de una sociedad; las que son protegidas por la forma jurídica para que lo que es hoy siga siendo, es decir, las normas constitucionales son normalidad normada, –siguiendo a Sèller–, son, ellas sí, algo jurídico, la cúspide de la pirámide kelseniana, la expresión jurídica de las decisiones políticas fundamentales. Su validez no depende de la anterior o de un supuesto, sino de que sean tomadas por los detentadores, en ese momento histórico, de la soberanía, es decir, por los factores reales de poder imperantes en ese momento histórico.

Para Hans Kelsen⁸⁸ puede tener dos sentidos: uno lógico-jurídico y otro jurídico-positivo. En el primero, es la norma fundamental que no es creada conforme a un procedimiento jurídico y por lo cual no es una norma positiva debido a que nadie la ha regulado y a que no es producto de una estructura jurídica, solo es un presupuesto básico; a partir de ésta se va a conformar el orden jurídico, cuyo contenido está subordinado a la norma fundamental, sobre la cual radica la validez de las normas que constituyen el sistema jurídico. En el sentido jurídico-positivo, la Constitución es un supuesto que le otorga validez al sistema jurídico en su conjunto, y en esta norma fundamental descansa todo el sistema jurídico.

⁸⁶ VANOSSI, Jorge R. "Estudios de teoría constitucional", Instituto de Investigaciones Jurídicas, UNAM, 2002. P.87.

⁸⁷ SCHMITT, Carl. *El concepto de lo político*. Alianza Editorial. Madrid. 1998. versión de Rafael Agapito. P. 39.

⁸⁸ KELSEN, Hans. *La teoría pura del derecho*. Editora Nacional. México. 1940.

Aristóteles, el pensador estagirita, no solamente tuvo impacto en la filosofía y en la metodología de la lógica y de la ética, sino también en la conformación de la ciencia política y en la primera concepción que se tuvo de muchas definiciones políticas; evidentemente, en su obra encontramos una tipología de la constitución, pero nunca formuló una teoría sistematizada acerca de ella, nunca tuvo la intención de codificar de manera científica un estudio consistente sobre ella. Sin embargo, Aristóteles tuvo una visión con los siguientes aspectos:

- a) Se puede estudiar a la constitución como una realidad; desde esta óptica, es el acontecer de la vida de la comunidad, es la vida misma de la sociedad y el Estado, la existencia de una comunidad armonizada u organizada políticamente.
- b) La constitución es una organización, en ese sentido se refiere a la forma de organizar las maneras políticas de la realidad.
- c) Se le puede estudiar como *lege ferenda*, es decir, todo gobernante debe analizar cuál es la mejor constitución para un Estado, las mejores formas, en virtud de las cuales se organizan mejor para la realización de sus fines, concretando los de la comunidad. Aristóteles⁸⁹, al hacer el análisis de las tipologías políticas, llega a una conclusión: ni la monarquía ni las oligarquías ni las democracias son idóneas, sino que las mejores constituciones son aquellas que son mixtas, o sea aquellas que tienen combinados elementos aristocráticos, monárquicos y democráticos.

Ferdinand Lassalle⁹⁰ se propuso encontrar la esencia del concepto a partir del análisis realista y por ello define la constitución como el resultado de la suma de los factores reales de poder. Para Lassalle, si la constitución no refleja la realidad política de un Estado, no se puede considerar como tal.

⁸⁹ MARITAIN, Jacques, *Introducción a la Filosofía*. Buenos Aires: Club de Lectores. pp. 63.

⁹⁰ LASALLE, Ferdinand. *¿Qué es una constitución?* Ed. Ariel. 1984. p. 56.

Jorge Carpizo⁹¹ describe la constitución, y las teorías, posturas y corrientes que hay en torno a ella. Analiza el concepto desde diversos ángulos, y nos dice que es una palabra que tiene diversos significados; agrega que se puede analizar desde el ángulo económico, sociológico, político, histórico y jurídico. Una constitución compone una dialéctica entre el ser y el deber ser puede forzar para lograr que la realidad se adecue a ella, pero con el límite que no permita violentar la dignidad, la libertad y la igualdad humana. La constitución puede ser analizada desde dos ángulos, como material y como formal. La material será el contenido de derechos que tienen los hombres frente al Estado, esa organización, atribuciones y competencias están en la letra. Desde el punto de vista formal, es el documento donde están los indicativos, los cuales solamente se pueden modificar por un procedimiento especial.

De esta manera resulta evidente que mientras Kelsen supone a la constitución de inspiración primigenia, como la base de la teoría constitucional y el sustento del quehacer jurídico, para Carpizo ésta es más la consecuencia de una realidad que puede ser escudriñada desde diferentes aspectos que la matizan y la reinventan según el contexto. En este sentido, lo único importante es coincidir con la jerarquización de las leyes de Kelsen, pues estamos de acuerdo en otorgarle a la constitución el carácter de norma fundamental que no está subordinada a ninguna otra ley.

Recientemente un nuevo debate se ha puesto sobre la mesa. Cada vez más teóricos aceptan que es necesario concebir un estrato más en la pirámide de Kelsen. Es decir, que la constitución deba estar subordinada por las normas de carácter internacional. Este debate obedece a la corriente globalizadora que entiende que las fronteras están siendo superadas por los tratados internacionales, y aun más que eso, están siendo superadas por una sociedad cada vez más internacional. Si esto fuera así, deberíamos suponer que los estados-nación que existen tendrían, conforme pase el tiempo, menos fuerza. La Unión Europea es el máximo ejemplo de esta corriente de "globalización jurídica".

⁹¹ CARPIZO, Jorge. *Derecho constitucional*. Instituto de Investigaciones Jurídicas, UNAM. 1991. p.72.

A pesar de que tenga razón en cierta parte esta tendencia, en nuestro estudio no podemos tomar en cuenta esta hipótesis, puesto que al calibrar la viabilidad de crear un tribunal constitucional en México, no se pueden hacer suposiciones de contextos de otras latitudes y de tiempos anacrónicos al que se vive en nuestro país. Por demás estaría el intentar interpretar la realidad europea en el contexto mexicano. Nuestra Constitución data de 1917 y a pesar de sus múltiples modificaciones, guarda la esencia del poder constituyente. Por lo tanto debemos hacer el análisis desde el modelo kelseniano y explorar otras posibilidades que, consideradas en la propuesta de la creación del tribunal, podría sortear la posible corriente de la globalización jurídica.

3.1.2. Génesis constitucional; el poder constituyente

Para lograr dimensionar fielmente la teoría constitucional es necesario entender cuál es su proceso de gestación. Ya hablamos del contexto (situación política del país) y de las premisas que deben existir (constituirse en un Estado). Ahora bien, es momento de escudriñar y comprender cuál es el proceso de la constitución misma.

Toda constitución es resultado de un sinnúmero de factores sociales, políticos y culturales que acontecen en torno a un Estado y, como consecuencia, de un concurso de voluntades –expresas o no– que determinan la creación de una sociedad bajo ciertas reglas y consideraciones que se materializan en un documento creado por esa convención. Al poder que se tiene para crear el documento constitucional se le denomina constituyente.⁹²

En definición de Carl Schmitt: "Poder constituyente es la voluntad política cuya fuerza o autoridad es capaz de adoptar la concreta decisión de conjunto sobre modo y forma de la propia existencia política, determinando así la existencia de la

⁹² Sánchez Agesta, Luis; *Principios de Teoría Política*. Reimpresión de la sexta edición. Editora Nacional. Madrid, 1979. p. 96.

unidad política como un todo". Es un poder, nunca está demás resaltarlo, tanto en su esencia como en su existencia, eminentemente político.

La Teoría del Poder Constituyente nació en Francia. Fue construida en la época de la revolución francesa por el abate Emmanuel Sieyès; como dice Linares Quintana: "el espíritu de Sieyès fue el espíritu de la Revolución". La construcción de Sieyès tiene o se elabora en un contexto histórico determinado y fue cuando la tambaleante y quebrada monarquía en Francia se vio obligada a convocar al parlamento, este se denominaba estados generales y su estructura, en la que había tres órdenes, era la siguiente: la nobleza, el clero y el tercer estado.⁹³ En este último orden, correspondiente a los estratos sociales comunes, no privilegiados, ejercía un papel preponderante la "burguesía". En el parlamento, en ese entonces, se votaba por órdenes y el tercer estado o también estado llano; estaba en desventaja numérica frente a la unión que había a la hora de votar entre la nobleza y el clero. Era indispensable una reforma para lograr el control de la asamblea parlamentaria, es entonces cuando entre fines de 1788 y comienzos de 1789, Sieyès escribe su famoso folleto titulado "¿Qué es el tercer estado?", con miras a explicar un cambio que se tornaba indispensable. Sieyès tenía que demostrar que para darse una constitución, la nación tenía que tomar la decisión mediante la reunión de representantes extraordinarios especialmente delegados para expresar la voluntad nacional; ello lo conduce a elaborar la Teoría del Poder Constituyente, a fin de establecer a quién pertenece y cuáles son las condiciones de su ejercicio. Sieyès señala tres etapas en la formación de un estado, en la primera etapa los individuos que viven aislados en un estado de naturaleza racionalmente concebido resuelven reunirse y por este solo hecho pasan a formar una nación; es en la nación donde el Poder Constituyente radica en forma indiscutible e inalienable.

En la segunda etapa, la nación lleva adelante la decisión de actuar en común y los asociados convienen en cuáles son las necesidades públicas y los medios para proveerlas; el poder ya pertenece al conjunto y es en este momento en el que nace

⁹³ QUIROGA LAVIE, Humberto. *Lecciones de Derecho Constitucional*. Ed. Depalma. Buenos Aires. 1995. P. 122.

la constitución. En la tercera etapa, los asociados son demasiados y están dispersos en una superficie tan extensa que no les permite ejercitar por sí mismos su voluntad común, nace entonces el gobierno, ejercido por representantes de la nación.⁹⁴

Según Emmanuel Joseph Sieyès, el constituyente es la denominación del poder que tiene la atribución de establecer la norma fundamental de un ordenamiento jurídico, dando origen a un Estado y su sistema político y, posteriormente, de modificarla o enmendarla. Esta facultad es ejercida al constituir un nuevo Estado y al reformar la constitución vigente. Por lo anterior, habitualmente se distingue un poder constituyente primario u originario y un poder constituyente derivado.

El poder constituyente ha sido definido como la "voluntad política creadora del orden, que requiere naturaleza originaria, eficacia y carácter creadora" y como la "voluntad originaria, soberana, suprema y directa que tiene un pueblo, para constituir un Estado dándole una personalidad al mismo y darse la organización jurídica y política que más le convenga".⁹⁵ De todos modos, existen concepciones que consideran que el poder constituyente originario puede recaer en el pueblo o en la nación. Se considera que el poder constituyente existe en los regímenes de constitución rígida, en el que la elaboración de las normas constitucionales requiere un procedimiento diferente al de las leyes. El poder constituyente originario no puede encontrar fundamento en ninguna norma y por tanto no puede poseer una naturaleza jurídica. Como se ha afirmado, su tarea es política, no jurídica.⁹⁶ El poder constituyente, al ser origen del derecho, no puede tener dicha naturaleza.

Sieyès,⁹⁷ en su obra "Qué es el tercer estado", le atribuía dos características: es un poder originario y único, que no puede encontrar fundamento fuera de sí; y que era un poder incondicionado, es decir, que no posee límites formales o

⁹⁴ BIDEGAIN, Carlos María. *Curso de Derecho Constitucional*. Buenos Aires. Abeledo-Perrot, 1980. P.103.

⁹⁵ SIEYÈS, Emmanuel J. *¿Qué es el tercer estado?*, traducción de Francisco Ayala. Ed. Aguilar.1973. P. 95.

⁹⁶ *Op. cit.* p. 97

⁹⁷ *Op. cit.* p. 99

materiales. Si bien, el poder constituyente no puede ser definido jurídicamente, sí políticamente, en términos de legitimidad.

El titular del poder constituyente es el pueblo. Hoy es el entendimiento más difundido. Nuestra Constitución mexicana así lo consagra. Pero para Sieyès, el titular es la nación. El concepto de nación es problemático en parte porque hace referencia a distintas temáticas, en parte porque no todos concebimos igual a la nación.

Nación, en sentido estricto, tiene dos acepciones: la nación política, en el ámbito jurídico-político, es el sujeto político en el que reside la soberanía constituyente de un Estado; la nación cultural, concepto socio-ideológico más subjetivo y ambiguo que el anterior, se puede definir a grandes rasgos como una comunidad humana con ciertas características culturales comunes a las que dota de un sentido ético-político. En sentido lato nación se emplea con variados significados: Estado, país, territorio o habitantes de ellos, etnia y otros.

El titular del poder constituyente solo puede ser el pueblo, y éste, en la actualidad, se entiende como una entidad pluralista, formada por individuos, asociaciones, grupos, iglesias, comunidades, personalidades, instituciones, articuladores de intereses, ideas, creencias y valores plurales, convergentes y conflictivos.⁹⁸ Cabe reconocer que últimamente se le ha dado una connotación peyorativa, ya que en el argot político la palabra “pueblo” suele referirse a la sociedad en sí misma, pero en un carácter popular y de masas.

El poder constituyente tiene dos condiciones de existencia. Uno es el denominado poder constituyente originario, que es el que crea la Constitución: una vez cumplida su labor desaparece; pero como su tarea requiere continuidad, suele establecer un órgano que se encargue de adicionar y modificarla, de acuerdo a las

⁹⁸ CALZADA PATRÓN, Feliciano: "El poder constituyente", en *Derecho Constitucional*. México, DF.

circunstancias o problemas que surjan, a éste se le denomina poder constituyente derivado, instituido o permanente.⁹⁹

Así, el poder constituyente originario¹⁰⁰ es aquel que crea la primera constitución de un Estado; en este sentido, con frecuencia actúa como poder constituyente originario una asamblea –como es el caso, en México, del congreso constituyente del 17– que, al aprobar la primera constitución de un país, está poniendo de manifiesto jurídicamente su nacimiento.

El poder constituyente originario puede actuar dictando una constitución que no sea la primera del país. Se trata de un Estado que ya tenía una constitución, en el cual se produce un cambio radical de todas sus estructuras (una revolución). La constitución que se dicta consagrando nuevas estructuras políticas, sociales y a veces económicas, es el fruto de un poder constituyente originario, aunque no se trate históricamente de la primera constitución del país. En la gran mayoría de los casos en que se dicta una constitución luego de un proceso revolucionario, los órganos que intervienen y el procedimiento que se utiliza para dictarla no son los previstos en la constitución anterior. Si se dictase una nueva constitución por los órganos previstos por la anterior, estaríamos ante una actuación del poder constituyente derivado.¹⁰¹

A su vez, por poder constituyente derivado se entiende aquel establecido en la propia constitución y que debe intervenir cuando se trata de reformarla. Es generalmente ejercido por una asamblea, congreso o parlamento. Es un poder que coexiste con los tres poderes clásicos, en los regímenes de constitución rígida, cuya función es la elaboración de las normas constitucionales, las cuales se aprueban habitualmente a través de un procedimiento diferente al de las leyes.

⁹⁹ MORA-DONATTO, Cecilia: "La problemática del poder constituyente", en *El valor normativo de la Constitución*. México, DF: Universidad Nacional Autónoma de México, 2002.

¹⁰⁰ NEGRI, Antonio. *El poder constituyente*. Libertarias / Prodhufi, Barcelona, 1994. P.102.

¹⁰¹ *Op. cit.* p.106.

3.1.3. Ponderación de los principios constitucionales

Los principios constitucionales pueden ser definidos como aquellos generales del derecho, que derivan de los valores superiores –en cuanto que especificación de los mismos– que vienen reconocidos en el ámbito de las normas constitucionales.¹⁰²

Los principios constitucionales que actúan como garantías normativas de los derechos fundamentales son los siguientes:¹⁰³

a) El principio de sujeción de todos los poderes del Estado y de los ciudadanos a la constitución y al resto del ordenamiento jurídico. Esta es una premisa fundamental de cualquier constitución de un Estado moderno; mucho más si se considera el de una república democrática.

b) El principio de legalidad, que aparece consagrado, por vez primera, en los artículos 4, 5 y 6 de la Declaración de Derechos del Hombre y del Ciudadano de 1789. En virtud de este principio se pretende que toda actuación de los tres poderes del Estado –ejecutivo, legislativo y judicial– se someta necesariamente a lo prescrito por la ley. El principio de legalidad se manifiesta, en consecuencia, en una cuádruple dimensión:

1. El reconocimiento del principio de la jerarquía normativa, que significa que una norma inferior no puede contradecir otra de rango superior, de tal manera que si se produce un desajuste entre una norma respecto de otra de rango superior, habrá que resolver la cuestión acudiendo siempre a la norma de rango superior. La supremacía constitucional también se relaciona con la pirámide jurídica de Hans Kelsen, quien ubicaba a la constitución en la cima de esa pirámide para representar gráficamente su importancia. Debajo de ella ubica al resto de la normativa interna de un Estado.

¹⁰² FERRAJOLI, Luigi. *Los Derechos fundamentales en la Teoría Jurídica*. Trotta. Madrid. 2002. P. 134.

¹⁰³ JELLINEK, Georg. *Reforma y Mutación de la Constitución*. Madrid. Centro de Estudios Constitucionales. 2001. P. 89.

2. El reconocimiento del principio de la supremacía de la ley, que es concreción del principio anterior. En virtud de este principio, la ley se impone a cualquier otra norma. También se le denomina principio de "legalidad mínima", porque exige únicamente que la administración respete la ley vigente, pero sin que ello suponga que ésta dispone de un ámbito material de reserva. La supremacía constitucional es un principio teórico del derecho constitucional que postula, originalmente, ubicar a la constitución jerárquicamente por encima de todas las demás normas jurídicas, internas y externas, que puedan llegar a regir sobre ese país. Esto incluiría a los tratados internacionales ratificados y cuyo ámbito de aplicación pueda ser también sobre las relaciones jurídicas internas.

3. El reconocimiento del principio de reserva de ley, que significa en algunos ordenamientos jurídicos que la regulación que determine el estatuto básico de derechos fundamentales solo será realizada través de leyes, quedando fuera de las competencias del gobierno. El reconocimiento del principio de la validez normativa de la Constitución es norma jurídica de aplicación directa y no mero conjunto o reunión de principios programáticos o políticos.

4. El principio de legalidad va unido íntimamente a otros principios normativos que actúan también como garantía de los derechos humanos. Que son a los que se hace referencia a continuación.

c) El principio de la rigidez constitucional, que significa que la Constitución entendida como norma superior en la jerarquía normativa no puede ser modificada por vía legislativa ordinaria. De este modo, el antiguo principio de la supremacía de la ley se ha visto sustituido por el principio de la supremacía de la constitución. Lo cual significa la inalterabilidad del catálogo de derechos y libertades, ya que éstos representan, en definitiva, el fundamento de la legitimidad del Estado.

d) El principio del control jurisdiccional de los actos legislativos, lo cual supone el control de la legalidad de los reglamentos (Jurisdicción Contencioso-Administrativa).

e) El principio de control jurisdiccional de los actos administrativos. Este principio significa:

-Que los tribunales controlan la legalidad de la actuación de los órganos administrativos.

-Que los tribunales controlan que la actuación de los órganos de la administración sea conforme a los fines justificadores de la misma y que los particulares puedan reclamar ante los tribunales una actuación ilegal de la administración que suponga lesión de sus derechos.

f) El principio de respeto del contenido esencial de los derechos fundamentales, que implica que su desarrollo normativo debe respetar, en cualquier caso, su contenido esencial. Esto se traduce, a su vez, en que las limitaciones normativas establecidas por el legislador ordinario no deben sobrepasar los límites que por su propia naturaleza tienen los derechos fundamentales. Supone, en consecuencia, que las limitaciones que establezcan las leyes a su ejercicio deben estar establecidas dentro de ese contenido esencial de tal manera que el derecho no resulte cercenado.

g) El principio de publicidad de las normas, que es expresión y concreción del valor superior de la seguridad y que viene reconocido en el artículo.

h) El principio de la irretroactividad de las disposiciones sancionadoras no favorables.

i) El principio de la irretroactividad de las normas restrictivas de derechos fundamentales.

j) El principio de responsabilidad de los poderes públicos. Este principio supone la prohibición general de actuaciones ilegales o abusivas (desviación de poder), por

parte de los poderes públicos. Las actuaciones abusivas se pueden definir como aquellas en las que la administración actúa con absoluto desprecio y abandono del interés general frente al particular, así como con olvido de las normas y principios objetivos en que debe basarse toda resolución.

k) El principio de separación de poderes. Tanto en el pensamiento liberal (Locke, Montesquieu) como en el artículo V de la Declaración de Derechos del Buen pueblo de Virginia, de 1776, como también en el artículo 16 de la Declaración de Derechos del Hombre y del Ciudadano de 1789, el principio de división de poderes aparece como una garantía de los derechos fundamentales. Hoy sigue siendo una garantía importante, en la medida en que es al poder ejecutivo a quien corresponde hacer cumplir los requisitos del orden público como límite de ejercicio de los derechos fundamentales. Sin embargo, es evidente que en múltiples ocasiones los procedimientos utilizados por el poder ejecutivo, especialmente policía y ejército, son contradictorios con la función señalada. Por eso, se puede afirmar que el principio de separación de poderes continúa siendo un instrumento adecuado para la protección de los derechos fundamentales contra los abusos del poder ejecutivo.

l) El principio de la independencia del poder judicial. Es un principio complementario del anterior e imprescindible para garantizar la efectividad de los derechos humanos.

Los principios que aquí se establecen no son exclusivos de una nación en concreto. Son principios constitucionales que tienen vigencia en la mayoría de los países democráticos modernos. No es posible enumerarlos todos, pues difieren entre sí según la legislación, pero los que aquí se mencionan son efectivos en México.¹⁰⁴

Bajo estos principios entenderemos cuáles son las características de la teoría constitucional de la que estamos hablando. Tengamos en cuenta que muchos de los conceptos que se utilizan en este marco teórico son términos muy subjetivos y hasta

¹⁰⁴ MOLINAR PIÑEIRO, Luis. *¿Qué es la constitución mexicana, porqué y para qué reformarla?* México. Porrúa. 2002. P.68.

multidisciplinarios, por lo cual se deben entender tal y como los teóricos y teorías que aquí se mencionan lo establecen.

3.1.4. Tipos de constituciones y control constitucional

I. Tipos de constituciones

Los distintos documentos constitucionales que se crean tienen diferentes características entre sí. En este apartado hacemos referencia a los tipos de constituciones que existe para establecer dentro de cuál variable se establece nuestra constitución y la de algunos países que tienen, como jurisdicción constitucional, un tribunal.

Primero haremos un análisis de la clasificación tradicional de las constituciones, ya que su diversidad ha obligado a realizar varias clasificaciones de acuerdo con su forma jurídica, su origen y su carácter de reformabilidad.

- a) **Constituciones implícitas y explícitas:** los jurisconsultos clasifican las constituciones en implícitas y explícitas.¹⁰⁵ Las primeras, cristalizadas en usos y tradiciones jurídicas, incorporadas a la costumbre política, no se revelan en un ordenamiento legal diferenciando. Las segundas, como la mayor parte de las constituciones modernas, han alcanzado la forma perfeccionada e intelectualizada de la ley. Las constituciones implícitas, dice Moreau, no existen sino en el estado de costumbres: se aplican de hecho, pero no se encuentran expresamente formuladas en un acto que tenga por objeto la organización de los poderes públicos. Las sociedades primitivas no tienen sino constituciones implícitas; el uso es el que fija el poder de los jefes y los derechos de los individuos.

¹⁰⁵ QUISBERT, Ermo. *¿Qué es una constitución política del estado?* Centro de Estudios de Derecho. Madrid. 2007. P. 97.

- b) **Rígidas o flexibles:** en lo que respecta a la rígida, se dice que su naturaleza son, especialmente en los países de América, las leyes y normas que describen la naturaleza de los poderes y funciones del poder público que están reunidas en uno o varios documentos, emanados de la autoridad superior al poder legislativo ordinario. Por su parte, las constituciones flexibles tienen una naturaleza que las hace susceptibles de modificación en todo momento, tanto en su aplicación como en una misma restricción.
- c) **Otorgadas y pactadas:** la causa o razón que origina el nacimiento de una constitución varía de acuerdo con las circunstancias; de todas maneras, su origen determina la formación de un Estado y las particularidades de éste. Las constituciones otorgadas son ubicadas históricamente en los tiempos en que se concebían que el titular de la soberanía era el monarca. Se consideraba como constitución otorgada a aquella concedida a un pueblo. Por su parte las constituciones impuestas son aquellas constituciones políticas que el rey se veía obligado a aceptar por imposición generalmente del parlamento. Las constituciones pactadas son aquellas que se producen por la lucha de clases, aportando ideas y principios a los grupos sociales, estableciendo que se sometían a una ley.
- d) **Constitución teleológica:** denota las aspiraciones y fines que tiene un pueblo es decir, el querer ser.

Pero esta diferenciación constitucional tradicional solo nos sirve para comprenderla en su forma. Examinemos ahora al filósofo alemán Karl Loewenstein. Él establece que existen muchos tipos de constituciones, pero que una verdadera es aquella que, además de contener normas sobre los poderes supremos y garantías esenciales, debe encarnar los más profundos valores de la democracia y la realidad del grupo de gobernados al cual se impondrá. A esto se le denomina clasificación ontológica.

Loewenstein considera tres tipos de constitución:

- Constituciones normativas: su contenido e inspiración responden bien a las directrices democráticas que la rigen. La constitución de los Estados Unidos sería un ejemplo de ellas. Loewenstein la compara con un traje a la medida de la persona que lo usa.
- Constituciones nominales: su contenido no siempre responde a las directrices democráticas, sea por su contenido, sea por la realidad local. La mayoría de las constituciones del mundo son en cierto modo nominales. La comparación es con un traje mal cortado.
- Constituciones semánticas: también llamadas pseudo-constituciones, son leyes fundamentales con las cuales los gobiernos dictatoriales disfrazan su autoritarismo. Un ejemplo serían la de China. Es comparada por Loewenstein con un disfraz.

Por otra parte, Loewenstein¹⁰⁶ descartaba la posibilidad de construir una constitución ideal a partir de la teoría; así decía que una constitución ideal no ha existido jamás, y jamás existirá.

II. Control constitucional

Hablar de la relevancia del control de constitucionalidad es hablar de la importancia misma que cada ordenamiento jurídico estatal le asigna a su propio texto constitucional, reconociéndolo como la base inexorable de toda la estructura normativa que sobre él se construye, y a la cual debe integrarse armónicamente.¹⁰⁷

Si son hoy reconocidas como premisas válidas las que establecen que la constitución es la ley suprema de un Estado y que a ella debe acomodarse todo el ordenamiento jurídico, se desprende como conclusión la necesidad de la existencia de mecanismos aptos e idóneos que certifiquen y aseguren tal correspondencia, y

¹⁰⁶ LOEWENSTEIN, Karl. *Teoría de la constitución*. Ed. Ariel. Barcelona. 1983. Pp. 96-109.

¹⁰⁷ PEGORARO Lucio, "Modelos de Justicia Constitucional: desarrollo y recepción en las nuevas democracias", conferencia dictada en los cursos de postgrado de derecho constitucional, Salamanca, 26 de enero de 1999. Pp. 1-10.

con ello la vigencia y el respeto de los derechos fundamentales y las libertades públicas contenidos en el texto legal supremo.

Justamente el control de constitucionalidad tiene esa clara finalidad: verificar si determinadas normas o determinados actos guardan congruencia con la constitución, o declarar la invalidez de aquellos que se encuentren en pugna con ella, asegurando de tal modo el imperio o supremacía constitucional.

La constitución solo puede erigirse como norma fundamental y funcionar en la práctica como tal, si ella es debidamente resguardada; para ello se han creado los diversos mecanismos que, funcionando como verdaderos medios o canales, permiten plasmar en la realidad esta función de control, como son las acciones de *habeas corpus*, *habeas data*, acción de amparo, el recurso extraordinario federal y la acción declarativa de inconstitucionalidad, acciones todas que participan de un idéntico fin, que es obtener el mayor grado de cumplimiento de los preceptos constitucionales.

El llamado “Estado de derecho”, en contraposición con lo que sucede en los regímenes totalitarios y contrarios al sentir republicano, es aquel que asegura a los habitantes un acabado respeto de todas las normas que lo integran, comenzando justamente desde la norma de mayor rango, que es la constitución.¹⁰⁸ Y el respeto solo se alcanza mediante el adecuado control.

3. Definición del control de constitucionalidad

En términos sencillos, el control de constitucionalidad es aquel proceso que permite verificar y establecer si los actos de particulares o agentes estatales – derivados tanto de acciones como de omisiones– y las normas que conforman el plexo normativo colisionan con las reglas que integran la constitución, teniendo siempre y en todos los casos como propósito último el hacer efectiva la supremacía

¹⁰⁸ FERNÁNDEZ R., José Julio. *La Justicia Constitucional Europea ante el Siglo XXI*. Ed. Tecnos. Madrid. 2002. P. 113.

constitucional. De esta manera podemos decir que existen varios sistemas de control de la constitución. A continuación abordaremos los tres más importantes, de los cuales se desprenden los demás.

Es importante precisar la discusión que existe a cerca de la dicotomía entre los conceptos de justicia constitucional y jurisdicción constitucional. Este es un problema a nivel teórico, pues se habla de "jurisdicción constitucional" o "justicia constitucional", sobre todo en el famoso texto de Kelsen de 1928, en donde ambas frases aparecen utilizadas indistintamente e indefinidas. La preocupación de Kelsen, en ese momento, era de justificar el porqué debería haber un control de constitucionalidad, y porque ese control no lo podía hacer el parlamento, pero como tampoco lo podía hacer los jueces, entonces se trató de justificar la existencia de un órgano *ad hoc*, porque fue el tribunal constitucional.

Fix-Zamudio¹⁰⁹ dice que existe una diferencia entre "jurisdicción constitucional" y "justicia constitucional". Esta última lo fundamenta (en un orden filosófico) en el sentido que persigue las consecuencias de valores que estén encima del ordenamiento jurídico positivo, y (en un orden jurídico) como el conjunto de procedimientos de carácter procesal. En tanto, jurisdicción constitucional es más reducida, pues solo existe en rigor cuando hay órganos especializados para su aplicación. Esta será la valoración que estableceremos como marco de referencia de nuestra investigación.

IV. Sistema político de control constitucional

En el sistema político también se encuentra presente la idéntica finalidad de resguardo de la supremacía constitucional, así como tampoco presenta diferencias en lo que respecta al alcance de la decisión; lo que lo distingue radica esencialmente en cómo está compuesto el órgano a cargo del ejercicio de la función, ya que no es

¹⁰⁹ FIX-ZAMUDIO, Héctor. "El juicio de amparo y las enseñanzas de derecho procesal", artículo en *El Herald*, 2 de julio de 1968.

requisito *sine qua non* que se trate de juristas, pues la función de control también puede ser llevada adelante por personas ajenas al poder judicial.

V. Sistema jurisdiccional concentrado

El control concentrado, o modelo europeo, fue propuesto por Hans Kelsen en la primera mitad del siglo XX. Este ilustre jurista, al proclamar la superioridad de la norma constitucional sobre todo el universo normativo, planteó la creación de un órgano colegiado especializado (tribunal constitucional) que se encargue de conocer temas y controversias relativos al cumplimiento de los preceptos tutelados por la carta magna, y que éste sea el intérprete exclusivo de las normas constitucionales, con decisión de carácter obligatorio y pudiendo dictar por motivo propio (*ex officio*) la inconstitucionalidad de una norma. Dicho modelo fue adoptado plenamente por los países europeos; Austria, en 1920, fue el primer país en conformar un tribunal de dichas características. En el sistema jurisdiccional serán miembros de aquel poder quienes se encarguen de este ejercicio de función de control, idea lógica si se entiende que el poder judicial es el que tiene la misión principal de control, permaneciendo siempre fuera de la ejecución del poder político.

Cuando en manos de cualquier magistrado recae la función de llevar adelante el control de constitucionalidad, estamos en condiciones de afirmar de que se trata de un sistema de control difuso; cuando, por el contrario, cuenta con dicha facultad un tribunal específico para realizarlo, lo denominamos control de constitucionalidad concentrado

VI. Sistema jurisdiccional difuso

El control difuso, o modelo americano *Judicial Review*, fue creado en 1806 por el juez Marshall de la Corte Suprema de los Estados Unidos de América, al establecer que no habrá norma legal que pueda abrogar o modificar una norma de carácter

constitucional.¹¹⁰ Este control consiste en que todo juez tiene capacidad para pronunciarse sobre la inconstitucionalidad de una norma o una resolución, siendo obligatorio su decisión solamente para las partes y tendrá características relativas únicamente al litigio. Dicha decisión podrá ser utilizada como referencia para futuros casos similares, siguiendo el típico modelo del *Common Law*.

3.2. Hans Kelsen: el padre del tribunal constitucional

Hans Kelsen, entre muchas otras aportaciones, fue quien explicó por primera vez y sentó las bases del modelo de tribunal constitucional.

Si bien es cierto que el control constitucional tiene una gran historia y diferentes tradiciones en cuanto a su empleo, el modelo europeo (o austriaco por sus orígenes) ha sido de los que tienen mayor relevancia internacional y el que establecen los países de Latinoamérica también.

Para poder concentrarnos en las investigaciones de nuestro personaje, en sus múltiples aportaciones y su teoría pura del derecho, conviene, a manera introductoria, hacer una semblanza de su trayectoria que nos permita entender de mejor manera sus ideas.

El austriaco Kelsen es también, y en gran medida, un pensador de (y en) Weimar, ese breve lapso de la república austriaca en que florecieron distintos pensadores. En ese sentido, no es casual que lo esencial de la producción kelseniana en materia de teoría política se sitúe en los años weimarianos, marcada por la urgencia de la defensa de la democracia, como lo recuerda Pasquale Pasquino en su contribución.

¹¹⁰ PLANIOL, Marcel, cita de Cabanellas Guillermo, *Diccionario Enciclopédico de Derecho Usual*, Tomo I. Editorial Eliasta. Buenos Aires. 1979. P. 558

Hans Kelsen emprende "la tarea de elaborar una teoría depurada de toda ideología política y de todo elemento de la ciencia de la naturaleza, y consciente de tener un objeto regido por leyes que le son propias".¹¹¹ Intenta probar que solo existe el derecho positivo concebido como una serie de normas coordinadas y sistematizadas y ajeno a cualquier actitud valorativa. Pretende dar a la teoría del derecho la objetividad y la precisión propias de toda ciencia. Por teoría pura se entiende una ciencia cuyo único objeto es el derecho. Trata de determinar qué es y cómo se forma el derecho, sin indagar cómo debe ser y formarse.

Para Kelsen, el derecho se había introducido en temas psicológicos, biológicos, morales y hasta teológicos, acusando una grave falta de sentido crítico y poniendo en peligro la verdadera ciencia jurídica. De manera que la teoría pura del derecho de Kelsen se expuso por primera vez en su obra *Hauptprobleme der Staatsrechtslehre (Problemas fundamentales de la doctrina jurídica del estado)*.

El derecho no debía tener otro fundamento de validez y ordenación de la propia teoría del derecho, entendida como "pura" en cuanto a que habría de sostenerse por sí misma y no depender de valores extralegales. No existiría, pues, un derecho natural, sino que toda norma se basarían en otra anterior aceptada por una proposición sustantiva de la comunidad. En este sentido, admitía el importante papel de la sociología y de la ética en el proceso de elaboración del derecho y en el contenido de las leyes.

Los juristas de la teoría pura no están llamados a construir, sino a observar y a analizar el derecho, tal como éste se presenta. Es preciso dejar de lado la preocupación por su origen, causa o finalidad para centrarla en el derecho puesto, en el derecho positivo.

¹¹¹ KELSEN, Hans. *Teoría Pura del Derecho*. Segunda Ed. Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM. México. 2000. P.273.

3.2.1. De la teoría pura del derecho

La teoría pura del derecho establece importantes consideraciones que se toman en cuenta para concebir un verdadero y efectivo control constitucional. Es por eso que es relevante entender y utilizar en este marco teórico los principios de Kelsen. Trataremos de explicar esta teoría según sus apreciaciones.

Esta revolucionaria teoría del derecho lleva el racionalismo a su forma más extrema. Kelsen¹¹² trata de depurar en el derecho los elementos que le son extraños; existen dos depuraciones: una que consistirá en hacer a su contenido independiente del mundo del ser y de las ciencias, cuyo objeto lo constituya este mundo. La ciencia pura del derecho, debe remontarse a una región más abstracta del pensamiento sin referencia directa a los objetos naturales por encima de los hechos de la naturaleza. La segunda depuración consistirá en eliminar de las ciencias jurídicas todo ingrediente ético o valorativo porque moral y derecho son independientes, y nada tienen que ver los juicios valorativos de aquéllas con los hipotéticos de éste. Con estas depuraciones, el derecho queda reducido a un puro sistema de normas; las ciencias del derecho, a una lógica formal de lo jurídico; y el trabajo del jurista, al de un puro técnico en el juego y enlace de las normas y sus elementos.

La teoría pura se tiene que limitar necesariamente al análisis, lo más exacto posible del derecho positivo. En cuanto a la estructura jerárquica del orden jurídico, uno de los resultados de la pureza metódica es que la ciencia del derecho tenga como objeto de su estudio únicamente las normas jurídicas, el conjunto de éstas forma una construcción perfectamente estructurada que puede ser considerada desde dos puntos de vista: ético, en el cual el orden jurídico es un sistema jerarquizado de normas de distante importancia y rango; también dinámico, es un

¹¹² REINE RECHTSLEHRE (1934, 2° ed. 1960). Traducción al español de la segunda edición por Roberto Vernengo: *Teoría pura del derecho*. Porrúa-UNAM. México. 1991.

proceso escalonado de creación de las normas. Cada norma recibe su validez de otra de superior categoría, pero la constitución es la norma de superior categoría del sistema, entonces se dice que ésta recibe su validez según el postulado de pureza metódica, no puede fundamentarse en algún elemento que pertenezca al mundo del ser ni directa ni indirectamente, por eso Kelsen excluye al derecho natural, ya que éste se fundamenta en la naturaleza humana, tampoco en la justicia ni en los valores, pues son elementos éticos; la constitución únicamente puede cimentarse en una norma fundamental como una hipótesis científica que la justifique, y con ella todo el sistema de derecho positivo del cual trata la ciencia jurídica.

Entre los aspectos positivos de la teoría pura del derecho: el desarrollo del aspecto lógico del derecho, como son la claridad, sistematización y depuración. En cuanto a la depuración, es importante para él depurar la ciencia del derecho tanto que llegue a separarse de la realidad hasta quedar reducida a una geometría de conceptos lógicos-formales.

Puesto que se trata de poner a prueba la fecundidad del paradigma del juego o de la metáfora lúdica para la teoría del derecho, me propongo aquí desarrollar brevemente una interpretación de las tesis de Hans Kelsen bajo tal perspectiva. Creo que la metáfora del juego como esquema explicativo permite situar más correctamente las afirmaciones kelsenianas, sustrayéndolas del ámbito ontológico en que suelen ser ubicadas y resaltando su carácter prioritariamente epistemológico e, incluso, político y ético.

Podemos tomar las siguientes ideas como soporte de la teoría y, a su vez, para comprender de manera más sencilla dicho supuesto:

1. La teoría pura del derecho se puede interpretar como el intento de establecer las reglas del juego de la ciencia del derecho, entendiendo este juego como una manera práctica de descubrir el derecho sin necesidad de hacer referencia a otras áreas del conocimiento. Aislándolo para explicarlo y entenderlo.

2. Este conocimiento es determinante y constitutivo de su propio objeto, pues la inclusión de las reglas del juego permitirán entender y determinará el derecho en sí mismo y, a la postre, cómo funcionará en la práctica.
3. Que la política y la moral son la premisa de Kelsen para validar sus reglas del juego y la propia necesidad de analizar el derecho de manera aislada. Acepta que, como otras teorías, ésta solo se entiende desde su contexto filosófico de apoyo.

En Kelsen, el juego de la ciencia del derecho determina el juego dentro del propio derecho, y éste determina el juego social. Una sociedad pacífica y justa (en el sentido en que el relativismo kelseniano ve la justicia social en la libertad de todos y el igual derecho de cada uno a expresar y propugnar sus ideales en paz) es aquella en que la fuerza o el ejercicio abusivo del poder son reemplazados por las reglas de juego de un derecho formal que garantiza ese "fair play" en que el buen orden social consiste. Ahora bien, un derecho que se juegue imparcialmente sólo puede funcionar allí donde sus reglas estén claras y gocen de aceptación general por los jugadores. Y cuando Kelsen busca una instancia que en nuestro tiempo (¿o habría más bien que decir en "el suyo"?) encarne la imagen de neutralidad e imparcialidad necesaria para establecer y velar por esas reglas de juego, la encuentra en la ciencia.

Su método le permite a la ciencia contemplar la realidad sin la mediatización de la subjetividad o los intereses; reconocer el modo mejor para que el derecho opere sin interferencias en su aseguramiento de un orden social que sea expresión de un poder sometido y no de la mera fuerza. Por todo ello, la doctrina de Kelsen tiene un componente claramente político. La doctrina kelseniana respondería al dilema "formalismo o barbarie" y supondría una clara opción por el primero en detrimento del segundo. De ahí también que el triunfo de la barbarie, bajo el nazismo, se hiciera, en el campo jurídico, con los más violentos ataques a Kelsen y al formalismo jurídico.

Ahora se hace necesario explicar las propias reglas del juego. Se suele decir que Kelsen parte de una diferencia ontológica entre "Sein" y "Sollen", y que el método de conocimiento que propugna para la propia ciencia del derecho es consecuencia de que tal ciencia conoce normas, es decir, una realidad perteneciente al campo del "Sollen". Ahora bien, aquí intento explicar la interpretación inversa: que las tesis epistemológicas de Kelsen son causa, no consecuencia, de sus tesis ontológicas. Creo que las distinciones "ontológicas" de Kelsen son instrumentales para su finalidad epistemológica. Su objetivo es fundar una ciencia particular del derecho que al contemplar su objeto lo constituya y le asegure un cierto tipo de operatividad.

La presentación de Kelsen como "legislador" de reglas del juego epistemológico de esta ciencia supone un indicio más de la utilidad del "paradigma lúdico" para la teoría jurídica, por lo siguiente: hasta ahora era ya un tanto habitual presentar la problemática de la validez de las normas jurídicas por comparación con la validez de las reglas de algún juego; ahora bien, la metáfora no se prolongaba en el sentido de mostrar quién es el autor, el "legislador" de esas reglas. De uno u otro modo, ese autor es difuso, el derecho es válido y "se juega" como tal, en virtud de un hecho más o menos inexplicable, o en virtud de un reconocimiento social generalizado. Pero en Kelsen se contienen implícitamente elementos novedosos que, interpretados a la luz del paradigma del juego, se nos aparecen como acordes con una epistemología moderna o, incluso, postmoderna.

Así, tendríamos que el guardián último, el árbitro de las reglas del juego jurídico, será la ciencia del derecho y el reglamento de su propio juego lo proporciona el discurso metacientífico, en este caso el de Kelsen y su teoría pura del derecho. La epistemología se convierte en mediadora entre la ética y el derecho válido, pues, para Kelsen, solo la ciencia moderna garantiza la imparcialidad en el juego jurídico. Solo bajo su arbitraje se garantiza que se respeten las reglas de juego del derecho y no se vulneren para reemplazarlas subrepticamente por las de otro juego que no sea ya "fair play", sino el simple ejercicio de la fuerza, la lucha sin verdaderas reglas aseguradoras de una cierta integridad de los contendientes.

En un primer nivel, esas reglas del juego científico expresan la necesaria objetividad y neutralidad propia de la ciencia, en su versión positivista. Así, el científico del derecho se limita a describir que éste es válido, sin entrar a valorarlo y, menos aún, sin dejar que el juicio de validez jurídica esté condicionado por nada que no sean los propios criterios formalmente establecidos por el ordenamiento para la producción y revisión de sus normas.

Es el ordenamiento jurídico el que dispone en qué situación y bajo qué condiciones la voluntad de un sujeto (individual o colectivo) se reviste del valor objetivo de ser productora de normas jurídicas. Por ello, no vale cualquier voluntad como creadora de derecho. Por ello, también, es posible a tenor del propio ordenamiento, y solo desde él, distinguir el distinto valor jurídico de la orden de un agente de la autoridad de de un asaltador de caminos. Precisamente por eso, el derecho sirve para engendrar orden y no desorden.

Mientras estén claros los atributos jurídicos de la autoridad, solo un poder, solo la voluntad jurídica, podrá ser derecho. Este fundamento es muy relevante en la teoría, pues hace un ejercicio limitativo de la producción del derecho, y por consecuencia, de su modificación. El resto, cualquier otra expresión de fuerza, carecerá de sentido jurídico y, en cuanto factor de desorden y peligro para la paz que el derecho asegura, podrá y deberá ser reprimido por el ordenamiento jurídico. Tras el final del monolitismo ideológico, separada la moral de la religión, llegado el pluralismo de credos y formas de vida, el derecho moderno sólo podrá ser factor de orden y de libertad si es posible que sus reglas de juego y su modo de jugarse no estén sometidas al albur de los credos y las ideologías. Sea cual sea el contenido de sus normas, cualesquiera que sean los motivos subjetivos de la voluntad creadora de la norma, su validez como derecho no podrá hacerse depender de su correspondencia con ninguna religión o ninguna moral en especial, sino solo con los criterios formales del propio ordenamiento jurídico. Solo así se evita que cada cual se sienta juez de su propio derecho. Solo así se posibilita que todos los jugadores se sometan a las mismas reglas y desarrollen ordenadamente el juego social. En caso

contrario, sería la violencia, la fuerza desordenada, la que reemplazaría al juego reglado.¹¹³

Todo lo anterior conduce a un segundo tipo de reglas para esta ciencia. Ésta podría pensar el derecho de dos maneras: o como expresión de alguna forma de fuerza o poder, como producto de hechos determinantes; o como realidad distinta de tales hechos y circunstancias, como entidad autónoma y autosuficiente. Pensarlo del primer modo es relativizarlo: si veo el derecho como mero producto del capricho, la ideología o la fuerza de alguien, surge inmediatamente la tentación de condicionar su validez al juicio que me merezcan tales determinaciones, a su coincidencia con mis convicciones o mis intereses. Por esa vía, cada cual concebirá un derecho diferente y se hará imposible un derecho único que funcione como garantía unitaria de orden. Y esto es lo mismo que decir que ya no gobernará imparcialmente el orden jurídico, sino la fuerza que en la consiguiente disputa logre imponerse. De ahí el interés de Kelsen es que el derecho se vea como entidad independiente de los hechos y datos subjetivos que subyacen a sus concretas normas. Sea como sea la realidad fáctica del sistema jurídico, sean cuales sean las determinaciones fácticas o sociales del contenido de sus normas, el derecho se ha de contemplar "como si" existiera por encima y al margen de tales determinaciones. Si no se cree que es algo distinto de la mera fuerza, será imposible que sea algo distinto de la mera fuerza.

Ahí es donde entra en juego la ciencia. Para ella rige principalmente esa ficción epistemológica del "como si". El "como si" no lo aplica Kelsen al conocimiento de la realidad del derecho como dato real, sino a la determinación de las "reglas de juego" o modo de operar de la propia ciencia: ésta ha de proceder "como si" el derecho ya estuviera determinado con algunas características propias, "como si" tuviera un cierto tipo de realidad independiente de la realidad de los hechos.¹¹⁴

¹¹³ *Idem.*

¹¹⁴ *Idem.*

Cuanto más sea pensado, tanto más se cumplirá su función de orden, por encima de las disputas de ideas o intereses; de juego que, en la medida en que se autoreglamenta, se sustrae a la acción directa de la fuerza y regula su ejercicio.

Para Kelsen, a diferencia de Vaihinger, la ciencia del derecho no se asienta sobre ficciones prácticas, sino sobre ficciones epistemológicas. La más importante, evidentemente, es la de la norma fundamental o Grundnorm. Para Vaihinger la ficción es un modelo explicativo que tiene su utilidad para el conocimiento aunque esté en contradicción con la realidad. Pero para Kelsen, conceptos presupuestos y contruidos por la ciencia, como "norma", "derecho subjetivo", etcétera, no reflejan ningún ser real, ninguna realidad natural, sino que son solo reflejo de un derecho objetivo, de ese objetivo que la ciencia solo puede pensar como dotado de existencia autónoma mediante el presupuesto o la ficción constitutiva de la Grundnorm.

Es innegable que el contenido de las normas en cada momento es producto de ideologías e intereses. Pero también le parece a Kelsen evidente que el derecho solo puede funcionar en toda su extensión, como elemento de orden, si se ve en él algo más que la expresión contingente de esos intereses e ideologías. Por eso, una ciencia distinta que quiera servir a esa función de orden y no suplantar al legislador que el propio ordenamiento estatuye, o fomenta tal suplantación por los operadores jurídicos (jueces, ciudadanos, etcétera), tendrá que contemplar el derecho desde la óptica de las reglas del juego jurídico establecidas por el ordenamiento mismo, y no bajo el prisma de las intenciones que en cada momento pueden mover a los distintos jugadores.

El derecho moderno, que es positivo porque se regula a sí mismo, solo puede funcionar dependiendo de sí mismo y en un contexto que le permita esa autonomía. Es decir, no puede ser jugado ni desde las reglas de un derecho superior de otra naturaleza ni desde ningún otro factor ajeno, externo.

3.3. Teorías Jus naturalista y Jus positivista, la Teoría de la Argumentación Jurídica de Manuel Atienza y el Principio de Integralidad del Derecho desde la perspectiva de Ronald Dworkin.

El actual debate en cuanto a dos posturas fundamentales del derecho, el jus positivismo y el jus naturalismo, en particular encarnado por dos de sus máximos exponentes teóricos: Manuel Atienza¹¹⁵ y Ronald Workin.

Para la primera postura, con la argumentación de que el derecho debe ser lo más objetivo posible. En este sentido tenemos que Atienza propone una teoría de la argumentación fundamentalmente reflexiva, pero no con un cariz de tenor interpretativo y subjetivo. Textualmente apunta:

“La teoría o las teorías de la argumentación jurídica tiene como objeto de reflexión, obviamente, las argumentaciones que tienen lugar en contextos jurídicos. En principio, pueden distinguirse tres distintos campos de lo jurídico en que se efectúan argumentaciones. El primero de ellos es el de la producción o establecimiento de normas jurídicas. Aquí, a su vez, podría diferenciarse entre las argumentaciones que se presentan en una fase prelegislativa y las que se producen en la fase propiamente legislativa. Las primeras se efectúan como consecuencia de la aparición de un problema social cuya solución —total o parcial— se piensa que puede ser la adopción de una medida legislativa. Ejemplo de ello son las discusiones sobre la despenalización o no (y en qué casos sí o no) del aborto, de la eutanasia o del tráfico de drogas, o sobre la regulación del llamado tráfico de influencias. Otro tipo de argumentaciones surgen cuando un problema pasa a consideración del parlamento o de algún órgano de la Administración, lo haya o no discutido previamente la opinión pública. Mientras que en la fase prelegislativa puede considerarse que los argumentos tienen, en general, un carácter más político y moral que jurídico, en la fase legislativa los papeles se invierten, de manera que son las cuestiones de tipo técnico- jurídico las que

¹¹⁵ ATIENZA, Manuel, *Las razones del derecho, Teoría de la argumentación jurídica*, UNAM, Instituto de Investigaciones Jurídicas, México D. F., 2005, p. 2

pasan a un primer plano. En todo caso, las teorías de la argumentación jurídica de que disponemos no se ocupan prácticamente de ninguno de estos dos contextos de argumentación. Un segundo campo en que se efectúan argumentos jurídicos es el de la aplicación de normas jurídicas a la resolución de casos, bien sea esta una actividad que llevan a cabo jueces en sentido estricto, órganos administrativos en el más amplio sentido de la expresión o simples particulares. Aquí, a su vez, cabría distinguir entre argumentaciones en relación con problemas concernientes a los hechos, o bien al derecho (estos últimos, en sentido amplio, podrían llamarse problemas de interpretación). Puede decirse que la teoría de la argumentación jurídica dominante se centra en las cuestiones —los casos difíciles— relativas a la interpretación del derecho y que se plantean en los órganos superiores de la administración de justicia. Ahora bien, la mayor parte de los problemas sobre los que tienen que conocer y decidir tanto los tribunales como los órganos no jurisdiccionales de la Administración son más bien problemas concernientes a los hechos, de manera que los argumentos que tienen lugar con ocasión de los mismos caen fuera del campo de estudio de las teorías usuales de la argumentación jurídica. Finalmente, el tercer ámbito en que tienen lugar argumentos jurídicos es el de la dogmática jurídica.¹¹⁶

En efecto, como apunta el propio autor en cita et aurea del conocimiento, la dogmática incurre en tres ámbitos:

- a. Suministra criterios para la producción del derecho en las diversas instancias en que ello tiene lugar;
- b. Proporciona criterios para la aplicación del derecho; y
- c. Sistematiza un sector del ordenamiento jurídico.¹¹⁷

¹¹⁶ *Ibidem* p. 4

¹¹⁷ Las teorías usuales de la argumentación jurídica se ocupan también de las argumentaciones que desarrolla la dogmática en cumplimiento de la segunda de estas funciones.

Se trata pues de proporcionar argumentos desde los propios órganos aplicadores, orientados a la toma de una decisión jurídica consistente en aplicar una norma a un caso.

Existe no obstante una distinción entre estas categorías, o procesos de argumentación: la autoridad que aplica la ley tienen que resolver casos concretos, en cambio el dogmático del derecho se ocupa de casos abstractos (por ejemplo, el de determinar cuáles son los límites entre el derecho y la vida y el derecho a la libertad personal, y cuál de los derechos debe prevalecer en caso de que entren en conflicto).

Es una cuestión de teoría y práctica, pese a que no obstante esta distinción, no podríamos sistematizar de forma tan maniquea la realidad, pues es inconcuso que ésta presenta matices, y áreas en que una y otra labor se involucran, por decirlo de alguna forma.

El quehacer jurídico eminentemente práctico, según Atienza “necesita recurrir a criterios suministrados por la dogmática, al menos cuando se enfrenta con casos difíciles (por ejemplo, para adoptar una decisión fundamentada sobre la primera cuestión antes planteada, habría que contestar a la segunda con carácter previo)”¹¹⁸, simultáneamente la dogmática, pese a que su labor es eminentemente conjetural, se apoya también en casos concretos.

En ocasiones los tribunales tienen que resolver casos eminentemente de carácter abstracto, esto es, sus decisiones además de resolver el caso concreto, pueden declarar que determinada ley es inconstitucional, que un reglamento es ilegal, o que cierta norma debe interpretarse en cierto sentido.

Por lo demás, algunos tribunales, al decidir un caso concreto, crean jurisprudencia, lo que significa que la regla en que basan su decisión —y que viene

¹¹⁸ ATIENZA, Manuel, *Las razones del derecho, Teoría de la argumentación jurídica*, p. 6, Op. Cit.

expresada en la ratio decidendi del fallo— tiene un carácter general y abstracto y vale, en consecuencia, para los casos futuros.

Por su parte, Ronald Dworkin¹¹⁹, para la explicación del segundo paradigma, es decir en cuanto a la corriente jus naturalista, que plantea que el derecho debe buscar la justicia no la objetividad literal, denuncia la caducidad del positivismo jurídico, y plantea una postura denominada pos-positivismo jurídico.

En el principio de la integralidad del derecho una de tres etapas de las concepciones derecho que hace referencia Dworkin¹²⁰, su objetivo es mostrar las prácticas legales principalmente americanas utilizando una interpretación comprensiva del derecho, partiendo de los principios de justicia, equidad y debido proceso como una forma de encontrar la mejor interpretación constructiva de la práctica legal, donde toma en cuenta el pasado si los hechos se actualizan al presente, es decir, parte del presente en el caso concreto.¹²¹

Para explicar esta concepción en el derecho hace referencia a la “cadena del derecho”, haciendo un parangón con una cierta obra literaria ficticia denominada la novela en cadena, en la que equipara la actuación de los jueces a la producción de arte en el derecho.

Dworkin considera al derecho como un producto de arte producto de su tiempo y derivado de una serie de circunstancias con alta importancia de la forma y el método para la elección o designación del derecho; el conocimiento, capacidades y perfiles que debe cubrir para desempeñarse como tal un juez, pues priva en su determinación e incluso asignación, un sesgo subjetivo y relativista; con lo cual hace una acerva crítica a la pretendida objetividad y neutralidad del derecho.

Ronald Dworkin no se refiere a un juez en materia mercantil, penal, civil o de un órgano de justicia de cualquier nivel, como lo sería el constitucional, hace

¹¹⁹ DWORKIN, Ronald, *El Imperio de la Justicia*, Gedisa, Barcelona, España. 1988 p. p. 310

¹²⁰ Las otras dos etapas de las concepciones del derecho son el convencionalismo y el pragmatismo legal.

¹²¹ DWORKIN¹²¹, Ronald, Op. Cit. 1988 p. p. 310

referencia al juez, tomándolo como la institución que resuelve sobre el derecho bajo principios, pudiendo ser un juez, un magistrado o un ministro, o un órgano colegiado, tomando en consideración que sea la autoridad que define en última instancia, para su ejemplo el autor lo llama Lord. Al no considerar para los casos difíciles la división del derecho por materias implica el que para este autor toda institución jurisdiccional debe tener como objetivo el aplicar justicia.

La noción de la cadena implica una multi-construcción de la obra jurídica partiendo de hallazgos precedentes y aportando el resultado conjetural del intérprete ocasional, lo cual se asiente como nuevo precedente informativo para un nuevo intérprete de la norma que a su vez descifrará a su modo y ciencia para asentar sus resultados en una suerte de palimpsestos jurídicos en el que todo se construye a partir de fragmentos y en el cual es la visión fragmentaria la que completa la totalidad del sistema jurídico.¹²²

Al comentar sobre el derecho como integridad debemos tomar en cuenta que el filósofo del derecho habla desde un punto de vista del derecho consuetudinario que se aplica a casos difíciles en el sistema de derecho americano, en el cual constantemente se refiere a la doctrina del precedente en el que se pide que las decisiones sobre casos anteriores similares al nuevo caso deben ser repetidas, también debemos tomar en cuenta que en el derecho anglosajón se aplican criterios, mientras que en el derecho mexicano tradicionalmente se aplica la ley y sus connotaciones, desde luego entra en juego también el criterio del juzgador en el derecho, siempre a partir de la premisa de que ante la opción entre legalidad y justicia, debe elegirse la justicia pese a que no encuadre en el rígido embudo legaloide, bajo la siguiente lógica jurídica:

¹²² En la analogía de Dworkin y con el objeto de plasmar explicativamente “la novela en cadena” la ejemplifica con una historia literaria escrita por diversos novelistas y por capítulos, en el que el primer novelista tiene la encomienda de iniciar la trama del primer capítulo; el segundo novelista tiene la obligación de elaborar el segundo capítulo debiendo interpretar el primero para realizar una mejor construcción del segundo y así sucesivamente cada novelista continuará con su capítulo hasta la conclusión de la obra literaria de la cual se deduce que los novelistas tomaron todo en cuenta para escribir el capítulo que les correspondió y el producto fue una obra construida lo más coherentemente posible sin dejar de tomar en cuenta el texto inicial.

1. Destaca como primer derecho humano fundamental el derecho a la vida; más sin embargo cuando se refiere en la cita anterior “por manejar en forma negligente,” implícitamente acepta que se pueden aplicar otro tipo de sanciones;

2. En segundo término se desprende que con el argumento del “bienestar general para justificar la pena de muerte”, prevalecen los derechos humanos del individuo sobre la comunidad, lo que hace coincidente en su campo lo afirmado por John Rawls, en el sentido de que los derechos asegurados por la justicia no están sujetos a regateos políticos ni al cálculo de intereses sociales¹²³;

3. A Ronald Dworkin se le identifica como un filósofo del liberalismo jurídico, sin rechazar la conformación de una sociedad bien ordenada en términos Rawlsianos¹²⁴, podemos decir que se refiere a un estado liberal de derecho en el que prevalece la protección de los derechos humanos fundamentales y en el que al juzgador se le permite la actuación bajo criterios en un marco de independencia dentro del contexto jurídico.

En el capítulo en comento destaca la importancia del juez en las decisiones, tomando en cuenta la moralidad política con dos virtudes constituyentes de la misma: la justicia abstracta y equidad política de la comunidad porque será ésta la que va a aceptar las resoluciones, por lo que debe haber una mezcla de convencionalismo con pragmatismo bajo la tutela de los principios de justicia y

¹²³ RAWLS John, *Teoría de la Justicia*, Ed. FCE, México, 2000, Pag. 17.

¹²⁴ *Ibidem*, p 21.

equidad, lo cual empata perfectamente con la noción auténtica de la fórmula constitucional de Control Difuso.¹²⁵

Establece que ningún juez debe articular una teoría de trabajo “concreta y detallada”, que haga innecesario visualizar sobre algún caso concreto, ya que el juez debe estar preparado para considerar cualquier principio general o método práctico de interpretación, como el caso del Control Difuso, pero también debe estar preparado para abandonarlo en favor de la profundidad de la interpretación¹²⁶, desarrollando en cada caso difícil su concepción en el derecho junto con su moralidad política, debe de estar preparado para enfrentar nuevas situaciones de derecho, de tal virtud que cada juez al emitir una resolución estará desarrollando una nueva concepción del derecho.

La justicia y la equidad son por tanto los principios por antonomasia inseparables que los jueces deben tomar en cuenta en el derecho, de esta forma el ejercicio del derecho siempre será restringido y sometido a los principios generales de justicia y equidad, tomados en cuenta como una razón política, lo que hace obligatorio tomar en consideración esos principios siempre en la aplicación del derecho.

Dworkin, inaugura una tarea constructiva, y para el caso teórico particular propone operar con un modelo ideal de una sociedad democrática. La construcción del modelo no pretende reproducir la realidad sino formular cuestiones desde el modelo a la realidad para llegar a comprenderla mejor.

¹²⁵ Entrando en el campo político manifiesta que en ocasiones se debe tomar en cuenta en las decisiones políticas el respeto en primer lugar a la opinión de la mayoría, pero en algunos casos no debe respetarlo como cuando están en juego ciertos derechos constitucionales.

¹²⁶ Los jueces, al aplicar el derecho pueden contribuir a la tarea de actualización del derecho. Esta labor puede ser paralela o independiente de la que corresponde al legislador. El juez puede ir ajustando el criterio de aplicación a las nuevas circunstancias contribuyendo de este modo a que, aún sin ajustes legislativos, la norma siga siendo eficaz. Se ha cuestionado si el juez puede ir ampliando los criterios de aplicación o si debe ajustarse siempre a lo que la norma literalmente dice. Pensamos que, en la búsqueda de mayor eficacia y utilidad del derecho, al juez sí le debe corresponder un papel de creador y no sólo de intérprete. Si no se logró el propósito de crear normas claras y coherentes, al juez le toca la tarea de interpretación y de resolución de conflictos. Si se dejaron lagunas, al juez le corresponderá colmarlas. Es por ello que su labor en la búsqueda de eficacia del derecho es también muy importante. BONIFAZ, ALFONZO, Leticia. *El Problema de la Eficacia en el Derecho*, Ed. Porrúa, México, 1999, Pp. 150 y 151.

El puente entre la Ciencia de la Legislación y la Jurisprudencia se empieza a construir. Una sociedad democrática -sugiere Dworkin - es una sociedad en la cual se respetan los siguientes principios. Según esta teoría, los principios democráticos deben seguir estos vectores:

- a. Equidad. Es valor de igual poder de cada uno de los individuos en esta sociedad. Una de las especificaciones más relevantes del principio de equidad es que cada uno debe contar como uno y nada más que uno. El principio de dar a cada persona un voto es un principio equitativo. El principio de equidad tiene un carácter procedimental y formal.
- b. Justicia. La Justicia se refiere a los resultados que producen las decisiones. Fundamentalmente calificaremos una decisión como justa si asigna y distribuye los recursos conforme a un modelo ideal determinado. Mientras la equidad se refiere al procedimiento y a la imparcialidad, la justicia se relaciona con los resultados. La distinción conceptual es importante porque se pueden dar casos de decisiones justas con procedimientos no equitativos y decisiones injustas con procedimientos equitativos.
- c. Principio de legalidad. En una sociedad democrática sólo se admite como poder legítimo el juridificado. El poder estatal debe funcionar por los cauces jurídicos. Si el estado organiza fuerzas paraestatales, policías paralelas etc. no respeta los principios de una sociedad democrática y bien diseñada y, por tanto, no estará justificada la coacción del estado. El derecho distribuye la fuerza colectiva, es él mismo la organización de la fuerza. La fuerza estatal no jurídica no está legitimada. Un buen derecho democrático debe canalizar el ejercicio de la fuerza a través de cauces preestablecidos.
- d. Integridad. Una sociedad democrática está bien diseñada si responde a la virtud de la integridad. Una primera intuición de lo que entiende por integridad puede expresarse de este modo. En el lenguaje natural decimos que una persona es íntegra moralmente cuando obra conforme a principios. La virtud de la integridad supone no sólo la existencia de unos principios sino también

su organización coherente. Dworkin sugiere tratar a la comunidad como si fuera una persona moral íntegra¹²⁷.

Con esto basta para tener una primera idea sobre el modelo que legitima la coacción del estado. Si una comunidad política se acerca a los valores de equidad, justicia, debido proceso e integridad, resultará que la coacción estará justificada mientras que si se aleja de él entonces no estará justificada.

Ahora bien, Germán Cisneros Farias expone la capital prioridad que se le ha dado a la ciencia como única vía para alcanzar el conocimiento contemporáneo, y al derecho positivo como única forma de exponer el derecho, lo cual puede en efecto ser muy controvertible y con muy pocos avíos para consolidar lo que se denomina la Verdad. En sus propias palabras exponemos:

La verdad se constituyó entonces como la principal virtud de los sistemas de pensamiento. Sus características de objetividad, coherencia e integralidad fueron elevadas a rango de grandes categorías metodológicas.

“El derecho, proclive a los movimientos de la ciencia en general, derivó de la búsqueda de la verdad hacia un concepto que le es propio: la validez; sin embargo, se ató demasiado a los formalismos de la producción legislativa con la pérdida consiguiente de su valor natural, en este caso la justicia. Es aquí donde aparece en el escenario del debate sobre los elementos fundamentales del derecho, el concepto de validez del mismo.

“Para un iusnaturalista, una norma no es válida si no es justa; para la doctrina opuesta —el positivismo—, una norma es justa sólo si es válida. Para unos la justicia es la consagración de la validez, para otros la validez es la atalaya de la justicia.

¹²⁷ PÁRAMO, Juan R. *Entrevista a Hart* en Rev. Doxa 1988.

“Enfrascados en la preeminencia de la validez, toman sus cartas también otras escuelas eclécticas, con Giorgio Del Vecchio a la cabeza, afirmando que ya no es posible encontrar —salvo en los métodos de interpretación— tendencias puras de dichas escuelas. La simbiosis ha penetrado en sus entramados normativos, de manera tal que resulta difícil encontrarlos químicamente puros.

“Preocupados por el encuentro del significado de la verdad científica y de la validez en el derecho, las escuelas o movimientos correspondientes se quedan vacíos de tanta explicación inconsistente. Pronto derivan hacia el encuentro —mezcla de ambos conceptos— de una característica propia del derecho vivo, en este caso, la eficacia.

“Siguiendo la terminología adoptada, apunta Norberto Bobbio podemos decir que estos movimientos, entre los diferentes aspectos que presenta el fenómeno jurídico, han considerado de manera especial la eficacia más que la justicia o la validez. Ellos combaten en dos frentes: contra el iusnaturalismo, que tiene una concepción ideal del derecho, y contra el positivismo en sentido estricto, que tiene una concepción formal del derecho. En antítesis con el primero, estas corrientes se pueden llamar realistas; en antítesis con el segundo, conservaduristas, en el sentido de que no observan al derecho como debe ser, sino al derecho como efectivamente es, sin considerarlo siquiera como un sistema de normas válidas, sino como un complejo de normas efectivamente aplicadas a una determinada sociedad.

“La eficacia pronto se convierte en el objetivo a alcanzar en todos los sistemas de derecho. Esta actitud se deriva de la tendencia o tendencias dominantes en la explicación de la realidad existente, a través de la ciencia. Este efecto se dio en el derecho con la presencia del positivismo, en el momento mismo en que la ciencia fue elevada a rango de ciencia, y el existencialismo filosófico tuvo su máxima expresión. Con el rompimiento de

las bases teológicas como explicativas de la realidad, aparece en el derecho el positivismo jurídico.¹²⁸

Así se plantea que en efecto la teoría positivista del derecho sostiene básicamente que el único objeto de la ciencia del derecho es el derecho dictado por los hombres y que, además, la teoría posee los métodos adecuados para determinar qué es lo que establece el derecho.

El enfoque eminentemente positivista clásico desde la perspectiva pura de la cepa kelseniana defendía el positivismo metodológico según el cual el único objeto de la ciencia del derecho es el derecho positivo.¹²⁹ Según este denodado positivismo, el derecho es una cuestión de normas dictadas por autoridades humanas que se manifiestan en unas fuentes sociales determinadas. Uno de los problemas más importantes es identificar estas fuentes del derecho y distinguirlas de otros sistemas normativos, como por ejemplo la jurisprudencia, como es el caso de nuestra actual investigación.

Existen pues dos tendencias encontradas en términos de derecho y su interpretación: la primera es la teoría de las fuentes sociales del derecho, la cual nos dice que los límites del derecho se cifran en la propia sociedad. Por otra parte, la autonomía del derecho supone que no hay necesariamente una conexión entre el derecho, la moral y la política. Esa postura puede entenderse y se ha entendido de maneras diversas. Una de las más relevantes es la que exige una distinción estricta entre el derecho y su justificación, el derecho es derecho aunque sea injusto.

¹²⁸ CISNEROS FARÍAS Germán, *Interpretación sistémica del derecho*, Porrúa, México, D.F., 2008, p. 14.

¹²⁹ El marcado positivismo conceptual se asocia con dos tesis importantes. En primer lugar, la defensa de la teoría de las fuentes sociales del derecho y en segundo lugar, la tesis de la separación entre el derecho, la moral y la política.

Para conocer el derecho no es necesaria la evaluación moral. Von Wright expresó¹³⁰ una de las consecuencias de esta idea con claridad cuando afirmó que:

“(...) la moralidad trasciende la legalidad en el sentido de que censura las leyes y las decisiones de los tribunales de justicia. Por esta razón nunca puede ser incorporada en el tipo de orden coactivo que constituyen las leyes del estado”.¹³¹

La perspectiva pospositivista es una de las tesis más discutidas pues autores como el que hemos citado como paradigma Dworkin sostienen que la evaluación moral es necesaria tanto para entender como para describir el derecho.

En suma el Postpositivismo plantea un desplazamiento de la agenda de problemas que interesan y, en algunos casos, a un cierto distanciamiento de algunas de las tesis que eran sostenidas de forma mayoritaria por las teorías más positivistas. Algunos autores han llegado a defender que el positivismo es autodestructivo porque si se llevan sus tesis hasta sus últimas consecuencias se desemboca en el antipositivismo, como lo plantea Kaarlo Tuori.¹³²

Las dos posturas fundamentales del positivismo son atacadas por el pospositivismo. El problema de los límites del derecho y el problema de la conexión entre el derecho y la moral.

¹³⁰ VON WRIGHT, *Es y Debe*, en “*La normatividad del Derecho*”. Barcelona, Gedisa.

¹³¹ Para un análisis de mucho de los problemas involucrados en la distinción entre “ser” y “deber ser”, véase: VONWRIGHT, 1997: “Ser y deber ser”, en GARZÓN VALDÉS, E. *et al.* (ed.), *La normatividad del Derecho*, Barcelona: Gedisa, pp. 87-110). Para una recopilación de trabajos clásicos sobre el problema, véase: HUDSON (ed.), 1969: *The Is-Ought Question*.

¹³² TUORI, Kaarlo. *Validez, Legitimidad y Revolución*, en *La Normatividad del Derecho*. Barcelona, Gedisa, p. 122

1. Los límites del derecho. La teoría de las fuentes sociales del derecho pretende responder a la cuestión de los límites del derecho. Hart,¹³³ por ejemplo, sostuvo que el derecho se puede identificar como un hecho social y que el núcleo del derecho se encuentra en estas fuentes sociales.

Hart no sólo defendió la teoría de las fuentes -es decir que las decisiones del pasado determinan cuál es la respuesta que debe darse jurídicamente- sino que además añadió la tesis -en su teoría de la adjudicación- de que pueden existir casos difíciles y, por tanto, el juez puede ser un legislador intersticial.

Y es que en realidad la teoría jurídica concebida de esta manera como descriptiva, y radical es una empresa radicalmente diferente a la concepción que Ronald Dworkin tiene a la teoría jurídica o jurisprudencia (dentro de la tradición jurídica inglesa *jurisprudence* es empleada fundamentalmente como ciencia del derecho) como frecuentemente la denomina, en parte evolutiva, y justificativa y dirigida a una cultura jurídica particular, la cual es usualmente la del propio teórico y en el caso de Dworkin ésta es la del derecho angloamericano.

La tarea central de esta teoría jurídica así concebida es denominada por Dworkin, interpretativa y, es parcialmente evolutiva toda vez que consiste en la identificación de los principios que se adaptan mejor al derecho establecido y con las prácticas de un orden jurídico y a la vez proporciona su mejor justificación moral, mostrando el derecho en su mejor luz. Para Dworkin los principios así identificados son no sólo parte de una teoría del derecho sino son también parte implícita de derecho mismo. De ahí que para él la jurisprudencia es la parte general del proceso judicial, el prologo y preámbulo de cualquier resolución en derecho pero en su última

¹³³ HART, H. L. A., *Post scriptum al concepto de derecho* (Ed.) PENELOPE A. BULLOCH Y JOSEPH RAZ, TAMAYO Y SALMORÁN, Rolando, estudio preliminar, traducción, notas y bibliografía, UNAM, Instituto de Investigaciones Jurídicas., p. 18

obra *Law's Empire*, caracteriza a estos principios y a las proposiciones particulares que se sitúan de ellos como derecho en sentido interpretativo.

Las prácticas jurídicas establecidas o paradigmas del derecho que tal teoría interpretativa tiene que interpretar son denominadas por Dworkin preinterpretativos, y un teórico, piensa Dworkin, no tiene ninguna dificultad ni ninguna tarea teórica que realizar para identificar tales datos preinterpretativos toda vez que estos están establecidos como cuestión de consenso general por los juristas de los órdenes jurídicos particulares.

Sin embargo, sostenemos que no obstante la marcada tendencia del positivismo, que en realidad ahonda en la raigambre jus naturalista, sostenemos que la interpretación normativa del positivismo jurídico evita las discusiones puramente semánticas sobre la definición de Derecho y sitúa los desacuerdos sobre el Derecho en un contexto significativo en el que estos análisis y descripciones en competencia son vistos como teniendo cierta conexión con ideales jurídicos alternativos, eludiendo así la doble trampa de los desacuerdos puramente definicionales sobre conceptos jurídicos, por un lado, y de los intercambios de información inconcluyentes sobre los diferentes sistemas jurídicos, de otro.

El apego al positivismo jurídico además de dotar de certidumbre jurídica favorece una mejor comprensión de las variedades de lectura normativa que impedirá en última instancia legitimar cualquier argumento de interpretaciones subjetivas e ingratas discusiones como la de los aspectos definitorios del positivismo jurídico en sí mismo. En nuestro caso se presenta el positivismo como un conjunto de reglas discretas que son identificadas, comprendidas y aplicadas mediante el conocimiento técnico de los aplicadores del Derecho, cuyo trabajo está al margen de los desacuerdos morales y políticos de la vida diaria, circunstancia que se deja de lado cuando se preconiza el valor de la jurisprudencia como factor normativo.

Si bien para muchos teóricos pos-positivistas, el positivismo jurídico no ha conseguido aceptar el giro interpretativo en la filosofía del Derecho que controvierde el rol la cultura jurídica en general, y en particular de los jueces en el tenor de generar e interpretar jurisprudencia en la adscripción de sentido y significado a reglas que, por sí mismas, son compatibles con un número infinito de diferentes interpretaciones, cierto también es que el “significado literal” previene subjetividades en términos de derecho y por consiguiente de certeza jurídica.

No obstante no debemos perder de vista que la principal crítica contra el positivismo jurídico en efecto radica en que puesto que cualquier caracterización del Derecho como un sistema completamente autónomo de reglas es patentemente defectuoso en tanto que ejercicio descriptivo, es fácil ver por qué se considera que el positivismo jurídico debe ser una teoría desacreditada. Las decisiones jurídicas dependen de una multitud de factores que no vienen dados en las reglas relevantes.

Es claro que existe una relación inversamente proporcional entre certidumbre jurídica y apego a los valores sociales sustentados como fuente del derecho; en donde resulta que a mayor certidumbre jurídica mayor rigidez y distancia de los movimientos sociales, en cambio, a mayor apego a factores sociales como la moral, la cultural, las costumbres, y por consecuencia, mayor apego a la jurisprudencia y su naturaleza interpretativa y multi-semántica a menor será la certidumbre jurídica. Con todo, sostenemos que el valor de la objetividad, será preferible siempre y cuando se medie y se tienda al justo medio. Ninguna caracterización del Derecho que ignore su inteligibilidad y significado desde el punto de vista de aquellos que operan y son afectados por sus estructuras normativas puede proporcionar una caracterización satisfactoria de tal institución social compleja, por lo tanto se debe preconizar una dialéctica permanente entre la creación normativa y su interpretación desde el sustento social como fuente del derecho, sin extremos o sobrevaloración a la interpretación puramente jurisprudencial. Si bien es posible que los jueces encuentren con casos difíciles y que utilicen criterios extrajurídicos para resolverlos,

pero desde una posición como la de Hart el derecho es el conjunto de hechos sociales que se pueden identificar mediante métodos específicos. Cuando el juez utiliza otros elementos no está aplicando el derecho sino que está inventando el derecho, por eso es que la postura positivista critica la sobre interpretación particularmente hecha sobre la jurisprudencia. En contrario sensu, el pos-positivismo centra su atención a partir de la indeterminación del derecho. Se desplaza el centro de atención de los casos claros o fáciles a los casos difíciles. El problema comienza cuando se le da especial atención al factor consuetudinario que dota del valor interpretativo de una increíble subjetividad.

Como hemos visto todas las teorías descritas y analizadas en este capítulo aplican a la problemática del control de la constitucionalidad, cada una de ellas en el ámbito de su objeto de estudio del derecho y desde su propia perspectiva.

Capítulo IV

La justicia constitucional en algunos países de Europa y América

4.1 Marco jurídico internacional del control jurisdiccional de la constitucionalidad local, autónoma e independiente del poder judicial

Respecto al control de la constitucionalidad, se debe hacer una revisión en el ámbito internacional de los modelos de control mixto y los que tienen un órgano jurisdiccional creado ex profeso para efectuar dicho control. Entre los primeros se encuentra la República Federal de Alemania, con un marco jurídico de justicia constitucional que desarrolla, y que es desarrollada, tanto por su Corte Constitucional Federal, como por tribunales constitucionales locales, que se encargan de velar y tutelar que se respete el orden constitucional relativo a sus Länders (estados federados).

De igual forma, se muestra un marco jurídico de estados-nación que manejan su justicia constitucional a través de tribunales constitucionales autónomos e independientes de sus poderes judiciales, como los casos de España y Perú. Este análisis nos permite prever que sí es posible la existencia de tribunales especializados en la tutela y salvaguarda de la constitucionalidad de un Estado y soporta perfectamente que haya tribunales constitucionales locales autónomos e independientes de los tribunales superiores de justicia en las entidades federativas de México.

4.2. La doble jurisdicción constitucional en Alemania

Según establece el profesor Norbert Lösing:¹³⁴ la República Federal de Alemania es un Estado federal, democrático y social. Así está constatado en el artículo 20, párrafo 1, de su ley fundamental. Queda de esta forma establecido, como principio,

¹³⁴ Profesor de derecho constitucional en Alemania; fue director de la Fundación Konrad Adenauer para Sudamérica.

el régimen Federal de la ley fundamental. Se confirma en el texto constitucional lo que el preámbulo de esa ley anuncia cuando enumera a los 16 Länder (estados alemanes) que forman ese país.

Según se puede extraer de la regulación constitucional, el Estado federal constituye –en contraposición al Estado unitario y la Confederación de Estados– un conjunto de organizaciones y ordenamientos jurídicos estatales; a saber, los de los Estados miembros (Gliederstaaten), dotados de una potestad estatal (Staatsgewalt) propia, y la del Estado global (Gesamtstaat). En este conjunto, las tareas estatales se reparten entre ambas instancias; los estados miembros disponen de determinadas facultades para incidir en el Estado global, a través de un órgano específico (en Alemania el Consejo Federal/ Bundesrat), y, a la inversa, el Estado global puede también incidir sobre los Länder; y se fundamenta y garantiza una cierta homogeneidad entre los diversos ordenamientos de los estados miembros y del Estado global.¹³⁵

La estructura del Estado federal de la ley fundamental es bímembre;¹³⁶ consta, por ello, de la Federación y de los Länder. Por tanto, solo hay una organización central a la que, conjuntamente con las de los estados miembros, corresponde en el ámbito territorial todas aquellas tareas que competen a la organización estatal unitaria.¹³⁷ Los órganos de la Federación actúan, en el marco de sus competencias, como parte del Estado global, que incluye a los Länder. Los órganos constitucionales del Estado global y de los estados miembros se encuentran por principio en una situación de independencia y yuxtaposición. Como miembros de la Federación, los Länder disponen de una soberanía originaria, no derivada, sino reconocida por aquélla, aunque limitada en cuanto a su objeto.¹³⁸ Una de sus competencias consiste en la configuración de su propio régimen constitucional, competencia limitada por el marco establecido en el artículo 28, párrafo 1, de la ley

¹³⁵ HESSE, K.: Bundesstaat, en: *EvStL*, 3. Aufl., 1987, S. 317 ff.; citado en Vogel, J. J.: “El régimen federal de la Ley Fundamental”, en: Benda, Maihofer, Vogel, Hesse, Heyde: *Manual de Derecho Constitucional*, Madrid 1996, p. 615.

¹³⁶ BVerfGE (Bunerverfassungsgerichtsgesetz) Ley del Tribunal Constitucional Alemán, 13 pág. 53ff. (77).

¹³⁷ HESSE K, *Op, Cit.* p. 625.

¹³⁸ Ídem.

fundamental: “El orden constitucional de los Länder responderá a los principios del Estado de Derecho republicano, democrático y social conforme a la Ley Fundamental”.

A pesar de estas indicaciones, la condición estatal de los Länder implica un determinado núcleo de funciones que les corresponden¹³⁹ –en palabras del Tribunal Constitucional Federal– a título de “ajuar” y de las cuales no pueden ser despojados.¹⁴⁰ La protección de este ajuar está confiada al Tribunal Constitucional Federal, que aplica como parámetro de control la ley fundamental. La existencia de un núcleo de funciones privativas para los Länder y su carácter de Estado implica, también, que los Länder pueden guardar internamente de su “ajuar” mediante una jurisdicción constitucional propia (del Land). El parámetro de control de ésta es la Constitución del Land; el objeto de control exclusivamente, el “ajuar”, es decir, la actuación y legislación del Land.

4.2.1 La división de la jurisdicción

El artículo 92 de la constitución alemana distribuye el poder judicial entre la Federación y los Länder cuando indica: “Se confía a los jueces el poder judicial. Es ejercido por el Tribunal Constitucional Federal, los tribunales federales previstos en la Ley Fundamental y los tribunales de los Länder”. Los tribunales de la Federación son el Tribunal Constitucional Federal, los cinco Tribunales Supremos (civil y penal, laboral, contencioso-administrativo, social y fiscal-impositivo), el Tribunal de patentes, el Tribunal disciplinario y los Tribunales militar-disciplinarios. La mayoría de los tribunales, (municipales, estatales inferiores y estatales superiores) son de los Länder. Estos aplican las leyes federales.¹⁴¹

¹³⁹ Ver al respecto HERDEGEN, M.: "Las estructuras y las instituciones del derecho constitucional de los países", en Isensee / Kirchhoff: Manual de Derecho Constitucional, Tomo 4, 1990. p. 97.

¹⁴⁰ BVerfGE Ley del Tribunal Constitucional Alemán 34, p. 9 y ss. (20)

¹⁴¹ Las leyes procesales son casi íntegramente leyes federales. También en el derecho material la gran mayoría de las leyes de cierta importancia son leyes federales.

4.2.1.1. La jurisdicción constitucional federal

En Alemania, una vez finalizada la segunda guerra mundial y con la caída del inhumano régimen nacionalsocialista, se tuvo que construir una democracia en el marco de un Estado de derecho, sobre los escombros del antiguo orden. Esto no podía significar nada distinto a intentar algo cuyo resultado no se podía todavía predecir.¹⁴² En ese momento tampoco se podía acudir a una tradición democrática sólida, pero sí a las anteriores constituciones y a los fracasos y las catástrofes del reciente pasado.¹⁴³ La forma como se dieron las cosas en la República de Weimar bajo la Constitución de 1919 representa una experiencia invaluable, que R. Wahl y E. Rottmann formulan acertadamente como sigue: “En Weimar se generó la conciencia de que el significado de una Constitución se diferenciaba cualitativamente, dependiendo de si hay o no una jurisdicción constitucional: el ser o el no ser de la ‘segunda parte’ de la Constitución depende de esto.”¹⁴⁴

En el Consejo parlamentario se dijo la siguiente frase: “O el derecho se reconoce efectivamente como fundamento de la sociedad humana y entonces también se dota de las garantías necesarias para su realización, o por el contrario, a conveniencia política se convierte en el principio supremo, o que entonces nuevamente conduciría a los peligrosos dogmas fundamentales de las épocas pasadas, en donde derecho es lo que al pueblo o al gobierno o al Estado le sirva.”

Por esta razón, en Alemania se rechazó definitivamente toda idea que tuviera como consecuencia el alejamiento de los tribunales del juzgamiento de la legalidad de las leyes y de los actos del gobierno, ya que con esto se daría una judicialización de la política y una politización de la justicia, con lo cual ninguna de las dos ganaría, pero sí perderían todo. Estas formulaciones se remontan al historiador y político

¹⁴² SMEND, R.: “*El Tribunal Federal Constitucional*” en *Tratados Jurídicos del Estado*, 1968, p. 581.

¹⁴³ HESSE, K.: “Etapas de desarrollo de la corte constitucional alemana”. Haberle, P. (editor), *Anuario de derecho público*, volumen de la serie Nueva número 46, Tubinga, 1998, p. 3.

¹⁴⁴ WAHL, R. / ROTTMANN, E.: “*El significado de la Constitución y los tribunales constitucionales en Alemania, comparativo entre el 19 Jahrhundert y Weimar*”, Conze, W. / Lepsius, MR (editor), *Historia Social de la República Federal. Contribuciones a Kontinuitatsproblemen*, Stuttgart, 1983, p. 339.

francés E. Guizot (1846) y Carl Schmitt, y a otros más con algunas variaciones.¹⁴⁵ Estas ideas rondan aun hoy en día las cabezas de numerosos políticos y juristas –no solo latinoamericanos– y, al menos en el caso de los juristas,¹⁴⁶ se debe en forma considerable a su formación, que en muchos países con una doctrina constitucional propia que se reflejaba en menor grado, iba de la mano (especialmente) de la literatura española del siglo 19 y comienzos del 20. En Alemania, por el contrario, las experiencias de la República de Weimar y las intensas controversias científicas cayeron en suelos fértiles.¹⁴⁷ Las raíces de la jurisdicción constitucional alemana se encuentran en la creación del Tribunal del Imperio en el siglo 15 y en el Consejo del Imperio del siglo 16. Esos tribunales tenían a su cargo la protección permanente de los derechos individuales.¹⁴⁸ En el siglo 19 ya existían en la Federación Alemana y en algunos Estados procedimientos especiales para la solución de las controversias que se originaban en el derecho constitucional (procedimientos para la solución de conflictos de competencia -procedimiento de concertación-¹⁴⁹ y tribunales federales

¹⁴⁵ STERN, K.: *El poder en una túnica roja*, el art. para la Revista Merkur, Número 38, volumen 20. Septiembre 1996, pág. 3.

¹⁴⁶ Para los políticos el interés en una jurisdicción constitucional efectiva es por naturaleza bajo, por lo menos en el momento en que se encuentran en el poder.

¹⁴⁷ Ver también ROBBERS, G.: *El desarrollo histórico de la jurisdicción constitucional* Tung, s: jus pág. 257 ss.; 1990. Y GRIMM, D. *La importancia de la Constitución de Weimar en Alemania La historia constitucional*, Heidelberg 1990.

¹⁴⁸ SCHEUNER, U: La Tradición de la jurisdicción del Estado alemán en los siglos 19 y 20, en: Starck, C. (editor), *la Corte Constitucional Federal y la Constitución*, fija de la existencia 25 miembros de la Corte Constitucional, 1, 1976, p. 1 SS.

¹⁴⁹ Art. 11 de la Constitución de la Federación Alemana de 1815: "(...) Los miembros de la federación se vinculan entre sí, no como pretexto para hacer la guerra ni para continuar sus controversias, sino para llevarlas ante la asamblea federal. Esto dependerá entonces de que se busque la mediación a través de una comisión, y en caso que ese intento fracase y por tanto sea necesaria una decisión judicial, ésta se efectúe en una instancia de concertación adecuada, a cuyo pronunciamiento se deberán someter de inmediato las partes en litigio". Art. 21 Las actas finales que contienen la Conferencia Ministerial en Viena, 15 de mayo de 1820, sobre perfeccionamiento y consolidación de la Federación Alemana: "La Asamblea Federal tiene que buscar en todas las controversias entre los miembros de la federación, que se lleven ante ella de conformidad con las disposiciones de las actas federales, la intermediación a través de una comisión. Si las controversias surgidas no se pueden solucionar por esa vía, se tendrá que dejar la decisión de la misma a una instancia de concertación y por tanto, siempre y cuando en el tribunal de concertación no se acuerde otra cosa entre los miembros de la federación, las disposiciones contenidas en la decisión federal de 16 de junio de 1817 así como las instrucciones que surjan de la delegación que al mismo tiempo se haga al Bundestag, deberán ser especialmente observadas en la decisión".

de arbitramento; tribunales estatales en algunos estados), pero en la práctica esta jurisdicción estatal se aplicó muy poco.¹⁵⁰

La conformación esencial de la jurisdicción constitucional actual se encuentra en la Constitución del Imperio de 1849, con la que se debían cumplir los objetivos de los movimientos de unidad y libertad del siglo 19, luego de la revolución de 1848.¹⁵¹ En este sentido, el artículo 126 de la Constitución de 1848 reglamentaba ya la competencia del Tribunal del Imperio para la decisión de las controversias en materia federal entre los más altos órganos del Estado, los principios de un control constitucional por vía judicial y la facultad para decidir las quejas constitucionales.¹⁵²

Artículo 126: A las competencias del Tribunal del Reich pertenecen: Las demandas un estado en contra del poder ejecutivo por la violación de la Constitución mediante la expedición de leyes nacionales y mediante regulaciones del gobierno, así como las demandas del poder ejecutivo en contra de los estados por violación de la Constitución.

Las controversias entre la cámara del estado y la cámara del pueblo y entre cada una de ellas y el poder ejecutivo, que se encuentren relacionadas con la interpretación de la Constitución, cuando las partes en litigio acuerden someterlas a las decisión del Tribunal del Reich.

Las controversias políticas y de derecho privado de todo tipo entre los estados alemanes.

Las controversias sobre la sucesión del trono, la capacidad de gobernar y la regencia en los estados federales.

Las controversias entre el gobierno de los estados federales y sus representantes populares sobre la validez o interpretación de la Constitución del estado. Las demandas del ciudadano de un estado en contra del gobierno del mismo a causa de la derogatoria o de la modificación inconstitucional de la Constitución del estado.

Las demandas de los ciudadanos de un estado en contra del gobierno a causa de la violación de la Constitución del estado pueden ser interpuestas ante el Tribunal sólo cuando no se pueda dar aplicación a los remedios contemplados en la Constitución del estado.

Las demandas de los ciudadanos alemanes a causa de la violación de los derechos garantizados a ellos en la constitución del Reich. Las disposiciones similares sobre el alcance

¹⁵⁰ SCHLAICH, K.: El Tribunal Constitucional Federal, Múnich 1994, p. 2.

¹⁵¹ HESSE, K.: Op. cit, p. 4.

¹⁵² Op. Cit.

de ese derecho de demandar y la forma y modo de hacer valer los mismos, se reservan a la Ley del Reich. Las demandas por causa de denegación o suspensión de asistencia jurídica cuando se han agotado los remedios consagrados en las leyes de los estados.

La jurisdicción penal sobre las acusaciones en contra de los ministros del Reich, siempre y cuando se relacionen con su responsabilidad ministerial.

La jurisdicción penal sobre las acusaciones en contra de los ministros de los estados, siempre y cuando se relacionen con sus responsabilidades ministeriales.

La jurisdicción penal en los casos de alta traición y traición a la patria. Si aun otros delitos en contra del Reich se deban asignar a la jurisdicción penal del tribunal del Reich, se reserva a las leyes posteriores.

Las demandas en contra del fisco.

Las demandas en contra de los estados alemanes, cuando la obligación de cumplir suficientemente las exigencias, se duda o se discute entre varios Estados, así como cuando la obligación colectiva se quiere hacer valer en una demanda en contra de varios Estados.

Solo hasta la Ley Fundamental, 100 años más tarde, se pudieron realizar estas disposiciones. La Constitución del Imperio de 1871 no preveía la jurisdicción estatal. El Tribunal del Imperio, establecido en 1879, no ejerció tampoco ninguna jurisdicción constitucional. Al Tribunal de Justicia Constitucional de la República de Weimar se le asignaron solo algunas funciones especiales en el ámbito del ordenamiento federal del imperio. Al parlamento (Reichstag) se le atribuyó el derecho de acusar¹⁵³ al presidente, al canciller y a los ministros ante el Tribunal de Justicia Constitucional; asimismo, este último debía resolver los conflictos entre los diferentes estados, entre el imperio y los estados y (subsidiariamente) las controversias constitucionales¹⁵⁴ al interior de los estados.¹⁵⁵

¹⁵³ Art. 59 de la Constitución de Weimar: "El Reichstag es competente para acusar ante el Tribunal de Justicia Constitucional del Reich alemán al Presidente del Reich, al Canciller del Reich y a los Ministros de Reich, por violación culpable de la Constitución del Reich o de una ley del Reich. La proposición para interponer la acusación debe ir firmada por lo menos por cien miembros del Reichstag, y necesita ser aprobada por la mayoría que se exige para modificar la Constitución. Los pormenores están regulados por la ley del Reich sobre el Tribunal de Justicia Constitucional.

¹⁵⁴ Art. 19 de la Constitución de Weimar: "De los litigios constitucionales que se promuevan en el interior de un Territorio en donde no exista ningún tribunal competente para dirimirlos así como de los litigios de carácter no privado entre Territorios distintos o entre el Reich y un Territorio, decidirá, a

La Constitución de Weimar, por el contrario, no autorizó al Tribunal de Justicia Constitucional para conocer de las controversias entre los órganos constitucionales ni para controlar la compatibilidad de las disposiciones legales con la constitución. Se excluía también el examen de las violaciones a los derechos humanos en las quejas presentadas por los ciudadanos ante el Tribunal Constitucional Supremo. El artículo 13 de la Constitución de Weimar¹⁵⁶ permitía, sin embargo, un control constitucional abstracto en caso de dudas sobre la compatibilidad del derecho de uno de los estados con el derecho del imperio, esa competencia, sin embargo, no estaba en cabeza del Tribunal Constitucional, sino del Tribunal Supremo.¹⁵⁷ Bastante discutida fue la cuestión sobre si los tribunales de la jurisdicción ordinaria estaban autorizados u obligados a examinar en un caso concreto la compatibilidad del derecho a aplicar con la Constitución. El Tribunal Supremo en su famosa sentencia de 1925¹⁵⁸ reconoció la posibilidad de efectuar un examen de este tipo y de este modo prácticamente le abrió la puerta al control constitucional difuso en Alemania; sin embargo, esta jurisprudencia no tuvo efectos prácticos dignos de mencionar.¹⁵⁹ Éste no debía ser el destino de la jurisdicción constitucional en la República Federal Alemana. El poder político en los estados debía sujetarse legamente.

Tanto en el Convento del Herrenchiemsee, donde se preparó la constitución, como también en la propia asamblea constituyente, el Consejo parlamentario, predominó desde el comienzo la convicción unánime sobre la necesidad de crear

instancia de una de las partes litigantes, el Tribunal de Justicia Constitucional, siempre que el litigio no sea de la competencia de otro Tribunal del Reich. El Presidente del Reich es el encargado de dar cumplimiento a la sentencia del Tribunal de Justicia Constitucional.”

¹⁵⁵ Hesse, K.: "Etapas de desarrollo de la corte constitucional alemana". Op. Cit. p. 4.

¹⁵⁷ Art. 13 de la Constitución de Weimar: "El derecho del Reich prevalece sobre el de los Territorios. Si surgen dudas o diferencias de apreciación acerca de si una prescripción territorial es o no compatible con el derecho del Reich, la autoridad central competente del Reich o del Territorio puede solicitar la decisión del Tribunal Supremo de Justicia del Reich al tenor de lo que especialmente disponga sobre la materia una ley del Reich.”

¹⁵⁸ RGZ 111, p. 320 (322 s.).

¹⁵⁹ 24 Hesse, K.: Stufen der Entwicklung der deutschen Verfassungsgerichtsbarkeit, en: Haberle, 1'. (Editor), Jahrbuch des Offentlichen Rechts, Neue Folge Tomo 46, Tübingen 1998, p. 4.

una jurisdicción constitucional federal, con competencias más amplias que las que tenía el Tribunal Constitucional del Imperio alemán.¹⁶⁰

Junto a los todavía tradicionales marcos de la jurisdicción constitucional alemana, dentro de las cuales se cuentan las competencias para decidir las controversias federales:

1. Sobre la interpretación de la Ley Fundamental respecto a controversias sobre el alcance de los derechos y deberes de un órgano supremo de la Federación o de otras partes investidas de derechos propios por la Ley Fundamental o por el reglamento interno de un órgano federal supremo.
2. En caso de controversias o dudas relativas a la compatibilidad formal o material de la normativa federal o de los Länder con la Ley Fundamental; o la compatibilidad de las normas de los Länder con otras normas del derecho federal, a petición del Gobierno federal, del gobierno de un Land o de un tercio de los miembros del Bundestag
3. En caso de controversias sobre los derechos y deberes de la Federación y de los Länder, especialmente en lo que concierne a la ejecución del derecho federal por los Länder y al ejercicio del control federal.
4. En otras controversias de derecho público entre la federación y los Länder, entre los Länder o dentro de un Land, siempre que no esté abierta otra vía judicial.
 - 4a Sobre los recursos de amparo que pueden ser interpuestos por toda persona que se crea lesionada por el poder público en sus derechos fundamentales, o en uno de sus derechos contenidos en los artículos 20, apartado 4, 33, 38, 101, 103 y 104.
 - 4b Sobre los recursos de amparo interpuestos por municipios y mancomunidades de municipios por violación a través de una ley del derecho de autonomía municipal establecido en el artículo 28.

¹⁶⁰ *Ídem*, p. 5.

Además de los anteriores han aparecido otros que han suscitado una verdadera “revolución” en la jurisdicción constitucional. Dentro de éstos se cuentan los procedimientos para la solución de controversias entre órganos (con base en el art. 93 inc. I num. 1 de la Ley Fundamental), los diferentes tipos de procedimientos para el control constitucional (control constitucional previsto en el art. 93 inc. 1 núm. 2 de La Ley Fundamental (LF); control constitucional concreto por vía de consulta judicial previsto en el art. 100 inc. 1 LF; verificación de las normas y calificación de las normas previsto en el art. 100 inc. II LF; consulta de divergencias previsto en el art. 100 inc. III LF; La calificación de las normas prevista en el Art. 126 LF y las quejas constitucionales comunales previstas en el Art. 93 inc. 1 núm. 4 b LF, la queja constitucional (de conformidad con el art, 93 inc. 1 núm. 4 a LF), los procesos de protección a la Constitución (acusación en contra del Presidente Federal de conformidad con el Art. 61 LF; [a acusación judicial (de conformidad con el Art. 98 inc. II y y LF); los procesos para hacer efectivos los derechos fundamentales (previstos en el Art. 18 LF); las disposiciones sobre prohibición de partidos políticos (previstas en el Art. 21 inc. II frase 2 LF) y los procesos electorales (de conformidad con el Art. 41 inc. II LF).¹⁶¹

Para mayor ilustración, los artículos 92, 99 y 100 de la Ley Fundamental de la República Federal de Alemania (del 23 de mayo de 1949; enmendada por la ley de 26 de noviembre de 2001) señalan:

Artículo 92.- [Organización judicial]

El Poder Judicial es confiado a los jueces; es ejercido por la Corte Constitucional Federal y por los tribunales federales previstos en la presente Ley Fundamental y por los tribunales de los Länder.

¹⁶¹ Para una presentación amplia sobre las competencias del Tribunal Constitucional alemán ver Schlaich, K.: El Tribunal Federal Constitucional, Múnich 1994; El Tribunal Constitucional Federal en Munich, 1994; Roettecke, G.: Tareas y Stellung de la Corte Constitucional Federal en la estructura constitucional, s: Isensee, J. / Kirchhof, P. (editor), Manual de Derecho Constitucional de la Deutschland República Federal, II Tomo, toma de decisiones democrática - El los órganos estatales de la Federal, Heidelberg, 1987, pág. 665 ss; Roettecke, G. tareas Stellung y el Tribunal Constitucional Federal en la jurisdicción, s: Manual de Derecho Constitucional, Tomo II, pág.. . 683 Ss, amigo, WK: La elección y condición de la Corte Constitucional Federal, s: Manual de Derecho Constitucional, Tomo II, pág. 697 ss; Baja, Zuständigkeiten W. y *Los procedimientos de la Corte Constitucional Federal*, s: Manual de Derecho Constitucional, Tomo II, pág.. 737 ss.

Artículo 99.- [Decisión por la Corte Constitucional Federal y por los tribunales supremos de la Federación de litigios jurídicos dentro de un Land mediante una ley de un Land podrá conferirse a la Corte Constitucional Federal la decisión de litigios constitucionales dentro de dicho Land, y a los tribunales supremos de justicia mencionados en el artículo 95, apartado 1, la decisión en última instancia de aquellos asuntos en los que se trate de la aplicación del derecho de un Land.

Artículo 100.- [Control concreto de normas]

(1) Si un tribunal considera que es 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 de la Corte 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.

(2) Si en el curso de un litigio hubiera dudas acerca de si una regla de Derecho internacional es parte integrante del Derecho federal y fuente directa de derechos y deberes para el individuo (artículo 25), el tribunal recabará la decisión de la Corte Constitucional Federal.

(3) Si en la interpretación de la Ley Fundamental, la Corte Constitucional de un Land quiere apartarse de una decisión de la Corte Constitucional Federal o de la Corte Constitucional de otro Land, recabará la decisión de la Corte Constitucional Federal.

En el contexto general, las facultades extraordinarias, con las que se dotó al Tribunal Constitucional son comprensibles si se tienen en cuenta las amargas experiencias tenidas con el Estado nacional socialista. La existencia de una jurisdicción constitucional de este tipo, que se ha cristalizado con el correr del tiempo y a través de la jurisprudencia del Tribunal Constitucional, ha tenido un efecto y una influencia determinante sobre todos los otros poderes del Estado, de manera especial sobre los órganos legislativos, de una manera que no se hubiera pensado antes de 1949.

El juez constitucional Hans Hugo Klein se refería a esta situación con la siguiente formulación: “La jurisdicción constitucional, en un ámbito limitado por la forma y número de sus competencias, participa de diversas maneras en la dirección

de Estado. La coexistencia de una dirección estatal política con la jurisdicción constitucional constituye el Estado constitucional.”¹⁶²

4.2.1.2. La jurisdicción constitucional de los Länder

Los Tribunales Constitucionales de los Länder (Estados federados) en Alemania—Baden-Wuerttemberg, Baviera, Berlín, Brandeburgo, Bremen, Hamburgo, Hesse, Mecklemburgo-Pomerania Occidental, Baja Sajonia, Renania del Norte-Westfalia, Renania-Palatinado, Sarre, Sajonia, Sajonia-Anhalt, Schleswig-Holstein, Turingia, reciben la denominación de “Länderverfassungsgerichte” (países constitucionales) o de “Staatsgerichtshöfe” (Tribunales estatales), y desempeñan un papel similar al de la Corte Constitucional Federal, aunque en relación a las Constituciones que cada Land ha promulgado, solucionando los conflictos entre los órganos públicos de un Land y comprobando la constitucionalidad de la legislación del Estado. No todos los Länder han establecido un Tribunal Constitucional propio, y dos han transferido la jurisdicción sobre cuestiones referentes a sus propias constituciones a la Corte Constitucional Federal. Los Länder de Schleswig-Holstein y de Mecklenburg-Vorpommern son los únicos que han llevado a cabo esta posibilidad. El Tribunal Constitucional Federal disfruta de un control jurisdiccional sobre las cuestiones decididas por los Tribunales Constitucionales de los Länder. Los “Länderverfassungsgerichte” están compuestos por jueces que normalmente desempeñan, además, labores en otros tribunales del Estado.

La creación de 15 Tribunales Constitucionales estatales (el único Land sin un tribunal constitucional propio es Schleswig-Holstein) como guardianes de las Constituciones de los Länder descansa sobre la autonomía constitucional de los Länder.¹⁶³ Objeto de control de estos tribunales pueden ser sólo actos basados en la

¹⁶² *Ibidem.*

¹⁶³ BVerfGE 36, p. 342 y ss. (360 y Ss.) Ley del Tribunal Constitucional Federal.

soberanía de los Länder. Por ello, la jurisdicción constitucional de la Federación y la de los Länder existen una al lado de la otra de forma independiente.¹⁶⁴

El Tribunal Constitucional Federal controla la jurisprudencia de los Tribunales Constitucionales estatales únicamente en raros casos de excepción con relación al respeto de los derechos procesales fundamentales en los procedimientos y con relación al derecho de igualdad en caso del control de elecciones en un Land.¹⁶⁵ A pesar de la paralelidad de los procedimientos de jurisdicción constitucional no surgen problemas de divergencias debido a los distintos objetos en litigio. Los Tribunales Constitucionales estatales utilizan como parámetro de control únicamente la respectiva Constitución del Land, mientras que el Tribunal Constitucional Federal, también en el caso de controlar una norma de un Land, la examina sólo a la luz de la Ley Fundamental y no de la Constitución del respectivo Land. En consecuencia, la parte dispositiva de la respectiva sentencia se reduce a la constatación de la compatibilidad o incompatibilidad del acto de soberanía del Land examinado sólo con relación a la Ley Fundamental (Tribunal Constitucional Federal) o la Constitución del Land (Tribunal Constitucional del Land).

Tampoco surgen problemas de divergencia en la interpretación en aquellos casos, en los cuales los textos de los respectivos artículos de la Ley Fundamental y la Constitución del respectivo Land coinciden completamente.¹⁶⁶ Esto se debe a que los Tribunales Constitucionales del Land interpretan autónomamente los artículos de la Constitución del Land a la luz del conjunto de sus disposiciones. Así, la jurisprudencia del Tribunal Constitucional Federal sobre un derecho fundamental garantizado en la Ley Fundamental y que se encuentra transcrito literalmente en la Constitución de un Land no es vinculante para el Tribunal Constitucional del Land.

¹⁶⁴ Jurisprudencia constante del Tribunal Constitucional Federal, ver, p.e., BVerfGE 6, p. 376 y ss. (382)

¹⁶⁵ Ejemplos en Sachs: Kommentar zum GG, 1996, Art. 93 LF, número al margen 19.

¹⁶⁶ Muchos de los derechos fundamentales en las constituciones de los Länder son transcripciones literales de los derechos fundamentales garantizados por la Ley Fundamental.

Tampoco surgen casos en los cuales los Tribunales Constitucionales de los Länder tengan que realizar una consulta de constitucionalidad conforme al Art. 100 párrafo 1 de la Ley Fundamental, ya que la cuestión de la constitucionalidad de una norma del Land con relación a la Ley Fundamental no suele ser un objeto de análisis incidente dentro de otro Litigio (sino el objeto mismo del litigio, aunque frente al parámetro de la Constitución del Land).¹⁶⁷

Así debido a su historia peculiar, Alemania tiene una doble jurisdicción constitucional que comparten el prestigioso Tribunal Constitucional Federal y Los 15 Tribunales Constitucionales de los Länder. Estos últimos están configurados de forma distinta en las respectivas Constituciones de los Länder. Su ámbito de control es, debido a la concentración de competencias legislativas en la Federación, bastante reducido. A pesar de ello son “los guardianes de la Constitución” del respectivo Land y con ello forman un eslabón significativo dentro del Estado de Derecho en Alemania.

4.3. Los Estados-nación en que ejercen jurisdicción los tribunales constitucionales autónomos e independientes de sus poderes judiciales

Cuando hablamos del modelo de tribunal constitucional, a pesar de no ser un esquema novedoso del todo, en un plano histórico podemos afirmar que es de reciente creación. El modelo de tribunal que basa su control constitucional en la concentración de la responsabilidad en un órgano especializado y es normativo de países de características constitucionalistas, democráticas y regularmente basadas en la teoría de la división de poderes.

Cada vez son más países que incorporan la figura del tribunal constitucional como órgano de control. Muchos de estos países comparten las características que mencionamos, pero vale la pena resaltar que existen algunos que aún no adoptan ese modelo y algunos otros que, reformando su órgano de control constitucional

¹⁶⁷ Mucho más detallado PESTALOZZI, CH. *Derecho Procesal Constitucional* 1991, p. 372 y ss.

para asemejarlo al tribunal, no le otorgan todas las características y se mantienen como parte de uno de los poderes del Estado. Ese es el caso de México.

En la presente investigación se analizan de estos tribunales los casos de España y Perú y procedemos a explicarlos.

4.3.1. España: el primer tribunal constitucional moderno

A pesar de que el nacimiento del modelo de tribunal constitucional data de Austria, la evolución que ha sufrido en el devenir histórico es importante. En un siglo, el paisaje social cambio drásticamente y las instituciones jurídicas han tenido que adaptarse a dichas transformaciones.

Es por ello que España es un buen ejemplo de esa adaptación. El tribunal constitucional español surge al final de una etapa de represión social y en un momento histórico en donde el mundo estaba listo para dar la bienvenida a una cultura política y democrática mucho más moderna. Pero expliquemos como se concibe al tribunal constitucional en España.

El Tribunal Constitucional de España es un órgano constitucional cuya función es la de ser el intérprete supremo de la Constitución. Está regulado en la actualmente vigente Constitución Española de 1978, en el Título IX, en los artículos del 159 al 165, así como en la Ley Orgánica del Tribunal Constitucional.

El Tribunal Constitucional, como intérprete supremo que es de la Constitución, es independiente de los demás órganos constitucionales y está sometido sólo a la propia Constitución y a su Ley Orgánica. Además, es único en su orden y extiende su jurisdicción a todo el territorio español.

Corresponde al Tribunal Constitucional la última interpretación de los preceptos constitucionales señalando la extensión y límites de los valores superiores como la libertad, igualdad, justicia y pluralismo político.

4.3.2. Antecedentes

Explicar la concepción del tribunal constitucional español es hablar de la posguerra civil española y la etapa que se inauguró a la caída del franquismo. Luego de que se convoca a la nueva república tras el régimen de Francisco Franco se convoca a las cortes para que regulen jurídicamente el país. A las pocas semanas de su elección, las Cortes iniciaron los trabajos para elaborar la Constitución. Las Cortes elegidas en 1977 se convirtieron inmediatamente en Cortes Constituyentes.

Tras su debate en el Congreso y en el Senado, el texto final fue aprobado en el Pleno del Congreso de los Diputados por 316 votos a favor, 6 en contra y 3 abstenciones. Finalmente, el Proyecto de Constitución fue sometido a referéndum de los ciudadanos el 6 de diciembre de 1978. La Constitución quedó aprobada con un 87 por ciento de votos afirmativos.

Dentro de las muchas consideraciones de esa constitución había una prioridad colectiva: garantizar su prevalencia, defender a la constitución de guerras y revanchismos políticos, dotarla de una autonomía real y lograr que mantuviera el Estado español democrático y constitucional. De esta manera se determina que los Jueces y magistrados ejerzan el poder judicial. Se crea el Tribunal Constitucional cuya función es evitar cualquier violación de la Constitución y vigilar que no haya leyes que contradigan al texto constitucional. Es también el máximo órgano encargado de proteger los derechos y libertades fundamentales.

4.3.3. Estructura y competencia

El Tribunal Constitucional está integrado por 12 miembros, que ostentan el título de Magistrados del Tribunal Constitucional. Son nombrados por el Rey mediante Real Decreto, a propuesta:

1. De las Cámaras que integran las Cortes Generales. Son cuatro por el Congreso de los Diputados y cuatro por el Senado, por mayoría de 3/5 de los miembros de cada Cámara. Los nombrados por el Senado provienen

necesariamente de candidatos propuestos por las Asambleas Legislativas de las comunidades autónomas.

2. Del Gobierno. Son dos;
3. Del Consejo General del Poder Judicial. Son dos, por mayoría de 3/5 de sus miembros (art.107.2 de la Ley Orgánica del Poder Judicial).¹⁶⁸

La designación para este cargo se hace por nueve años, debiendo recaer en ciudadanos españoles que sean Magistrados o Fiscales, Profesores de Universidad, Funcionarios públicos o Abogados, todos ellos juristas de reconocida competencia con más de quince años de ejercicio profesional. Los Magistrados se renuevan por terceras partes cada tres años.

La condición de miembro del Tribunal Constitucional es incompatible¹⁶⁹:

1. Con todo mandato representativo;
2. Con los cargos políticos o administrativos;
3. Con el desempeño de funciones directivas en un partido político o en un sindicato y con el empleo al servicio de los mismos;
4. Con el ejercicio de las carreras judicial y fiscal;
5. Con cualquier actividad profesional o mercantil.

En lo demás, los miembros del Tribunal Constitucional tendrán las incompatibilidades propias de los miembros del Poder judicial (arts. 389 a 397 de la Ley Orgánica del Poder Judicial).

En general, sólo es posible para los Magistrados del Tribunal Constitucional la docencia o investigación jurídica, así como la producción y creación literaria, artística, científica y técnica y las publicaciones derivadas de aquélla.

Los miembros del Tribunal Constitucional serán independientes e inamovibles en el ejercicio de su mandato (art. 159 de la Constitución).

¹⁶⁸ Ley orgánica del poder judicial, disponible en España http://noticias.juridicas.com/base_datos/Admin/lo6-1985.html, el 14 de julio de 2011.

¹⁶⁹ Ídem.

Los Magistrados del Tribunal, elegidos por mandato constitucional entre juristas de reconocida competencia, son independientes e inamovibles. La duración de su cargo es de nueve años -sin posibilidad de reelección inmediata, salvo si se ha servido en el cargo por un plazo no superior a tres años-, sin que la Ley haya previsto límite de edad para su desempeño. Con el fin de asegurar la continuidad en las actuaciones del Tribunal, éste se renueva por terceras partes cada tres años.

El Pleno del Tribunal elige de entre sus miembros, por votación secreta, al Presidente; nombrado por el Rey, su mandato es de tres años, con la posibilidad de una sola reelección. Por el mismo procedimiento es elegido, también por tres años, el Vicepresidente del tribunal constitucional en España. Es menester de ellos la representación.

El Pleno del Tribunal Constitucional¹⁷⁰ está integrado por los doce Magistrados y es presidido por el Presidente del Tribunal. Conoce de todos los procesos que son competencia del Tribunal Constitucional, si bien de los recursos de amparo sólo lo hace previa avocación, pues estos recursos corresponden, en principio, a las Salas.

Las dos Salas del Tribunal están formadas por seis Magistrados. La Primera es presidida por el Presidente del Tribunal, en tanto que el Vicepresidente preside la Sala Segunda. Cada una de las Salas se divide, en dos Secciones formadas por tres Magistrados. Las Secciones desempeñan su cometido básicamente en las primeras fases de los procedimientos sustanciados ante el Tribunal, decidiendo sobre la admisibilidad de los recursos. Los acuerdos del Pleno, las Salas y las Secciones exigen la presencia de los dos tercios de los Magistrados que los forman.

El Tribunal cuenta con una Secretaría General. Su titular es también Letrado Mayor, y ejerce la jefatura de los Letrados al servicio del Tribunal Constitucional.

El sistema de competencias atribuidas en la actualidad al Tribunal Constitucional es el siguiente:

¹⁷⁰ Constitución española de 1978, disponible en: http://www.lamoncloa.gob.es/NR/rdonlyres/79FF2885-8DFA-4348-8450-04610A9267F0/0/constitucion_ES.pdf, el 23 de agosto de 2011.

a) Control de constitucionalidad de normas con rango de ley, sean del Estado o de las Comunidades autónomas. Este control se realiza a través del recurso de inconstitucionalidad y de la cuestión de inconstitucionalidad. El primero es un recurso directo y abstracto, promovido por el Presidente del Gobierno, el Defensor del Pueblo, cincuenta Diputados o Senadores y los Gobiernos y Parlamentos autonómicos. De todos ellos conoce el Pleno del Tribunal.

b) Conflictos constitucionales. Bien entre el Estado y una o más Comunidades Autónomas o de dos o más Comunidades Autónomas entre sí; bien entre órganos constitucionales del Estado. Los primeros pueden ser positivos o negativos; aquéllos tienen por objeto normas sin rango de ley que son expresión de una controversia entre el Gobierno de la Nación y los Ejecutivos autonómicos sobre la distribución constitucional y estatutaria de competencias entre el Estado y las Comunidades Autónomas; pueden plantearlos los Ejecutivos estatal y autonómicos. Con los conflictos negativos se trata de resolver la titularidad de una competencia respecto de la que ninguno de los órganos requeridos se estima competente, y puede ser promovido por particulares y por el Gobierno de la Nación. Los conflictos entre órganos constitucionales pueden enfrentar al Gobierno de la Nación, al Congreso de los Diputados, al Senado y al Consejo General del Poder Judicial entre sí, y tienen por objeto la definición de sus respectivas atribuciones competenciales.

c) Conflicto en defensa de la autonomía local, promovido por municipios y provincias con ocasión de leyes o normas con rango de ley, estatales o autonómicas, que lesionen la autonomía local constitucionalmente garantizada.

d) Control previo de constitucionalidad de Tratados internacionales, a requerimiento de Gobierno, del Congreso o del Senado. Se trata de un procedimiento en el que se pretende evitar la integración en el Derecho

español de normas internacionales contrarias a la Constitución. Se han dado dos casos en los que se hizo uso de ésta vía de control del Tribunal. El primero concluyó que España sólo podía integrar el Tratado de Maastricht si previamente se reformaba el art. 13.2 de la Constitución, como así se hizo (agosto de 1992). Y el segundo fue la declaración 1/2004 en la que se dijo que no hacía falta modificar la Constitución para incorporar la llamada Constitución Europea.

e) Recurso de amparo, del que conocen las Salas, que puede ser interpuesto por cualquier persona, nacional o extranjera, física o jurídica, en defensa de los derechos reconocidos en los arts. 14 a 30 de la Constitución.

Visto lo anterior, al emitir un juicio sobre el tribunal constitucional español debemos tomar en cuenta su papel en la historia. A 31 años de su creación, ha logrado –no sin problemas– permanecer como una de las instituciones más sólidas del gobierno de España. Ha logrado, además, mantener una relación de respeto con las demás instituciones de la república. Esto no ha sido fácil si tomamos en cuenta que algunos poderes vieron amenazado su rol de importancia cuando el tribunal se creó. Tal es el caso entre el tribunal constitucional y el tribunal supremo.

El Tribunal Supremo es el de más alto rango dentro del Poder Judicial. Sin embargo, el Tribunal Constitucional se encuentra fuera de esa jerarquía y forma una categoría propia, con reconocimiento diferenciado en la Constitución. Su obligación es velar por el cumplimiento de la Constitución y para ello tiene potestad para declarar nulas las leyes inconstitucionales y para defender al ciudadano de violaciones de sus derechos fundamentales (recurso de amparo).

En la actualidad, en España, se encuentra abierta una intensa polémica entre civilistas y constitucionalistas al respecto de la inclusión de la jurisprudencia del Tribunal Constitucional en la categoría de las fuentes del Derecho. A favor de dicha inclusión se aduce que sus resoluciones crean verdaderas normas, aún en defecto de regulación estatal (por ejemplo lo sucedido con el Servicio Militar Obligatorio y la

objeción de conciencia). De hecho, es un legislador negativo ya que puede excluir leyes y reglamentos del ordenamiento jurídico por considerarlos contrarios a la Constitución. El Tribunal Constitucional también puede innovar el derecho a través de lo que se conoce como "Sentencias interpretativas", que indican el sentido preciso que debe tener la interpretación de una determinada norma para no ser contraria a la Constitución.

4.4. Perú: un ejemplo de eficiencia en Latinoamérica

Para hacer un análisis del tribunal constitucional del Perú, debemos comprender su naturaleza y evolución. Identificar sus coincidencias con el tradicional modelo austriaco y con el tribunal español. De esta manera podremos dilucidar el tribunal latinoamericano más importante de los últimos años.

El tribunal constitucional peruano es el órgano de control de la constitucionalidad, autónomo, independiente y reconocido constitucionalmente. Esto quiere decir que se le ha confiado la defensa del principio de supremacía constitucional, es decir, que como supremo intérprete de la constitución, cuida que las leyes o actos de los órganos del Estado no socaven lo dispuesto por ella. Interviene para restablecer el respeto a la Constitución en general y de los derechos constitucionales en particular.

Para cumplir con su función, el tribunal constitucional se vale de algunos mecanismos jurídicos que son promovidos ante él, fundamentalmente a través del proceso de inconstitucionalidad, pero además, a través de los recursos de agravio constitucional en procesos de *habeas corpus*, amparo, *habeas data* y acción de cumplimiento, y, a través de los conflictos de competencia y de atribuciones.¹⁷¹

Este tribunal posee una característica prioritaria para este tipo de órganos: la autonomía. Se le denomina así porque en el ejercicio de sus atribuciones no depende de ningún órgano constitucional, se encuentra sometido solo a la

¹⁷¹ Tribunal Constitucional del Perú, disponible en <http://www.tc.gob.pe/>, el 20 de julio de 2011.

constitución, que lo crea en sus artículos 201 al 204, y a su Ley Orgánica, la Ley No. 28301.

El tribunal, a pesar de su independencia, interactúa con los demás órganos constitucionales del estado: los poderes Ejecutivo, Legislativo, Judicial, el Consejo Nacional de la Magistratura, el Jurado Nacional de Elecciones, la Oficina Nacional de Procesos Electorales, el Registro Nacional de Identidad y Estado Civil, el Ministerio Público y la Defensoría del Pueblo.

4.4.1. Antecedentes

La existencia de un control constitucional en Perú no es nueva. Realmente el sistema político peruano, desde la república –con su independencia- ha sido constitucionalista. Existía desde 1897 un *habeas corpus* que protegía constitucionalmente las garantías individuales. Además, cabe señalar que a pesar de la gran influencia de Norteamérica y su sistema de control difuso, en Perú siempre prefirieron que fuera el propio congreso quien fungiera como guardián de la constitución. Intentaron, en todo caso, que el poder judicial preservara los principios constitucionalistas a través de la inaplicación de la ley contraria a los preceptos constitucionales. Esto fue una prerrogativa otorgada a través de la carta magna de 1933.

Fue en 1979, ante la elaboración de la nueva constitución, que muchas fueron las voces que criticaron la pasividad del poder judicial y de la propia corte para proteger a la constitución.

En dicha legislación se establece un tribunal de garantías constitucionales (concepto tomado de la segunda república española) aunque el poder judicial seguía conociendo del *habeas corpus*. Estas disposiciones tuvieron vigencia a partir de 1980. Pero fue hasta 1993, con el autogolpe de Estado y las presiones internacionales hacia el gobierno de facto que se establece el tribunal constitucional otorgándole mucho mayores competencias.

4.4.2. Estructura y procesos

El Tribunal se compone de siete miembros elegidos por el Congreso de la República por un periodo de cinco años.

Sus atribuciones están fijadas en el artículo 202 de la Constitución Política,¹⁷² según el cual, el Tribunal resuelve:

1. El proceso de inconstitucionalidad.
2. El proceso de conflicto constitucional de competencia o de atribuciones.
3. Los recursos de agravio constitucional en última instancia, en los procesos de hábeas corpus, amparo, hábeas data y de cumplimiento.

La Constitución los denomina en su artículo 200 como "Acciones de Garantía". Sin embargo, desde un punto de vista más estricto, científico procesal y conforme al Código Procesal Constitucional, se trata de procesos constitucionales. Estos son siete:

- Proceso de Hábeas Corpus
- Proceso de Amparo
- Proceso de Hábeas Data
- Proceso de Cumplimiento
- Proceso de Inconstitucionalidad
- Proceso de Conflicto de Competencia o de Atribuciones (Art. 202, inciso 3, de la Constitución).
- Proceso de Acción Popular

En atención al objeto de protección de cada uno de ellos, existen tres clases de procesos constitucionales:

1. Procesos de tutela de derechos. Tienen por objeto la tutela jurisdiccional de los derechos constitucionales y son los siguientes: proceso de hábeas corpus, amparo, hábeas data y proceso de cumplimiento (acción de cumplimiento).

¹⁷² Constitución Política del Perú 1993, disponible en: <http://www.tc.gob.pe/constitucion.pdf>, el 30 de julio de 2011.

2. Procesos de control normativo. Tienen por objeto proteger jurídicamente la primacía de la Constitución respecto a las leyes o normas con rango de ley, en el caso del proceso de inconstitucionalidad, y de la primacía de la Constitución y de la ley respecto al resto de normas de jerarquía inferior a la ley, en el caso del proceso de acción popular. En ambos procesos es el orden jerárquico de las normas (principio de jerarquía de las normas) de ese sistema jurídico el que constituye el objeto de protección de esta clase de procesos (sistema de fuentes proscrita por la Constitución Política).

3. Proceso de conflicto competencial. Tiene por objeto la protección de las competencias que la Constitución y las leyes orgánicas atribuyen a los poderes del Estado, órganos constitucionales y a los gobiernos regionales y locales (municipalidades). Está comprendido únicamente por el proceso de conflictos constitucionales o de atribuciones.¹⁷³

El Tribunal Constitucional tiene competencia exclusiva para conocer los procesos de inconstitucionalidad y el proceso de conflicto de competencia y/o de atribuciones. En los procesos de tutela de derechos (hábeas corpus, amparo, hábeas data y de cumplimiento) conoce solamente en última instancia a través del denominado recurso de agravio constitucional, pues la primera y segunda instancia se sustancian ante el Poder Judicial a través de sus Juzgados y Salas competentes.

El Poder Judicial tiene competencia exclusiva para conocer el proceso de acción popular. También tiene competencia para conocer, en primera y segunda instancia, los procesos de tutela derechos (hábeas corpus, amparo, hábeas data y de cumplimiento).

¹⁷³ Procesos referidos en el apartado Acerca del Tribunal, disponible en: http://www.tc.gob.pe/tc_tribunal.php, el 30 de julio de 2011.

a) Habeas corpus

Cuando se vulnera o amenaza la libertad individual o los derechos constitucionales conexos con ella por una autoridad, funcionario o persona, sea por acción u omisión. En esta vía se protege derechos como la libertad de conciencia y de religión, el derecho a no ser violentado para obtener declaraciones, no ser exiliado o desterrado o confinado sino por sentencia firme, no ser secuestrado, no ser detenido por deudas, entre otros. Asimismo, también se protegen los derechos conexos con la libertad especialmente cuando se trata sobre el debido proceso y la inviolabilidad del domicilio.

La persona perjudicada o cualquier otra en su nombre sin necesidad de representación y el Defensor del Pueblo. No requerirá firma de letrado, tasa ni alguna otra formalidad.

La demanda puede ser interpuesta por la persona perjudicada o por cualquier otra en su favor, sin necesidad de tener representación. Tampoco se requerirá firma de letrado, tasa o alguna otra formalidad. También puede interponerla la Defensoría del Pueblo.

La demanda puede presentarse por escrito o verbalmente, en forma directa o por correo, a través de medios electrónicos de comunicación u otro idóneo. Cuando se trata de una demanda verbal, se levanta acta ante el juez o secretario, sin otra exigencia que la de suministrar una sucinta relación de los hechos.

La demanda de hábeas corpus se interpone ante cualquier Juez Penal, sin observar turnos.

Cuando la afectación de la libertad individual se realice en lugar distinto y lejano o de difícil acceso de aquel en que tiene su sede el Juzgado donde se interpuso la demanda, éste dictará orden perentoria e inmediata para que el Juez de Paz del distrito en el que se encuentra el detenido cumpla en el día, bajo responsabilidad, con hacer las verificaciones y ordenar las medidas inmediatas para hacer cesar la afectación.

b) Amparo

Procede contra el hecho u omisión de cualquier autoridad, funcionario o persona que vulnera o amenaza derechos constitucionales que no son protegidos por los procesos de hábeas corpus, hábeas data. Específicamente dichos derechos son enumerados en el artículo 37 del Código Procesal Constitucional, enumeración que no es excluyente.¹⁷⁴

Asimismo, se debe tener presente que no procede el amparo en defensa de un derecho que carece de sustento constitucional directo o que no está referido a los aspectos constitucionalmente protegidos del mismo.

El afectado es la persona legitimada para interponer el proceso de amparo. Asimismo el afectado puede comparecer por medio de representante procesal, no siendo obligatoria la inscripción de dicha representación.

Tratándose de personas no residentes en el país, la demanda será formulada por representante acreditado. Para este efecto, será suficiente el poder fuera de registro otorgado ante el Cónsul del Perú en la ciudad extranjera que corresponda y la legalización de la firma del Cónsul ante el Ministerio de Relaciones Exteriores, no siendo necesaria la inscripción en los Registros Públicos.

Por otro lado, también puede interponer demanda de amparo cualquier persona cuando se trate de amenaza o violación del derecho al medio ambiente u otros derechos difusos que gocen de reconocimiento constitucional, así como las entidades sin fines de lucro cuyo objeto sea la defensa de los referidos derechos. La Defensoría del Pueblo puede interponer demanda de amparo en ejercicio de sus competencias constitucionales.

Asimismo, cuando el directamente afectado se encuentre imposibilitado para interponer la demanda por sí mismo, sea por atentado concurrente contra la libertad individual, por razones de fundado temor o amenaza, por una situación de inminente

¹⁷⁴ Código Procesal Constitucional, disponible en: http://www.tc.gob.pe/Codigo_Procesal.pdf, el 31 de julio de 2011.

peligro o por cualquier otra causa análoga, cualquier persona puede comparecer en nombre de quien no tiene representación procesal. Una vez que el afectado se halle en posibilidad de hacerlo, deberá ratificar la demanda y la actividad procesal realizada por el procurador oficioso.

Son competentes para conocer del proceso de amparo, a elección del demandante, el Juez civil del lugar donde se afectó el derecho, o donde tiene su domicilio el afectado, o donde domicilia el autor de la infracción. Si la afectación de derechos se origina en una resolución judicial, la demanda se interpondrá ante la Sala Civil de turno de la Corte Superior de Justicia respectiva, la que designará a uno de sus miembros, el cual verificará los hechos referidos al presunto agravio.

c) Habeas data

Procede contra el hecho u omisión de cualquier autoridad, funcionario o persona que vulnera o amenaza derechos constitucionales referidos al acceso a la información que obre en poder de cualquier entidad pública, ya se trate de la que generen, produzcan, procesen o posean, incluida la que obra en expedientes terminados o en trámite, estudios, dictámenes, opiniones, datos estadísticos, informes técnicos y cualquier otro documento que la administración pública tenga en su poder, cualquiera que sea la forma de expresión, ya sea gráfica, sonora, visual, electromagnética o que obre en cualquier otro tipo de soporte material o también para conocer, actualizar, incluir y suprimir o rectificar la información o datos referidos a su persona que se encuentren almacenados o registrados en forma manual, mecánica o informática, en archivos, bancos de datos o registros de entidades públicas o de instituciones privadas que brinden servicio o acceso a terceros. Asimismo, al hacer suprimir o impedir que se suministren datos o informaciones de carácter sensible o privado que afecten derechos constitucionales.

El Código Procesal Constitucional establece que el procedimiento de hábeas data será el mismo que el previsto para el proceso de amparo, salvo la exigencia del patrocinio de abogado que será facultativa en este proceso. El juez podrá adaptar dicho procedimiento a las circunstancias del caso.

El proceso de cumplimiento procede para que se acate una norma legal o se ejecute un acto administrativo.

d) Proceso de inconstitucionalidad

Las normas que tienen rango de ley (Ley, decretos legislativos, decretos de urgencia, tratados, reglamento del Congreso, normas regionales de carácter general y ordenanzas municipales).

Cuando contravenga la Constitución en forma directa o indirecta (Bloque de Constitucionalidad), ya sea por infracción material (aspectos de fondo) o por infracción formal (aspectos formales), es decir, cuando no hayan sido aprobadas, promulgadas o publicadas en la forma establecida por la Constitución.

Están facultados para interponer dicha acción:

- El Presidente de la República.
- El Fiscal de la Nación.
- El Defensor del Pueblo
- El 25% del número legal de Congresistas.
- Cinco mil ciudadanos con firmas comprobadas.
- El 1% de ciudadanos si la norma es una Ordenanza Municipal.
- Los Presidentes de Regiones.
- Los Alcaldes Provinciales con acuerdo de su Concejo.
- Los Colegios Profesionales, en materias de su especialidad.

Para las leyes o normas con rango de ley el plazo es de seis años contados a partir de la publicación de la norma y para los tratados el plazo es de seis meses.

La norma declarada inconstitucional por la sentencia pierde efectos al día siguiente de que esta se publica.

El Tribunal Constitucional se encuentra autorizado, en virtud de una sentencia expedida en los procesos de inconstitucionalidad, a declarar la nulidad de

resoluciones judiciales amparadas en leyes penales declaradas inconstitucionales, en la medida que de dicha retroactividad se desprenda algún beneficio para el reo.

Asimismo, dicho órgano supremo tiene la posibilidad de modular los efectos en el tiempo de la sentencia de inconstitucionalidad en materia tributaria, debiendo pronunciarse respecto de las situaciones jurídicas producidas mientras la norma inconstitucional estuvo vigente y pudiendo descartar la posibilidad de dictar un fallo con efecto retroactivo, en consideración a las consecuencias inconstitucionales que de ello puedan derivar

e) Agravio constitucional.

Es aquel medio impugnativo contra las sentencias expedidas en segunda instancia en el Poder Judicial, que posibilita a las personas a acudir al Tribunal Constitucional como última instancia para obtener el restablecimiento de sus derechos constitucionales vulnerados o amenazados.

El demandado no puede interponer recurso extraordinario, sin embargo, el Tribunal Constitucional, en base al principio de autonomía procesal, ha establecido que el demandado también podría interponer el recurso de agravio constitucional cuando la sentencia estimatoria de segundo grado contravenga un precedente vinculante establecido por el Tribunal Constitucional.

f) Recurso de queja

Tiene por objeto que el Tribunal Constitucional revise la resolución que denegó el recurso de agravio constitucional para que resuelva si lo concede o no.

Este se interpone ante el Tribunal Constitucional dentro del plazo de cinco días siguientes a la notificación de la denegatoria

g) Conflictos de competencia

El conflicto se produce cuando alguno de los poderes o entidades estatales adopta decisiones o rehúye deliberadamente actuaciones,

afectando competencias o atribuciones que la Constitución y las leyes orgánicas confieren a otro.

Si el conflicto versare sobre una competencia o atribución expresada en una norma con rango de ley, el Tribunal declara que la vía adecuada es el proceso de inconstitucionalidad. Puede producirse entre:

- Poderes del Estado.
- Órganos constitucionales.
- Poderes del Estado y órganos constitucionales.
- El Poder Ejecutivo y un Gobierno Regional o Local.
- Gobiernos Regionales.
- Gobierno Locales.
- Gobiernos Regionales y Locales.

Así, como podemos notar de la estructura, competencias y funciones, el tribunal peruano tiene una similitud funcional y atributiva con la Suprema Corte de Justicia de la Nación. Con la diferencia fundamental de la autonomía, la concentración del control constitucional completa y los mecanismos de estructuración de sus miembros.

Los mecanismos y acciones que se promueven ante este tribunal son similares también a la acción de inconstitucionalidad, la controversia y el amparo mexicano. Solo cambian los nombres de las acciones, los términos de ejecución y los procedimientos formales.

A diferencia del tribunal español, el peruano se funda en una república federal, con gobiernos regionales y locales, cuestión que imprime una fisonomía distinta a otros tribunales constitucionales.

Cabe señalar que no todo funciona de maravilla. Existen una gran cantidad de críticos del tribunal pero no abogan por su desaparición sino porque se le otorguen más competencias. Se habla de la imposibilidad real de la acción de inconstitucionalidad ante el tribunal. Por otro lado, se le ha tachado de oficialista en algunas decisiones importantes.

Finalmente, el ensayo peruano nos permite adoptar una perspectiva más apegada al sistema político mexicano y las posibilidades de creación de un tribunal constitucional. Deja en evidencia sus bondades y sus tareas pendientes. Experiencia que no se debe desaprovechar.

4.5. Una reflexión, una posibilidad

Como vimos en los apartados anteriores, a pesar de los miles de kilómetros que dividen las fronteras, las historias y los contextos de estos tres países están unidos por lazos que van más allá de la distancia. No se podría explicar a México y a Perú sin hacer referencia obligada a España. Pero tampoco España se pudiera explicar sin los lazos que lo unen a Latinoamérica.

Lo rescatable de este examen comparativo es delimitar las coincidencias y las diferencias que trascienden el tiempo para comprender cuál es la esencia jurídica que los identifica. Sin el ánimo de hacer un análisis histórico, social y cultural serio, de lo anterior podemos identificar una serie de valores para reflexionar:

1. Los tres países adoptan el esquema de la división de poderes como forma de Estado.
2. Los tres países tienen un sistema político democrático, con la importante diferencia de que en España se sostiene también una monarquía limitada.
3. Son países constitucionalistas. La supremacía de la ley es un presupuesto de orden jurídico-político.
4. Mientras España y Perú mantienen un sistema de control constitucional concentrado, en México se mantiene el control difuso a través del poder judicial, ahora fortalecido con la reforma constitucional en materia de derechos humanos del 10 de junio de 2011.

5. El tribunal constitucional es de reciente creación en España y Perú con la característica de que es independiente a los tres poderes del Estado y en México existe una Suprema Corte que data de principios del siglo pasado con importantes reformas en las últimas décadas que la asemeja al tribunal constitucional.

Capítulo V

El Control previo de constitucionalidad (tratados, leyes y reglamentos).

5.1 El Control previo de constitucionalidad

Al hacer una revisión de las formas y mecanismos que existen sobre el control de la constitucionalidad es de vital importancia realizar una revisión especial al denominado control previo, ya que esta figura jurídica permite tener y adoptar un mecanismo preventivo respecto a futuras controversias que pudieran llegar a suscitarse en caso de que se adopte algún tratado, ley o reglamento que contravenga la norma fundamental de un país.

5.1.1. Concepto.

En relación al control previo de constitucionalidad o control preventivo de constitucionalidad, considero importante hacer referencia al concepto que al respecto nos brinda el Doctor Humberto Nogueira Alcalá, en las conclusiones de su artículo *“Las competencias de los Tribunales Constitucionales de América del Sur”*, en el cual señala lo siguiente: “El control preventivo de constitucionalidad es un sistema a través del cual, el Tribunal o Corte Constitucional concreta la revisión del contenido de un proyecto de precepto legal o de reforma constitucional, como de un tratado, para determinar su conformidad con los valores, principios y reglas establecidas por la Constitución antes de integrarse al ordenamiento jurídico.”¹⁷⁵

Por su parte, Mario Alberto Becerra Becerril en su artículo *“El control constitucional previo o preventivo de las leyes tributarias como medio complementario al Juicio de amparo fiscal”*, refiere que Miguel Ángel Alegre Martínez

¹⁷⁵ NOGUEIRA ALCALÁ, Humberto. (2002). *“Las competencias de los Tribunales Constitucionales de América del Sur”*. Chile: artículo publicado en la revista *Ius et Praxis, Ius et Praxis*. Volumen 8, Número 002, Universidad de Talca, Talca, Chile. p. 78. Disponible en <http://redalyc.uaemex.mx/redalyc/src/inicio/ArtPdfRed.jsp?iCve=19780203>, el 26-11-2009.

en su obra denominada “*Justicia constitucional y control previo*”, considera que el control previo de constitucionalidad es lo siguiente: “Aquella modalidad de control jurisdiccional concentrado de constitucionalidad, que tiene carácter declarativo y abstracto, y que se ejerce por parte de los tribunales constitucionales cuando les es sometido (por vía de acción, o por estar previsto en el ordenamiento con carácter perceptivo) un texto normativo, con anterioridad a su entrada en vigor”.¹⁷⁶

Así las cosas, según los conceptos que nos brindan los citados autores, por control preventivo de constitucionalidad debemos entender, en esencia, que es la revisión previa de una ley que ya fue aprobada por el legislativo pero antes de entrar en vigor o en circulación a la vida jurídica vigente de un determinado lugar.

Por tanto, habida cuenta que este instrumento de control constitucional revisa de manera previa una ley, tratado o reglamento, desde el momento cronológico en que se realiza el estudio de constitucionalidad, está clasificado como un control previo o preventivo dentro del ámbito de la Justicia Constitucional.

5.1.2. Hipótesis de procedencia del Control previo de constitucionalidad

Este tipo de control constitucional es procedente, según refiere Enrique Uribe Arzate, para realizar un análisis técnico sobre la constitucionalidad de las iniciativas de ley o de reforma.¹⁷⁷ El referido autor menciona que la finalidad que persigue este control preventivo de constitucionalidad es la de vigilar que la producción jurídica se apegue siempre a las disposiciones constitucionales.

Ahora, es importante señalar que si bien este tipo de control constitucional sugiere realizar un análisis técnico sobre la constitucionalidad de las iniciativas de

¹⁷⁶ BECERRA BECERRIL, Mario Alberto. “*El control constitucional previo o preventivo de las leyes tributarias como medio complementario al Juicio de amparo fiscal*”. México. Disponible en <http://www.tuobra.unam.mx/vistaObra.html?obra=2023>, el 26-11-2009.

¹⁷⁷ Al respecto véase URIBE ARZATE, Enrique. “*Justicia Constitucional Federal y Local en México*”. México. p. 14. Disponible en <http://www.ij.derecho.ucr.ac.cr/archivos/documentacion/inv%20otras%20entidades/UNAM/ij/ponencias20300104/mesa2/47s.pdf>, el 26-11-2009.

ley o de reforma, lo cierto es que el análisis no se realizará sobre simples proyectos, sino que se realizará sobre el resultado de los proyectos que ya hayan transitado todo el proceso legislativo.

El momento adecuado que se sugiere para que el control previo de la constitucionalidad intervenga es una vez que ha sido aprobado el proyecto por la cámara respectiva, pero antes de ser publicado por el ejecutivo en el medio de difusión oficial.

Lo anterior tiene como finalidad evitar que se realicen análisis innecesarios sobre meros proyectos de ley que no han sido aprobados aún por la cámara respectiva.

5.1.3. Antecedentes internacionales del control previo de constitucionalidad

5.1.3.1. El control previo de constitucionalidad en Francia

En Francia, el control previo surge en 1799 como un sistema de control político, en el que el Senado Constitucional asumía funciones de tutela y preservación constitucional.

La principal atribución del Senado era controlar el orden constitucional, procurando que todos los poderes fueran sometidos a sus disposiciones y además tenía la facultad de anular cualquier acto que vulnerara la constitución o sus principios.¹⁷⁸

¹⁷⁸ Al respecto véase BASTERRA DÍAZ, Aurora. (2010). *“El Control Previo de Instrumentos Internacionales como proceso constitucional”*, citado [28-08-2010], Disponible en: <http://www.scjn.gob.mx/SiteCollectionDocuments/PortalSCJN/RecJur/Becarios/pdf/>, el 28-08.2010.

5.1.3.1.1. Integración del órgano competente

En la actualidad no es el Senado Constitucional el órgano encargado de velar por el cumplimiento del principio de supremacía constitucional, sino que es un órgano denominado *Consejo Constitucional*, mismo que fue creado en el año de 1958 al promulgarse la Constitución de la Quinta República el 4 de octubre de ese año.

El referido consejo se integra de la siguiente manera: son nueve los miembros que integran el Consejo Constitucional, tres de ellos son nombrados por el Presidente de la República, tres por el Presidente de la Asamblea Nacional y tres por el Presidente del Senado.¹⁷⁹

“Título VII- Del Consejo Constitucional

Artículo 56

El Consejo Constitucional estará compuesto por nueve miembros, cuyo mandato durará nueve años y no será renovable. El Consejo Constitucional se renovará por tercios cada tres años. Tres de sus miembros serán nombrados por el Presidente de la República, tres por el Presidente de la Asamblea Nacional y tres por el Presidente del Senado.

Además de los nueve miembros arriba mencionados, los ex-Presidentes de la República serán miembros vitalicios de pleno derecho del Consejo Constitucional.

El Presidente será nombrado por el Presidente de la República. Tendrá voto de calidad en caso de empate.”¹⁸⁰

¹⁷⁹ MODERNE, Frank. (1993). *“El Consejo Constitucional Francés”*. México: Instituto de Investigaciones Jurídicas de la Universidad Nacional Autónoma de México. Centro de Estudios Constitucionales. p. 125.

¹⁸⁰ *“Constitución de Francia de 4 de octubre de 1958”*, disponible en: http://www.elysee.fr/elysee/elysee.fr/espagnol/las_instituciones/los_textos_fundadores/la_constitucion_de_1958/la_constitucion_de_1958.21659.html, el 28-08-2010.

5.1.3.1.2. Naturaleza del control ejercido

El control constitucional ejercido mediante este instrumento en Francia ha sido incluso históricamente de naturaleza política, pues fue creado inicialmente con el fin de vigilar al parlamento y reforzar al poder ejecutivo.

Además, hasta mediados del siglo pasado que fue creado el *Consejo Constitucional* en Francia los integrantes pertenecían al partido dominante, el partido del General De Gaulle y algunos de sus miembros ni siquiera eran juristas.

Ahora, en la actualidad continúa siendo un control político de la constitucionalidad de las normas, pues como se verá en el próximo punto sólo algunas autoridades de naturaleza política pueden presentar para su revisión al Consejo Constitucional las leyes antes de su promulgación.

5.1.3.1.3. Legitimación procesal activa

Las leyes orgánicas y los reglamentos de las asambleas parlamentarias deben ser sometidas al Consejo Constitucional, el cual se pronunciará sobre su conformidad con la Constitución.

Sin embargo, respecto de las demás leyes, sólo el Presidente de la República, el Primer Ministro, el Presidente de la Asamblea Nacional, el Presidente del Senado o sesenta diputados o sesenta senadores, pueden presentar para su revisión las leyes al Consejo Constitucional antes de su promulgación.¹⁸¹

El artículo 61 de la Constitución de Francia dispone al respecto lo siguiente:

¹⁸¹ Al respecto véase MODERNE, Frank. (1993). *“El Consejo Constitucional Francés”*. México: Instituto de Investigaciones Jurídicas de la Universidad Nacional Autónoma de México. Centro de Estudios Constitucionales.

Artículo 61

Las leyes orgánicas, antes de su promulgación, y los reglamentos de las asambleas parlamentarias, antes de su aplicación, deberán ser sometidos al Consejo Constitucional, el cual se pronunciará sobre su conformidad con la Constitución.

Con el mismo fin, podrán presentarse las leyes al Consejo Constitucional antes de su promulgación por el Presidente de la República, el Primer Ministro, el Presidente de la Asamblea Nacional, el Presidente del Senado o sesenta diputados o sesenta senadores.

En los casos previstos en los dos apartados anteriores, el Consejo Constitucional se pronunciará en el plazo de un mes. No obstante, a petición del Gobierno, y si existe urgencia, este plazo podrá reducirse a ocho días. En estos mismos casos, la remisión al Consejo Constitucional suspenderá el plazo de la promulgación.¹⁸²

5.1.3.2. El control previo de constitucionalidad en Chile

La actual Constitución Política de la República de Chile promulgada en 1980, prevé la existencia de un Tribunal Constitucional que entre otras facultades cuenta con la de ejercer el control de constitucionalidad de las leyes que interpreten algún precepto de la constitución antes de su promulgación.

El referido Tribunal Constitucional no se encuentra sometido a ninguno de los poderes establecidos en la norma suprema, según se desprende del artículo 82 de la Constitución Política de la República de Chile.

“Artículo 82.- 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 y los tribunales electorales regionales....”¹⁸³

¹⁸² “Constitución de Francia de 4 de octubre de 1958”. Disponible en: http://www.elysee.fr/elysee/elysee.fr/espagnol/las_instituciones/los_textos_fundadores/la_constitucion_de_1958/la_constitucion_de_1958.21659.html, el 30-08-2010.

¹⁸³ “Constitución Política de Chile de 1980”, disponible en Internet: <http://www.leychile.cl/Navegar?idNorma=242302>, el 30-08-2010.

En mi opinión el hecho de que exista un Tribunal Constitucional cuyas atribuciones estén delimitadas a la interpretación constitucional es un avance, a más de que el modelo chileno sustrae a este órgano de control constitucional de la esfera de los tres poderes establecidos, es decir, es un órgano autónomo.

5.1.3.2.1. Integración del órgano competente

El órgano competente para resolver sobre el control previo en Chile es el Tribunal Constitucional, mismo que se integra de la siguiente manera:

Artículo 92.- Habrá un Tribunal Constitucional integrado por diez miembros, designados de la siguiente forma:

- a) Tres designados por el Presidente de la República.
- b) Cuatro elegidos por el Congreso Nacional. Dos serán nombrados directamente por el Senado y dos serán previamente propuestos por la Cámara de Diputados para su aprobación o rechazo por el Senado. Los nombramientos, o la propuesta en su caso, se efectuarán en votaciones únicas y requerirán para su aprobación del voto favorable de los dos tercios de los senadores o diputados en ejercicio, según corresponda.
- c) Tres elegidos por la Corte Suprema en una votación secreta que se celebrará en sesión especialmente convocada para tal efecto.¹⁸⁴

5.1.3.2.2. Naturaleza del control ejercido

El control constitucional ejercido mediante este instrumento en Chile es de naturaleza política, pues aunque el Tribunal Constitucional es una institución autónoma, no se verifica en forma automática ni es obligatorio el control previo de la constitucionalidad, pues sólo a instancia de la autoridad legitimada se puede ejercer dicho control, como se verá a continuación.

¹⁸⁴ Ídem.

5.1.3.2.3. Legitimación procesal activa

El Tribunal Constitucional de Chile entre otras facultades tiene las siguientes atribuciones:

Artículo 93.- Son atribuciones del Tribunal Constitucional:

- 1º **Ejercer el control de constitucionalidad de las leyes que interpreten algún precepto de la Constitución**, de las leyes orgánicas constitucionales y de las normas de un tratado que versen sobre materias propias de estas últimas, antes de su promulgación;
- 2º Resolver sobre las cuestiones de constitucionalidad de los autos acordados dictados por la Corte Suprema, las Cortes de Apelaciones y el Tribunal Calificador de Elecciones;
- 3º **Resolver las cuestiones sobre constitucionalidad que se suscitaren durante la tramitación de los proyectos de ley o de reforma constitucional y de los tratados sometidos a la aprobación del Congreso;...**

Por su parte, en ese mismo artículo constitucional líneas más abajo se precisan los momentos en los que el Tribunal Constitucional podrá conocer del control previo de la constitucionalidad de leyes.

Artículo 93

...En el caso del número 1º, la Cámara de origen enviará al Tribunal Constitucional el proyecto respectivo dentro de los cinco días siguientes a aquél en que quede totalmente tramitado por el Congreso.

En el caso del número 2º, el Tribunal podrá conocer de la materia a requerimiento del Presidente de la República, de cualquiera de las Cámaras o de diez de sus miembros.

Asimismo, podrá requerir al Tribunal toda persona que sea parte en juicio o gestión pendiente ante un tribunal ordinario o especial, o desde la primera actuación del procedimiento penal, cuando sea afectada en el ejercicio de sus derechos fundamentales por lo dispuesto en el respectivo auto acordado.

En el caso del número 3º, el Tribunal sólo podrá conocer de la materia a requerimiento del Presidente de la República, de cualquiera de las Cámaras o de una cuarta parte de sus miembros en ejercicio, siempre que sea formulado antes de la promulgación de la ley o de la remisión de la comunicación que informa la aprobación del tratado por el Congreso Nacional

y, en caso alguno, después de quinto día del despacho del proyecto o de la señalada comunicación.

Como se puede apreciar, tratándose de la tramitación de los proyectos de ley o de reforma constitucional, el Tribunal Constitucional Chileno únicamente podrá conocer de la materia a requerimiento del Presidente de la República, de cualquiera de las Cámaras o de una cuarta parte de sus miembros en ejercicio.

Lo anterior nos permite observar que el control constitucional que se ejerce en Chile en tratándose de leyes que no interpreten directamente un precepto constitucional también es un control de naturaleza política, pues únicamente se faculta a los poderes establecidos, en este caso al *Ejecutivo* y al *Legislativo*, para que insten ante el Tribunal Constitucional a la revisión del proyecto de ley respectivo, sin embargo, si no lo solicitan los referidos poderes, se corre el riesgo de que una norma jurídica se incorpore al derecho positivo vigente de dicho país pudiendo tener vicios de inconstitucionalidad.¹⁸⁵

De lo anterior se puede sostener que para que exista un verdadero control jurídico de la constitucionalidad de tratados, leyes y reglamentos, es indispensable que el órgano al que le compete revisar la constitucionalidad de una iniciativa de ley, reglamento o tratado internacional, pueda hacer la revisión respectiva de manera oficiosa.

5.1.4. Antecedentes del control previo de constitucionalidad en los Estados Unidos Mexicanos

En México, a nivel federal no existe antecedente alguno del control previo de la constitucionalidad de las leyes, sin embargo, en tratándose de justicia constitucional local, el Estado de Coahuila tiene una Ley de Justicia Constitucional Local que

¹⁸⁵ Al respecto véase BAZÁN, Víctor. (2006). “El Control de Constitucionalidad de los Tratados Internacionales en América Latina”, Disponible en: <http://redalyc.uaemex.mx/pdf/820/82040122.pdf>.

prevé, mediante una acción denominada de inconstitucionalidad, el control previo de su legislación local.

Así la Ley de Justicia Constitucional Local para el Estado de Coahuila de Zaragoza, se convirtió en el primer estado que reguló el control previo de constitucionalidad de leyes. La referida legislación dispone lo siguiente:

LEY DE JUSTICIA CONSTITUCIONAL LOCAL PARA EL ESTADO DE COAHUILA DE ZARAGOZA, SECCIÓN TERCERA LA ACCIÓN DE INCONSTITUCIONALIDAD LOCAL

Artículo 71. Diversos tipos de acciones de inconstitucionalidad. Por el ejercicio de la acción genérica de inconstitucionalidad, puede reclamarse:

...VI. El control previo de constitucionalidad de leyes, cuando el Gobernador del Estado que hubiere vetado una ley aprobada por el Congreso Local, solicita opinión sobre su validez al Pleno del Tribunal Superior de Justicia del Estado.

...

Artículo 72. El plazo para ejercitar la acción de inconstitucionalidad. El plazo para ejercitar la acción genérica de inconstitucionalidad será de sesenta días naturales siguientes a la fecha de publicación oficial de la norma, o en su defecto, de que se tenga conocimiento de la misma. Si el último día del plazo fuese inhábil, la demanda podrá presentarse el primer día hábil siguiente.

En materia electoral, para el cómputo de los plazos, todos los días son hábiles.

Artículo 73. Legitimación para promover la acción de inconstitucionalidad. Se podrán promover contra cualquier norma y en forma abstracta para tutelar intereses jurídicos, legítimos o difusos previstos en la Constitución Local, por:

- I. El Ejecutivo del Estado por sí o por conducto de quien le represente legalmente.
- II. El equivalente al diez por ciento de los integrantes del Poder Legislativo.
- III. El equivalente al diez por ciento de los integrantes de los Ayuntamientos o Concejos Municipales.
- IV. El organismo público autónomo, por conducto de quien le represente legalmente, con relación a la materia de su competencia.

V. Cualquier persona cuando se trate de la protección de sus derechos fundamentales.

VI. Los partidos políticos nacionales y estatales con registro debidamente acreditado ante la autoridad electoral que corresponda.

...¹⁸⁶

En lo relativo al control previo de constitucionalidad de leyes o decretos, el artículo 90 precisa:

Artículo 90. El control previo de constitucionalidad de leyes o decretos. El Gobernador del Estado que hubiere vetado, en todo o en parte una ley o decreto, por estimarlo manifiestamente contrario a la Constitución Local, podrá elevar copia del veto razonado y del proyecto de ley o decreto vetado ante el Pleno del Tribunal Superior de Justicia del Estado, solicitándole que emita opinión al respecto, dando a conocer esta circunstancia a la Legislatura, sin perjuicio de la devolución del proyecto original al Órgano Legislativo con las observaciones pertinentes.¹⁸⁷

El Congreso del Estado, podrá suspender la continuación del procedimiento legislativo en espera de la opinión del Tribunal, si así lo determinan la mayoría de sus miembros, en cuyo caso darán a conocer desde luego sus puntos de vista.

La opinión que en este caso emita el Tribunal Superior de Justicia del Estado, deberá producirse en breve término, concretando la inconstitucionalidad del texto impugnado, si adoleciese de este vicio, y será vinculante para el Poder Legislativo, que no podrá proseguir el procedimiento sin suprimir o modificar los preceptos que se estimen contrarios a la Constitución del Estado.

Cuando el Poder Legislativo, por mayoría absoluta de votos decida no suspender el procedimiento legislativo, lo hará saber al Poder Ejecutivo y al Tribunal Superior de Justicia del Estado, quien declara sin materia la solicitud de opinión.

¹⁸⁶ Ley de Justicia Constitucional para el Estado de Coahuila de Zaragoza, [en línea], pp. 14-15. Disponible en: http://www.congresocoahuila.gob.mx/index.cfm/mod.legislacion_archivo/dir.LeyesEstatalesVigentes/index.coah, el 30 de septiembre de 2011.

¹⁸⁷ Ídem. Pp. 16-17.

En esta última hipótesis, lo mismo que en la que haya sido aprobado el texto original del proyecto por la dos terceras partes de los votos de los legisladores, podrá interponerse la acción de inconstitucionalidad, tras la entrada en vigor del texto de la ley impugnada en vía previa.

En todo caso, los jueces antes de declarar la inconstitucionalidad de una ley o acto, podrán realizar la interpretación conforme a la Constitución y la ley para salvar su posible invalidez.”¹⁸⁸

De lo transcrito con anterioridad, tenemos que la Ley de Justicia Constitucional del Estado de Coahuila de Zaragoza, en el caso a estudio, tiene como objeto que el Pleno del Tribunal Superior de Justicia del Estado emita una opinión sobre la Constitucionalidad o no de una Ley o Decreto.

Asimismo, refiere que el plazo para la promoción de la acción es de sesenta días naturales siguientes a la fecha de publicación oficial de la norma, o en su defecto, de que se tenga conocimiento de la misma. (*Artículo 72 de la Ley de Justicia Constitucional Local para el Estado de Coahuila de Zaragoza*) Y los sujetos legitimados para promover la denominada “acción de inconstitucionalidad” son:

- I. El Ejecutivo del Estado por sí o por conducto de quien le represente legalmente.
- II. El equivalente al diez por ciento de los integrantes del Poder Legislativo.
- III. El equivalente al diez por ciento de los integrantes de los Ayuntamientos o Concejos Municipales.
- IV. El organismo público autónomo, por conducto de quien le represente legalmente, con relación a la materia de su competencia.
- V. Cualquier persona cuando se trate de la protección de sus derechos fundamentales.
- VI. Los partidos políticos nacionales y estatales con registro debidamente acreditado ante la autoridad electoral que corresponda.

¹⁸⁸ *Ídem*. Pp. 18-20.

En relación a esto último, me parece interesante que también se legitime para interponer la acción de inconstitucionalidad a cualquier persona cuando se trate de la protección de sus derechos fundamentales, que es esencialmente algo así como un juicio de amparo local.

5.1.4.1. Consideraciones en relación al control previo establecido en la Ley de Justicia Constitucional del Estado de Coahuila de Zaragoza

La Ley de Justicia Constitucional Local para el Estado de Coahuila de Zaragoza contiene en su artículo 90, entre otras, una deficiencia de gran magnitud.

El referido artículo, en su párrafo cuarto, refiere que cuando el Poder Legislativo, por mayoría absoluta de votos decida no suspender el procedimiento legislativo, lo hará saber al Poder Ejecutivo y al Tribunal Superior de Justicia del Estado, quien declarará sin materia la solicitud de opinión. Es de considerarse que el hecho de que el Poder Legislativo de Coahuila tenga en todo momento la potestad de “decidir” por mayoría de votos si suspende o no el proceso legislativo, es decir, si decide el citado órgano de gobierno si será vinculante o no la resolución emitida por el Tribunal Superior de Justicia del Estado, se atenta directamente contra la finalidad de este instrumento de control constitucional, pues el objetivo del control constitucional es precisamente “limitar al poder político”, no dejar a su arbitrio si quiere o no someter sus actos a una revisión constitucional.

5.1.5. Consideraciones en relación al control previo de constitucionalidad

El maestro Uribe Arzate menciona lo siguiente en contra de lo que pudiera alegarse en relación a la institución de este tipo de control constitucional: “Ahora bien -contra lo que pudiera alegarse- 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 pre control constitucional pueda estimarse como una actividad de “legislador negativo”.¹⁸⁹

Por mi parte, estimo que este tipo de control constitucional beneficiaría mucho a nuestro sistema jurídico, pues permitiría que previo a la entrada en vigor de una disposición legal se analice su contenido a la luz de la Constitución Federal, evitando que se aplique a un caso concreto una disposición contraria a la norma suprema.

Además, si bien es cierto que el gobernado en todo momento tiene la potestad de impugnar de inconstitucional una norma que le sea aplicada, no veo por qué tenga que ser el mismo gobernado quien tenga que ejercer acción alguna para que se le restablezca en sus derechos, pues estimo que lo anterior debería de hacerse de manera oficiosa por el Estado, quien es el que vulnera la esfera jurídica de los particulares.

¹⁸⁹ *Op.Cit.* Nota 70. p. 15.

Conclusiones y propuestas

El control constitucional se ha convertido en uno de los mecanismos de legitimación del Estado Constitucional de Derecho, esto quedó demostrado a través del desarrollo de la presente investigación en la que se hizo un recorrido desde los conceptos básicos de este referido mecanismo hasta las formas y procesos de aplicación que se siguen tanto en México como en otros países.

Las conclusiones a las que se arribó son las siguientes:

1. Para que en un país imperen las condiciones propicias que generen el desarrollo del individuo y de la comunidad en los ámbitos político, económico y social, entre otros, es indispensable que el poder encargado de tomar las decisiones nacionales de mayor relevancia esté limitado por la Constitución, evitando su concentración en una persona o grupo de individuos.

Asimismo, es indispensable que los derechos fundamentales de los gobernados estén reconocidos y tutelados en un documento jurídico comúnmente denominado constitución o ley fundamental y que se reconozca la supremacía de dicho instrumento, pues es obligación del mismo Estado garantizar, preservar y respetar esos derechos, consolidando con ello el Estado Constitucional de Derecho.

2. En el ámbito jurídico, la justicia constitucional es la encargada de crear y dar forma a los mecanismos jurídico-procesales tendentes a salvaguardar los derechos consagrados en la norma suprema.

Del proceso de investigación podemos advertir que la justicia constitucional, según los doctrinistas, está clasificada de la siguiente manera: centralizada o difusa, posterior o preventiva, abstracta o concreta, y directa o indirecta. Como pudimos observar en el capítulo correspondiente, estas formas de justicia constitucional no se excluyen, sino que se complementan para lograr una mejor protección y defensa de la norma constitucional que se traduce en actos de autoridad y gobierno que

pueden ser considerados conforme a los principios de legalidad y seguridad jurídica, en beneficio de los gobernados.

En México, desde el punto de vista de la interpretación constitucional, nuestra justicia es mixta, ya que a partir de la interpretación de la Suprema Corte de Justicia de la Nación (SCJN) a la sentencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos (CIDH) en el caso Rosendo Radilla, cualquier juez, ya sea estatal o del poder judicial de la federación, está facultado para interpretar nuestra norma suprema al inaplicar una ley que contenga disposiciones contrarias a ésta.

Asimismo, como quedó asentado, la justicia constitucional es principalmente *a posteriori*, pues las controversias constitucionales, las acciones de inconstitucionalidad y el juicio de amparo únicamente pueden ser presentados una vez que las normas generales han sido publicadas en el diario o periódico oficial correspondiente, o bien, en el caso del juicio de amparo, una vez que el acto de autoridad violatorio de la Constitución se ha generado. Sin embargo, también opera el control constitucional *a priori*, como sucede en las acciones de inconstitucionalidad, aunque por excepción y de una forma muy pobre ya que ni siquiera se encuentra al alcance de los gobernados de manera directa.

En lo concerniente al control concreto y al control abstracto, en nuestro sistema jurídico existen ambos tipos de control constitucional, pues tanto en el juicio de amparo como en la controversia constitucional es necesario que quien acude a solicitar la protección constitucional se vea afectado ya sea en sus derechos humanos o sus garantías, o bien, que vea invadida alguna de sus esferas o ámbitos de competencia, respectivamente; sin embargo, en la acción de inconstitucionalidad no se requiere de la aplicación de las normas ni de la existencia de agravios para ejercitar este medio de control. No obstante su naturaleza abstracta, este mecanismo de preservación de la constitución tampoco se encuentra al alcance del gobernado.

Por último, tenemos un control constitucional tanto principal como incidental, pues la acción de inconstitucionalidad y la controversia constitucional tienen un carácter principal, aunque también el juicio de amparo, cuando se aduce una violación directa a un precepto constitucional, tiene un carácter principal (ejemplo el amparo bi-instancial). Asimismo, el mismo juicio de garantías, en el caso del juicio uni-instancial, tiene un carácter incidental o por vía de excepción, pues se desenvuelve a manera de defensa en un juicio o procedimiento previamente planteado.

3. Desde el desde el punto de vista jurisdiccional, y sin tomar en consideración la justicia constitucional electoral, por no ser objeto de la investigación realizada, en el ámbito federal tenemos tres instrumentos de control constitucional: la controversia constitucional, la acción de inconstitucionalidad y el juicio de amparo.

4. En México y de manera incipiente, también en el ámbito de la justicia estadual tenemos antecedentes del control previo de constitucionalidad o control preventivo de constitucionalidad, como se observó en el caso de Coahuila de Zaragoza. En esencia este mecanismo consiste en la revisión de forma previa del contenido de una norma o precepto legal para determinar su conformidad con los valores, principios y reglas establecidas por la Constitución. Esta revisión se realiza, por supuesto, antes de la integración de la norma al ordenamiento jurídico vigente.

5. La reforma constitucional en materia de derechos humanos del 10 de junio de 2011, sentó las bases de lo que se constituirá en el nuevo modelo de control difuso, que la SCJN estableció en la determinación respecto de las obligaciones concretas que correspondían al Poder Judicial de la Federación en la sentencia del caso Rosendo Radilla Pacheco, emitida por la CIDH. En ella dejó claro que todos los jueces del Estado mexicano, de conformidad con el artículo 1º constitucional, están facultados para inaplicar las normas generales que a su juicio consideren transgresoras de los derechos humanos contenidas en la propia Constitución federal y en los tratados en materia de derechos humanos de acuerdo con dos de los principios fundamentales del derecho internacional de los derechos humanos: el principio de conformidad y el principio pro persona en los que obliga a todas las

autoridades en el ámbito de sus competencias, a promover, respetar, proteger y garantizar los derechos humanos.

Ahora bien, se debe aclarar, tal como lo hizo el ministro José Ramón Cossío Díaz, que:

1. Los jueces del Poder Judicial de la Federación al conocer de controversias constitucionales, acciones de inconstitucionalidad y de amparo, pueden *declarar la invalidez* de las normas que contravengan la Constitución Federal y/o los tratados internacionales que reconozcan derechos humanos.
2. Los demás jueces del país, en los asuntos de su competencia, podrán *desaplicar* las normas que infrinjan la Constitución Federal y/o los tratados internacionales que reconozcan derechos humanos, sólo para efectos del caso concreto y sin hacer una declaración de invalidez de las disposiciones.

Así tenemos que el control difuso ahora sí será ejercido por cualquier autoridad jurisdiccional del orden de gobierno que sea, local o federal, dejando la responsabilidad de declarar la invalidez de las normas inconstitucionales en el Poder Judicial de la Federación, situación por demás atinada, considerando la posibilidad de encontrar diversidad de criterios encontrados.

6. A nivel estadual, la justicia constitucional local ha tenido un amplio crecimiento en el último quinquenio; prueba de ello son los tribunales constitucionales o las salas especiales en justicia constitucional que tienen algunos tribunales superiores de justicia en el país, como los de Campeche, Chiapas, Chihuahua, Coahuila de Zaragoza, Colima, Durango, Guanajuato, Guerrero, Hidalgo, Estado de México, Nuevo León, Oaxaca, Querétaro de Arteaga, Quintana Roo, Sinaloa, Tabasco, Tlaxcala y Veracruz.

Ahora bien, la justicia constitucional local no se ha podido consolidar por múltiples factores, uno de ellos es el desempeño de los órganos jurisdiccionales. En

Veracruz, la actividad de control constitucional comenzó en 2001;¹⁹⁰ ese año se conoció y desechó una acción de inconstitucionalidad; en 2003 se conoció y desechó una controversia constitucional; en 2003 se interpusieron dos juicios de protección de derechos humanos, los cuales fueron sobreseídos; en 2005 se interpusieron cinco juicios de protección de derechos humanos, de los cuales tres fueron sobreseídos, en uno se ordenó reponer el procedimiento y solo en uno se decretó la protección de la justicia y la reparación del daño; en 2006 se interpuso una controversia constitucional que se desechó por falta de ley procedimental, además se recibieron siete juicios de protección de derechos humanos, de los cuales en cinco se negó la protección de la justicia estatal, en uno se ordenó reponer el procedimiento, y uno más se sobreseyó; y en 2007 se encontraban dos juicios de protección de derechos humanos pendientes de resolver.¹⁹¹

En Chiapas, por ejemplo, la extinta Sala Superior conoció en sus cuatro años y medio de vida, de 2002 a 2007, únicamente de un juicio contencioso de naturaleza constitucional: fue una controversia constitucional entre el municipio de Tuxtla Gutiérrez y el Congreso del Estado en torno a la competencia para designar a un presidente municipal interino. La Sala Superior admitió la demanda y decretó la suspensión del acto reclamado, pero a través del manejo procesal del asunto decidió no resolver en espera de los resultados de las elecciones para gobernador de 2006. Una vez que éstas pasaron, la licencia provisional del edil que había dado lugar al conflicto, se convirtió en definitiva, con lo que el juicio debió sobreseerse.

En Tlaxcala, de 2002 a 2007 se presentaron una acción de inconstitucionalidad; 17 juicios de competencia constitucional, cinco acciones por omisión legislativa y 24 juicios de protección constitucional. De ellos, se desechó una

¹⁹⁰ César Iván Astudillo Reyes. *El desempeño de la Justicia Constitucional Local en las Entidades Federativas*. Disponible en http://www.te.gob.mx/documentacion/publicaciones/Memorias/cuarta_mesa.pdf, el 30 de septiembre de 2011.

¹⁹¹ Fuente: Tribunal Superior de Justicia de Veracruz.

acción, tres juicios de competencia constitucional y cuatro juicios de protección constitucional.¹⁹²

De acuerdo con la información publicada en la página de internet del Poder Judicial del Estado de Coahuila (PJE), en 2005 se presentaron dos acciones de inconstitucionalidad y una cuestión de inconstitucionalidad, de las cuales se resolvió una cuestión de inconstitucionalidad local planteada por el Instituto Coahuilense de Acceso a la Información Pública, y una acción de inconstitucionalidad local planteada por la Comisión de Derechos Humanos del Estado de Coahuila. En 2006, el informe de actividades del mismo PJE señaló que se tramitaron cinco acciones de inconstitucionalidad, tres controversias constitucionales y 13 recursos de reclamación, de los cuales se resolvieron cuatro acciones de inconstitucionalidad, tres controversias constitucionales y los 13 recursos de reclamación.¹⁹³

La poca información con que se cuenta constata que el desempeño de la justicia constitucional local ha sido pobre y en ocasiones se ha encontrado nulificada por el legislador estatal, ante su omisión en la aprobación de las leyes de desarrollo correspondientes, como es el caso de la ley procedimental del estado de Veracruz.

7. En contraste con la justicia estadual en el ámbito federal en México, durante 2009 se promovieron 96 acciones de inconstitucionalidad; 93 por ciento de ellas se enderezaron en contra de leyes expedidas por legislaturas locales y el resto en contra de leyes del Congreso de la Unión. Por su parte, del 15 de noviembre de 2008 al 12 de noviembre de 2009, en los Juzgados de Distrito se promovieron 378,412 amparos indirectos.

De lo anterior podemos concluir que gran parte de la carga judicial deriva de la inexistencia de un instrumento de control constitucional que de manera previa

¹⁹² Fuente: Tribunal Superior de Justicia de Tlaxcala.

¹⁹³ Informe anual de labores 2005 y 2006, pp. 7 y 11, respectivamente.

revise el contenido de una norma o precepto legal para determinar su conformidad con los valores, principios y reglas establecidas por la Constitución.

Razón la anterior por la que se infiere que hace falta en nuestro país, a escala federal, el instrumento de control constitucional que revise de manera previa el contenido de las disposiciones legales con la finalidad de determinar si se apegan a los derechos humanos y sus garantías así como a los valores, principios y reglas establecidas por la Carta Magna.

En virtud de lo anterior, con la finalidad de lograr un eficaz control de la constitucionalidad, acorde a la reforma constitucional del 10 de junio de 2011, y la observancia de los derechos fundamentales de los gobernados en el territorio nacional, se efectúan las siguientes:

PROPUESTAS

Primera. Se implemente en México, en el ámbito federal, el Control Previo de Constitucionalidad de tratados, leyes y reglamentos a cargo de la SCJN. La forma específica en que se puede llevar a cabo es la siguiente:

Durante el proceso legislativo a que hace referencia el artículo 72 constitucional, una vez aprobada una ley, tanto por la Cámara de origen como por la revisora, y remitido que haya sido el proyecto al Ejecutivo de la Unión, si éste no tuviere observaciones, previo a su publicación inmediata deberá remitirse oficiosamente el proyecto aprobado a la SCJN para que ésta en pleno, o bien mediante una sala especializada que conozca únicamente de cuestiones de constitucionalidad, haga un pormenorizado análisis constitucional del proyecto de tratado, ley o reglamento que se pretenda poner en vigencia en el país.

En caso de que la SCJN tuviera alguna observación sobre la constitucionalidad de algún precepto contenido en el proyecto del tratado, ley o reglamento, deberá devolverlo, con sus observaciones, a la Cámara que lo originó

para que elimine, modifique o adicione los preceptos que, a juicio de la Corte, vulneren la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos.

Una vez que el proyecto sea modificado por la Cámara de origen, deberá seguirse el mismo proceso, hasta que no contenga, a juicio de la SCJN, contradicción alguna sobre su constitucionalidad.

Es importante señalar que la presente propuesta no sugiere la eliminación de los demás instrumentos de control constitucional vigentes en nuestro sistema jurídico, sino que únicamente viene a complementar, ahora en forma previa, el control constitucional que actualmente rige en México.

Segunda. En atención a la evolución de la protección constitucional y al desarrollo que ésta ha presentado en diversos sistemas jurídicos como los previamente revisados, en una primera etapa se fortalezca y armonice en todas las entidades federativas de nuestro país la justicia constitucional local a través de la creación de tribunales especializados, ya que en la actualidad si bien algunas de ellas sí cuentan con un tribunal de esta naturaleza, otras solo lo tienen de membrete, ya que es el pleno de los tribunales superiores de justicia el que realiza estas funciones y otras entidades federativas como Jalisco ni siquiera lo contemplan.

Estos órganos jurisdiccionales deberán revisar los conflictos constitucionales de la norma fundamental local y su legislación secundaria, situación que además de posicionarlos les permitirá ejercer un control *ad hoc* a las necesidades jurídicas y de desarrollo de los estados. Esto, sin que sea óbice que las resoluciones que emitan estos tribunales constitucionales locales puedan ser revisadas en una segunda instancia por los órganos jurisdiccionales federales, a petición de parte. Lo anterior beneficiaría a los justiciables, otorgándoles el derecho a un recurso efectivo, consagrado por la instrumentación internacional, como la Convención Americana de Derechos Humanos.

Lo anterior previas las reformas constitucionales necesarias tanto en los órdenes federal como local.

Tercera. Acorde al espíritu de la reforma constitucional del 10 de junio de 2011, es necesario fortalecer y especializar la administración de la justicia en materia de protección constitucional, dotando a nuestro máximo tribunal de una sala especializada que conozca únicamente de cuestiones de constitucionalidad.

Si bien es cierto la SCJN hace las funciones de un tribunal constitucional no tiene la especialización de estos órganos por la diversidad de funciones y materias que le corresponde conocer, por lo que la creación de esta sala permitirá el florecimiento de un pleno control de la constitucionalidad, que podrá estar ligado al mecanismo de primera instancia en que se convertirían los tribunales constitucionales de las entidades federativas, consolidando con ello el sistema de protección y control constitucional en México.

Bibliografía

ALONSO E. Manuel Alberto y VÉLEZ RENDÓN Juan Carlos (1998). “Guerra, soberanía y órdenes alternos”, en *Revista Estudios Políticos*. Instituto de Estudios Políticos. Universidad de Antioquia. No 13, Medellín, julio-diciembre.

ARENAS BÁTIZ, Carlos Emilio (2008). “La codificación de la justicia constitucional estatal”, en *La Justicia Constitucional en las Entidades Federativas (Memorias de la cuarta mesa redonda)*. Coordinador de la información: Manuel González Oropeza. Tribunal Electoral del Poder Judicial de la Federación.

ARILLA BAS, Fernando (2007). *Metodología de la investigación jurídica*. México. Porrúa.

ASTUDILLO REYES, César Iván (2008). “El desempeño de la justicia constitucional en las entidades federativas”, en Tribunal Electoral. México.

ATIENZA, Manuel (2005). *Las razones del derecho, Teoría de la argumentación jurídica*. México. Instituto de Investigaciones Jurídicas, UNAM.

A. VANOSSI, Jorge Reynaldo (2002). *Estudios de Teoría Constitucional*. México. Editorial Universidad Nacional Autónoma de México.

BECCARIA, Cesare (1993). *De los delitos y de las penas*. Madrid. Alianza.

BLEUEL, Hans Peter (1982). *Ferdinand Lassalle oder der Kampf wider die verdamnte Bedürfnislosigkeit*, Fischer TB.

BRAGE CAMAZANO, Joaquín (2000). “La Acción de Inconstitucionalidad”. México. Instituto de Investigaciones Jurídicas de la Universidad Nacional Autónoma de México.

BIDEGAIN, Carlos María (1988). *Curso de Derecho Constitucional*. Buenos Aires. Abeledo-Perrot.

BOBBIO, Norberto (1989). *Estado, Gobierno y Sociedad*. México. Fondo de Cultura Económica.

----- (1991) *Teoría general del derecho*. Madrid. Debate.

----- (1998). *Estado, gobierno y sociedad. Por una teoría general de la política*. 6ª. Reimpresión. México. Fondo de Cultura Económica.

----- (1999). *Teoría general de la política*, Turín. Einaudi.

----- *et al.* (1998). *Diccionario de política*, México. Siglo XXI Editores.

BONIFAZ, Alfonso Leticia (1999). *El Problema de la Eficacia en el Derecho*. México. Porrúa.

BOURDIEU, Pierre (1995). *Respuestas por una antropología reflexiva*. México. Grijalbo.

BORJA, Rodrigo (1993). *Enciclopedia de la política voz constitución*. México. Fondo de Cultura Económica.

BREWER-CARÍAS, Allan R (2007). *La Justicia Constitucional (Procesos y Procedimientos Constitucionales)*. México. Porrúa, Instituto Mexicano de Derecho Procesal Constitucional.

CABANELLAS, Guillermo (1979). *Diccionario Enciclopédico de Derecho Usual*, Tomo I. Buenos Aires. Eliasta.

CALZADA PATRÓN, Feliciano (2007). "El poder constituyente", en *Derecho Constitucional*. México. Instituto de Investigaciones Jurídicas, UNAM.

CARBAJAL, Juan Alberto (2006). *Teoría de la Constitución*. México. Porrúa.

CARBONELL, Miguel y VALADEZ, Diego (coordinadores) (2000). *Constitucionalismo Iberoamericano del Siglo XXI*. México. Editorial Cámara de Diputados LVII Legislatura, Universidad Nacional Autónoma de México.

----- (2004). *Constitucionalismo y democracia. Ensayos críticos*. México. Porrúa.

----- (2005). *Neoconstitucionalismo(s)*. Madrid. Trotta.

----- y SALAZAR, Pedro (2006) *Garantismo. Estudios sobre el pensamiento de Luigi Ferrajoli*. México. Instituto de Investigaciones Jurídicas.

CÁRDENAS GARCÍA, Jaime Fernando (2000). *Una Constitución para la democracia. Propuestas para un Nuevo Orden Constitucional*. México. Universidad Nacional Autónoma de México.

----- (2009). En Boletín mexicano de derecho comparado número 86. Instituto de Investigaciones Jurídicas.

CARNELUTTI, Francisco (2004). *Cómo nace el Derecho*. Colombia. Temis.

CARPIZO, Jorge (1991). *Derecho constitucional*. México. Instituto de Investigaciones Jurídicas, UNAM.

----- (1999). *Estudios constitucionales*, 7ª ed. México. Porrúa-UNAM.

----- (2002). *La constitución mexicana de 1917*, 13a. ed. México. Porrúa.

CARRANCO ZÚÑIGA, Joel (2005). *Poder Judicial*, 2ª ed. México. Porrúa.

CISNEROS FARÍAS, Germán (2008). *Interpretación sistémica del derecho*. México. Porrúa.

CRUZ Villalón (1987). *La formación del sistema europeo de control de constitucionalidad*. Madrid.

DE LA MADRID HURTADO, Miguel (2004). *Constitución, Estado de Derecho y Democracia*. México. Instituto de Investigaciones Jurídicas, UNAM.

DEL CASTILLO DEL VALLE, Alberto (2004). *Defensa jurídica de la Constitución en México*. México. Educación Cumorah, AC.

DÍAZ, Elías (2000). "Estado de derecho y derechos humanos", en *Ética pública y Estado de derecho*. Madrid. Fundación Juan March.

DWORKIN, Ronald (1988). *El Imperio de la Justicia*. España. Gedisa.

----- (2008). *La democracia posible. Principios para un nuevo debate político*. Barcelona, Paidós. En Antón R. Castromil. *Revista Internacional de Sociología (RIS)*, Vol. LXVI N° 51. Septiembre-diciembre 2008. Madrid. Consejo Superior de Investigaciones Científicas (CSIC). ISSN: 0034-9712.

ECO, Umberto (2005). *Tratado de Semiótica General*. México. Random House Mandadori.

ENCICLOPEDIA JURÍDICA BÁSICA (1995). Madrid. Civitas.

ENCICLOPEDIA JURÍDICA OMEBA (1978). Tomo XVII. Argentina. Driskill.

ESTRADA MICHEL, Rafael (2008) "Justicia constitucional en los estados de la unión mexicana", en TRIBUNAL ELECTORAL. México.

FERNÁNDEZ, R. José Julio (2002). *La Justicia Constitucional Europea ante el Siglo XXI*. Madrid. Tecnos.

FERRER MAC-GREGOR, Eduardo y SÁNCHEZ GIL, Rubén (2009). *Efectos y Contenidos de las sentencias en Acción de Inconstitucionalidad*. México. Instituto de Investigaciones Jurídicas, UNAM.

FERRAJOLI, Luigi (2001). *El garantismo y la filosofía del derecho*. Trad. de Gerardo Pisarello, Alexei Julio Estrada y José Manuel Díaz Martín. Universidad Externado de Colombia.

----- (2002). *Los derechos fundamentales en la teoría jurídica*. Madrid. Trotta.

FIX-ZAMUDIO, Héctor. “El juicio de amparo y las enseñanzas de derecho procesal”, en *El Herald*. 2 de julio de 1968.

GÁMIZ PARRAL, Máximo N. *et al.* (2009). *Derecho constitucional estatal. Memorias del VI y VII congresos estatales de derecho constitucional de los estados*. México. Instituto de Investigaciones Jurídicas, UNAM.

GARCÍA BECERRA, José Antonio (2001). *Los Medios de Control Constitucional en México*. México. Supremo Tribunal de Justicia del Estado de Sinaloa.

GARCÍA, María del Pilar y ORTIZ URIBE, Frida Gisela (2008). *Metodología de la Investigación. El proceso y sus técnicas*. México. Limusa.

GARCÍA RAMÍREZ, Sergio (2010). *La sentencia de la Corte IDH Caso Radilla Pacheco vs. Estados Unidos Mexicanos*. México, Comisión Mexicana de Defensa y Promoción de los Derechos Humanos, AC.

GARGARELLA, Roberto (1999). *Las teorías de la justicia después de Rawls*, Madrid. Paidós.

GARZÓN VALDÉS, Vonwright (1997). “Ser y deber ser”, en *La normatividad del Derecho*, Barcelona. Gedisa.

GÓMEZ MONTORO, Ángel J. (1992). *El conflicto entre órganos constitucionales*. Madrid. Centro de Estudios Constitucionales.

GOZAÍNI, Osvaldo A. (1994). “*La justicia constitucional. Garantías, proceso y tribunal constitucional*”. Buenos Aires. Desalma.

GUASTINI, Riccardo (2001). “*Estudios de Teoría Constitucional*”. México. Instituto de Investigaciones Jurídicas, UNAM.

----- (2002). *Estudios sobre la interpretación jurídica*, 3ª ed. México. Porrúa.

GUDIÑO PELAYO, José de Jesús (2002). *Introducción al amparo mexicano*. México. Limusa.

----- (2003). *Ingeniería judicial y reforma del Estado*. México. Porrúa.

HABERLE, Peter (2003). *El Estado Constitucional*. México. Instituto de Investigaciones Jurídicas, UNAM.

----- (2006). *Verdad y Estado Constitucional*. México. Instituto de Investigaciones Jurídicas, UNAM.

HANS PETER, Bleuel (1982). *Ferdinand Lassalle, Lo que la lucha sangrienta requiere*. Munich. Fischer TB.

HUSSERL, Edmund (1962). *Lógica Formal y Lógica Trascendental. Ensayo de una Crítica de la Razón Lógica*. México. Ediciones del Centro de Estudios Filosóficos de la UNAM.

HERDEGEN, M. (1990). Las estructuras e instituciones del derecho constitucional de los países in Isensee / Kirchhoff. Manual de Derecho Constitucional, Tomo 4.

HESSE, K. (1998). Etapas del desarrollo del Tribunal Constitucional alemán, en Haberle, P. (Editor), Anuario de derecho público, volumen de la serie Nueva 46, Tübingen.

----- Bundesstaat, (1996). En: EvStL, 3. Auft., 1987, S. 317 ff.; citado en Vogel, J. J.: El régimen federal de la Ley Fundamental, en: Benda, Maihofer, Vogel, Hesse, Heyde: Manual de Derecho Constitucional, Madrid.

INZUNZA CÁZARES, Enrique (2009). *La exacta aplicación de la ley penal y el mandato de determinación*. México. Instituto de Investigaciones Jurídicas, UNAM.

JELLINEK, Georg (2001). *Reforma y Mutación de la Constitución*. Madrid. Centro de Estudios Constitucionales.

KELSEN, Hans (1968). *Teoría Pura del Derecho*. Argentina. Editorial Universitaria de Buenos Aires.

----- (1949). *Teoría general del derecho y del Estado*. México. Imprenta Universitaria.

----- (1968) *Forma de estado y visión del mundo*. México. Porrúa.

----- (2004) *¿Qué es la justicia?* México. Fontamara.

LANDA, César (1993). *Apuntes sobre la historia nacional*. Perú. Editorial de la Pontificia Universidad Católica del Perú.

LASALLE, Ferdinand (1984). *¿Qué es una constitución?* Buenos Aires. Ariel.

LESLIE VAN, Rompaey (2007). *El proceso Judicial y la globalización*. Uruguay.

LOEWENSTEIN, Karl (1983). *Teoría de la constitución*. Barcelona. Ariel.

MARITAIN, Jacques (1944). *Introducción a la Filosofía*. Buenos Aires. Club de Lectores.

MARTÍNEZ ALEGRE, Miguel Ángel (1995). *La Justicia Constitucional y Control Preventivo*. España. Editorial Secretariado de Publicaciones.

MILLÁN PUELLES, A. (2004). "Positivism jurídico y dignidad humana", en *Humanitas*, N° 34, Santiago de Chile.

MODERNE, Frank (1993). *El Consejo Constitucional Francés*. México. Instituto de Investigaciones Jurídicas, UNAM, Centro de Estudios Constitucionales.

MOLINAR PIÑEIRO, Luis (2002). *¿Qué es la constitución mexicana, por qué y para qué reformarla?* México. Porrúa.

MONROY CABRA, Marco Gerardo (2007). *Ensayos de Teoría Constitucional y Derecho Internacional*. Argentina. Editorial Universidad del Rosario.

MONTESQUIEU (1963). *El espíritu de las leyes*. México. Fondo de Cultura Económica.

MORA-DONATTO, Cecilia (2002). "La problemática del poder constituyente", en *El valor normativo de la Constitución*. México. UNAM.

MORÍN, Edgar (1996). *Por una reforma del pensamiento*. Correo de la UNESCO.

----- (1999). *La cabeza bien puesta*. Buenos Aires. Nueva Visión.

NAVA GOMAR, Salvador Olimpo (2008). "Control constitucional de leyes y actos en materia electoral", en *Justicia constitucional en México (Memorias del Primer Congreso Nacional)*. Suprema Corte de Justicia de la Nación. Dirección General de Casas de la Cultura Jurídica y Estudios Históricos.

NEGRI, Antonio (1994). *El poder constituyente*. Barcelona. Libertarias/Prodhufi.

OLANO GARCÍA, Hernán Alejandro (2006). *Interpretación y Neoconstitucionalismo*. México. Porrúa e Instituto de Derecho Procesal Constitucional.

PEGORARO, Lucio (1999). "Modelos de Justicia Constitucional: desarrollo y recepción en las nuevas democracias", conferencia dictada en los cursos de postgrado de derecho constitucional el 26 de enero en Salamanca.

PLANOIL, Marcel, citado por Cabanellas Guillermo (1979). *Diccionario Enciclopédico de Derecho Usual*. Tomo I. Buenos Aires. Eliasta.

QUIROGA LAVIE, Humberto (1995). *Lecciones de Derecho Constitucional*. Buenos Aires. Depalma.

QUIJANO, Aníbal, (1966) *Otra noción de lo privado, otra noción de lo público (notas para un debate latinoamericano)*. Chile. CEPAL.

QUIROZ ACOSTA, Enrique (1998). "El precedente en México y en los Estados Unidos de Norteamérica", en *Lex. Difusión y Análisis*, México, 3a. época, año IV, núm. 34.

QUISBERT, Ermo (2007). *¿Qué es una constitución política del estado?* Madrid. Centro de Estudios de Derecho.

RAWLS, John. (1996). *Liberalismo político*. México. Fondo de Cultura Económica.

----- (1999). *A theory of justice. (La teoría de la Justicia)* Cambridge. Harvard University Press.

----- (2002). *La justicia como equidad, una reformulación*. Barcelona. Paidós, edición a cargo de Erin Kelly.

RECHTSLEHRE, Reine (1991). *Teoría pura del derecho*. México. Porrúa-UNAM.

RODRÍGUEZ ZEPEDA, Jesús (2001). "Estado de Derecho y Democracia", en *Cuadernos de Divulgación de la Cultura Democrática*, número 12. México. Instituto Federal Electoral.

ROLLA, Giancarlo (2002). *Derechos Fundamentales, Estado Democrático y Justicia Constitucional*. México, Instituto de Investigaciones Jurídicas, UNAM.

SAGÜÉS, Néstor Pedro (2001). *Teoría de la Constitución*. Argentina. Astrea.

SÁNCHEZ AGESTA, Luis (1979). *Principios de Teoría Política*. Reimpresión de la sexta edición. Madrid. Editora Nacional.

SIEYÈS, Emmanuel J. (1973). *¿Qué es el tercer estado?* México. Aguilar.

SCHEUNER, U. (1976). La tradición de la jurisdicción del Estado alemán en los siglos 19 y 20, en: Starck, C. (editor), *la Corte Constitucional Federal y la Constitución*, Volumen 1.

SCHMITT, Carl (1998). *El concepto de lo político*. Versión de Rafael Agapito. Madrid. Alianza Editorial.

SCHLAICH, K (1994). *El Tribunal Constitucional Federal*, Múnich.

SMEND, R. (1968). "El Tribunal Constitucional Federal" En *documentos Jurídicos*, Múnich.

STERN, K. (1996). El poder en una túnica roja, el art. para la Revista Merkur, Número 38, volumen 20.

SUÁREZ CAMACHO, Humberto (2007). *El Sistema de Control Constitucional en México*. México. Porrúa.

SUPREMA CORTE DE JUSTICIA DE LA NACIÓN. Dirección General de la Coordinación de C ompilación y Sistematización de T esis. (2001). *¿Qué son las acciones de inconstitucionalidad?* México. Suprema Corte de Justicia de la Nación.

----- (2006). *¿Qué son las Controversias Constitucionales?* México. Suprema Corte de Justicia de la Nación.

TENA RAMÍREZ, Felipe (1990). *Derecho Constitucional Mexicano*. México. Porrúa.

----- (1997). *Leyes Fundamentales de México 1808-1973*. México. Porrúa.

THODY, Philip y Ann Course (1997). *Barthes para principiantes*. Buenos Aires. Era Naciente.

TUORI, Kaarlo (1992). "Validez, Legitimidad y Revolución", en *La Normatividad del Derecho*. Barcelona. Gedisa.

VALENCIA VEGA, Alipio (1964). *Derecho Constitucional*. Bolivia. Juventud.

VANOSSI, Jorge R (2002). *Estudios de teoría constitucional*. México. Instituto de Investigaciones Jurídicas, UNAM.

VILLORO TORANZO, Miguel (1996). *Teoría general del derecho. Lo que es. Su método*, 2a. ed. México, Porrúa.

VON WRIGHT, Georg Henrik (1980). "Es y Debe", en *La normatividad del Derecho*. Barcelona, Gedisa.

W. ZUSTANDIGKEITEN procedimientos de la Corte Constitucional Federal. (1983), en el Manual de Derecho Constitucional. Tomo II. Múnich.

WAHL, R. / ROTTMANN, E (1983). WAHL, R. / ROTTMANN, E: "*El significado de la Constitución y los tribunales constitucionales en Alemania, comparativo entre el 19 Jahrhundert y Weimar*", Conze, W. / Lepsius, MR (editor), Historia Social de la República Federal. Contribuciones a Kontinuitatsproblem, Stuttgart.

ZARCO, Francisco (1956). *Historia del congreso extraordinario constituyente (1856-1857)*, México, Colegio de México; y *Derechos del pueblo mexicano. México a través de sus Constituciones*, 5a. ed., México, Cámara de Diputados del Congreso de la Unión-Miguel Ángel Porrúa, 2000, tomo XII.

Legislación

Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos [en línea]. Disponible en <http://www.diputados.gob.mx/LeyesBiblio/index.htm>.

Ley Reglamentaria de las Fracciones I y II del artículo 105 de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos. Disponible en <http://www.diputados.gob.mx/LeyesBiblio/index.htm>.

Ley de Amparo, Reglamentaria de los Artículos 103 y 107 de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos. Disponible en <http://www.diputados.gob.mx/LeyesBiblio/index.htm>.

Ley de Justicia Constitucional para el Estado de Coahuila de Zaragoza. Disponible en http://www.congresocoahuila.gob.mx/index.cfm/mod.legislacion_archivo/dir.LeyesEstatalesVigentes/index.coah

Ley orgánica del poder judicial. Disponible en España http://noticias.juridicas.com/base_datos/Admin/lo6-1985.html.

Código Procesal Constitucional. Disponible en http://www.tc.gob.pe/Codigo_Procesal.pdf

Constitución Política de Chile de 1980. Disponible en <http://www.leychile.cl/Navegar?idNorma=242302>.

Constitución española de 1978. Disponible en http://www.lamoncloa.gob.es/NR/rdonlyres/79FF2885-8DFA-4348-845004610A9267F0/0/constitucion_ES.pdf.

Constitución de Francia de 4 de octubre de 1958. Disponible en http://www.elysee.fr/elysee/elysee.fr/espagnol/las_instituciones/los_textos_fundadores/la_constitucion_de_1958/la_constitucion_de_1958.21659.html.

Constitución Política del Perú 1993. Disponible en <http://www.tc.gob.pe/constitucion.pdf>

Jurisprudencia

SUPREMA CORTE DE JUSTICIA DE LA NACIÓN. Dirección General de la Coordinación de Compilación y Sistematización de Tesis (1989). *Semanario judicial de la Federación y su Gaceta*. Tomo IV. Segunda Parte-1, Julio a Diciembre de 1989. p. 312. Octava Época. No. Registro: 227080. Instancia: Tribunales Colegiados de Circuito. Tesis. Materia(s): Administrativa. México. Suprema Corte de Justicia de la Nación.

----- (1998). *Semanario judicial de la Federación y su Gaceta VIII*. p. 789. Novena Época. No. Registro: 195025. Instancia: Pleno. Tesis Aislada P. LXXII/98. Materia(s): Constitucional. México. Suprema Corte de Justicia de la Nación.

----- (1998). *Semanario judicial de la Federación y su Gaceta VIII*. p. 790. Novena Época. No. Registro: 195024. Instancia: Pleno. Tesis Aislada P. LXXIII/98. Materia(s): Constitucional. México. Suprema Corte de Justicia de la Nación.

----- (1989). *Semanario judicial de la Federación y su Gaceta*. Tomo IV. Segunda Parte-1, Julio a Diciembre de 1989. Octava Época.

----- (1999). *Semanario judicial de la Federación y su Gaceta X*. p. 5. Novena Época. No. Registro: 193435. Instancia: Pleno. Jurisprudencia P./J. 74/99. Materia(s): Constitucional. México. Suprema Corte de Justicia de la Nación.

----- (1999). *Semanario judicial de la Federación y su Gaceta IX*. p. 281. Novena Época. No. Registro: 194295. Instancia: Pleno. Tesis: P./J. 9/99. Materia(s): Constitucional. México. Suprema Corte de Justicia de la Nación.

----- (2006). *Semanario judicial de la Federación y su Gaceta XXIV*. p. 823. Novena Época. No. Registro: 174759. Instancia: Pleno. Tesis: P./J. 76/2006. Materia(s): Constitucional. México. Suprema Corte de Justicia de la Nación.

Fuentes electrónicas

AÑÓN, María José (2002). “*Derechos fundamentales y Estado constitucional, Cuadernos constitucionales de la Cátedra Fadrique Furió Ceriol*”, [en línea], España: Editores Universidad de Valencia. [16-08-2009]. Disponible en <http://dialnet.unirioja.es/servlet/oaiart?codigo=1112740>, ISSN 1135-0679.

Aristóteles. *La política*; Libro VI, capítulos XI, XII y XIII. Disponible en <http://www.cervantesvirtual.com/obra/politica--1/>.

BASTERRA DÍAZ, Aurora. (2010). “*El Control Previo de Instrumentos Internacionales como proceso constitucional*”. [28-08-2010]. Disponible en: <http://www.scjn.gob.mx/SiteCollectionDocuments/PortalSCJN/RecJur/Becarios/pdf/BASTERRA-DIAZ.pdf>.

BAZÁN, Víctor. (2006). “*El Control de Constitucionalidad de los Tratados Internacionales en América Latina*” [28-08-2010]. Disponible en: <http://redalyc.uaemex.mx/pdf/820/82040122.pdf>.

BECERRA BECERRIL, Mario Alberto. “*El control constitucional previo o preventivo de las leyes tributarias como medio complementario al Juicio de amparo fiscal*”.

México. [26-11-2009]. Disponible en
<http://www.tuobra.unam.mx/vistaObra.html?obra=2023>.

BOTERO BERNAL Andrés. “Haciendo memoria de la defensa judicial de la constitución” [17-12-2010]. Disponible en
<http://www2.scjn.gob.mx/investigacionesjurisprudenciales/documentos/defensa-judicial-de-la-constitucion.pdf>, Universidad de Medellín.

----- “Aproximaciones al pensamiento filosófico de Habermas” [12-12-2010]. Disponible en
http://www.archivochile.com/Ideas_Autores/habermasj/esc_frank_haberm0008.pdf

CELOTTO, Alfonso. (2004). *“La Justicia Constitucional en el mundo: formas y modelos”*. México: Publicado en la Revista Iberoamericana de Derecho116 Procesal Constitucional, No. 1. [10-09-2009], Disponible en Internet
http://www.iidpc.org/revistas/1/pdf/15_26.pdf, ISSN 1870-8390.

Congreso del Estado de Campeche. Disponible en:
<http://www.congreso.gob.mx/congress/cam.htm>.

Congreso del Estado de Coahuila. Disponible en:
<http://www.congreso.gob.mx/conress/coah.htm>.

Congreso del Estado de Colima. Disponible en:
<http://www.congreso.gob.mx/congress/col.htm>.

Congreso del Estado de Chihuahua. Disponible en:
<http://www.congreso.gob.mx/congress/chi.htm>.

Congreso del Estado de Durango. Disponible en:
<http://www.congreso.gob.mx/congress/dur.htm>.

Congreso del Estado de Guanajuato. Disponible en:
<http://www.congreso.gob.mx/congress/guan.htm>.

Congreso del Estado de Hidalgo. Disponible en:
<http://www.congreso.gob.mx/congress/hid.htm>.

Congreso del Estado de México. Disponible en:
<http://www.congreso.gob.mx/congress/emex.htm>.

Congreso del Estado de Nuevo León. Disponible en:
<http://www.congreso.gob.mx/congress/nleon.htm>.

Congreso del Estado de Oaxaca. Disponible en:
<http://www.congreso.gob.mx/congress/oax.htm>.

Congreso del Estado de Querétaro. Disponible en:
<http://www.congreso.gob.mx/congress/quer.htm>.

Congreso del Estado de Quintana Roo. Disponible en:
<http://www.congreso.gob.mx/congress/quinroo.htm>.

Congreso del Estado de Sinaloa. Disponible en:
<http://www.congreso.gob.mx/congress/sin.htm>

Congreso del Estado de Tabasco. Disponible en:
<http://www.congreso.gob.mx/congress/tab.htm>.

Congreso del Estado de Tlaxcala. Disponible en:
<http://www.congreso.gob.mx/congress/tlax.htm>.

Congreso del Estado de Veracruz. Disponible en:
<http://www.congreso.gob.ms/congress/ver.htm>.

Congreso del Estado de Zacatecas. Disponible en:
<http://www.congreso.gob.mx/congress/zac.htm>.

DERMIZAKI P. Pablo. (2004). *“Justicia Constitucional y cosa juzgada”*. México: Publicado en el Anuario de Derecho Constitucional Latinoamericano. [10-09-009], Disponible en:
<http://www.juridicas.unam.mx/publica/librev/rev/dconstla/cont/20041/pr/pr13.pdf>,
 ISSN 1510-4974.

FERRAJOLI, Luigi. (2001). *“Pasado y futuro del Estado de Derecho”* España: Publicado en la Revista Internacional de Filosofía Política, No. 17. Disponible en
<http://espacio.uned.es/fez/eserv.php?pid=bibliuned:filopoli-2001-17-0011&dsID=pdf>,
 ISSN1132-9432.

KELSEN, Hans *“¿Qué es el positivismo jurídico?”*. [19-07-2010]. Disponible en:
<http://www.juridicas.unam.mx/publica/librev/rev/facdermx/cont/61/dtr/dtr9.pdf>.

MONTESQUIEU, *El espíritu de las leyes*. Disponible en
www.laeditorialvirtual.com.ar/.../Montesquieu/EspirituLeyes.

MORÍN, Edgar, *Sobre la interdisciplinariedad*. [02-11-2010]. Disponible en
http://www.cea.ucr.ac.cr/CTC2010/attachments/004_Morin,%20Edgar%20-%20Sobre%20la%20interdisciplinariedad.pdf

NOGUEIRA ALCALÁ, Humberto. (2002). *“Las competencias de los Tribunales Constitucionales de América del Sur”*. Chile: artículo publicado en la revista *Ius et Praxis, Ius et praxis*. Volumen 8, Número 002, Universidad de Talca, Talca, Chile. Disponible en:
<http://redalyc.uaemex.mx/redalyc/src/inicio/ArtPdfRed.jsp?iCve=19780203>.

Revista Foro Jurídico, disponible en:
http://www.forojuridico.org.mx/Foro_Juridico/Inicio.html.

ROURA GÓMEZ, Santiago. (1997). “*Supremacía y rigidez constitucional en la constitución de 1812*” [en línea]. España: Publicado en Revista jurídica de Navarra. [26-08-2009], Disponible en:
<http://dialnet.unirioja.es/servlet/articulo?codigo=1023174>, ISSN 0213-5795.

SÁNCHEZ GIL, Rubén A. (2004). “*El control difuso de la constitucionalidad en México. Reflexiones en torno a la tesis P./J. 38/2002*”, México: Publicado en la Revista Cuestiones constitucionales: revista mexicana de derecho constitucional. [citado 06-10-2009], Disponible en:
<http://dialnet.unirioja.es/servlet/articulo?codigo=1023174>, ISSN 1405-9193.

Tribunal Constitucional de España, disponible en
<http://www.tribunalconstitucional.es/es/Paginas/Home.aspx>.

Tribunal Constitucional del Perú, disponible en <http://www.tc.gob.pe/>.

URIBE ARZATE, Enrique. “*Justicia Constitucional Federal y Local en México*”. México [en línea], [citado 29-11-2009], disponible en:
<http://www.ijj.derecho.ucr.ac.cr/archivos/documentacion/inv%20otras%20entidades/UNAM/ijj/ponencias%20300104/mesa2/47s.pdf> VIDAL, José Miguel. “*Marbury VS. Madison*”, [17-09-2009], disponible en:
http://www.der.uva.es/constitucional/verdugo/marbury_madison.html.

VALLARTA, Ignacio L. Obras: El juicio de amparo y el writ of habeas corpus : ensayo crítico-comparativo sobre esos recursos constitucionales / I.L. Vallarta. [24-11-10] Disponible en:
http://biblioteca.universia.net/html_bura/ficha/params/title/obras-ignacio-luis-vallarta-juicio-amparo-writ-of-habeas-corpus/id/37843166.html

VIDAL, José Miguel. “*Marbury VS. Madison*”, [17-09-2009], disponible en
http://www.der.uva.es/constitucional/verdugo/marbury_madison.html.