



**UNIVERSIDAD NACIONAL AUTÓNOMA DE MÉXICO**

**PROGRAMA DE POSGRADO EN EL PLAN DE ESTUDIOS DE LA  
MAESTRÍA EN DERECHO**

**DIVISIÓN DE ESTUDIOS DE POSGRADO DE LA FACULTAD DE DERECHO  
CAMPO DE CONOCIMIENTO: DERECHO CONSTITUCIONAL**

***LOS SISTEMAS MEXICANO E ITALIANO DE CONTROL  
DE LA CONSTITUCIONALIDAD  
(Un estudio comparado)***

**TESIS QUE PARA OPTAR POR EL GRADO DE:  
MAESTRÍA EN DERECHO**

**PRESENTA:**

**LIZETTE GONZÁLEZ PORRAS**

Asesor en México, adscrito a la División de Estudios de Posgrado de la Facultad De Derecho de la U.N.A.M.

**DR. MIGUEL COVIÁN ANDRADE**

Asesor en Italia, adscrito al programa de investigación en Derecho Constitucional, dedicado a los “confines del derecho constitucional”, Director Vicario del Departamento de Ciencias Jurídicas “A. Cicu”, de la Universidad de Bologna.

**DR. ANDREA MORRONE,**

México, D.F. Septiembre de 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.

## INTRODUCCIÓN

El control de la constitucionalidad del poder político constitucionalmente regulado es uno de los elementos fundamentales de los Estados de Derecho contemporáneos, de cuyo diseño estructural específico depende el adecuado cumplimiento de su propósito esencial que es *la destrucción de los efectos contrarios a las disposiciones constitucionales de los actos y de las omisiones de los detentadores formales o institucionales del poder y la anulación de esos actos y de esas omisiones.*

El conocimiento teórico de esta área del Derecho constitucional no sólo es indispensable para el entendimiento de su esencia y de su teleología, objetos de estudio por sí mismos relevantes, sino también para el análisis y la evaluación de los sistemas de control contemporáneos, así como de ser el caso, para la revisión y la reestructuración de un determinado sistema de control de la constitucionalidad como el nuestro.

Este trabajo tiene como propósito central la presentación de una serie de elementos que a nuestro juicio deben incluirse en nuestro sistema de control de la constitucionalidad, cuya reforma nos parece indispensable para que pueda funcionar adecuadamente y cumpla eficientemente con lo señalado en el párrafo primero, lo cual es indiscutible que no se ha logrado satisfactoriamente después de casi veinte años desde 1995, año de la reforma constitucional en la que se establecieron las “controversias constitucionales” y las “acciones de inconstitucionalidad” en nuestro sistema constitucional.

La presente investigación se basa en el estudio y en el análisis bajo el método comparado, de los sistemas italiano y mexicano de control de la constitucionalidad, cuyos elementos estructurales se colocan frente a frente, revisando sus características y los aspectos procedimentales principales que regulan la aplicación de sus respectivos medios de control.

La temática que se desarrolla en este trabajo y que acompaña a la comparación de estos sistemas y a la propuesta final de la investigación se distribuye de la siguiente manera, en cuatro capítulos:

En el capítulo primero revisamos los elementos conceptuales fundamentales relacionados con el tema, tales como el Estado Democrático Social de Derecho y la Constitución, entendida como la organización del poder en cuanto al tipo de Estado y al régimen político; la defensa de la Constitución y el control de la constitucionalidad; y el control de la legalidad y el llamado “control de la convencionalidad”. Igualmente, se analizan aspectos específicos de esta temática, entre los que destacan las confusiones en las que normalmente se incurre en la materia, cuando se identifican incorrectamente “la defensa de la Constitución y el control de la constitucionalidad”, o se substituye éste por conceptos como el de “Derecho procesal constitucional”, o “control de la Constitución”.

En el segundo capítulo se realiza el estudio del sistema italiano de control de la constitucionalidad, para lo cual se presenta una breve revisión de sus elementos constitucionales fundamentales, pasando después al análisis

detenido de su sistema concentrado de control. En esta parte se estudia la integración y la competencia de la Corte Constitucional y la estructura de los diversos medios de control que lo integran, terminando con la clasificación de las sentencias de la Corte Constitucional y sus alcances en el tiempo, así como sus efectos en cuanto a los actos y a las omisiones sujetos a control de la constitucionalidad.

El capítulo tercero está reservado para el análisis comparado de los sistemas italiano y mexicano de control de la constitucionalidad, el último de los cuales fue configurado en su versión actual en 1995, con algunas reformas posteriores en 1996 y 2006, poco profundas, hasta llegar a la más significativa, aprobada hace dos años, en junio de 2013. En esta parte de la investigación se comparan los dos sistemas en cuanto a los órganos de control y a los medios de control de la constitucionalidad, así como a los efectos de las resoluciones de los tribunales competentes en la materia. Igualmente, al hacer esta revisión se señalan las principales deficiencias del sistema mexicano de control de la constitucionalidad, aspecto sobre el que se insiste en el siguiente capítulo.

En el capítulo cuarto de esta investigación presentamos nuestra propuesta de reestructuración del sistema mexicano de control de constitucionalidad, la cual está diseñada sobre la base de un sistema “concentrado” de control en el que esta competencia se asigna en forma excluyente a un Tribunal Constitucional, como se hace en el caso de la Corte Constitucional en Italia. La composición del Tribunal Constitucional mexicano y el diseño de los recursos de control de la constitucionalidad son los dos bloques de temas que se incluyen en el

planteamiento para crear un nuevo sistema de control “concentrado” en nuestro país, incorporando varias de las estructuras del sistema italiano, con lo cual se substituye nuestro sistema actual que es una mezcla incongruente, confusa, ineficiente y contradictoria del antiguo sistema mexicano de control “difuso”, cuyas características básicas permanecen, con algunas estructuras mal diseñadas y poco eficaces del sistema “concentrado” incluidas desde 1995, a las que se ha agregado una serie de elementos derivados de la reforma constitucional de 2011 en materia de control de la “convencionalidad” y Juicio de Amparo, cuyo resultado general anuncia una muy cercana condición de caos judicial e inseguridad jurídica, totalmente inconveniente en un sistema de control de la constitucionalidad, elemento estructural fundamental de un Estado Democrático Social de Derecho.

## **CAPÍTULO PRIMERO**

### **CONCEPTO Y FUNDAMENTOS TEÓRICOS DEL CONTROL DE LA CONSTITUCIONALIDAD**

La presente investigación se basa en el elemento definitorio y la finalidad común que esencialmente comparten México e Italia, contenido en sus respectivas constituciones, relativo al tipo de Estado previsto en ellas, las cuales prevén Estados Democráticos Sociales de Derecho. Igualmente, como parte de su forma de gobierno, en ambas constituciones se establecen sistemas de control de la constitucionalidad, cuyo objetivo genérico consiste en garantizar la supremacía constitucional.

A lo largo de la estancia de investigación que realicé en Italia, me percaté de que el sistema italiano de control cuenta con una mejor estructuración que le permite cumplir con mayor eficacia su finalidad. Así, al estudiar el caso italiano, observé, estudié y analicé su origen histórico, los factores y elementos que permitían que fuera más eficaz su sistema de control de la constitucionalidad, su interrelación con los demás elementos constitucionales, sus posibles fallas y las consecuencias de las mismas, lo que me permitió esclarecer, dilucidar y confirmar la hipótesis inicial planteada en mi protocolo de investigación:

*SI QUEREMOS FORTALECER EL CONTROL DEL PODER POLÍTICO, CON EL PROPÓSITO DE GARANTIZAR LA SUPREMACÍA CONSTITUCIONAL, LUEGO ENTONCES es indispensable que se cumpla eficazmente el objetivo esencial del control de la constitucionalidad, consistente en la VERIFICACIÓN DE LA CORRESPONDENCIA DE LOS ACTOS Y DE LAS OMISIONES DE LOS PODERES PÚBLICOS CON LA CONSTITUCIÓN Y EN LA ANULACIÓN DE TALES DETERMINACIONES, así como de sus efectos y consecuencias, cuando sean contrarias a las normas constitucionales.*

Según esta hipótesis, para controlar los procesos del poder político regulado en la Constitución, con la finalidad de garantizar la supremacía constitucional en cualquier Estado de Derecho, es indispensable contar con las estructuras normativas adecuadas y bien diseñadas que cumplan con el propósito esencial del control de la constitucionalidad, es decir, la preservación de la vigencia y de la aplicación de la Constitución del Estado.

En esta investigación se hace referencia a los elementos convergentes y divergentes entre ambos sistemas constitucionales, particularmente en cuanto a la forma de gobierno italiana, la cual corresponde a un modelo Parlamentario con las estructuras que le son inherentes, concentrando nuestra atención en una de sus estructuras constitucionales específicamente, es decir, en el sistema de control de la constitucionalidad de estos países.

A partir de ciertos elementos que se eligieron con la finalidad de identificar los hechos históricos más significativos relacionados con los objetivos del trabajo, se destaca el que en una Asamblea Constituyente, el pueblo italiano decidió su forma de gobierno y se otorgó su Constitución, la cual entró en vigor en 1948, sustituyendo a la fuente jurídica por excelencia que era la ley, en el antiguo régimen monárquico instaurado conforme al Estatuto Albertino. Del estudio realizado, se concluye que la Constitución italiana resultó profundamente avanzada en lo que respecta a la organización del poder, particularmente en la forma de estructurar el régimen parlamentario, en el cual el gobierno es políticamente responsable de todos sus actos y responde por las consecuencias de los mismos ante el Parlamento, de tal suerte que en caso de



que se apruebe una moción de desconfianza por este órgano, dicho gobierno como se sabe, está obligado a dimitir.

De lo anterior se destaca el hecho, particularmente relevante en el ámbito del sistema constitucional italiano, de que la Corte Constitucional es el órgano custodio y responsable de vigilar que se cumpla la Constitución italiana, en calidad de instancia independiente de los demás poderes del Estado, es decir del Gobierno (Primer Ministro y Consejo de Ministros), del Parlamento (Cámara de Senadores y Cámara de Diputados) y de los tribunales de legalidad (Corte de Casación, etc., etc.), así como del Jefe de Estado (Presidente de la República).

En cuanto al tipo de Estado, la Constitución italiana prevé el mismo modelo que en nuestro sistema constitucional se estableció por primera vez en toda la historia del constitucionalismo, conforme a los fundamentos ideológicos de la Democracia social, en los que se basa la organización del poder en la mayoría de los países del mundo.

Como se sabe, en toda Constitución se encuentra establecido de manera expresa, o no, el tipo de Estado y la forma de gobierno de la organización del poder que rige a sus destinatarios. En el caso particular de la Constitución mexicana, el tipo de Estado es una Democracia Social con una forma de gobierno Presidencialista, en la que se incluye un elemento esencial diseñado para garantizar la supremacía constitucional y la vigencia del Estado Social Democrático de Derecho: el sistema de control de la constitucionalidad.

Suele decirse, conforme a un criterio generalmente aceptado<sup>1</sup>, que una Constitución se compone de parte orgánica y parte dogmática, donde se encuentran establecidos los derechos fundamentales de los individuos. Lo anterior corresponde no a un concepto general, sino más bien a una descripción de un tipo de Constitución, es decir, aquellas que corresponden a los Estados Liberales de Derecho.

Esta idea debe ser tomada con muchas reservas, porque no permite entender con claridad qué es la Constitución, ni cómo se integra, aspecto fundamental para comprender una de sus estructuras, es decir, el control de la constitucionalidad. Consecuentemente, se procederá a analizar este concepto básico para poder pasar al tema específico de esta investigación.

### **La Constitución y el Sistema Político**

Ahora bien, para entender mejor lo que se ha planteado es necesario no perder de vista a lo largo de la investigación que un sistema constitucional está inserto en un “sistema político”, el cual a su vez es un concepto (y también una realidad) más amplio que el de “régimen político” o “forma de gobierno”. En forma abreviada se puede considerarse que un sistema político contiene los siguientes bloques de elementos esenciales:

- La acción política;

---

<sup>1</sup> Este es un ejemplo de cómo existen creencias jurídicamente aceptadas que se tienen por ciertas, aunque sean incorrectas, las cuales en términos de Dancy serían la “falsedad” que existe en el universalismo. *Cfr.* Dancy, Jonathan, *Ethical Particularism and Morally Relevant Properties*, Ed Oxford University Press, New Series, Vol. 92, No. 368 (Oct., 1983), ps. 530-547 y *Moral Particularism*, *Stanford Encyclopedia of Philosophy*, First published, 2009, ps. 1-17.

- Las estructuras del sistema político; y
- Las condiciones internas y externas que influyen en su funcionamiento.

El estudio integral de dichos elementos es indispensable porque la acción política no se desarrolla a la “intemperie”, sino se desenvuelve dentro de las estructuras constitucionales conforme a las cuales se ejerce el poder, representando el marco constitucional que debe ser respetado y observado, de acuerdo a los fundamentos y a los fines del Estado previstos en él.

Por consiguiente, si sólo se estudiaran las relaciones existentes en la acción política, supondríamos que los procesos del poder únicamente deben basarse en “la buena voluntad”, las intenciones, los acuerdos y las negociaciones de conformidad con los intereses de los factores reales de poder del momento.

En cambio, el estudio integral de la “acción política” y de las estructuras constitucionales que la regulan, permite entender que para que un sistema funcione como una Democracia, es necesario diseñar diversas estructuras constitucionales que regulen y controlen los procesos del poder, cuyo estudio y análisis es bastante difícil, debido a su variabilidad y a su complejidad.

Al efecto, es muy útil la llamada “Teoría del Rombo” del Dr. Miguel Covián Andrade, según la cual, dichos procesos deberán ser analizados en relación a su origen, ejercicio y fines, diseñando para cada etapa las estructuras normativas que permitan establecer los límites y controles constitucionales adecuados del poder, con el objetivo genérico de que el funcionamiento del sistema se dé en condiciones de gobernabilidad y estabilidad política, con

determinados niveles de desarrollo económico-social integral y con independencia frente a centros de poder político y económico, internos y externos.<sup>2</sup>

Esta teoría pone de manifiesto que el conocimiento conjunto del Derecho constitucional y la ciencia política cobran una relevancia considerable, porque explican y detectan cuáles estructuras normativas deben incluirse en el sistema político para propiciar su funcionamiento democrático y en especial, para garantizar el control del poder político en los sistemas constitucionales, en cuanto a su legitimidad y a su legalidad, particularmente, en el ámbito del control de la constitucionalidad.

La “Teoría del Rombo” explica por ende, cómo debe diseñarse una Constitución para que exista viabilidad democrática en un Sistema Político, para lo cual se requiere un adecuado diseño de las estructuras constitucionales que permitan que a lo largo de sus diversas etapas (origen, ejercicio y fines), los procesos del poder se desarrollen en dos vías paralelas insubstituíbles: la legitimidad y la legalidad. En el caso de esta última, nuestro objeto de estudio (los sistemas italiano y mexicano de control de la constitucionalidad) se inscriben en el marco estructural de control del poder en un Estado democrático social de Derecho.

Consecuentemente, como cuestión preliminar es necesario esclarecer lo que se entiende por Democracia, para demostrar que existen algunas tesis que parten

---

<sup>2</sup> Para entender la conformación integral de estos elementos en un sistema político democrático a profundidad, véase La teoría del Rombo. Ingeniería Constitucional del Sistema Político Democrático. COVIAN ANDRADE, Miguel. Edit. CEDIPC, A.C. 1ª reimpresión. México 2002.

de una concepción falsa de lo que realmente es este tipo de Estado, o que en su defecto, lo conciben de manera parcial, por lo que se empezará analizando lo que no es la Democracia, para proceder después a explicar sus contenidos esenciales y teleológicos.

- ❖ La Democracia no tiene un contenido esencial y exclusivamente político, ni electoral

Uno de los errores más comunes consiste en identificar a la Democracia exclusivamente con la lucha por el poder, circunscribiéndola a un contenido exclusivamente político, basada sólo en los procesos electorales.

En términos generales, conforme a lo anterior, la Democracia se relacionaría sólo con la representación política y con la expresión de voluntad ciudadana mediante el voto, por el cual se determinaría quién ejercería el poder político, de lo cual se deduce, conforme a esta percepción, que la Democracia es la elección libre de los representantes populares y se concreta en los actos tendentes a elegir a los gobernantes que ejercerán el poder de acuerdo a la competencia respectiva.

Todo esto implica que la Democracia es concebida conforme a una noción exclusivamente electoral de los fenómenos relativos al poder político, de manera que ésta se inicia y se realiza en la etapa de la lucha entre partidos, porque el voto se ejerce en el momento del origen del poder y tiene el efecto directo de determinar los contenidos concretos de la representación política. Consecuentemente, conforme a este punto de vista, la elección de los ciudadanos y su efecto directo que es la representación política, son los dos

elementos que constituyen la substancia y la esencia de la Democracia, tanto en su condición de organización del poder político, como en la de acción y procesos políticos.<sup>3</sup>

Si esta apreciación fuera correcta, la Democracia terminaría exactamente en la etapa inicial de los procesos del poder político y la voluntad ciudadana sería transferida a los representantes populares, quienes desde el momento mismo de la elección se convertirían en detentadores originarios del poder y no en mandatarios de los ciudadanos.<sup>4</sup> En este contexto, esta postura implicaría la transmisión de la soberanía de los ciudadanos a los representantes populares, los cuales una vez concluida la elección, ejercerían el poder sin ninguna relación con los electores.

En tales condiciones, la Democracia concebida en un sentido exclusivamente político y electoral, limitada a los procesos relativos al origen del poder, es una “Democracia sin ciudadanos”, en la medida en que éstos sólo son utilizados para obtener un cargo de representación popular y no vuelven a ser tomados en cuenta hasta que nuevamente se necesita su voto para conservar el poder o para alcanzarlo.<sup>5</sup>

La “Democracia sin ciudadanos”, idea y práctica del poder político de por sí antidemocráticas, puede convertirse y frecuentemente se convierte en la “Democracia contra los ciudadanos”, expresión y realidad del ejercicio del

---

<sup>3</sup> Cfr. Covián Andrade Miguel. El sistema político mexicano. Legitimidad electoral y control del poder político., 1ª ed., Edit. CEDIPC A.C., México 2004.

<sup>4</sup> Cfr. Covián Andrade Miguel. La teoría del Rombo. Ingeniería constitucional del sistema político democrático. *Op cit.* en la cita 3.

<sup>5</sup> *Ibidem.*

poder incuestionablemente incompatibles con un sistema político democrático, cualquiera que sea el sentido concreto que se le quiera dar a este concepto.

Entonces, si la Democracia inicia y termina en la etapa del origen del poder, carecería de sentido plantearse cualquier pregunta sobre el grado de democraticidad que hay en un sistema político en las etapas relativas a su ejercicio y a sus fines, porque sería irrelevante que las decisiones de los representantes populares afectaran negativamente a la mayoría de los ciudadanos electores, los cuales, determinaron quién detentaría el poder, mediante la emisión del voto.

Así, esta incongruencia es insalvable en términos teóricos e inaceptable en términos prácticos, porque el poder político que se confiere a un representante popular no sólo debe tener un origen democrático, sino también un sentido democrático, equivalente a decir que sus efectos y sus resultados requieren del consentimiento y de la aprobación de los ciudadanos. Es indispensable entonces, como fundamento de la Democracia, la legitimidad en todas las etapas del poder político y no sólo en la de su origen, por lo que a la “Democracia electoral” debe corresponder una “Democracia de fines”, la cual se concreta después del momento de la elección, en las etapas del ejercicio y de los fines del poder político.

Finalmente, el análisis y la evaluación de un sistema político limitado a los procesos electorales no debe perder de vista que la Democracia para ser auténtica, tiene que ser política desde luego, pero tan importante como lo

anterior o más, debe ser también económica y social, porque de lo contrario carecería de sentido y en el fondo, no sería Democracia.

*De ahí que resulte de gran relevancia la vinculación entre el origen y los fines del poder, en defecto de la cual se pierde la esencia misma del sistema político democrático, que en nuestra teoría está representada por el elemento legitimidad. El poder político para ser democrático tiene que ser legítimo del principio al fin de su fenomenología, no siendo admisible que la Democracia sea concebida como “algo estrictamente político en el proceso de conformación del poder”, para convertirse en “algo eventualmente social”, solamente cuando se procede a analizar su teleología.<sup>6</sup>*

#### ❖ La Democracia no se fundamenta sólo en la legalidad electoral

Del mismo modo, junto a la reducción del concepto de Democracia a su aspecto político, se considera que un sistema político es democrático cuando la lucha por el poder se lleva a cabo con pleno respeto y observancia puntual de las normas jurídicas que regulan los procesos electorales, identificándola así con la legalidad electoral.

Lo que es esencial a la Democracia es la legitimidad, mientras que la legalidad sólo es un medio para alcanzar y mantener la primera, con lo cual se explica que hay una clara diferencia entre ambas. La diferencia entre legitimidad y legalidad del poder es un asunto muy complejo, que darían pie para un trabajo específico sobre el tema, pero que aquí se habla de él por su relevancia y relación directa con todo el sistema político en las distintas etapas de los procesos del poder político, según lo establece la Teoría del Rombo.

---

<sup>6</sup> Covián Andrade, Miguel, “El Control de la Constitucionalidad en el Derecho Comparado”. Centro de Estudios de Ingeniería Política y Constitucional A.C., México, 2001, p.158



En forma resumida, dicha teoría señala lo siguiente al respecto:

*“.....lo que tenemos que plantearnos es lo siguiente: ¿cuál debe ser el objetivo esencial de un sistema electoral: la aplicación de las normas jurídicas o el respeto de la voluntad electoral? La respuesta nos parece obvia, toda vez que la Democracia en su aspecto político no es la legalidad electoral, sino la legitimidad electoral, de tal manera que de nada sirve que se cumplan las leyes electorales si no se logra que la integración de los órganos de representación política tenga correspondencia con la voluntad de los ciudadanos. Las normas electorales son sólo un medio, indispensable sin duda, para hacer posible la Democracia política, cuyo fundamento es incuestionablemente, la legitimidad del origen del poder.....”<sup>7</sup>*

❖ La Democracia no es sinónimo de “alternancia en el poder”

Adicionalmente se encuentra otra falsa concepción, la cual incurre en identificar la “alternancia en el poder con la Democracia”. Si se admitiera la idea de que la Democracia es equivalente a la alternancia en el poder, entonces implícitamente se estaría aceptando que la Democracia es sencillamente la lucha por el poder en el ámbito electoral, de cuyos resultados dependería la presencia alternada en el gobierno de diversas corrientes ideológicas y de diferentes partidos políticos.

Como se sabe, la elección de los representantes populares se realiza en la etapa correspondiente al origen del poder, conforme a la “Teoría del Rombo del sistema político democrático”. Por eso es fundamental en esta etapa, el grado de legitimidad que alcance el proceso de integración de los órganos de representación popular mediante la elección de los ciudadanos, la cual a su vez debe corresponder lo más exactamente posible a la voluntad expresada por éstos al elegir entre distintas posibilidades. Dichas posibilidades están

---

<sup>7</sup> Miguel Covián Andrade, “El sistema político mexicano. Legitimidad electoral y control del poder”, CEDIPC, México, 2004, pág. 52.

disponibles para que el elector decida a cuál favorece expresamente y a cuáles rechaza o no desea favorecer implícitamente.

Lo anterior resultaría quimérico si el ciudadano careciera de la posibilidad de elegir por lo menos entre dos o más partidos o candidatos para un cargo de representación popular, porque en estas condiciones, su voto sólo podría expresarse en un sentido predeterminado, no teniendo otra alternativa que ejercerlo de esta manera o abstenerse de hacerlo.

Lo anterior demuestra que lo que sí es propio de la Democracia en su aspecto político es la posibilidad de elegir entre diferentes opciones, la cual le permite al ciudadano escoger entre un candidato u otros. En breve, la condición para elegir democráticamente, es la existencia de alternativas, en ausencia de las cuales el ciudadano en realidad no elegiría, sino sólo aceptaría o rechazaría al partido o al candidato único. Por ello, es importante también evitar la confusión entre la posibilidad de elegir y el resultado de la elección, que provoca la identificación equivocada entre Democracia y alternancia en el poder y termina por anular y descalificar determinado tipo de elección, no obstante que ésta derive de la decisión libre de los ciudadanos.

Lo anterior quiere decir que no se puede descalificar como antidemocrático un sistema político en el que un partido obtiene la mayoría de voluntades a su favor durante elecciones continuas, sin que se presente la alternancia en el poder, sólo por este hecho, sin hacer un análisis de otros factores que pudieron incidir en el resultado de la elección. Es así como se puede identificar a quienes asocian a la alternancia en el poder con la Democracia, porque suponen que necesariamente la permanencia indefinida de un partido en el

poder es el resultado de la ilegalidad de los procesos electorales o de la falta de opciones para elegir, lo cual implicaría según ellos que cuando se produce la alternancia se superan ambos obstáculos y se logra un nivel hasta entonces inexistente, de Democracia política.

Lo anterior es totalmente falso, por lo que puede refutarse que lo que implica en el fondo la Democracia política no es la alternancia en el poder, sino la posibilidad de elegir entre distintas alternativas en condiciones de legitimidad y de legalidad electoral, de tal manera que cualquiera que sea el resultado de la elección, provocando un cambio de partido en el gobierno o favoreciendo una vez más o varias al partido que lo ejerce, sea la voluntad mayoritaria de los ciudadanos la que determine quién y por cuánto tiempo gobierna. Por consiguiente, la alternancia en el poder es sencillamente uno de los posibles resultados de un proceso electoral, el cual no necesariamente será más o menos democrático en la medida en que ésta se produzca, sino podrá ser indubitablemente democrático aunque el mismo partido que gobernaba lo siga haciendo.

Entonces, ¿qué debemos entender cuando hablamos de “Democracia política” y de “Democracia social”?

El tipo de Estado correspondiente a las Democracias sociales, como bien sostiene el Dr. Covián, no es simplemente una nueva versión del Estado liberal, ni mucho menos una evolución de sus estructuras constitucionales, sino un tipo de Estado con fundamentos y fines diferentes a los del Estado decimonónico.

En las Democracias sociales, la soberanía es popular (no nacional); el sufragio es universal e independiente del nivel socioeconómico de cada ciudadano; se protegen tanto los derechos sociales como los individuales, así como los derechos difusos; existe la distribución del poder entre diversos órganos con sus limitaciones jurídicas y se controla la constitucionalidad de su ejercicio; y existe un sistema de economía mixta, basado en un plan rector, con participación del Estado en cualquier área económica y con intervención exclusiva de éste en las que considera estratégicas para el crecimiento y desarrollo del país en cuestión.

En este tipo de Estados democráticos, producto de las revoluciones sociales del siglo XX, se trata de igualar a los desiguales, creando las condiciones y oportunidades necesarias para que los derechos individuales y sociales realmente estén al alcance de todos y no de unos cuantos, lo cual explica la esencia de estos Derechos sociales y la necesidad de que intervenga el Estado en la economía.

De manera específica, contrario a lo que se suele argumentar, mi opinión es que la aparición de los Derechos sociales en las constituciones del siglo XX y por primera ocasión en la mexicana de 1917, representa una evolución de los derechos del hombre, ya que su significado real consiste en establecerlos como decisiones políticas fundamentales (Constitución esencial) y después como normas constitucionales (expresión jurídica de las decisiones políticas fundamentales).

Lo anterior significa que para ser individuos libres, los seres humanos primero tienen que ser iguales y consecuentemente, para que los derechos individuales estén al alcance de todos y no sean simplemente declaraciones formales sin ninguna eficacia real, es indispensable resolver la situación económica y social de las personas, lo que significa que los derechos sociales tengan plena vigencia para todos los miembros de la sociedad. En estas condiciones, en términos teóricos y para efectos prácticos, el ejercicio de los derechos individuales depende de la concreción de los derechos sociales, porque de nada le sirve a un obrero analfabeto, o a un campesino tener derecho a expresar libremente sus ideas, por escrito o verbalmente, si carece de educación, ante la inexistencia del elemento mínimo de saber leer y escribir. Consecuentemente, la igualdad es una condición de la libertad, de tal suerte que en mi opinión no hay una incompatibilidad entre estos dos valores, sino una necesidad evidente de que coexistan armónicamente.

La libertad para expresar lo que se quiera, para disponer de los bienes propios, para escoger un trabajo, para elegir a los representantes populares y en general, para que el individuo haga todo lo que le garantiza la Constitución, en los términos y con las limitaciones que ésta establece, supone en todos los casos, que las necesidades económicas y sociales de las personas, relativas a la educación, al trabajo, a la propiedad, a la seguridad social, a la salud y a la vivienda entre otras, estén resueltas y satisfechas. El Estado Social de Derecho no es un Estado de clase, sino un Estado que incluye en su diseño estructural a todas las clases, por lo que a diferencia del Estado liberal, sí corresponde a un modelo o tipo de Estado democrático.

Estas aclaraciones son necesarias porque el control de la constitucionalidad, objeto específico de esta investigación, es una estructura asociada directamente al modelo de Estado democrático establecido tanto en la Constitución mexicana, como en la italiana, inserto por ende, en un sistema político cuyas estructuras incluyen el control del poder conforme a un parámetro fundamental que determina su validez, es decir, la Constitución del Estado Democrático Social de Derecho.

## **El Sistema Constitucional y el concepto de Constitución**

La Constitución (Tipo de Estado y forma de gobierno)

El tipo de Estado y la forma de gobierno son los dos bloques de elementos que conforman un sistema constitucional; el primero contiene la definición de los fundamentos y los fines del poder, mientras que el segundo, también llamado régimen político, determina las estructuras de la organización del poder y las instituciones que lo ejercen. Ambos elementos integran la Constitución de cualquier Estado en el tiempo y en el espacio. Lo anterior lo podemos confrontar con las siguientes ideas de lo que es una Constitución:

*Ferdinand Lasalle: “He aquí, pues, señores, lo que es, en esencia, la Constitución de un país: la suma de los factores reales de poder que rigen en ese país. Pero, ¿qué relación guarda esto con lo que vulgarmente se llama Constitución; es decir, con la Constitución jurídica? No es difícil, señores, comprender la relación que ambos conceptos guardan entre sí. Se cogen esos factores reales de poder, se extienden en una hoja de papel, se les da expresión escrita, y a partir de*

*este momento, incorporados a un papel, ya no son simples factores reales de poder, sino que se han erigido en derecho, en instituciones jurídicas, y quien atenta contra ellos atenta contra la ley, y es castigado.....”<sup>8</sup>*

**Carl Schmitt:** *“Conjunto de decisiones políticas fundamentales que toman los factores reales de poder y que definen el ser o modo de ser del Estado, las cuales comúnmente se expresan en leyes o normas constitucionales, esto es, la expresión normativa de la organización política del Estado.”<sup>9</sup>*

**Hans Kelsen.** *“El documento que encierra la primera Constitución es una Constitución verdadera, una norma obligatoria, sólo a condición de que la norma básica se suponga válida.”<sup>10</sup>*

**Heller Hermann:** *La Constitución es una “normalidad normada” e implica lo que llama Schmitt “decisiones políticas fundamentales”. Se trata de las definiciones esenciales que toma el titular de la soberanía sobre la organización política de la sociedad, con base en las cuales se ejercerá permanentemente el poder, conformándose, así una “normalidad constitucional” equivalente al ser o modo de ser del Estado en la teoría de Schmitt.<sup>11</sup>*

Como puede observarse, éstas y muchas otras ideas podrían servir aparentemente, como si fueran equivalentes, para definir la Constitución. Creo que las dos primeras son las más adecuadas para distinguir con claridad la Constitución-esencia de su forma o expresión jurídica, representada por las normas constitucionales o texto constitucional.

La Constitución-esencia y las normas constitucionales son parte del sistema constitucional, pero en estas últimas con frecuencia están incluidos diversos elementos normativos que no se refieren específica ni directamente al tipo de Estado, ni a la forma de gobierno, no obstante que su regulación sea

<sup>8</sup> Ferdinand Lassalle, “¿Qué es una constitución?”, Ariel, 2ª edición, España, 1982, págs. 70 y 71.

<sup>9</sup> Schmitt, Carl. Teoría de la Constitución, Editora Nacional, México, 1981, pp.23-24.

<sup>10</sup> Hans Kelsen, Teoría general del Derecho y del Estado, UNAM, México, 1988, p.135.

<sup>11</sup> Heller, Hermann, Teoría del Estado, 12ª, edit. F.C.E, México, 1987, p.268.

establecida en esas normas de primer nivel, cuyo contenido en muchos casos no es por sí mismo definitorio de la esencia constitucional.

La Constitución es el tipo de Estado y el régimen político (decisiones políticas fundamentales) que adopta el poder soberano constituyente (factores reales de poder), la cual se traduce normativamente por escrito o consuetudinariamente, para conferirle seguridad, permanencia, obligatoriedad y coercibilidad. En el ámbito de la organización soberana del poder, la importancia de la interrelación del tipo de Estado con la forma de gobierno, radica en que del diseño estructural de la forma de gobierno depende la realización de la descripción estatal, sabiendo de antemano que el Estado no es algo concreto y que constituye una forma o manifestación del poder.

El **tipo de Estado** no es sino el conjunto de elementos ideológicos con base en los cuales se determinan el origen, el ejercicio y los fines del poder. Así, en la práctica pueden corresponder a un mismo tipo de Estado diversas estructuras de gobierno, sin que la diferencia entre unas y otras altere esencialmente el modelo estatal del que parte. Esto es tan evidente, como el hecho de que para alcanzar un mismo fin es posible emplear medios diversos, por lo que la definición del tipo de Estado antecede lógicamente y cronológicamente a la del régimen político. Sin embargo, la adecuada selección de las estructuras de gobierno invierte la relación y la convierte en un asunto de orden cualitativo, porque si la forma de gobierno no es compatible con los fundamentos y la teleología del tipo de Estado, éste permanecerá en menor o mayor grado, en el nivel constitucional descriptivo, sin pasar al de las realizaciones concretas de sus fines y objetivos.



Los fines del Estado, del Derecho y del poder mismo, bajo esta perspectiva, dejan de ser abstracciones o ideas, para convertirse en determinaciones específicas que adoptan quienes tienen el poder real para decidir el tipo de Estado que quieren constituir. La sociedad no se define políticamente de determinada forma simplemente porque tenga que adoptar alguna, sino porque ésa y no otra es la que se pretende establecer en términos empíricos, con independencia de que esté descrita en normas jurídico-constitucionales más o menos numerosas contenidas en un texto constitucional.

Por ello, para entender la verdadera importancia del subsistema constitucional, perteneciente a un sistema político, es necesario vincular las estructuras y los fines del Estado con la fenomenología del poder, lo cual nos permite comprender por qué y para qué se ha constituido u organizado de esa manera y no de otra. Por lo tanto, es necesario tener en cuenta que el Estado no se constituye exclusivamente para "actuar legalmente", sino para cumplir eficazmente determinados fines. Así, al preguntarse dónde se establece su "objeto social" en la teleología de la sociedad políticamente organizada, la respuesta es: *en las normas constitucionales que expresan jurídicamente las decisiones constituyentes del Estado, adoptadas por los factores reales de poder en los que radica la soberanía.*

**La forma de gobierno** a su vez, es lo que configura la organización concreta de estos principios y de la teleología del Estado, con el propósito de hacerlos viables y reales, por lo que podemos entenderla como el conjunto de instituciones constitucionales, por medio de las cuales se pretende concretar el

ser o modo de ser del Estado, previamente determinado por su contenido ideológico.

Ahora bien, a manera de ejemplo y para hacer más comprensible lo anterior, es posible hacer referencia a uno de los elementos definitorios del tipo de Estado liberal y del tipo de Estado democrático que es la “distribución de competencias” (división de poderes), con relación al cual se observa que a partir del siglo XIX la tendencia en los países de América fue la de asignarle las estructuras de gobierno propias del régimen presidencial, mediante la fórmula clásica de ejecutivo, legislativo y judicial, mientras que en los regímenes parlamentarios de Europa y después, de otros continentes, la estructura de gobierno consistía (y continúa consistiendo hasta la fecha) en una organización diferente, basada en la distribución de competencias (tipo de Estado) entre los siguientes órganos principales: Jefe de Estado, Jefe de Gobierno (Consejo de Ministros), Parlamento o Asamblea y Tribunales, distinguiéndose en cuanto a éstos, entre los de legalidad y el órgano único de control de la constitucionalidad (sistema concentrado de control).

En esta forma de gobierno relativa a la de distribución de competencias, a partir de la segunda década del siglo XX (Austria) y muy claramente después de la segunda guerra mundial (Italia, Francia, Alemania, España, Portugal y prácticamente toda Europa y ahora buena parte de América), se incluye un cuarto órgano constituido principal representado por una Corte Constitucional o Tribunal Constitucional, encargado de controlar la constitucionalidad de los procesos del poder y de garantizar la supremacía de la Constitución dentro del sistema político.

Este sistema de control de la constitucionalidad conocido como “concentrado”, originariamente privativo de la forma de gobierno parlamentaria europea, paulatinamente se ha ido estableciendo en diversos Estados latinoamericanos con regímenes de gobierno presidencialistas como en los casos de Guatemala, Colombia, Chile, Ecuador, Venezuela y Perú, entre otras, o bien bajo otras modalidades estructurales como se observa en Costa Rica y en México, por ejemplo.

El estudio de este elemento estructural del sistema constitucional es el objeto principal de este trabajo, el cual será abordado con base en el método comparado, revisando de manera conjunta los sistemas italiano y mexicano de control de la constitucionalidad. Al efecto, para concluir este capítulo inicial, se hará una revisión de los conceptos fundamentales relativos específicamente al control de la constitucionalidad, distinguiéndolos entre sí y estableciendo las bases teóricas indispensables para realizar el estudio comparado que nos hemos propuesto.

### **La defensa de la Constitución y el de control de la constitucionalidad.**

Ambos son elementos básicos e imprescindibles de un subsistema constitucional, correspondiente a un sistema político democrático, desafortunadamente han sido poco desarrollados y diferenciados tanto de forma teórica como práctica en nuestro país. Su presencia o ausencia y su adecuada estructuración o deficiente diseño depende en gran medida del nivel

empírico de democratización de los sistemas políticos contemporáneos. Aquellos Estados que carecen de ambos o en los que aparecen en ciernes son por definición sistemas políticos incompletos y disfuncionales, porque no atienden de manera suficiente uno de los principios esenciales de la Democracia moderna, conforme a la Teoría del Rombo: el control de los procesos del poder político por medios jurídicamente regulados.<sup>12</sup>

Ahora bien, para entender lo anterior es importante identificar en qué consiste la defensa de la Constitución y cómo se diferencia del control de la constitucionalidad, para lo cual es necesario recordar que la asignación de atribuciones a distintos órganos constituidos en un sistema constitucional funciona como una estructura mediante la cual se trata de asegurar la aplicación de una de las decisiones políticas fundamentales (Constitución- esencia) del tipo de Estado democrático: la distribución del poder y los límites y controles en cuanto a su ejercicio.

Ahora bien, para lograr lo anterior es necesaria la defensa de la Constitución, la cual consiste en un conjunto de estructuras que varían de un sistema otro, establecido en las normas constitucionales con el fin de impedir que lo prescrito en ellas sea desobedecido. En pocas palabras, defender a la Constitución de su principal detractor que sería el excesivo ejercicio del poder y la falta de observancia de sus prescripciones por parte de quien lo ejerce, como consecuencia de esa extralimitación.

---

<sup>12</sup> Para entender la conformación integral de estos elementos en un sistema político democrático a profundidad, véase La teoría del Rombo. Ingeniería Constitucional del Sistema Político Democrático, *Op. Cit.*, en la cita 3.

Se puede decir que tanto la defensa de la Constitución, como el control de la constitucionalidad, buscan proteger a la Ley Fundamental frente al poder político anticonstitucional, aunque cada uno sea un medio diferente para cumplir con dicha finalidad, cuya aplicación produce efectos específicos que son complementarios, pero no equivalentes, ni intercambiables. Para diferenciarlos mejor es conveniente citar los siguientes ejemplos: en el caso de la defensa de la Constitución, en México se tiene al “juicio político”, el cual representa una forma preventiva de protección, cuya finalidad consiste en evitar que la Constitución sea infringida por el poder político antes de que esto suceda.

En efecto, el juicio de responsabilidad oficial (juicio político) como medio de defensa de la Constitución, impide que el servidor público que ha sido separado de su cargo vuelva a infringir las normas constitucionales, toda vez que ya no ejercerá el poder que detentaba y como consecuencia, no podrá tomar decisiones anticonstitucionales. Así, este juicio se diseña para privar al servidor público del ejercicio del poder e impedir que la Constitución sea quebrantada por él en lo sucesivo, por lo que resulta evidente que estamos ante un medio de defensa de la Constitución, diferente teleológicamente a los medios de control de la constitucionalidad, los cuales se explicarán posteriormente.

Ante lo sostenido, se podría objetar que no obstante el carácter preventivo de los medios de defensa de la Constitución y quizás de cualesquiera otros, existe el peligro de que su finalidad sólo permanezca en el ámbito teórico, porque en la práctica, por ejemplo, el servidor público separado de su cargo mediante juicio de responsabilidad, de hecho ya infringió la Constitución, siendo

precisamente dicha infracción el motivo de su destitución, por lo que el medio preventivo de defensa “juicio de responsabilidad oficial” resultaría inútil con relación a esa falta concreta, pues aunque se separara al infractor de su cargo, las normas constitucionales habrían sido infringidas.

Precisamente, la separación de un servidor público de su cargo, como consecuencia de la aplicación del medio de defensa “juicio de responsabilidad oficial” (defensa de la Constitución), no es suficiente para destruir los efectos de los actos anticonstitucionales que haya llevado a cabo, los cuales sólo podrán ser destruidos mediante la aplicación de los recursos de control de la constitucionalidad idóneos para este efecto. Esto significa que la destitución funciona obviamente, sólo como impedimento de nuevos actos y de futuras omisiones anticonstitucionales, es decir, de manera preventiva.

Consecuentemente, poco o nada podría hacerse para proteger a la Constitución si sólo existieran las estructuras señaladas para su defensa, lo cual explica la necesidad de establecer simultáneamente medios de control de la constitucionalidad, en aras de la protección de la Constitución mediante la destrucción oportuna y eficaz de los efectos de las decisiones anticonstitucionales. Por ende, cuando la defensa de la Constitución falla, puede aplicarse el control de la constitucionalidad, lo que equivaldría a que si la medida preventiva es insuficiente, debe emplearse un remedio correctivo. Luego, la defensa es preventiva y el control es correctivo.

En síntesis, el objetivo concreto de los medios de control de la constitucionalidad consiste en *la destrucción de los efectos contrarios a las disposiciones constitucionales de los actos y de las omisiones de los*

*detentadores formales o institucionales del poder y la respectiva anulación de esos actos y de esas omisiones.* Consecuentemente, la defensa de la Constitución es preventiva porque mira hacia el futuro, mientras que el control de la constitucionalidad es correctivo, visto que se dirige al pasado, es decir, a la anulación de las decisiones que fueron ya tomadas.

Finalmente, aunque el objetivo genérico de ambos sea la protección de la Constitución, sus finalidades específicas son por una parte, la prevención de su desobediencia (defensa de la Constitución) y por la otra, la destrucción de los efectos de su infracción (control de la constitucionalidad).

En tales condiciones, se puede concluir que el control de la constitucionalidad del poder político consiste en la verificación (control) de la conformidad de los procesos del poder político (objeto) con la Constitución (medida-parámetro), a lo que debe añadirse que su propósito esencial es la anulación de los efectos de los actos o de las omisiones anticonstitucionales (finalidad) que la vulneran.

### **Control de la constitucionalidad, control de la legalidad y control de la “convencionalidad”**

En México existe mucha confusión en cuanto a estos conceptos y a su aplicación práctica, de manera particular, en el caso del control de la constitucionalidad y recientemente, del llamado “control de la

convencionalidad”. En cuanto al primero, ni siquiera está clara su denominación.

“En forma breve, sin perjuicio de referirnos con posterioridad a este aspecto del tema con mayor detenimiento, mencionaremos aquí las expresiones que suelen emplearse como si fueran equivalentes a la única que es correcta:

- a) Defensa de la constitución;
- b) Justicia constitucional;
- c) Derecho procesal constitucional;
- d) Control de la constitución; y
- e) Control constitucional.

Independientemente de las diversas razones por las que estas expresiones son erróneas y del significado equívoco concreto de cada una, aspectos a los que nos referiremos después, lo que conviene subrayar aquí es que en ninguna de ellas se hace alusión al término “constitucionalidad”, circunstancia más que suficiente para desechar todas estas denominaciones con las que se pretende substituir a la de “control de la constitucionalidad”.<sup>13</sup>

En efecto, todas estas denominaciones son erróneas y confusas, porque no hacen referencias a los elementos esenciales del control de la constitucionalidad. Como lo señala el autor citado, si se añade a cada una de estas expresiones el objeto del control (el poder político), se nota su incongruencia o su imprecisión.

*“Para concluir esta parte, conviene retomar todas estas expresiones agregándole a cada una el objeto del control de la constitucionalidad, con el propósito de mostrar que desde un punto de vista semántico, sólo en un caso se obtiene un resultado inteligible, porque en todos los demás, las expresiones carecen de sentido, a menos que se trate de forzar su significado. “Defensa de la constitución del poder político”, “justicia constitucional del poder político”, “Derecho procesal constitucional del poder político” y “control de la constitución del poder político” son frases carentes de sentido. En cambio, la expresión “control constitucional del poder político” sí significa algo, pero como lo hemos dicho, su significado es ambiguo y equívoco, por lo que no puede tomarse como sinónimo del control de la constitucionalidad del*

<sup>13</sup> Miguel Covián Andrade, “Fundamentos teóricos del control de la constitucionalidad”, CEDIPC, 2010, pág. 2



*poder político, única denominación correcta y precisa de esta área especializada del Derecho constitucional.*<sup>14</sup>

La diferencia entre el control de la constitucionalidad y el control de la legalidad no presenta tantas confusiones en nuestro país, porque lo que cambia de un caso a otro es tanto el parámetro del control, como los recursos para aplicarlo. Tratándose del control de la constitucionalidad, la medida del control es la Constitución, mientras que para el control de la legalidad, el parámetro son las leyes.

En cuanto a los recursos para aplicar uno y otro, los medios de control de la constitucionalidad en nuestro país serán analizados en el capítulo tercero de esta investigación, en tanto que los de legalidad consistente en los diversos recursos previstos en las leyes para hacer valer el respeto de las leyes, como la apelación, la reclamación, la revocación, la reconsideración, etc., etc.

Situación distinta se presenta en el caso del llamado “control de la convencionalidad”, término que se ha empezado a utilizar en México a partir de la reforma constitucional de 2011, relativa a la protección de los Derechos Fundamentales y a la estructura del Juicio de Amparo.

Este tema será analizado en el capítulo cuarto de esta investigación, por lo que aquí sólo se hará referencia a su contenido conceptual, el cual puede plantearse en cuanto a la relación entre la Constitución y los Tratados Internacionales, o bien, entre éstos y las leyes.

En realidad, según lo explicaremos, en el caso del control de la convencionalidad, estamos en presencia de una especie de control de la

---

<sup>14</sup> Miguel Covián Andrade, *Op. cit.*, pág. 21

legalidad, el cual nunca puede confundirse, ni asimilarse al control de la constitucionalidad.

Si se toma en cuenta que los Tratados derivan de la Constitución, al igual que las leyes, éstos nunca podrán equipararse jerárquicamente a la Constitución, ni formar parte de ella, por lo que pensar en someter a las normas constitucionales al control de la convencionalidad es totalmente absurdo.

En cambio, como se ha planteado desde hace mucho tiempo en Europa, particularmente en Francia, lo que sí puede plantearse es la posible incompatibilidad entre un tratado internacional y las leyes, actos jurídicos de la misma jerarquía, situación que se resuelve de distintas formas, pero generalmente, dando prioridad a los compromisos internacionales cuando se refieren a la protección de los Derechos Fundamentales.

En Francia, por ejemplo, el artículo 55 de la Constitución de 1958 establece lo siguiente:

*“Los tratados o acuerdos debidamente ratificados o aprobados tienen, desde su publicación, una autoridad superior a la de las leyes, bajo reserva, para cada acuerdo o tratado, de su aplicación por la otra parte”.*<sup>15</sup>

Como puede advertirse, la verificación en términos de correspondencia entre las normas se realiza entre las leyes y los tratados internacionales, no entre la Constitución y los tratados. Además, se establece que los tratados prevalecen sobre las leyes, pero siempre y cuando exista reciprocidad en los demás países firmantes del tratado. Igualmente, se determina que este aspecto debe

---

<sup>15</sup> Artículo 55 de la Constitución de la V República.

comprobarse caso por caso, es decir, no de manera automática, ni generalizada, sino verificando esa reciprocidad tratado por tratado, de tal suerte que si ésta no se presenta, entonces las leyes prevalecen sobre los tratados.

Consecuentemente, ésta es la posición correcta, de tal suerte que el parámetro del control debe ser el tratado internacional, pero entendido como una norma general de la misma jerarquía de las leyes y nunca equiparable a la Constitución, aunque se refiera a los Derechos Fundamentales, aspecto que será analizado en el capítulo cuarto de este trabajo.

Al haber sido explicadas las bases teóricas necesarias para desarrollar el objeto de la presente investigación, es posible iniciar el análisis de los sistemas italiano y mexicano de control de la constitucionalidad, conforme al método comparado, con el propósito esencial de presentar una propuesta de modificaciones en el caso de nuestro país.

El caso de Italia fue seleccionado particularmente por el nivel de desarrollo que presenta en ese país esta estructura de control, organizada conforme al modelo concentrado o austriaco, el cual es esencialmente diferente al que se aplica en México, en el que existe un sistema “difuso”, o como algunos consideran, “mixto” de control de la constitucionalidad.

Su análisis se realizará en el siguiente capítulo, lo cual permitirá incorporar lo que en él se concluya, a la revisión simultánea de éste y del sistema mexicano, comparando sus diversas estructuras para determinar sus aciertos y sus fallas, lo cual será materia del capítulo tercero.

Esta revisión hará posible, a su vez, la presentación del capítulo cuarto, en el que se elaborará una propuesta de reformas del sistema mexicano de control de la constitucionalidad, con el propósito de corregir todas sus deficiencias, convirtiéndole en una estructura eficaz para cumplir con su objetivo inmediato y su propósito mediato: destruir los efectos de las decisiones de quienes ejercen el poder contrarias a la Constitución y protegerla consecuentemente, de manera oportuna e integral.

## **CAPÍTULO SEGUNDO EL SISTEMA ITALIANO DE CONTROL DE LA CONSTITUCIONALIDAD**

Como se señaló en el capítulo anterior, en el Sistema Político italiano, la Constitución de 1948 establece un Estado Democrático Social de Derecho, con un régimen de gobierno parlamentario, cuyos órganos constituidos principales son los siguientes:

- a) El Jefe de Estado, es decir, el Presidente de la República, designado por las Cámaras de Diputados y de Senadores;
- b) El Parlamento, integrado por ambas Cámaras de elección popular directa;
- c) El Gobierno, depositado en el Consejo de Ministros, el cual está conformado por el Presidente de este Consejo y por los Ministros que forman parte de él, los cuales deben contar con la confianza política del Parlamento expresada por el voto mayoritario de sus miembros;
- d) La Corte Constitucional, integrada por quince Jueces Constitucionales designados como se analizará más adelante; y
- e) Los Juzgados y Tribunales de legalidad, distribuidos por materia y por territorio.

En este capítulo se presenta el estudio de la Corte Constitucional, órgano constituido encargado del ejercicio de la competencia de control de la constitucionalidad en el Sistema Constitucional italiano, con relación al cual se analizará su composición, funcionamiento y competencia, conforme al modelo de control jurisdiccional concentrado establecido en su constitución.

## La Corte Constitucional Italiana

En el Sistema Constitucional italiano, la Corte Constitucional es el órgano encargado de garantizar la supremacía constitucional, la rigidez de la constitución<sup>16</sup> y su protección, asegurando que las decisiones de quienes ejercen el poder se ajusten las disposiciones jurídicas previstas en ella. Sobre este punto escribe el jurista Federico Sorrentino:

*“Además de colocarse como fuente del Derecho, la Constitución afirma su propia inderogabilidad como resultado de las fuentes ordinarias. La previsión de un procedimiento específico, diferenciado del legislativo ordinario, unida a la del control de la constitucionalidad de las leyes, manifiesta de hecho la voluntad del constituyente de reconocer a la carta constitucional el carácter de la rigidez.*

*Esta rigidez puede tener y tiene en nuestro sistema constitucional diversos grados, pudiendo ir desde un máximo de inmodificabilidad absoluta hasta un mínimo de modificabilidad, a cargo del legislador ordinario, con pequeñas variantes procedimentales.*

*En realidad: absolutamente inmodificables son las disposiciones de la constitución que definen la “forma republicana” del Estado (v. Art. 139). Si tales disposiciones se limitan a las relativas a la figura del Jefe de Estado, a su elegibilidad, a la limitación temporal de su mandato y de su representatividad, o bien incluyen todas las disposiciones que sancionan y/o se refieren a la democraticidad del Estado, es objeto de discusión en la doctrina.....”<sup>17</sup>*

Así la rigidez constitucional viene garantizada gracias a un eficiente control de la constitucionalidad de las leyes, determinando así una verdadera revolución en el modo de concebir las fuentes del derecho, transformándolo de la suprema voluntad del Estado, en acto jurídico sujeto al juicio de invalidez y probable declaración de nulidad, en caso de ser contrario a la Constitución.

Derivado de lo anterior y dada la posibilidad de que las leyes ordinarias, tanto de la República como aquellas regionales, fueran contrarias a la Constitución,

<sup>16</sup> Prevista en el artículo 138 de la constitución.

<sup>17</sup> Sorrentino Federico, “Le fonti del Diritto italiano”, CEDAM, 2009.

los constituyentes instituyeron como órgano custodio o guardián a la Corte Constitucional con competencia para anular las leyes anticonstitucionales.

La Corte Constitucional italiana no empezó a funcionar sino hasta ocho años después de la promulgación de la Constitución. Naturalmente, sus primeros años fueron dedicados a su parte organizacional y a la preservación de las normas que contenían derechos, lo cual se prolongó durante dos décadas (1948-1968).<sup>18</sup>

En la Constitución, en el caso de la Corte Constitucional, se definió su conformación, la forma de elección y nombramiento de sus jueces, junto con el elenco de sus funciones, en tanto que todo aquello que no se contempló fue postergado para tratarse en leyes sucesivas, por lo que posteriormente fueron aprobadas tres leyes constitucionales que desarrollaron los artículos 134° al 137°, relativos a la Corte Constitucional, llamadas:

- Ley constitucional del 9 de febrero de 1948, N.1, cuyo contenido se refiere a las normas de los juicios de legitimidad constitucional y aquellas normas que prevén la independencia de la Corte;
- Ley constitucional del 11 marzo del 1953, N.1, en la cual se establecen las normas complementarias de los artículos constitucionales relativos a la Corte; y
- Ley constitucional del 11 marzo del 1953, N.87, cuyo contenido está relacionado con las normas que contienen la estructura y el funcionamiento de la Corte Constitucional.

Finalmente en 1956, fue expedido el reglamento general de la Corte, desde cuya primera sesión se puso de manifiesto que en Italia la justicia constitucional funcionaría principalmente en los siguientes ámbitos:

---

<sup>18</sup> Cfr. BARBERA Fusaro et FUSARO Carlo, *op. cit. sopra.*, cap XI

- El control de la constitucionalidad de los actos legislativos bajo el perfil formal (conformidad de las normas constitucionales con el procedimiento de creación de las leyes), así como bajo el perfil sustancial (conformidad con el contenido normativo lo previsto por las normas constitucionales);
- El control sobre los conflictos entre los diversos órganos y sujetos previstos en la Constitución por lo que respecta a su competencia constitucional; y
- La tutela de los derechos fundamentales constitucionalmente garantizados.

#### ❖ **Composición de la Corte Constitucional italiana**

La Corte se conforma por 15 jueces que son elegidos de la siguiente forma:

- Un tercio por el Parlamento en asamblea común;
- Un tercio por el Presidente de la República;
- Un tercio por la magistratura suprema ordinaria y administrativa.<sup>19</sup>

Todos los jueces constitucionales son escogidos entre los magistrados de las jurisdicciones ordinarias superiores y administrativas, inclusive aquellos que están ya retirados, así como también entre los profesores de las universidades con carreras jurídicas y entre los abogados con ejercicio profesional de al menos 20 años (art.135.2 constitucional).

El mandato de los jueces constitucionales tiene una duración de 9 años sin reelección (art. 135.3 y 4 constitucional). El Presidente de la Corte es elegido

---

<sup>19</sup> Articolo 135 della costituzione.



de entre los mismos miembros de la Corte por 3 años y puede reelegirse (art. 135.5 constitucional), lo cual sólo ha acontecido tres veces en los casos de: Gaspare Ambrosini (1962-1967), Leopoldo Elia (1981-1985) e Francesco Saja (1987-1990).<sup>20</sup> En cuanto a su *status* de juez constitucional, la Constitución establece que dicho nombramiento es incompatible con algún cargo en el Parlamento, con la profesión forense o con cualquier otro cargo u oficio señalados en la ley (art. 135.6 constitucional). La garantía de independencia, la inmunidad y las prerrogativas de los jueces de la Corte son equiparadas en lo sustancial con las que gozan los miembros del Parlamento.

### ❖ **Funcionamiento y competencia**

Como se ha establecido, las normas sobre el funcionamiento de la Corte están dispersas entre las leyes constitucionales referidas anteriormente. El método de trabajo de la Corte Constitucional se basa en el principio de colegialidad (art. 161. L.87/1953). La decisión de la cuestión debe estar adoptada por mayoría absoluta de votos, con un inamovible *quorum*<sup>21</sup> de once jueces, todos los cuales deben participar y estar presentes en las audiencias en las que se desenvuelve el juicio. Las sesiones se desarrollan en audiencias públicas, salvo motivos excepcionales relacionados con la seguridad institucional, la tranquilidad de los trabajos o el orden público, casos en los cuales el

<sup>20</sup> Cfr. Barbera Fusaro et Fusaro Carlo, op. cit. *sopra* p.420

<sup>21</sup>“Los miembros de la Corte tienen la obligación de intervenir en las audiencias cuando no estén legalmente impedidos. La Corte funciona con la intervención de al menos once jueces..... La decisiones se toman en Pleno por los jueces presentes en todas las audiencias en las cuales se desarrolla el juicio y se aprueban por mayoría absoluta de los votante. En caso de paridad de voto prevalece el del Presidente, salvo lo que se establece en el segundo apartado del artículo 49.....” (L. 11 marzo 1953, n. 87, Art. 27).

Presidente de la Corte puede disponer que la reunión se desarrolle a puerta cerrada. Las sesiones a puerta cerrada, también están reservadas para el tratamiento de algunas cuestiones como la admisibilidad de los *referenda*, por ejemplo y obviamente, la deliberación previa de los asuntos por parte del colegio.

El constituyente introdujo en Italia un modelo de control concentrado creando una competencia excluyente a favor de la Corte, la cual es el único órgano competente en la materia, como órgano de naturaleza jurisdiccional, para ejercer esta función a través del llamado:

- **control sucesivo**, según lo que sea pronunciado a lo ocurrido después de la entrada en vigor del acto cuya legitimidad constitucional está en discusión.
  
- **control en vía directa** (o en vía de acción) y **control en vía indirecta** (o en vía incidental), según sea consentido a los sujetos legitimados para promoverlo directamente (sin filtros), o indirectamente (solo en ciertos ámbitos y en ciertas condiciones), en contra de los actos que se consideran contrarios a la Constitución.

La Corte Constitucional, conforme al artículo 134 de la Constitución es competente para juzgar:

- Sobre las controversias relativas a la legitimidad constitucional de las leyes y de los actos con fuerza de ley del Estado y de las Regiones;

- Sobre los conflictos de atribuciones entre los poderes del Estado y sobre aquellos entre el Estado y las Regiones, y entre las Regiones;
- Sobre la acusación a propuesta del Parlamento en sesión común contra el Presidente de la República, en caso de alta traición y atentado a la Constitución.
- Sobre la admisibilidad de la petición de referéndum abrogativo.

### **El juicio de legitimidad constitucional y la cuestión de constitucionalidad**

#### ❖ Acceso al juicio de legitimidad constitucional

La estructura de este recurso demuestra que quienes lo diseñaron pretendieron limitar la vía de acceso ante la Corte circunscribiéndola a los sujetos facultados para interponerlo, es decir el Estado y las Regiones, excluyendo así a cualquier otro sujeto, a lo que debe agregarse que no están previstos recursos de control de la constitucionalidad que puedan promover los particulares por sí mismos para la tutela de sus propios derechos fundamentales lesionados por algún acto proveniente de algún poder público, con relación a lo cual sólo existe la posibilidad de interponer ante la Corte la existencia concreta de una norma general anticonstitucional que pretenda aplicarse en una controversia de legalidad pendiente ante un juez, al cual solo le compete presentar la llamada “cuestión de legitimidad constitucional” ante la Corte para que ésta

determine si la norma general es anticonstitucional y por ende, no puede aplicarse en el juicio concreto de legalidad.

La vía principal para que los particulares puedan llegar a la Corte es por lo tanto, la **incidental**, la cual se da en el curso de un juicio ante un juez ordinario que lo instruye y somete la “cuestión de constitucionalidad” respecto a la ley que debe ser aplicada en dicho proceso de legalidad, a la Corte, debido a que considera que no puede aplicar tal ley porque duda sobre su constitucionalidad.

Entonces la “cuestión de constitucionalidad” es una prerrogativa prejudicial que nace de un juicio de legalidad, el cual no puede ser resuelto antes de que se esclarezca la duda sobre la constitucionalidad de la norma general cuestionada, la cual sólo puede ser resuelta por el juez *ad hoc*, es decir, el juez constitucional. En cambio, la **vía directa** está diseñada para que los órganos del estado facultados al efecto, puedan acudir directamente a la jurisdicción de la Corte cuando consideren que una norma general es contraria a la Constitución.

#### ❖ Tipo de juicio, su parámetro y su objeto

Como todo juicio de control de la constitucionalidad, éste se desarrolla bajo la forma de tipo paramétrico y por tanto. el control que la Corte lleva a cabo es esencialmente de tipo relacional (relación tripartita) entre el objeto, el acto con

fuerza de ley y una norma parámetro. Por lo que respecta a los parámetros evocados en la materia, se observa que no necesariamente están previstos en las disposiciones constitucionales, pues en la práctica éstos pueden provenir de aquellas normas implícitas (fruto de combinaciones previstas o inferidas de principios), siempre y cuando de algún modo estén unidas a disposiciones constitucionales.

Entonces, **el parámetro** es el punto de referencia para los fines del juicio de la Corte, el cual está dado antes que nada por las normas constitucionales, después de éstas por las normas diversas a la Constitución a las cuales ésta reenvía, obligando así al legislador a respetarlas.

El objeto puede ser entendido sea como acto sujeto a control, o como regla jurídica susceptible también del escrutinio por parte de la Corte. Desde el punto de vista de los actos que están identificados genéricamente por las normas contenidas en el artículo 134 constitucional (leyes y actos con fuerza de ley del Estado y/o de las Regiones), se ha interpretado esta expresión en el sentido de que cuando se hable de ley o de actos con fuerza de ley, se pretende hacer referencia a aquellos actos de rango primario, ya que al hablar de las fuentes del derecho se distinguen aquellas primarias de las de rango secundario, toda vez que los actos primarios son regulados por la constitución de modo directo y constituyen una fuente primaria de producción normativa.

Los juristas italianos enfatizan que no siempre es verdad que todos los actos primarios, o en general algunas de las fuentes del derecho, sean controlables y/o que puedan ser identificados como actos de fuente primaria, por lo que existe una categoría “indefinida o gris” que recoge una serie de actos que son primarios o secundarios, de cualquier modo de difícil identificación para que

puedan ser materia de control. No es coincidencia que se discuta la cuestión concerniente a la idoneidad de las normas de naturaleza consuetudinaria como actos impugnables ante la Corte, así como el amplio y complejo tema de las normas del derecho comunitario europeo, aspecto sobre el que conviene hacer algunas precisiones.

### **La repercusión del derecho comunitario en el sistema constitucional italiano y el llamado “control de la convencionalidad”**

Actualmente las fuentes del derecho interno italiano se han ampliado al considerarse fuentes del derecho, también las llamadas fuentes de la Unión Europea, junto con los tratados internacionales, los reglamentos y sobre todo las directivas comunitarias. Con relación a ellas, debe resolverse el problema relativo a su condición de objeto de control ante la Corte Constitucional italiana, o parámetro del control.

Sobre este punto como se sabe, la Unión Europea es un tipo de confederación especial de Estados, cuyo monopolio de la interpretación del derecho comunitario le corresponde a la Corte de Justicia de Estrasburgo, la cual es competente para determinar la exacta interpretación del derecho de la Unión Europea, lo cual significa que la Corte de Justicia determina cuáles son sus principios y exactos significados, por lo que no son objeto de control constitucional al nivel interno de cada Estado miembro, por ser parte de otro ordenamiento ajeno al de cualquier Estado.

Algunas Cortes Constitucionales de Estados miembros como la de Alemania y la de Italia se han destacado respecto a otras cortes estatales, por el tipo de conflictos presentados ante la Corte de Justicia de Estrasburgo, al no coincidir con ésta sobre cuál era el derecho que debía prevalecer entre el de la Unión

Europea y su derecho estatal, presentándose así la problemática entre la parametricidad de las fuentes comunitarias y de las normas de derecho internacional.

Coincido con el Dr. Andrea Morrone<sup>22</sup>, quien al igual que la Corte Constitucional sostiene que la Unión Europea todavía no posee un ordenamiento que haya englobado a los ordenamientos de los Estados miembros. Lo que existen son los Estados miembros que con un pacto internacional que ha fundado la Unión Europea, con un ordenamiento europeo que coexiste con los ordenamientos de esos Estados, por lo que la Corte sostiene que entre los Estados y la misma Unión Europea existe una relación de separación porque cada ordenamiento es soberano en su propio ámbito, aunque coordinado a su vez por una comunidad internacional de Estados.

Así en Italia, como en los otros países miembros de la Unión Europea, en principio, las normas europeas se rigen bajo el principio de la de **inmediata y necesaria aplicación**, por lo que cualquier autoridad al enfrentarse ante dos normas una estatal y otra europea, que inciden en el mismo ámbito de validez, deberá aplicar la norma europea y no la norma interna. Sin embargo, en diversos países, como Alemania e Italia se considera que este criterio no es suficiente, pues se agrega que todo debe ser conforme a la Constitución del Estado, es decir que las normas y los principios de la Unión Europea no sean opuestos a aquellos contenidos en sus propias constituciones.

A pesar de lo que sostienen algunos sectores de la doctrina italiana respecto a que las normas contenidas en las fuentes europeas son inmediatamente aplicables, por la norma de reconocimiento de esta obligación, la cual se encuentra prevista en el artículo 11 constitucional, según la cual se supone que

---

<sup>22</sup> Profesor de carrera de la Università di Bologna, a cuya curso de Derecho constitucional avanzado asistí durante un semestre (15 septiembre de 2012 a 28 de enero de 2013).

Italia ha renunciado a una porción de soberanía para formar parte de la Unión Europea, cuyas normas deben ser siempre aplicadas, coincido con la posición del profesor referido y de la propia Corte Constitucional, en el sentido de que es errónea la idea de que basta con hacer una aplicación de la convencionalidad según los pactos internacionales asumidos y concretados.

La Corte Constitucional italiana sostiene sobre el particular, la *teoria di controlimiti* (teoría de los contralímites), suficientemente difundida y aceptada por otras Cortes Constitucionales europeas como la alemana, la francesa, la polaca, etc., que comparten análogamente el mismo sistema de razonamiento. En el caso alemán, para su Tribunal Constitucional está claro que las decisiones reflejadas en actos jurídicos y normativos asumidos por la Unión Europea deben respetar siempre las soberanías estatales, confirmando así, que ante todo, son los pueblos de los Estados los que deben decidir sobre los avances en el proceso de integración europea y sobre el aspecto de sobrepasar los límites en términos de la soberanía estatal que la Unión Europea con el curso del tiempo vaya desarrollando.

Finalmente, si bien el proceso de integración europea está en un estadio intermedio y no ha llegado a su culminación en la formación un Estado federal europeo, los ordenamientos estatales actualmente se encuentran separados, pero al mismo tiempo están también coordinados. Por consiguiente, las normas europeas no pueden llegar al punto de modificar los principios constitucionales, así que el proceso de integración europea encuentra un límite en esta etapa, lo que se explica en esta teoría de los contralímites del Derecho Constitucional italiano, con base en la cual, la Corte Constitucional se reserva el derecho de determinar la ilegitimidad de la norma europea por incidir en un contralímite, ejemplo de lo cual sería el caso **de las leyes nacionales que**



**ratifican la ejecución de los tratados que han consentido el ingreso de normas opuestas a la constitución.**

### **Control abstracto de la constitucionalidad de:**

- ❖ Leyes de revisión constitucional y de leyes constitucionales

Regresamos ahora al tema del objeto del control de la constitucionalidad en el Juicio de Legitimidad Constitucional (control abstracto de las normas generales), dentro del cual están comprendidas **las leyes de revisión constitucional, las leyes constitucionales, los Estatutos regionales y otras normas generales**, caso contrario al de otras fuentes de derecho de grado subordinado que son excluidas del control de constitucionalidad. Las leyes de revisión constitucional tienen como objeto la modificación, adición o supresión de parte del texto de la constitución, en tanto que las leyes constitucionales en cambio tienen que ver con aquellas expresamente señaladas en disposiciones específicas de la Constitución, como los casos de reserva de ley constitucional o los de las leyes que en razón de su contenido relevante, son discutidas y aprobadas por el Parlamento en la forma establecida en el artículo 138<sup>23</sup> constitucional (procedimiento de reforma de la

---

<sup>23</sup> “Art. 138.- Las leyes de revisión constitucional y las otras leyes constitucionales son aprobadas por cada una de las Cámaras con dos deliberaciones sucesivas en un intervalo no menor de tres meses, por mayoría absoluta de los integrantes de cada una de las cámaras en la segunda votación.

Estas leyes se someten a referéndum popular cuando. Dentro de los tres meses posteriores a su publicación, lo solicite una quinta parte de los miembros de una Cámara o quinientos mil electores o cinco Consejos regionales- La ley sometida a referéndum no se publica si no es aprobada por la mayoría de los votos válidos.

No ha lugar a referéndum si la ley ha sido aprobada en la segunda votación por cada una de las Cámaras por mayoría de dos tercios de sus integrantes”.

Constitución), o de las que acompañan el texto de la Constitución aunque no sean parte de ella.

Es muy importante señalar que la Corte se ha pronunciado expresamente com el único órgano competente para controlar estos tipos de normas y principios fundamentales previstos en la Constitución, porque de no ser así, según ella misma lo señala:

*“...se llegaría al absurdo de considerar el sistema de garantías constitucionales de la Constitución como defectuoso o no efectivo precisamente con relación a las normas de más elevado valor....”<sup>24</sup>*

Entonces el poder de adoptar normas constitucionales y revisarlas es expresión ya no de un poder constituyente, sino de un poder constituido, el cual debe ejercitarse de conformidad con los límites delineados por el artículo 138 constitucional y aquellos implícitos en la revisión constitucional.

*“.....Tales son tanto los principios que la misma Constitución explícitamente prevé como límites absolutos al poder de revisión constitucional, como la forma de gobierno (art. 139 const.), como los principios que, aunque no se mencionen expresamente entre los que no pueden ser materia del procedimiento de revisión constitucional, pertenecen a la esencia de los valores supremos sobre los cuales se fundamenta la Constitución italiana.....”<sup>25</sup>*

Entonces son objeto de control de la constitucionalidad las leyes de revisión constitucional, las leyes constitucionales, los Estatutos regionales, las leyes ordinarias del Estado, de las regiones y de las Provincias autónomas de Trento y Bolzano, entendidas como leyes en sentido formal, aprobadas por las dos Cámaras, según lo previsto en la Constitución y en los reglamentos

---

<sup>24</sup> Sentencia n. 1146 del 1988., Punto n.2.1. del Considerando de Derecho. Consulta OnLine: <http://www.giurcost.org/decisioni/1988/1146s-88.html>.

<sup>25</sup> *Ibidem.*

parlamentarios y promulgadas por el Presidente de la República independientemente de su contenido.<sup>26</sup>

#### ❖ Estatutos Regionales ordinarios

La revisión constitucional del artículo 123<sup>27</sup> aprobada en 1999, introdujo una ulterior competencia a la Corte consistente en conocer y controlar la constitucionalidad de los Estatutos Regionales en vía directa, por medio de un recurso interpuesto por el gobierno. Sin embargo, esta competencia viene notablemente diferenciada de aquella de la legitimidad de las leyes regionales “ordinarias” en vía directa que se presenta por tanto como una competencia de control sucesivo o a posteriori.

Entonces para el control de la legitimidad constitucional de las leyes estatales y regionales respectivamente, los constituyentes decidieron que mientras las regiones podían impugnar las leyes estatales ya en vigor (control sucesivo), el gobierno tendría el privilegio de someter a juicio de la Corte Constitucional los actos legislativos regionales de primer nivel antes de que fueran promulgados y publicados (control preventivo). Se pensaba que de no ser así, su eficacia dependería de las soluciones que se pudieran dar al complejo problema de la colocación de un Estatuto Regional en el sistema de las fuentes de Derecho y de su relación con las demás fuentes de Derecho.<sup>28</sup>

Al efecto cabe hacer mención de que la naturaleza preventiva del control de legitimidad (para evitar eventualmente los vicios de legitimidad del Estatuto,

---

<sup>26</sup> Cfr. L. Mezzetti et all. *La Giustizia Costituzionale*, CEDAM, Milán 2007. Págs. 152 a 158.

<sup>27</sup> “Art. 123.- Cada Región tiene un estatuto que, en armonía con la Constitución, determina su forma de gobierno y los principios fundamentales de su organización y funcionamiento. El Estatuto regula el ejercicio del derecho de iniciativa y del referéndum sobre leyes y proveídos administrativos de la Región y la publicación de las leyes y de los reglamentos regionales.”

<sup>28</sup> Cfr. Malfatti E., Panizza S., Romboli R. *Giustizia Costituzionale*, 3° Ed, Guiappichelli editor, Turín, 2011.p.150-156

que es el acto que se encuentra en el vértice de las fuentes regionales, que se dirigen a la actividad administrativa y legislativa de la Región)

Por eso la ley constitucional n. 3 del 2001, sobre el viejo texto del artículo 127 constitucional, reguló diversamente la estructura del recurso en vía de acción ante la Corte, con la tendencia al equilibrio entre el legislador nacional con el regional. El vigente artículo 127 prevé que tanto el recurso regional como el recurso interpuesto por el gobierno sean sucesivos a la entrada en vigor de las leyes estatales o regionales impugnadas. Con ello se pretendió dar una mayor autonomía regional, lo cual viene previsto en la sentencia N. 17 del 2002, en donde la Corte afirma que para poder juzgar sobre la legitimidad constitucional de una ley regional es necesario que sea “ésta una ley en sentido estricto”, es decir que esté promulgada y publicada.

El último aspecto a remarcar son los vicios denunciabiles por parte del Estado y por parte de las Regiones, los cuales no son los mismos porque en la propia jurisprudencia anterior a la reforma constitucional del 2001, la Corte precisa que partiendo del contexto sistemático del nuevo artículo 127 constitucional, las Regiones pueden impugnar las leyes del Estado sólo cuando les lesionan su competencia y están previstas constitucionalmente, mientras el Estado puede impugnar las leyes regionales invocando cualquier defecto de constitucionalidad.

En pocas palabras, esto confirma que a pesar de la reforma constitucional del 2001, la ley del Estado continúa teniendo una posición más favorable dentro del orden jurídico y conserva mayor garantía de estabilidad con respecto a las leyes regionales.<sup>29</sup>

---

<sup>29</sup> Cfr. Morrone Andrea, *Il Diritto Costituzionale nella Giurisprudenza*, *Op.Cit.* supra.

## ❖ Actos del Estado con fuerza de ley

La categoría de “actos que tienen fuerza de ley” reenvía cuando menos a los actos de naturaleza legislativa del gobierno, ya que la Constitución atribuye facultades normativas de rango primario al gobierno, de tal manera que éste puede adoptar decretos legislativos y decretos-ley (arts. 76 y 77 constitucionales)<sup>30</sup>, ambos con características especiales. Entonces el decreto-ley sería el acto que tiene fuerza de ley deliberado y aprobado por el gobierno, o por el Consejo de ministros, que tiene una eficacia normativa limitada en el tiempo. Esta facultad no es autónoma, ni ordinaria, pues constitucionalmente está previsto que se requiere la intervención del Parlamento como función de garantía y de legítimo ejercicio del poder gubernativo, junto con una previa ley de delegación sin la cual el gobierno no podría adoptar por ejemplo, los decretos legislativos.

Los decretos-ley se deben adoptar sólo en casos de extrema necesidad y urgencia, razón por la cual tienen una eficacia temporal y deben ser convertidos en leyes formalmente por las Cámaras<sup>31</sup>, si se quisieran mantener en vigor una vez transcurrida su temporalidad, lo cual tiene como efecto un equilibrio entre los órganos constitucionales, pues el Parlamento se vuelve el órgano competente para evaluar la subsistencia de requisitos de necesidad y de urgencia (al momento en que se encarga de la conversión del decreto-ley que el gobierno adoptó bajo su responsabilidad, en una ley formal).

---

<sup>30</sup> Con base en el artículo 77 Const. **Los decretos leyes:** vienen adoptados solo en “casos extraordinarios de necesidad y de urgencia”, no pudiendo ser resueltos mediante el procedimiento legislativo parlamentario, requiriendo a juicio del gobierno, intervenciones rápidas; deben ser presentados a las Cámaras para su conversión el mismo día en que se adoptan y las Cámaras, aunque estuvieran disueltas, se reúnen dentro de los siguientes 5 días; duran sólo 60 días y tienen por lo tanto, una eficacia temporal; si no se convierten en leyes la pierden desde el inicio (*efectos ex tunc*).

<sup>31</sup> *Cfr.* Barbera Fusaro et Fusaro Carlo, *Op. Cit. supra*, cap 5.

En cuanto al procedimiento de delegación legislativa, se trata de un procedimiento complejo dado que presupone al menos dos actos normativos, a saber: 1.- La ley de delegación; y 2.- El decreto legislativo. En este procedimiento participan tanto el Parlamento, como el Gobierno, correspondiendo al primero aprobar la ley de delegación que espera el gobierno para poder aprobar, bajo la base de ésta, el decreto legislativo delegado. Las materias no susceptibles de delegación están establecidas en el artículo 72.4 de la Constitución, entre ellas, el presupuesto y la aprobación de tratados internacionales por el Parlamento.

La ley de delegación tiene la función de conferir sólo al gobierno el poder de adoptar actos con fuerza de ley llamados decretos legislativos, con base en el artículo 76 constitucional, conforme al cual esa ley debe ceñirse a lo siguiente:

- Identificar y definir claramente el objeto de la ley de delegación;
- Establecer las normas generales y los principios de carácter sustancial de la materia que regulará;
- Determinar los criterios directivos, que son las reglas procesales de carácter instrumental para el ejercicio en concreto de las facultades legislativas delegadas; e
- Indicar el término dentro del cual la delegación puede ser ejercitada.

Estos requisitos tienen como función limitar el poder de discrecionalidad del Gobierno para adoptar los decretos legislativos. Sin embargo, a veces la ley de delegación atribuye al Gobierno la facultad de adoptar dentro de un término sucesivo, decretos autocorrectivos con los cuales se modifican los decretos legislativos ya adoptados sobre la base de la misma delegación.

Existen también los reglamentos de “deslegilación”, los cuales adopta el Gobierno previa autorización del Parlamento para sustituir una materia

vigente de rango legislativo con una norma de tipo reglamentario. De hecho, “deslegislar” significa sustituir normas de ley con normas de nivel reglamentario. Por eso los reglamentos de “deslegislación”, si no fueran autorizados por la ley, serían del todo ilegítimos, porque un reglamento no puede abrogar normas contenidas en las leyes, mientras que si lo hace es porque el Parlamento autoriza al gobierno a “deslegislar”.<sup>32</sup>

Las Cámaras facultan al gobierno con la “ley de autorización” preestableciendo las normas reguladoras de la materia que el gobierno debe respetar para poder “deslegislar”. Es decir, la ley de autorización dispone la abrogación de las normas que se encuentran vigentes, es decir la ley autoriza al gobierno a “deslegislar”. La ley misma dispone la abrogación de las normas vigentes, normalmente de rango legislativo, con efectos sólo cuando entra en vigor el reglamento, lo que significa que las normas legislativas permanecen vigentes y la abrogación diferida, porque se abroga la legislación vigente por medio de la ley de autorización, pero sólo desde el momento en que entra en vigor el reglamento. Aquello significa que no es el reglamento el que abroga la legislación porque sería imposible que así fuera, sino es el reglamento que entrando en vigor vuelve posible el efecto abrogativo, pues hasta entonces se realiza la condición suspensiva referida en la ley que ha autorizado la abrogación de las normas vigentes. Lo anterior tiene como límite el estipulado por el artículo 17.2 constitucional que prohíbe la “deslegislación” de las materias que tienen reserva absoluta de ley, no así las de reserva relativa.

---

<sup>32</sup> “Art.17.2 de la ley 400 de 1988 “.....2. Con decreto del presidente de la República, previa deliberación del Consejo de Ministros, escuchado el Consejo de Estado, se emiten los reglamentos para la regulación de las materias no cubiertas por la reserva absoluta de ley prevista por la Constitución, para las cuales las leyes de la República, autorizando el ejercicio de la facultad reglamentaria del gobierno, determinan las normas generales reguladoras de la materia y disponen la abrogación de las normas vigentes, con la consecuente entrada en vigor de las normas reglamentarias.....”.

Estas son las diversas normas generales que pueden ser objeto del control de la constitucionalidad en abstracto, mediante el Juicio de Legitimidad Constitucional y en concreto, en el caso de la Cuestión de Constitucionalidad.

### **Los conflictos de atribución entre los órganos del Estado**

Tradicionalmente en el ámbito de atribuciones de las Cortes Constitucionales se distingue una función **garantista** que tutela los derechos constitucionales de los gobernados y una función **arbitral** que se aplica entre órganos y sujetos titulares de los poderes públicos. Esta función arbitral se proyecta a su vez en un doble plano: *horizontal(subjetivo) o vertical(objetivo)*, según la Corte sea llamada a dirimir **conflictos de atribuciones**, subdivididas respectivamente, entre órganos del Estado, o entre el Estado central y los gobiernos periféricos.

El artículo 37 de la ley 1. 87/1953 establece que el conflicto entre poderes del Estado resuelto por la Corte, surge entre **órganos competentes que declaran en definitiva la voluntad de los poderes a los cuales pertenecen**, de donde es posible distinguir estos **conflictos** de otros conflictos de competencia entre órganos al interior del mismo poder: los primeros se ocupan de los órganos constitucionales superiores, es decir órganos constituidos, cuyos conflictos le son confiados al juicio de la Corte Constitucional como órgano de garantía entre ellos y por la delimitación de la esfera de atribuciones determinada por la misma Constitución, mientras que los segundos, en cambio son aquellos cuya resolución es confiada a los órganos del mismo poder a los que pertenecen, no importando la posición de paridad o superioridad jerárquica entre ellos (p. e., una controversia entre ministros, la que es resuelta por el



Presidente de la Asamblea, o una controversia entre jueces ordinarios, la cual es resulta por la Corte de Casación).

Entonces, al interior del poder legislativo las decisiones relevantes que se toman provienen sea de la Cámara de Diputados o del Senado de la República, aunque también provienen de las comisiones en sede de deliberación, habilitadas para aprobar en vía definitiva las propuestas de ley (art.72.3 constitucional). En cambio, con respecto a la serie de atribuciones de los parlamentarios en lo particular, tales como la iniciativa legislativa, el poder de interrogar e interpelar, el derecho de voto cuando deliberan alguna cuestión, la Corte siempre ha excluido que al parlamentario en lo individual constituya un órgano-poder (sent. 1150 del 1998, sents.443 del 1993, 265 del 1997, 10 y 11 del 2000).

En el ámbito del poder ejecutivo, dada la jerarquía de la administración pública, el rol de vértice le corresponde al Gobierno en su totalidad, en cuanto órgano titular de la dirección política y administrativa, en virtud de la relación de confianza con el Parlamento, pues es el órgano competente para manifestar en vía definitiva la voluntad del Gobierno, el cual sería el Presidente del Consejo de Ministros, a quien corresponde dirigir la política general del Gobierno de la cual es responsable (art.95.1 constitucional)<sup>33</sup>, así como al Ministro del ramo respectivo, por ejemplo, el Ministro de justicia en relación a las competencias de su propio ministerio y a la titularidad de la acción disciplinaria contra los magistrados (arts. 107.2 y 110 constitucionales y sent. 221 del 2004), a excepción de los casos en los que la responsabilidad

---

<sup>33</sup> “ Art. 95.- El Presidente del Consejo de los Ministros dirige la política general del Gobierno de la cual es responsable. Mantiene la unidad de dirección política y administrativa, promoviendo y coordinando la actividad de los Ministros. Los Ministros son responsables colegiadamente de los actos del Consejo de Ministros e individualmente de los actos de sus Ministerios. La ley establece la regulación de la Presidencia del Consejo y determina el número, las atribuciones y la organización de los Ministerios”.

individual por los actos relativos a su Ministerio (art. 95.2) sean hechos valer por las Cámara con moción de desconfianza individual que no impliquen dirección política de todo el Gobierno (como se presentó en el caso del Ministro Mancuso: sent.7 del 1996).<sup>34</sup>

En cuanto al caso del poder jurisdiccional, el asunto es más complejo, no sólo porque en este ámbito pueden venir en consideración junto a los jueces ordinarios, los jueces especiales, sino también porque el orden judicial no está estructurado jerárquicamente. En este ámbito la Corte Constitucional ha acogido una noción amplia de lo que es el poder jurisdiccional, como sería el caso del Tribunal de Cuentas en el ejercicio de la función jurisdiccional contable, por lo que cada juez en el ejercicio de su función, dicta una sentencia que puede volverse definitiva, pudiendo con ello utilizar todo el poder propiamente de la esfera a la que pertenece, configurándose como órgano-poder legitimado en el conflicto. Por consiguiente, la Corte ha admitido la legitimación de los jueces en lo particular para la tutela de la función jurisdiccional, del Ministerio Público, en cuanto al ejercicio de la acción penal (art. 112 constitucional) y del Consejo Superior de la Magistratura italiana, considerado un órgano del Estado en relación con sus atribuciones concernientes a la situación administrativa de los magistrados (sent. 419 de 1995).

En cambio en el plano objetivo, el juicio de la Corte Constitucional concierne no sólo a la legitimidad constitucional del acto legislativo como en el caso de las leyes, sino a la **delimitación de la esfera de atribuciones** constitucionalmente asignadas a los órganos y sujetos constitucionales. Cada

---

<sup>34</sup> Cfr. Morrone Andrea, Op. Cit., supra y Cfr., la sentencia N. 7/1996 de la Corte Constitucional italiana.

tipo de conflicto da lugar a un **juicio de partes** (por exclusiva iniciativa de parte), el cual tiene por objeto determinar:

- La titularidad de la competencia que algún órgano en el conflicto reclama como propia;
- El ilegítimo ejercicio de una competencia por parte de un órgano, el cual debe tener como consecuencia la invalidez del ejercicio de sus atribuciones por un mal uso del poder.

Entonces, la Corte resuelve el conflicto estableciendo en el primer caso, a **quién** corresponde la titularidad de la competencia y en el segundo caso, **cómo** debe ser ejercida ésta.

La asignación de competencias puede ser infringida por **cualquier acto o hecho** realizado por un órgano constitucional, sea comisivo (hacer), o sea omisivo (no hacer), o cuando ha sido emitido un acto formal (por ejemplo, un reglamento, una sentencia etc.) viciado de incompetencia, por lo que la Corte anula al mismo tiempo la declaración sobre la titularidad, o sobre el modo del ejercicio de la atribución en disputa.

En suma, el conflicto presupone un acto, una conducta, una declaración o una omisión de un órgano que lesiona en concreto las atribuciones de otro órgano, por lo que la parte lesionada para poder activar el juicio ante la Corte debe tener un interés para impugnar, es decir, el interés a obtener un pronunciamiento en el fondo de un conflicto constitucional (sents. 462 de 1993 y 49 de 1998).

En los conflictos entre los órganos del Estado, **las partes en el conflicto no están predeterminadas**. La determinación es facultad de la Corte Constitucional, la cual establece en vía preliminar (juicio preventivo de admisibilidad del conflicto) si existe “materia del conflicto” (arts.37.3 y 4

L.87/1953), identificando cuáles son los poderes del Estado (perfil subjetivo) y cuáles son las atribuciones cuya tutela puede ser invocada ante el juez constitucional (perfil objetivo), también aquellas respectivas entre el Estado y las Regiones y entre las mismas Regiones (art. 134 constitucional). Así se tiene que bajo el perfil **objetivo** los conflictos entre poderes tratan de atribuciones determinadas en las **normas constitucionales**, lo cual significa que no cualquier atribución puede estar tutelada frente a la Corte, sino solamente lo estarán las atribuciones constitucionalmente relevantes que estén expresamente previstas en disposiciones constitucionales.

En los conflictos entre Estado y Regiones, o conflictos entre poderes o conflictos interorgánicos, el procedimiento ante la Corte está dividido en dos fases:

- **El juicio preliminar sobre la admisibilidad del conflicto**, en cuya vía sumaria de deliberación la Corte encuentra la existencia de los requisitos subjetivos (que el recurso sea propuesto por un poder), y está dirigido a asegurar si *prima facie*, subsiste la materia del conflicto bajo el perfil subjetivo y objetivo. La ordenanza que declara admisible el conflicto sin embargo, no se refiere al juicio sobre el fondo.
- **El juicio sobre el fondo** (perfil objetivo), mediante el cual se determina la delimitación de atribuciones establecidas por las normas de rango constitucional y el modo de ejercerlas de conformidad con su texto, pasando ahora sí a la substanciación de la que derivará la sentencia en vía definitiva, declarando el poder al cual corresponde las atribuciones en pugna y/o determinando la anticonstitucionalidad del acto o de la omisión.

- ❖ Los conflictos de atribuciones entre el Estado y las Regiones o entre las propias Regiones

Si la Región invade con un acto la esfera de competencias asignada por la Constitución al Estado o a otra Región, los órganos respectivamente interesados pueden interponer el recurso ante la Corte Constitucional para la regulación de la competencia. Igualmente, el recurso puede ser propuesto por la Región cuya esfera de competencia se encuentre invadida por un acto del Estado. El término para la interposición del recurso es de sesenta días contados desde el momento de la publicación del acto (art. 39 L. 87 del 1953).

El Estado y las Regiones pueden recurrir a la tutela de atribuciones constitucionalmente relevantes establecidas no solamente en normas constitucionales, sino también en los Estatutos Regionales, o en decretos legislativos que inciden en los Estatutos de las Regiones especiales, además de los decretos legislativos de transferencia de las funciones del Estado a las Regiones.

Los conflictos no pueden surgir sobre la base de actos legislativos, en cuanto con relación a tales actos el Estado o las Regiones tienen previsto un instrumento distinto (recurso de legitimidad constitucional en vía directa), en el que están previstos un objeto diverso y una decisión con contenido, naturaleza y eficacia diferentes (sent. 314 de 1990).

Excepción hecha de los actos legislativos, cualquier acto es idóneo para determinar la materia del conflicto, siempre y cuando implique una lesión en concreto de atribuciones constitucionalmente relevantes: actos de Gobierno,

actos administrativos, reglamentos, declaraciones, comunicaciones, notas y sentencias.

El procedimiento no prevé un juicio de admisibilidad, pero siempre se inicia con la presentación del recurso por quienes están legitimados (sea por el Estado, el presidente del Consejo o un ministro delegado por él, por la Región, o por el Presidente de la Junta Regional), en el término de 60 días que corren a partir de la notificación, publicación o conocimiento del acto invasor.

El recurso debe indicar cómo surge el conflicto de atribuciones y especificar el acto que está invadiendo la competencia, además se puede considerar necesaria la petición suspensiva del mismo acto (arts. 39.4 e 40 L. 87 del 1953), en los casos en que se recurran al *fumus boni iuris* (expresión con la que se indica que hay al menos la verosimilitud del derecho aunque su existencia deba todavía estar asegurada) y el *periculum in mora* (expresión que indica el riesgo por los tiempos del procedimiento que puedan volver inútil o vana la decisión si no se interviene a título justamente cautelar y oportunamente. La Corte decide con ordenanza sobre la petición suspensiva y con la sentencia sobre el fondo de la controversia, eventualmente anulando el acto invasor o declarando anticonstitucional la omisión.

### **El juicio sobre la acusación del Presidente de la República**

En virtud de la posición y del objetivo que tiene en el ordenamiento constitucional italiano, a la Corte le es atribuida otra facultad consistente en la delicadísima encomienda de juzgar la moción de acusación del Parlamento (en sesión común) por lo que respecta al Presidente de la República, con base en el artículo 90 constitucional. Tal artículo contempla dos tipos de delitos en los

que puede incurrir el Jefe de Estado: el acto de **alta traición** y el **atentado contra la Constitución**. El primero se identifica como una especie de caso de colusión con potencias extranjeras y para el segundo en cambio, se requiere una grave infracción de la carta constitucional que ponga en peligro las características esenciales del ordenamiento y no cualquier acto anticonstitucional, pues de lo contrario, una simple decisión presidencial posteriormente declarada anticonstitucional, podría significar una responsabilidad del Presidente de la República.

Es facultad del Parlamento en sesión común y de la Corte Constitucional, como único juez de los eventuales actos y hechos realizados por el Presidente, la posibilidad de determinar si se ha integrado el tipo penal establecido en el artículo 90 constitucional, mediante un procedimiento de responsabilidad estructurado en dos fases:

La intrínsecamente política en la cual el Parlamento **mete en estado de acusación al Presidente** (en sesión común con voto de la mayoría absoluta) y la jurisdiccional ante la **Corte Constitucional**, la cual para el ejercicio de esta atribución se integra por 16 miembros extraídos de un elenco de 45 nombres establecidos por el mismo Parlamento en sesión común cada 9 años (art. 135.7 constitucional).

La actividad preliminar corresponde a la Comisión Parlamentaria para los procedimientos de acusación, la cual lleva a cabo una serie de investigaciones, las cuales pueden concluir con una determinación que ordene archivar el caso en virtud de que esté manifiestamente infundada la acusación, o por un informe presentado al Parlamento en sesión común, el cual contenga las conclusiones de la Comisión favorables a la acusación. Cuando el acto de

acusación es procedente, por decisión de la Corte Constitucional, el Jefe de Estado puede ser suspendido de su cargo en vía cautelar.

En caso de condena pueden aplicarse las sanciones máximas previstas en la legislación vigente en el momento de la comisión del hecho y podrán ser aplicadas también las sanciones civiles, administrativas y constitucionales (p.e., la destitución), adecuadas al caso.

En pocas palabras, la sentencia emitida es definitiva y no puede ser impugnada de modo alguno, a excepción de la hipótesis de revisión, la cual no trata de un nuevo juicio sobre los mismos hechos, sino sólo sobre la legalidad del mismo, siendo posible la introducción de nuevos elementos susceptibles de probar la inocencia del Presidente, los cuales no fueron considerados inicialmente porque no se conocían entonces (art. 29 L. 20 de 1962).

### **Juicio de admisibilidad del referéndum abrogatorio**

Esta atribución de la Corte y la anterior no corresponden al control de la constitucionalidad, lo cual no debe sorprendernos porque es muy común que a la competencia excluyente de los Tribunales Constitucionales de los sistemas concentrados de control se agreguen atribuciones de legalidad, lo cual explica por qué la competencia de estos órganos jurisdiccionales es excluyente (ningún otro órgano puede conocer de la materia), pero no exclusiva (el Tribunal o la Corte sí pueden conocer de otras materias distintas al control de la constitucionalidad).



En Italia, juristas como Malfatti, Panizza e Romboli afirman que hablar de este juicio significa una “afrenta” a la competencia de la Corte toda vez que en este caso se le asigna una atribución espuria respecto a las otras, por dos motivos:

- a) Se trata de una competencia agregada a la prevista originalmente en el artículo 134 constitucional, derivada de la ley constitucional 1/1953, artículo 2, por lo que no es fruto de una elaboración propia de la Asamblea Constituyente, sino obra del primer Parlamento republicano que decidió ampliar la competencia de la Corte; y
- b) Este juicio conduce a la Corte a un ámbito político que puede dar lugar a dudas sobre la imparcialidad de su función como órgano jurisdiccional.<sup>35</sup>

No obstante, puntos de vista contrarios sostienen que los desarrollos perceptibles de esta estructura de democracia indirecta prevista en el ordenamiento italiano, con base en la cual algunas de las decisiones más relevantes para la vida social e institucional del país han sido confirmadas mediante referéndum, para lo cual ha sido muy relevante la intervención de la Corte Constitucional, ejerciendo una atribución que indebidamente fue excluida de su competencia en sus orígenes y que el constituyente introdujo con el fin de evitar que el Parlamento asumiese el carácter de órgano casi soberano, lo cual se impide con el referéndum abrogativo, en los términos previstos en el artículo 75 constitucional.

El referéndum abrogativo consiste en someter al cuerpo electoral una pregunta para saber **si quiere que sea abrogada alguna ley... o que sea derogada**

---

<sup>35</sup> Cfr. Malfatti E., Panizza S., Romboli R., Giustizia Costituzionale, *Op Cit.*, *supra*, págs. 261 a 290.

**limitadamente**, es decir una de sus partes, que de presentarse este caso, será especificado el artículo, el apartado, la frase o la palabra que se suprimirá.

Visto que el referéndum abrogativo se refiere a un acto de naturaleza legislativa que expresa una dirección política de una mayoría, para solicitarlo se requieren quinientos mil electores o cinco Consejos Regionales, esto a diferencia del caso del referéndum constitucional del artículo 138.2, el cual se establece para otros efectos. El órgano encargado de garantizar la legitimidad del procedimiento es la Oficina Central para el referéndum, perteneciente a la Corte de Casación.

El mecanismo para verificar la admisibilidad de la petición presentada está previsto en las leyes que regulan el procedimiento referendario, es decir, la ley 352/1970 y la ley n.1 constitucional del 11 marzo de 1953, artículo 2. El artículo 72.5 constitucional establece una serie de límites y materias sobre las cuales es inadmisibles los referéndum, como las leyes tributarias, los presupuestos, las leyes de amnistía, las leyes de indulto y aquellas que autoricen la ratificación de los tratados internacionales. La prohibición establecida en este artículo 75.2 no agota los límites, por lo que están identificados otros adicionales derivados de la jurisprudencia de la Corte constitucional (sentencia n. 16 del 1978 en adelante, interpretando el texto (límites implícitos) y el espíritu (límites lógicos) de la Constitución). Entre los otros límites a la admisibilidad del referéndum abrogativo están:

- La Constitución y las leyes formalmente constitucionales;
- Las leyes de contenido constitucionalmente vinculado;
- Las leyes de contenido comunitariamente vinculado;

- Los actos legislativos ordinarios con fuerza pasiva reforzada (por ejemplo., las leyes que modifican el Pacto Lateranense, con la cobertura del artículo 7 constitucional);<sup>36</sup>
- Las leyes relacionadas estrictamente con aquellas que prohíbe el artículo 75.2 constitucional;<sup>37</sup>
- Las leyes obligatorias y necesarias que deben existir en el ordenamiento porque directamente están previstas por la Constitución.

En este último ámbito se coloca la discusión sobre el propósito del **referéndum sobre las leyes electorales** que son leyes necesarias para el funcionamiento de los órganos constitucionales, pero con contenido libre, pudiendo el legislador escoger entre múltiples sistemas de elección. A propósito de ello, la Corte Constitucional ha considerado inadmisibles las peticiones de abrogación total, considerando la eliminación de las leyes electorales en contraste con el principio de continuidad de los órganos constitucionales (el cual impediría su regular renovación y paralizaría el sistema). Sin embargo la Corte ha afirmado que las leyes electorales pueden ser sometidas a referéndum cuando la petición afecta sólo algunas disposiciones (abrogación parcial) y a condición de que la regulación que permanezca después de la abrogación permita de cualquier modo a los órganos constitucionales poder seguir funcionando (autoaplicabilidad de las disposiciones normativas residuales).

---

<sup>36</sup> Sentencia 16/1978 y artículo 7 constitucional *“El Estado y la Iglesia Católica son, cada uno en su propio orden, independientes y soberanos.*

*Sus relaciones están reguladas por los Pactos Lateranenses. Las modificaciones de los Pactos, aceptadas por las dos partes, no requieren procedimiento de revisión constitucional”.*

<sup>37</sup> *“Art. 75.- Se convoca a referéndum popular para aprobar la abrogación total o parcial, de una ley o de un acto que tenga fuerza de ley, cuando lo soliciten quinientos mil electores o cinco Consejos Regionales.*

*No se admite el referéndum para las leyes tributarias e presupuestales, de amnistía y de indulto, ni de autorización para ratificar tratados internacionales”.*

Se concluye de esta manera la revisión de la Corte Constitucional, procediendo ahora hacer referencias a sus sentencias, con lo cual se dará por terminado este capítulo.

### **Las sentencias de la Corte Constitucional y el problema de las sentencias interpretativas**

Con relación a las sentencias que entran al fondo de la cuestión, éstas pueden clasificarse conforme a diversos criterios, empezando por el relativo al éxito del juicio que se promueve, en cuyo caso serán de *aceptación o de rechazo*. En cambio, por lo que respecta a las ordenanzas de inadmisibilidad con las cuales la Corte no entra en el fondo, conviene tratarlas separadamente, ya que en estas decisiones de **rechazo**, la Corte refuta la cuestión de legitimidad, declarándola no fundada, pero no afirma la legitimidad constitucional de la disposición que fue cuestionada, por lo que la misma cuestión podrá ser nuevamente presentada si está mejor motivada o si se replantea el problema de su falta de correspondencia con otro parámetro de control. Inclusive, en los casos en los que la cuestión hubiese estado interpuesta en vía principal, por otra parte nada impediría que pudiera ser interpuesta también en vía incidental.

Dado que el juicio de la Corte es comparativo en el cual se confrontan las normas de ley que se consideran viciadas (objeto de control) y las normas constitucionales que se asumen infringidas (parámetro de control), se aplica el principio de la correspondencia entre pedido y pronunciado, cuya decisión debe estar contenida en los límites de la impugnación.

En cuanto a este tema, las sentencias interpretativas serían una segunda clasificación de las decisiones de fondo, ahora basada en la distinción entre disposiciones y normas. De hecho son aquellas cuya aceptación o rechazo de la cuestión depende de cuál norma entre varias posibles que la Corte conoce, se elige sobre el texto sometido a su examen.

En otras palabras, las sentencias de aceptación tienen un fin general y objetivo (efectos *erga omnes*) que incide directamente sobre el plano de las fuentes del Derecho. Por eso el artículo 136.1 de la constitución establece que cuando la Corte declara la ilegitimidad constitucional, la norma cesa de tener eficacia desde el día siguiente a la publicación de la sentencia, mientras por otro lado, el art. 137.3 constitucional establece el principio de oponibilidad de las decisiones de la Corte Constitucional, las cuales constituyen *res iudicata*, no siendo admitida impugnación alguna en su contra.

Sigue en consecuencia a la sentencia de anticonstitucionalidad que sean reconocidos algunos efectos retroactivos limitados de estas resoluciones (en manera análoga a la institución de anulación que afecta un acto desde su origen), lo cual funciona con relación a las situaciones jurídicas pendientes, pero no vale en cuanto a las que ya se han agotado, por ejemplo:

- En el caso de la **sentencias firmes**;
- En el caso de los derechos extintos por **prescripción**; y
- En el caso de caducidad del ejercicio de un poder que en el sentido de la legislación vigente, ya no puede interponerse o hacerse valer.

En todos estos casos el ordenamiento jurídico tutela antes que nada el valor de la certeza del Derecho ligado a los fenómenos de la cosa juzgada, la prescripción y la caducidad. Además, en los casos de anticonstitucionalidad superviniente, los efectos de la sentencia se retrotraen sólo hasta la entrada en

vigor del nuevo parámetro, visto que la norma originariamente era legítima, cesando de ser tal con la modificación del parámetro de control.

Igualmente existe la hipótesis de la **ilegitimidad consecucional** que incide en las normas afectadas por la que fue declarada anticonstitucional, en tanto normas de aplicación, de reiteración o de ejecución de ella. En algunos casos es la misma Corte la que limita los efectos retroactivos de sus pronunciamientos con el fin de disminuir el impacto grave que pudieran tener en el ordenamiento jurídico. Pese a lo anterior y a diferencia de lo que está previsto en otros ordenamientos, no le está permitido a la Corte Constitucional italiana disponer con respecto a los efectos en el tiempo de sus propias decisiones, sea en el pasado o en el futuro.

En otro orden de ideas y conforme a otros criterios de clasificación, las sentencias de aceptación son también llamadas “**manipulativas**”, o con efecto manipulativo, ya que sólo se declara la anticonstitucionalidad de una parte de la disposición impugnada. El efecto manipulativo se refiere al hecho que produce una real y propia innovación en el sistema normativo, en donde la Corte no se limita a eliminar las disposiciones legislativas sometidas a su conocimiento, sino las transforma, las adecua, o en su caso las integra. Los estudiosos italianos dicen que este tipo de sentencias han causado algunas veces dificultades sea en las relaciones entre la Corte y la magistratura en cuanto a la interpretación de las leyes y también en las relaciones entre la Corte y el Parlamento, porque la Corte parece proponerse como suplente del legislador, puesto que cualquiera que sea su decisión, ésta contiene un *quid* de innovación, por tanto el problema se puede presentar no sólo con referencia a la calidad de las sentencias, sino también a la calidad de la actividad creadora

de la misma Corte Constitucional. Entre estas sentencias se distinguen las siguientes:

#### ❖ **Sentencias de aceptación reductivas**

Son aquellas en las que la Corte resuelve declarando ilegítima una parte de una disposición, o uno de los posibles significados (normas) obtenidos de ella. La Corte en el primer caso, reduce el texto de una prescripción normativa limitadamente a determinadas palabras o párrafos de un artículo para ser manipulado el texto de ley. En el segundo en cambio, dado que la disposición es susceptible de más de una interpretación y dichas interpretaciones pueden ser recabadas de más normas, la Corte declara en este caso ilegítima sólo una de estas normas y así el texto viene reducido en el número de las interpretaciones posibles y la manipulación opera entonces sobre las normas que pueden extraerse del texto, eliminando sólo una norma específica.

#### ❖ **Sentencias sustitutivas**

Constituyen una hipótesis intermedia entre las reductivas y las aditivas en cuanto a que la Corte declara ilegítima una cierta norma que viene eliminada (como en las parciales) y al mismo tiempo la sustituye con otra norma que se localiza en la sentencia y se agrega al texto (como en las aditivas). Aquí la Corte manipula el texto de ley cancelando el significado anticonstitucional y agregando uno nuevo, legítimo, colmando el vacío que de otro modo tendría que determinarse.

#### ❖ **Sentencias aditivas**

Son aquellas resoluciones en las que se declara ilegítima una disposición en la parte *que no se prevé* una cierta norma cuya existencia es necesaria para respetar la Constitución y que viene agregada al texto por la sentencia de la misma Corte. En todos estos casos la Corte se encarga de las omisiones del legislador, declarando anticonstitucional las disposiciones impugnadas –en la parte en que se omite proveer-. Conviene señalar que la Corte está consciente de que con las sentencias aditivas se puede invadir un espacio reservado al legislador.

#### ❖ Sentencias aditivas de principios

La sentencia aditiva de principios se emite con el fin de evitar el grave impacto a veces derivado de las sentencias aditivas. Este tipo de sentencias por ejemplo en materia presupuestal, no evita una declaratoria inmediata de anticonstitucionalidad de una omisión legislativa. Sin embargo, se limita a indicar los principios a los cuales el legislador deberá atenerse en la producción normativa que esté conforme a la Constitución, de tal manera que al hacerlo así, podrá libremente graduar su intervención y encontrar nuevos recursos con el fin de mitigar el impacto citado sobre las finanzas públicas que se ocasionaría en este ejemplo que hemos tomado.

Este tipo de decisiones mitiga o reduce los efectos de las sentencias aditivas simples. La Corte se encargó ya de este tema para limitar el riesgo de tocar las prerrogativas del Parlamento. Las aditivas de principios precisamente se limitan a identificar el principio general con base en el cual se rige determinada materia, por lo que no se impone una legislación específica,



inmediatamente aplicable, sino se deja al legislador la posibilidad de escoger cómo aplicar aquel principio.

### ❖ **Las sentencias de advertencia**

Se puede agregar más allá de las posibles clasificaciones que hay, aquellas en que la Corte algunas veces utiliza las motivaciones de sus decisiones como una especie de diálogo con el legislador, con el fin de éste incluya sugerencias más o menos explícitas de la Corte que si bien no se especifican en las resoluciones, por lo menos se tomen como criterios con base en los cuales se elaboren las leyes. Con esta clase de sentencias la Corte se limita a detectar perfiles de anticonstitucionalidad de la normativa impugnada e incita a que el legislador intervenga para eliminarlos, sin indicar no obstante, algún principio que deba cumplir.

Estas sentencias “advertencia” no tienen un valor vinculante frente al legislador, quien tiene la libertad de seguirlas o no, aunque por la autoridad de la Corte Constitucional resulta difícil ignorarlas. A veces la Corte puede indicar al legislador los criterios a seguir (sentencias decálogo), las cuales no tendrán inmediatamente una autónoma aplicación, como los principios de las aditivas de principios. A menudo las **sentencias “advertencia”** asumen la configuración de sentencias de **legitimidad provisional**, con las cuales la Corte rechaza la cuestión y dirige una advertencia al legislador para que elimine los elementos de anticonstitucionalidad, precisando sin embargo, la condición para que no se pronuncie la anticonstitucionalidad, la cual consiste en el respeto de la “advertencia” incluida en la sentencia.

Hasta aquí dejaremos el estudio del sistema italiano de control de la constitucionalidad, procediendo ahora a su comparación con el nuestro.

### CAPÍTULO TERCERO

## ESTUDIO COMPARADO ENTRE EL SISTEMA MEXICANO Y EL SISTEMA ITALIANO DE CONTROL DE LA CONSTITUCIONALIDAD

En este capítulo se presenta el estudio comparado entre los dos sistemas de control de la constitucionalidad que son materia de esta tesis, es decir, el sistema mexicano y el sistema italiano. Para realizar este análisis conforme al método comparado, abordaremos diversos aspectos estructurales conforme a lo que sugiere el siguiente autor:

*“Cualquier sistema de control de la constitucionalidad se integra por los siguientes elementos:*

- a) El órgano o los órganos de control de la constitucionalidad;*
- b) El recurso o los recursos de control;*
- c) Los procedimientos para aplicar los medios de control;*
- d) Las normas relativas a la forma de tomar las decisiones en la materia;*
- y*
- e) Los efectos de las resoluciones del órgano o de los órganos de control.*

*Estos cinco elementos podrían reducirse a los tres primeros, porque los señalados en los incisos d) y e) forman parte de los procedimientos y procesos de control de la constitucionalidad. Sin embargo, por su importancia suelen analizarse por separado para estar en condiciones de revisarlos con mayor claridad. Esto puede entenderse fácilmente si se les compara con otros aspectos procesales ordinarios relativos, por ejemplo, a los requisitos que debe cumplir el escrito de demanda, a los plazos para interponer los recursos de control, a los períodos de presentación de las pruebas, o a los términos para emitir las sentencias”.*<sup>38</sup>

Seguiremos un orden parecido para la realización de este estudio comparado, aunque reagrupando estos apartados de la siguiente manera: 1.- Los órganos de control; 2.- Los recursos de control, los aspectos procesales más importantes de cada uno y los efectos de las sentencias de los órganos de

---

<sup>38</sup> Miguel Covián Andrade, “Fundamentos teóricos del control de la constitucionalidad”, CEDIPC, México, 2010, págs. 47 y 48.

control, en general; y 3.- El control concreto de las normas generales y la protección de los derechos fundamentales en cada sistema, en particular.

La comparación entre estos sistemas de control de la constitucionalidad se basará en los elementos estructurales que existen en ambos, señalando además, cuáles de los que existen en Italia podrían establecerse en México.

### **PRIMER APARTADO**

#### **El órgano o los órganos de control**

El Poder Judicial Federal en México se deposita en diferentes tribunales competentes para ejercer esta atribución, los cuales son básicamente los siguientes:

- 1) Suprema Corte de Justicia de la Nación
- 2) Tribunales Colegiados de Circuito
- 3) Tribunales Unitarios de Circuito
- 4) Juzgados de Distrito y
- 5) Tribunal Electoral del Poder Judicial de la Federación<sup>39</sup>

Entre la Suprema Corte de Justicia, los Tribunales Colegiados de Circuito y los Juzgados de Distrito estaba distribuida la substanciación de los juicios de Amparo y de las incipientes controversias constitucionales o "litigios constitucionales" previstas en el antiguo artículo 105, con las cuales de acuerdo con la Constitución mexicana, se integraba nuestro sistema de control de constitucionalidad hasta 1994.

Como resultado de la reforma de 1995, respecto a los tribunales que ahora ejercen el control de constitucionalidad, es posible distinguir dos casos: el de

---

<sup>39</sup> Adicionalmente se prevé la existencia del Jurado Popular, de Tribunales auxiliares y de Salas Regionales en materia electoral, además del Consejo de la Judicatura Federal.

los Juzgados de Distrito, Tribunales Colegiados de Circuito y Unitarios de Circuito, por una parte y el Tribunal Electoral, por la otra. En cuanto al primer grupo, prácticamente no se produjeron cambios de fondo como resultado de la reforma en materia de control de constitucionalidad. La excepción fue la asignación de facultades a los Tribunales Unitarios de Circuito para intervenir en ciertos casos en el juicio de Amparo.<sup>40</sup> Por lo que respecta al otro tribunal, cabe decir que con la reforma de 1996 en materia electoral, el Tribunal Federal Electoral fue reestructurado e incorporado a este poder.

En cuanto a las reformas de 1995 y 1996 al Poder Judicial Federal puede decirse que las competencias del gobierno y su administración que hasta antes correspondía ejercer a la Suprema Corte, entre los cuales destacan la función de vigilancia y supervisión de los Tribunales Federales, la promoción y reubicación de jueces y magistrados, la apertura de tribunales y la distribución de circuitos en toda la República fueron asignadas al Consejo de la Judicatura Federal, órgano que se integró al Poder Judicial con el propósito de disminuir la carga de trabajo administrativa de los ministros.

La atención en cuanto a lo que nos ocupa debe concentrarse en la Suprema Corte de Justicia de la Nación, a la cual muchos estudiosos le asignan indebidamente la calidad de Tribunal Constitucional. Compararemos dos aspectos centrales entre México e Italia, en cuanto a los requisitos para formar parte de los órganos de control supremos o únicos y al procedimiento de su designación.

En México, estos aspectos están regulados en los artículos 95 y 96 de la constitución federal en estos términos:

---

<sup>40</sup> Covián Andrade Miguel, "El control de la constitucionalidad en el Derecho comparado", CEDIPC, México 2001 pp. 221-223

**“Artículo 95.** Para ser electo ministro de la Suprema Corte de Justicia de la Nación, se necesita:

**I.** Ser ciudadano mexicano por nacimiento, en pleno ejercicio de sus derechos políticos y civiles.

**II.** Tener cuando menos treinta y cinco años cumplidos el día de la designación;

**III.** Poseer el día de la designación, con antigüedad mínima de diez años, título profesional de licenciado en derecho, expedido por autoridad o institución legalmente facultada para ello;

**IV.** Gozar de buena reputación y no haber sido condenado por delito que amerite pena corporal de más de un año de prisión; pero si se tratare de robo, fraude, falsificación, abuso de confianza y otro que lastime seriamente la buena fama en el concepto público, inhabilitará para el cargo, cualquiera que haya sido la pena.

**V.** Haber residido en el país durante los dos años anteriores al día de la designación; y

**VI.** No haber sido Secretario de Estado, Procurador General de la República o de Justicia del Distrito Federal, senador, diputado federal ni gobernador de algún Estado o Jefe del Distrito Federal, durante el año previo al día de su nombramiento.

Los nombramientos de los Ministros deberán recaer preferentemente entre aquellas personas que hayan servido con eficiencia, capacidad y probidad en la impartición de justicia o que se hayan distinguido por su honorabilidad, competencia y antecedentes profesionales en el ejercicio de la actividad jurídica.”

**“Artículo 96.** Para nombrar a los Ministros de la Suprema Corte de Justicia, el Presidente de la República someterá una terna a consideración del Senado, el cual, previa comparecencia de las personas propuestas, designará al Ministro que deba cubrir la vacante. La designación se hará por el voto de las dos terceras partes de los miembros del Senado presentes, dentro del improrrogable plazo de treinta días. Si el Senado no resolviere dentro de dicho plazo, ocupará el cargo de Ministro la persona que, dentro de dicha terna, designe el Presidente de la República.

En caso de que la Cámara de Senadores rechace la totalidad de la terna propuesta, el Presidente de la República someterá una nueva, en los términos del párrafo anterior. Si esta segunda terna fuera rechazada, ocupará el cargo la persona que dentro de dicha terna, designe el Presidente de la República.”

En Italia, en cambio, como hemos visto, existe un sistema concentrado de control de la constitucionalidad, competencia que se asigna de manera excluyente, aunque no exclusiva, a la Corte Constitucional, de conformidad con los siguientes elementos:

Se conforma por 15 jueces que son elegidos de la siguiente forma:

- Un tercio por el Parlamento en asamblea común;
- Un tercio por el Presidente de la República;
- Un tercio por la magistratura suprema ordinaria y administrativa.

Todos los jueces constitucionales son escogidos entre los magistrados de las jurisdicciones ordinarias superiores y administrativas, inclusive aquellos que están ya retirados, así como también entre los profesores de las universidades con disciplinas jurídicas y entre los abogados con ejercicio profesional de al menos 20 años (art.135.2).

El mandato de los jueces constitucionales tiene una duración de 9 años sin reelección (art 135.3 y 4). El Presidente de la Corte es elegido de entre los mismos miembros de la Corte por 3 años y puede reelegirse (art. 135.5), lo cual sólo ha acontecido tres veces en los casos de: Gaspere Ambrosini (1962-1967), Leopoldo Elia (1981-1985) e Francesco Saja (1987-1990).<sup>41</sup> En cuanto a su *status* de juez constitucional, la constitución establece que dicho nombramiento es incompatible con algún cargo en el Parlamento del consejo regional, con la profesión forense o con cualquier otro cargo u oficio señalados en la ley (art. 135.6). La garantía de independencia, la inmunidad y las prerrogativas de los jueces de la Corte son equiparadas en lo sustancial con las que gozan los miembros del Parlamento.

*“Art. 135.- El Tribunal constitucional estará compuesto de quince jueces nombrados en un tercio por el Presidente de la República, en otro tercio por el Parlamento en sesión conjunta y en el tercio restante por las supremas*

---

<sup>41</sup> BARBERA Fusaro et FUSARO Carlo, *op. cit. supra* p.420

*magistraturas ordinaria y administrativas. Los magistrados del Tribunal constitucional serán escogidos entre los magistrados, incluso los jubilados, de las jurisdicciones superiores ordinaria y administrativas, los profesores catedráticos de Universidad en disciplinas jurídicas y los abogados con más de veinte años de ejercicio profesional.*

*Los magistrados del Tribunal constitucional serán nombrados por nueve años, que empezarán a correr para cada uno de ellos desde el día del juramento, y no podrán ser nuevamente designados. A la expiración de su mandato, el magistrado constitucional cesará en su cargo y en el ejercicio de sus funciones.*

*El Tribunal elegirá entre sus componentes, con arreglo a lo dispuesto por las normas establecidas por la ley, a su Presidente, quien permanecerá en el cargo por un trienio y será reelegible, sin perjuicio en todo caso de los términos de expiración del cargo de juez.*

*El cargo de magistrado del Tribunal será incompatible con el de miembro del Parlamento, de un Consejo Regional, con el ejercicio de la profesión de abogado y con cualquier cargo y puesto determinados por la ley.*

*En el juicio de acusación contra el Presidente de la República intervendrán, además de los magistrados ordinarios del Tribunal, dieciséis miembros elegidos a la suerte de una lista de ciudadanos que reúnan los requisitos para ser elegidos senadores y que el Parlamento designará cada nueve años mediante elección con las mismas formalidades que las establecidas para el nombramiento de los magistrados ordinarios.”*

Según los elementos anteriores, se puede llegar a las siguientes conclusiones en cuanto a este aspecto estructural, es decir, al órgano o a los órganos de control de la constitucionalidad y a la manera de nombrar a sus integrantes.

## **México**

- 1.- Sistema difuso de control, con incrustaciones del sistema concentrado;
- 2.- La Suprema Corte se integra por once Ministros y es un órgano de última instancia, o a veces instancia única en materia de control de la constitucionalidad, pero en todo caso, no concentra en su competencia el

ejercicio excluyente de esta potestad;

3.- Los candidatos a Ministros de la Suprema Corte no deben reunir ningún requisito especial en lo relativo a su conocimiento de esta materia, ni a su capacitación en el área, salvo el de ser licenciados en Derecho con diez años de antigüedad;

4.- Todos provienen del mismo órgano (Presidente de la República) y son aprobados por la Cámara de Senadores, lo cual no permite un equilibrio entre los órganos que podrían intervenir en su designación y compromete por lo tanto, su imparcialidad al depender todos de la voluntad de quien los propone para llegar al cargo; y

5.- No existe en nuestro país un órgano altamente especializado en la materia, ni exento de la influencia de quien propone a sus integrantes, lo cual resulta determinante en ciertos casos en los que llega a tener interés político o jurídico.

## **Italia**

1.- Sistema claramente concentrado, si bien algunas interpretaciones de ciertos especialistas se refieren a la existencia de elementos estructurales del sistema difuso, como en el caso de la “cuestión de anticonstitucionalidad”, recurso al que nos referiremos más adelante;



2.- La Corte Constitucional se integra por 15 Jueces y es órgano único en materia de control de la constitucionalidad, por lo que concentra esta competencia en su esfera de atribuciones de manera excluyente;

3.- Los Jueces Constitucionales poseen una amplia experiencia jurisdiccional y un profundo conocimiento teórico sobre la materia (Jueces de las judicaturas superiores, profesores universitarios, abogados con veinte años de ejercicio profesional);

4.- Su designación es equilibrada, toda vez que son designados por tercios por el Parlamento en asamblea común, el Jefe de Estado y la magistratura superior ordinaria y administrativa; y

5.- Además de su especialización, estos Jueces Constitucionales tienen mayor independencia que la de los Ministros de nuestro país porque no todos están comprometidos con el mismo órgano que intervino para su propuesta y para su designación.

## **SEGUNDO APARTADO**

### **Los recursos de control y los aspectos procesales más importantes para su aplicación**

En este apartado realizaremos un estudio comparado de los recursos o medios de control de la constitucionalidad de los sistemas mexicano e italiano. Al efecto, nos basaremos en los que existen en México, para encontrar de ser el

caso, su equivalente en Italia, procediendo después a revisar los que existen en este país y no tenemos en el nuestro.

### **El control abstracto de la constitucionalidad de las normas generales**

En México este medio de control se estableció en 1995 y se denomina “acción de inconstitucionalidad”. Está previsto en el artículo 105, fracción II de la Constitución, el cual puede resumirse en estos términos:

- a) El recurso se tramita ante la Suprema Corte de Justicia de la Nación, instancia única para resolverlo, actuando en Pleno;***
- b) Los sujetos autorizados para interponer el recurso son el 33% de los miembros del órgano que expide la ley o el tratado internacional que se impugna; el procurador general de la República en contra de cualesquiera leyes, o de cualquier tratado; las dirigencias de los partidos políticos nacionales en contra de leyes electorales federales y locales y las dirigencias de los partidos políticos locales en contra de leyes electorales de aplicación en la entidad federativa correspondiente; y las Comisiones de Derechos Humanos en contra de leyes de la materia, la Nacional tratándose de leyes federales o locales y las Comisiones de cada entidad federativa en contra de la ley respectiva;***
- c) La decisión que se cuestiona puede ser una ley o un tratado internacional<sup>42</sup>, solamente;***

---

<sup>42</sup> La Suprema Corte ha establecido que este recurso también es procedente en contra de las modificaciones a las constituciones locales, pero no en cuanto a la revisión de la constitución federal, según lo dispone la Ley de Amparo vigente en su artículo 61, fracción. I, para el caso del Juicio de Amparo.

- d) El contenido de la ley o del tratado internacional puede referirse a cualquier materia, toda vez que en la Constitución no se hace ninguna salvedad;**
- e) El recurso debe interponerse dentro de los treinta días naturales posteriores a la publicación del acto;**
- f) El recurso es admitido sólo si se han empleado previamente todos los medios de defensa previstos en las leyes, si los hubiera;**
- g) Para anular los efectos de la ley o del tratado que se impugna se requieren ocho votos de los once ministros que integran la suprema corte de justicia de la Nación, porque los efectos de la sentencia tienen que ser generales, de manera que si no se obtiene esa votación, la norma general no se anula y se puede seguir aplicando; y**
- h) La sentencia de la Suprema Corte de Justicia de la Nación no admite recurso en su contra<sup>43</sup>.**

En Italia este medio de control de la constitucionalidad se denomina Juicio de Legitimidad Constitucional y su estructura puede resumirse en estos términos:

- a) En este recurso se observa que quienes lo diseñaron pretendieron delimitar la vía de acceso ante la Corte a dos tipos de actores o sujetos facultados para interponerlo, es decir, el Estado y las Regiones, excluyendo así a cualquier otro sujeto;**
- b) El objeto del control son las normas señaladas en el artículo 134 constitucional (leyes y actos con fuerza de ley del Estado y/o de las Regiones), es decir, actos de naturaleza legislativa o materialmente legislativos, como las leyes, incluidas las de revisión constitucional, los Estatutos Regionales, los Decretos-Ley y los Reglamentos;**

---

<sup>43</sup> En el caso de este medio de control de la constitucionalidad, en la ley reglamentaria de las fracciones I y II del artículo 105 constitucional están previstos los siguientes recursos dentro del juicio correspondiente, pero no en contra de la sentencia: reclamación y queja (arts. 51 y 55 de la ley reglamentaria de las fracciones I y II del artículo 105 constitucional).

- c) *El recurso se interpone en vía directa o de acción, toda vez que es control abstracto de las normas generales y la sentencia se emite por mayoría absoluta de votos;*
- d) *Existe el “recurso prejudicial” el cual es utilizado por la Corte Constitucional cuando tiene duda en cuanto al significado de alguna norma europea o sobre la posible incompatibilidad entre ambos derechos (nacional e internacional), caso en el cual se vale de este mecanismo llamado “reenvío prejudicial”, y suspende el juicio interno para solicitar a la Corte de Justicia de Luxemburgo (de la Unión Europea) que se pronuncie sobre el contenido del ordenamiento europeo con la exacta aplicación de la norma en cuestión;*
- e) *La Sentencia que declara anticonstitucional una norma general la expulsa del sistema jurídico, es decir, tiene efectos generales; y*
- f) *Las sentencias de la Corte Constitucional no admite recurso alguno en su contra.*

#### *Análisis comparativo*

##### **❖ *Sujetos legitimados para interponer el recurso***

Como puede advertirse, la estructura de este recurso es técnicamente mejor en Italia que en México. En efecto, las deficiencias principales de la “acción de inconstitucionalidad” mexicana saltan a la vista desde la denominación misma de este medio de control.

*“En efecto, la “acción” es el mecanismo procesal para interponer el recurso, de tal manera que tanto tratándose de este medio de control, como de las “controversias constitucionales”, la demanda respectiva se presenta mediante una acción en términos procesales. Recordemos que en los procedimientos que se aplican en los diferentes sistemas de control de la constitucionalidad pueden*

*interponerse los recursos en forma de “acción” ( vía “directa”), o de “excepción” (vía “incidental” o “indirecta”)*<sup>44</sup>

Este medio de control se ejerce en ambos sistemas de manera “directa” o en vía de “acción”, lo cual no significa que se deba llamar de esta forma. Se trata del “control abstracto” de las normas generales y puede denominarse “recurso de anticonstitucionalidad en abstracto” (Alemania, España), o “Juicio de Legitimidad Constitucional”, como en Italia. Lo importante es que en ninguno de esos países se le denomina “acción” porque no se confunde el medio de control en su integridad estructural con el aspecto procesal relativo a la vía para interponerlo.

Otro aspecto importante es el que se refiere a los sujetos autorizados por las leyes para iniciar este Juicio Constitucional. En México, como sabemos, se comete un triple error en esta materia, consistente en:

- a) Limitar la intervención a un 33% de los integrantes del órgano que expidió la ley o aprobó el tratado internacional;**
- b) Constreñir la posibilidad de interponer el recurso en contra de las leyes electorales o sobre Derechos Humanos, a los Partidos Políticos y a las Comisiones protectoras de éstos<sup>45</sup>; y**
- c) Conceder una amplia intervención a favor del Procurador General de la República, el cual puede impugnar cualquier ley o tratado.**

Es conveniente señalar que a la distancia de dieciocho años, cobra relevancia lo señalado oportunamente por uno de los primeros estudiosos de este tema en nuestro país, en el sentido de que este aspecto que nos ocupa fue diseñado

---

<sup>44</sup> Miguel Covián Andrade, “La Suprema Corte y el Control de la Constitucionalidad (Diez años de fallas e imprecisiones), CEDIPC, México, 2005, pág. 195.

<sup>45</sup> En esta materia la Suprema Corte tuvo que salvar esta limitación estableciendo criterios jurisprudenciales según los cuales, también el 33% de los legisladores del órgano legislativo que expide las leyes electorales puede impugnarlas.

erróneamente porque se pensó que los nuevos recursos (“acciones” y “controversias”) eran “parientes del Juicio de Amparo” y por ende, este aspecto estructural que nos ocupa se planeó sobre la base del “interés jurídico”, lo cual revela por qué sólo los miembros del órgano que expidió la ley o autorizó el tratado debían impugnarlo y por qué en materia electoral y de Derechos Humanos, sólo debían tener autorización o legitimación los órganos encargados de estos aspectos de conformidad con su competencia.

*“Recordemos además que como consecuencia de la “amparización” del proyecto aprobado y del sistema actual, la autorización para interponer este recurso se limitó absurdamente a los miembros del congreso o de la asamblea que expide la ley o que aprueba el tratado internacional, bajo la idea de que “sólo ellos tendrían interés jurídico para cuestionar la constitucionalidad de la norma general correspondiente”. ”<sup>46</sup>*

En este mismo tenor, pero ahora con relación a la intervención del Procurador General, se han tratado de dar diversas explicaciones, siendo necesario recordar una sumamente curiosa del ex Ministro Juventino Castro y Castro, el cual la justifica bajo el argumento de que se trata de un “destacado opinante sobre la constitucionalidad y un supervigilante del Pacto Federal”<sup>47</sup>

Consideramos que el motivo de esta inclusión errónea es otro y coincidimos con los siguientes criterios.

*“No debe olvidarse tampoco que otra prueba de la “amparización” de este medio de control y en general del sistema, consiste en la amplia intervención que se le confiere al procurador general de la República para intervenir tratándose de las controversias constitucionales y de las acciones de inconstitucionalidad, conforme a lo establecido en el artículo 102-A y para interponer la acción de inconstitucionalidad, según el artículo 105, inciso c), ambos de la constitución, en los siguientes términos:*

<sup>46</sup> Miguel Covián Andrade, “La Suprema Corte y el Control.....”, *op. cit.*, pág.198.

<sup>47</sup> Cfr. Juventino Castro y Castro, “El art. 105 constitucional”, editorial Porrúa, cuarta edición, México, 2001, páginas 125 y siguientes.

- a) *Artículo 102-A.- “El Procurador General de la República intervendrá personalmente en las controversias y acciones a que se refiere el artículo 105 de esta constitución”*; y
- b) *Artículo 105, inciso c).- “El Procurador General de la República en contra de leyes de carácter federal, estatal y del Distrito Federal, así como de tratados internacionales celebrados por el Estado Mexicano”*.

*El procurador no debe tener ninguna intervención en esta materia, ni siquiera para interponer la “acción de inconstitucionalidad”, sencillamente porque es parte estructural de un órgano constituido que es el gobierno federal. Es obvio que los autores del proyecto.....pensaron y piensan que estas normas constitucionales son correctas porque “si este funcionario participa en todos los juicios de Amparo – lo cual desde luego, es acertado --, también debe hacerlo en el caso de estos otros de medios de control de la constitucionalidad”<sup>48</sup>*

En efecto, nuevamente está claro que la “amparización” de este recurso de control desde que se diseñó y cuando se ha modificado, ha prevalecido desde la reforma de 1995 hasta la fecha. A esto se debe que equivocadamente se le dé legitimación al Procurador General de la República para interponer el recurso de anticonstitucionalidad en nuestro país.

En cambio, en Italia se autoriza a los órganos constituidos del Estado y de las Regiones para iniciar el Juicio de Legitimidad Constitucional, sin constreñir esta titularidad a un porcentaje de integrantes del órgano constituido que expidió la norma general, ni incluir a dependencias o entidades que forman parte de uno de esos órganos constituidos, como ocurre indebidamente en nuestro país (Procurador General de la República).

Esto es lo correcto, en virtud de que se trata del control abstracto de las normas generales y por ende, no es necesario acreditar un “interés jurídico directo”, ni un “agravio personal” para interponer el recurso (33% del órgano

---

<sup>48</sup> Miguel Covián Andrade, *op. Cit.* Pàgs. 199 y 200.

que aprobó la ley o el tratado), como tampoco de autorizar a un “representante social” o “vigilante del Pacto Federal” para hacerlo (Procurador).

En Italia están legitimados los órganos constituidos nacionales o locales, estructura adecuada para este recurso porque así como las normas jurídicas son generales y abstractas, de igual manera es una “generalidad” de sujetos de Derecho la que debe tener oportunidad de poner en duda su constitucionalidad, sin necesidad de esperar a que se apliquen a un caso concreto, sino requiriendo su revisión en “abstracto”, es decir, para controvertir su posible contradicción con la constitución por sí misma.

Igualmente, es correcto la exclusión de áreas o dependencias de estos poderes porque como se ha establecido en los sistemas concentrados de control de la constitucionalidad europeos desde hace mucho tiempo (Alemania, España, etc., etc.), los únicos actores posibles en estos juicios constitucionales son los órganos constituidos y los órganos auxiliares (organismos constitucionales autónomos en nuestro país), a los cuales se asigna una competencia en la constitución, por lo que resulta absurdo introducir a los titulares de las dependencias o entidades pertenecientes a estos órganos como partes en estos procesos.

#### ❖ ***Objeto o materia del recurso***

En cuanto a este aspecto, lo primero que se percibe en el caso de nuestro país, en la fracción II del artículo 105 constitucional, es que los únicos actos cuya constitucionalidad puede verificarse por la Suprema Corte son las leyes y los tratados internacionales. No obstante, en su encabezado se hace referencia a



“normas de carácter general”, mientras que en sus incisos se omite la mención de los reglamentos (autónomos y subordinados, artículos 21 y 89, fracción I de la Constitución Federal) que son sin duda, normas de carácter general. Es así como aparece la primera deficiencia, como si las únicas normas generales que existieran fueran las leyes y los tratados internacionales. Esta circunstancia deja fuera del control de la constitucionalidad a diversas normas de carácter general, como son los reglamentos mencionados, los cuales no pueden ser impugnados en vía de “acción de inconstitucionalidad”, sino únicamente por medio del Juicio de Amparo, pero no para anularlos en definitiva, sino sólo con alcances relativos, así como por medio de las “controversias constitucionales”, pero con muchas limitaciones para eliminarlos con efectos generales, según lo veremos más adelante.

No menos evidente es el caso de otras normas generales que tampoco están sujetas a control de la constitucionalidad, tales como las contenidas en los decretos de reforma constitucional, a lo cual se ha negado sistemáticamente la Suprema Corte y ahora se ha establecido expresamente en el artículo 61, fracción I de la Ley de Amparo, como caso de improcedencia de este Juicio. Lo anterior resulta contradictorio, toda vez que sí se admite la interposición de este recurso de control en contra de las *Constituciones Locales* y del *Estatuto de gobierno del Distrito Federal*, por lo que es evidente la incongruencia de los diversos incisos señalados en la fracción II del artículo 105, con el rubro de esta parte del mismo artículo en cuanto a la posible contradicción entre una norma de carácter general y la Constitución, limitándose este supuesto jurídico indebidamente, al caso de las leyes y de los tratados internacionales.

Como sabemos, además de estas normas generales, tienen esa misma naturaleza y deberían estar sujetas a control de la constitucionalidad en abstracto mediante este recurso, las siguientes normas generales contenidas en los ordenamientos que a continuación se mencionan:

- a) Los Decretos de Reformas y Adiciones a la Constitución de la República;
- b) Los Reglamentos administrativos “subordinados” a las leyes federales y locales (facultad reglamentaria de los gobiernos) y los autónomos (competencia de los ayuntamientos o de cualquier otro órgano); y
- c) Los Decretos con fuerza de Ley que en ciertos casos pueden ser emitidos por el Gobierno en uso de facultades extraordinarias (art. 29 de la Constitución Federal), cuya constitucionalidad se examina de oficio por la Suprema Corte.

❖ ***Votación para emitir la sentencia y efectos de la misma***

En este aspecto, en el caso de México existen fallas tan evidentes que resulta suficiente resumirlas de esta manera:

*“En cuanto a la votación para adoptar las resoluciones sobre la anticonstitucionalidad de una ley o de un tratado internacional, se cometió el mismo error que señalamos tratándose de las controversias constitucionales. La propuesta inicial absurda, consistente en la exigencia de 9 votos para declarar anticonstitucional una ley o un tratado internacional, fue substituida por la disposición errónea vigente, conforme a la cual se requieren 8 votos para este efecto. De esta manera, si estas normas generales son consideradas anticonstitucionales por 6 o por 7 ministros, en cualquier caso seguirán aplicándose, seguramente por no haber sido consideradas ¡“suficientemente*

*anticonstitucionales”!, lo cual demuestra que lo anticonstitucional ¡“tiene grados y matices”!, según los autores de este proyecto.....”<sup>49</sup>*

En suma, es innegable que deben corregirse estos aspectos y todas las deficiencias señaladas en cuanto a este recurso previsto en el artículo 105, fracción I de nuestra Constitución, de conformidad con lo que proponemos en el siguiente capítulo.

### **Los conflictos entre los órganos constituidos del Estado**

En México este recurso de control de la constitucionalidad también fue establecido en la reforma de 1995, al cual se denomina “controversias constitucionales”, según el artículo 105, fracción I de la constitución federal. En realidad estas “controversias” ya estaban previstas en el anterior artículo 105 constitucional, pero de manera incipiente, además de que su aplicación había sido mínima hasta entonces, reduciéndose a unos cuantos casos entre municipios.

Estas controversias constitucionales tienen la siguiente estructura:

- a) El recurso se tramita ante la suprema corte de justicia de la Nación, instancia única para resolverlo, actuando en pleno;**
- b) Los sujetos autorizados para interponer el recurso son los que están señalados en los diversos incisos de la fracción II del artículo 105 constitucional;**
- c) La decisión que se cuestiona puede ser un acto concreto o una norma general;**

---

<sup>49</sup> Miguel Covián Andrade “La Suprema Corte y el Control.....”, *op. cit.*, págs., 201 y 202.

- d) El contenido de la decisión cuya constitucionalidad se verifica puede ser cualquiera, menos la materia electoral;**
- e) El recurso debe interponerse dentro de los treinta días posteriores a la publicación del acto;**
- f) El recurso es admitido sólo si se han empleado previamente todos los medios de defensa previstos en las leyes;**
- g) Para anular los efectos de la resolución que se impugna se requiere la mayoría de votos de los ministros;**
- h) Para que la sentencia tenga efectos erga omnes, anulando la norma general en definitiva, se requieren ocho votos;**
- i) Si sólo se emiten seis o siete votos, la sentencia tiene alcances particulares, trátase de un acto concreto o de una norma general; y**
- j) La sentencia de la suprema corte de justicia de la Nación no admite recurso en su contra.**

En Italia, este recurso de control de la constitucionalidad se conoce como “conflictos de atribuciones” y sus elementos estructurales fundamentales son los siguientes:

- a) El recurso se tramita ante la Corte Constitucional en tanto instancia única en el sistema de control de la constitucionalidad concentrado;**
- b) El conflicto surge entre órganos competentes que declaran en definitiva la voluntad de los poderes al cual pertenecen, por lo que se distinguen claramente estos conflictos de competencias de otros que pueden surgir entre dependencias o instancias al interior del mismo poder, según el artículo 37 de la ley 1. 87/1953;**

- c) El objeto o materia del recurso puede ser el conflicto sobre la titularidad de la competencia que algún órgano reclama como propia, o el ilegítimo ejercicio de una competencia por parte de un órgano, el cual invade la esfera de atribuciones de otro órgano;**
- d) El conflicto puede ser motivado por un acto o por una omisión, pero en principio, necesariamente referida a las atribuciones de los órganos constituidos u órganos auxiliares previstas en la constitución y no en leyes o disposiciones derivadas de ella, a menos que se trate de las que están establecidas en los Estatutos Regionales o en los decretos de transferencias de facultades especiales del Estado a las Regiones;**
- e) El recurso se tramita en dos fases: 1.- El juicio sobre la admisibilidad del recurso, en vía sumaria, para determinar si subjetiva y objetivamente es procedente (órganos constituido y acto u omisión materia del conflicto); y 2.- El juicio de mérito o de fondo, en el que la Corte Constitucional determina en sentencia única e inatacable sobre el órgano al que corresponde la atribución y/o la manera como ésta debe ser ejercida;**
- f) Este recurso no es procedente contra actos legislativos y para su presentación existe un plazo de 60 días a partir de la publicación o del conocimiento del acto que se cuestiona por el órgano con interés jurídico para impugnarlo;**
- g) Al tramitarlo se puede considerar necesaria la petición suspensiva del mismo acto, cuando se recurra al *fumus boni iuris* (expresión con la que se indica que hay al menos la verosimilitud del derecho, aunque su existencia deba todavía estar asegurada) y al *periculum in mora* (expresión que indica el riesgo por los tiempos del procedimiento que puedan volver inútil o vana la decisión, si no se interviene precisamente con**

*oportunidad, a título cautelar, arts. 39.4 e 40 de la ley 87 de 1953);*

*h) La sentencia de la Corte Constitucional se toma por mayoría absoluta de votos y sus efectos corresponden a la naturaleza del acto u omisión objeto del recurso.*

## **Análisis comparativo**

### **❖ Sujetos legitimados para interponer el recurso**

En esta materia en México se autoriza a los siguientes “sujetos de Derecho” para interponer las controversias constitucionales” previstas en el artículo 105, fracción I de la Constitución:

- a) A la Federación, a los Estados y al Distrito Federal, así como a los Municipios;
- b) A los órganos constituidos principales y auxiliares, llamados en México “organismos constitucionales autónomos”; y
- c) A las secretarías de Estado, entes públicos diversos y dependencias de los órganos constituidos o Poderes Públicos.

Como puede advertirse, en México se comete un doble error en esta materia, al permitir que las “controversias constitucionales” se susciten en los casos señalados en los incisos a) y c) anteriores, cuando sólo deberían ser admisibles entre los sujetos de Derecho mencionados en el inciso b).

En efecto, los conflictos entre órganos o “conflictos de atribuciones” como se denominan en Italia, sólo pueden proceder entre órganos constituidos principales o auxiliares (a los que se asigna una competencia en la Constitución), lo cual según hemos visto, es lo que está determinado en el sistema de control italiano.

Esto se debe a que los conflictos se producen entre órganos constitucionales y no entre territorios o porciones territoriales, ni entre dependencias o entidades que pertenecen a los órganos constituidos.

Las razones de lo primero se resumen en los siguientes términos:

*“Adicionalmente, es necesario señalar que los términos que se emplean en la mayoría de estos incisos están equivocados, toda vez que los conflictos y las controversias se prevén entre “la Federación, los Estados y los municipios”, en lugar de establecerse entre los diversos órganos constituidos de estos niveles de gobierno.*

*La federación es parte de la estructura de una forma de gobierno o de un régimen político, de tal manera que los órganos constituidos de los tres niveles de gobierno existen como resultado de esta organización del poder político. Consecuentemente, los conflictos pueden darse entre los diferentes órganos constituidos federales, locales o municipales, en sus distintas combinaciones, todos los cuales pertenecen a una federación, pero no “entre la federación y un Estado o un municipio”. La federación no entra en conflicto, sino entran en conflicto los órganos federales.*

*Tampoco los “Estados”, ni los “municipios” controvierten con la “federación”, sino son sus órganos constituidos locales los que pueden tener diferencias con los federales. Los “Estados” que deben denominarse “entidades federativas” y los municipios son zonas territoriales cuya competencia se ejerce por medio de sus órganos constituidos locales y por el ayuntamiento, respectivamente. Consecuentemente, son estos órganos los que pueden entrar en conflicto entre sí o con los órganos constituidos federales, de lo cual se deduce que los conflictos y las controversias no se dan entre zonas territoriales, sino entre órganos constituidos que ejercen atribuciones y*

*facultades cuya medida territorial o jurisdicción es precisamente la que puede expresarse con los términos “federal, estatal o local y municipal”.*<sup>50</sup>

En cuanto a lo segundo, el mismo autor señala lo siguiente:

*“Como regla general, los actores en el caso de estos medios de control deben ser los órganos constituidos o bien, excepcionalmente, los organismos autónomos (como los encargados de la protección de los derechos humanos, autorizados para interponer el recurso de anticonstitucionalidad en contra de normas generales), pero no las dependencias, ni las entidades paraestatales que forman parte de un órgano constituido (como las secretarías de Estado, la procuraduría general de la República, PEMEX, o el ISSSTE), sencillamente porque las diferencias entre éstas y uno de los órganos federales o locales, pueden resolverse mediante la intervención del responsable del órgano constituido al que se le asigna originalmente el ejercicio de la competencia respectiva (p.e., el presidente de la República, en el caso de la administración pública federal a la que pertenecen las dependencias y las entidades mencionadas).*

*Consecuentemente, es absurdo suponer que la secretaría de Hacienda pudiera impugnar las leyes del congreso de la Unión, porque quien tendría que estar autorizado para hacerlo, entre otros sujetos de Derecho, sería el presidente de la República. No menos ilógico es que se plantee una controversia constitucional entre un gobernador y la secretaría de gobernación, o bien, entre el titular del órgano de gobierno federal y la dirección general de asuntos jurídicos de la cámara de senadores, porque en el primer caso, el demandado tendría que ser el presidente, mientras que en el segundo, lo sería el órgano legislativo.....”*<sup>51</sup>

Como se recordará, en Italia sólo se admiten los “conflictos de atribuciones” entre órganos constitucionales y aun cuando se prevén posibles conflictos entre el Estado y las Regiones, éstos se admiten y se tramitan sobre la base de los órganos que intervienen en ellos y no entre las zonas territoriales en las que ejercen sus atribuciones, lo cual es sin duda, lo correcto.

<sup>50</sup> Miguel C.A., *op. cit.*, págs., 191 y 192.

<sup>51</sup> *Ibidem*, págs., 200 y 201.



### ❖ **Objeto o materia del recurso**

En cuanto a este aspecto, en Italia puede ser objeto de un “conflicto de atribuciones” cualquier acto que no sea formalmente legislativo, o bien una omisión, en tanto que en México se admiten las “controversias constitucionales” en contra de actos concretos y de disposiciones generales distintas a las leyes y a los tratados internacionales, cuya impugnación se hace mediante las “acciones de inconstitucionalidad”.

En esta materia, en México se comete un error al incluir como objeto de control en este recurso a las “disposiciones generales”, las cuales, como hemos señalado antes, por su naturaleza (actos materialmente legislativos, como los reglamentos, p.e.) deben ser sujetos a control mediante el recurso de anticonstitucionalidad o control abstracto de las normas generales. En menor proporción, esta misma falla se percibe en el caso de Italia, en cuyo sistema de control, los reglamentos pueden ser objeto de un “conflicto de atribuciones”.

La naturaleza de los actos legislativos obliga a que las sentencias que los anulan tengan efectos generales, situación que no se logra cuando se resuelva un conflicto entre órganos, en el cual la sentencia los alcanza a ellos en particular, pero no a los demás órganos.

En México, además, se comete el error de no prever a las omisiones como objeto de este recurso, las cuales sí se consideran en Italia, lo cual es correcto, porque un conflicto entre órganos constituidos puede producirse por acción o por omisión de éstos.

❖ ***Votación para emitir la sentencia y efectos de la misma***

En cuanto este aspecto, las estructuras de las “controversias constitucionales” en México son muy deficientes, como se advierte de la lectura del artículo 105, fracción I de la Constitución. Como cuestión inicial, en este precepto se hacen depender los efectos de las sentencias relativas a una “disposición general” de una inexistente jerarquía de los órganos que intervienen en ellas, de tal suerte que si éstas son planteadas por La federación contra un Estado o un Municipio, o por un Estado contra un Municipio, las sentencias tendrán efectos generales, mientras que si es a la inversa, los efectos serán particulares, todo lo cual carece por completo de sentido, sencillamente, porque en ningún sistema constitucional basado en la distribución de competencias, los órganos están jerarquizados, sino estructurados con base en un ámbito competencial autónomo dentro del cual pueden ejercer sus atribuciones sin depender de ningún otro.

A este error se agrega el relativo a las votaciones, toda vez que según este mismo precepto, para determinar los efectos de las sentencias relativas a las “disposiciones generales” debe cumplirse otro requisito, consistente en que si ocho ministros o más consideran que éstas son anticonstitucionales, la sentencia tendrá efectos generales, mientras que si sólo seis o siete así lo estiman, la sentencia tendrá efectos particulares, aunque se trate de una “disposición general”. Sobre este tema conviene considerar lo siguiente:

*“Como resultado de la confusión entre “conflictos entre órganos” y “controversias constitucionales” y como consecuencia de su desconocimiento sobre el aspecto particular correspondiente a los efectos de las resoluciones en materia de control de la constitucionalidad, los autores del proyecto crearon*

*un verdadero enredo en el último párrafo de la fracción I del artículo 105, terminando por hacer depender los efectos de las sentencias ¡del número de votos de los ministros que las aprueben!..... Requeriría de mucho espacio el análisis de todos sus defectos, el cual hacemos en otras obras, por lo que no lo presentaremos ampliamente en ésta. Aquí sólo señalaremos que conforme a la redacción de este párrafo y según los autores del proyecto, una misma decisión cuya constitucionalidad se controvierte ante la suprema corte, puede ser declarada anticonstitucional por ésta, por 8 votos o por menos. Si ocurre lo primero, la resolución tendrá efectos generales, mientras que si no se reúnen los 8 votos, pero 7 o 6 de los ministros determinan que la decisión controvertida es anticonstitucional, la sentencia sólo tendrá efectos entre las partes de la controversia. Esto significa que una misma decisión ¡puede ser “sumamente anticonstitucional”, o sólo “un tanto cuanto anticonstitucional”, dependiendo de la cantidad de ministros que en todo caso la considere contraria a la constitución!”<sup>52</sup>*

Estas fallas deben corregirse, así como las demás deficiencias señaladas en el caso de este recurso, en los términos que proponemos en el siguiente capítulo.

### **Competencia adicional de la Corte Constitucional**

Además de los recursos analizados hasta aquí conforme al método comparado, la Corte Constitucional de Italia es competente para conocer de lo siguiente, de conformidad con el artículo 134 constitucional:

- Sobre la acusación a propuesta del Parlamento en sesión común contra el Presidente de la República, en caso de alta traición y atentado a la Constitución;
- Sobre la admisibilidad de la petición de referéndum abrogativo; y
- Sobre la “cuestión de constitucionalidad” en contra de normas generales.

---

<sup>52</sup> *Ibidem*, pág. 194.

En el caso de los dos primeros incisos, no existe comparación posible con el sistema de control de nuestro país, porque la Suprema Corte carece de estas atribuciones, mientras que en el caso del inciso c), sí podemos realizar este estudio, toda vez que si bien en Italia no existe el Juicio de Amparo como medio de control de la constitucionalidad para proteger los derechos fundamentales de los gobernados, si está prevista en este país la “cuestión de constitucionalidad”, recurso mediante el cual se realiza el control concreto de la constitucionalidad de las normas generales, por lo que en el último apartado de este capítulo haremos este análisis comparativo entre estos dos recursos, sólo en su condición de medios de control concreto de las normas generales que puede ser utilizado por los particulares cuando consideran que una norma general que se les aplica es contraria a la Constitución porque afecta sus derechos fundamentales.

### **TERCER APARTADO**

#### **El control concreto de las normas generales y la protección de los derechos fundamentales**

En este último apartado haremos referencia al control concreto de las normas generales, estructura que está prevista en los dos sistemas de control de la constitucionalidad que analizamos, aunque mediante recursos distintos.

En efecto, en México el Juicio de Amparo funciona como medio de control de la constitucionalidad y de la legalidad, en cuya doble vertiente sirve para proteger los derechos fundamentales de los gobernados en tanto medio de control concreto procedente contra actos u omisiones particulares y contra actos de aplicación de normas generales que infrinjan esos derechos y sus garantías constitucionales, previstos en la Constitución y en los tratados internacionales de la materia, de conformidad con los artículos 1º y 103º, fracción I de nuestra Constitución. La naturaleza jurídica del Juicio de Amparo la define el Dr. Luciano Silva Ramírez, en los siguientes términos:

*“.....se trata de un juicio autónomo de carácter constitucional que tiene la finalidad de resolver las controversias a que alude el artículo 103 de la Constitución Política de los estados Unidos Mexicanos, cuando se violen garantías individuales, cuya sustanciación se efectuará de acuerdo a los procedimientos y formas del orden jurídico que determine la Constitución, la Ley de Amparo y la jurisprudencia, teniendo por objeto restituir al quejoso en el pleno goce de la garantía constitucional violada, volviendo las cosas al estado en que se encontraban antes de la violación causada por la ley o acto de autoridad”.*<sup>53</sup>

En cuanto a este Juicio, los cambios más importantes son los siguientes:

1.- Se amplía el parámetro de control de la constitucionalidad, abarcando los derechos fundamentales y las garantías constitucionales previstos en la Constitución y en los tratados internacionales de la materia de los que México sea parte (art. 1º, párrafo primero);

---

<sup>53</sup> Silva Ramírez Luciano, El control judicial de la constitucionalidad y el Juicio de Amparo en México”, Porrúa, México, 2ª edición, 2010, pág. 210

2.- Se determina la protección más amplia de estos derechos y de sus garantías a favor del gobernado sea mediante la aplicación de la Constitución o de los tratados, así como la obligación de todas las autoridades de respetarlos en el ámbito respectivo de sus competencias (art. 1º, párrafos segundo y tercero);

3.- Se amplía la procedencia del Juicio de Amparo a los casos de normas generales, actos u omisiones de la autoridad que infrinjan los derechos fundamentales y las garantías para su protección reconocidos en la constitución y en los tratados internacionales de los que el Estado Mexicano sea parte (art. 103, fracc. I);

4.- Se establece expresamente la improcedencia del Juicio de Amparo en materia electoral en el artículo 107 constitucional, párrafo primero;

5.- Se establece el interés legítimo, además del interés jurídico individual, como condición de procedencia del Juicio de Amparo (art. 107, fracc. I);

6.- Se determina la posibilidad de que la Suprema Corte emita la declaratoria general de anticonstitucionalidad de una norma general por mayoría de por lo menos ocho votos, cuando la autoridad emisora no resuelva este problema dentro de los 90 días naturales posteriores a lo notificación que le haga el más alto tribunal sobre la jurisprudencia por reiteración relativa esta anticonstitucionalidad, establecida por los órganos del Poder Judicial Federal, lo cual no será aplicable en materia tributaria (art. 107, fracción II, párrafos tercero, cuarto y quinto);

7.- Se establece la posibilidad jurídica del “Juicio de Amparo adhesivo”, mediante el cual, la parte que haya obtenido la sentencia o resolución favorable que se convierte en el “acto reclamado” y la que tenga interés en que subsista el acto, podrán presentar este Amparo adhesivo en los términos que señale la Ley de Amparo (art. 107, fracción III, inciso a), párrafo segundo);

8.- Se determina que para el otorgamiento de la suspensión del acto reclamado, el órgano jurisdiccional deberá realizar un análisis ponderado de *la apariencia del buen derecho* y del interés social, cuando la naturaleza del acto lo permita (art. 107, fracc. X);

9.- Se crean los “Plenos de Circuito” para conocer de la contradicción de tesis en los Juicios de Amparo ante los Tribunales Colegiados de un mismo circuito y determinar cuál debe prevalecer, o bien, para denunciar la contradicción de tesis ante la Suprema Corte, cuando estas diferencias de criterios provengan de Plenos de Circuito diferentes o de Plenos de Circuito en materia especializada (art. 107, fracción XIII, párrafos primero y segundo); y

10.- Se introducen algunas modificaciones relativas a las condiciones del incumplimiento de las sentencias de amparo y a sus consecuencias, así como al cumplimiento sustituto de las mismas (art. 107, fracc. XVI).

A partir de estos cambios se establece la nueva estructura del Juicio de Amparo, mediante el cual se aplica en nuestro país el control concreto de la constitucionalidad en contra de actos u omisiones y en contra de la aplicación de normas generales. Este último aspecto es el que se puede comparar con el caso del sistema italiano de control de la constitucionalidad, en el cual no

existe el equivalente al Juicio de Amparo (a diferencia de España, de Alemania o de Austria, en donde sí está establecido), pero sí está previsto el control concreto de la constitucionalidad de las normas generales, el cual se realiza mediante el recurso denominado “cuestión de constitucionalidad”.

En Italia este recurso es competencia del órgano concentrado de control de la constitucionalidad, es decir, de la Corte Constitucional. La vía principal para llegar a la Corte Constitucional es la indirecta, la cual se da en el curso de un juicio ante un juez ordinario que lo instruye y que debe turnar la “cuestión de constitucionalidad” a la Corte respecto a la ley que debe ser aplicada en dicho proceso de legalidad, debido a que considera que no puede aplicar tal ley porque duda sobre su constitucionalidad. Entonces la cuestión de constitucionalidad es una prerrogativa prejudicial que nace de un juicio de legalidad, cuya conclusión está supeditada a la respuesta del órgano de control, en tanto a que ese juicio no puede ser resuelto antes de que se solucione la duda sobre la constitucionalidad de la norma general, la cual debe ser aclarada mediante una sentencia por el juez *ad hoc*, es decir, el juez constitucional, toda vez que el juez *a quo* no tiene competencia para determinar la constitucionalidad de la norma general que pretende aplicar, en virtud del sistema concentrado de control en el que las jurisdicciones de constitucionalidad y de legalidad están claramente diferenciadas.

La interposición de este recurso tiene los siguientes efectos:

- a) Si la Corte Constitucional resuelve que la norma es anticonstitucional, ésta no podrá aplicarse más en el proceso concreto, ni en ningún otro, porque es expulsada del sistema jurídico;



- b) En caso contrario, el procedimiento continúa, estando a disposición de las partes todos los recursos de legalidad que correspondan para inconformarse en contra de la sentencia que dicta el juez *a quo*, o de legalidad;
- c) La sentencia de la Corte Constitucional se refiere exclusivamente a la conformidad o inconformidad de la norma general con la Constitución, sin entrar al fondo del asunto de legalidad;
- d) Los efectos de la sentencia sobre la constitucionalidad de la norma general son generales y definitivos, anulando la norma respectiva y eliminándola del sistema jurídico italiano; y
- e) Es potestad del juez de legalidad determinar la procedencia del recurso, es decir que él decide si eleva la “cuestión de constitucionalidad” ante la Corte Constitucional, por iniciativa propia o a petición de alguna de las partes del juicio de legalidad.

Este último aspecto nos parece equivocado, porque permite que el juez de legalidad se inmiscuya en un asunto de constitucionalidad, aunque sea sólo para determinar la procedencia del recurso, lo cual es suficiente para evitar que éste se tramite. Situación diferente es la que se presenta en España y en Alemania, países en los que el juez de legalidad está obligado a enviar el planteamiento al Tribunal Constitucional, lo cual es correcto.

Inclusive en Italia este aspecto ha llevado a la conclusión de que el sistema concentrado de control de la constitucionalidad de este país tiene elementos propios del sistema “difuso”, toda vez que según varios magistrados y tratadistas de este país, los jueces de legalidad ejercen una función prejudicial

en materia de control de la constitucionalidad cuando deciden si es procedente o no la interposición de este recurso ante la Corte Constitucional.

Este recurso de control podría establecerse en México, según lo plantearemos en el próximo capítulo, para la protección de los derechos fundamentales en contra de normas generales aplicadas en un caso concreto, lográndose efectos generales de la sentencia, aspecto que como sabemos se dificulta mucho con el Juicio de Amparo, no obstante las reformas del año antepasado.

Obviamente, esta propuesta será presentada en el contexto de la modificación general de nuestro sistema de control de la constitucionalidad, corrigiéndose en particular, el error señalado en los párrafos precedentes sobre la indebida intervención de los jueces de legalidad en el ámbito del control de la constitucionalidad.

Esto significa que como veremos, primero se tendría que distinguir estructural y normativamente con toda claridad en nuestro país, el control de la constitucionalidad y el control de la legalidad, para que este recurso pudiera tener eficacia porque de lo contrario volvería a dificultarse el objetivo central de este propuesta que es la declaratoria general de anticonstitucionalidad de una norma aplicada a un caso concreto.

### **Otros medios de control de la constitucionalidad en el caso de México**

Es necesario mencionar ahora, para terminar con este estudio comparado, lo relativo a la parte de la competencia de control de la constitucionalidad que existe en México, sin correspondencia con la competencia de la Corte Constitucional italiana en la materia.

Tenemos el caso de las atribuciones de control de la constitucionalidad previstas en el artículo 99, fracciones III y V de la Constitución a favor de la

Sala Superior del Tribunal Electoral del Poder Judicial de la Federación, las cuales no tiene la Corte Constitucional italiana, por lo que no se puede hacer ninguna comparación.

Igualmente, debe tomarse en cuenta la atribución de la Suprema Corte prevista en el último párrafo del artículo 29 constitucional, relativa al análisis de este órgano sobre la constitucionalidad de los decretos emitidos por el Presidente de la República en el caso de suspensión de garantías, similar a la revisión que hace la Corte Constitucional italiana sobre la correspondencia entre los decretos-ley y las normas constitucionales, sólo que en nuestro país, este control se realiza de oficio, mientras que en Italia se lleva a cabo a través del Juicio de Legitimidad constitucional, o control abstracto de las normas generales.

Además, la facultad de la Suprema Corte establecida en el artículo 35, fracción VIII, párrafo 3º, correspondiente a la declaratoria de este órgano de control sobre la constitucionalidad de la materia sometida a una consulta popular, para establecer si se trata o no de las que están prohibidas en este precepto, la cual tiene relación con la competencia de la Corte Constitucional italiana en cuanto a la revisión sobre la constitucionalidad del referéndum abrogatorio.

De esta manera concluimos el análisis comparado de los sistemas italiano y mexicano de control de la constitucionalidad, procediendo ahora al desarrollo de nuestra propuesta de reestructuración de nuestro sistema en el capítulo siguiente.

## **CAPÍTULO CUARTO EL NUEVO SISTEMA MEXICANO DE CONTROL DE LA CONSTITUCIONALIDAD**

Las propuestas que se presentan en este capítulo son el resultado de la examen crítico de las estructuras y de las deficiencias de nuestro sistema de control de la constitucionalidad, así como del análisis realizado de este elemento estructural de nuestro sistema constitucional, conforme al método comparando, con base en el estudio del sistema italiano de control de la constitucionalidad, el cual fue posible revisar acuciosamente durante la estancia de posgrado que realicé de los meses de septiembre de 2012 a enero de 2013 en la Università di Bologna.

Esta propuesta de reestructuración del sistema mexicano de control de la constitucionalidad la agruparemos en los siguientes rubros, cuyo desarrollo será la materia de este capítulo:

- a) Cambios conceptuales y precisiones terminológicas;
- b) Creación de un Tribunal Constitucional y reorganización del sistema de distribución de competencias en materia de control de la constitucionalidad;
- c) Modificaciones estructurales de los recursos de control de la constitucionalidad;
- d) Creación de medios de control de la constitucionalidad, adicionales a los que existen en nuestro sistema; y
- e) Modificaciones constitucionales y legales correspondientes a cada una de estas propuestas

## **Aspectos generales de la propuesta**

Es indispensable una transformación estructural profunda del sistema mexicano de control de constitucionalidad, orientada a la creación de un modelo de control “concentrado”, en el cual sea un tribunal constitucional el único órgano competente para que controlar la constitucionalidad de los actos y de las omisiones de las autoridades, como instancia única y excluyente. Este tribunal será un órgano jurisdiccional autónomo, cuya jurisdicción será distinta a la de los tribunales de legalidad, distribuidos por territorio, materia o cualquier otro elemento diferenciador.

En cuanto a la autonomía de este tribunal, es importante señalar que no se trata de una simple separación estructural del Poder Judicial Federal, sino del ejercicio de su competencia sin intromisión, ni injerencia de ninguna otra autoridad o instancia. Sobre el tema es conveniente recordar lo siguiente:

*“Las modalidades organizacionales de esta distinción han provocado que este requisito en ocasiones no se cumpla debidamente, sin perjuicio de perder la naturaleza de Tribunal Constitucional. Por ejemplo, en América Latina existen tres variantes básicas: a) Tribunales y Cortes Constitucionales autónomos, es decir, fuera del Poder Judicial formal, como son los casos de Guatemala, Ecuador, Chile y Perú, b) Tribunales Constitucionales dentro del Poder Judicial formal, como se señalan en las Constituciones de Bolivia y Colombia, y, c) Salas Constitucionales que, no obstante ser autónomas, estructuralmente se encuentran al interior del Poder Judicial formal, específicamente dentro del*

*Pleno del Supremo Tribunal o Corte, como se ejemplifica en los casos de el Salvador, Costa Rica, Nicaragua, Paraguay y Venezuela.”<sup>54</sup>*

El diseño estructural de un sistema “concentrado” de control de la constitucionalidad implica la necesidad de hacer una diferenciación clara entre el control de la constitucionalidad y el control de la legalidad, las cuales se confunden desde hace mucho tiempo en nuestro país, debido a que el Juicio de Amparo se utiliza como medio de control de ambas. Estas imprecisiones se han agravado en la actualidad, desde mediados del año 2011, como resultado de las reformas al artículo 1º constitucional y a los relativos al propio Juicio de Amparo de nuestra Constitución, a las que ya hicimos referencia en el capítulo anterior, como consecuencia de las cuales se introdujo el concepto de control de la “convencionalidad”, sobre el cual presentaremos nuestra opinión en el presente capítulo.

Consecuentemente, esta diferenciación es esencial para poder establecer estructuralmente los órganos y los recursos que corresponderán a estos niveles de control de las decisiones de las autoridades con relación a la Constitución, a las leyes y a los Tratados Internacionales. Esto significa que si no entiende con claridad qué es el control de la constitucionalidad, el de la legalidad y el de “convencionalidad”, no será posible diseñar correctamente los sistemas respectivos para cada uno de ellos.

---

<sup>54</sup> Brage Camazano, Joaquín “La acción de inconstitucionalidad”, Instituto de Investigaciones Jurídicas. Serie G., Estudios Doctrinales. 2º ed. Edit. U.N.A.M., México, 2000. pp. 26 y ss.

Adicionalmente, se propondrá la revisión y la corrección de los recursos de control de la constitucionalidad existentes en nuestro sistema, así como el diseño e incorporación de otros más inexistentes en México, los cuales son indispensables para un adecuado sistema que proteja integralmente a la Constitución del Estado.

Todo lo anterior implica una serie de reformas constitucionales y en su momento, legales, a las cuales me referiré en cada apartado, según corresponda.

### **Cambios conceptuales y precisiones terminológicas**

Recordemos lo que es el control de la constitucionalidad y el control de la legalidad, para ocuparnos después de la expresión novedosa para nosotros que es el control de la “convencionalidad”

El control de la constitucionalidad es la verificación de la conformidad de las determinaciones de las autoridades con la Constitución, con el objeto de anular en definitiva sus efectos cuando sean contrarias a lo que ella establece.

En tanto que el control de la legalidad es la verificación de la conformidad de las determinaciones de las autoridades con las leyes, con el objeto de anular en definitiva sus efectos cuando sean contrarias a lo que ellas establecen.

Esto está claro en nuestro país, por lo que lo único que se necesita es establecer las bases estructurales para diferenciar uno del otro y poder diseñar un sistema concentrado de control, en el que de manera particular, el Juicio de Amparo sea sólo un medio de control de la constitucionalidad y ya no un medio de control de la legalidad. Este aspecto lo trataré en el siguiente apartado.

En cambio, el problema se presenta en cuanto al nuevo concepto para nosotros que es el de control de la “convencionalidad”. En México se ha entendido en la mayoría de los casos, como **la revisión de la regularidad de los actos de cualquier autoridad con las disposiciones contenidas en los tratados de derechos humanos de los que México es parte, a efecto de que éstos prevalezcan sobre cualquier disposición que los contravenga, inclusive si ésta es de nivel constitucional.**

La anterior interpretación deriva de los tres primeros párrafos del artículo 1º constitucional reformado el año antepasado, especialmente del tercero, los cuales se transcriben para mayor claridad:

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

.....”.



Esta interpretación hace suponer que los tratados internacionales de la materia son parte del “bloque de constitucionalidad” y por ende, son parte integrante del parámetro de control de la constitucionalidad en nuestro sistema.

Un enfoque diferente se refiere a la relación jerárquica de los tratados sobre derechos fundamentales (derechos humanos) y las leyes, partiendo siempre del principio de supremacía constitucional, en virtud del cual, la constitución está por encima de los tratados y de las leyes, posición prevaleciente en Europa (Francia, España, Portugal, Italia, etc., etc.) y en diversos países de Sudamérica, en especial, casos como los de Bolivia y Ecuador, en cuyas normas constitucionales se establece expresamente la inferioridad jerárquica de los tratados y de las convenciones con relación a la constitución (art. 410 y art. 425, respectivamente). Este enfoque, el único posible y correcto con base en la teoría científica de la constitución y del control de la constitucionalidad, se refiere a la solución de los problemas de incompatibilidad normativa entre los tratados en materia de derechos fundamentales, en particular (y los tratados, en general) y las leyes, en tanto actos jurídicos o normas generales derivados en todo caso, de las normas constitucionales y realizados por órganos constituidos, de conformidad con la competencia que les asigna la constitución y con los procedimientos establecidos en ella para la realización de cada uno de estos actos. Veamos el caso de algunos de estos países.

Francia es un caso paradigmático sobre el tema, toda vez que en dos de los artículos de su Constitución se aclara este aspecto:

*“Art. 54.- “Si el Consejo constitucional llamado por el Presidente de la República, por el primer ministro, por el presidente de una u otra asamblea, o por sesenta diputados o sesenta senadores, ha declarado*

*que el compromiso internacional contiene una cláusula contraria a la Constitución, la autorización de ratificarlo o de aprobar el compromiso internacional en cuestión, no puede darse, sino después de la revisión constitucional”.*

*Art. 55.- “Los tratados o acuerdos debidamente ratificados o aprobados tienen, desde su publicación, una autoridad superior a la de las leyes, bajo reserva, para cada acuerdo o tratado, de su aplicación por la otra parte”.*

Como puede advertirse, en esta Constitución, por una parte, se determina claramente la supremacía de las normas constitucionales sobre los Tratados Internacionales, desde el momento en que un Tratado de cualquier materia, puede ser declarado anticonstitucional por el órgano de control, por lo que si el acuerdo internacional quisiera aplicarse, primero tendría que modificarse la Constitución del Estado.

Consecuentemente, el control de la “convencionalidad” se ubica en el nivel de una posible contradicción entre un Tratado Internacional y las leyes, es decir, entre normas generales de la misma jerarquía, caso en el cual prevalece la norma posterior. Ahora bien, aun en esa situación, la prevalencia de los Tratados se sujeta a la reciprocidad, lo que implica que para que el Tratado sobre cualquier materia se prefiera por encima de las leyes, los otros estados contratantes tienen que hacer lo mismo al interior de su propio sistema.

En España (art. 95) y en Italia (art. 117) existen normas constitucionales similares, las cuales sin desconocer la relevancia de los Derechos Fundamentales, ni evadir su protección, mantienen la supremacía constitucional incólume y colocan el control de la “convencionalidad” en el

nivel de su comparación con las leyes, posición correcta desde mi punto de vista.

*“Art. 95. 1. La celebración de un tratado internacional que contenga estipulaciones contrarias a la Constitución exigirá la previa revisión constitucional.*

*2. El Gobierno o cualquiera de las Cámaras pueden requerir al Tribunal Constitucional para que declare si existe o no esa contradicción.”*

*“Art. 117.- “La competencia legislativa se ejerce por el Estado y por las Regiones respetando la Constitución, así como los vínculos que derivan del ordenamiento comunitario y de las obligaciones internacionales.....”.*

Igualmente, en Portugal encontramos la misma posición reflejada en las normas constitucionales vigentes:

*“Art. 277.- 1.- Son inconstitucionales las normas que infrinjan lo dispuesto en la Constitución o los principios en ella consignados.*

*2.- La inconstitucionalidad orgánica o formal de tratados internacionales regularmente ratificados no impide la aplicación de sus normas en el orden jurídico portugués, a partir del momento en que tales normas sean aplicadas en el orden jurídico de la otra parte, salvo si tal inconstitucionalidad resultara de la infracción de una disposición fundamental”.*

Veamos ahora un par de casos de Latinoamérica. La Constitución de Bolivia establece lo siguiente:

Artículo 14, fracción III:

*“El Estado garantiza a todas las personas y colectividades, sin discriminación alguna, el libre y eficaz ejercicio de los derechos establecidos en esta Constitución, las leyes y los tratados internacionales de derechos humanos”.*

Artículo 410: *“La Constitución es la norma suprema del ordenamiento jurídico boliviano y goza de primacía frente cualquier otra disposición normativa.*

*La aplicación de las normas jurídicas se regirá por la siguiente jerarquía:*

- 1° La Constitución
- 2° las leyes y los tratados internacionales
- 3° Los decretos supremos
- 4° Las normas departamentales, regionales y municipales
- 5° Normas de carácter administrativo”

La Constitución de Ecuador determina lo siguiente:

*“Art. 11.- El ejercicio de los derechos se regirá por los siguientes principios:*

*1.....*

*2.....*

*3. Los derechos y garantías establecidos en la Constitución y en los instrumentos internacionales de derechos humanos serán de directa e inmediata aplicación por y ante cualquier servidora o servidor público, administrativo o judicial, de oficio o a petición de parte.*

*.....*

*4 al 8 .....*

*.....”*

*“Art. 424.- La Constitución es la norma suprema y prevalece sobre cualquier otra del ordenamiento jurídico. Las normas y los actos del poder público deberán mantener conformidad con las disposiciones constitucionales; en caso contrario carecerán de eficacia jurídica.*

*La Constitución y los tratados internacionales de derechos humanos ratificados por el Estado que reconozcan derechos más favorables a los contenidos en la Constitución, prevalecerán sobre cualquier otra norma jurídica o acto del poder público”.*

*“Art. 425.- El orden jerárquico de aplicación de las normas será el siguiente: La Constitución; los tratados y convenios internacionales; las leyes orgánicas; las leyes ordinarias; las normas regionales y las ordenanzas distritales; los decretos y los reglamentos; las ordenanzas; los acuerdos y las resoluciones; y los demás actos y decisiones de los poderes públicos.*

*.....*

*.....”*

Esta posición nos parece la correcta porque es la única compatible con el principio de supremacía constitucional y porque permite la adecuada protección de los derechos humanos sin necesidad de crear confusiones, ni

distorsiones en la jerarquía de las normas de un sistema constitucional. En suma, el llamado control de la “convencionalidad” no es otra cosa que el control de la legalidad, pero referido a los Tratados Internacionales que protegen Derechos Fundamentales, el cual debe limitarse a la decisión sobre la norma general de jerarquía inferior a la Constitución que debe prevalecer en caso de contradicción entre dos preceptos de la misma jerarquía, conforme a un análisis de compatibilidad entre los Tratados y las leyes, basado en el principio de reciprocidad de las partes firmantes de los Tratados Internacionales.

En tal virtud, lo que proponemos en esta parte es una modificación constitucional a dos preceptos de nuestra Constitución, a saber:

- a) Reformas al artículo 133 para establecer con toda claridad la jerarquía de las normas de nuestro sistema jurídico, cuyos dos primeros escalones deben ser: 1.- La Constitución; y 2.- Las leyes federales y los Tratados Internacionales; y
- b) Reformas al artículo 1º para determinar que habrá una excepción a esa jerarquía cuando un Tratado Internacional en materia de Derechos Fundamentales ofrezca una mejor protección, caso en el cual se podrá aplicar éste, no obstante su inferioridad jerárquica frente a las normas constitucionales, en tanto que la posible contradicción entre una ley y un Tratado se resolverá aplicando las reglas relativas a las normas de la misma jerarquía y al principio de reciprocidad.

### **Creación de un Tribunal Constitucional y reorganización del sistema de distribución de competencias en materia de control de la constitucionalidad**

En este apartado se propone la creación de un sistema concentrado de control de la constitucionalidad en nuestro país, encabezado por un Tribunal Constitucional, instancia jurisdiccional única que ejercerá una competencia excluyente en la materia, lo que significa que ningún otro tribunal podrá resolver problemas de constitucionalidad bajo ninguna circunstancia, incluidos los relativos al Juicio de Amparo, el cual sería sólo un Juicio de Constitucionalidad y ya no de legalidad, como lo es simultáneamente hasta la fecha.

En cuanto a los otros poderes públicos, inclusive el judicial, el Tribunal Constitucional estará comprendido en la división de poderes horizontal y sus sentencias serán obligatorias para todos ellos y para los órganos locales y municipales, en tanto intérprete máximo de la constitución.

Consecuentemente, lo primero que tendría que hacerse sería reformar los artículos 14 y 16 constitucionales para evitar que el Juicio de Amparo tenga esta dualidad y entonces, la jurisdicción constitucional y la jurisdicción de legalidad puedan diferenciarse con toda precisión. Así el Tribunal Constitucional se encargaría de la primera y todos los demás tribunales de los Estados, de la segunda, dividiéndola por materia, territorio, cuantía y trascendencia. Esta jurisdicción de legalidad, en el ámbito federal, estará encabezada por la Suprema Corte de Justicia de la Nación.

Como puede advertirse, el camino que se propone difiere de los intentos que se han presentado a lo largo del tiempo en nuestro país, especialmente en las reformas de finales de los ochentas y mediados de los noventas del siglo pasado, tendientes a concentrar el control de la constitucionalidad en la Suprema Corte, las cuales han tenido como resultado práctico un sistema de control confuso o “mixto”, como algunos lo llaman, el cual no es ni concentrado, ni difuso exactamente, cuya mezcla estructural se ha complicado aún más con las reformas del 2011 y la introducción del control de la “convencionalidad”, el cual cada juez o autoridad ha interpretado y está aplicando, según su leal saber y entender.

### **Integración del Tribunal Constitucional**

Este Tribunal Constitucional estará integrado por 15 Ministros, uno de los cuales será electo por el Presidente cada dos años y participará en el Pleno y en una de las Salas que también presidirá, siempre con voz y voto. Sólo será ponente en la Sala, pero no tratándose de los asuntos del Pleno. Todos los Ministros durarán en el cargo diez años improrrogables y se renovarán de manera escalonada. Este número obedece a la carga mayor de trabajo que tendrá el Tribunal Constitucional.

Igualmente, es necesario un cambio de fondo en cuanto los requisitos para ser Ministro y para su designación. Los actuales requisitos para ser Ministro de la Suprema Corte deben mantenerse para los Jueces constitucionales, pero exigiéndose también una capacitación y especialización en materia

constitucional. El término “Ministro” se reservará para ellos, pasando a ser Magistrados de la Corte Suprema los integrantes del actual tribunal más alto del país. Por lo tanto, los Ministros del Tribunal Constitucional deberán:

- a) Tener estudios de posgrado y especialización en la rama específica del Derecho Constitucional, haber impartido cátedra en la materia y/o haber realizado trabajos de investigación y publicación comprobables, al menos durante diez ininterrumpidos anteriores a su designación; y
- b) Acreditar un curso de prácticas procesales en caso de no tener experiencia judicial en el fuero federal o en el fuero común de cualquier materia.

En cuanto al procedimiento para su designación, propongo que ésta se distribuya entre distintas instancias para que no exista una presión o una influencia decisiva sobre ellos proveniente de una sola. Por lo tanto,

- 1.- Cuatro provendrían del Poder Legislativo Federal, debiendo obtener el voto de las dos terceras partes de la cámara de diputados y de senadores por separado;
- 2.- Cuatro más serían escogidos por el Poder Ejecutivo;
- 3.- Cuatro también vendrían del Poder Judicial por concurso de oposición; y
- 4.- Tres serían seleccionados por la Facultad de Derecho de la UNAM, mediante concurso de oposición.



## **Competencia del Tribunal Constitucional**

La competencia del Tribunal Constitucional corresponderá al sistema “concentrado” de control de la constitucionalidad, como lo hemos señalado antes, basada en la distinción inconfundible entre jurisdicción de legalidad y la jurisdicción constitucional. El **TRIBUNAL CONSTITUCIONAL** será el único competente en cuanto a la segunda y no será parte del Poder Judicial Federal.

La Suprema Corte seguirá siendo la última instancia en materia de legalidad y será competente para conocer del último recurso en materia de jurisdicción ordinaria, salvo cuando se impugne un acto o una omisión que infrinja la constitución, en cuyo caso será materia de jurisdicción constitucional.

Consecuentemente, el más alto tribunal de legalidad volvería a estar integrado por 21 magistrados y dividida en cuatro salas por materia, debido a que otra vez conocería de asuntos de todas las materias, menos de la constitucional. También resolvería en última instancia los recursos relativos a los derechos humanos protegidos por las garantías de audiencia y de legalidad, las cuales se reglamentarían en los códigos procesales y no serían asuntos de constitucionalidad.

La distribución de competencias entre los demás tribunales y juzgados de legalidad en el fuero federal y en el fuero común se haría por materia, territorio, etc., etc., respetando siempre la competencia excluyente del **TRIBUNAL CONSTITUCIONAL** relativa al control de la constitucionalidad.

En cuanto a los consejos de la judicatura federal y locales, éstos serían competentes sólo en cuanto a los tribunales de legalidad federales y locales, según corresponda, por lo que para las cuestiones administrativas y de responsabilidades de sus trabajadores, el propio TRIBUNAL CONSTITUCIONAL sería competente en la materia. Los ministros del TRIBUNAL CONSTITUCIONAL estarían sujetos a responsabilidad administrativa, a juicio político y a declaración de procedencia, correspondiendo conocer de la primera también al Congreso Federal.

En forma resumida o sucinta, éstas son las características del sistema “concentrado” que proponemos, encabezado por el Tribunal Constitucional de México:

- A) El Tribunal Constitucional será un órgano jurisdiccional dotado de atribuciones expresas y de un ámbito competencial excluyente;
- B) Su organización y estructura corresponderán a las de los órganos encargados de ejercer la función de control de la constitucionalidad de los sistemas de jurisdicción constitucional “concentrada”;
- C) Sus resoluciones serán definitivas para todos los órganos del Estado federales y locales;
- D) Se trata de un tribunal autónomo de los demás poderes constituidos sin relaciones de supra subordinación, sino de coordinación y colaboración en el marco de los principios generales de separación de funciones;

- E) Será el intérprete supremo de la constitución con jurisdicción única y extensiva a todo el territorio del Estado, dotado de la competencia necesaria (recursos de control de la constitucionalidad) para cumplir su función de control y por medio de ella, de protección integral de la ley suprema;
- F) El TRIBUNAL CONSTITUCIONAL conocerá de manera excluyente, de todos los recursos de control de la constitucionalidad y del juicio de Amparo, en tanto el poder judicial de la federación se encargará de realizar las funciones relativas a la justicia de legalidad;
- G) La Suprema Corte actuaría como tribunal superior en materias de jurisdicción ordinaria y se incluiría en su ámbito competencial el desahogo de todos aquellos juicios y recursos en materias administrativa, laboral, penal, civil, mercantil y especializadas que procedieran contra resoluciones de tribunales inferiores o que fuera indispensable agotar para que fuese procedente el Juicio de Amparo. La Suprema Corte conservaría también aquellas facultades que actualmente tiene y que no se relacionan con el juicio de Amparo;
- H) La Suprema Corte emitiría la jurisprudencia obligatoria sobre cuestiones de legalidad:
- I) La jurisprudencia de la Suprema Corte sería obligatoria para todos los tribunales federales y los locales, excluido el Tribunal Constitucional;
- J) Las sentencias de este TRIBUNAL CONSTITUCIONAL vincularían a todos los tribunales, incluida la Suprema Corte;

K) Consecuentemente, el control de constitucionalidad y el control de la legalidad estarían totalmente separados, correspondiendo ejercer el primero al TRIBUNAL CONSTITUCIONAL y el segundo al poder judicial federal.

### **Modificaciones estructurales de los recursos de control de la constitucionalidad**

En este apartado presentamos la propuesta de reestructuración de los medios de control de la constitucionalidad existentes en nuestro sistema actual, los cuales serán revisado en este orden: Acciones de Inconstitucionalidad, Controversias Constitucionales, Juicio de Amparo y recursos de control en materia electoral.

#### **❖ Las Acciones de Inconstitucionalidad**

Como hemos visto, en nuestro país el control abstracto de las normas generales se plantea por medio de las “Acciones de Inconstitucionalidad”, término en sí mismo erróneo, porque la “acción” es la vía procesal para interponer este recurso, y no el recurso en su integridad, por lo que debe cambiarse su denominación y llamársele *Juicio de Constitucionalidad en abstracto de las normas generales*.

Para poder analizarlo de manera clara es conveniente reproducir la parte conducente del artículo 105 constitucional, cuyas modificaciones podrán plantearse conforme se vaya haciendo el análisis crítico de su texto.

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

I. ....

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

*Las acciones de inconstitucionalidad podrán ejercitarse, dentro de los treinta días naturales siguientes a la fecha de publicación de la norma, por:*

*a) El equivalente al treinta y tres por ciento de los integrantes de la Cámara de Diputados del Congreso de la Unión, en contra de leyes federales o del Distrito Federal expedidas por el Congreso de la Unión;*

*b) El equivalente al treinta y tres por ciento de los integrantes del Senado, en contra de leyes federales o del Distrito Federal expedidas por el Congreso de la Unión o de tratados internacionales celebrados por el Estado Mexicano;*

*c) El Procurador General de la República, en contra de leyes de carácter federal, estatal y del Distrito Federal, así como de tratados internacionales celebrados por el Estado Mexicano;*

*d) El equivalente al treinta y tres por ciento de los integrantes de alguno de los órganos legislativos estatales, en contra de leyes expedidas por el propio órgano, y*

*e) El equivalente al treinta y tres por ciento de los integrantes de la Asamblea de Representantes del Distrito Federal, en contra de leyes expedidas por la propia Asamblea.*

*f) Los partidos políticos con registro ante el Instituto Federal Electoral, por conducto de sus dirigencias nacionales, en contra de leyes electorales federales o locales; y los partidos políticos con registro estatal, a través de sus dirigencias, exclusivamente en contra de leyes electorales expedidas por el órgano legislativo del Estado que les otorgó el registro.*

*g) La Comisión Nacional de los Derechos Humanos, en contra de leyes de carácter federal, estatal y del Distrito Federal, así como de tratados internacionales celebrados por el Ejecutivo Federal y aprobados por el Senado de la República, que vulneren los derechos humanos consagrados en esta Constitución y en los tratados internacionales de los que México sea parte. Asimismo, los organismos de protección de los derechos humanos equivalentes en los estados de la República, en contra de leyes expedidas por las legislaturas locales y la Comisión de Derechos Humanos del Distrito Federal, en contra de leyes emitidas por la Asamblea Legislativa del Distrito Federal.*

*La única vía para plantear la no conformidad de las leyes electorales a la Constitución es la prevista en este artículo.*

*Las leyes electorales federal y locales deberán promulgarse y publicarse por lo menos noventa días antes de que inicie el proceso electoral en que vayan a aplicarse, y durante el mismo no podrá haber modificaciones legales fundamentales.*

*Las resoluciones de la Suprema Corte de Justicia sólo podrán declarar la invalidez de las normas impugnadas, siempre que fueren aprobadas por una mayoría de cuando menos ocho votos.*

*III.- ....”*

Lo primero que debe corregirse es un par de cuestiones terminológicas y técnicas, a saber:

- a) En el inciso e) se hace referencia todavía a la *Asamblea de Representantes del Distrito Federal*, siendo el caso de que este órgano desde 1994 se denomina *Asamblea Legislativa del Distrito Federal*, por lo que en este inciso debe hacerse la substitución correspondiente; y
- b) Los incisos f) y g) son producto de sendas adiciones que se hicieron a este artículo en 1996 y en 2006, respectivamente, es decir, primero se incluyó el inciso f) autorizando a los partidos políticos para interponer este recurso en contra de leyes federales y locales en materia electoral, y diez años después, se adicionó el inciso g) para autorizar la interposición de este medio de control a la Comisión Nacional de Derechos Humanos en contra de Tratados Internacionales, leyes federales y leyes locales relativas a los Derechos Fundamentales, así como a las Comisiones locales en contra de leyes estatales. Sin embargo, no se tuvo el cuidado de colocar correctamente este último inciso y se le ubicó antes de los dos párrafos con los que concluye el

inciso f), los cuales se refieren todavía a la materia electoral, por lo que deben recorrerse éstos “hacia arriba” y pasar después el inciso g) hasta antes del último párrafo de esta fracción II, relativa a la votación de la Suprema Corte y a los efectos de sus sentencias.

Recordaremos ahora las fallas estructurales y las cuestiones de fondo que deben corregirse tratándose de este medio de control de la constitucionalidad. Según lo señalamos en el capítulo anterior, sólo dos tipos de normas generales son susceptibles de control de la constitucionalidad de acuerdo a este precepto, a saber:

- a) Tratados Internacionales; y
- b) Leyes federales y locales

Es obvio que éstas no son las únicas normas generales que existen, por lo que el control abstracto de las normas generales deben extenderse a todas las demás, es decir, reformas a la constitución federal, a las constitucionales locales y al Estatuto de Gobierno del Distrito Federal, acuerdos generales, decretos generales que se emiten durante la suspensión de garantías y reglamentos federales, estatales y municipales, los cuales actualmente, se impugnan mediante controversias constitucionales en nuestro país.

Consecuentemente, debe modificarse esta fracción para incluir en ella la posibilidad de impugnar *cualquier norma general o acto que tenga estos alcances*.

Otra falla es la relativa a los sujetos autorizados para interponer el recurso de control abstracto de las normas generales, lo cual se pone de manifiesto desde el momento en que se establece que con excepción de los casos de los incisos c), f) y g) del artículo 105 constitucional, fracción II, *solamente una minoría*

*de integrantes del mismo órgano del que emana la ley o que ratifica el tratado internacional puede ejercitar la acción ante la Suprema Corte, a fin de que ésta verifique su constitucionalidad. Esto significa que las leyes que emite el Congreso de la Unión sólo pueden ser controvertidas por los Diputados Federales y por los Senadores (incisos a y b); las que provienen de los Congresos Locales, incluida la Asamblea Legislativa del Distrito Federal, sólo por los miembros de estos cuerpos representativos, en cada caso (incisos d y e); y para los tratados internacionales que aprueba el senado nada más por los senadores (inciso b).*

Sobre el particular es interesante la siguiente opinión:

*“No existe ninguna base científica para constreñir el ejercicio de la acción a una minoría (33%) del órgano que emite la norma general, como tampoco para legitimar al Procurador ampliamente, para presentarla ante la Corte, ni para darle intervención en todos los casos previstos por el artículo 105. La falta de “interés jurídico” que sirve de argumento para limitar el ejercicio de la acción, con el propósito de evitar “conflictos de competencias” entre los poderes del Estado, no tiene absolutamente nada que ver con el control abstracto de las normas, que es precisamente el que se realiza mediante la acción de anticonstitucionalidad. Es obvio que todos los poderes constituidos tienen un legítimo interés en que toda norma general se ajuste a los preceptos constitucionales en vigor, independientemente de que les cause o no una lesión directa en su esfera competencial.”<sup>55</sup>*

---

<sup>55</sup> *Ibid.* p. 308.



Coincido con este punto de vista, debiendo agregar que en esta materia hay una ostensible mezcla de criterios poco sostenibles, cuyas incongruencias pueden resumirse de la siguiente manera:

- a) Se limita el ejercicio de la acción a un 33% de los legisladores, como se haya señalado;
- b) Se excluye al Presidente de la República y a los Gobernadores;
- c) Se permite una amplia intervención al Procurador General de la República;
- d) Se limita la autorización de los partidos políticos al caso de las leyes electorales; y
- e) Se limita la autorización de las Comisiones Nacionales y locales a la materia relativa a los Derechos Fundamentales.

En suma, la legitimación o autorización para interponer el recurso no se basa en un criterio general, sino en criterios diferenciados basados en el “interés jurídico”, como si se tratara del Juicio de Amparo.

En esta materia es importante tomar en cuenta esta opinión:

*“..... como consecuencia de la “amparización” del proyecto aprobado y del sistema actual, la autorización para interponer este recurso se limitó absurdamente a los miembros del congreso o de la asamblea que expide la ley o que aprueba el tratado internacional, bajo la idea de que “sólo ellos tendrían interés jurídico para cuestionar la constitucionalidad de la norma general correspondiente”. Esta misma postura errónea se llevó al extremo, .....cuando*

*en 1996 se amplió la posibilidad de emplear este recurso en contra de leyes electorales.....”<sup>56</sup>.*

Consecuentemente, considero que debe ampliarse el elenco de sujetos autorizados para interponer este recurso, en términos como los siguientes:

*“.....Los sujetos autorizados para emplear el recurso de anticonstitucionalidad son, de acuerdo a este modelo, los siguientes:*

- *El presidente de la República*
- *El 20% de los diputados federales*
- *El 20% de los senadores*
- *El presidente de la comisión nacional de los Derechos humanos*
- *Las universidades públicas nacionales*
- *Los gobernadores de las entidades federativas y el jefe de gobierno del Distrito Federal*
- *Las legislaturas locales, incluida la Asamblea Legislativa del Distrito Federal, por mayoría simple de votos.*
- *Los presidentes de las comisiones locales de los Derechos humanos*
- *El 0.05% de los ciudadanos inscritos en el padrón electoral nacional con credencial para votar”.....<sup>57</sup>*

En esta materia es necesario reformar el artículo 105, fracción II, para ampliar los sujetos que pueden interponer el recurso, bajo el esquema de que no se trata de proteger un “interés jurídico”, sino de garantizar la más amplia protección de la Constitución en forma abstracta, es decir, en contra de leyes que por sí misma sean anticonstitucionales, con independencia de la afectación que puedan causar a un sujeto o a un órgano determinado.

---

<sup>56</sup> Covián Andrade, Miguel “La Suprema Corte y el Control.....”, *op. cit.*, pág. 198.

<sup>57</sup> Covián Andrade, Miguel, *op. cit.* 376

Para concluir, es conveniente recordar otra falla estructural evidente de las “acciones de inconstitucionalidad” previstas en nuestra constitución, consistente en la votación calificada que se requiere para la anulación con efectos definitivos de las leyes y los tratados internacionales. En efecto, para eliminar estas normas generales contrarias a los preceptos constitucionales se requiere el voto de por lo menos ocho de los once ministros de la Suprema Corte, lo cual resulta excesivo, inclusive si se toma en cuenta que de acuerdo a la Ley Orgánica del Poder Judicial de la Federación, el quórum para que pueda sesionar el Pleno es de siete ministros, pero aumenta a ocho cuando se discuten las “acciones de inconstitucionalidad” y las “controversias constitucionales”. Esta situación ilógica si comprueba cuando seis o siete ministros consideran que la norma general es anticonstitucional, caso en el cual, a pesar de ser mayoría, el asunto se archiva y la ley o el tratado sigue vigente y aplicándose, según señalamos en el capítulo anterior. Evidentemente, aquí se cometió otro error que debe corregirse, porque los efectos de las sentencias no deben depender del número de votos para emitirla, salvo el aspecto obvio de que se deben aprobar por mayoría absoluta.

Consecuentemente, debe reformarse la constitución para establecer que este recurso se resolverá mediante sentencia aprobada por mayoría absoluta de votos, con efectos definitivos que anulan la norma general, la cual es expulsada del sistema jurídico, como ocurre en los sistemas concentrados de control.

## ❖ Las Controversias Constitucionales

En cuanto a este recurso, también señalamos antes fallas estructurales evidentes, las cuales se pueden analizar mejor si transcribimos la parte conducente:

*“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:*

- 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.*

*II.- .....”*

Considero que estas deficiencias pueden resumirse en los siguientes términos:

- a) Existe una evidente confusión entre las “controversias constitucionales” y los “conflictos entre los órganos”, la cual debe aclararse porque éstos implican posibilidades de confrontación que no se limitan a la invasión de competencias;
- b) Debe eliminarse la idea de que la federación entra en conflicto con las partes que la integran, porque los “conflictos” se producen entre Poderes Públicos y no entre “territorios”;
- c) El Procurador General de la República no debe tener ninguna intervención en estos juicios, porque no se trata de Juicios de Amparo, por lo que debe derogarse lo que señala al respecto el artículo 102 constitucional;
- d) Este recurso no debe ser procedente en contra de normas generales, sino sólo de actos concretos, porque para las normas generales ya tendríamos los otros recursos señalados (control abstracto y control concreto);
- e) Los efectos de las sentencias (particulares o generales) no deben depender de la “categoría o de la jerarquía de los órganos” que presenten el recurso; y
- f) La sentencia debe aprobarse por mayoría absoluta de votos y no por mayoría calificada.

Consecuentemente, proponemos una reestructuración de fondo de este recurso, mediante las reformas constitucionales a la fracción I del artículo 105 constitucional, cuyos términos se resumen a continuación, empezando por un cambio de nombre que en adelante será el de *conflictos entre órganos y organismos del Estado*:

- a) Diferenciar entre los conflictos por invasión de competencias y los conflictos entre órganos por la anticonstitucionalidad de sus decisiones;
- b) Precisar que no son conflictos entre “territorios”, sino entre los órganos y organismos;
- c) El recurso será procedente en contra de actos concretos o de omisiones, pero no de normas generales, para lo cual existirán otros recursos de control;
- d) Las sentencias se aprobarán por mayoría absoluta de votos; y
- e) Los efectos de las sentencias serán particulares, anulando los actos y las omisiones de los órganos constituidos o de los organismos autónomos que sean contrarios a la Constitución.

#### **❖ El Juicio de Amparo y el Control de la Constitucionalidad en materia Electoral**

En esta materia, los cambios introducidos en la Constitución al Juicio de Amparo y desarrollados en la nueva Ley, resumidos en el capítulo anterior, son muy importantes y ya han tenido consecuencias significativas positivas y negativas en su aplicación. Sin embargo, para los efectos del modelo de sistema de control que proponemos, es necesario insistir en la necesidad de modificar los artículos 14 y 16 constitucionales para eliminar la dualidad de este Juicio, el cual debe ser sólo un medio de control de la constitucionalidad y no de la legalidad de los actos de las autoridades.

De esta manera, tanto el Juicio de Amparo, como el control de la constitucionalidad en materia electoral, previsto en las fracciones III y V del

artículo 99 constitucional pasarán a formar parte de la competencia exclusiva del Tribunal Constitucional que proponemos, por lo que la Sala Superior del Tribunal Electoral del Poder Judicial de la Federación sólo actuará como instancia definitiva en el caso del control de la legalidad, a cuyo efecto deberán modificarse este precepto, así como los artículos 103 y 107 constitucionales.

### **Creación de medios de control de la constitucionalidad, adicionales a los que existen en nuestro sistema**

Conforme a lo propuesto en el apartado anterior, una vez realizadas las reformas constitucionales planteadas, los actos cuya constitucionalidad podría controlarse eficazmente serían los siguientes:

- a) Normas generales de forma directa, mediante el *Juicio de Constitucionalidad en abstracto*, con efectos generales de las sentencias;
- b) Actos concretos u omisiones, mediante los conflictos entre órganos u organismos constitucionales, en sus dos vertientes, con efectos particulares de la sentencia; y
- c) Actos concretos de aplicación de las leyes, para eliminar sus efectos con alcances particulares, mediante el Juicio de Amparo y los recursos en materia electoral;

Lo que estaría pendiente sería el diseño de un medio de control de la constitucionalidad de las normas generales en concreto, lo cual ya no se haría por medio del Juicio de Amparo, sino del recurso denominado Cuestión de Constitucionalidad, como el que existe en Italia y otros sistemas europeos

(Alemania y España, p.e.). La razón de este cambio es que los efectos de las sentencias del Juicio de Amparo son particulares y por ende, no logran expulsar en definitiva del sistema jurídico a las normas generales, una vez que se determina su anticonstitucionalidad, no obstante que con las reformas de 2011 este efecto pretende lograrse mediante la jurisprudencia por reiteración.

En cambio, mediante el recurso que proponemos esto sí es posible, porque su trámite y resolución forman parte de la competencia exclusiva del Tribunal Constitucional, por lo que con una sola sentencia que declara anticonstitucional una norma general, ésta desaparece del sistema jurídico, como ocurre en Italia, en España y en Alemania, entre muchos otros países que tienen un sistema concentrado de control de la constitucionalidad.

Este medio de control, como hemos visto, es procedente cuando en un juicio de legalidad se aplica una norma general (leyes, reglamentos, etc., etc.) para substanciar o resolver el conflicto derivado de un caso concreto, a cargo de un juez de legalidad, de cuya competencia está fuera el control de la constitucionalidad.

Al substanciar el juicio, el juez de la causa, o alguna de las partes, considera que alguna de las normas que se aplican es contraria a la constitución, situación que motiva la interposición del recurso ante el Tribunal Constitucional, siempre por conducto del juez de legalidad, el cual por decisión propia o a petición de parte, eleva la “cuestión”, o “pregunta” al Tribunal Constitucional. En el caso de que el Tribunal Constitucional resuelva en única instancia, que la norma es anticonstitucional, ésta no podrá aplicarse más en el proceso concreto, ni en ningún otro. En caso contrario, el procedimiento continuará, sin perjuicio de que las partes empleen después de dictada la sentencia del juez *a quo*, todos los recursos de legalidad que



correspondan en cada caso, para inconformarse en contra de ella. La sentencia del Tribunal Constitucional se referirá exclusivamente a la conformidad o inconformidad de la norma general con la Constitución, sin entrar al fondo del asunto de legalidad. Los efectos de la sentencia sobre la norma general serán definitivos, oponibles a todas las autoridades, es decir *erga omnes*, anulando la norma respectiva.

Consideramos que la inclusión de este recurso sería muy útil en nuestro sistema de control y resolvería en gran medida el discutido problema del “Juicio de Amparo con efectos generales”, el cual ha tratado de ser resuelto mediante la reforma constitucional de 2011, cuyos resultados son todavía inciertos. No obstante, lo que sí es seguro es que la propuesta de resolver este asunto mediante la “jurisprudencia por reiteración” y la intervención de la Suprema Corte es más complicada que lo que aquí proponemos.

Es muy importante señalar que el juez de legalidad deberá suspender el procedimiento hasta en tanto el Tribunal Constitucional emite su sentencia y que estará siempre obligado a elevar la “cuestión” o “pregunta” ante éste, sin poder juzgar sobre su procedencia, evitando el error que se comete en este sentido en Italia, según lo señalamos en el capítulo anterior, país en el que el juez de legalidad decide sobre el particular. En cualquier caso, el Tribunal Constitucional podrá imponer una multa a la parte del juicio de legalidad que plantee una “cuestión de constitucionalidad” declarada notoriamente improcedente por esta instancia.

Para concluir, convendría agregar otro recurso a nuestro sistema de control de la constitucionalidad relativo a ciertos conflictos entre órganos constituidos u

organismos constitucionales que pueden presentarse por causas distintas a las señaladas en el caso de los Conflictos entre Órganos antes expuestos.

Al efecto, deben preverse otros conflictos entre los órganos de la federación y los de las entidades federativas, entre los de dos entidades federativas o los de una de ellas, entre cualesquiera de ellos y los ayuntamientos, o entre dos o más ayuntamientos cuando no esté determinada otra vía legal para resolverlos. Las decisiones del tribunal se tomarían por mayoría absoluta de votos y sus efectos dependerían del acto cuya constitucionalidad se cuestionara.

Estas últimas reformas y adiciones podrían incluirse en el artículo 105 constitucional, al cual se le agregarían las fracciones que fueran necesarias.

## CONCLUSIONES

**PRIMERA.-** Un sistema constitucional está inserto en un “sistema político”, el cual a su vez es un concepto más amplio que el de “régimen político” o “forma de gobierno”. En forma abreviada se puede considerar que un sistema político contiene los siguientes bloques de elementos esenciales: la acción política; las estructuras del sistema político; y las condiciones internas y externas que influyen en su funcionamiento.

**SEGUNDA.-** El sistema constitucional forma parte del sistema político y se construye para efectos teóricos y prácticos con base en el concepto de Constitución. La Constitución puede concebirse como la organización política de una sociedad, determinada por el poder constituyente, mediante la que se definen su tipo de Estado y sus estructuras de gobierno, es decir, sus decisiones políticas fundamentales, las cuales se expresan, en la mayoría de los casos, en un texto normativo para dotarlas de obligatoriedad y hacerlas coerciblemente exigibles.

**TERCERA.-** La esencia de la Constitución es política, mientras que su expresión formal es normativa. Esto significa que el concepto científico de Constitución es necesariamente real y ontológico, porque se refiere a la organización del poder político, a su génesis, a sus fundamentos, a sus estructuras y a sus fines. Lo anterior se resume en la definición del tipo de Estado y del régimen político, es decir, la ideología y las estructuras con base en las cuales se organiza el poder político.

**CUARTA.-** En los Estados de Derecho contemporáneos que son las Democracias Sociales, existe una estructura de control del poder relativa a la verificación de la

correspondencia entre los actos y las omisiones de los detentadores institucionales del poder con la Constitución, la cual se diseña de acuerdo a un sistema de control “concentrado”, o “difuso”. El control de la constitucionalidad del poder político es entonces, la verificación (control) de la correspondencia (constitucionalidad) entre las decisiones relativas a los actos y a los procesos del poder (objeto del control), en los casos en los que éstos están regulados en la Constitución y en las normas constitucionales (medida o parámetro del control).

**QUINTA.-** El control de la constitucionalidad es el remedio correctivo para los actos y las omisiones anticonstitucionales, mientras que la defensa de la Constitución es exclusivamente preventiva, porque los recursos de control sólo se aplican cuando se ha realizado un acto o se ha incurrido en una omisión anticonstitucional, en tanto que los medios de defensa se diseñan para que ni el uno, ni la otra existan si contravienen a la Constitución. Ésta es la diferencia fundamental entre uno y otro sistemas de protección de la Constitución. La defensa de la Constitución es preventiva, mientras que el control de la constitucionalidad es correctivo. El control de la legalidad, a su vez, permite verificar el respeto de las leyes y aplicar los recursos para hacerlas prevalecer, mientras que el “control de la convencionalidad” debe entenderse como una variante del control de la legalidad, con relación a los Tratados Internacionales, los cuales nunca deben considerarse al nivel de la Constitución, sino sólo jerárquicamente comparables con las leyes.

**SEXTA.-** La Corte Constitucional es el único órgano constituido encargado del ejercicio de la competencia de control de la constitucionalidad en el Sistema Constitucional italiano, conforme al modelo de control jurisdiccional concentrado establecido en su Constitución. En la Constitución de 1948 se definió su conformación, la forma de elección y nombramiento de sus jueces y la competencia de este órgano (artículos 134° al 137° constitucionales), en

tanto que todo aquello que no se contempló en estos preceptos fue regulado en tres leyes constitucionales que son la Ley Constitucional del 9 de febrero de 1948, N.1, cuyo contenido se refiere a las normas de los juicios de legitimidad constitucional y aquellas normas que prevén la independencia de la Corte; la Ley Constitucional del 11 marzo del 1953, N.1, en la cual se establecen las normas complementarias de los artículos constitucionales relativos a la Corte; y la Ley Constitucional del 11 marzo del 1953, N.87, cuyo contenido está relacionado con las normas sobre la estructura y el funcionamiento de la Corte Constitucional.

**SÉPTIMA.-** La Corte se conforma por 15 jueces que son elegidos de la siguiente forma:

- Un tercio por el Parlamento en asamblea común;
- Un tercio por el Presidente de la República;
- Un tercio por la magistratura suprema ordinaria y administrativa.

Todos los jueces constitucionales son escogidos entre los magistrados de las jurisdicciones ordinarias superiores y administrativas, inclusive aquellos que están ya retirados, así como también entre los profesores de las universidades con carreras jurídicas y entre los abogados con ejercicio profesional de al menos 20 años (art.135.2 constitucional). El mandato de los jueces constitucionales tiene una duración de 9 años sin reelección (art. 135.3 y 4 constitucional). El Presidente de la Corte es elegido de entre los mismos miembros de la Corte por 3 años y puede reelegirse (art. 135.5 constitucional).

**OCTAVA.-** La competencia de la Corte Constitucional abarca los siguientes medios de control de la constitucionalidad:

- Las controversias relativas a la legitimidad constitucional de las leyes y de los actos con fuerza de ley del Estado y de las Regiones;
- Los conflictos de atribuciones entre los poderes del Estado y sobre aquellos entre el Estado y las Regiones, y entre las Regiones;
- La acusación a propuesta del Parlamento en sesión común contra el Presidente de la República, en caso de alta traición y atentado a la Constitución; y
- La admisibilidad de la petición de referéndum abrogativo.

**NOVENA.-** El primero de estos recursos se refiere al control de la constitucionalidad de las normas generales, sea en vía directa (control abstracto), o en vía indirecta (control concreto), caso este último en el que se aplica la “cuestión de constitucionalidad” derivada de un juicio de legalidad, siendo objeto o materia de control las leyes de revisión constitucional, los tratados internacionales, las leyes ordinarias, los Estatutos de las Regiones, los decretos-ley y los decretos de “deslegislación”, todos los cuales son anulados con efectos generales. El segundo de estos medios de control se aplica para resolver los conflictos entre los órganos constituidos del Estado, principales o auxiliares, pero siempre entre los que encabezan el ámbito competencial asignado para cada uno por la Constitución. Estos conflictos pueden provocarse por actos no legislativos que invadan la competencia de un órgano, o por actos concretos u omisiones que sean por sí mismos anticonstitucionales, a los que recae una sentencia que los anula con efectos concretos o particulares. Las dos últimas atribuciones, en cambio, son discutibles en cuanto a su condición de medios de control de la constitucionalidad y representan facultades adicionales que tiene la Corte Constitucional, en tanto

órgano de competencia excluyente (en materia de control), pero no exclusiva (porque conoce de estas otras materias).

**DÉCIMA.-** Las sentencias de la Corte tienen efectos generales o particulares, dependiendo del tipo de acto u omisión que se declara anticonstitucional y como regla general, no tienen efectos retroactivos, salvo cuando esto es jurídica y materialmente posible. Estas sentencias son de aceptación cuando declaran la anticonstitucionalidad, o de rechazo, cuando determinan que ésta no existe. Dentro de las sentencias de aceptación se encuentran las sentencias “interpretativas” o “manipulativas”, las cuales se denominan así porque en general, se expiden con base en una modificación de distinto tipo de los actos y de las omisiones sujetos a control, en cuanto a su sentido, contenido, propósitos y alcances. Estas sentencias pueden ser entonces, reductivas, substitutivas, aditivas, aditivas de principios y de advertencia. Este tipo de sentencias ha sido tan común, como criticado, porque genéricamente, en ellas se cambian o se acomodan las determinaciones de los órganos constituidos, lo cual excede sin duda, la competencia del órgano de control, el cual debe revisar la constitucionalidad de los actos y omisiones, tal como éstos se presentan para su análisis y verificación.

**DÉCIMA PRIMERA.-** El sistema mexicano de control de la constitucionalidad corresponde, en términos generales, al sistema “difuso” con algunos elementos estructurales propios del sistema “concentrado” y sin un Tribunal Constitucional equivalente a la Corte Constitucional italiana, naturaleza que no tiene la Suprema Corte de Justicia de la Nación. La función de control se distribuye en un ámbito jurisdiccional no especializado que forma parte de la división de poderes tradicional: el Poder Judicial Federal. Este poder se deposita en diferentes tribunales competentes para ejercer esta atribución, los cuales son los siguientes: 1.- Suprema Corte de Justicia de la Nación; 2.- Tribunales Colegiados de Circuito; 3.- Tribunales Unitarios de Circuito; 4.- Juzgados de Distrito; y 5.- Tribunal Electoral del Poder Judicial Federal.

**DÉCIMA SEGUNDA.-** La reforma constitucional que dio origen a este sistema de control y su correspondiente reglamentación legal fueron pensadas esencialmente en el sentido de ampliar cualitativamente el sistema mexicano de control de la constitucionalidad mediante la incorporación al texto de la Constitución de dos medios de control que no estaban anteriormente previstos de esta manera, "las controversias constitucionales" y las "acciones de inconstitucionalidad". No obstante, el desconocimiento de sus autores en materia de control de la constitucionalidad provocó que el nuevo sistema esté plagado de deficiencias estructurales, a las que deben agregarse las que derivan de las reformas posteriores, en particular, de la de 2011 sobre los Derechos Fundamentales y el Juicio de Amparo, una de cuyas consecuencias más discutibles ha sido la incorporación a nuestro sistema del concepto y de la aplicación del llamado "control de la convencionalidad". Este elemento se ha entendido indebidamente, porque ha ocasionado la creencia de que los Tratados Internacionales mencionados en el artículo 1º constitucional tienen "jerarquía constitucional", cuando en realidad, el "control de la convencionalidad" sólo consiste en una variante del control de la legalidad, conforme a la cual los Tratados de cualquier materia y las leyes están subordinados a la Constitución y son de la misma jerarquía entre sí.

**DÉCIMA TERCERA.-** En cuanto a los recursos de control se debe recordar que en las "controversias constitucionales" el problema de fondo es la lesión de la autonomía del órgano constituido recurrente y en los "conflictos de constitucionalidad", la materia no es una lesión de autonomía, sino una diferencia de opinión o de interpretación de los alcances y del contenido de



algún precepto constitucional. Así, los autores del proyecto debieron fijar la competencia de la Corte en cada caso, en fracciones diferentes o en dos preceptos de la Constitución, refiriéndose por separado a los “conflictos de constitucionalidad” y a las “controversias constitucionales”, como se hace en el sistema italiano de control de la constitucionalidad. Entre las diversas deficiencias estructurales de este recurso destaca que se admite entre dependencias o entidades que forman parte de los órganos constituidos, error que no se percibe en el caso de Italia, así como la obligación de que estos conflictos se resuelvan por ocho votos para tener efectos generales, cuando la sentencia debería aprobarse por mayoría absoluta, como se hace en el sistema italiano de control.

**DÉCIMA CUARTA.-** El otro nuevo recurso denominado erróneamente “acciones de inconstitucionalidad” se insertó también en el sistema constitucional en el año de 1994 y fue adicionado en 1996 para incluir las leyes de contenido electoral y en 2006 para que las comisiones de derechos humanos pudieran ejercerlo en contra de leyes en la materia y de tratados internacionales relativos a la misma en el caso de la Comisión Nacional. En este medio de control correspondiente al control abstracto de las normas generales, el cual se aplica en Italia mediante el Juicio de Legitimidad Constitucional, se percibe de inmediato el error en su denominación, toda vez que la “acción” es el mecanismo procesal para interponerlo, mientras que el “recurso” es la estructura de control de la constitucionalidad al que corresponde la vía procesal de “acción” para hacerlo valer.

**DÉCIMA QUINTA.**- Entre otras deficiencias, se percibe en este recurso que los únicos actos cuya constitucionalidad puede verificarse por la Suprema Corte son las leyes y los tratados internacionales, a diferencia del caso italiano en el que las normas generales objeto de este medio de control son muy amplias. No obstante, en el encabezado de la fracción I del artículo 105 de nuestra Constitución se hace referencia a “normas de carácter general”, mientras que en sus incisos se omite la mención de los reglamentos (autónomos y subordinados, artículos 21 y 89, fracción I de la Constitución Federal) que son sin duda, normas de carácter general, así como de otras normas, empezando por las contenidas en las reformas a la Constitución, las cuales siempre se han considerado indebidamente fuera del control de la constitucionalidad en nuestro país y sí son objeto de control en el sistema italiano.

**DÉCIMA SEXTA.**- Proponemos la creación de un sistema “concentrado” de control de la constitucionalidad en nuestro país encabezado por un Tribunal Constitucional, dejando a la Suprema Corte la condición de última instancia en materia de legalidad. El tribunal tendrá 15 ministros, uno de los cuales será el presidente designado por ellos cada dos años, sin ser nunca ponente durante el tiempo de su encargo en el Pleno, pero sí en la Sala que integre. El tribunal funcionará en pleno y en salas. Cuatro ministros serían designados por el congreso federal, cuatro por el Presidente de la República, otros cuatro provendrían del poder judicial federal, por concurso de oposición y tres más provendrían de la Facultad de Derecho de la UNAM, por examen de oposición. Proponemos una duración menor a la actual para el caso de estos jueces, la cual sería de diez años, sin posibilidad de repetición y además, el

cumplimiento de requisitos muy concretos en cuanto a su especialización en materia constitucional, tales como tener estudios de posgrado en la rama específica del Derecho Constitucional, haber impartido cátedra en la materia y/o haber realizado trabajos de investigación y publicación comprobables, al menos durante diez ininterrumpidos anteriores a su designación y acreditar un curso de prácticas procesales en caso de no tener experiencia judicial en el fuero federal o en el fuero común.

**DÉCIMA SÉPTIMA.-** En cuanto al control abstracto de las normas generales, proponemos la creación del “*Juicio de Constitucionalidad en abstracto de las normas generales*”. Este recurso que en México se denomina “acción de inconstitucionalidad” se refiere al control abstracto de las normas generales y debe ser reestructurado en los términos que proponemos en el último capítulo de esta Tesis, toda vez que actualmente presenta muchas deficiencias técnicas tales como las señaladas en los capítulos tercero y cuarto de este trabajo, entre las que destacan las relativas a la exigencia de una votación excesiva de ocho ministros para anular las normas generales y a la limitación de los sujetos de derecho que pueden interponer el recurso, es decir, sólo el 33% de los legisladores del órgano que expidió la ley o el tratado, el procurador general, los partidos políticos para las leyes electorales y las comisiones de derechos humanos en esta materia.

**DÉCIMA OCTAVA.-** En cuanto a las “controversias constitucionales” previstas en la fracción I del artículo 105 de la Constitución, también deben reestructurarse en forma significativa, en los términos de la propuesta presentada en el último capítulo de esta Tesis, debido a que presentan

importantes deficiencias a las que nos hemos referido en los capítulos tercero y cuarto de este trabajo, particularmente en lo relativo a la votación para resolverlas, a los efectos de las sentencias, a los órganos que pueden interponerlas y a los actos objeto del control. Igualmente, debe diferenciarse el caso de los “conflictos por invasión de competencias”, de los “conflictos de constitucionalidad” como se hace correctamente en el sistema italiano de control de la constitucionalidad y limitarse su legitimación para los órganos principales y auxiliares (constitucionales autónomos) a los que se asigna una competencia en la Constitución, como se hace en Italia, eliminando la posibilidad de que se interpongan por o en contra de dependencias o entes de los órganos constituidos.

**DÉCIMA NOVENA.**- En cuanto al juicio de Amparo y a la protección de los Derechos Fundamentales, deben modificarse los artículos 1º y 133 de la Constitución para establecer con claridad la jerarquía de los tratados internacionales con relación a la Constitución, estableciendo que éstos, sin importar su materia, están subordinados a ella y que el “control de la convencionalidad” es una variante del control de la legalidad, todo lo cual se puede hacer sin perjuicio de la protección adecuada de los Derechos Fundamentales mediante las Garantías Constitucionales, según se desprende de los diversos casos de Derecho comparado señalados en el capítulo cuarto. En cuanto a los cambios relativos al Juicio de Amparo aprobados en 2011 debe eliminarse la idea de utilizarlo para lograr una declaratoria de anticonstitucionalidad de las normas generales con efectos definitivos por reiteración, para lo cual es preferible incorporar a nuestro sistema un nuevo recurso de control denominado “cuestión de anticonstitucionalidad”, como el

que existe en Italia, según el sistema de control concentrado estudiado en el capítulo segundo de este trabajo, dedicado al sistema italiano de control de la constitucionalidad, toda vez que con este recurso, mediante una sola sentencia se eliminaría a la norma general en definitiva.

**VIGÉSIMA.-** La reestructuración de las “acciones de inconstitucionalidad” y de las “controversias constitucionales” que proponemos corresponde al diseño de un sistema “concentrado” de control de la constitucionalidad, el cual debe substituir a nuestro sistema incongruente e ineficaz, consecuencia de una mezcla de este modelo tomado como base de la reforma de 1995 y del sistema “difuso” que seguimos teniendo, basado en nuestro país en el Juicio de Amparo, recurso que sirvió de guía indebidamente seleccionada para diseñar los nuevos recursos de control antes referidos, los cuales fueron concebidos y son aplicados como si fueran una extensión de este juicio, o una variante del mismo, lo cual explica en gran medida el defecto general de origen de la reforma constitucional en la materia llevada a cabo hace casi veinte años, complicada por las siguientes reformas, en especial, la de hace dos años.

## ÍNDICE

|              | pág. |
|--------------|------|
| INTRODUCCIÓN | I    |

### CAPÍTULO PRIMERO CONCEPTO Y FUNDAMENTOS TEÓRICOS DEL CONTROL DE LA CONSTITUCIONALIDAD

|  |           |
|--|-----------|
| <b>La Constitución y el Sistema Político.....</b>  | <b>4</b>  |
| ❖ La Democracia no tiene un contenido esencial y exclusivamente político, ni electoral.....                  | 7         |
| ❖ La Democracia no se fundamenta sólo en la legalidad electoral.....   | 10        |
| ❖ La Democracia no es sinónimo de “alternancia en el poder”.....   | 11        |
| <br><b>El Sistema Constitucional y el concepto de Constitución</b>   |           |
| La Constitución (Tipo de Estado y forma de gobierno).....  | 16        |
| <br><b>La defensa de la Constitución y el de control de la constitucionalidad.....</b>                       | <b>21</b> |
| <br><b>Control de la constitucionalidad, control de la legalidad y control de la “convencionalidad”.....</b> | <b>25</b> |

### CAPÍTULO SEGUNDO EL SISTEMA ITALIANO DE CONTROL DE LA CONSTITUCIONALIDAD

|  |           |
|--|-----------|
| <b>La Corte Constitucional Italiana.....</b>           | <b>32</b> |
| ❖ Composición de la Corte Constitucional italiana..... | 34        |
| ❖ Funcionamiento y competencia.....                    | 35        |

|   |           |
|---|-----------|
| <b>El juicio de legitimidad constitucional y la cuestión de constitucionalidad.....</b>   | <b>37</b> |
| ❖ Acceso al juicio de legitimidad constitucional.....   | 37        |
| ❖ Tipo de juicio, su parámetro y su objeto.....   | 39        |
| <br><b>La repercusión del derecho comunitario en el sistema constitucional italiano<br/>y el llamado “control de la convencionalidad” .....</b> | <b>40</b> |
| <br><b>Control abstracto de la constitucionalidad de:</b>   |           |
| ❖ Leyes de revisión constitucional y de leyes constitucionales.....   | 43        |
| ❖ Estatutos Regionales ordinarios.....  | 45        |
| ❖ Actos del Estado con fuerza de ley.....   | 47        |
| <br><b>Los conflictos de atribución entre los órganos del estado.....</b>   | <b>51</b> |
| ❖ Los conflictos de atribuciones entre el Estado y<br>las Regiones o entre las propias Regiones.....  | 56        |
| <br><b>EL juicio sobre la acusación del Presidente de la República.....</b>   | <b>58</b> |
| <br><b>Juicio de admisibilidad del referéndum abrogatorio.....</b>  | <b>60</b> |
| <br><b>Las sentencias de la Corte constitucional y el problema de<br/>las sentencias interpretativas.....</b>                                   | <b>63</b> |
| ❖ Sentencias de aceptación reductivas.....  | 66        |
| ❖ Sentencias sustitutivas.....  | 67        |
| ❖ Sentencias aditivas .....   | 67        |
| ❖ Sentencias aditivas de principios.....  | 68        |
| ❖ Las sentencias de advertencia.....  | 69        |

**CAPÍTULO TERCERO**  
**ESTUDIO COMPARADO ENTRE EL SISTEMA MEXICANO Y EL SISTEMA**  
**ITALIANO DE CONTROL DE LA CONSTITUCIONALIDAD**

**PRIMER APARTADO**

**El órgano o los órganos de control.....71**

**México.....76**

**Italia.....77**

**SEGUNDO APARTADO**

**Los recursos de control y los aspectos procesales más importantes para su aplicación.....78**

**El control abstracto de la constitucionalidad de las normas generales.....78**

**Análisis comparativo**

❖ **Sujetos legitimados para interponer el recurso.....81**

❖ **Objeto o materia del recurso.....85**

❖ **Votación para emitir la sentencia y efectos de la misma.....87**

**Los conflictos entre los órganos constituidos del Estado.....88**

**Análisis comparativo**

❖ **Sujetos legitimados para interponer el recurso.....91**

❖ **Objeto o materia del recurso.....94**

❖ **Votación para emitir la sentencia y efectos de la misma.....95**

**Competencia adicional de la Corte Constitucional.....96**

**TERCER APARTADO**

**El control concreto de las normas generales y la protección de los derechos fundamentales .....98**

**Otros medios de control de la constitucionalidad en el caso de México.....104**



**CAPÍTULO CUARTO  
EL NUEVO SISTEMA MEXICANO DE CONTROL DE LA  
CONSTITUCIONALIDAD**

|  |            |
|--|------------|
| <b>Aspectos generales de la propuesta.....</b>   | <b>107</b> |
| <b>Cambios conceptuales y precisiones terminológicas.....</b>  | <b>109</b> |
| <b>Creación de un Tribunal Constitucional y reorganización del sistema de distribución de competencias en materia de control de la constitucionalidad.....</b> | <b>116</b> |
| ❖ Integración del Tribunal Constitucional.....   | 117        |
| ❖ Competencia del Tribunal Constitucional.....   | 119        |
| <b>Modificaciones estructurales de los recursos de control de la constitucionalidad.....</b>   | <b>122</b> |
| ❖ Las Acciones de Inconstitucionalidad.....  | 122        |
| ❖ Las Controversias Constitucionales.....  | 130        |
| ❖ El Juicio de Amparo y el Control de la Constitucionalidad en materia Electoral.....  | 132        |
| <b>Creación de medios de control de la constitucionalidad, adicionales a los que existen en nuestro sistema.....</b>   | <b>133</b> |
| <b>CONCLUSIONES.....</b>   | <b>137</b> |
| <b>BIBLIOGRAFÍA.....</b>   | <b>149</b> |

## BIBLIOGRAFÍA

Alexy, Robert *et al.* *Derechos sociales y ponderación*. Fundación coloquio jurídico Europeo. Madrid, 2007.

Barbera Augusto, *Le basi filosofiche del costituzionalismo. Costituzioni e costituzionalismo*, Editori Laterza, Roma-Bari, 2006.

Barbera Fusaro et Fusaro Carlo, *Corso di Diritto Pubblico* 7ª edizione, ed, Società editrice il Mulino, Bologna Italia, 2012.

----- et Morrone Andrea. *La Reppubblica dei referendum* il Mulino, Italia, 2003.

Brage Camazano Joaquín, *La acción de inconstitucionalidad*, Instituto de Investigaciones Jurídicas. Serie G., Estudios Doctrinales. 2º ed. Edit. U.N.A.M., México, 2000.

Bobbio Norberto, *El futuro de la democracia; Tema Democracia, Discurso, Ensayos y Conferencias* trad. de José F. Fernández Santillán. Editorial Fondo de Cultura Económica, México, 1986.

Corona Nakamura Luis Antonio, *Democracia y gobernabilidad*, Memoria del IV Congreso Nacional de Derecho Constitucional II; Ponencia: Democracia Semidirecta en México, Instituto de Investigaciones Jurídicas, Serie Doctrinas Jurídicas, Número 63. 1era. ed. Edit. U.N.A.M., 2001.

Covián Andrade, Miguel. *La teoría del Rombo*. Ingeniería Constitucional del Sistema Político Democrático. Edit. CEDIPC, A.C. 1ª reimpresión. México, 2002.

----- *El sistema político mexicano. Legitimidad electoral y control del poder político.*, 1ª ed., Edit. CEDIPC A.C., México, 2004.

----- *El Control de la Constitucionalidad en el Derecho Comparado*. Centro de Estudios de Ingeniería Política y Constitucional A.C., México, 2001.

Covián Andrade Miguel, *Diez estudios antidogmáticos sobre el sistema constitucional mexicano*. 2nda reimpresión, Edit. CEDIPC A.C., México, 2012.

----- *Fundamentos teóricos del control de la constitucionalidad*, CEDIPC A.C., México, 2010

----- *La Suprema Corte y el Control de la Constitucionalidad* (Diez años de fallas e imprecisiones), CEDIPC A.C., México, 2005.

----- *¿Cómo transformar el sistema político sin reformar el Estado social?* CEDIPC A.C., México, 2005.

Dancy, Jonathan, *Ethical Particularism and Morally Relevant Properties*, Ed Oxford University Press, New Series, Vol. 92, No. 368 (Oct., 1983).

----- *Moral Particularism*, Standford Encyclopedia of Philosophy, First published, 2009

Fioravanti Maurizio, *Il valore della costituzione*, 1° ed, GLF Laterza editori, Italia 2009.

García de Enterría Eduardo, *La constitución como norma y el tribunal constitucional*. 4ª ed., Editorial Aranzadi, Navarra España, 2006.

Hans Kelsen, *Teoría general del Derecho y del Estado*, UNAM, México, 1988.

Heller, Hermann, *Teoría del Estado*, 12ª, edit. F.C.E, México, 1987.

Juventino Castro y Castro, *El art. 105 constitucional*, editorial Porrúa, cuarta edición, México, 2001

Lasalle Ferdinand, *¿Qué es una Constitución?*, Edit. Colofón S.A. de C.V., 2009.

Malfatti E., Panizza S., Romboli R. *Giustizia Costituzionale*, 3<sup>ed</sup>, Guiappichelli Editore, Torino, 2011.

Martín de la Vega, Augusto, *La sentencia constitucional en Italia*, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, Madrid, 2003.

Mezzetti L., Belletti M., D'orlando E., Ferioli E. *La Giustizia Costituzionale*, Ed. CEDAM, Milano 2007.

Morrone Andrea, *Il Custode della ragionevolezza*, Seminario Giuridico della Università di Bologna CCXIII, Giuffrè Editore, Milano 2001.

----- *Il diritto costituzionale nella giurisprudenza*. 4<sup>o</sup> edizione, Casa Editrice Dott. Antonio Milani, CEDAM., Bologna 2012.

Odone Cecilia e Di Federico Giacomo, *Il recepimento delle direttive dell'Unione Europea nella prospettiva delle regioni italiane*, Editoriale Scientifica Napoli, Italia, 2010.

Pegoraro A., Reposo e Volpi M., *Diritto Costituzionale Italiano e Comparado.*, 2<sup>o</sup> ed., Bologna, 1997.

Pegoraro Lucio, *La justicia constitucional una perspectiva comparada*, Editorial Dykinson, S.L. Madrid, 2004.

----- *Tribunales constitucionales y revisión de la constitución"*, Revista de las Cortes No 47, 1999.

Rodotà Stefano, *Diritto e culture della politica*, 1<sup>o</sup> ed, Carocci editore, Italia, 2004.

Ruggeri A. et Spadaro A. *Lineamenti di giustizia costituzionale*, 4ta ed, Giappichelli Editore, Torino, 2009.

Schmitt, Carl. *Teoría de la Constitución*, Editora Nacional, México, 1981.

Silva Ramírez Luciano, *El control judicial de la constitucionalidad y el Juicio de Amparo en México*, Porrúa, México, 2<sup>a</sup> edición, 2010.

Sorrentino Federico, *Le fonti del diritto italiano*. casa editrice CEDAM, Italia, 2009.

*Tribunales constitucionales y democracia*, 2ª ed, Comité Editorial y Dirección General de la Coordinación de Compilación y Sistematización de Tesis de la Suprema Corte de la Justicia de la Nación, México 2008.

Trujillo Rincón María Antonia, *Los conflictos entre órganos constitucionales del Estado*. Publicaciones del Congreso de los Diputados. Monografías. Serie IV, Núm. 25

Zagrabelsky Gustavo, et Marcenó Valeria, *Lineamenti di Giustizia Costituzionale*. Il Mulino, Italia, 2012.

----- *El derecho dúctil*. La ley, derechos, justicia, trad. de Marina Gascón, Editorial Trotta, Madrid 1995.

## **OTRAS FUENTES**

*Constitución de los Estados Unidos Mexicanos*:  
<http://www.diputados.gob.mx/LeyesBiblio/>

*Comentario della costituzione* a cura di Branca Giuseppe, *Garanzie Costituzionali*, Art.134-139, Istituto Giuridico Bologna, Italia. 1981.

*Enciclopedia del diritto*, XXXI, Direzione Mortati Costantiono et *all.*, Edit. Giuffrè editore, Italia, 1981,

Lectio magistralis “*Il ruolo del giudice costituzionale in una dimensione giuridica globale*” impartido por la Juez de la Corte Costituzionale Marta Cartabia, el 28 novembre del 2012., en la Università de Bologna.

Senato i convegni (della sala Zuccari)  
Senado y convenios( de la sala Zuccari)  
**VITTORIO EMANUELE ORLANDO**  
**LO SCIENZIATO, IL POLITICO E LO STATISTA**  
Ed. Rubbentino:

<http://books.google.com.mx/books?id=aqaGEGIAEGUC&pg=PA10&lpg=PA10&dq=Vittorio+Emanuele+Orlando,+Benedetto+Croce&source=bl&ots=3R49xW-Hfl&sig=Jk5VSgZSazvzJEoapJdB9eqVCLE&hl=en&sa=X&ei=c2mKUL6bF8b44QSN0YHoCg&ved=0CDQQ6AEwAw#v=onepage&q=Vittorio%20Emanuele%20Orlando%2C%20Benedetto%20Croce&f=false>

Assemblea Costituente. *Atti della Commissione Costituzionale*, Vol. IV, Roma, Segretario Generale della Camera dei Deputati.

Legge costituzionale 9 febbraio 1948, n. 1

*Norme sui giudizi di legittimità costituzionale e sulle garanzie di indipendenza della Corte costituzionale*

Legge costituzionale 11 marzo 1953, n. 87

*Norme sulla costituzione e sul funzionamento della Corte costituzionale* (G.U. 14 marzo 1953, n. 62).

*La sentenza n. 1146 del 1988.*, Punto n.2.1. del Considerato in diritto. Consulta: <http://www.giurcost.org/decisioni/1988/1146s-88.html>

*Sentenza 171 del 2007.* Punto 6 del Considerato in diritto. Consulta: <http://www.giurcost.org/decisioni/2007/171s-07.html>

Entrevistas personales y directas (en italiano) con juristas y especialistas de la Corte constitucional italiana, como el Dr. Paolo Passaglia (quien a su vez es catedrático en la Universidad de Pisa), mi tutor el Direttore Vicario del Departamento de Ciencias Jurídicas “A. Cicu”, de la Universidad de Bologna, Dr. Andrea Morrone y la juez de la Corte Constitucional Italiana Marta Cartabia.