



UNIVERSIDAD NACIONAL AUTÓNOMA DE MÉXICO

FACULTAD DE DERECHO

SEMINARIO DE DERECHO CONSTITUCIONAL Y DE AMPARO

**“ORIGENES Y MODELOS DE CONTROL CONSTITUCIONAL: UN
ESTUDIO COMPARADO ENTRE FRANCIA, ESTADOS UNIDOS, AUSTRIA
Y MEXICO”**

**TESIS
QUE PARA OBTENER EL TITULO DE
LICENCIADO EN DERECHO**

**PRESENTA:
JUAN MANUEL RODRIGUEZ CESAR**

**ASESOR:
DR. ARMANDO GUADALUPE SOTO FLORES**

CIUDAD UNIVERSITARIA, CD. MX., OCTUBRE 2016



Universidad Nacional
Autónoma de México



UNAM – Dirección General de Bibliotecas
Tesis Digitales
Restricciones de uso

DERECHOS RESERVADOS ©
PROHIBIDA SU REPRODUCCIÓN TOTAL O PARCIAL

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

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



UNIVERSIDAD NACIONAL
AUTÓNOMA DE
MÉXICO

UNIDAD DE SEMINARIOS "JOSÉ VASCONCELOS"
FACULTAD DE DERECHO
SEMINARIO DE DERECHO CONSTITUCIONAL Y
DE AMPARO

Cd. Universitaria, Cd. Mx., 9 de septiembre de 2016.

DIRECCIÓN GENERAL DE LA ADMINISTRACIÓN
ESCOLAR DE LA U.N.A.M.
P R E S E N T E.

Por este conducto, me permito comunicar a usted, que el pasante **RODRÍGUEZ CESAR JUAN MANUEL** con número de cuenta 40504543-7 bajo la supervisión de este Seminario, elaboró la tesis intitulada "**ORÍGENES Y MODELOS DE CONTROL CONSTITUCIONAL: UN ESTUDIO COMPARADO ENTRE FRANCIA, ESTADOS UNIDOS, AUSTRIA Y MÉXICO**", realizada con la asesoría del profesor **Dr. Armando Guadalupe Soto Flores**.

Con fundamento en los artículos 8º fracción V del Reglamento de Seminarios, 19 y 20 del Reglamento General de Exámenes de la Universidad Nacional Autónoma de México, por haberse realizado conforme a las exigencias correspondientes, se aprueba la nombrada tesis, que además de las opiniones que cita, contiene las que son de exclusiva responsabilidad de su autor. En consecuencia, se autoriza su presentación al Jurado respectivo.

"El interesado deberá iniciar el trámite para su titulación dentro de los seis meses siguientes (contados de día a día) a aquél en que le sea entregado el presente oficio, en el entendido de que transcurrido dicho lapso sin haberlo hecho, caducará la autorización que ahora se le concede para someter su tesis a examen profesional, misma autorización que no podrá otorgarse nuevamente, sino en el caso de que el trabajo recepcional conserve su actualidad y siempre que la oportuna iniciación del trámite para la celebración del examen haya sido impedida por circunstancia grave, todo lo cual calificará la Secretaría General de la Facultad"

A T E N T A M E N T E
"POR MI RAZA HABLARÁ EL ESPÍRITU"
DIRECTOR DEL SEMINARIO

LIC. EDMUNDO ELÍAS MUSI

**LIC. EDMUNDO ELIAS MUSI.
DIRECTOR DEL SEMINARIO DE DERECHO CONSTITUCIONAL
Y DE AMPARO.
FACULTAD DE DERECHO.
UNIVERSIDAD NACIONAL AUTONOMA DE MEXICO.
PRESENTE.**

Estimado maestro:

Por este conducto me permito comunicarle respetuosamente a usted, que en mi concepto el trabajo de tesis elaborado por el alumno **Juan Manuel Rodríguez Cesar**, con número de cuenta 405045437, titulado "**ORIGENES Y MODELOS DE CONTROL CONSTITUCIONAL: UN ESTUDIO COMPARADO ENTRE FRANCIA, ESTADOS UNIDOS, AUSTRIA Y MEXICO**", ha quedado concluido, cumpliendo así con los requisitos que establecen las legislaciones académicas y universitarias para este tipo de labores.

Agradezco de antemano la atención que se sirva dar a la presente y aprovecho la ocasión para enviarle un cordial saludo.

Atentamente



Dr. Armando Guadalupe Soto Flores

Ciudad de Mexico a 22 de agosto de 2016.

AGRADECIMIENTOS.

A dios; por ser esa voz que te susurra al oído que “vale la pena intentarlo” a cada momento.

A mi familia, por apoyarme y respaldarme en todo momento aun cuando no lo mereciese del todo.

A la Universidad por darme la oportunidad de ampliar mis fronteras en medio de un ambiente de respeto, tolerancia y fraternidad; y finalmente por dejarme ser parte de ese gran esfuerzo colectivo y nacional que es la Universidad Nacional Autónoma de México.

Al Lic. Mauro Rodríguez González por ser la primera inspiración para tomar este rumbo profesional.

Al Dr. Armando Guadalupe Soto Flores, por su tiempo, disposición y apoyo para realizar el presente trabajo.

Al Dr. Alejandro Madrazo Lajous, por su interés, sus incisivas y valiosas observaciones que sirvieron en gran medida para desarrollar este trabajo.

A la memoria de un gran hombre, Mauro Rodríguez Gómez:

“porque la vida nunca estará del todo mal, si acaso, poco más o menos”



INDICE:

ABREVIATURAS.....1

INTRODUCCION.....2

CAPITULO I.- ANALISIS TEORICO HISTORICO DE ORIGEN DE LA JUDICIAL REVIEW EN LOS ESTADOS UNIDOS.....5

1) SITUACION SOCIOPOLITICA PREVIA AL CASO MARBURY VS MADISON.....5

2) EL CASO MARBURY VS MADISON.....20

3) STUARD VS LEARD (EL CASO QUE NO FUE).....34

4) ACERCAMIENTO A LA EVOLUCIÓN DE LA JUDICIAL REVIEW EN LOS ESTADOS UNIDOS.....46

CAPITULO II.- ANALISIS TEORICO HISTORICO DEL CONTROL CONSTITUCIONAL EN FRANCIA.....52

1) ¿PROHIBICIONISMO REVOLUCIONARIO FRANCES SOBRE EL CONTROL JUDICIAL DE CONSTITUCIONALIDAD DE LA LEY?.....53

2) LA EXCEPCION: EL PROYECTO SIEYES.....70

3) EL FINAL DE LA REVOLUCIÓN Y EL SENADO CONSERVADOR.....84

4) LA 2ª REPUBLICA Y EL 2º IMPERIO.....90

5) LA 3ª REPUBLICA FRANCESA.....	93
6) LA 4ª REPUBLICA FRANCESA.....	97
7) LA 5ª REPUBLICA FRANCESA.....	98

CAPITULO III.- EL MODELO DE CONTROL KELSENIANO EN AUSTRIA Y SU ENFRENTAMIENTO CON SCHMITT.....108

1) BASES TEÓRICAS DEL MODELO CONCENTRADO DE KELSEN Y SU DEBATE CON SCHMITT.....	108
2) ESTRUCTURA DEL MODELO DE CONTROL CONSTITUCIONAL AUSTRIACO.....	127

CAPITULO IV.- BREVE ACERCAMIENTO AL MODELO MEXICANO DE CONTROL CONSTITUCIONAL.....140

1) ANTECEDENTES DE MEDIOS DE CONTROL CONSTITUCIONAL PREVIOS A LA APARICIÓN DEL JUICIO DE AMPARO.....	141
2) SURGIMIENTO DEL JUICIO DE AMPARO.....	156
3) ANALISIS DE LA REFORMA CONSTITUCIONAL DE 1995 Y EL NUEVO MODELO DE CONTROL CONSTITUCIONAL.....	167
3.1) UN CAMBIO DE RUMBO. LA REFORMA CONSTITUCIONAL DE 1995. ANTECEDENTES INMEDIATOS.....	167
3.2) LA REFORMA DE 1995.....	168

3.3) LOS ORGANOS CONTROLADORES.....	170
3.3.1) LA SUPREMA CORTE DE JUSTICIA DE LA NACIÓN...	171
3.4) INSTRUMENTOS DE CONTROL CONSTITUCIONAL.....	177
3.4.1) LA CONTROVERSIA CONSTITUCIONAL.....	177
3.4.2) LA ACCIÓN DE INCONSTITUCIONALIDAD.....	179
3.4.3) EL JUICIO DE AMPARO.....	182
4) LAS REFORMAS CONSTITUCIONALES DE 2011 Y LA NUEVA LEY DE AMPARO.....	186
4.1) ANTECEDENTES A LAS REFORMAS CONSTITUCIONALES DE 2011.....	186
4.2) LAS REFORMAS CONSTITUCIONALES DE 2011.....	195
CONCLUSIONES.....	203
ANEXO.....	209
BIBLIOGRAFIA.....	211

ABREVIATURAS:

CPEUM: Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos.

LOPJF: Ley Orgánica del Poder Judicial de la Federación.

LA: Ley de Amparo, reglamentaria de los artículos 103 y 107 de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos.

LR105: Ley reglamentaria de las fracciones I y II del artículo 105 de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos (Nueva).

LA1936: Ley reglamentaria de las fracciones I y II del artículo 105 de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos (Anterior, publicada en el Diario Oficial de la Federación el 10 de enero de 1936).

LGSMIME: Ley General del Sistema de Medios de Impugnación en Materia Electoral.

SCJN: Suprema Corte de Justicia de la Nación.

INTRODUCCION

El constitucionalismo es en la actualidad una de las ideas dominantes dentro del discurso y prácticas políticas. Dicha idea trae aparejado en su esencia el concepto de control. La constitución aparece como medio de organización, legitimación y en gran medida control del poder; dicho lo anterior, la propia constitución precisa de instrumentos que velen por su protección y eviten la violación de sus preceptos de manera efectiva frente a los órganos del poder público.

Frente a esta cuestión, han surgido diversos mecanismos de control de constitucionalidad de la ley y de los actos emitidos por los órganos del poder público.

Dichos mecanismos responden a la realidad histórica y política de cada país, aunque de manera general se han creado modelos de control de carácter concentrado y difuso de constitucionalidad así como órganos de defensa de naturaleza política.

Otro problema o debate en torno al tema de los modelos de control constitucional es el conflicto entre dos términos que dan fundamento a muchos de los sistemas estatales modernos en los cuales se desarrollan estos modelos, y son el concepto de democracia y el concepto de constitución. Frente a esta problemática se han dado acalorados debates desde los orígenes del constitucionalismo moderno; reconociendo lo extenso que es este tema per se, me limito a realizar un estudio comparado entre 4 modelos de control constitucional en el mundo.

Dicho estudio pondrá especial énfasis en los orígenes de los diversos modelos y los debates que se dieron cuando se discutía la estructura de cada uno de ellos, lo que nos permitirá acercarnos a la raíz ideológica que fundamenta cada modelo y puede explicar las consecuencias y sentidos que ha tomado su ejercicio en la realidad.

Al enfocarme en el análisis de los orígenes de los diversos modelos, realizo un acercamiento histórico (breve dada la extensión del tema) a los hechos dados en los momentos en que surgen dichos modelos para de esa manera entender el entorno.

Siguiendo esta misma línea, en lo referente al estudio del modelo norteamericano entro al estudio de la realidad circundante en los inicios de esta nación, los conflictos entre los diferentes órdenes de gobierno, los partidos que competían por ocuparlo, así como el estudio de algunos casos emblemáticos o significativos para nuestro tema.

En lo referente al modelo francés, se hace un análisis que pone especial énfasis en los debates y hechos dado durante la revolución francesa, para posteriormente pasar a realizar un análisis que toma como punto de referencia las diferentes republicas o regímenes por lo que ha pasado Francia.

En lo que se refiere a Austria se rescatan los debates entre Hans Kelsen (jurista que crea el sistema adoptado en ese país) y Carl Schmitt (jurista alemán) quien proponía un modelo diferente fundamentado fuertemente en una teoría política y del estado bastante interesante.

Por ultimo en el caso de México interesan y se desarrollan los antecedentes del actual modelo de control constitucional, esto a partir del surgimiento a la vida independiente de nuestro país.

El acercamiento a este tema y su origen me lleva a plantear diversas preguntas ¿Cuál es el órgano idóneo para fungir como garante de la constitución? ¿Qué modelo ha demostrado mayor eficacia o predominancia en el mundo? ¿Democracia y constitución son conceptos armónicos o esencialmente discordantes? ¿En los orígenes de los medios de control constitucional a que concepto se le dio mayor trascendencia? ¿Puede un medio de control constitucional a su vez defender la democracia? ¿Qué ideas para resolver el problema del control constitucional se quedaron en el papel?

Las anteriores son solo algunas de las interrogantes que surgen al entrar al análisis del tema en cuestión y que me hacen fijar mi interés en el desarrollo de este tema, advirtiendo el breve alcance del mismo y el surgimiento de nuevas preguntas que serían objeto de un futuro estudio.



I.- ANÁLISIS TEÓRICO-HISTÓRICO DEL ORIGEN DE LA JUDICIAL REVIEW EN LOS ESTADOS UNIDOS.

1) SITUACIÓN SOCIOPOLÍTICA PREVIA AL CASO *MARbury* VS *MADISON*.

Es usual comenzar el estudio histórico de la *judicial review* (control constitucional de leyes en sede judicial) a partir del célebre caso estadounidense *Marbury vs Madison*. Sin embargo para el presente estudio y dada la naturaleza del mismo (enfocadas a tratar de identificar las raíces histórico ideológicas de diversos modelos de control constitucional), comenzaremos el análisis a partir de los momentos previos a dicho caso. Interesan en particular los debates constitucionales, ya que muestran la raíz ideológica de la *judicial review*.

Para comprender el contexto del caso *Marbury vs Madison*, es importante realizar un breve recuento de las condiciones socio-político-económicas predominantes en los orígenes de la nación donde encuentra su origen esta peculiar figura y que sirven como antecedentes para comprender el marco e ideas que conlleva el modelo político en el que esta figura se desarrolló. Para esto me basaré en lo expuesto por el trabajo de Roberto Gargarella¹ en las páginas siguientes.

Durante la guerra de independencia de las 13 colonias, se hizo necesario establecer una forma de gobierno para la unión y manejo de los 13 miembros. Para este fin se firmó un acuerdo entre los miembros del Congreso Continental (órgano que inició como una asamblea intercolonial de delegados

¹ Gargarella, Roberto, La justicia frente al gobierno .Sobre el carácter contra mayoritario del poder judicial, España, ed. Ariel, 1996.



norteamericanos a partir de la cual se constituyó el órgano de gobierno que dirigió la guerra de la Independencia), conocido como los Artículos de la Confederación que fueron aprobados por el Congreso en 1777 y ratificados posteriormente por los diversos estados². De acuerdo a este texto, los estados miembros conservaban su autoridad soberana, mientras que el Congreso ahora de la Confederación era un órgano en el que estaban representados los estados y no el pueblo (lo que limitaba su poder) y funcionaba como un gran poder ejecutivo de carácter plural encaminado principalmente a procurar la defensa mutua y no como una asamblea legislativa.

Lo expuesto en el párrafo anterior se expresa en los siguientes artículos del ya mencionado texto que a la letra dicen³:

Art 2º.- Cada estado mantiene su soberanía, libertad e independencia, así como todo poder, jurisdicción y derecho que no haya sido expresamente delegado a esta confederación a través del Congreso.

Art 3º.- Por la presente los mencionados Estados entran respectivamente en un lazo firme de amistad los unos con los otros, a fin de procurar su defensa común, la seguridad de sus libertades y su mutuo y general bienestar, obligándose a la mutua asistencia contra cualquier fuerza o ataque realizado sobre todos o alguno de dichos estados, y

² El último estado en ratificar dicho documento es el de Maryland, el día 1 de marzo de 1781, esto debido a diversos conflictos de intereses al interior de los 13 estados. Véase Toinet Marie-France, El sistema político de los Estados Unidos, México, ed. Fondo de Cultura Económica, 1ª edición en español, 1994, págs. 28-29.

³ Varela Suazes, Joaquín (editor), Textos básicos de la historia constitucional comparada, España, ed. Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, 1998.



que se realice por razón de religión, soberanía, comercio, o cualquier otra pretensión.

De acuerdo a esta estructura confederada la mayoría de los poderes gubernamentales recaían en los gobiernos locales (muy en especial en las legislaturas locales), contrario a la estructura federal que tiempo después se adoptaría

Posterior a la promulgación de los mencionados artículos de la Confederación, se dio la firma del Tratado de París (3 de septiembre de 1783), con el que se puso fin a la guerra con Gran Bretaña y se reconoció la independencia y soberanía de las 13 colonias por parte de la corona británica.

Dentro de este contexto político, las condiciones socioeconómicas en el tardío siglo XVIII en las recién independizadas colonias inglesas eran bastante precarias para una mayoría de la población. Durante la guerra de independencia muchas personas habían puesto todas sus aspiraciones en búsqueda de un mejor nivel de vida.

La guerra de independencia dio un golpe severo a la economía de la nueva nación (en especial a los sectores más desaventajados de la sociedad).

Una cuestión que afectó directamente a la economía del naciente estado era la situación “comprometida” de la clase de grandes propietarios y comerciantes, ya que encontraron dificultad para adquirir créditos de sus otrora socios ingleses, además de que los mismos demandaban el pago de los créditos otorgados previo a la guerra. Estos al carecer de capital suficiente a su vez pasaron a ejercer



presión sobre sus deudores (pequeños deudores), que en general eran los campesinos y pequeños propietarios que habían abandonado sus actividades para apoyar la causa independentista ante las promesas de mejoría en su calidad de vida.

Esta situación se agudizó debido a que los acreedores ingleses exigían el pago de sus deudas en “efectivo” (moneda dura). Después de la guerra, existía una escasez de moneda circulante. Para los pequeños deudores resultaba difícil responder a sus deudas a través de un pago en especie⁴, esto se dificultó aún más tras la exigencia de hacerlo a través de moneda dura.

Otro factor que dificultó aún más el cumplimiento de estas obligaciones para los pequeños deudores fue el aumento de las tasas impositivas por parte de los gobiernos estatales.

En este contexto, los acreedores americanos acudieron a la justicia para hacer cumplir las obligaciones que recaían a los pequeños deudores. Esto provocó los primeros enfrentamientos entre la ciudadanía y los tribunales. Tan solo en el condado de Hampshire entre los años 1784 y 1786, 2977 pequeños propietarios fueron llevados a juicio por sus acreedores. Esto representó un aumento de más del 200% en el número de juicios promovidos con respecto al mismo lapso entre 1770 y 1772⁵, lo cual muestra la presión a la que estaban expuestos aquellos sectores de la población.

⁴ El pago en especie era una de las prácticas más habituales entre granjeros y comerciantes, por lo cual la exigencia de moneda dura agudizó el problema. Lo anterior es descrito a detalle en Gargarella, Roberto, *Crisis de la Representación Política*, Ed. Fontamara, 1ª edición, México 1997.

⁵ Óp. Cit. Nota 1, pág. 21.



Frente a esta situación la primer salida para los deudores, era acudir al órgano de gobierno más próximo; esto es al más representativo. En este caso el órgano de gobierno más próximo eran las asambleas locales, ante las cuales los pequeños propietarios exigían la emisión de papel moneda a fin de estar en condiciones para cumplir con sus obligaciones frente a los acreedores.

Frente a dichas demandas, inicialmente los poderes legislativos locales se mostraron renuentes a hacer cualquier tipo de emisión. Viéndose indefensos frente a sus acreedores, los pequeños deudores enfrentaron a los tribunales y llegaron a formar un movimiento de carácter “anti- judicial”. La protesta que consistía en obstaculizar la reunión de las cortes de justicia⁶, se propago a gran cantidad de estados, y trajo como consecuencia el surgimiento de rebeliones como las de Samuel Ely y- L. Day⁷. La que tuvo mayor importancia fue la llevada a cabo por Daniel Shays en Springfield, dado que en este poblado se encontraba el principal arsenal norteamericano⁸, al cual tenían acceso y los convertía en una amenaza real e importante para el gobierno americano en cuestión.

Estos levantamientos fueron dispersados con relativa facilidad. Sin embargo, fueron entendidos como una advertencia sobre probables conflictos de mayor magnitud. En consecuencia las asambleas locales comenzaron a tener en cuenta las demandas de este sector de la población. Esto se reflejó a través de una oleada de nuevas emisiones de papel moneda en diversos estados como Georgia, Pennsylvania y Nueva York para mencionar algunos. El caso más sonado es el de Rhode Island, donde la clase de los deudores se hicieron del gobierno del estado,

⁶ Cabe destacar que esta práctica no era del todo novedosa ya que, en años previos a la guerra de independencia de las 13 colonias, se llevaron a cabo movimientos para impedir el funcionamiento de los tribunales, un ejemplo es el llevado a cabo en el condado de Worcester para impedir la aplicación de diversas leyes fiscales impuestas por la corona Británica sin la participación de representantes de las mismas. E. Countryman, *American Revolution*, Londres, 1986, p. 71. Citado en Harman Chris, *Historia mundial del pueblo, España*, Ed Akal, 1ª ed., 2013, pág. 258.

⁷ Óp. Cit. Nota 4, pág. 17.

⁸ Óp. Cit. Nota 1, pág. 23.



a través de la elección de gobernador en 1786, en la que un fuerte representante de sus intereses, Jonathan Hazard ganó la elección.

Ya asumido su puesto de gobernador, este personaje no se limitó a realizar nuevas emisiones, sino que, estableció multas para aquellos acreedores reacios a aceptar el dinero procedente de estas emisiones como forma de pago. Además estableció que los jueces debían convocar a dichos acreedores de manera pública, si los acreedores persistían en su negativa a recibir pago con dinero de las emisiones, se darían por canceladas las deudas a su favor.

Estos acontecimientos, parecían algo inusitado. Las demandas de los pequeños deudores que hasta hacía pocos años eran vistos como ilegales y rebeldes, ahora eran implementadas por órganos gubernamentales legítimamente facultados para hacerlo. No se hizo esperar una ola de críticas por parte de los sectores afectados por dichas medidas. No solo criticaron las medidas per se, en palabras de Roberto Gargarella, la reacción ante las medidas de los partidarios de los pequeños propietarios llevó a la creación de una verdadera “teoría del comportamiento de las mayorías”, que como veremos más adelante, fue bastante sesgada en contra de ellas. Esta teoría se reflejaría en la justificación de la *judicial review*.

Diversos teóricos y políticos opinaron al respecto, entre ellos Alexander Hamilton y James Madison.

Por ejemplo Hamilton, en franca referencia a las circunstancias descritas, advirtió sobre la posibilidad de que los representantes populares se erigieran en



“dictadores perpetuos”, provocando un “despotismo legislativo” y en general la que para él era la peor tiranía posible “la de una mayoría victoriosa”.⁹

Una de las figuras más prominentes en el debate que se estaba llevando en estos momentos constituyentes en la vida política norteamericana fue James Madison. Su teoría sobre las facciones políticas, que sostenía en términos generales que cuanto mayor era el número de integrantes de una asamblea, mayor era el predominio de la pasión sobre la razón, pasión que era movida por intereses particulares y parciales. Dicha teoría influenció en gran medida la orientación del modelo político norteamericano en el que se enmarca la *judicial review*. Madison desarrolló una sofisticada serie de razonamientos que apoyaron argumentos como los ya expuestos. Primero acudiré a su opinión respecto de las emisiones de papel moneda. En su escrito pre constituyente denominado “Vicios del Sistema Político de los Estados Unidos”, aborda el problema, dentro de un apartado referente a las *transgresiones de los derechos de unos estados por otros estados* dice:

*“La emisión de papel moneda, los aplazamientos de deudas, el cierre de la vía judicial o el hacer de la propiedad un valor de curso legal, por citar algunos ejemplos, pueden considerarse eventualmente atentados contra los derechos de los otros estados”.*¹⁰

Madison, estaba bastante preocupado sobre una posible dictadura de la mayoría o alguna situación análoga; esto dada la complicación de revertir una situación apoyada por la mayoría. Reconocía que la dictadura también podía venir de la

⁹ *Ibidem*, pág. 25.

¹⁰ James Madison, *República y Libertad*, España, ed. Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, pág. 16.



minoría, pero argumentaba que esta, podía ser rebasada a través de los principios establecidos por el republicanismo.¹¹

Entrando a su teoría de las facciones, Madison las definía en el Federalista X:

*“Por facción entiendo cierto número de ciudadanos, estén en mayoría o en minoría, que actúan movidos por el impulso de una pasión común, o por un interés adverso a los derechos de los demás ciudadanos o a los intereses permanentes de la comunidad considerada en conjunto”.*¹²

Su definición abarca tanto a minorías como mayorías. Sin embargo Madison veía este espíritu faccioso acrecentado entre las mayorías, muy en especial dentro de las asambleas. Según él, dicho espíritu faccioso de las asambleas se demostraba en la injusticia, fragilidad y mutabilidad de las leyes locales y las ya mencionadas emisiones de moneda.¹³

Como muestra clara de su preocupación por las mayorías cabe citar lo dicho por él en el Federalista LVIII:

¹¹ Alexander Hamilton, James Madison y J. Jay, *EL FEDERALISTA*, México, Ed. Fondo de Cultura Económica, pág. 38. Esta serie de textos se escribieron con la finalidad de servir como propaganda a favor del proyecto constituyente de 1789, mismo que se encontraba bajo discusión al interior de los diferentes congresos locales.

¹² *Ibidem*, pág. 36.

¹³ A este respecto Madison decía, dicha injusticia solo podía encontrar dos respuestas, que dicho mal provenía de los cuerpos representativos o que residía en el pueblo mismo; a lo cual encontró su raíz en los representantes, dado que dentro de los motivos para hacerse de un puesto representativo, solía predominar la ambición y el interés personal, que enmascarado con el velo de las mayorías legislativas dejaban en último plano el bien público, esto aunado a la falta de ilustración de dichos representantes, hacía necesaria la limitación del poder de las legislaturas y el establecimiento de un contrapeso en el gobierno.



“Es sabido que cuanto más numerosa es una asamblea, sean las que fueren las personas que la compongan, más fuerte ha de ser el ascendiente de la pasión sobre la razón”.¹⁴

Roberto Gargarella señala que a partir de esta argumentación se crearon una serie de creencias acerca de las mayorías:

Que las mayorías tienden a actuar de manera irracional.

Que existen ciertas verdades básicas (políticas) que no pueden ser percibidas por la ciudadanía común (la mayoría).

Frente a las mayorías, Madison entendía “las minorías”, como posible objeto de los abusos de “las mayorías”. Esta forma de entender a las mayorías y a las minorías resulta un tanto limitada para concebirlas. Las “minorías” para Madison eran los sectores mejor situados en la economía de aquel país, idea de minorías bastante limitada con respecto a la que actualmente se puede tener.

Respecto a este tema, Hamilton también realizó diversos pronunciamientos, entre ellos destaca el realizado el 17 de junio de 1787, al referirse al nombramiento permanente de senadores y presidente:

“Todas las colectividades se dividen, en el interior de sí mismas, en una elite y una multitud, La primera son los ricos y la gente de buena cuna, la segunda está formada por la masa del pueblo. Se dice que la voz del pueblo es la voz de Dios y, sin embargo,

¹⁴ Ibídem, pág. 249.



aunque esta máxima se cita y adopta con frecuencia, no corresponde de hecho a la verdad. El Pueblo es turbulento y cambiante; muy rara vez juzga o decide razonablemente. En consecuencia, dese a la primera clase un lugar claro y permanente en el gobierno; esto va a contrarrestar la inseguridad de la segunda; y como de hecho no ve ninguna ventaja en el cambio, lógicamente mantendrá siempre un buen gobierno (...), Nada mejor que un cuerpo inmutable para contrarrestar la imprudencia de la democracia. Sus disposiciones turbulentas y sin freno exigen un contrapeso.”¹⁵

Como se puede observar la opinión sobre las mayorías era bastante negativa. Se les relacionaba con la irracionalidad, con un espíritu faccioso y sutilmente con la ignorancia. Ahora bien ¿cuáles fueron las medidas y propuestas para manejar las supuestas tendencias de la mayoría, dentro del desarrollo del modelo político norteamericano?

La respuesta a este cuestionamiento se encuentra enraizada en el modelo de frenos y contrapesos (fuertemente influenciado por el célebre Madison). Gargarella nos dice que este modelo tenía los siguientes objetivos básicos:

- a) Evitar las tendencias facciosas de las mayorías.
- b) Posibilitar la paridad de influencia política dentro del sistema a los dos sectores económicos del país (ricos y pobres).

¹⁵ Toinet, Marie-France, El sistema político de los Estados Unidos, México, Fondo de Cultura Económica, 1ª ed. En español 1994, págs. 34-35.



La razón principal de este modelo es posibilitar el equilibrio de fuerzas para evitar y remediar probables abusos o actitudes opresivas de parte de cualquiera de los dos grupos antagonistas¹⁶. Para lograr este equilibrio se tendrían que crear figuras que posibilitaran la paridad de fuerzas, de tal manera que tanto acreedores como deudores (ricos y pobres) tuvieran acceso al ejercicio del poder. Para lograrlo se desarrolló un refinado modelo de una república federal de carácter representativo, que tenía como características y directrices básicas las siguientes:

- a) El establecimiento de distritos extensos para las elecciones: Esta medida se adoptó pensando en que así se atenuaban las tendencias facciosas de la mayoría, asegurando que gente de probada respetabilidad (alejada de las tendencias populistas) fuera la que llegara a los puestos de representación política.
- b) Ejecutivo fuerte y unipersonal: Esta medida responde a que un órgano unitario, se veía como un órgano imparcial, alejado de las tendencias facciosas o populistas. Era un órgano aún más alejado del electorado, dada la extensión del mismo.¹⁷
- c) Poder de veto del ejecutivo: Esta figura se enmarca claramente en el modelo de frenos y contrapesos. A través de esta figura el ejecutivo sirve como contrapeso frente al actuar de legislativo (impidiendo la expedición de leyes erróneas e impropias), aunque advirtiendo que con un consenso mayor por parte propio legislativo puede rebasar el veto.

¹⁶ Esta preocupación es claramente expresada por Madison dentro del federalista X, en el cual expresa lo siguiente: Los propietarios y los que carecen de bienes han formado siempre distintos bandos sociales. Entre acreedores y deudores existe una diferencia semejante. Un interés de los propietarios raíces, otro de los fabricantes, otro de los comerciantes, uno más de los grupos adinerados y otros intereses menores, surgen por necesidad en las naciones civilizadas y las dividen en distintas clases, a las que mueven diferentes sentimientos y puntos de vista. La ordenación de tan variados y opuestos intereses constituye la tarea primordial de la legislación moderna, pero hace intervenir al espíritu de partido y de bandería en las operaciones necesarias y ordinarias del gobierno.

¹⁷ Respecto de este punto Hamilton hace una defensa de un poder ejecutivo fuerte en el federalista no. LXX.



d) Institución de la figura del senado: La inclusión de esta institución buscaba contrarrestar las supuestas predisposiciones para actuar de manera errónea (legislando contra los derechos de la minoría y en general actuar movidos por la pasión) por parte de la cámara baja. A través de la generación de un cuerpo selecto de gente sabia y virtuosa se pretendía contener los impulsos de un cuerpo identificado con las mayorías. El carácter selecto del senado se alcanzaría por medio de requisitos como la edad y otros factores cualitativos, el tamaño limitado del senado, la duración en el puesto y la forma indirecta de nombramiento.

e) El poder para celebrar tratados radica en el ejecutivo y el senado. Esta figura se basaba en los argumentos vertidos sobre la institución del senado que era visto como órgano iluminador y de dirección, además implica una limitación directa a la cámara baja, para contraer derechos y obligaciones con otros estados.

f) Elecciones espaciadas: A través del distanciamiento entre una elección y otra se pretendía dar mayor estabilidad a los funcionarios y hasta cierto grado evitar una rendición de cuentas continua de los representantes con el pueblo, para así alejar sus decisiones de los intereses facciosos de las masas, además de evitar de manera indirecta la revocación de mandato¹⁸.

g) Poder judicial independiente: A través de dos medidas, como la forma indirecta de nombramiento y la conservación de cargos judiciales; se buscaba alejar las decisiones provenientes de los órganos judiciales de las

¹⁸ Para este cometido se planteó un lapso de 2 años entre una elección legislativa y otra. En nuestro contexto dicho lapso nos parecería pequeño, pero de acuerdo al modelo americano que decía basarse en el romano (que tenía elecciones anuales) era un término bastante espaciado para este modelo.



influencias de la gente¹⁹, a fin de maximizar la imparcialidad de la judicatura.

h) Nombramiento de los jueces: La discusión más álgida se centró en la designación de los jueces de la Corte Suprema, en la que finalmente se le dio participación al senado, por considerarlo un órgano selecto y competente, esto a diferencia de su contraparte encontrada en la cámara baja, de la cual se esperaban nombramientos (como los denominó Madison) parciales e intrigantes.

i) Establecimiento de Tribunales federales: A través de la primera Ley Judicial de 1789 se crean los tribunales federales de 1ª instancia. Con esto se evitaba la resolución por parte de tribunales locales de cuestiones federales.

j) Establecimiento de competencia para la Corte Suprema en las Apelaciones a normas locales contrarias al Pacto Federal.

k) Rigidez Constitucional: Este presupuesto se basaba primeramente en una confianza total sobre la permanencia de lo hecho en futuras situaciones, desprendiéndose de esto la difícil posibilidad en que en el futuro otras convenciones contarán con este grado de ilustración y raciocinio de la que gozaron los integrantes de esta primera convención constituyente²⁰ (no tomando en cuenta que muchos sectores habían sido excluidos o mínimamente representados dentro del debate constituyente).

¹⁹ Continuando con la línea argumentativa que relaciona al poder judicial con un ente totalmente protector y hasta inofensivo se puede aludir lo dicho por Hamilton en el Federalista LXXVII: Porque estoy conforme con que no hay libertad si el poder de juzgar no está separado de los poderes ejecutivo y legislativo. “Y prueba, finalmente que como la libertad no puede tener nada que temer de la administración de justicia por si sola, pero tendría que temerlo todo de su unión con cualquiera de los otros departamentos”. Si bien su temor se dirige a los dos poderes restantes, más adelante, encuentra parte esencial de la tarea de los tribunales, limitar las malas leyes y actos represivos de la legislatura, dentro de un marco de una constitución limitada.

²⁰ Dichos integrantes provenían en su mayoría de los estratos superiores de la población, contaban con experiencia gubernamental, educación y en algunos casos con una carrera dentro de la abogacía. Frente a este



Un pilar dentro de este nuevo modelo fue el establecimiento de los denominados Colegios Electorales para la elección presidencial. Este mecanismo tiene por objetivo lograr una elección indirecta del ejecutivo norteamericano.

Este sistema fue adoptado por la convención constituyente reunida en Filadelfia entre mayo y septiembre de 1787. En dicha convención participaron 55 delegados de 12 estados, dado que el estado de Rhode Island no participó²¹.

La toma de este modelo no estuvo exenta de una fuerte discusión entre partidarios de la elección directa y la indirecta.

Dentro del bando de convencionistas que apoyaban la elección directa se encontraban figuras como las del convencionista y gobernador Morris, que al respecto manifestaba:

“el Magistrado encargado del Ejecutivo debe ser el guardián del pueblo, aun de las clases bajas contra la tiranía legislativa... si ha de ser el guardia del pueblo dejemos que sea electo por el pueblo.”²²

hecho aparecen dos tesis respecto a su objetivo al formar parte del constituyente de Filadelfia en 1787. ¿Buscaban solo preservar sus privilegios e intereses como clase dominante? O ¿Los movía solo la búsqueda del bien común?. Véase Óp. Cit. Nota 14, pág. 35.

²¹ Andrade Eduardo, *Deficiencias del sistema electoral Norteamericano*, México, ed. Instituto de Investigaciones Jurídicas UNAM, 2001, pág. 17.

²² Peirce, Neal R. *The People's President*, Nueva York, Simon and Schuster, 1998, pág. 41. Citado en Andrade Eduardo, *Deficiencias del sistema electoral Norteamericano*, México, ed. Instituto de Investigaciones Jurídicas UNAM, 2001 pág. 17.



Para Madison la figura de la elección directa parecía la más adecuada a pesar de sus “imperfecciones”. Madison consideraba que el presidente debía actuar para el pueblo y no para los estados.²³

Por el contrario Convencionistas como Gerry sostenía que el pueblo dada su desinformación podía ser desorientado insidiosamente. Para este congresista la propuesta parecía “radicalmente viciosa”.²⁴

El congresista Mason expresaba que dar esta potestad al pueblo se equipararía a “permitir a un ciego elegir colores, además de que la extensión del país hacía imposible que la gente tuviera la necesaria capacidad para juzgar a los candidatos.”²⁵

La solución a esta disyuntiva fue la creación de los colegios electorales, que aparecen como una solución intermedia. Dichos colegios se conformaban por electores designados en cada estado (de acuerdo al procedimiento establecido por la propia legislatura local), que posteriormente votarían para elegir al presidente.

De acuerdo a este modelo se buscaba que los electores fueran gente distinguida e ilustrada, para que la elección fuera la más adecuada.

Habiendo contextualizado la situación político, social y económica en la que se encontraba esta nación en sus orígenes, pasare a un análisis en concreto del célebre caso Marbury vs Madison a partir de sus antecedentes más inmediatos.

²³ Ídem.

²⁴ Ibídem. Pág. 18.

²⁵ Ídem.



2) EL CASO MARBURY VS MADISON.

Antes de entrar al estudio directo del célebre caso Marbury vs Madison me parece pertinente una breve semblanza del perfil y orígenes del autor principal en este caso, el mismo es John Marshall.

Nace en el condado de Westmoreland, Virginia, el 24 de septiembre de 1755²⁶. Desde los 18 años estudia los Comentarios de William Blackstone²⁷. Cursa estudios universitarios en la colonial Universidad de Williams and Mary y a partir de 1780 es autorizado a la práctica del derecho.

Combina su labor como jurista con la de político, en la cual desarrolla una amistad con Alexander Hamilton, mismo que lo promueve a diversos cargos públicos como el de representante en el Congreso Federal. En 1796 participa como litigante en un caso muy interesante y que puede explicar parte de su actuar en el caso Marbury vs Madison, el caso en cuestión es el Ware vs Hylton (3 Dallas 199).²⁸

En este caso se trata el problema de la jerarquía normativa, en específico el rango de los tratados internacionales en la estructura normativa estadounidense, caso en

²⁶ González Oropeza, Manuel, Marbury vs Madison: La política en la justicia, en “Estudios en Homenaje al Doctor Héctor Fix Zamudio en sus treinta años como investigador de las ciencias jurídicas”, Tomo I “Derecho Constitucional”, México, Instituto de Investigaciones Jurídicas UNAM, pág. 316.

²⁷ Cabe destacar que Blackstone dentro de la primera edición de su célebre obra realiza un ataque directo a la denominada tesis Coke. Esta tesis es dictada por el juez inglés Edward Coke en el año de 1610. En aquel año el doctor Thomas Bonham (médico que ejercía en Londres) fue requerido con la finalidad de ser examinado por el Royal College of Physicians. La misma lo declara incompetente, es sancionado y privado del ejercicio de su profesión. Frente a esta situación el doctor hace caso omiso y ejerce la misma, a lo cual es condenado a prisión de acuerdo a una Carta del Monarca Enrique VII, posteriormente categorizada como ley. Ante esta situación Bonham acude ante la Corte presidida por el juez Coke.

El juez declara la falta de jurisdicción del Royal College y considera nula la ley que en su caso brindaba competencia a este órgano. Con esto se establecería la autoridad de los jueces como árbitros entre el rey y la nación; además de la supremacía del common law sobre la autoridad del parlamento. Esta tesis aparecerá como uno de los más fuertes antecedentes a la figura de la judicial review. Véase Fernández Segado, Francisco, La Justicia Constitucional: una visión de derecho comparado, España, Dickinson, 2009, págs. 62-72.

²⁸ Óp. Cit., nota 26, pág. 317.



el cual se les categorizó en el mismo nivel que las leyes federales, y que representaba la obligación de que las leyes locales se ajustasen a lo pactado en los mismos.

Durante el mandato de George Washington es elegido delegado especial de los Estados Unidos para negociar un tratado de amistad con Francia (que para esas fechas de 1797 estaba en guerra con Inglaterra), encargo durante el cual enfrentó un episodio de corrupción a cargo del Ministro Francés de Relaciones Exteriores Talleyrand.²⁹

En 1798 ante la muerte del ministro de la Suprema Corte James Wilson queda vacante un lugar en la misma, frente a esta situación el Presidente John Adams le ofrece dicho cargo a Marshall, sin embargo, este prefiere seguir consolidando su carrera política como diputado federal en el Congreso.

En mayo de 1800 ocupa la secretaría de Estado dentro de la administración encabezada por el mencionado Adams.

Después de este breve acercamiento a la figura de Marshall entro al análisis de la realidad anterior inmediata en la cual se origina el caso *Marbury vs Madison*.

Después del congreso constituyente y ya derrotado el anti federalismo, se da una división fundamental entre los políticos norteamericanos, hecho que da surgimiento al primer sistema de partidos en los Estados Unidos. Los partidos nacientes son el federalista y el demócrata republicano³⁰.

²⁹ Véase Carbonell Miguel, *Marbury versus Madison: en los orígenes de la supremacía constitucional y el control de constitucionalidad*, artículo en *Revista Iberoamericana de Derecho Procesal Constitucional "Proceso y Constitución"*, Numero 5, Enero-Junio, 2006, México, 2006, Ed. Porrúa, 1ª edición, pág. 290.

³⁰ Estos surgen primordialmente a partir del conflicto político entre Hamilton y Jefferson, que si bien mostraban diferencias durante la presidencia de Washington, culminando el mandato de este último se da una ruptura definitiva. Véase Aguirre Pedro (Coordinador de colección), *Sistemas Políticos y Electorales Contemporáneos*, México, Ed. Instituto Federal Electoral, 2001, págs. 25-27. Jefferson encabezaba a los demócratas-republicanos. Proponían un gobierno federal menos fuerte y centralizado, apoyaban los intereses de los sectores mas desaventajados de la sociedad americana y veían con buenos ojos una relación con



En 1798 el congreso norteamericano aprobó la *Sedition Act*, misma que fue promulgada por John Adams el 14 de julio del mismo año³¹. Con esta legislación se suprimía y afectaban las libertades políticas, dado que se penalizaba hasta con 2 años de prisión “la redacción, impresión, declaración o publicación de cualquier escrito o escritos falsos, escandalosos o maliciosos contra el gobierno, contra el congreso o contra el presidente de los Estados Unidos con la intención de difamarlos, de provocarles desacato o mala reputación, o de instigar contra ellos el odio del buen pueblo de los Estados Unidos, o de provocar “sedición” dentro de los Estados Unidos o de promover asociaciones ilegales para oponerse a las leyes válidamente aprobadas o de apoyar los planes de potencias extranjeras contra los Estados Unidos³². El texto decía lo siguiente:

*“any person who shall write, print, utter or publish... any false, scandalous, and malicious writings against the government of the United States, or either house of the congress of the United States, or the president of the United States”*³³

Francia (revolucionaria). Hamilton y Adams encabezaban el Partido Federalista. Abogaba por un gobierno central poderoso, pugnaban por una relación con Inglaterra y ejercían políticas económicas encaminadas a la defensa de los intereses del empresariado estadounidense.

³¹ Arias Castaño, Abel, “*La Sedition Act de 1798 y el libelo sedicioso: la criminalización de la libertad de expresión*”, Revista Historia Constitucional, núm. 10, 2009 <http://www.historiaconstitucional.com>, pág. 298, revisado el 1 de noviembre de 2015.

³² *Ibíd*em, pág. 303. Esta normatividad era expedida fundándose en buena medida en base a la percepción proveniente de buena parte de la clase política norteamericana ante una inminente guerra con Francia. Dicha legislación era vista por sus impulsores como una forma de respuesta frente a dicha amenaza exterior. La precariedad y fragilidad de las relaciones entre Estados Unidos y Francia habrían surgido a partir de la celebración por parte del primero del Tratado de Jay, mismo que fue tomado por el gobierno francés como contradictorio frente a la neutralidad expresada por los Estados Unidos con anterioridad.

³³ Sutherland Bates Ernest, *The Story Of The Supreme Court*, Charter Books, New York, 1963, pág. 73. Citado en Valdés Clemente, *Marbury vs Madison. Un ensayo sobre el origen del poder de los jueces en los Estados Unidos*, Revista Iberoamericana de Derecho Procesal Constitucional, México, Numero 4, julio-diciembre 2005, pág. 320.



Cabe destacar que la votación para la aprobación de esta ley fue bastante reñida dentro del congreso, el resultado fue de 44 votos a favor y 41 en contra³⁴, mostrando de esta manera la divergencia de opiniones con respecto a esta ley.

Medidas como esta del gobierno federalista encabezado por John Adams, el conflicto de este con su compañero de partido Alexander Hamilton³⁵ y sus medidas a favor de los sectores más aventajados de la sociedad dejaron como consecuencia para el partido una “situación desastrosa”³⁶.

Para culminar esta situación Thomas Jefferson (del partido demócrata-republicano) fue electo presidente de la República, puesto que asumiría a partir del mes de marzo de 1801, habiendo derrotado a John Adams presidente en turno, en la competida elección presidencial.

El cuadro anteriormente descrito, es la realidad sociopolítica en la cual se ve inmerso el célebre caso *Marbury vs Madison*.

Adams al verse derrotado, procuro mantener algunas posiciones de poder en el gobierno federal. Sus fuerzas se dirigieron a mantener el mayor control posible sobre el aparato judicial. Ilustrativo de la estrategia del partido saliente (que

³⁴ Idem.

³⁵ Swindler William F. *The Constitution and Chief Justice Marshall*, introduction by Warren E. Burger, Chief Justice Of the United States, Dodd, Mead and Company, New York, 1978. Citado en Valdés Clemente, *Marbury vs Madison. Un ensayo sobre el origen del poder de los jueces en los Estados Unidos*, Revista Iberoamericana de Derecho Procesal Constitucional, México, Numero 4, julio-diciembre 2005, pág. 320.

³⁶ Swindler, William F., *The Constitution and Chief Justice Marshall*, Dodd, Mead & Company, New York, 1978, p. 5. Citado en Valdés Clemente, *Marbury vs Madison. Un ensayo sobre el origen del poder de los jueces en los Estados Unidos*, Revista Iberoamericana de Derecho Procesal Constitucional, México, Numero 4, julio-diciembre 2005, pág. 32.



buscaba su sobrevivencia), fue el nombramiento de Marshall³⁷ (su secretario de estado) como Presidente de la Suprema Corte.

Para el día 13 de Febrero de 1801 el congreso (federalista en su mayoría) aprobó la “Circuit Act”, misma que aumentó el número de Cortes de circuito, permitió al Presidente nombrar jueces de paz y jueces federales y además redujo el número de Ministros integrantes de la Suprema Corte.

Con esta nueva potestad, Adams realizó el nombramiento de 42 jueces de paz para el Distrito de Columbia. Así el saliente Adams en su último día en funciones (3 de marzo) dedicó la mayor parte de su tiempo a firmar las diversas designaciones judiciales.³⁸

Dado el apresuramiento bajo el cual estas se manejaron dichos nombramientos, muchos de estos se quedaron sin notificación para sus titulares, lo cual fue aprovechado por los entrantes Jefferson y su secretario Madison, que expresaron su negativa a darle efectos a dichos nombramientos.

³⁷ Cabe destacar que Marshall no fue la primera opción de Adams. En el año de 1800, el tercer presidente de la Corte Oliver Ellsworth renuncia al cargo, a lo cual Adams responde con el nombramiento de John Jay (autor participante en “El Federalista”, primer presidente de la Suprema Corte y gobernador de Nueva York). Este rehúsa aceptar el cargo alegando entre otras razones su oposición a la *Judiciary Act* de 1789, misma que organizaba el funcionamiento del Poder Judicial y que obligaba a los ministros de la Corte a Realizar un recorrido por los diversos circuitos Judiciales y dejando a La Corte como un órgano en funciones itinerante. Véase Óp. Cit. Nota 26, págs., 318-319. Interesante habría sido la expresión de Jay frente al caso *Stuard vs Leard*, caso muy relacionado con dicha norma y en el cual como se verá mas adelante en este trabajo conto con un actuar mas que discreto por parte de Marshall.

³⁸ Este hecho que provoco un mote a estos jueces que fue el de “*midnight appointments*”, que quiere decir, “encargos de medianoche”, mote que aún conserva para estos nombramientos de último minuto. MacCloskey, Robert G., *The American Supreme Court*, The University of Chicago Press, 1960, pág 41. Citado en Valdés Clemente, *Marbury vs Madison. Un ensayo sobre el origen del poder de los jueces en los Estados Unidos*, Revista Iberoamericana de Derecho Procesal Constitucional, México, Numero 4, julio-diciembre 2005, pág. 322.



Cuatro de los jueces de paz no confirmados, entre ellos William Marbury acudieron ante la Corte Suprema, solicitando expidiera una orden directa de entrega de sus nombramientos, bajo la figura de un *writ of mandamus*. La orden debía girarse a Madison, el nuevo Secretario de Estado de Jefferson, el Presidente entrante, para que este se viera obligado a dar curso a su nombramiento como juez. El fundamento legal de la petición de Marbury era la ley conocida como *Judiciary Act* de 1789, que otorgaba la potestad a la Corte de emitir cierto tipo de órdenes a la administración dependiente del poder ejecutivo.

Algunas de las posibles razones que habrían alentado a Marbury y sus compañeros afectados son esbozadas por Archibald Cox que expresa lo siguiente:

“Tal vez Marbury buscaba el cargo porque realmente lo quería, aunque dicho empleo difícilmente valía la pena. Más probablemente la demanda era parte de un plan de los federalistas que pensaban que podían avergonzar al nuevo presidente y ganar puntos a los ojos del público con una resolución en la que se dijera que el presidente Jefferson y su secretario Madison habían actuado ilegalmente al rehusarse a entregar el cargo.... Marbury y los otros jueces deben haberse sentido alentados por el hecho de que el nuevo jefe de justicia en esa Corte era John Marshall”³⁹

Cabe destacar, que Adams al verse derrotado en las elecciones, opta por alejarse de sus funciones como presidente, para lo cual regresa a vivir a su casa situada en Quincy, Massachusetts. Adams deja la presidencia a cargo de su Secretario de

³⁹ Cox, Archibald, *The Court and the Constitution*, Houghton Mifflin Company 1987, pág. 39. Citado en Valdés Clemente, *Marbury vs Madison. Un ensayo sobre el origen del poder de los jueces en los Estados Unidos*, Revista Iberoamericana de Derecho Procesal Constitucional, México, Numero 4, julio-diciembre 2005, pág. 324.



Estado Marshall. Un punto muy importante dentro de estos acontecimientos, es que, Marshall llega a desempeñar dos cargos al mismo tiempo, el cargo de Secretario de Estado y el de Jefe de Justicia en la Suprema Corte. De esta manera, Marshall el día 3 de Marzo de 1801, -en su papel de Secretario de Estado-, firma y sella el nombramiento de Marbury, mismo sobre el cual tendría que referirse posteriormente como Jefe de Justicia en la Suprema Corte.⁴⁰

Razones como las expuestas por Archivald Cox, y los antecedentes que se han analizado se puede observar el trasfondo político que subyace a este caso, y que da lugar a muchos cuestionamientos al respecto como los siguientes.

¿Cómo juzgaría Marshall una ley en la que había participado en su creación y aceptación?,

¿Obligaría a Madison a entregar los nombramientos que en su momento debía haber realizado el mismo y que por negligencia o descuido no los entregó?⁴¹o

¿Trataría de afectar la imagen de madison y Jefferson?

Marshall flamante presidente de la Corte y hasta hace poco Secretario de Estado de Adams, fue designado ponente del caso. Diversas opciones le aparecieron a Marshall. Por un lado podría haber rechazado simple y llanamente la petición, lo cual sentaría precedente e indicaría la imposibilidad de la Corte para ejercer algún tipo de poder sobre la administración (cuestión que ratificaba la tesis republicana).

⁴⁰ Valdés Clemente, *Marbury vs Madison. Un ensayo sobre el origen del poder de los jueces en los Estados Unidos*, Revista Iberoamericana de Derecho Procesal Constitucional, México, Numero 4, julio-diciembre 2005, pág. 321.

⁴¹ Cox, Archivald, *The Court end the Constitution*, Houghton Mifflin Company 1987, pág. 39. Citado en Valdés Clemente, *Marbury vs Madison. Un ensayo sobre el origen del poder de los jueces en los Estados Unidos*, Revista Iberoamericana de Derecho Procesal Constitucional, México, Numero 4, julio-diciembre 2005, pág. 322.



Por otro lado podría haber acogido la demanda y ordenar el nombramiento de Marbury como juez, lo que en realidad se veía poco probable, dado el gran apoyo popular con el que contaba la nueva administración y que daba posibilidad a la misma de simplemente desobedecer dicha resolución, (hecho que quedó demostrado con el silencio de Madison, al no realizar una defensa del caso ante la Suprema Corte⁴²) lo que mostraría la debilidad de la única fuente de poder real en el gobierno de parte del partido federalista⁴³.

Cabe decir que bajo una primera revisión, el derecho que demandaban los afectados era bastante claro, aun mas bajo el entendido que el juez ponente había participado en dichos nombramientos cuando fungía como secretario de estado. En la sentencia se reconoce tal derecho para después expresar la incapacidad de la corte para hacerlo valido, lo anterior puede observarse directamente en los siguientes fragmentos de dicha sentencia:

Primeramente el Juez Marshall identifica la existencia del legítimo derecho:

“La discrecionalidad del Ejecutivo se ejerce hasta que la elección se lleva a cabo. Pero una vez realizada la elección, ahí culmina el poder sobre el cargo, siempre que la ley determine que este no es removible a voluntad...”

⁴² Ackerman, Bruce, *MARBURY VERSUS STUART* (traducción de María Valvidares), *CUADERNOS MONOGRAFICOS DE TEORIA DEL ESTADO, DERECHO PÚBLICO E HISTORIA CONSTITUCIONAL*, No.4 “LA REBELION DE LAS LEYES” Demos y nomos: la agonía de la Justicia Constitucional, Coordinador Juan Luis Requejo Pages, pág. 181-182, versión electrónica link <http://www.unioviedo.es/constitucional/fundamentos>, recuperado el 3 de noviembre de 2015.

⁴³ Además del apoyo y fuerte respaldo con el que contaba el gobierno entrante, es importante resaltar el papel y fuerza real con la que contaba la Corte Estadounidense en aquellos años. Este organismo es proveído de un lugar de residencia fijo hasta 1801 (un cuarto del palacio legislativo denominado el capitolio). Otro factor que muestra la “fragilidad” de la Corte la comisión de tareas políticas o diplomáticas a sus Presidentes como el caso de John Jay y Oliver Ellsworth lo que también provoco que el ejercicio de sus cargos fuera corto. Véase Óp. Cit. Nota 26, págs. 318-319.



....Por tanto, el Sr. Marbury fue elegido, toda vez que el presidente firmo su nombramiento y el secretario de Estado lo sello: y como la ley que crea el cargo dio al empleado el derecho de ejercerlo por cinco años de forma independiente del Ejecutivo, el nombramiento es irrevocable y confiere al funcionario elegido derechos legítimos que están protegidos por las leyes de su Estado...

...La retención de su nombramiento es, por consiguiente, un acto que el Tribunal considera no respaldado por la ley, sino lesivo de legítimos derechos adquiridos”

El siguiente paso de Marshall es identificar la imposibilidad de expedir dicho mandamiento dado que la corte solo puede actuar como juez de instancia de apelación respecto del caso en cuestión.

Lo anteriormente expuesto implicaría un desechamiento llano por falta de jurisdicción, sin embargo el reconocimiento de esta falta de competencia para el caso en cuestión solo sirve como punto de partida para desarrollar la revisión de constitucionalidad que tenía en mente Marshall.

Ahora bien, frente a las dos alternativas ya expuestas, el Juez Marshall optó por una tercera salida mucho más inteligente y significativa (aunque cabe destacar que en realidad no atacó el fondo del problema, por lo que no se expresó al respecto del derecho que asistía a los demandantes). Primeramente ubicó la contradicción normativa entre la mencionada sección de la *judiciary act* y el



artículo 3º de la Constitución norteamericana, la cual solo facultaba a la Corte para emitir mandatos y ejercer jurisdicción, pero solo en segunda instancia, como juez de apelación. A la letra dice:

“Luego, para que este Tribunal pueda emitir un mandamiento debe demostrarse que se trata de un caso de competencia por apelación, o que es necesario capacitarlo para ejercer jurisdicción por vía de apelación...”

.... Es el criterio esencial de la jurisdicción por apelación, el que revisa y corrige procedimientos en causas ya fenecidas, y no crea ella misma el caso. Por ello, aunque es posible emitir un mandamiento a los tribunales inferiores, hacerlo respecto de un funcionario para que entregue un documento es lo mismo que intentar una acción originaria para la obtención de dicho documento y, por ello, no parece pertenecer a la jurisdicción apelada sino a la originaria...

... Por tanto, la autoridad otorgada a la Corte Suprema por la ley de organización judicial de los Estados Unidos para dictar mandamientos a funcionarios públicos, no parece hallarse respaldada en la Constitución, y se hace necesario preguntarse si puede ejercerse una competencia así conferida.”

De esta manera encontrando un fuerte argumento tanto jurídico como político y acoplado al mismo la cláusula de supremacía constitucional contenida en el



artículo 6º constitucional, la Corte se negó una competencia menor como la de emitir órdenes a la administración pública, pero establecía una facultad verdaderamente poderosa la del control de la regularidad constitucional de las normas del sistema jurídico norteamericano.

Para describir brevemente el sentido de la sentencia vale citar algunos otros pasajes de la misma:

“o la constitución controla cada acto del legislativo contrario a ésta o el legislativo puede alterar a propia discreción la constitución con una ley ordinaria”.

Entre estas alternativas no hay una salida intermedia. O la constitución es ley superior y suprema, no alterable por procedimientos ordinarios; o está al mismo nivel de los actos legislativos ordinarios, y, como tal, es alterable según la voluntad del legislativo.

Si la primera hipótesis es la verdadera, entonces un acto legislativo contrario a la constitución no es ley: si es verdadera la segunda, entonces las constituciones escritas son tentativas absurdas, por parte del pueblo, para limitar un poder en su naturaleza ilimitable.

“En realidad, todos aquellos que han elaborado constituciones escritas miran a éstas como a una ley suprema y fundamental y, como consecuencia, principio fundamental de cada uno de estos



gobiernos necesariamente será el de considerar nulo un acto legislativo contrario a la constitución”.

Se debe de reconocer a Marshall por crear un argumento sofisticado a partir de un caso que realmente solo tocaba de manera muy tangencial la inconstitucionalidad de una ley (por lo que no parecía el instrumento idóneo para justificar la *Judicial Review*⁴⁴), se reconoce su capacidad para crear una serie de argumentos bastante aceptables y convincentes; pero tal vez lo que más se le debiese de reconocer debería ser su astucia “política” más que jurídica, para crear y manejar un caso que resultase políticamente viable y exitoso, y explico.

Como ya comenté la situación para Marshall era bastante sombría, ya que se enfrentaba a una administración contraria, y con gran respaldo popular. Siendo así las cosas, una simple aceptación y declaración a favor de Marbury, hubiese mostrado la debilidad del máximo tribunal dado el inminente desacato por parte de Madison hacia dicho mandamiento. Declararse en contra del derecho de Marbury habría mostrado de manera implícita cierto temor y achicamiento frente al poder de la administración republicana.

La habilidad de Marshall se despliega a través de la identificación de un marco político ideal para fortalecer al máximo tribunal, sin tener un enfrentamiento directo (actitud que predominó en el actuar de Marshall) con la administración

⁴⁴ No lo era, ya que el caso Marbury vs Madison, solo tocaba de manera bastante tangencial la materia constitucional, además ninguna de las partes, dentro de sus alegatos, (no presentes por parte de la administración de Jefferson) atacaban la constitucional de alguna norma. Este caso se asemejaba más a un caso “ordinario” donde frente a la rebeldía de Madison, la Corte debía Emitir la Orden para el nombramiento de Marbury (aunque esto mostraría la debilidad de la Suprema Corte, ante la nueva administración). De esta manera la Corte de manera “Híper-activista” entro al estudio de una cuestión de trascendencia constitucional.



republicana⁴⁵. Esto en palabras de Marian Ahumada Ruiz se explica de la siguiente manera:

“El presidente del Tribunal consiguió, de la manera más hábil e inesperada, afirmar un enorme poder para los jueces sin provocar rechazo en uno de los momentos más críticos de la Historia del Tribunal. Nadie iba a considerar una usurpación del Tribunal la declaración de inconstitucionalidad de una ley que le atribuía jurisdicción.”⁴⁶

De esta manera podemos ver como resoluciones como la del caso Marbury y en particular el actuar de Marshall responden y se encuadran a un contexto y figuras específicas que dan forma a los modelos constitucionales y legales.

Por otro lado cabe decir que la aparición de la *Judicial Review* en el caso Marbury vs Madison no implica que el uso de dicha figura fue constante o determinante en la vida pública norteamericana de manera inmediata. El desarrollo de este modelo de control constitucional de carácter difuso, basado en el control de la regularidad constitucional de las leyes por parte de los jueces estadounidenses, que tienen como principio observar siempre en primera instancia la constitución y en su caso inaplicar las leyes que estimen contrarias a la misma, ha sido un proceso largo, acompañado por legislaciones nuevas y en armonía a la tradición del *common*

⁴⁵ Enfrentamiento que se hubiese dado en caso de actuar de la misma manera en un caso como *Stuart vs Leard*, que sí planteaba directamente la violación por parte de una ley hacia la constitución.

⁴⁶ Ahumada Ruiz, Marian, *MARBURY VERSUS MADISON DOSCIENTOS AÑOS (Y MAS) DESPUES, en FUNDAMENTOS, CUADERNOS MONOGRAFICOS DE TEORIA DEL ESTADO, DERECHO PUBLICO E HISTORIA CONSTITUCIONAL*, No.4 “LA REBELION DE LAS LEYES” Demos y nomos: la agonía de la Justicia Constitucional, Coordinador Juan Luis Requejo Pages, pág. 141, versión electrónica link <http://www.unioviado.es/constitucional/fundamentos>, revisado el 5 de noviembre de 2015.

La autora llega a estas conclusiones a partir del estudio y seguimiento de la obra biográfica de Marshall por parte de Albert Beveridge.



law, acompañado por diversos casos que han dado forma al modelo de control estadounidense actual.

Para ejemplificar como el impacto y las circunstancias han afectado el desarrollo de este modelo en el siguiente apartado entro a un breve estudio de un caso contemporáneo al *Marbury vs Madison* y que va muy ligado al mismo pero que fue resuelto de manera distinta.



3) STUART VS LAIRD (EL CASO QUE NO FUE).

Mientras la Corte resolvía el caso *Marbury vs Madison*, tenía en revisión otro asunto, el caso *Stuart vs Laird*, no muy mencionado pero que se enmarca de manera importante en los orígenes de la *judicial review*. Cabe destacar que de nuevo aparecerán actores comunes en los dos casos, que son Marshall (aunque como veremos su actuar será diferente) y Charles Lee como abogado de las dos causas (además ex fiscal general de Adams).

En este caso se plantea de manera directa la inconstitucionalidad de la ley judicial de 1802, la cual suprime el sistema de Tribunales de circuito con jueces titulares, sistema creado a través de la ley judicial de 1801. Dicha derogación suponía la pérdida de la condición de jueces federales, (cargo que tenía la característica de ser vitalicio) de 16 jueces nombrados durante la administración de Adams para ocupar dichos puestos⁴⁷, esto para dar paso a que los magistrados de la Corte pasaran a formar parte de los circuitos.

Al igual que en caso *Marbury vs Madison* tomaremos en cuenta el contexto político social en el que se da dicho caso.

Como ya había mencionado la situación del partido Federalista era desastrosa, había perdido la presidencia de la República y la mayoría al interior de las cámaras. Esta situación se vio empeorada después de los comicios celebrados en 1802.

⁴⁷ *Ibíd.*, pág. 137.



El resultado de dichas elecciones fue avasallador a favor de los republicanos, cuestión que se vería reflejada en la composición de las cámaras del legislativo norteamericano.

Para dichas elecciones se realizó una reorganización distrital a partir del censo de 1800. La cámara de representantes anterior a la nueva elección, contaba con 69 representantes republicanos y 36 federalistas; la cámara resultante de los nuevos comicios se conformaba por 102 republicanos y 39 federalistas; mientras tanto solo 5 federalistas mantuvieron su puesto dentro del senado⁴⁸.

En 1802 hubo una comunicación privada bastante activa entre los magistrados de la corte, esto con respecto a la ley derogatoria de 1802.

El principal artífice de esta comunicación es Marshall, quien convencido de la inconstitucionalidad de esta norma discute a través de correspondencia con sus colegas sobre el rumbo común que tomaran. Al respecto Marshall expresa lo siguiente al Magistrado Cushing a través de una carta del 19 de abril de 1802:

“Respecto a mi tengo más que dudas de la constitucionalidad de esta medida y de la obligación de realizar el circuito judicial sin un nombramiento como juez de circuito”⁴⁹

⁴⁸ Ackerman, Bruce, *MARBURY VERSUS STUART* (traducción de Maria Valvidares), CUADERNOS MONOGRAFICOS DE TEORIA DEL ESTADO, DERECHO PUBLICO E HISTORIA CONSTITUCIONAL, No.4 “LA REBELION DE LAS LEYES” Demos y nomos: la agonía de la Justicia Constitucional, Coordinador Juan Luis Requejo Pages, pág. 153, versión electrónica link <http://www.unioviado.es/constitucional/fundamentos>, revisado el 6 de noviembre de 2015.

⁴⁹ *Ibidem*, pág. 154.



De lo anterior se desprende que Marshall, observaba en su reinscripción a los circuitos judiciales una verdadera usurpación de un puesto que no le correspondía y que implicaba la violación del texto constitucional.

De la misma fecha de la carta anterior, existe otra, dirigida esta vez al magistrado William Paterson. Expresa lo siguiente:

“Estimado señor:

Habiéndose hecho ahora evidente que no se celebrara sesión de la Corte Suprema de Estados Unidos el próximo junio y que podremos ser enviados a los circuitos antes de que podamos debatir la actitud adecuada que debemos adoptar, me parece oportuno que los jueces comuniquen sus impresiones al respecto a los demás para que puedan actuar de forma inteligible y en el mismo modo.

.....

...me siento obligado a escribir a los magistrados solicitándoles el favor de darme sus opiniones que posteriormente yo comunicare a cada magistrado. Mi propia conducta será ciertamente regulada por ellas.

Este es un asunto que no debe resolverse con ligereza. Las consecuencias de rechazar la aplicación de la ley pueden ser muy



serias. Yo personalmente las rechazo, y estoy persuadido de que así lo hace todo caballero en el Tribunal cuando entra en contradicción con aquello que cree que es su deber, pero la convicción del deber habrá de ser muy fuerte antes de que se resuelva sobre la medida. Habiendo sido aplicada una vez la norma, no actuar ahora bajo sus prescripciones significaría una gran pérdida del mérito o la creencia ante la consideración pública en cuanto a la sinceridad de la determinación.

No Sabiendo como dirigirme al Juez Cushing incluyo la carta dirigida a él en la presente y le pido a usted el favor de remitírsela..

Estaré muy complacido de tener noticias tuyas en Richmond, en donde estaré dentro de unos pocos días...⁵⁰

Como se puede apreciar, Marshall resalta la importancia de tomar un rumbo común por parte los magistrados de la Corte, esto a sabiendas que solo de manera unificada pueden actuar de manera firme.

Punto primordial en esta discusión y en el papel que juega Marshall es el hecho de que hacer que los magistrados de la Corte formaran parte de los circuitos judiciales, no era una situación excepcional o novedosa, ya que los 5 magistrados que completan la Corte con Marshall ya habían tomado esta tarea durante la década de 1790 bajo un mandato federalista, por lo que Marshall cuestionaba y comentaba una situación que el no había vivido de manera directa.

⁵⁰ *Ibíd*em, págs. 155-156.



Frente a esta situación de desacato o no de la nueva disposición de 1802, Marshall advierte sobre la gravedad de las consecuencias de un desacato a través de una huelga Judicial, cuestión a pesar de la cual deja abiertas las dos opciones, llevar a cabo los circuitos o ir a Huelga, teniendo como única condición un actuar común. Ahora se pasan a analizar las respuestas de los Magistrados de la Corte a Marshall.

El Magistrado Chase, responde a través de una carta de fecha 24 de abril de 1802, de la que a continuación se rescatan algunos parajes:

“Si la ley de derogación no ha abolido los Tribunales de Circuito, lo que ciertamente no ha hecho,... Y si la ley de derogación no ha extinguido los cargos de los Magistrados nombrados, ordenados y cualificados bajo la Ley derogada; he de concluirse que los cargos de dichos Magistrados se ejercen plenamente; y, en consecuencia, ningún Magistrado de la Corte Suprema... puede ejercer el cargo de Jueces en tales Tribunales, sin vulnerar la Constitución.

Si la ley de derogación como para intentar extinguir el cargo de los (que son) Magistrados bajo la ley derogada, y un Magistrado de la Corte Suprema... debiera ejercer su cargo en los Tribunales de Circuito, creo que el estaría sirviendo de instrumento para la aplicación de una ley inconstitucional.



La carga de resolver tan gravemente el asunto, y bajo las actuales circunstancias de nuestro país, puede ser muy grande para todos los Magistrados Unidos; pero un Magistrado individual, que declinara realizar el circuito, se hundiría bajo ella.⁵¹”

Como se puede observar el Magistrado Chase, está de acuerdo en la inconstitucionalidad de la norma en cuestión y de nuevo hace especial énfasis en la unidad de actuación que deben seguir los Magistrados de la Corte, dadas las consecuencias de su actuar.

A través de una carta de fecha 3 de mayo, dirigida a Paterson, Marshall le comunica la rotunda negativa del Magistrado Washington con respecto a la huelga, esto no sin antes expresar su intención de no dejar que el asunto simplemente no se discuta, como se puede desprender del siguiente fragmento de dicha carta:

“El Sr. Washington también manifiesta su opinión de que la cuestión relativa al derecho constitucional de los Magistrados de la Corte Suprema a actuar como Jueces de Circuito debe considerarse zanjada y no debe tocarse de nuevo. Yo no albergo ninguna duda, pero este programa político dicta una decisión para todos nosotros. Los Magistrados son, en cualquier caso, aquellos de entre todos los hombres con menor derecho a obedecer sus dictados. Yo mismo me sentiría satisfecho, en privado, si esta fuera la opinión de la mayoría y con gran placer estaría de

⁵¹ Ibídem, págs. 159-160.



*acuerdo con ella; aunque si sobre el asunto no se discutiera nunca me sentiría realmente avergonzado al respecto.*⁵²

La respuesta de Paterson tampoco se hizo esperar, teniendo un sentido negativo al igual que la de Washington, esta vez usando un argumento, el de la práctica judicial previa, esto de acuerdo al siguiente pasaje de su carta de respuesta a Marshall:

*“Respecto del derecho constitucional de los Magistrados a actuar como Jueces de Circuito, mi opinión es coincidente con la del Magistrado Washington. La práctica ha fijado la interpretación, y es demasiado tarde para alterarla. Si estuviera abierta a discusión, merecería ser tomada seriamente en consideración; pero el análisis práctico es demasiado antiguo, fuerte y obstinado como para ser debilitado o restringido. La cuestión está zanjada. Si esta debe ser la opinión preponderante; y no hay ningún otro asunto, nuestra reunión sería una pérdida de tiempo.”*⁵³

En concordancia con lo que argumenta Bruce Ackerman⁵⁴, se evidencia que argumentos diferentes a los jurídicos fueron los que tuvieron un mayor peso en la toma de decisión de los Magistrados, muy en especial el que denomina de “aparición política”. Este se refiere a la forma en que sería vista por la opinión pública, una negativa a llevar a cabo los circuitos judiciales, bajo un mandato republicano; contrario a lo hecho durante la administración federalista, en la que no habrían mostrado los mismos escrúpulos constitucionales.

⁵² *Ibidem*, pág. 163.

⁵³ *Ibidem*, pág. 165.

⁵⁴ *Ibidem*, pág. 167.



Analizados los argumentos y discusiones en privado entre los Magistrados de la Corte, regreso al contexto post electoral de 1803 y a abordar de manera directa lo que paso con el caso en la Corte.

En primera instancia, el caso en estudio es resuelto en 1801 por Marshall, esto en la Corte de Apelación de Virginia. En su resolución, denegó la instancia, sin entrar al fondo sobre la constitucionalidad de la derogación. Cabe destacar que no ha perdurado informe alguno sobre la opinión manifestada por Marshall, sin embargo Bruce Ackerman⁵⁵ (autor al que se sigue en este texto) advirtiendo esto, se apoya en lo escrito por el Senador William Plumer para establecer el contenido de la resolución.

Charles Lee abogado defensor de la causa, toma la decisión de apelar dicha resolución acudiendo directamente a la Corte Suprema. Llegado el caso a la misma, de inmediato fue turnado al pleno de la Corte para que se resolviera dentro del periodo de sesiones de febrero de 1803 (periodo en el que después de 14 meses de receso volvía a sesionar la corte) junto con el celeberrimo Marbury vs Madison.

Como lo expresa Bruce Ackerman⁵⁶, mientras el caso Marbury no parecía el mejor vehículo para entrar a una problema como el control judicial de leyes, ya que solo de manera tangencial y algo artificial tenía que ver con cuestiones verdaderamente constitucionales; el caso Stuart los obligaba a ponerse en huelga para evidenciar el problema constitucional provocado por el ataque de la administración de Jefferson hacia el sistema judicial. A pesar de lo anterior, el caso Stuart parecía un mejor vehículo en sentido jurídico, aunque su costo político era muy grande.

⁵⁵ *Ibidem*, pág. 172.

⁵⁶ *Ibidem*, pág. 181



Resuelto el caso Marbury, Lee asimiló y utilizó los principios establecidos en este caso para su argumentación en Stuart vs Laird. Para comenzar su argumentación, dice lo siguiente:

“Las leyes son... inconstitucionales porque ellas... suponen un nombramiento legislativo y no ejecutivo de los Jueces para ciertos Tribunales. Por la Constitución, todos los funcionarios de los Estados Unidos, incluidos los Jueces han de ser nombrados e investidos por el Presidente, por y con el consejo y consentimiento del senado, y han de recibir mandato del Presidente.

La ley de 29 de abril de 1802, nombra al “actual Magistrado Presidente de la Corte Suprema”, Juez de los Tribunales de circuito en ella establecidos. Aquél podría haber sido igualmente nombrado Juez del Tribunal del Circuito del Territorio de Columbia, o de Mississippi. Además, en cuanto Magistrado de la Corte Suprema, no podría ejercer los deberes o la jurisdicción asignada al tribunal del quinto circuito ya que, según la Constitución de los Estados Unidos, la Corte Suprema, solo tiene la jurisdicción para conocer en apelación, salvo en los dos supuestos en que un estado o un ministro extranjero sean parte. Siendo la jurisdicción de la Corte Suprema, por tanto, solo de apelación, ninguno de sus magistrados, en cuanto tales, estaría autorizado a conocer en un tribunal de jurisdicción originaria. Ninguna ley del Congreso puede extender la jurisdicción original de la Corte más allá de los límites marcados por la constitución”⁵⁷

⁵⁷ Stuart v. Laird, 5 U. S.. 299, 304-5, Óp. Cit. no. 33, pág. 185.



Lee no solo hizo ver la probable inconstitucionalidad de la norma, si no que yendo más allá se refirió a la práctica ejercida en la década de 1790.

“Si se afirma que la práctica de los años 1789 a 1801 nos es contraria, respondemos que dicha práctica era incorrecta, que se consolidó de repente, sin consideración y sin oposición; el Congreso al menos vio el error, y en 1801 lo corrigió, situando el sistema judicial en el grupo en que siempre debiera haber permanecido. Por la ley de 13 de febrero de 1801, el precedente fue roto, de manera que hoy día existen precedentes en ambos sentidos. Si hay doce años de práctica en contra nuestra, hay tan solo un año a nuestro favor”.⁵⁸

El Magistrado Paterson, sobre quien recayó expresar la opinión de la Corte, al emitir la misma, expresa lo siguiente:

“Otra razón para el cambio (la revocación) es que los magistrados de la Corte Suprema no tienen derecho a actuar como Magistrados de Circuito, ya que no son nombrados en cuanto tales, o en otras palabras, deberían recibir nombramientos diversos para esa finalidad. Frente a esta objeción, de fecha reciente, es suficiente observar que la práctica y la aquiescencia a esta durante un periodo de varios años, comenzando por la organización del sistema judicial, permite una respuesta ineluctable, y que de hecho ha fijado su interpretación. Es una explicación contemporánea de la más poderosa naturaleza. Esta

⁵⁸ Stuart v. Laird, 5 U. S.. 305 (1803), Óp. Cit. no. 33, pág. 185.



*demostración práctica es demasiado fuerte y obstinada para ser desalentada o controlada, y ahora no debe perturbarse”.*⁵⁹

Como ya se había mencionado, los argumentos que terminarían por tener un mayor peso son los políticos y prácticos más allá de los verdaderamente jurídico-constitucionales. Este punto Paterson lo hace evidente al no entrar al fondo de los cuestionamientos de Lee y simplemente reconocer el valor del precedente práctico.

Frente a todo este desarrollo del asunto, resulta intrigante preguntarse ¿Qué paso con Marshall?, ¿Por qué no emitió él la opinión de la Corte (cuestión que hacía con bastante frecuencia)?

Frente a estos cuestionamientos, aparecen diversas respuestas. La 1ª se desprende de lo dicho por el relator de la Corte al explicar el silencio de Marshall “El Magistrado Presidente, habiendo conocido de dicha causa en el anterior Tribunal, declinó dar su opinión”⁶⁰. Desde la perspectiva de la ética jurídica parecería una buena razón para explicar el silencio de Marshall, sin embargo, esto pierde credibilidad al saber el papel que jugó Marshall en Marbury, dada su intensa y protagonista actuación en este caso, esto además que dos años después el mismo Marshall dictó su opinión respecto de un caso del circuito en el que actuaba como Magistrado.

La otra posible respuesta a esta actitud de Marshall, es que simplemente no quiso ir en contra de lo que el mismo había dicho en Marbury, y así evitar la complejidad y la incongruencia de defender dos tesis que parecen evidentemente

⁵⁹ Stuart v. Laird, 5 U. S.. 308-309 (1803), Óp. Cit. No. 33, pág. 186.

⁶⁰ Stuart v. Laird, 5 U. S.. 308 (1803), Óp. Cit. no. 33, pág. 187.



contradictorias, en las que por un lado establecía como inconstitucionalidad la ampliación de jurisdicción de la Corte para conocer de un caso antes de la instancia de apelación, y por el otro veía con buenos ojos que los Magistrados de la Corte ampliaran su campo de actuación jurisdiccional a los circuitos; además debía explicar el valor que le aducía al puesto de Madison como Juez de Paz y la subvaloración de los puestos de los quince Magistrados de Circuito desplazados con esta ley derogatoria.

Tal vez Marshall lo único que hizo fue escudarse detrás de sus compañeros a través de Paterson, y de esta manera mantener vivo el precedente de Madison, aunque en el camino lo ignorase la Corte al dar mayor peso a una práctica y al contexto político, esperando que con el tiempo y evitando una confrontación directa con la administración de Jefferson, las palabras expresadas en Stuart perdieran peso frente a argumentos de mayor solidez y lógica constitucional (cuestión que terminó por suceder).



4) ACERCAMIENTO A LA EVOLUCION DE LA JUDICIAL REVIEW EN LOS ESTADOS UNIDOS.

El sistema jurídico-político norteamericano se caracteriza por su estabilidad constitucional, refiriéndome con esto a la fuerza de la constitución de esta nación y sus limitadas reformas. Siguiendo este sistema la *judicial review* y de manera general el sistema judicial norteamericano ha tenido un desarrollo tomando como base la practica misma y la adecuación legal acorde a las circunstancias en cuestión

La *judicial review* como instrumento y figura del engranaje institucional norteamericano no ha sido un ente inalterado y con el mismo peso durante la vida de los Estados Unidos, como ya se pudo bosquejar en el apartado anterior ha sido producto de un desarrollo jurídico-histórico que le han dado forma y marcado su contenido.

Ejemplo de lo anterior es el caso *Fletcher vs Peck de 1810* donde se reafirma el principio de control sobre leyes estatales⁶¹. Dicho caso de manera resumida consistía en lo siguiente:

En 1795 la legislatura del estado de Georgia vendió como una ganga una serie de terrenos que comprendían casi la extensión de los posteriores Alabama y Misissippi. El problema radico en que muchos de los beneficiados por esa venta formaban parte de esa misma legislatura, por lo que inicio un escándalo. La legislatura consecuente vio con malos ojos este actuar y pretendió quitar efectos a esta venta a través de una ley de anulación, sin embargo, millones de estas

⁶¹ Scarciglia Roberto, Introducción al derecho constitucional comparado, Madrid, Ed. Dikynson, 1ª ed., 2011, pág. 196.



hectáreas ya habían pasado a ser revendidas lo que planteaba un cuestionamiento sobre la validez de las actas de venta de los nuevos propietarios.

Este caso llegó a conocimiento de la Corte Suprema. El sentido de la sentencia fue dirigido a la afirmación de la validez de dichas actas y la consecuente inconstitucionalidad de la ley de anulación. De nuevo John Marshall aparece en la resolución de este caso, en el cual se refirió de la siguiente manera:

“Georgia no puede ser considerada como una potencia única (single) y aislada (unconnected) a cuya legislatura no se pueden imponer más que las restricciones previstas por su propia Constitución. Ella forma parte de un vasto imperio; es miembro de la Unión norteamericana. Esta Unión tiene una Constitución cuya supremacía es reconocida por todos, y que impone límites a las legislaturas de los estados, ninguno de los cuales pretende pasar por alto.”⁶²

Otro caso importante dentro de la evolución de la judicial review y la Corte misma es el *Martin vs Hunter’s* (1816).

Los tratados de París de 1783 y de Jay de 1795 entre Estados Unidos y Gran Bretaña habían beneficiado a propietarios británicos a través de la devolución de sus tierras confiscadas durante la guerra de independencia.

Dentro de los propietarios beneficiados de estas medidas estuvo Lord Fairfax. En 1816 se dio un conflicto por la propiedad de las tierras del mencionado Lord, entre sus herederos y los de David Hunter, este último había comprado parte de dichas

⁶² Óp. Cit. Nota 15, pág. 69.



tierras al gobierno del estado de Virginia. El tribunal de Virginia resolvió a favor de los herederos de Hunter, sin embargo, la Corte Suprema anuló dicha resolución al revisar el asunto.

La respuesta del tribunal de Virginia fue una negativa a aceptar la resolución, argumentando que reconocía la supremacía del texto de la constitución de los Estados Unidos sobre las constituciones estatales, sin embargo, juzgaba tener el mismo derecho a interpretar la constitución federal al mismo nivel que la Corte Suprema, negando de esta manera la autoridad como última instancia a la Corte.

En la sentencia *Martin vs Hunter's Lessee* (1816) la Corte señala:

“La importancia e incluso la necesidad de la uniformidad de las decisiones a través de los Estados Unidos (...). Jueces de diferentes estados, todos igualmente sabios e íntegros, podrían interpretar de manera diferente una ley o un tratado de los Estados Unidos, o incluso la misma Constitución. Si no existiera una autoridad de revisión para controlar y armonizar uniformemente esos juicios discordantes, las leyes, los tratados y la Constitución de los Estados Unidos serían diferentes en los diferentes estados y no podrían tener nunca con precisión los mismos significados, obligación y eficacia.”⁶³

Con la resolución de este caso, la Corte Suprema establece la supremacía de la misma como última instancia de decisión en materia de control constitucional.

⁶³ Óp. Cit. Nota 15, págs. 69-70.



Decisiones como las anteriormente expuestas, así como su inserción en el texto constitucional, han hecho de la Corte Suprema uno de los órganos más poderosos y respetados dentro del engranaje jurídico-institucional de los Estados Unidos. Lo anterior se da acorde a una importancia general del sistema judicial en aquella nación, basta decir que los tribunales norteamericanos llegan a conocer de alrededor de 80 millones de litigios anualmente.⁶⁴

Dada esta posición y el poder que implica la facultad de ejercer la judicial review, los tribunales en general y la Corte en particular gozan de un gran poder político, esto al resolver cuestiones no resueltas al interior de los órganos legislativos o ejecutivos o al revisar lo resuelto por estos órganos.

Dependiendo de las circunstancias o el perfil de los magistrados de la Corte, la misma ha jugado un papel como ente de cambio o de preservación de ciertas prácticas en la vida pública norteamericana.

De manera general, la Corte se ha mostrado mesurada cuando se trata de anular leyes federales, sin embargo durante la época denominada New Deal se mostró bastante activa.⁶⁵

Lo anterior se observa dada la anulación de 11 leyes emitidas por el presidente Roosevelt dentro de sus medidas más importantes.⁶⁶

⁶⁴ Óp. Cit. Nota 15, pág. 194.

⁶⁵ El new Deal se refiere a una serie de reformas implementadas por el presidente Franklin D. Roosevelt durante la década de los treinta del siglo pasado, mismas con las que pretendía enfrentar los efectos de la depresión económica en la que estaban inmersos los Estados Unidos desde 1929. Dichas medidas se caracterizan por el tinte intervencionista que las caracterizaba, esto contrario al modelo liberal que pretendía distinguir a los Estados Unidos. Véase Sagredo Santos Antonia, El abandono del modelo liberal durante el New Deal Rooseveltiano, en Revista Historia 396, año 2013, volumen 3, Chile, págs. 299-331, edición digital, link www.historia396.cl/articulo/el-abandono-del-modelo-liberal-durante-el-new-deal-rooseveltiano, revisado el 20 de febrero de 2016.



Por otro lado, también se ha dado una evolución en los temas a tratar por parte de la Corte. Durante el siglo XIX y principios del XX el tema principal a tratar fue el derecho de propiedad; mientras que fenómenos como las guerras mundiales, aunados a legislaciones restrictivas de los derechos humanos en diversos estados de los Estados Unidos hicieron aparecer en el radar de la Corte otros derechos fundamentales como la libertad e igualdad.

Muestra de este cambio en los temas a tratar además de un cambio en el perfil del máximo tribunal es la denominada Corte Warren. Esta Corte presidida por Earl Warren se caracterizó por su perfil liberal y activismo por los derechos civiles.

Entre los litigios de que resolvió resaltan los casos como el Brown contra la junta de educación, y el Loving contra el estado de Virginia.

Un caso que mostro este perfil y a su vez reafirmo la autoridad de la Corte y el respeto por sus decisiones fue el caso Cooper vs Aarón (1958). En este caso, El estado de Arkansas se negaba a obedecer la resolución de la Corte que Obligaba a esta entidad a abolir la segregación racial en las escuelas, lo que obligo a Presidente Eisenhower a enviar la Guardia Nacional y de esta manera imponer la ejecución de la sentencia emitida por la Corte.⁶⁷

Como se ha expuesto en este breve acercamiento a la evolución de la judicial review en los Estados Unidos y en particular la evolución de su tribunal supremo, cabe destacar el rumbo tomado por el mismo de acuerdo a sus integrantes y las circunstancias políticas que rodeaban a la Corte Suprema. Este tribunal se ha

⁶⁶ Óp. Cit. Nota 15, pág. 212.

⁶⁷ Óp. Cit. Nota 61, pág. 198..



enmarcado en el engranaje jurídico institucional norteamericano como un ente con bastante calidad moral y que cada vez más toma un rol político. Dada la naturaleza política de muchos de los casos de los que conoce la Corte, la misma ha servido como una válvula de escape de presión política y como una muestra significativa de la realidad política circundante y que muchas veces y por diversas razones es desatendida por los órganos legislativos, que debiesen ser los primeros en actuar frente a estos fenómenos.



II.- ANALISIS TEÓRICO-HISTORICO DEL CONTROL CONSTITUCIONAL EN FRANCIA.

Como se observará en el desarrollo del presente capítulo, la tradición del *judicial review* en los Estados Unidos, es muy diferente a la situación en Europa, en especial en la Europa continental. En la tradición continental, el control de constitucionalidad de las leyes por parte de la judicatura, no es una figura con presencia histórica, e inclusive llega a ser una figura repudiada por muchos de los teóricos y estados Europeos. Uno de los modelos de control más característicos y particulares en Europa será el llevado a cabo en Francia, mismo que es objeto de análisis en el presente capítulo; el otro modelo a analizar en este estudio es el modelo kelseniano implementado en Austria, pero será objeto de estudio en el siguiente capítulo.

El hecho histórico, al que me avoco en los apartados 1 y 2 de este capítulo, es la revolución francesa y los debates que se llevaron a cabo al interior de la asamblea general desarrollada en su seno. En lo que se refiere a los apartados siguientes se realiza un estudio sobre el desarrollo y debate en torno a la figura del control constitucional en general y el control jurisdiccional en particular, esto a través de un análisis basado en un avance cronológico marcado por la aparición de las diversas republicas en Francia, esto hasta llegar a la actual 5ª Republica y la aparición del Consejo Constitucional.



1) ¿PROHIBICIONISMO REVOLUCIONARIO FRANCÉS SOBRE EL CONTROL JUDICIAL DE CONSTITUCIONALIDAD DE LA LEY?

Para finales del siglo XVIII la situación económica para el reino francés era bastante precaria, debido a la mala administración y las constantes guerras en que se había visto inmiscuido el país en las últimas décadas. Para 1788 esta situación parecía insostenible, lo que llevó a que el pueblo francés pidiera la convocatoria de los estados generales.⁶⁸ Bajo las fuertes presiones ejercidas por el pueblo francés, el rey Luis XVI se vio obligado a la convocación de este cuerpo colegiado, teniendo como paso previo la elección de los representantes de cada estamento.

Durante las campañas para dicha elección corrieron con gran difusión los escritos que expresaban las recién surgidas ideas de la ilustración. Realizadas las elecciones, se reúnen por fin los estamentos generales el 5 de mayo de 1789 en Versalles.

Al apenas comenzar la reunión de los estados generales, aparecen los primeros diferendos entre los tres estamentos. El primer punto de controversia se da en los proyectos de instrumentos y formas de votación al interior de dicho órgano. Las nuevas instrumentaciones se dirigían a tomar en cuenta el voto particular de cada individuo y no el voto por estamento, con lo cual el tercer estado quedaba en una posición privilegiada dado su mayor número de integrantes (cuestión contraria a la voluntad de los otros dos estamentos que trataban una paridad de fuerzas a través del voto por estamento).

⁶⁸ Asamblea conformada por los representantes de la nobleza, el clero y el tercer estado (el pueblo diferentes a los dos anteriores estamentos).



Dado las irreconciliables posiciones, el grupo encabezado por Emmanuel Sieyès (del tercer estado), se separó de dicho órgano y se constituyó como asamblea nacional, cuyo principal fin era la redacción de una constitución para Francia. Frente a este desafío, el rey tomó medidas coercitivas en contra de la nueva asamblea como privar a los asambleístas de su lugar de sesiones; sin embargo, las diferencias al interior de los dos estamentos restantes y las presiones de la población en general, provocaron la integración de varios representantes del clero y la nobleza a la asamblea nacional, asestando un duro golpe al poder del rey, quien de nuevo claudico en sus intenciones y ordeno a los estamentos restantes su incorporación a la asamblea esto el 27 de junio de 1789.

Luis XVI no solo se encontraba bajo la presión del pueblo francés, si no también bajo la presión de la reina María Antonieta de Austria. Influenciado por este personaje, ordena la concentración de varios regimientos extranjeros leales a su causa en Paris y Versalles. Hechos como este, contrarios a las ideas de la mayoría del pueblo francés, llevaron a una serie de disturbios, que culminaron con la celeberrima toma de la Bastilla el 14 de julio.

Dada esta situación de violencia, el Rey ordena el retiro de estas tropas y legaliza las medidas tomadas por la asamblea nacional.

A partir de este punto de la historia, la figura del rey se verá cada vez más mermada y por el contrario la figura de la asamblea se hará más poderosa. Esta situación culmino con la ejecución de Luis XVI en 1793, poco tiempo después de la Instauración de la 1ª República.



Visto ya un panorama general del contexto en que se desarrolló la revolución francesa, paso a analizar los hechos directamente relacionados con el control judicial de leyes.

Para tener mayor claridad en cuanto las fechas en que se desarrollan los debates al interior de la asamblea nacional, se anexa el siguiente cuadro donde se describe el calendario republicano, adoptado en Francia a partir de 1793 y que conmemora la instauración de la 1ª República.

Mes del calendario republicano	Correspondencia con el calendario gregoriano
1.- Vendimiario	22 de septiembre al 21 de octubre
2.- Brumario	22 de octubre al 20 de noviembre
3.- Frimario	21 de noviembre al 20 de diciembre
4.-Nivoso	21 de diciembre al 19 de enero
5.- Pluvioso	20 de enero a 18 de febrero
6.- Ventoso	19 de febrero al 20 de marzo
7.- Germinal	21 de marzo al 19 de Abril
8.- Floreal	20 de abril al 19 de mayo
9.- Pradial	20 de mayo al 18 de junio
10.- Mesidor	19 de junio al 18 de julio
11.- Termidor	19 de julio al 17 de agosto
12.- Fructidor	18 de agosto al 16 de septiembre



Los cinco días restantes son de festividad nacional por el aniversario de la instauración de la 1ª república. En lo que respecta a la anualidad el primer año a partir de la implantación de la 1ª república en 1792 se la llama año I y así sucesivamente hasta la abolición de dicho calendario por Napoleón en el año de 1805.

Un punto a destacar de aquí en adelante en este texto es la intrincada, y hasta caótica confluencia de ideas que se dio dentro del modelo político francés originado a partir de la revolución. El primer concepto a analizar es el de la constitución; ¿cómo la concebían?

La primera distinción que realizan los políticos franceses es la de poder constituyente y poder constituido. El primero se referirá a la asamblea constituyente y el segundo a los órganos emanados o poderes ordinarios clasificados en la división de poderes (ejecutivo legislativo y judicial). La constitución es identificada como un producto del único órgano constituyente, esto como lo afirma Sieyès en su texto político ¿Qué es el tercer estado?:

“La constitución no es obra de ningún poder constituido, si no del poder constituyente”

A lo que añadirá:

“Ninguna suerte de poder delegado puede modificar en lo más mínimo las condiciones de su delegación. Es en este sentido, y en



*ningún otro, en el que las leyes constitucionales son fundamentales*⁶⁹

Estos argumentos los profundizara poco después frente a la asamblea nacional en sus sesiones de 20 y 21 de julio de 1789, leyendo su texto *Proemio a la Constitución: reconocimiento y exposición razonada de los derechos del hombre y del ciudadano*:

*“Una constitución supone antes que nada un poder constituyente. Los poderes comprendidos en el establecimiento público están todos sometidos a las leyes, reglas y formas que en ningún caso son dueños de cambiar. De la misma forma que no han podido constituirse ellos mismos, no pueden cambiar su constitución; igualmente no pueden sobre su constitución recíproca. El poder constituyente lo puede todo al respecto.”*⁷⁰

Hecha esta diferenciación, se desprende que el texto constitucional es entendido como emanado directamente del poder constituyente. Por lo tanto debía ser protegido para que su contenido no fuera manejado de manera arbitraria o que sus fines fueran obstaculizados por algún órgano constituido. La primera respuesta a este planteamiento fue la rigidez constitucional. Esto reflejado en intervenciones como la del diputado Le Chapelier dentro del debate del título VII del proyecto constitucional de 1791 (relativo a la reforma de la constitución):

⁶⁹ Emmanuel Sieyès, ¿Qué es el tercer estado?, en *El tercer estado y otros escritos de 1789*. Edición de Ramón Maíz, Madrid, Espasa Calpe, 1991, pp. 212-213. Citado en Roberto L. Blanco Valdés, Francia o la Constitución hecha ley, *Revista Fundamentos* No. 6, p. 91. Link: www.oviedo.es/constitucional/fundamentos/sexta/pdfs/02_blanco.pdf recuperado el 10 de diciembre de 2015.

⁷⁰ *Archives Parlementaires de 1787 à 1860. Recueil complet des débats législatifs et politiques des Chambres Françaises, Première série (1787 à 1799)*, tomo viii, p. 259. Citado en Roberto L. Blanco Valdés, Francia o la Constitución hecha ley, *Revista Fundamentos* No. 6, p.p. 91-92.



“El primero [...] es que la nación tiene el derecho de revisar y de perfeccionar su Constitución; el segundo es que toda Constitución sabia debe contener en ella misma la voluntad y el medio de llegar a la más alta perfección: pero este medio, tanto en su principio como en su consecuencia, debe ser empleado con circunspección”⁷¹.

Con motivo de esta preocupación entre los integrantes de la asamblea, dentro del proyecto se prevé la instauración de una comisión para tales efectos (compuesta de manera diferente a la asamblea nacional), la que se crearía en el año 1800.

Hecha la diferenciación entre órgano constituyente y constituidos, establecida la relevancia del texto constitucional como originada del primero y vista la necesidad de la reforma para su perfeccionamiento, surgen un nuevo cuestionamiento. Si se regula la reforma parcial ¿se puede regular la reforma total, dado que se entiende como un poder ejercido por el soberano poder constituyente?

Por otro lado ¿es compatible la visión de la rigidez constitucional con la de la soberanía nacional, muy en particular con la directa relación de esta y su máxima expresión a través del poder constituyente?

La respuesta a estos cuestionamientos fue la instauración de un sistema que regulaba la reforma parcial, mas no así la reforma total, ya que dado la naturaleza del modelo no se puede limitar un poder soberano. Esto se puede observar en participaciones como la del diputado Frochot:

⁷¹ *Archives Parlementaires*, tomo XXX, p. 35. Citado en Roberto L. Blanco Valdés, Francia o la Constitución hecha ley, Revista Fundamentos No. 6, p. 93.



“La reforma parcial es ante todo una necesidad presumible en cualquier Constitución, pero todavía más en una nueva Constitución. El cambio total es una necesidad de más difícil previsión: podríamos incluso decir que está por encima de toda previsión. El acto de reforma parcial de la Constitución no supone necesariamente el empleo de toda la soberanía nacional. El acto de cambiar enteramente la Constitución exige, por el contrario, la plenitud de esta soberanía”⁷².

Este modelo basado en la sola regulación de la reforma parcial, parece salvar los dos pilares de dicho modelo, la rigidez constitucional y el predominio de la soberanía nacional. Esto solo se da en apariencia, ya que dicha estructura dará un incentivo perverso para que en el futuro los textos constitucionales, sean formalmente respetados y citados, pero pocas veces defendidos, además de dar cierta incertidumbre jurídica. Sobre este punto regresare mas adelante al analizar la propuesta de Sieyès de su *jurye contitutionnaire*.

Otro punto a analizar dentro del desarrollo jurídico-político francés durante la revolución es el papel de la asamblea nacional.

La revolución francesa, lucha por desquebrajar los privilegios y abusos del *ancièn régime* . Los principales enemigos de la revolución se identificaran en los dos pilares del mismo, el rey y los tribunales reales (conformados por nobles letrados en su gran mayoría). En este contexto el poder legislativo aparece como el órgano garante de los principios y directrices revolucionarias y la judicatura como una amenaza latente a los mismos.

⁷² *Ibíd*em, p. 94



Ahora bien, ¿por que el parlamento y no el pueblo de manera directa se erige como el pilar fundamental del nuevo modelo? Este cuestionamiento es respondido por Sieyès en su discurso ante la asamblea nacional, con motivo de la discusión del veto real, en la que dice:

“[La formación de la ley] se puede ejercer de dos maneras. Los ciudadanos pueden dar su confianza a algunos de entre ellos. Sin alienar sus derechos, delegan su ejercicio. Es debido a la utilidad común que ello les reporta por lo que nombran representantes más capaces que ellos mismos para conocer el interés general e interpretar desde esta perspectiva su propia voluntad. La otra forma de ejercer su derecho a la formación de la ley es la de concurrir a ello de modo inmediato. Este concurso inmediato es lo que caracteriza la verdadera democracia.

El concurso mediato designa el gobierno representativo. La diferencia

entre ambos sistemas es enorme.”.

A lo que añadirá:

“La elección entre estos dos métodos de hacer la ley no presenta entre nosotros duda alguna. En primer lugar, la inmensa mayoría de nuestros conciudadanos no tiene ni suficiente instrucción ni tiempo libre suficiente para querer ocuparse directamente de las leyes que deben gobernar Francia; su parecer, consiste, entonces, en nombrar representantes; y puesto que éste es el



parecer de la gran mayoría, los hombres ilustrados deben someterse a él igual que los otros. Cuando una sociedad está formada se sabe que el parecer de la mayoría se convierte en ley para todos".⁷³

De tal suerte se puede desprender que para Sieyés el modelo de democracia "directa" o democracia "pura", presenta ciertas inconveniencias que no hacen posible ni deseable su seguimiento (por lo que propondrá el segundo modelo de carácter representativo). Por otro lado se perfila una idea que ronda con gran fuerza entre las mentes revolucionarias, esto es la identificación de la voluntad general con la ley.

Siguiendo esta tesis las ideas de Sieyés y Rousseau no parecen estar muy alejadas (aunque como se verá más adelante las teorías políticas de Sieyés, cuentan con puntos de vista bastante particularidades que también lo distancian con Rousseau), basta recordar como lo dice Roberto Blanco⁷⁴, citando *las Cartas Escritas desde la montaña* escritas por Rousseau, en las que definía la ley como "una declaración pública y solemne de la voluntad general sobre un objeto de interés común".

La convergencia de ideas como las de Sieyés y Rousseau figuras de gran influencia en los políticos revolucionarios al interior de la asamblea, marca una fuerte tendencia, la de la identificación directa de la ley con la voluntad general, cuestión que la convierte en un mandato, que como tal debe ser obedecido. Este

⁷³ *Archives Parlementaires*, cit. tomo VIII, p. 594, citado en Roberto L. Blanco Valdés, Francia o la Constitución hecha ley, Revista Fundamentos No. 6, págs. 97-98.

⁷⁴ Roberto L. Blanco Valdés, Francia o la Constitución hecha ley, Revista Fundamentos No. 6, www.oviedo.es/constitucional/fundamentos/sexta/pdfs/02_blanco.pdf recuperado el 10 de diciembre de 2015.



modelo fue el triunfante al interior de la asamblea nacional. Dicho modelo terminó por asimilar la soberanía nacional a través de una soberanía parlamentaria al interior del estado francés.

Siguiendo a Roberto Blanco, dichas ideas sobre el papel del parlamento son expresadas de manera clara por el teórico francés Carré de Malberg que dice:

*“El sistema representativo erigido por la Constitución partiendo del principio de la soberanía nacional se sustancia, en definitiva, en un sistema de soberanía parlamentaria. El parlamento era doblemente soberano: lo era, en primer lugar, frente a todas las autoridades, en la medida que configuraba, frente a ellas, al pueblo con su poder derivado de la voluntad general; y lo era también, de una forma absolutamente real, frente al propio cuerpo de los ciudadanos, porque, como había dicho Sieyès, aquél no podía expresar la voluntad general más que por medio de la asamblea de diputados”.*⁷⁵

Este punto de vista se puede ver reforzada por intervenciones como la del diputado Barere, que va aún más allá que Sieyès a la hora de referirse al papel fundamental del parlamento, a lo cual dice:

*“Es necesario no olvidar un principio, el que solo existe un único poder, el poder nacional, que reside en el cuerpo legislativo”*⁷⁶.

⁷⁵ Cf. R. Carré de Malberg, *La loi, expression de la volonté générale. Étude sur le concept de la loi dans la Constitution de 1875*, París, Sirey, 1931, pp. 21-22, citado en *Ibidem*. Pág. 99.

⁷⁶ *Archives Parlementaires*, cit., tomo LXVI, p. 574, citado en Roberto L. Blanco Valdés, Francia o la Constitución hecha ley, Revista Fundamentos No. 6, pág. 100.



Visto un panorama bastante general de cómo era visto la asamblea tanto nacional, como constituyente y el papel de las mismas, paso a realizar el análisis en concreto de la forma en que encaja en este modelo el poder judicial y la figura del control constitucional de leyes en sede judicial.

Históricamente la aversión frente a cualquier figura parecida al *judicial review*, se remite al papel que jugaron los tribunales reales en el antiguo régimen. Normalmente se les veía como órganos de apoyo a las monarquías, inclusive a los abusos cometidos por los regímenes absolutistas. En consecuencia a la judicatura se le percibió como un factor que podría obstaculizar la tarea y propósitos revolucionarios.

Debido a esta preocupación ante la figura de la judicatura, los legisladores con cierta premura dirigieron su atención a la reorganización de la misma. Legislaciones inmediatas a la revolución, por ejemplo el Decreto de abolición del sistema feudal se crearon con este fin. En dicha norma establecida dentro de los primeros días del mes de agosto de 1789⁷⁷, se abolían cuestiones referentes a la justicia señorial, los diezmos, y otros elementos constitutivos de la organización del antiguo régimen.

Leyes como la esta se veían enmarcadas en una fuerte atracción sobre el papel del poder judicial en la estructura del estado. Esto se refleja en discursos de políticos como el del diputado de Lyon Bergasse (político a quien se le asociaba con el grupo monárquico de los liberales en la ideología revolucionaria francesa) que decía:

⁷⁷ Roberto L. Blanco Valdez, *EL VALOR DE LA CONSTITUCION*, España, Ed. Alianza, pág. 239.



“Todos los que han querido cambiar el espíritu de las naciones, se han consagrado de manera singular en organizar el poder judicial de acuerdo a sus designios” además “La influencia del poder judicial se produce, por decirlo así, todos los días, en todos los instantes; y, y como el que influye sobre nosotros a diario y en todos los instantes, no puede sino actuar de manera muy profunda sobre el sistema total de nuestros hábitos, lo que mas influye para bien o para mal es incontestablemente el poder judicial”⁷⁸.

Visto el poder judicial como un órgano omnipresente en la vida de los individuos y dada la desconfianza hacia el mismo por verlo como un obstáculo para los ideales revolucionarios (por su reminiscencia hacía el *ancièn régime*). El siguiente paso es tratar de limitar dicho poder, acotando su esfera de competencia y su participación dentro del estado francés.

Ahora bien ¿cuáles serían las medidas a tomar para evitar el dominio o avasallamiento por parte de la judicatura? La primera medida que se va a tomar evitar cualquier tipo de participación o injerencia en el proceso legislativo por parte de los tribunales⁷⁹. Esto se consagro en el texto de la ley de 16-24 de agosto de 1790, que en su artículo 10^o explícitamente señalaba que los tribunales no podrían

⁷⁸ Archives Parlementaires, tomo VIII, P. 440, citado en Roberto L. Blanco Valdez, *EL VALOR DE LA CONSTITUCION*, España, Ed. Alianza pág. 240.

⁷⁹ Respecto a este tema el diputado de Lyon Bergasse decía: Porque el amor por la dominación no está menos en el corazón del hombre que el amor por la libertad; no siendo la dominación más que una especie de independencia y queriendo todos los hombres ser independientes, si los ministros de la ley pueden influir sobre su formación, ciertamente es de temer que no lo hagan sino en su propio provecho, con la finalidad de acrecentar su autoridad y disminuir así, bien la libertad publica, bien la libertad particular”



tomar parte de ninguna manera del ejercicio de la tarea legislativa, dentro de los que se incluye el impedimento para los tribunales para suspender u obstruir la ejecución de cualquier decreto legislativo, sancionado por el rey. La contravención de este precepto se consideraba como prevaricación. Cabe destacar que dicha norma fue aprobada de manera expedita y con un mínimo debate.

Esta fórmula será reproducida de manera idéntica por proyectos constitucionales posteriores, por ejemplo la constitución del año III en su artículo 203 estableció lo siguiente:

“Los jueces no pueden inmiscuirse en el ejercicio del poder legislativo, ni hacer ningún reglamento. No pueden frenar o suspender la ejecución de ninguna ley....”

El proyecto girondino⁸⁰ de 1793, en su Título X, Sección 1ª, artículo 6, establecía lo siguiente:

“Los tribunales y los jueces no pueden inmiscuirse en el ejercicio del poder legislativo, no pueden interpretar las leyes, ni ampliar su sentido, frenarlas o suspender la ejecución...”⁸¹

Ahora bien, ¿Cómo habrá de entenderse esta prohibición? Roberto Blanco⁸² duda que estas aseveraciones constituyan una prohibición expresa de un eventual

⁸⁰ Corriente política al interior de la revolución francesa, calificados como moderados, cuyo principal figura política recae en Jacques Pierre Brissot. Grupo con gran influencia en los hechos de la revolución hasta 1793 cuando son guillotinado Brissot y sus principales seguidores.

⁸¹ Véase Roberto L. Blanco Valdez, *El valor de la Constitución*, España, Ed. Alianza pág. 242.



control judicial de la constitucionalidad de la leyes?, Blanco basándose en lo expuesto por Paul Duez⁸³, observa que aun si se tiene como consecuencia lógica de este tipo de aseveraciones una proscripción de la figura, esto no quiere decir que necesariamente la voluntad del constituyente francés haya sido dicha proscripción.

Las formulas establecidas por el constituyente francés no estaban encaminadas a prohibir la *judicial review* per se. Lo que se buscaba es que desde la judicatura indirectamente no se frenase ya sea directa o indirectamente la aplicación de la ley (esto visto el papel que juega la ley y la asamblea en el modelo de estado francés), situación que podía ser uno de los posibles resultados del *judicial review*.

Otro punto que puede explicar esta actitud era que dentro de los presupuestos ideológicos de los políticos revolucionarios no se había planteado la posibilidad de que la constitución llegase a ser violada por la ley, o por lo menos no figuraba como una cuestión fundamental dentro del modelo a desarrollar.

Lo que si preocupaba a los políticos era un respeto estricto a la separación de poderes, sobre todo por parte del poder judicial, que era visto como un factor de muy probable regresión hacia el antiguo sistema de cosas. En el imaginario revolucionario una judicatura conservadora podría llegar a obstruir la aplicación de la nueva legislación (además de que el desconocimiento de la *judicial review* planteaba solo sospechas de retroceso).

Algo que hay que decir es que este panorama “antijudicialista” no se limitaba a lo referente a un probable control de la constitucionalidad, ya que por ejemplo

⁸² Ibídem.

⁸³ Paul Duez, “le controle juridictionnel de la constitutionnalité des lois en france (Comment il convient de poser la question)”, en *Melanges Maurice Haouriau*, Sirey, Paris, 1929, pág. 231, citado en Ibídem, pág. 243.



siguiendo esta línea argumentativa también se buscaba la sustitución de los jueces civiles por jurados⁸⁴. En este caso se dieron intervenciones parlamentarias bastante radicales, la del diputado Barere dentro de la sesión de la asamblea nacional del día 19 de junio de 1793 es muestra de una de estas intervenciones, y decía lo siguiente:

*“Creo que no deberéis conservar en una constitución republicana una institución tan ridícula y funesta como la de los tribunales que mantienen a su alrededor una **multitud de hombres enemigos natos de la sociedad y adversarios constantes de la libertad**”⁸⁵.*

Hecho el análisis de las tendencias antijudicialistas en la Francia revolucionaria, paso al análisis de una figura bastante importante dentro del ideario revolucionario francés, el *référé législatif* (referee legislativo). Su importancia radica en que sirve como muestra y colofón de las ideas de los políticos franceses de la revolución y los problemas que a estas aquejaban.

Esta figura jurídica si dividió en dos tipos, el *référé* obligatorio y el *référé* facultativo. El *référé* obligatorio fue regulado por la ley de 27 de noviembre de 1790 e incorporado por el texto constitucional de 1791, estableciendo en su tít. III, capítulo V, art. 21, lo siguiente:

⁸⁴ A este respecto diversos políticos veían en los tribunales a una institución funesta, formada por hombres contrarios a la sociedad y a la libertad en general. Para ver dicho repudio hacia los tribunales y el radicalismo con el cual eran vistos basta con observar lo dicho por el diputado Berere dentro de la Asamblea Nacional y que cita Roberto L. Blanco: “queréis hacer desaparecer esta turba de cuervos judiciales, esa multitud de enemigos clandestinos de la Revolución, si no es desapareciendo su madriguera” op., cit. Nota 47.

⁸⁵ Archives Parlementaires, T., LXVI, pp. 709-710, citado en óp. Cit. nota 55. (las negritas están en el original).



“Cuando después de dos casaciones, el fallo del tercer tribunal fuera atacado por los mismos medios que los dos primeros la cuestión no podrá ser planteada nuevamente al tribunal de casación sin haber sido sometida al cuerpo legislativo, que emitirá un decreto declaratorio de la ley, al que el tribunal de casación tendrá necesariamente que ajustarse.”

El *référé* facultativo se instituyó en la ley 16-24 de agosto de 1790, norma que decía que los tribunales no podrían en ningún caso hacer reglamentos, pero se dirigirían al cuerpo legislativo todas las veces que creyeran necesario, ya sea interpretar una ley o hacer una nueva.

Estas dos figuras ya sea directa o indirectamente tendrían por objetivo convertir al cuerpo legislativo en un órgano por decir lo menos, de revisión frente a la judicatura. Además se comprende la tarea judicial como una tarea meramente mecánica de aplicación del silogismo clásico: la ley la premisa mayor y el litigio la premisa menor. Tesis como esta encuentran argumentos a favor en discursos como el del diputado de Arras Maximilien de Robespierre, esto dentro de los debates constitucionales de 1791. Al respecto decía:

“Los tribunales, se establecen con la finalidad de decidir las discusiones entre ciudadanos; allí donde finaliza el poder judicial, comienza la autoridad del tribunal de casación. Es sobre el interés general, sobre el mantenimiento de la ley y la autoridad legislativa, sobre lo que debe pronunciarse el tribunal de casación. Dado que el poder legislativo no establece más que la ley general, cuya fuerza depende de su exacta observancia, si los magistrados pudiesen sustituirla por su propia voluntad, se convertirían en legisladores. Es por ello necesario establecer la vigilancia que



*mantenga a los tribunales dentro del principio de la legislación. ¿Este poder de vigilancia, deberá ser parte del poder judicial? No, porque es el propio poder judicial el vigilado. ¿Deberá ser el poder ejecutivo? No, porque se convertiría en dueño de la ley. ¿Debe ser, en fin, un poder diferente de los poderes legislativo, ejecutivo y judicial? No, porque yo no conozco cuatro poderes en la Constitución. Este poder de vigilancia es, por tanto, una dependencia del poder legislativo. En efecto, según los principios auténticamente reconocidos, es al legislador a quien corresponde la interpretación de la ley que él mismo ha hecho; incluso en el antiguo régimen estaba consagrado este principio”.*⁸⁶

La figura del *référé* legislativo en sus dos vertientes no tuvo mayor impacto en la vida social y política en Francia. El *référé* obligatorio fue suprimido de la legislación francesa por la ley de 1 de abril de 1837 y el facultativo por el código civil. A pesar de ser un medio de control de tinte político, se mostró su incompatibilidad con las ideas más arraigadas en la teoría política francesa, -como la primacía del Asamblea Legislativa y las tendencias antijudicialistas-, que terminaron por influir de sobremanera en la desaparición de esta figura.

⁸⁶ *Archives parlementaires*, tomo XX, p. 336. Citado en óp. Cit. nota 56.



2) LA EXCEPCIÓN: EL PROYECTO DE SIEYES.

Dentro de la asamblea nacional, un personaje protagónico será el antes mencionado Emmanuel Sieyès. Frente a la tendencia ya descrita en el apartado anterior, analizo el caso del Tribunal Constitucional promovido por Emmanuel Joseph Sieyès dentro de la convención termidoriana posterior al reinado del terror⁸⁷ en Francia.

Ahora bien, antes de entrar directamente al análisis de su *Jury Constitutionnaire*, realizo un breve bosquejo del pensamiento político de Sieyès. Estos pensamientos, serán los que sirvan como fundamento y guía para entender su propuesta, no como una idea aislada si no, como producto de toda una teoría del estado (esto a pesar de su polémica vida política). La teoría propuesta por Sieyès podría ser caracterizada como la denomina Ramón Maíz: “Estado Constitucional sin soberano, fundamentado en los derechos del hombre y del ciudadano”⁸⁸, además de modelo con “base democrática y edificio representativo”.

⁸⁷ Periodo de la revolución francesa comprendido entre 1793 y 1794. El 6 de abril de 1793 es creado por la Convención Nacional el Comité de Salvación Pública órgano que se encargaría del poder ejecutivo dentro de la república. Tras la caída de los girondinos la facción jacobina más radical toma el poder de este órgano. Dichos políticos reorganizaron totalmente las funciones de este órgano. Tras el asesinato del político jacobino Jean Paul Marat por parte de Charlotte de Corday (simpatizante girondino), la influencia jacobina a nivel nacional se vio acrecentada de manera notable.

Tras esta muerte, Maximilien de Robespierre pasó a formar parte del Comité de Salvación. Esta figura política no tardó mucho en ejercer gran influencia en esta institución. Este personaje implanto medidas extremas para impedir cualquier acción de carácter contrarrevolucionario. Auspiciado por estas medidas se reprimió de manera violenta cualquier intento de de rebelión interna, se ejecutó a alrededor de 40,000 personas. La gran mayoría fueron ejecutados por traición, insurgencia o negativa frente a la orden de reclutamiento (o en su caso desertión).

El descontento creció de manera generalizada en Francia en 1794, inclusive dentro de las esferas jacobinas (que ahora también temen por su vida frente a las actitudes de Robespierre. Este periodo culmina el día 9 termidor del año 3 cuando Robespierre y 98 de sus más cercanos seguidores fueron apresados y decapitados al día siguiente.

⁸⁸ Ramón Maíz, *Estado constitucional y gobierno representativo en E. J. Sieyès*, Revista de Estudios Políticos (Nueva Época), número 72, Abril-Junio 1991,



El primer punto a analizar es el de la “Soberanía Nacional”. ¿Qué entiende Sieyés por Nación? Para Sieyés la nación es entendida como ese todo social integrado por aquellos individuos en conjunto, que llevan a cabo la producción y distribución de la riqueza. Este punto se aclara con las palabras del propio Abate Sieyés:

“¿Dónde encontramos a la nación? Allí donde se encuentra a saber: en las cuarenta mil parroquias que abarcan todo el territorio, esto es, todos los habitantes y tributarios de la cosa pública; en ellos reside, sin duda, la nación”⁸⁹

Una cualidad que cabe resaltar de dicha concepción de nación, es que Sieyés tiene la habilidad en plantear el término adecuándolo a un momento histórico concreto, la Francia de finales del siglo XVIII. Pero además de encuadrarlo a este momento histórico, cabe destacar, que la nación francesa como se conforma por todos los franceses. Su visión eminentemente económica de la nación no tiene cabida para los privilegios, y uno de ellos es no participar en esta cadena productiva de valor. ¿Quién no participa o aporta a este esfuerzo productivo? Para Sieyés, la nobleza no lo hace (al no aportar a través de los impuestos), por tal motivo la nación se ve reducida al tercer estado llano y medianamente uniformado. Sieyés llega a decir que la nobleza solo se encarga de una “industria particular” que es la de “la mendicidad y la intriga”⁹⁰

<http://www.cepc.gob.es/publicaciones/revistas/revistaselectronicas?IDR=3&IDN=229&IDA=16649>
recuperado el 12 de diciembre de 2015.

⁸⁹ Sieyés: *Qu'est-ce que le tiers état?*, (Ed. De Zapperi), Ginebra 1970, pág. 124. Citado en ibídem pág. 53.

⁹⁰ Sieyés E. *Essai sur privilèges*, Paris, 1788, pág. 26. Citado en Ibídem pág. 55.



Como continuación de sus ideas, Sieyés pasa a expresar un punto fundamental de su teoría del estado, la referente al papel primigenio y original de la nación. Al respecto dice:

“La nación existe ante todo, es el origen de todo. Su voluntad es siempre legal, ella es la propia ley. Antes y por encima de ella, solo existe el derecho natural”...

... la voluntad nacional solo necesita de su realidad para ser siempre legal, es el origen de toda legalidad.⁹¹

Otra característica de la nación que es de suma importancia es su incapacidad de salir del estado de naturaleza para mostrarse como una figura soberana semejante a la de un rey. Refiriéndose a esto Sieyés escribe:

“Su voluntad, al no existir más que en el orden natural solo necesita, para surtir todo efecto, poseer los caracteres naturales de una voluntad. De cualquier manera que quiera algo una nación, basta con que quiera; todas las formas son válidas y su voluntad es siempre la ley suprema”⁹²

De estas palabras se pueden rescatar puntos bastante novedosos e interesantes de la teoría política de Sieyés. Para comenzar a pesar de previamente identificar a la nación con un momento histórico concreto, su esencia se remite a un ente

⁹¹ Sieyés E., *¿Que es el Tercer Estado? Ensayo sobre los privilegios*. Madrid. Alianza editorial. 1989, pág. 148. Citado en Edgar Carpio Marcos, *LA JURI CONSTITUTIONNAIRE EN EL PENSAMIENTO DE SIEYÉS*, Boletín Mexicano de Derecho Comparado, nueva serie XXXII, núm. 95, mayo-agosto de 1999, Ed. Instituto de Investigaciones Jurídicas, UNAM, México 1999.

⁹² *Ibidem*, pág. 148.



abstracto. Ente de existencia perene, pero incapaz de manifestarse por si mismo (lo que dará pie a su modelo con edificio representativo). Hecho que aparece ya como una limitante implícita para dicho ente todopoderoso (a diferencia de figuras como el rey, que dado el termino de soberanía asociado era más difícil de limitar.).

Ahora bien ¿por que deciden unirse los individuos que compiten en el estado de naturaleza? Sieyés responde: “es el común interés, de realizar y extender sus derechos, concebidos como medios de satisfacción de sus necesidades”. Pero ¿es totalmente necesario este pacto?, para nuestro autor en comentario lo es ya que “ningún derecho se halla completamente asegurado si no se encuentra protegido por una fuerza relativamente irresistible”⁹³. De esta manera surge un pacto y no un contrato social como manejarían otros autores (Hobbes).

¿Por qué un pacto y no un contrato? La repuesta se encuentra en la delegación de poderes. Para Sieyés: “La nación no contrata en modo alguno con sus mandatarios, si no que únicamente les delega el ejercicio de sus poderes”⁹⁴. Además en este pacto los individuos, no renuncian a parte de su libertad, por el contrario, ganan más libertad, Sieyés al respecto dice “el hombre al entrar en sociedad, no sacrifica una parte de su libertas individual, el estado la extiende y asegura su disfrute”.⁹⁵

⁹³ E. Sieyes: Baises de Pondre social au série ruisonnée de quelques idées fondamentales de l'Etat social et politique (an. III) (PRO.MS), Archives Sieyes, As. 284, AP 5. Citado en Óp. Cit. Nota 66, pág. 56.

⁹⁴ E. J. SIEYÉS: «Des intérêts de la Liberté dans l'état social et dans le systéme représentativ», en *Journal d'Instruction sociale*, núm. II, 8 junio 1793, pág 45. Citado en Ramón Maíz, *Estado constitucional y gobierno representativo en E. J. Sieyés*, Revista de Estudios Políticos (Nueva Época), número 72, Abril-Junio 1991, pag. 57.

⁹⁵ E. J. SIEYÉS: «Des intérêts de la Liberté dans l'état social et dans le systéme représentativ», en *Journal d'Instruction sociale*, núm. II, 8 junio 1793, pág. 40. Citado en Ramón Maíz, *Estado constitucional y gobierno representativo en E. J. Sieyés*, Revista de Estudios Políticos (Nueva Época), número 72, Abril-Junio 1991, pág. 57.



Para la celebración de un contrato social, se necesitarían dos partes con el mismo poder y donde cada uno cede una parte de prerrogativas, pero en ese caso la Nación no tiene un igual. La nación no contrata con el estado, simplemente se dota de instrumentos para ejercer su soberanía, esto delegando la capacidad de ejercicio a representantes.

La Nación como ente “natural” no puede llegar a ser un ente positivo. Para poder ejercer sus potestades, tiene que dotarse de un instrumento positivo, aquí es donde aparece el estado. Ente que será creado con el actuar primigenio y único de la soberanía nacional, el poder constituyente. Sieyés al respecto, expresa lo siguiente:

«Sería ridículo suponer a la nación vinculada ella misma por formalidad alguna o por la Constitución... si le hubiera sido preciso, para ser una Nación, una forma de ser positiva, jamás habría llegado a serlo. La nación se forma mediante el solo Derecho natural. El Estado, al contrario, no puede pertenecer sino al derecho positivo»⁹⁶

El siguiente punto a tratar es la constitución. En el modelo de Sieyés, la constitución como producto del acto soberano de la nación a través del poder constituyente, no va a tener como objetivo limitar el poder del estado, por el contrario su función es fundamentarlo, “darle vida”.

⁹⁶ E. J. Sieyes: Quelques idées de Constitution applicables a la ville de Paris, PARIS, 1789, PAG 30-31. Citado en Ramón Maíz, *Estado constitucional y gobierno representativo en E. J. Sieyés*, Revista de Estudios Políticos (Nueva Época), número 72, Abril-Junio 1991, pág. 57.



Un punto a destacar del modelo de Sieyés, es su interés y preocupación por el individuo, como ente dotado de derechos. Por esta razón encuentra en los individuos la célula y el fin del estado. Esto lo expresa de manera clara al decir lo siguiente:

“¿Cuál fue el objeto de Licurgo⁹⁷ al fundar la constitución espartana? –se preguntaba a sí mismo- Construir un estado. Los hombres eran considerados por él como las piedras de un edificio. Para mí, en cambio, las piedras lo son todo, y el edificio debe hallarse a su servicio”.⁹⁸

Ahora bien al inicio de este análisis del modelo de Sieyés hable de su característica representativa. Para Sieyés la democracia directa no es ni viable ni deseable (por la complicación práctica de reunir al pueblo y por la falta de preparación del mismo, aunque cabe aclarar que un fin del estado es ayudar a la preparación y mejoramiento de todos los individuos).

¿Qué características o cualidades, deben tener los representantes? Para Sieyés solo hay un tipo de intereses representables, estos son los intereses comunes. Estos intereses encontrarían su contrario en los intereses de facciones o de partido (que son vistos como disfuncionalidades en el modelo por Sieyés). En este punto el discurso se asemeja un poco al discurso de Madison en los Estados Unidos. Sieyés escribirá:

“La gran dificultad proviene del interés en virtud del cual un ciudadano se pone de acuerdo con algunos otros solamente.”

⁹⁷ Legislador espartano del siglo VII a. de c., famoso por crear una constitución para convertir a Esparta en un estado militarizado. Tarea después de la cual y previa promesa de no cambiar dichas leyes sin su consentimiento se exilia de Esparta para no regresar.

⁹⁸ E. J. SIEYES: *Les buts de l'Etat social* (pr. ms.), As. 284, AP 5, 1. Citado en Ramón Maíz, *Estado constitucional y gobierno representativo en E. J. Sieyés*, Revista de Estudios Políticos (Nueva Época), número 72, Abril-Junio 1991, pág. 57.



Aquel permite confabularse y organizarse; por su mediación se combinan proyectos peligrosos para la comunidad”⁹⁹

En los Estados Unidos, estas tendencias “facciosas”, se toman como un hecho irremediable y solo atenuable; que se puede tratar a través de frenos y contrapesos. Por el contrario, Sieyès (con un carácter bastante optimista), plantea que ese espíritu faccioso se puede contrarrestar a través del fomento del valor cívico y patriótico para la ciudadanía, además de con una política que uniformaría la sociedad y borraría los privilegios.

El representante, en el modelo de Sieyès, no se verá sujeto a un mandato imperativo. No representará a un territorio ya que cabe recordar que solo los intereses comunes son representables. Lo anterior tampoco involucra una independencia total o una falta de rendición de cuentas. Por el contrario Sieyès boga por un ciudadano interesado y participativo de la cosa pública.

Para Ramón Maíz¹⁰⁰, el modelo de representatividad de Sieyès establece las siguientes directrices:

- a) Reducción al máximo de la duración de los mandatos de los legisladores; a través de mandatos de 2 años en promedio, renovación por tercios del cuerpo legislativo y no reelegibilidad inmediata.

- b) Revocación de mandato para los legisladores; esto por la ruptura del lazo de confianza de los representantes para con el representante. La institución sería reglamentada y se necesitaría una mayoría calificada (3/4 de la asamblea electiva correspondiente).

⁹⁹ E. J. SIEYÈS: *Qu'est-ce que le Tiers état?*, pg. 206. Citado en Ramón Maíz, Estado constitucional y gobierno representativo en E. J. Sieyès, *Revista de Estudios Políticos (Nueva Época)*, número 72, Abril-Junio 1991, pág. 61.

¹⁰⁰ Óp. Cit. Nota 66, págs. 76-81.



c) Reorganización del territorio francés para fines electorales; esto tomando en cuenta parámetros de tamaño de territorio, población y contribución. En los tres casos una mayor aportación significaría un mayor número de diputados.

d) Fomento de la opinión pública; a través del desarrollo de la prensa y un sistema eficaz de instrucción pública.

e) Creación de una moral ciudadana; a través de la implicación del mayor número de ciudadanos en la vida pública. Esto para evitar la formación de una “aristocracia política”,

La Teoría política de Sieyés es bastante grande, pero dado que todo su contenido escapa al sentido y extensión del presente trabajo, termino con este breve análisis de su modelo de estado. Ahora entro de lleno al análisis de su propuesta de un Tribunal Constitucional.

Como respuesta al reinado del terror los métodos y la ideología dominante en el movimiento revolucionario comenzaron a ser cuestionados. En este contexto es que la propuesta de Sieyés se muestra.

Sieyés se presentaba dentro de la asamblea termidoriana (asamblea de carácter reaccionario y que termina por hacer a un lado a Robespierre y los Jacobinos que dieron pie al terror) del año III (1794) como un gran experto de la ciencia constitucional francesa; esto dada la gran experiencia y prestigio adquiridos



durante su larga vida política¹⁰¹. Es elegido miembro en la sesión del día 3 de abril de 1795.

Sieyès más allá de un teórico era un político (al igual que sus contrapartes del otro lado del atlántico. Ejem. Madison). Como tal, su actuar e ideología, refleja de buena manera el vaivén de la vida política del estado francés.

En un primer momento, Sieyès no se despegara totalmente de los métodos de control constitucional, propuestos por otros políticos al interior de la asamblea. Estos métodos de control eran de corte político. Sin embargo, su preocupación se mostrara de manera bastante temprana desde 1789, esto es sus *“Consideraciones sobre los medios de ejecución, de los cuales los representantes de Francia podrá disponer en 1789”*. Desde aquel momento se preguntaba *“Pero esta Constitución, con la que nosotros garantizamos los estatutos nacionales ¿quién la garantizará?”*¹⁰²

En la sesión de 14 germinal, es nombrado miembro del comité de salud pública, lo que lo priva de formar parte de la “comisión de los once”, encargada de la elaboración de un nuevo texto constitucional. A partir de este momento guarda un

¹⁰¹ Dicha reputación comenzó a partir de la publicación anónima (por temor y precaución frente a las muy probables represalias) durante los inicios de la revolución del texto denominado, *¿Qué es el tercer estado?* En el año 1789, en el que exponía su aversión ante los privilegios de los que gozaban los nobles y el clero, además de que pugnaba por una legislación nacional de carácter universal y de efectos generales. Después, fue miembro de los Estados Generales en 1789, diputado de la Convención Nacional entre 1792 y 1795 en la que votó a favor de la muerte del rey Luis XVI, del Consejo de los Quinientos entre 1795 y 1799 y del Directorio en 1799; además, ayudó a iniciar la carrera política de Napoleón Bonaparte, con el cual después de sus diversas diferencias terminó por romper.

¹⁰² En Pantoja David (comp) *Escritos políticos de Sieyès. Fondo de Cultura Económica. 1993* pág. 93. Citado en Carpio Marcos Edgar, *La Jury Constitutionnaire en el pensamiento de Sieyès*, Boletín Mexicano de Derecho comparado, nueva serie, año XXXII, núm. 95, mayo-agosto de 1999, pág. 298.



extraño silencio (extraño en el), esto solo hasta la sesión del 2 termidor en que comenzara su exposición del Jury *Constitutionnaire*.

Durante uno de sus discursos iniciales Sieyés advierte la falta de solidez de la constitución para garantizarse a si misma, por lo que propone la búsqueda de una garantía para la protección de la constitución, elemento ausente en los proyectos constitucionales anteriores. En palabras de Sieyés, al referirse al ya mencionado proyecto de la comisión de los once dirá:

“Después de haberla examinado temo que no posea el grado de solidez necesaria para precaverse, y precaver con ella al orden público de un choque revolucionario...”

... os falta... en la primera parte de este establecimiento, es decir, en la que está encargada de dictar la ley, una garantía indispensable, esencial; hablo de aquella de vuestra Constitución precisamente: se le ha olvidado en todos los proyectos y en todas las épocas”¹⁰³.

Sieyés encuentra esa garantía dentro del esquema de división de poderes (en consonancia con la ideología dominante), organizado a partir de la combinación de la unidad y la división del poder. La unidad se identificaba con la monarquía, y la división con la anarquía.

¹⁰³ Sieyés E. “Opinión de Sieyés sobre varios artículos de los títulos IV y V del Proyecto de Constitución”. En Pantoja David (comp) *Escritos políticos de Sieyés. Fondo de Cultura Económica. 1993* pág. 240-241. Citado en Carpio Marcos Edgar, *La Jury Constitutionnaire en el pensamiento de Sieyés*, Boletín Mexicano de Derecho comparado, nueva serie, año XXXII, núm. 95, mayo-agosto de 1999, pág. 300.



Nuestro autor en comento desarrolla toda una estructura filosófica-política sobre el papel de la constitución, teniendo como piezas fundamentales la representación y la tarea legislativa. Estas dos partes de la tarea estatal provocarían un movimiento circular.

Este movimiento sería característico del sistema representativo. Sieyés identifica dos tipos de acción dentro de este modelo, la acción ascendente, consistente en los actos mediante los cuales el pueblo elige sus representantes (los cuales de esta manera son encomendados para la creación de leyes) y la descendente referida a los instrumentos que sirven a dichos representantes para la formación y aplicación de la ley (se pueden entender como las facultades de las autoridades).

La siguiente cuestión señalaría Sieyés es decidir de qué manera se va a dividir el poder. Frente a esta circunstancia nos presenta dos opciones; o se utiliza el sistema de equilibrio (frenos y contrapesos) o el sistema de concurso (o de unidad organizada). Sieyés sostiene que el sistema de equilibrio no es el más idóneo, ya que da paso a la creación de grupos antagonistas entre muchos otros vicios. En consecuencia, defiende el modelo de concurso, sosteniendo que a partir de la unidad de acción se da un mayor avance o rendimiento del sistema. Para aclarar lo anterior explicaba que el objetivo del modelo defendido era en confiar a diversos representantes partes diferentes del poder (y no emplear diversos cuerpos hasta cierto grado antagonistas como en el modelo americano), para que de esta manera el resultado de la unión de los esfuerzos nos lleve al objetivo deseado¹⁰⁴.

Ya recayendo en la propuesta en sí, el abate proponía la creación de un *Jury de constitution* (tribunal constitucional) conformado por representantes (siguiendo su

¹⁰⁴ Roberto L. Blanco Valdez, óp. Cit., nota 60, pag.295.



apego al modelo representativo, sin el cual decía solo se daba paso a la usurpación) encaminados a la muy específica tarea de juzgar las denuncias sobre el incumplimiento del texto constitucional.

En términos del artículo 4º de dicho proyecto sería lo siguiente:

*“Art IV: Existirá, con el nombre de tribunal constitucional un cuerpo de representantes, cuyo número equivaldrá a tres vigésimos de la legislatura cuya misión especial será juzgar y dictaminar acerca de las acusaciones de violación de la constitución que se levanten contra los decretos de la legislatura”.*¹⁰⁵

Dicho órgano tendría por función, pronunciarse sobre las denuncias sobre alguna violación al texto constitucional por parte de algún decreto del órgano legislativo. La propuesta iba encaminada a limitar aun poder en específico, al poder legislativo pues los antecedentes habían mostrado que este órgano podía atentar contra el orden constitucional. Al respecto Sieyés dijo: “los poderes ilimitados son un monstruo en política y un inmenso error por parte del pueblo francés, que no debe volver a cometer en lo sucesivo”¹⁰⁶.

¹⁰⁵ Sieyés. E. “Opinión de Sieyés sobre las atribuciones y la organización de la Jury Constitutionnaire propuesta el 2 del termidor”, en Pantoja David (comp) *Escritos políticos de Sieyes. Fondo de Cultura Económica. 1993* pág. 256. Citado en Carpio Marcos Edgar, *La Jury Constitutionnaire en el pensamiento de Sieyés*, Boletín Mexicano de Derecho comparado, nueva serie, año XXXII, núm. 95, mayo-agosto de 1999, pág. 301.

¹⁰⁶ Emmanuel Sieyés, *Escritos y discursos de la Revolución* (edición de Ramón Maíz), Madrid, Centro de Estudios Constitucionales, 1990. 296. Citado en Óp. Cit. Nota 11 pagina 296.



Sieyès veía en el Tribunal Constitucional no solo un órgano guardián o protector de la constitución, si no también, un órgano que dado su constante contacto con cuestiones constitucionales serviría como un guía de preparación y proposición de reformas encaminadas a perfeccionar el texto constitucional. Para Sieyès, la posibilidad de que el tribunal constitucional participase en el proceso de reforma constitucional, no era visto como una intrusión en el poder legislativo, pues dicho órgano solo proponía, mientras que el legislativo habría de disponer. Además funcionaría como un órgano que tutelaría el respeto de las libertades civiles cuando las leyes su desvíen de su justo camino.

Sieyès sostenía un punto decisivo, al afirmar que “una constitución es un cuerpo de leyes obligatoria o no es nada”¹⁰⁷. Dado que cualquier norma puede ser violentada se presentaba necesario el establecimiento de un órgano protector.

Como ya lo dijimos una preocupación latente en Sieyès eran los posibles abusos de la legislatura, ¿Cuáles eran los actores específicos y que actos podrían emitir en contra de la constitución?, Sieyès realizaba una división básica de los actos que podían violentar la constitución, y estos eran los actos responsables, que identificaba con aquellos que ya eran sujetos a la justicia ordinaria sin importar quien los llevase a cabo y que por ende no debían ser de conocimiento del nuevo tribunal; y los irresponsables, que podían ser llevadas a cabo por sujetos sobrepasando las facultades que se les hayan dado o usando legítimamente sus facultades no siguieran las formas establecidas por la misma constitución, y que en consecuencia podían dar lugar a violaciones mayores ya sea en sentido material y formal. Como principales actores de hechos irresponsables identificaría al Consejo de los quinientos y el de los ancianos (situación que lo llevaría a un desencuentro con los integrantes de la convención, dado el espíritu pro parlamentario que dominaba el ambiente).

¹⁰⁷ *Ibidem*, pág. 297.



Para efectos de aclarar los tipos de actos que pueden violentar la constitución, llegaremos a ellos por exclusión. Sieyés sostiene que las violaciones de los ciudadanos ya están reglamentadas. Estas violaciones conforman delitos de los que conocen los tribunales ordinarios. Si una violación la realiza un funcionario público abusando de su poder sin rebasar sus facultades, también sería visto como un acto responsable. Los únicos actos que serían responsables pero no materia de impugnación ante el tribunal constitucional, serían los cometidos por jueces y jurados, que encontrarían su desahogo natural en el tribunal de casación.

Identificados que podían violentar el orden constitucional, la siguiente cuestión es identificar a los sujetos legitimados para ejercer la denuncia de las probables violaciones constitucionales. La propuesta de Sieyés es de carácter limitativo o restrictivo en cuanto al número de sujetos legitimados. Comienza por descartar de manera inmediata a los órganos con legitimidad popular, que son las asambleas primarias y electorales. Descarta también a los individuos en particular (salvo en caso de violación de libertades individuales), esto para dar paso a los mencionados consejos de los quinientos y de ancianos. Dicha potestad podía ser utilizada no solo por un órgano frente a actos del otro, sino también por las minorías al interior de cada uno de ellos frente a disposiciones emitidas por ellos mismos.

Sieyés expondría 3 atribuciones básicas para el tribunal constitucional. Al respecto decía:

...Le pido a la *Jury Constituttionaire* tres servicios: 1) que vele fielmente por la guardia del depósito constitucional; 2) que se ocupe, el abrigo de las pasiones funestas, de todos los pareceres que puedan servir para perfeccionar la



Constitución; 3) por último, que ofrezca a la libertad civil un recurso de equidad natural en ocasiones graves en las que la ley tutelar haya olvidado su justa garantía.¹⁰⁸

Sieyès consideraba que un órgano con tales capacidades suscitaría fuertes temores de que el mismo se convirtiera en un poder incontrolable. En consecuencia proponía una regla básica para el funcionamiento del nuevo tribunal. “El tribunal no podría emitir ninguna sentencia por iniciativa propia”- fijando así límites claros a la capacidad de acción de dicho órgano

A pesar de la versatilidad y tino de los argumentos de Emmanuel Sieyès, su proyecto no pudo ver la luz, dada la ideología dominante en la Francia del Periodo Revolucionario, pero sin duda marco el camino para la implantación largo tiempo después de un sistema de control constitucional a través del Consejo Constitucional.

3) EL FINAL DE LA REVOLUCION Y EL SENADO CONSERVADOR

Tras el golpe de estado termidoriano de 1794 y la creación de la Constitución de 1795 se establece un nuevo régimen político. En dicho régimen la convención nacional desaparece para dar paso a un sistema bicameral compuesto por el consejo de los quinientos y el consejo de los ancianos.

¹⁰⁸ Óp. Cit. Nota 81, pág. 311.



En lo que respecta al poder ejecutivo recaía en un directorio, cuerpo colegiado de 5 integrantes Directorio.

Una característica de este nuevo organigrama estatal era el hecho de la incorporación del voto censitario (de acuerdo a un censo que contenía ciertos requerimientos, normalmente económicos) para la elección del consejo de los quinientos (mismo que a su vez elegía a los miembros de la otra cámara). Dicha medida así como el carácter colegiado del directorio iban encaminados a favorecer a los sectores moderados, sin embargo, dichas medidas no pudieron dotar de estabilidad al régimen.

Para el 18 brumario del año VIII (1799) se da un golpe de estado encabezado por Napoleón Bonaparte, mismo que termino con la creación de la Constitución del 22 de frimario del año VIII (1799) , y la instauración del Consulado, integrado por Napoleón, Sieyés y Druos.

Bosquejado el panorama jurídico político en esta etapa en Francia, es de esperarse que con Sieyés en este cargo, sus ideas fluyeran de mejor manera y se diese paso a la instauración de se Jurie constitutionnaire; sin embargo, la fuerte presencia de Napoleón no hizo más que atenuar la fuerza de las ideas de Sieyés, llevándolas a la creación de un órgano bastante alejado del ideal planteado en primera instancia.

En dicho ordenamiento se instituye la figura del “Senado Conservador”. Este órgano, tenía la facultad para anular los actos impugnados como



inconstitucionales por el Tribunal de Casación o por el Gobierno¹⁰⁹, además de proponer los *senatus-consultus* de reforma a la constitución¹¹⁰.

El Senado Conservador se componía inicialmente por 60 miembros, de carácter vitalicio e inamovible, aunque se prevé en dicho texto constitucional el incremento de sus miembros a razón de 2 por año hasta llegar a 80 miembros (art. 15 Const.). Como requisito adicional, los miembros debían tener por lo menos 40 años de edad. La forma de elección de sus miembros era por cooptación, de una terna propuesta por el cuerpo legislativo, el Tribunado y el Primer Cónsul.

Varios factores, hicieron del Senado Conservador una figura débil e insuficiente para llevar a cabo el control constitucional. El principal factor de debilitamiento del Senado Conservador, fue como ya se adelantó anteriormente el ascenso político de Napoleón. Un punto central en el desprestigio de esta institución fue su constante apoyo a las políticas tomadas por la administración napoleónica, factor que como dice Francois Julien-Lafferrière¹¹¹ llega a su punto culminante cuando el Senado Conservador da su respaldo a Napoleón cuando sustituye el régimen republicano por el Imperio.

Otro factor que vino a reforzar el punto anterior, fue el hecho de que a través del Senadoconsulto orgánico de 28 Floreal del año XII (1804), con el que instituyó el Imperio, el procedimiento de elección de los miembros del Senado Conservador es modificado (art 24); de esta manera, se le da la facultad al primer cónsul de nombrar libremente senadores, siempre y cuando el número de miembros no

¹⁰⁹ Fix-Zamudio Héctor, “*Tres instituciones francesas revolucionarias y el derecho constitucional mexicano*” artículo incluido en “*Bicentenario de la Revolución Francesa*”, Instituto de Investigaciones Jurídicas, UNAM, 1ª edición, México 1991.

¹¹⁰ Julien-Lafferrière Francois, “*La insuficiencia del control de constitucionalidad de las leyes en Francia*”, en Derecho Constitucional “Memoria del Congreso Internacional de Culturas y Sistemas Jurídicos Contemporáneos”, Carbonell Miguel (Compilador), Instituto de Investigaciones Jurídicas, UNAM, México 2004, pág. 586.

¹¹¹ *Ibidem*, pág. 586.



sobrepase los 120, con lo cual el Senado Conservador queda de manera fáctica a merced de la voluntad de Napoleón.¹¹²

Con poderes e influencia tan grande del Primer Cónsul sobre este Senado, Napoleón envió a varios de sus opositores a dicho órgano, esto dado que el ocupar un puesto en el Senado Conservador los hacía inelegibles para cualquier puesto público; con lo cual el mismo Sieyès fue enviado y relegado a dicho órgano¹¹³.

Después de este periodo del primer Imperio, se da la etapa de la restauración monárquica, en el que no se da alguna aportación legislativa significativa a nuestro tema en comento, dada la naturaleza del régimen, en el cual como lo dice Javier Pardo¹¹⁴, “en este periodo, nadie pone en duda si la norma fundamental del Estado proviene exclusivamente del monarca en forma de “Carta otorgada”. Esta característica de la Constitución, presupone también que, el encargado de velar por el cumplimiento de la misma es el propio Monarca otorgante.

Sin embargo en el ámbito de los tribunales si llegaron a plantearse litigios que plantearan el problema de la constitucionalidad de la ley. A continuación se expondrán algunos de estos casos y la solución que tuvieron.

¹¹² Pardo Falcón Javier, *Notas sobre la Historia del Control de Constitucionalidad en Francia hasta la aparición del Consejo Constitucional*, en Revista de Estudios Políticos (Nueva Época), número 72, Abril-Junio 1991, pág. 248, versión online, link http://dialnet.unirioja.es/servlet/listaarticulos?tipo_busqueda=EJEMPLAR&revista_busqueda=1166&clave_busqueda=3283.

¹¹³ Óp. Cit. Nota 91, pág. 61.

¹¹⁴ Pardo Falcón Javier, *Notas sobre la Historia del Control de Constitucionalidad en Francia hasta la aparición del Consejo Constitucional*, en Revista de Estudios Políticos (Nueva Época), número 72, Abril-Junio 1991, pág. 249, versión online http://dialnet.unirioja.es/servlet/listaarticulos?tipo_busqueda=EJEMPLAR&revista_busqueda=1166&clave_busqueda=3283. link Recuperado el 1 de abril de 2016.



En 1833, la causa del autor de un atentado contra el rey es atribuida al Tribunal de lo criminal del Sena. Al referirse a este caso, el periódico el “*National*” publica información referente a los debates al interior de la sala al discutir el caso, misma que es considerada poco fidedigna y malintencionada.

Debido a lo expuesto, el gerente del diario el señor Paulin, es acusado y condenado por el tribunal sin la intervención del *jury* (*jurado*). Dicha resolución estaba fundamentada en una ley de 1822, cuyo contenido había sido reproducido por una ley delo 8 de octubre de 1830. El conflicto radicaba en su contrariedad con la carta constitucional de fecha 14 de agosto de 1830.¹¹⁵

Esta carta constitucional preveía en su artículo 69 la regulación de la manera mas pronta posible, de la figura del *jury* dentro de la resolución de los delitos de la prensa y de naturaleza política.

El tribunal sentencio al señor Paulin, sin la intervención del *jury*, esto atendiendo a las leyes de 1822 y 1830 (que no contemplaban la figura del *jury*) e ignorando la previsión de la carta constitucional de 1830. Este caso llevo conocimiento de la *Cour de Cassation*.

Dicho órgano resolvió negando la posibilidad de que el mismo pudiera conocer sobre el control de inconstitucionalidad de una ley. Su estudio se limitó a la posible o no abrogación de una ley por la otra (sin establecer una relación jerárquica), estimando que la carta constitucional dejaba provisionalmente en vigor la

¹¹⁵ Fernández Segado, Francisco, La justicia constitucional: una visión de derecho comparado, Tomo II, Madrid, Ed. Dykinson, 2009, págs. 122-124. Al respecto Schmitt concebía al Presidente del Reich como un órgano de poder neutral, mediador y tutelar (utilizando teorías elaboradas por Benjamin Constant sobre los monarcas); además veía en el Presidente la forma de representación verdaderamente mas democrática, dado el hecho de que al contrario del parlamento que se presenta como una voluntad dividida el presidente representa una sola voluntad que identifica con el pueblo unido.



legislación anterior y que como regla establecida para los tribunales no podía ser atacada ante ellos.

Otro caso que plantea el problema de la posible inconstitucionalidad de una ley es el de *Doyne et Lemaire*, conocido por la *Cour d'Orleans*. A continuación resumo brevemente la materia del caso. Los señores Doyne y Lemaire autorizados por la consistorial de Orleans se dedican a la predicación en reuniones públicas del evangelio. Por llevar a cabo estas reuniones, los señores Doyne y Lemaire son apresados y condenados por violación del código penal y de la ley del 10 de abril de 1834 sobre reuniones. Estas disposiciones reglamentaban las asociaciones y el necesario consentimiento del gobierno para llevarse a cabo.

Los afectados apelaran la sentencia ante *la Cour d'Orleans*, alegando la contrariedad de las mencionadas leyes con el artículo 5 de la carta constitucional de 1830, mismo que establecía la libertad de culto. La *Cour d'Orleans* advierte que dichas disposiciones hacen inviable el ejercicio de este derecho al dejar al arbitrio del gobierno la posibilidad de asociarse para fines religiosos; además argumenta la presencia del artículo 70 de la carta que virtualmente deroga las disposiciones anteriores en materia de libertad de culto. Como se puede observar y estando de acuerdo con lo expuesto por Fernández Segado¹¹⁶, la argumentación de la *Cour* se fundamentó en una clausula derogatoria sin tomar en cuenta una jerarquía normativa (lo que hace pensar que las normas en comento que eran vistas a la par).

Esta resolución fue recurrida ante la *Cour de Cassation*, por el ministerio público. Dicha *Cour* se pronuncia en el sentido de advertir que los artículos referidos del código penal no fueron derogados por la carta, sin embargo, rechaza el recurso

¹¹⁶ Óp. Cit. Nota 115, pág. 125 y 126.



aludiendo que dichos artículos así como la ley de 1834 se circunscribían a asociaciones y no a reuniones temporales o accidentales como las llevadas a cabo por los señores Doyne y Lemaire.

Como se puede observar los diversos tribunales en ningún momento se plantean de manera seria el control de la regularidad constitucional de las leyes (más bien buscan esquivar cualquier controversia que pudiese dar a entender un control). Lo anterior puede explicarse por varias razones, entre ellas puede destacarse la falta de diferenciación jerárquica entre la ley y la ley constitucional y la imposibilidad de los tribunales para nulificar normas por observarlas contrarias al texto constitucional (aduciendo que esa misma ley es la que regula a los tribunales), tarea guardada para los órganos legislativos. Sin embargo la práctica seguirá presentando casos similares durante el pasar del tiempo.

4) LA 2ª REPÚBLICA Y EL 2º IMPERIO.

La siguiente etapa en la historia constitucional francesa es la 2ª República. En febrero de 1848 se da término a la monarquía con la abdicación de Luis Felipe I de Francia y se proclama la 2ª República.

A través de la constitución del 4 de noviembre de 1848 se instaura un régimen identificado como una “monarquía republicana”, basada en la búsqueda del equilibrio entre los diversos poderes a través de su separación e independencia. Se preveía un sistema unicameral y un Presidente, mismos que serían elegidos por sufragio “universal” y directo.



Un punto a resaltar sobre este texto constitucional es la inclusión en su capítulo XI dedicado a la revisión de la constitución, por ende regula el procedimiento de reforma. Un aspecto importante para la reforma constitucional es el requisito de una Asamblea Constituyente, lo que por lo menos de manera teórico-constitucional plantea cierta diferenciación entre constitución y leyes ordinarias.¹¹⁷

Sin embargo, dicha diferenciación no tuvo mayor peso en la vida política de Francia de la 2ª república, probablemente debido a la corta existencia de este régimen o a la falta de más instrumentos legislativos que dieran forma o garantía a la defensa de la constitución.

Algo a destacar dentro del corto periodo de tiempo que duro el régimen de la 2ª república es la resolución de 2 casos por parte de la *Cour de cassation* a través de la *Chambre criminelle*. Los sentencias de fecha 15 de marzo (caso *Gauthier*) y 17 de noviembre de 1851 (caso *Gent et consorts*) versan sobre el problema de constitucionalidad del artículo 8 de la ley de 9 de agosto de 1849. Esta norma autorizaba el que los civiles fueran juzgados por tribunales de guerra en el caso de declaración de estado de sitio.¹¹⁸

El mencionado artículo 8 se contrariaba con el contenido del artículo 4º constitucional que establecía el derecho de los ciudadanos a no ser privados de sus jueces naturales. La *Cour* establece la conformidad de la ley de 1849, esto argumentando que el contenido de la referida ley solo daba forma y aplicaba lo referido por otro artículo del texto constitucional, el 106. Dicho artículo dejaba como potestad del legislativo la determinación de los efectos de una declaración

¹¹⁷ Óp. Cit. Nota 115, pág. 126.

¹¹⁸ Fernández Segado, Francisco, La justicia constitucional: una visión de derecho comparado, Tomo II, Madrid, Ed. Dykinson, 2009, págs. 127-128.



de estado de sitio. En otras palabras dicha norma solo desarrolla una excepción establecida al artículo cuarto dentro de la misma constitución.

Este “control” desarrollado por la *Cour* parece tener un carácter accidental y marginal, esto debido ya que a pesar de ejercer un control material, no se plantea una argumentación profunda y que marcara el camino a seguir por los órganos judiciales. A pesar de la trascendencia que podría marcar este cambio jurisprudencial, no se llegó a un desarrollo o profundización en el sentido que marcaba dicha tesis, esto tal vez por lo efímero del régimen de la 2ª república o de cierta inconsciencia respecto del discurso que emana de este viraje jurisprudencial.

Para el 2 de diciembre de 1851 se lleva a cabo un golpe de estado por parte del Príncipe-Presidente Luís Napoleón. Producto de dicho movimiento se crea la constitución del 14 de enero de 1852. Dicha constitución proclama la fidelidad hacia los principios de la revolución de 1789. El imperio se proclama nuevamente el 7 de noviembre de 1852 a través de un plebiscito.

En dicho texto constitucional resurge el tema del control constitucional de leyes (planteado de manera directa a través de un órgano específico), esto a través de la creación de un Senado.

El senado del 2º Imperio, a diferencia del Senado Conservador, no solo es un órgano de control de actos del gobierno, sino que, se instituye como defensor de la de las libertades públicas. La finalidad de este órgano parece bastante ambiciosa, basta decir que entre sus facultades se encontraban las siguientes:



- a) Iniciativa legislativa: ya el artículo 30 constitucional lo facultaba para emitir informes al Presidente tendientes a establecer las bases de los proyectos de ley necesarios y de interés nacional.
- b) Iniciativa en materia de reforma constitucional de acuerdo al artículo 31 constitucional.
- c) Suplencia de las lagunas constitucionales de acuerdo al artículo 27 constitucional.

Sin embargo, al igual que el Senado Conservador del 1º Imperio, la falta de independencia de sus miembros (nombrados por el emperador), así como su naturaleza eminentemente política, marginaron a dicha figura de tener un impacto real en la vida político- constitucional francesa.

5) LA 3ª REPUBLICA.

Ya caído el régimen del Imperio en 1870, se da paso a la constitución de 1875. Dicho texto pretende alejarse de la de 1848, esto en cuanto a que el texto de 1848 daba un mayor peso a un ejecutivo fuerte. Este nuevo texto daba a Francia un régimen de carácter parlamentarista. El Dr. Armando Soto Flores¹¹⁹ nos brinda la siguiente lista de rasgos esenciales del parlamentarismo francés durante la 3ª y 4ª Republica:

¹¹⁹ Soto Flores, Armando Guadalupe, *Sistemas constitucionales y políticos contemporáneos*, México, Ed. Porrúa, 2009, págs. 190-191.



- a) Ejecutivo dual: con un presidente que preside pero no gobierna, por no ser políticamente responsable; y un gabinete con responsabilidad política ante el parlamento.

- b) Equilibrio de poderes legislativo y ejecutivo: el mismo se daría gracias a los medios de acción recíproca entre los mismos. Ejemplo de ello es que la desconfianza del parlamento hacía con el ejecutivo implicaba la dimisión del mismo y en el sentido contrario, el ejecutivo detenta el derecho de disolución del Parlamento.

Durante la longeva 3ª República (1875), la materia del control constitucional no llegó a materializarse en la creación de una institución particular; sin embargo es de relevancia porque, se da un acalorado debate académico-político en torno a esta idea. En primera instancia, Eiseman¹²⁰ destaca el consenso al interior en los círculos político-académicos franceses, esto en el sentido de una negativa a la implantación de un sistema de carácter concentrado (de acuerdo al modelo kelseniano). Los argumentos básicos van dirigidos en 2 sentidos:

- a) Conceptual: esto se refiere a que un órgano con tales facultades, como la anulación de una norma con efectos generales, solo puede ser llevado a cabo por un órgano de naturaleza política y no jurisdiccional.

- b) Históricas: Se toma como antecedente al Senado Conservador napoleónico y al Senado del 2º Imperio, los cuales se habían mostrado ineficaces y sumisos ante el poder público

¹²⁰ Ch. Eisemann: *La justice constitutionnelle et la Haute Cour Constitutionnelle de Autriche*, Economica, PUAM, 1986, ed. De 1928. Citado en Óp. Cit. Nota 112. Pág. 252.



Ahora bien ¿qué perspectiva se tenía frente a un modelo de control constitucional de carácter difuso como el estadounidense? Dicho tema se pone en boga a partir de la publicación de un trabajo al respecto por parte de Edouard Lambert¹²¹.

Paul Duez¹²² al analizar dicha obra extrae una conclusión bastante significativa. Dicha conclusión radicaba en la identificación por parte de Lambert de la figura de la *judicial review* como un instrumento de carácter conservador dado que había paralizado o ralentizado la implementación de legislación de carácter social.

Por un lado se encuentran los juristas (Barthélemy, Duez, Carre de Malberg, Jéze¹²³) contrarios a la implementación de un sistema control constitucional de leyes como el estadounidense, cuyos argumentos básicos se dividen en dos rublos: su falta de idoneidad positivo-jurídica y la de carácter político.

Factores positivo-jurídicos:

- a) El modelo norteamericano tiene como presupuesto básico la rigidez constitucional, cuestión contraria a la flexibilidad del texto constitucional francés.
- b) La estructura federada del estado norteamericano (lo que da origen al conflicto entre diferentes esferas de competencia), contraria a la estructura unitaria del estado francés.

¹²¹ E. Lambert: *Le Gouvernement des juges et la lutte contre la législation sociale aux états- Unis*, París, 1921. Citado en Óp. Cit. Nota 112, pág. 253.

¹²² Duez Paul, *Le contrôle juridictionnel des lois en France*, en Maurice Hauriou, Recueil Sirey, París, 1929, pág. 216. Citado en Óp. Cit. Nota 118, pág. 92.

¹²³ Óp. Cit. Nota 94, pág. 253.



- c) El listado de una serie de derechos dentro del cuerpo sustantivo de la constitución norteamericana (cuestión que prevé su probable violación por parte de los diferentes entes del poder público), mientras que en Francia se tiene una constitución de contenido mayormente “procedimental”, además de que de facto el parlamento es el depositario del poder constituyente.

Factores políticos:

- a) El desprestigio del poder judicial francés: Mientras que en los Estados Unidos el Poder Judicial es visto con bastante aceptación y respeto, sus homólogos en Francia siguen siendo vistos con bastante recelo y desconfianza.

Por otro lado se encuentran, autores (Duguit, Hauriou¹²⁴) cuya opinión sobre la implementación de un sistema de control constitucional como el americano no parece una idea del todo descabellada, y estarían de acuerdo en dotar a los tribunales ordinarios de dicha potestad, bajo el presupuesto de la excepción de inconstitucionalidad, planteada en un litigio concreto. Como respuesta a una probable usurpación de funciones por parte de los jueces para con el legislador, estos autores aducen el papel decisivo que debe jugar en esta materia los órganos de justicia administrativa, que a través de la vigilancia de los jueces harían que estos se circunscribieran a la aplicación o inaplicación de la ley en el caso controvertido

¹²⁴ Op. Cit. Nota 112, pág. 254.



6) LA 4ª REPÚBLICA FRANCESA.

En 1946, tras la terminación de la 2ª guerra mundial se proclama la 4ª República. Para el 27 de octubre del mismo año, se aprueba la constitución francesa. En dicho texto se incorpora un mecanismo de control constitucional bastante “peculiar”, el denominado Comité Constitucional. Dicho mecanismo establece que si una ley es contraria a la constitución, dicha norma se promulgará tras una modificación al texto constitucional (con lo cual se adecuaría la constitución a la ley y no como normalmente se piensa la ley a la constitución). El órgano encargado de hacer esta revisión de la ley es el mencionado Comité constitucional.

Un punto a destacar es que además de esta visión que parece encumbrar la ley sobre la constitución, queda fuera del conocimiento de este órgano lo preceptuado en el preámbulo del texto constitucional, que es la parte dogmática. El Comité Constitucional lo integran el Presidente de la República, el Presidente de la Asamblea Nacional, el Presidente del Consejo de la República; además de Siete miembros más elegidos por la Asamblea Nacional (de manera anual y a través de la representación proporcional al interior de dicho órgano) y 3 miembros más elegidos por el Consejo de la República (con un proceso semejante al de la Asamblea Nacional).

La intervención por parte del Comité Constitucional, solo se da a petición conjunta del Presidente de la República y el del Consejo de la República (cuya petición debe ir respaldada por la mayoría absoluta al interior de órgano que preside); esto frente a alguna ley expedida por la Asamblea Nacional y que se estime como contraria a la constitución. El papel del Comité en estos casos es tratar de conciliar el desacuerdo entre las cámaras, y en caso de la persistencia de este desacuerdo (dentro de un plazo de 5 días, art 92 Const.), puede resolver en dos sentidos: dar



procedencia a la promulgación si estima la norma como constitucional o devolver el texto a la asamblea para una nueva deliberación y en su caso se hagan las reformas constitucionales necesarias para que no haya conflicto con la ley y esta pueda promulgarse.

El intrincado procedimiento con el que se reglamentó la participación del Comité Constitucional, solo logro la actuación marginal de dicho órgano, ya que solo intervino una sola vez durante su existencia, esto en un caso donde se atacaba el Reglamento de la Asamblea Nacional, mismo que es declarado inconstitucional por carecer de un plazo específico para la celebración de debates.¹²⁵ En términos generales dicho órgano fue creado en mayor medida como un órgano político de carácter conciliatorio al interior del estado francés, distando mucho de un órgano real de control constitucional cercano al modelo kelseniano o al norteamericano.

7) LA 5ª REPUBLICA FRANCESA

Terminado este breve bosquejo de los órganos de control constitucional en Francia, hasta antes del Consejo Constitucional, entro de lleno al estudio de la etapa contemporánea que nos interesa. El Consejo Constitucional francés es instituido en la constitución de la V¹²⁶ República, en 1958. Encuentra como antecedente inmediato el Comité constitucional de 1946. Su naturaleza es jurisdiccional pero marcada por lo político.

¹²⁵ C. Franck, *Les fonctions juridictionnelles du Conseil Constitutionnel et du Conseil d'Etat dans l'ordre constitutionnel*, Paris, LGDJ, 1974, pág. 45. Óp. Cit. Nota 94, pág. 257.

¹²⁶ Periodo de la historia francesa. Se da a partir de la crisis, provocada por la guerra de independencia argelina. Desembocaría en el ascenso al poder del político y militar Charles de Gaulle y la redacción de una nueva constitución en 1958.



En los orígenes de la V República, un fuerte debate se dio en torno a la división de poderes y en especial en la relación entre el poder ejecutivo y el legislativo. Como pudimos analizar en el apartado que antecede, en la tradición política francesa, la asamblea era vista con cierta preeminencia frente a los otros poderes públicos. Esta cuestión planteó muchos problemas, entre ellos el avasallamiento del poder legislativo para con el ejecutivo. Dicha situación, provocó preocupación en muchos políticos franceses, entre ellos el presidente René Coty¹²⁷, mismo que expresa lo siguiente:

“Francia es el país donde el poder ejecutivo es el más desarmado frente al legislativo”¹²⁸

Laura Ospina¹²⁹ sostiene que el Consejo Constitucional, es creado entre varias razones, como un órgano que tendría como tarea (entre algunas otras) velar por el respeto de las esferas competenciales entre el legislativo y el ejecutivo.

Este órgano, se caracteriza por ser una mezcla de ente político-jurisdiccional. Reflejo de su aspecto político es la forma de nombramiento de sus integrantes. De acuerdo al artículo 56 de la Constitución Francesa, el Consejo Constitucional se conforma de 9 miembros. 3 de ellos son elegidos por el presidente de la república, 3 por el presidente de la Asamblea Nacional y 3 por el presidente del Senado. Su

¹²⁷ Puesto que desempeño entre 1953 y 1959. Cabe destacar que Gaulle al terminar su mandato pasaría a ser miembro del Consejo Constitucional.

¹²⁸ Maus, Didier. *Etudes sur la Constitution de la V République. Mise en Place, pratique.*, Ed STH, 199, 9. 15. Citado en Ospina Mejía, Laura, *Breve aproximación al bloque de constitucionalidad en Francia*, Elementos de Juicio (Revista de temas Constitucionales), año 1, número 2 julio- septiembre de 2006, Colombia, L INK: <http://www.juridicas.unam.mx/publica/librev/rev/juicio/cont/2/cnt/cnt8.pdf>

¹²⁹ Ospina Mejía, Laura, *Breve aproximación al bloque de constitucionalidad en Francia*, Elementos de Juicio (Revista de temas Constitucionales), año 1, número 2 julio- septiembre de 2006, Colombia. Link: <http://www.juridicas.unam.mx/publica/librev/rev/juicio/cont/2/cnt/cnt8.pdf> recuperado el 15 de febrero de 2016.



mandato tiene una duración de 9 años y es de carácter improrrogable. La renovación de dichos miembros se realiza por tercios cada 3 años. Como principales incompatibilidades se encuentran las funciones como miembro del parlamento o ministro.

Allan Brewer-Carias¹³⁰, sostiene la siguiente clasificación de las atribuciones con las que cuenta el Consejo Constitucional Francés:

Consultivas: En general se trata determinar los casos de incapacidad del presidente para ejercer sus funciones y otras cuestiones de carácter extraordinario (art. 7 Constitucional).

Electoral: Se refiere a facultades semejantes a un Tribunal Superior en materia Electoral, donde vigila la regularidad y legalidad de las contiendas electorales (incluidas las elecciones legislativas, del ejecutivo y referéndum (arts. 58-60 Constitución Francesa).

Jurisdiccionales: son las que nos interesan. Entre las principales se encuentra el control constitucional de leyes de carácter preventivo (art. 61 constitucional). Este control se realiza frente a normas, en discusión o aprobadas pero no promulgadas.

El control preventivo de constitucionalidad del sistema francés tiene dos vertientes, la obligatoria y la facultativa. Las leyes orgánicas, los reglamentos de las cámaras del poder legislativo y las leyes que incidan de manera trascendente en la organización y funcionamiento político del estado francés quedaran sujetos a un control obligatorio. Las leyes ordinarias son sujetas de control de carácter

¹³⁰ Brewer-Carias, Allan R., *El control concentrado de la constitucionalidad de las leyes (Estudio de derecho Comparado)*, Ed. Jurídica Venezolana, Venezuela 1993.



facultativo a petición del presidente de la república, los presidentes de las cámaras o a petición de 60 diputados y senadores (art 60. Constitucional).

Cuestión que cabe destacar, es la referente a los entes legitimados para ejercer dicha potestad. Los sujetos individuales no aparecen dentro del catálogo. Esto a pesar de que si se plantea de manera un tanto somera la posibilidad de control frente a una disposición legislativa que pudiese perjudicar a los derechos o libertades que garantiza el texto constitucional. En este caso los entes legitimados son el Consejo de Estado y el tribunal de Casación.

Un aspecto que salta a la vista, respecto del contenido de la Constitución francesa, es su carácter predominantemente orgánico y mínimamente dogmático. La tarea dogmática, se relega para las leyes ordinarias. Esta estructura acentúa la preocupación de los políticos franceses sobre la organización y funcionamiento del poder como eje principal de la tarea constitucional. Entre las pocas menciones a derechos fundamentales o libertades son las enunciadas en el artículo 1 y el artículo 34 Constitucionales:

*Art. 1º.- Francia es una República indivisible, laica, democrática y social que garantiza **la igualdad ante la ley** de todos los ciudadanos sin distinción de origen, raza o religión y que respeta todas las creencias. Su organización es descentralizada.*

Art. 34º .- ...

La ley fijará las normas sobre:

*Derechos cívicos y garantías fundamentales concedidas a los ciudadanos para el ejercicio de las **libertades públicas; la***



libertad, el pluralismo y la independencia de los medios de comunicación; las prestaciones impuestas por la defensa nacional a los ciudadanos en cuanto a sus personas y sus bienes.

Esto se puede tener como explicación de los resabios de temor frente al control constitucional de los jueces y además como una limitación del poder legislativo, a través, de un catálogo de derechos enunciados constitucionalmente. Al respecto cito palabras de Comisario del Gobierno Raymond Janot (uno de los redactores de la constitución de 1958), opinando sobre la inclusión en el ya mencionado artículo 34 de una cláusula que obligaría al parlamento a observar lo dicho en el preámbulo del texto constitucional. Al respecto decía:

“...darles valor constitucional, justamente cuando se ha creado un Consejo Constitucional, ... supondría en gran medida una orientación hacia el gobierno de los jueces”¹³¹

Aquella preocupación frente al gobierno de los jueces que se analizó en apartados anteriores de este trabajo, se hace presente casi dos siglos después en la Francia Contemporánea. El preámbulo de la constitución francesa, dice lo siguiente:

“El pueblo francés proclama solemnemente su adhesión a los derechos humanos y a los principios de la soberanía nacional tal y como fueron definidos por la Declaración de 1789, confirmada y completada por el Preámbulo de la Constitución de 1946...”

¹³¹ Renoux, Thierry S. y de Villiers, Michel. Code Constitutionnel, Paris, Litec. 1994, p.9. Citado en Ospina Mejía, Laura, *Breve aproximación al bloque de constitucionalidad en Francia*, Elementos de Juicio (Revista de temas Constitucionales), año 1, número 2 julio- septiembre de 2006, Colombia, Pág. 187.



Esta situación cambió a partir de una decisión del Consejo constitucional, del día 16 de julio de 1971¹³², donde otorgó valor jurídico a dicho preámbulo. En este caso, se llevó a consideración del Consejo Constitucional una ley que en términos generales limitaba la libertad de asociación de acuerdo a los principios fundamentales establecidos en el preámbulo constitucional. El Consejo Constitucional, estimó contrario a la libertad de asociación, defendido por la libertad de asociación enunciada en dicho preámbulo.

Este reconocimiento de validez constitucional del preámbulo del texto constitucional, provocó una mayor importancia del papel del Consejo Constitucional, esto al dar cabida a los derechos y libertades defendidas por la declaración de derechos de 1789 y acrecentada por la Constitución de 1946. Esta esfera de derechos y libertades se ve acrecentada por el reconocimiento dentro del preámbulo constitucional de “La Carta del Medio Ambiente” en 2005.

A pesar de este avance, cabe destacar que el hecho de que los entes legitimados sean bastante restringidos, limita este control. A continuación enlisto los entes legitimados a partir de la reforma llevada a cabo mediante la ley constitucional de 29 de octubre de 1974:

- a) Presidente de la República.
- b) Primer ministro.
- c) Presidente de la Asamblea Nacional.
- d) Presidente del Senado
- e) 60 diputados o senadores.

¹³² Óp. Cit. Nota 88, pág. 188.



Además llega a convertir el ejercicio de la figura en un juego político más que jurídico (ya que puede ser utilizado como producto de un trueque político al interior de los entes legitimados).

Un problema que presenta este modelo de control preventivo, es que una norma a priori puede parecer totalmente constitucional, pero su aplicación a un caso concreto, puede destapar aspectos inconstitucionales.

El Consejo mismo se ha auto limitado en cuanto al control constitucional, esto al dejar fuera de su competencia el control de leyes adoptadas por medio de la figura del referéndum. Lo anterior argumentando que dichas normas se presentan como expresión directa de la soberanía nacional.¹³³

Otro punto que agravaba los límites marcados al Consejo Constitucional es el hecho de que las jurisdicciones supremas en materia administrativa (Consejo de Estado), civil y penal; se presentan reacias a controlar la conformidad de un acto administrativo frente a la Constitución, esto al circunscribirse al control de legalidad.

Después de este breve análisis, se puede apreciar como el pasado y la ideología, pesaron en gran medida en la construcción del engranaje político constitucional galo. A pesar de haber transcurrido más de dos siglos de la revolución francesa, parece que muchas discusiones se encontraban inacabadas o por lo menos no resueltas del todo. Sin embargo los aires de cambio traídos por la modernidad han provocado una situación aparentemente incomprensible o incongruente. Una de ellas es la facultad de la Corte de Casación (desde 1975) y el Consejo

¹³³ C. Const. 6 de noviembre de 1962 (núm. 62-40 DC), Ley sobre la elección del presidente de la República. Citada en Óp. Cit. Nota 110, pág. 596.



Constitucional desde 1989, para controlar el ajuste de las leyes ordinarias con el contenido de los tratados internacionales. En caso de que la ley sea contraria al tratado el órgano en cuestión puede implicar la ley a favor del tratado¹³⁴. Lo anterior, descubre una interrogante, ¿por qué controlar la legalidad de las leyes con respecto a los tratados, pero no de acuerdo al contenido Constitucional?

Frente a las interrogantes y contradicciones marcadas en el párrafo anterior, se dio en el año de 2008 una reforma constitucional que marco un cambio sustancial en la forma de ver el control constitucional.

Mediante la ley constitucional de 23 de julio de 2008, empujada por el presidente Sarkozy, se reforma el artículo 61 de la Constitución. Su importancia radica en la incorporación de la “cuestión prioritaria de constitucionalidad” dentro del modelo de control francés.

Esta es definida como:

“el derecho que se reconoce a cualquier persona en un proceso o en una instancia de afirmar que una disposición legislativa vulnera sus derechos garantizados por la constitución.”¹³⁵

¹³⁴ Julien-Laferriere, *La insuficiencia del control de la constitucionalidad de la leyes en Francia*, Congreso Internacional culturas y sistemas jurídicos comparados, Miguel Carbonell (coordinador), México, Ed. Universidad Nacional Autónoma de México, Instituto de Investigaciones Jurídicas, 1ª ed., 2004, págs. 585-604.

¹³⁵ Página oficial del Consejo Constitucional francés, link: <http://www.conseil-constitutionnel.fr/conseil-constitutionnel/espanol/cuestion-prioritaria-de-constitucionalidad/cuestion-prioritaria-de-constitucionalidad.48006.html>



Al respecto, el artículo 61-1 constitucional establece lo siguiente:

“Cuando, con motivo de una instancia pendiente ante una jurisdicción, se alegue que una disposición legislativa perjudica a los derechos y las libertades que garantiza la Constitución, se podrá someter el asunto, tras su remisión por parte del Consejo de Estado o del Tribunal de Casación, al Consejo Constitucional que se pronunciará en un plazo determinado

Una ley orgánica determinará las condiciones de aplicación del presente artículo.”¹³⁶

Ahora bien, las consecuencias de la declaración de inconstitucionalidad de una ley por parte del Consejo Constitucional son descritas por el artículo 62 constitucional que dice lo siguiente:

“No podrá promulgarse ni entrar en vigor una disposición declarada inconstitucional en base al artículo 61.

Una disposición declarada inconstitucional en base al artículo 61-1 será derogada a partir de la publicación de la decisión del Tribunal Constitucional o una fecha posterior fijada en dicha decisión. El Tribunal Constitucional determinará las condiciones y los límites en que los efectos producidos por la disposición puedan cuestionarse.

Contra las decisiones del Consejo Constitucional no cabrá recurso alguno. Se impondrán a los poderes públicos y a todas las autoridades administrativas y jurisdiccionales.”¹³⁷

¹³⁶ Página oficial del Consejo Constitucional francés, link: <http://www.conseil-constitutionnel.fr/conseil-constitutionnel/espanol/cuestion-prioritaria-de-constitucionalidad/articulos-61-1-y-62-de-la-constitucion.48007.html>



Posterior a la publicación de la mencionada ley orgánica no. 2009-1523 de 10 de enero 2009 y el decreto no. 2010-148 de 16 de febrero de 2010 por el que se aplica la referida ley orgánica, sobre el procedimiento de las cuestiones prioritarias de inconstitucionalidad el sistema entro en vigor el día 1 de marzo de 2010.

Cabe destacar que frente a la negativa de la jurisdicción originaria o de apelación de transmitir la cuestión prioritaria de constitucionalidad al consejo constitucional, se da la posibilidad de impugnar por medio del recurso de apelación o casación el fondo de la resolución; sin embargo, la denegación por parte del Consejo de Estado o del Tribunal Supremo no es susceptible de recurso alguno.

Como se puede observar el viaje que ha recorrido el modelo de control constitucional francés está marcado fuertemente por los principios marcados durante la revolución francesa. . Hasta hace poco más de 5 años ese peso de la historia frenaba el desarrollo de un modelo robusto de control constitucional que abarcase tanto los conflictos entre los órganos de poder público, el apego de las normas a la Constitución y la protección de los derechos humanos.

El cambio de rumbo dado en 2008 marca un rompimiento con poco más de 200 años de práctica judicial y legislativa, sin embargo y dada la juventud del sistema habrá que analizar a futuro el papel jugado por los tribunales dentro de este cambio de rumbo.

¹³⁷ Página oficial del Consejo Constitucional francés, link: <http://www.conseil-constitutionnel.fr/conseil-constitutionnel/espanol/cuestion-prioritaria-de-constitucionalidad/articulos-61-1-y-62-de-la-constitucion.48007.html>



III) EL MODELO DE CONTROL KELSENIANO EN AUSTRIA Y SU ENFRENTAMIENTO CON SCHMITT.

En este apartado analizare las características básicas del modelo kelseniano de control de constitucionalidad implementado en Austria. Lo anterior partiendo de un estudio de sus basamentos teóricos, contextualizándolos a través del enfrentamiento de ideas entre Kelsen y Carl Schmitt sobre quién era el órgano idóneo para fungir como defensor o garante de la constitución. Cabe destacar que dicho debate gira en torno al ordenamiento jurídico alemán plasmado en la constitución del régimen de Weimar, sin embargo, como en los apartados anteriores intenta mostrar el contexto histórico e ideológico en que se desarrolló cada modelo.

Además en la segunda parte del presente capítulo se realiza un análisis concreto del modelo de control constitucional plasmado en la Constitución Federal Austriaca de 1920, y siguiendo esta línea se hace un análisis breve del modelo de control actual establecido en esa nación.

1) BASES TEÓRICAS DEL MODELO CONCENTRADO DE KELSEN Y SU DEBATE CON SCHMITT.

Este modelo creado por el célebre jurista austriaco, responde a toda la estructura teórica utilizada en su teoría del derecho, en particular la jerarquía normativa y el purismo metodológico¹³⁸.

¹³⁸ Kelsen Hans, Teoría Pura del derecho, Traducción de la segunda edición en alemán, por Roberto J. Vernengo, México, Ed. Universidad Nacional Autónoma de México, 1ª edición 1979, 2ª reimpresión 1982, pág. 15.



El primer punto a analizar dentro de la postura de Kelsen es ubicar su concepto de constitución. Kelsen estima que la única teoría jurídica capaz de darnos una conceptualización satisfactoria de constitución, es la teoría de la estructura jerárquica del orden jurídico, basada en la supra y subordinación entre leyes.

Kelsen establece una diferenciación a la hora de conceptualizar la constitución, la misma recae en la diferenciación de un sentido material y uno formal.

A continuación presento la definición en sentido material dada por Kelsen:

“.. con esa palabra se designa la norma o normas positivas que regulan la producción de las normas jurídicas generales.”¹³⁹

El mismo autor nos plantea que norma puede encontrar su origen mediante un acto legislativo o por vía de costumbre. Otra forma de diferenciar anclada en la dualidad planteado es la constitución escrita (acto legislativo), y la no escrita (costumbre). También se establece que una constitución puede responder a una mezcla de los dos tipos, además de plantearnos la posibilidad de una codificación de la costumbre.

Por otro lado se nos presenta la definición en sentido formal:

“...esto es, el documento denominado “constitución” que, como constitución escrita, no solo contiene normas que regulan la

¹³⁹ *Ibidem*, pág. 232.



legislación, esto es, la producción de normas jurídicas generales, sino también normas que se refieren a otros objetos políticamente importantes, así como disposiciones según las cuales las normas contenidas en ese documento, la ley constitucional, no pueden ser derogadas o modificadas como simples leyes, sino sólo bajo condiciones más difíciles mediante un procedimiento especial”¹⁴⁰

Cabe destacar que así como la constitución formal puede presentar modificaciones y derogaciones, las normas con carácter de constitución material también pueden sufrir cambios a través de leyes o por el derecho consuetudinario.

Como se puede observar, desde este momento se plantea a la constitución como pináculo del orden jerárquico de un estado, además de norma que plasma los principios político-ideológicos de una comunidad en particular. A través de la constitución se plantean ciertas directrices bajo las cuales se maneja el estado es cuestión, así como la preservación de ciertos principios a través de la dificultad de la reforma constitucional.

Lo anterior lo vemos confirmado por lo dicho por Kelsen en su obra de “La garantía jurisdiccional de la constitución”.¹⁴¹

Kelsen sostiene que a pesar de las transformaciones que ha sufrido el término de constitución a través de los años, la parte esencial de dicho concepto no ha cambiado. Este núcleo esencial, se identifica con “la idea de un principio supremo

¹⁴⁰ *Ibidem*, pág. 234.

¹⁴¹ Hans Kelsen, *La Garantía Jurisdiccional de la Constitución (La Justicia Constitucional)*, traducción de Rolando Tamayo y Salmoran, México, Ed. Instituto de Investigaciones Jurídicas UNAM, 1ª edición, 2001, pág. 21.



que determina por entero el orden estatal y la esencia de la comunidad constituida por ese orden”. También establece que la constitución se presenta como:

“un principio donde se expresa jurídicamente el equilibrio de fuerza políticas en un momento determinado”¹⁴²

El autor en comento siguiendo esta misma línea sostiene que la constitución no solo puede ser vista como una norma, organizativa o formal, si no como una norma material y sustantiva. Esto lo explica al identificar que las constituciones modernas contienen no solo normas sobre los órganos y el proceso de creación legislativa; si no, además un catálogo de derechos y libertades individuales.

Como ya lo había expresado anteriormente lo dicho por Kelsen reafirma el hecho de que la constitución no solo sirve como criterio de validez en cuanto a la forma si no también fuertemente en la “sustancia” de las normas futuras.

Por su parte para Schmitt la constitución es entendida en un sentido diferente. Primeramente establece la necesidad de limitar el concepto de constitución al de “constitución del estado” (dado que observa que cualquier objeto, persona o asociación cuentan con una constitución) *como unidad política de un pueblo.*¹⁴³

Haciendo esta precisión, el autor en comento establece un significado “absoluto” de constitución, mismo que puede ser como:

¹⁴² Ídem.

¹⁴³ Schmitt, Carl, Teoría de la Constitución, España, Ed. Alianza, 1ª edición, 1982, segunda reimpresión 1986, pág. 29.



- a) Situación total de la unidad y ordenación políticas; o
- b) Sistema cerrado de normas que designan una unidad pensada (ideal).

Dicho carácter absoluto responde para Schmitt a que dichas definiciones representan un todo ya sea de carácter verdadero o pensado.

Desarrollando la significación del inciso a, Schmitt nos presenta 3 significaciones asociadas.

La primera establece que la palabra constitución no se refiere a un conjunto de normas jurídicas que regulan la formación de la voluntad estatal así como y su ejercicio; por el contrario, designa al Estado mismo en su concreta existencia política.¹⁴⁴

En palabras de Schmitt:

“el Estado no tiene Constitución... sino que el Estado es Constitución”

La segunda nos dice que responde a una organización basada en el principio de supra subordinación. En otras palabras se nos homologa el término Constitución con el de forma de gobierno.¹⁴⁵

¹⁴⁴ *Ibidem*, pág. 30-31.

¹⁴⁵ *Ídem*.



La tercera significación se explica como “el devenir dinámico de la unidad política”. Esta acepción presenta al Estado como un ente en constante desarrollo y formación a través del devenir histórico, en donde los distintos intereses se unen para formar la unidad política.

En lo que respecta al significado absoluto enunciado en el inciso b, Schmitt nos da otras 3 significaciones asociadas.

La primera nos dice que la Constitución se ve reducida a un “simple” deber ser, que norma totalmente la vida del Estado, se convierte en una “ley de leyes”.¹⁴⁶ En este caso se invierten los roles expresados en el inciso a, ahora la Constitución (como orden normativo) es el Estado, ya no el Estado la Constitución.

La segunda significación nos remite a la validez de la constitución, misma que se desprende cuando es emitida producto de la voluntad de un poder constituyente. La gran diferencia radica de acuerdo a Schmitt en la “Voluntad” identificada como cualidad del ser y que a su vez da origen a un deber ser.

Como se puede observar aquí se muestra un punto fuerte de disenso entre los autores pues mientras Kelsen fundara la validez de una norma jurídica en otra de mayor jerarquía, Schmitt fundamenta la validez en un poder constituyente que expresa su voluntad.

¹⁴⁶ *Ibidem* pág. 33.



En alusión a teóricos como Kelsen, Schmitt expresa lo siguiente:

“No hay ningún sistema constitucional cerrado de naturaleza puramente normativa, y es arbitrario conferir trato de unidad y ordenación sistemática a una serie de prescripciones particulares, entendidas como leyes constitucionales, si la unidad no surge de una supuesta voluntad unitaria.”¹⁴⁷

Ahora bien la tercera significación asociada nos remite a las razones históricas que dieron origen a la Constitución como unidad normativa. Schmitt encuentra las raíces históricas en la Revolución francesa de 1789 y lo que denomina su fe racionalista en la sabiduría del legislador. Esta sabiduría se pensaba se vería reflejada en un plan completo de lo político y lo social definitivamente justo. De acuerdo a lo anterior, el devenir histórico mostro la imposibilidad de dicho planteamiento así como el papel crucial de la coyuntura política. El peso de la realidad convirtió este concepto de Constitución en un concepto meramente positivo. En palabras de Schmitt este proceso llevo a relativizar el concepto Constitución hasta convertirlo en el de ley constitucional en concreto.¹⁴⁸

Frente a esta definición de carácter absoluto del termino constitución, Schmitt nos presenta el significado relativo de constitución. Dicha significación relativa es identificada por Schmitt como una definición formal, misma que reduce y rebaja la constitución al asimilarla con el término de ley constitucional en particular. En esta concepción de constitución todo contenido constitucional es igual sin importar su esencia solo importa que lo emita el órgano facultado de acuerdo a ciertas formalidades.

¹⁴⁷ Ibídem pág. 35.

¹⁴⁸ Ibídem pág. 36.



Una significación asociada a esta concepción es la identificación de la constitución con la constitución escrita. Esta significación conlleva una característica que es la dificultad de reforma de la ley constitucional. Esta característica busca la estabilidad y perduración de dicho texto. También se presenta el caso de constituciones flexibles mismas que pueden ser modificadas por un procedimiento legislativo ordinario, mismo que da aun una menor estabilidad.

La significación relativa de la constitución no parece idónea ni deseable para Schmitt pues reduce un concepto amplio y absoluto en una cuestión de deber ser.

Como podemos observar, Schmitt le da una mayor importancia al sentido decisonal y político de la constitución, sostendrá la distinción, entre constitución y ley constitucional. La constitución será entendida como la “decisión total sobre la especie y la forma de la unidad política de un pueblo.” La ley constitucional, es identificada por Schmitt como un producto posterior de esa decisión, esto a través de una norma escrita. El punto aquí expuesto se puede desprender de lo dicho directamente por Schmitt sobre los conceptos de poder constituyente y ley constitucional, así como el fundamento de validez de la Constitución, que a continuación se transcriben.

“Poder constituyente es la voluntad política cuya fuerza o autoridad es capaz de adoptar la concreta decisión de conjunto sobre modo y forma de la propia existencia política, determinando así la existencia de la unidad política como un todo”



“Una ley constitucional es, por su contenido, la formación que lleva a la práctica la voluntad constituyente”

“una constitución no se apoya en una norma como fundamento de validez, si no en una decisión política surgida de un ser político, acerca del modo y forma del propio ser.”¹⁴⁹

150

Como ya lo dijimos, para Schmitt la validez de la constitución no proviene de la norma, si no de la decisión política. Critica la postura de Kelsen, por minimizar todo el contenido político en una norma (un deber ser).

Esta postura se refleja en la distinción que hace entre un “litigio constitucional” (de contenido y naturaleza inminentemente política) y “los conflictos referentes a las dudas sobre la interpretación de las normas constitucionales”, más bien técnicos (compatibilidad entre una norma y prescripciones de la ley constitucional).¹⁵¹ Al respecto escribirá:

“No todo litigio sobre el sentido de un artículo de la Constitución en un litigio constitucional. Depende de los sujetos litigantes.Un Tribunal de justicia política para decidir litigios constitucionales, sólo debe decidir sobre aquellos litigios que afecten a la Constitución, pero no a las particularidades de las leyes constitucionales. Como partes del litigio, solo son de considerar “órganos capitales” de la constitución... es decir, sólo

¹⁴⁹ *Ibíd*em pág. 94.

¹⁵⁰ *Ibíd*em págs. 93-95.

¹⁵¹ *Ibíd*em págs. 127-132.



*aquellos órganos supremos que existen para la organización y ejecución inmediata de las decisiones políticas en que la Constitución consiste*¹⁵²

Cabe mencionar que para el caso de las dudas “técnicas” plantea la posibilidad de un proceso especial llevado a cabo ante un “Tribunal de Estado” o “Tribunal constitucional”. Es importante este punto ya que mas adelante se retomara al establecer al defensor de la Constitución.

Por otro lado Kelsen se plantea de manera directa la posibilidad de que la constitución sea violentada. Al respecto nos brinda la siguiente definición de “violación”:

“la verificación de un hecho que contradice a la Constitución, sea por acción, sea por omisión; esto último se da solo cuando se trata del incumplimiento de una obligación y no de una falta de reconocimiento de un derecho concedido por un órgano de la Constitución.”¹⁵³

Siguiendo esta misma línea, Kelsen nos plantea el hecho de un reclamo *jurídico – político* dirigido a brindar garantías a la Constituciones frente a las mencionadas violaciones. Dicho reclamo plantearía a su vez un cuestionamiento de carácter técnico-jurídico sobre la mejor forma de organizar estas garantías. La respuesta dependerá del carácter particular de la Constitución en cuestión, sin embargo el autor en comenta nos plantea que la respuesta estará mayormente dirigida de

¹⁵² Ibídem pág. 131.

¹⁵³ Kelsen, Hans, ¿Quién debe ser el defensor de la Constitución?, España, Ed. Tecnos, 2ª edición, pág.3.



acuerdo al tipo de garantías privilegiadas para un sistema, ya sean garantías preventivas o represivas.

Para el mantenimiento de la “regularidad constitucional” (apego de las normas de menor jerarquía, con las formas y directrices fundamentales que marca la constitución) nos dice Kelsen, las garantías responderán a dos naturalezas distintas: serán preventivas o represivas. Las garantías preventivas, tendrán por objeto advertir la realización de un acto irregular. Las garantías represivas responden a un acto ya consumado. Las garantías represivas, tendrán varias finalidades, resarcirán el daño, harán desaparecer el acto, eventualmente reemplazarán el acto por uno regular y buscar evitar la reincidencia de este acto irregular¹⁵⁴.

Para Kelsen el órgano idóneo para realizar la tarea de impartir justicia constitucional es un tribunal, que sea distinto e independiente a los poderes legislativos (dado que emite leyes de menor jerarquía) y administrativo (por los reglamentos con fuerza de ley), que son los que más comúnmente pueden violentar el orden constitucional.

Kelsen despeja la discusión sobre la invasión de funciones entre poderes (anticipando posibles críticas sobre su tribunal constitucional como factor de riesgo para el modelo de división de poderes). Advierte que la doctrina de la división de poderes es relativa, pues sostiene que en realidad los tres poderes no son más que formas jurídicas de apoyo a la tarea principal de un estado que es la de creación y aplicación legislativa (creándose un círculo donde cada norma cumple las dos funciones, de acuerdo a su posición jerárquica respecto de otra norma). Al respecto escribirá lo siguiente:

¹⁵⁴ Óp. Cit. Nota 141, págs. 34-35.



“Legislación y ejecución no son, dos funciones estatales coordinadas, sino dos etapas jerarquizadas del proceso de creación del derecho, y dos etapas intermedias”

... el derecho regula su propia creación y el estado se vuelve a crear y crear, sin cesar, mediante el derecho. Constitución, ley, reglamento, acto administrativo y sentencia, acto de ejecución, son simplemente los estadios típicos de la formación de la voluntad colectiva en el Estado moderno.

....Si la constitución regula en lo esencial la confección de las leyes, entonces la legislación es, frente a la Constitución, aplicación del derecho. Por el contrario, frente al reglamento y frente a los otros actos subordinados a la ley, la legislación es creación del derecho. Asimismo, el reglamento es aplicación del derecho frente a la ley, y creación del derecho frente a la sentencia y frente al acto administrativo que lo aplican. Estos a su vez, son aplicación del derecho, si se mira hacia abajo, esto es, hacia los actos a través de los cuales la sentencia y el acto administrativo son ejecutados.¹⁵⁵

Kelsen prevé otra posible crítica a su modelo de tribunal Constitucional, misma que se dirigiría a la incompatibilidad del tribunal, con la soberanía parlamentaria. Respondiendo a esta crítica, sosteniendo que la soberanía no residirá en un órgano, si no que pertenece a todo el orden jurídico (el cual tiene como cúspide la constitución). A este respecto escribirá:

¹⁵⁵ *Ibíd.* Págs. 12-13.



“... debe reconocerse, que la Constitución regula el procedimiento de legislación exactamente de la misma manera en que las leyes regulan el procedimiento de los tribunales y el de las autoridades administrativas; que la legislación se encuentra subordinada a la constitución absolutamente de la misma forma en que lo están a la legislación, la jurisdicción y la administración, y, por tanto, que el postulado de la constitucionalidad de la leyes es, teórica como técnicamente, idéntica por completo al postulado de la legalidad de la jurisdicción y de la administración”¹⁵⁶

Según Kelsen, cualquier reticencia a reconocer estos postulados y seguir aduciendo la incompatibilidad de su modelo con la soberanía parlamentaria, ocultaría el deseo de los integrantes del órgano legislativo de no ser limitados por el texto constitucional.

En respuesta a estos postulados, Schmitt comienza por hacer una distinción entre control judicial y protección política (muy relacionada a la de litigio constitucional y dudas técnicas). El control judicial se referirá al control de las leyes simples con respecto a la “ley constitucional”; por su parte la protección política responde al contenido político y decisonal de la Constitución. Por este carácter político de la constitución, el encargado de su defensa, no debería ser un ente abstracto, sino un órgano político, capaz de defender la constitución de peligros “determinados y concretamente temidos”.¹⁵⁷

¹⁵⁶ Ibídem págs. 52-53.

¹⁵⁷ Schmitt, Carl., *La defensa de la Constitución*, España, ed. Tecnos, 1983, pág. 60.



Para esquematizar estos postulados, Carlos Miguel Herrera¹⁵⁸ establece el siguiente cuadro:

	TRIBUNAL	PRESIDENTE
CONSTITUCION	CONTRIBUYE AL RESPETO	PROTEGE
LEY CONSTITUCIONAL	CONTROLA	

Para Schmitt, la idea de que un órgano jurisdiccional lleve a cabo esta tarea; no es muy atinada. Para Schmitt un Tribunal como el Propuesto por Kelsen solo sería viable en algunas naciones, en particular, en aquellas, donde se somete a la vida política al control de los tribunales como el caso de los Estados Unidos.

También advierte que lo anterior es posible gracias a que en aquel país se identifica a la Constitución preferentemente con los derechos fundamentales de carácter cívico-político, mismos que deben ser protegidos frente al actuar del gobierno.

¹⁵⁸ Carlos Miguel Herrera, La polémica Schmitt-Kelsen sobre el guardián de la Constitución, Revista de Estudios Políticos (Nueva Época), número 86, Octubre Diciembre 1994. Centro de Estudios Constitucionales, Madrid España, p. 208.



Un punto que maneja Schmitt es que no se debiera “divinizar” el sistema de la *Judicial review*, dado que responde a un contexto particular y que desde su perspectiva es imposible aplicar en naciones como Alemania.¹⁵⁹

Para Schmitt el órgano idóneo para la realización de una verdadera protección de la constitución debe ser un ente concreto, claramente identificado, que represente al pueblo como unidad y que además este por encima de los intereses parciales (intereses que según Schmitt se ven reflejados en los parlamentos de muchos estados y que los han degenerado en “Estados Pluralistas”), órgano que el mismo autor identifica con el Presidente del Reich.

Al respecto Schmitt concebía al Presidente del Reich como un órgano de poder neutral, mediador y tutelar (utilizando teorías elaboradas por Benjamín Constant sobre los monarcas). Refiriéndose a la resolución de las diferencias entre los actores decisivos e influyentes al interior de un Estado (y que puede entenderse forman la voluntad política manifiesta en la Constitución), Schmitt planteaba lo siguiente:

“Dichas divergencias o bien son zanjadas por un tercero, situado por encima de los litigantes y revestido poder político mas excelso —y entonces ya no se trata del defensor de la Constitución, sino del soberano del Estado; o bien son dirimidas o resueltas por un organismo que no es superior, sino coordinado, es decir, por un tercero neutral— y entonces nos hallamos ante un poder neutral, un pouvoir neutre et intermédiaire, que no se halla situado por encima, sino al mismo nivel de los restantes poderes

¹⁵⁹ Óp. Cit. Nota 157, pág. 46.



constitucionales, aunque revestido de especiales atribuciones y provisto de ciertas posibilidades de intervención”

Además observaba en el Presidente la forma de representación verdaderamente más democrática, dado el hecho de que al contrario del parlamento que se presenta como una voluntad dividida, el presidente representa una sola voluntad que identifica con el pueblo unido (que lo elige).

Kelsen advierte, frente a la identificación de su propuesta con el modelo de los Estados Unidos, que su modelo, se encuentra inspirado en el modelo instituido en Austria en 1920 (creado a partir de un proyecto del autor, además de que fungió como Magistrado).¹⁶⁰ Lorenzo Córdova¹⁶¹, sostiene que esta diferenciación realizada por Kelsen, va dirigida a sostener que el modelo difuso, basado en el *case law*, no representa un medio eficaz de control constitucional. Esto dado que los efectos concretos de las sentencias en dicho sistema solo provocarían una virtual nulidad de la norma impugnada; mientras que la sentencia en un sistema concentrado trae como consecuencia su anulación general.

Dentro de los postulados de Kelsen, este acepta que dada la naturaleza de la tarea del nuevo tribunal, el mismo sin duda podría exceder una función jurisdiccional, lo que lo haría aparecer como un legislador de carácter “negativo”, aunque dicho poder no se podría comparar con el auténtico poder legislativo dadas las muy diversas limitaciones que van a dirigirse al nuevo tribunal (se limitaría básicamente a anular leyes, analizando su proceso de creación y en pocas situaciones un análisis de carácter sustantivo). En palabras de Kelsen:

¹⁶⁰ Óp. Cit. Nota 138, pág. 9-10.

¹⁶¹ Córdova Vianello, Lorenzo, *La contraposición entre derecho y poder desde la perspectiva del control de constitucionalidad en Kelsen y Schmitt*, Revista Cuestiones Constitucionales, julio-diciembre 2006, número 15, Universidad Nacional Autónoma de México, México, p. 58.



“Habría lugar, cuando mas, a examinar si el hecho de considerar la anulación de las leyes como una función legislativa no acarrearía ciertas consecuencias particulares, relativas a la composición y nombramiento de la instancia. Pero, en realidad no ocurre así ya que todas las consideraciones políticas que dominan la cuestión de la formación del órgano legislativo, no son tomadas en cuenta, propiamente, cuando se trata de la anulación de leyes.

Es aquí donde aparece la distinción entre la confección y la simple anulación de las leyes. La anulación de una ley se produce esencialmente en aplicación de las normas de la constitución. La libre creación que caracteriza a la legislación prácticamente no se presenta en la anulación. En tanto que el legislador no está vinculado a la constitución que en relación con el procedimiento y solamente de manera excepcional en cuanto al contenido de las leyes que deben dictar y ello, únicamente, por principios y direcciones generales, la actividad del legislador negativo, esto es, la actividad de la jurisdicción constitucional, por el contrario, está absolutamente determinada por la constitución. Es precisamente por ello que su función se asemeja a la de cualquier otro tribunal en general, constituye principalmente aplicación del derecho, y solamente en una débil medida, creación del derecho; su función es, por tanto, verdaderamente jurisdiccional.”¹⁶²

Schmitt en contraste, considera preocupante la instauración de un tribunal constitucional, por estimar que conllevaría una politización de la justicia (y no una judicialización de la vida política como normalmente se piensa). Para el cuándo un

¹⁶² Óp. Cit. Nota 141, págs. 56-57.



juez se le da la potestad de resolver sobre una cuestión primordialmente política sin duda se alterara su posición dentro de la estructura constitucional de un estado.

Para culminar con el punto descrito en el párrafo anterior El autor alemán termina por establecer que al dirigir a los jueces a este tipo de tareas, se les encomienda una tarea de naturaleza legislativa, lo cual para él no es aceptable.

El primer y más fuerte argumento de Kelsen contra la postura de Schmitt, es imputarle una falta de cientificidad a sus argumentos. Para Kelsen los principales argumentos de Schmitt se basan en cuestiones ideológicas o terminológicas que no tenían mayor validez.

En lo referente a la teoría del poder neutro y su identificación con el Presidente, Kelsen advierte que Schmitt al tratar de trasladar dicha teoría de una monarquía a una República democrática es objeto de un fuerte cuestionamiento, dada la tendencia de Schmitt a ampliar las facultades del presidente como jefe de Estado hasta sobrepasar las que tendría un monarca al interior de una monarquía constitucional.

Al respecto y después de enunciar las características del poder neutro al que alude Schmitt, expresa lo siguiente:

“...simultáneamente intenta ampliar las atribuciones del Presidente del Reich mediante una interpretación más que extensiva del artículo 48, de manera que no puede sino llegar a ser señor soberano del Estado, es decir, a lograr una posición de



poder que no disminuye por el hecho de que Carl Schmitt no la caracterice como “dictadura”; la cual, en cualquier caso, no es compatible con la función de garante de la Constitución”¹⁶³

Además Kelsen sostiene que Schmitt se encuentra en un error, pues para él, buena parte de los argumentos de Schmitt se basan en una falsa visión del parlamento como único órgano creador de derecho (como lo tratamos un poco antes en este trabajo), cuestión que el jurista vienes aclara desde sus primeros estudios y que lleva a Schmitt a observar como incompatible el control de constitucionalidad con un órgano de carácter judicial. Además Kelsen señala que la visión de Schmitt de los jueces los reduce a meros autómatas aplicadores de la ley, siendo que los jueces al resolver los diversos litigios terminan por participar en la función creadora de derecho.

Ahora, en cuanto a lo referente al Presidente del Reich como un órgano que encarnaba la voluntad del pueblo unido, el jurista vienes observa que la posibilidad de que los integrantes del nuevo tribunal, sean elegidos por el pueblo como en su caso lo es un presidente, puede provocar saltar un impedimento básico puesto por Schmitt. Kelsen advierte que la representación de unidad del presidente debe ser vista como un símbolo ético-político y no un producto real de unidad y efectiva solidaridad de intereses.¹⁶⁴

Habiendo descrito en términos bastante generales y brevemente las bases del modelo de control de Hans Kelsen y habiendo hecho un análisis de su debate con su principal opositor en esta materia, en el siguiente apartado analizo el modelo de control implementado en Austria mediante la Constitución de 1920.

¹⁶³ Óp. Cit. Nota 153 pág. 13.

¹⁶⁴ *Ibidem*, pág. 61.



2) ESTRUCTURA DEL MODELO DE CONTROL CONSTITUCIONAL AUSTRIACO.

Después de que en el apartado anterior expuse de manera breve la polémica entre Schmitt y Kelsen sobre el guardián de la Constitución y visto a través del mismo buena parte del ideario kelseniano sobre el control constitucional, en el presente apartado me avoco al estudio y análisis del modelo de control constitucional austriaco (ideado por Kelsen) implementado en 1920, mediante la creación de la Corte Constitucional. Cabe destacar que el propio Kelsen fungió como Magistrado desde su fundación hasta 1929.

Culminada la 1ª guerra mundial en 1918, se da un gran cambio en el mapa político territorial en Europa. Entre los cambios mas significativos se encuentran la reducción territorial de Alemania, la fragmentación del imperio Austrohúngaro ¹⁶⁵(en Austria y Hungría) y el surgimiento de diversos nuevos estados como Polonia, Yugoslavia y Finlandia entre otros.

El 21 de octubre de 1918 se constituye una “Asamblea Nacional provisional de Austria alemana”, misma que dicta una “Resolución sobre las instituciones básicas del poder del Estado”. El 25 de marzo de 1919 dicha Asamblea emite una ley que crea la Corte Constitucional (Verfassungsgerichtshof), tribunal creado como sucesor del Tribunal Supremo (Reichsgericht), con una composición y funciones semejantes.

¹⁶⁶

¹⁶⁵ Mediante el tratado de Saint-Germain (septiembre de 1919) entre los aliados y Austria se da reconocimiento oficial a la nueva República de Austria.

¹⁶⁶ Fernández Segado, Francisco, La justicia constitucional: una visión de derecho comparado, Tomo I, Madrid, Ed. Dykinson, 2009, pág., 109.



Mediante una ley de 14 de marzo de 1919 se reformaba el texto de la constitución provisional de 1918. La importancia de esta ley radica en que confiere una nueva competencia a la Corte, la que consiste en conocer de los recursos de inconstitucionalidad interpuestos por el gobierno federal contra leyes aprobadas por las Asambleas legislativas de los Länder (estados). Posteriormente una ley del 3 de abril del mismo año, modifica la organización de dicho tribunal, organización que sería conservada en la constitución del 20 de octubre de 1920.¹⁶⁷

De acuerdo al texto constitucional de 1920 la Corte se conformaría de un Presidente, un Vicepresidente y del número necesario de miembros titulares y suplentes.

Conforme a la redacción de 1920 los Magistrados eran elegidos de la siguiente manera: Presidente, Vicepresidente y la mitad de los integrantes titulares y suplentes eran elegidos por el Consejo Nacional (Nationalrat), mientras que la restante mitad eran elegidos por el Consejo Federal (Bundesrat).

En lo referente a las garantías y prerrogativas de los Magistrados de la Corte Constitucional, gozaban de similar consideración de la que se tendría con un juez, con características como la independencia e inamovilidad (aunque con ciertas reservas).¹⁶⁸

En lo referente a su jurisdicción, a la Corte le concernía decidir sobre la constitucionalidad de las leyes y el control legal de reglamentos.

En cuanto a los entes legitimados para acudir a la Corte, se encontraban los siguientes: el Gobierno Federal, los länder, los tribunales ordinarios (respecto de

¹⁶⁷ Ídem.

¹⁶⁸ Ibídem pág. 116.



reglamentos) y la Corte misma cuando al emitir sentencia sea necesario estimar la constitucionalidad o legalidad de una norma que le servirá de fundamento.

Las sentencias de la Corte revestían del estado de cosa juzgada, sin dar cabida a recurso alguno, además obligaba a todos los entes del poder público a velar por el cumplimiento de las mismas. La anulación provocada por una sentencia de la Corte entraba en vigor en el momento de su publicación por la autoridad competente (art 139 y 140 Const.) sin embargo, en ciertos casos dicha anulación podría ser fijada dentro de un plazo que no excedería los 6 meses. Cabe destacar que la anulación no tendría efectos retroactivos.

Por otro lado el Corte se encontraba habilitada para conocer de los recursos presentados contra los actos administrativos que pudiesen vulnerar los derechos garantizados por la Constitución, con la condición de que previamente se hubieran agotado los recursos administrativos disponibles y no existiese disposición en contrario contenida en leyes federales.

Posteriormente en 1925 y 1929 se dieron reformas constitucionales que modificaron la organización y el papel de la Corte Constitucional. La primera de ellas dotó a la Corte de la capacidad para decidir sobre conflictos sobre la competencia legislativa entre los länder y el Gobiernos Federal.

La segunda reforma modificó el procedimiento de elección.¹⁶⁹ Debido a estas modificaciones

¹⁶⁹ *Ibidem* pág. 116.



Esta organización se cambió y precisó posteriormente, para quedar conformada por Un Presidente, un Vicepresidente, otros 12 miembros titulares y 6 suplentes (art. 147), mismos que serían elegidos por el Presidente de la República a propuesta del Gobierno Federal (Presidente, Vicepresidente, 6 miembros titulares y 3 suplentes), a propuesta del Consejo Nacional (3 miembros titulares y 2 suplentes) y a propuesta del Consejo Federal (3 miembros titulares y un suplente).

Ahora bien entrando un poco en el análisis de su actuar judicial, la Corte presenta una sentencia bastante importante y controversial en la que establece las condiciones para la existencia de un derecho constitucionalmente garantizado. Dicha sentencia es del día 18 de diciembre de 1926, en la que la Corte se pronuncia respecto de la definición o calificación de un derecho constitucionalmente garantizado para efectos de reclamar una violación al mismo. En dicha sentencia la corte decía lo siguiente: *“hay un derecho constitucionalmente garantizado en el sentido del párrafo primero del artículo 144 de la Constitución Federal, cuando exista un interés particular suficientemente individualizado en el respeto de una disposición objetiva de la Constitución. La protección que le da (un artículo de aquella) hace de él un derecho subjetivo”*¹⁷⁰

Después de la mencionada reforma constitucional de 1929, poco tiempo tuvo la Corte para implementarlas y seguir su desarrollo, esto debido a los hechos que en las siguientes líneas se presentan.

¹⁷⁰ *Ibidem*, pág. 118.



La crisis que tuvo que enfrentar la democracia en Europa posterior a la 1ª guerra mundial alcanzó su punto climático en 1933 con el ascenso al poder de Hitler en Alemania y subsecuente terminación del régimen de Weimar.¹⁷¹

Dicho ascenso se entiende debido a la identificación de gran parte de la opinión pública alemana con los postulados de Hitler, mismos que hacían referencia a que la aceptación del tratado de Versalles y sus disposiciones en materia territorial eran entendidas como una traición hacia el pueblo alemán.¹⁷²

Ese mismo año Alemania abandona la Sociedad de Naciones y a partir del año siguiente Hitler emprende una tarea de remilitarización, esto en contravención de las restricciones impuestas en el Tratado de Versalles.

Mientras tanto en Austria en el año de 1932 accede a la cancillería el Jefe del Partido Social Cristiano Engelbert Dollfuss. Dicho canciller instaura un régimen autoritario y católico. Dollfuss se encontraba en manifiesta oposición al régimen nazi de Hitler en Alemania. Para 1933 el mencionado Canciller pone fin a la democracia en Austria, esto al disolver el parlamento y abolir las más importantes libertades públicas. También declara ilegales al Partido Comunista y al nazi austriaco. Para culminar disuelve a todos los demás partidos políticos exceptuando el suyo de nombre Frente Patriótico (Vaterländische Front), acompañando esta medida con la convocatoria de una asamblea constituyente,

¹⁷¹ Régimen político instaurado en Alemania que comprende desde la reunión de la asamblea nacional constituyente después de la terminación de la 1ª guerra mundial (1919) hasta el ascenso al poder de Hitler y la derogación del texto constitucional (1933).

¹⁷² Martínez Roda, Federico (Director), *Historia del mundo contemporáneo (de la revolución a la globalización)*, España, Ed. Tirant, 1ª edición, 2008, págs. 272-280. Cabe destacar que en dicho tratado que solo fue presentado para su aprobación a los representantes alemanes, se imponían sanciones y términos bastantes fuertes para Alemania. Como primer condición se marcó la reducción del territorio alemán, la instauración del pasillo de Dantzig (mediante el cual se partía el territorio alemán para dar salida hacia el mar a Polonia) y una gran carga económica como producto de la reparación del daño a civiles durante la guerra. Todo esto se reflejó con a través de un ánimo público no muy propicio para el mantenimiento del Régimen de Weimar.



misma que proclamo en abril de 1934 una constitución política mediante la cual se creaba el Estado Federal Alemán Cristiano.

Es de destacar que como paso previo a la creación de la nueva Constitución de 1934, en 1933 se da la abolición de la jurisdicción constitucional. Sobre este hecho se pronuncia Félix Ermacora¹⁷³:

“El momento en que el Estado austriaco fue puesto al servicio de un solo partido político...fue necesario al nuevo constituyente librarse de las cadenas que significaban para él la Corte Constitucional. La destrucción de la Corte Constitucional (mediante reglamento publicado en el Periódico Oficial de la Federación bajo el No. 191/1933) fue el camino por medio del cual pudo llegarse a un cambio total en la Constitución Federal y a la creación de un nuevo Estado”

En el mes de julio de 1934 se da una tentativa de golpe de estado por parte de los nazis en Austria; durante este movimiento el Canciller Dollfuss es asesinado. Tras estos hechos asciende a la Cancillería Kurt von Schuschnigg, quedando al mando de un régimen bastante inestable y con pugnas internas bastante serias. En 1936 Schuschnigg, acordó el reconocimiento de Austria por parte de Hitler como “un gran estado alemán”. En marzo de 1938 se lleva a cabo un golpe por parte de los nazis de Austria, mismo que se vio reflejado en la instauración de un nuevo régimen encabezado por Arthur Seyss-Inquart. Este dirigente reclama la ayuda de Alemania, quien acude ese de inmediato entrando con sus tropas a Austria el mismo mes. De esta manera se daba una anexión fáctica (Anschluss, cuyo

¹⁷³ Félix Ermacora, *Der Verfassungsgerichtshof*, Graz, Viena, Volonis, 1956, p. 224. Citado en Frisch Philipp, Walter, *La forma en que se plasmó la Teoría pura del derecho de Hans Kelsen en la jurisdicción constitucional austriaca*, México, Ed. Coyoacán, 1ª edición, 2011, pág. 43.



significado es la propuesta de unión de Austria a Alemania, misma que había sido prohibida en el tratado de Versalles).¹⁷⁴

Por los hechos ya descritos y la subsecuente 2ª guerra mundial no es sino hasta la culminación de la misma en 1945 (cuando recobra su independencia Austria), que reaparece la figura de la Corte Constitucional en Austria.

Con este retorno de la independencia austriaca se reinstaura un régimen de Republica Federal Democrática. Para esto se restablecía el texto constitucional de marzo de 1933 que en esencia era el texto de 1920 proyectado por Kelsen.

Dicho lo anterior, a continuación paso a un análisis de la Corte Constitucional contemporánea a partir de su restablecimiento ya mencionado.

El primer punto a tratar es su composición. La Corte Constitucional se compone de 14 miembros, que son un Presidente, un Vicepresidente, otros 12 miembros titulares y 6 miembros suplentes (art. 147 fracción 1).

En lo referente a la elección de sus integrantes (de acuerdo al art. 147 fracción 2) el Presidente, Vicepresidente, 6 miembros titulares y 3 suplentes son designados por el Presidente de la Republica a Propuesta del Gobierno Federal (podrán ser elegidos diversos perfiles como funcionarios administrativos, académicos y magistrados); los miembros restantes (6 titulares y 3 suplentes) son designados por el Presidente Federal a propuesta del Consejo Nacional (3 titulares y 2 suplentes) y a propuesta del Consejo Federal (3 titulares y 1 suplente).

¹⁷⁴ Óp. Cit. nota 172, págs. 280-281



En cuanto a incompatibilidades (art. 147 fracción 4) se encuentran el haber fungido como miembro del gobierno Federal o regional, del Consejo Nacional o Federal, de alguna asamblea local y tampoco pueden ser Magistrados de la Corte los empleados o funcionarios de algún partido político.

Visto lo referente a la composición de la Corte Constitucional paso a un breve análisis de sus facultades y casos de los que conoce.

a) Constitucionalidad de leyes (art. 140 Const.):

- Sobre la inconstitucionalidad de leyes federales y locales a petición de la Suprema Corte o la Corte Administrativa. Esto en el supuesto de que para resolver un caso del conocimiento de las Cortes mencionadas estimen la posible inconstitucionalidad de una ley que les servirá de fundamento.
- Sobre la inconstitucionalidad de leyes federales o locales cuando la ley en cuestión sea relevante para la resolución de un caso del conocimiento de la Corte Constitucional.
- De la inconstitucionalidad de leyes locales a petición del gobierno federal y viceversa.
- De la inconstitucionalidad de Leyes federales a petición de 1/3 de los miembros del Consejo Nacional.
- De la inconstitucionalidad de ordenanzas administrativas (reglamentos) federales y locales, a petición de los tribunales, de oficio (cuando dicho ordenamiento sea relevante para la resolución de un caso del conocimiento de la Corte Constitucional, a petición del gobierno federal contra disposiciones regionales y viceversa.
- Del recurso de inconstitucionalidad de las leyes y reglamentos a instancia de cualquier persona que afirme ser perjudicado de manera



directa por dicha disposición, cuando esta haya adquirido fuerza vinculante. Por regla general deben agotarse los recursos ordinarios correspondientes. Este recurso es denominado como *Beshwerde* y encuentra sus orígenes en 1867 en la ley fundamental sobre el Tribunal del Imperio (Reichsgericht) y que posteriormente es retomado y perfeccionado por la Carta Federal de 1920.¹⁷⁵

Como se puede observar la esfera competencial de la Corte Constitucional en lo que respecta al control de constitucionalidad de leyes es bastante amplia y concreta.

Además su perfil no da cabida al control constitucional de la leyes para otros órganos judiciales al hacerlos directamente responsables de hacer del conocimiento de la Corte las normas que pudiesen revestir esta calidad. Esta prohibición de control dirigida a los tribunales se ve reforzada y se hace manifiesta directamente por lo establecido en el artículo 89 constitucional, donde se prohíbe el control de constitucionalidad por parte de tribunales tanto de leyes, decretos y tratados internacionales.

Por otro lado cabe mencionar que la Constitución Austriaca no contiene una declaración de derechos, sin embargo, se reconocen como constitucionales diversas leyes que contiene derechos como el caso de 2 leyes de 27 de octubre de 1862 publicadas en el Boletín de Legislación del Imperio, numero 87 y 88; leyes que se refieren a la libertad personal y la inviolabilidad del domicilio respectivamente.

¹⁷⁵ Fix Zamudio, Héctor, Los tribunales constitucionales y los derechos humanos, México, Ed. Universidad Nacional Autónoma de México, 1ª edición, 1980, págs. 50-51.



De lo anteriormente expuesto se puede entender que la Corte Constitucional no solo se presenta como defensor de la constitucionalidad de las leyes sino también como garante de los derechos fundamentales.

b) Control de legalidad:

- Sobre ordenanzas administrativas en supuestos similares al control constitucional de dichos ordenamientos.

c) Control constitucional y legalidad de tratados internacionales:

- Sobre la inconstitucionalidad o ilegalidad de los tratados internacionales concertados con la autorización del Consejo Nacional.

d) Control de violaciones al derecho internacional (art. 145 Const.).

e) Resolución de conflictos por invasión de competencia entre los poderes públicos (art. 138 Const.):

- Entre tribunales y autoridades administrativas.
- Entre tribunales administrativos y los demás tribunales.
- Entre la Federación y los länder; y entre una land y otro.
- Para definir la potestad legislativa en una materia específica entre la Federación y los länder.

f) Acusaciones de responsabilidad constitucional:

En este apartado se trata del establecimiento de responsabilidades por violación a la Constitución y a la ley por parte de los órganos supremos



de la Federación. Para este punto acudo a la definición que proporciona Miguel Covián:¹⁷⁶ Andrade:

“...se refiere al conjunto de actos de autoridad violatorios de la constitución o de las leyes, que cometidos por miembros de los poderes constituidos, causen agravio a las instituciones públicas del Estado.”

Los supuestos y entes a los cuales va dirigido este procedimiento, son entre otros los siguientes:

- Dirigida al Presidente federal de la Federación por violaciones a la constitución y por petición de la Asamblea Federal.
- Los miembros del gobierno federal y órganos equiparados por infringir la ley, por petición del Consejo Nacional.
- Dirigida a miembros de los gobiernos regionales y órganos equiparados por infringir la Constitución o la ley, por petición de la Asamblea regional.

Cabe mencionar que la Corte Constitucional cuenta con diversas atribuciones en materia electoral, sin embargo, dado que no es el objetivo central del presente estudio, la enunciación y análisis de las mismas se omitirán.

Ahora bien, visto de manera breve la composición y esfera de competencia de la Corte Constitucional, en esta última parte del presente apartado, se analizan los efectos de las sentencias emitidas por el mencionado tribunal.

¹⁷⁶ Covián Andrade Miguel, El control de constitucionalidad en el Derecho comparado, México, Ed. Centro de estudios de ingeniería política y constitucional, 2001, Pág. 63.



De manera general, la declaración de inconstitucionalidad de una norma general, conlleva su nulidad y por ende su expulsión del sistema normativo austriaco. Sin embargo, dado que la derogación de una disposición de carácter general puede llevar a la existencia de un vacío o laguna, la Corte está facultada para establecer un término durante el cual la norma declarada inconstitucional se podrá seguir aplicando. Este término no podrá exceder de 6 meses en el caso de reglamentos, 12 meses en el caso de leyes, y 24 meses en el caso de tratados internacionales.

Otro supuesto semejante es el caso en el que la Corte declare inconstitucional una ley derogatoria de otra anterior. En este caso la ley derogada previamente vuelve a entrar en vigor, salvo disposición en contrario expresada por la Corte en su sentencia.

Como se puede observar, el desarrollo del modelo de control constitucional austriaco, está forjado bajo las premisas jurídicas establecidas por Kelsen. Otro punto que da forma a este sistema es el devenir histórico de un lapso de entreguerras que muestra los abusos que puede cometer un gobierno autoritario y totalmente centralizado.

Frente a hechos como los acontecidos en el periodo mencionado la institución de un sistema de control de la constitución aparece como eje fundamental de la estructuración de un estado de derecho.

Otro punto que le brinda importancia a este modelo es que nos brinda otra opción frente al control político y frente al modelo de la *Judicial Review*, Lo anterior



cuando nos enfrentamos a una realidad histórica bastante diferente a la acaecida en los Estados Unidos o la dada durante la revolución Francesa



IV.- BREVE ACERCAMIENTO AL MODELO MEXICANO DE CONTROL CONSTITUCIONAL.

En México no se presentaron discusiones tan acaloradas e incisivas con respecto a nuestro tema como en la Francia pos revolucionaria, o en los primeros años de vida de los Estados Unidos. Como principal figura y aportación a los modelos de control constitucional de la legislación mexicana, aparece el Juicio de Amparo, sin embargo, existe una serie de antecedentes anteriores a la aparición de esta importante figura. En el primer apartado me avocare a analizar de manera bastante general los antecedentes en esta materia.

El apartado 2 lo dedico al análisis del surgimiento de la figura del Juicio de Amparo y los debates que se dieron dentro de esta génesis, hasta llegar a la Constitución de 1917.

En el apartado 3 realizo un análisis del modelo de control constitucional implementado en México a partir de la reforma constitucional de 1995 y que configura en gran manera el modelo actual. Y para finalizar el apartado 4 va dirigido al estudio de la reforma constitucional de 2011 en materia de amparo y derechos humanos y sus consecuencias en el modelo de control constitucional mexicano.

Por otro lado advierto desde este momento mi intención de marginar de este estudio los medios de control de naturaleza electoral, esto no por desestimar su



importancia, si no por ser una materia tan específica y además de que rebasa el objeto de estudio del presente trabajo.

1) ANTECEDENTES DE MEDIOS DE CONTROL CONSTITUCIONAL PREVIOS A LA APARICIÓN DEL JUICIO DE AMPARO.

Como primer texto a tomar en cuenta aparece la constitución Insurgente de Apatzingán de 1814, la cual si bien su vigencia fue efímera y focalizada, si forma parte de la historia constitucional de México. Para entrar al análisis de este texto constitucional, comencare por un breve bosquejo de las condiciones histórico políticas en las que se desarrolló.

Iniciado el movimiento independentista en México en 1810, presenta diversas personalidades que figuran como dirigentes y protagonistas. Entre ellos destacan Ignacio Allende, Juan Aldama y Miguel Hidalgo. Este último fue el mayor protagonista y líder en la primera etapa de la guerra de independencia.

Hidalgo establece diversas medidas de gobierno como la abolición de diversas prácticas como la esclavitud y los tributos indígenas; además ordena la publicación del periódico “El despertar americano” y declara la exclusividad del uso de las tierras comunales para los indígenas. Estas medidas las dicta dentro de un panorama no muy bueno para su movimiento, pues venían dados después de su negativa de entrar a la Ciudad de México, su derrota en Aculco y el episodio de suma violencia en Guanajuato (donde el propio Hidalgo y Allende no pueden evitar el saqueo y abusos sobre la población de la ciudad).



Dada lo breve y ajetreado de la campaña militar de Hidalgo, poco tiempo tuvo para establecer unas bases sólidas para un gobierno, sin embargo, si tenía planeado un programa de gobierno de carácter democrático y representativo. En palabras del mismo, los representantes del pueblo reunidos en asamblea deberían actuar para:

“echar los fundamentos de nuestra libertad e independencia; (...) de un congreso que se componga de representantes de todas las ciudades, villas y lugares de este reino, que teniendo por objeto principal mantener nuestra Santa Religión, dicte leyes suaves, benéficas y acomodadas a las circunstancias de cada pueblo.”¹⁷⁷

Después de la desastrosa derrota de las tropas insurgentes en Puente de Calderón, esto el 17 de Enero de 1811 y donde un ejército de alrededor de 90,000 insurgentes es derrotado por tropas realistas (con 5,000 miembros), Hidalgo y otros líderes insurgentes huyen hacia el norte del país. Dentro de este viaje de huida, A Hidalgo le es arrebatado el mando militar por parte de Allende y Aldama. Tras esta decisión Ignacio López Rayón que da al frente de la lucha.

Hidalgo, Aldama y Allende son aprehendidos y llevados a Chihuahua donde son juzgados y condenados a muerte. Aldama y Allende serán fusilados en junio de 1811, mientras que Hidalgo lo será hasta julio del mismo año.

¹⁷⁷Cartas de Hidalgo al intendente Riaño, septiembre de 1810, Hernández y Dávalos, J. E., Colección de documentos para la historia de la guerra de Independencia de México, de 1881 a 1821 6 v., México, José María Sandoval, Impresor, 1881 (Biblioteca de “El Sistema Postal de la República Mexicana”) bl33. Citado en Torre Villar, Ernesto de la, Estudios de Historia Jurídica, 1ª ed., México, Ed. Universidad Nacional Autónoma de México, 1994, pág. 223.



Tras estos sucesos, en agosto de 1811 López Rayón instala en Zitácuaro una Suprema Junta Gubernativa de América. Esta junta era conformada por tres miembros que fueron José María Liceaga, José Sixto Verduzco y el propio López Rayón. Debido a la ofensiva de las tropas reales encabezadas por Félix María Calleja, Rayón y la junta abandonan Zitácuaro. Durante todo este lapso, la figura de un insurgente cobro cada vez mayor importancia, esta figura era José María Morelos y Pavón¹⁷⁸.

Ahora bien, durante este movimiento obligado entre enero y marzo de 1812, Rayón realiza un proyecto de Constitución Nacional, mismo que pone a consideración de Morelos en abril del mismo año. Entre los puntos a destacar en dicho texto aparece el establecimiento de la religión católica como la única permitida, la soberanía popular (residida en la persona de Fernando VII), misma que sería ejercida por la Junta del Consejo nacional American, el establecimiento de un “protector de la nación” (nombrado por los representantes de las provincias) que propondría nuevas leyes así como la abrogación de las antiguas, la libertad de imprenta (en materia científica y política), se extinguía la esclavitud y se adoptaba la figura del habeas corpus inglés.¹⁷⁹

Morelos no se mostró conforme con este proyecto y convoca a la celebración de un congreso con la finalidad de ejercer la soberanía y organizar un gobierno. Dicho congreso se inaugura en Chilpancingo el 14 de septiembre de 1813 con la lectura del documento creado por Morelos denominado “Sentimientos de la Nación”.¹⁸⁰

¹⁷⁸ Con el apoyo de personajes como Hermenegildo Galeana, Mariano Matamoros, Nicolás Bravo, Manuel Mier, Guadalupe Victoria y Vicente Guerrero logra apoderarse de Chilpancingo, Tixtla, Chilapa, Taxco, Izúcar y Cuautla

¹⁷⁹ Esquivel Obregón, Toribio, *Prolegómenos a la historia constitucional de México*, 1ª ed., México, Universidad Nacional Autónoma de México, 1980, pág. 95.

¹⁸⁰ Escalante Gonzalbo, Pablo, García Martínez, Bernardo, Zoraida Vásquez, Josefina y otros, *Nueva Historia mínima de México Ilustrada*, 1ª ed., México, Secretaria de Educación del Gobierno del Distrito Federal, El Colegio de México, 2008, pág. 259.



El primer impacto que marco este texto fue la subsecuente expedición del Acta de Independencia, misma que marcaba un rompimiento total del reino español. Este congreso al crearse en medio de un movimiento insurgente tuvo muy diversos problemas, desde el lugar mismo de su establecimiento, que fue de lugares como el mencionado Chilpancingo, pasando por Uruapan, hasta llegar finalmente a Apatzingán donde es sancionada dicha constitución el 22 de octubre de 1814¹⁸¹.

La constitución de Apatzingán no contaba con mecanismos claros de control constitucional tanto de actos como de leyes, salvo por, un pequeño resquicio que se encuentra en la parte final de su artículo 237, el cual dice “cualquier ciudadano tendrá derecho a reclamar las infracciones que notare”, palabras que para autores como Héctor Fix Zamudio, aparecen como una rudimentaria forma de control¹⁸². Su aportación a esta materia, se podría identificar en la enunciación de un catálogo de derechos en su artículo 24. Que al texto dice:

... “La felicidad del pueblo y de cada uno de los ciudadanos, consiste en el goce de la igualdad, seguridad, propiedad y libertad. La integra conservación de estos derechos es el objeto de la institución de los gobiernos y el único fin de las asociaciones políticas”

Posterior a la expedición de la constitución, la campaña encabezada por Morelos vino a menos y comenzó a sufrir derrotas como el caso de Valladolid. Para el 5 de

¹⁸¹ Torre Villar, Ernesto de la, *La Constitución de Apatzingán y los creadores del Estado mexicano*, 2ª ed., México., UNAM, 1978, p. 47., Citado en Rabasa, Emilio “*Historia de las constituciones mexicanas*”, México, Universidad Nacional Autónoma de México, 2004, pág. 6.

¹⁸² Burgoa O. Ignacio, *EL JUICIO DE AMPARO*, México, Ed. Porrúa, pág.103.



noviembre de 1815 este caudillo cae preso y después de ser procesado es ejecutado el 22 de diciembre de 1815 en San Cristóbal Ecatepec.

Para 1816 el país se encontraba bastante desgastado por la guerra de independencia. En algunas zonas se daba un manejo por parte de los insurgentes, sin embargo, de manera general se podía hablar de un ambiente menos bélico e inestable que en el anterior lustro. Este mismo año Juan Ruiz de Apodaca es nombrado virrey. Este personaje practica una política de amnistía a la cual se acogen un buen sector de los insurgentes.

En medio de este proceso de pacificación de 1816 a 1817, se da un breve episodio de resurgir insurgente con las figuras de Fray Servando Teresa de Mier y Francisco Javier Mina; aunque este movimiento es sofocado en noviembre del mismo año. Durante los siguientes años, la guerra de independencia se hizo bastante focalizada, guerrillera y de mantenimiento (por las dimensiones de los grupos insurgentes).

Para 1820 en España el comandante Rafael Riego presiona y hace que de manera forzosa el Rey jure la Constitución de 1812, lo que repercutió en la convocatoria para las elecciones a Cortes. Con este suceso se abrió la puerta a la independencia de la Nueva España dado que diversos grupos (entre ellos grupos realistas y criollos) estaban a favor de la independencia.

El personaje que supo encaminar estas tendencias fue el militar criollo Agustín de Iturbide, que era favorable a la autonomía pero disintió con el curso violento que había seguido el proceso insurgente de 1810. El momento idóneo lo encontró cuando Calleja le da el mando del Sur con la finalidad de liquidar a los restos del movimiento insurgente que eran liderados por Vicente Guerrero. Frente a la



resistencia de Guerrero se le presentaban dos opciones a Iturbide, una era cumplir con su tarea pero para después buscar la independencia y la otra era lograr un dialogo con Guerrero planteándole el llevar a cabo la independencia como un fin común. Dado que el vencer a Guerrero era difícil, y a su vez, Guerrero era consciente de su aislamiento se dio el ambiente ideal que culmino con el reconocimiento hacia Iturbide como “Primer jefe de los ejércitos Nacionales”.

El 24 de febrero de 1821 se proclama el plan de iguala bajo los principios de religión, unión e independencia. Mientras tanto en Madrid, los diputados novohispanos (ceranos a Iturbide) logran el nombramiento del liberal Juan de O’Donoju como Virrey. Al llegar este último a Veracruz en julio de 1821 observo el gran avance y respaldo del movimiento originado en Iguala y expresa a la Corona el carácter irreversible de la independencia de la Nueva España. Por lo anterior expuesto, el Virrey O’Donoju se entrevista con Iturbide, encuentro que culmina con la firma de los Tratados de Córdoba en los que se reconoce la Independencia y el establecimiento del Imperio Mexicano.

Iturbide procede instaurar una Junta Provisional Gubernativa (de la cual margina al bloque insurgente). Esta Junta designa una Regencia de la cual fue Presidente el propio Iturbide. Subsecuentemente Iturbide realiza una convocatoria para elegir a los representantes al Congreso, cuya tarea seria la elaboración de la Constitución del Imperio. Elegidos los diputados, el 24 de febrero de 1822 comienzan labores.

En medio de un enfrentamiento al interior del Congreso, El 21 de julio de 1822 se corona Iturbide como emperador. Esta designación se dio en medio de una ambiente de descontento, dada la marginación de diversos sectores (entre ellos a muchos de los principales insurgentes) de la sociedad para influir y conformar el



nuevo gobierno. Este panorama fue propicio para la elaboración de conspiraciones contra el gobierno en turno, por lo que Iturbide manda a encarcelar a los que consideraba sospechosos y determina la disolución del congreso el 21 de octubre del mismo año.

Este descontento creció cada vez más, hasta que el 2 de diciembre de 1822 en Veracruz, el brigadier Antonio López de Santa Anna desconoce a Iturbide, exige la restauración del Congreso y la Instauración de un gobierno republicano. Iturbide envía tropas para sofocar este movimiento, sin embargo, los generales enviados secundan los planteamientos de Santa Ana, hecho que culmina con la expedición el 2 de febrero de 1823 del Plan de Casa Mata. Frente a estos sucesos, Iturbide opta por reinstalar al Congreso, sin embargo, esto no calmo los ánimos y el 22 del mismo mes abdica.¹⁸³

Después de este intento fallido de establecer una Monarquía en México, el Congreso reinstalado procedió a nombrar un triunvirato ejecutivo conformado por Pedro Celestino Negrete, Guadalupe Victoria y Nicolás Bravo. Sin embargo el descontento de los sectores provinciales se reflejó en la convocatoria de un nuevo Congreso Constituyente, mismo que se instala en noviembre de 1823. Esta Asamblea con mayoría federalista emite el acta de 31 de enero de 1824 que constituye los Estados Unidos Mexicanos. En septiembre del mismo año presenta el texto de la nueva Constitución que sería Jurada en Octubre del mismo año.

Después de este breve bosquejo, es así como llegamos al segundo texto constitucional a tomar en cuenta, este es la Constitución de 1824. La “cuestión fundamental” a dilucidar en el decurso de este proceso constituyente, fue la

¹⁸³ Óp. Cit., nota 180, pág. 269.



aceptación del modelo federal o un modelo central (debate que se prolongaría hasta mediados del siglo XIX).

Emilio O. Rabasa ¹⁸⁴ sostiene que la cuestión del federalismo fue tan central, que la idea de república, que normalmente se entiende como anterior y de mayor importancia a la de federalismo, en el caso mexicano, en realidad aparece como un acompañante idóneo para la idea de federalismo. Esto lo afirma al analizar el nulo debate (o mayoritario respaldo) al interior del constituyente, con respecto a darle este carácter republicano a la nueva nación mexicana (después de la abdicación de Iturbide, ya que en un principio una república no se encontraba como uno de los presupuestos básicos de la nueva nación).

A pesar de que el tema del control constitucional, no fue el tema fundamental o central en el debate constituyente del 24, la cuestión no se dejó totalmente a un lado. La constitución de 1824 introdujo dos mecanismos de control constitucional. El primer mecanismo era conferido al Congreso Federal, facultándolo para reprimir las violaciones a la carta fundamental. El segundo mecanismo confirió a la Suprema Corte Federal (influenciado por el modelo Estadounidense) la competencia para conocer sobre las infracciones a la constitución y leyes federales (art 137, fracción V, inciso sexto constitucional). Al respecto facultaba a la Corte para “conocer de las infracciones de la constitución y leyes generales, según prevenga la ley”¹⁸⁵.

Dicha ley reglamentaria nunca se expidió bajo la vigencia de la constitución del 24, lo que terminó por dejar como letra muerta dicho precepto.

¹⁸⁴ Rabasa, Emilio, “*La evolución Constitucional de México*”, México, Universidad Nacional Autónoma de México, 2004.

¹⁸⁵ Fiz Zamudio, Héctor, “*Ensayos sobre el derecho de amparo*”, México, I.I.J. UNAM, 1993, pág. 24-25.



Por el contrario el mecanismo con el que era dotado el congreso, si se utilizó. El inconveniente, es que es un medio de tinte político. Además solo controlaba las leyes estatales con respecto a la constitución y leyes federales, por ende quedan fuera de control las propias leyes federales.

Un caso que puede ejemplificar a primacía en materia de control constitucional “de facto” del legislativo sobre la judicatura, es un aquel proceso acaecido en 1826. En dicho proceso, 2 magistrados cesados del Tribunal Superior del Estado de Oaxaca, cuya separación tenía como fundamento una ley estatal que redujo la composición de dicho tribunal, reclamaban la inconstitucionalidad de esta última, fundamentados en la facultad conferida por el artículo 137, fracción V. La Corte de acuerdo al artículo 165 de la constitución, consulto al Congreso, mismo que se pronunció en el sentido de que la Corte no tenía entre sus atribuciones, el conocer sobre la inconstitucionalidad de legislaciones estatales, con lo cual la Corte fue hecha a un lado en la tarea de control de la constitucionalidad de leyes¹⁸⁶.

Para 1833, Antonio López de Santa Anna, asume la presidencia por 1ª vez. De manera cuasi inmediata, Santa Ana se ausenta, y queda como encargado del ejecutivo, el vicepresidente Valentín Gomes Farías.¹⁸⁷

Gómez Farías expide una serie de disposiciones encaminadas a combatir la intromisión del clero en los asuntos gubernamentales. Esta tarea fue apoyada por la V legislatura Nacional, con leyes encaminadas al mismo fin. Estas legislaciones de corte liberal, no cayeron bien en el seno de los grupos políticos conservadores.

¹⁸⁶ Fernández Segado, Francisco, “*Los orígenes del control de la constitucionalidad y del juicio de amparo en el constitucionalismo mexicano de la primera mitad del siglo XIX. El impacto del voto particular de don Mariano Otero*”, en Revista Iberoamericana de Derecho Procesal Constitucional (Proceso y Constitución), No. 5, 2006, Ed. Porrúa, Instituto Iberoamericano de derecho procesal constitucional, México, pág. 74.

¹⁸⁷ México, *La enciclopedia de México*, 1988, Tomo II, pág. 6582. Citado en Rabasa, Emilio “*Historia de las constituciones mexicanas*”, México, Universidad Nacional Autónoma de México, 2004, pág. 28.



Dicha actitud del Presidente Gómez Farías provocaron su enemistad con los grupos conservadores. José María Luis Mora afirmó al respecto:

“la administración Farías, como era necesario e inevitables se hizo una multitud de enemigos, no solo entre los del partido del retroceso, si no aun entre los hombres mismos de progreso, que sin intentarlo, provocaron la reacción que dio en tierra con todo cuanto se había hecho”.¹⁸⁸

Al interior de la V legislatura nacional se originaron aún más propuestas legislativas de carácter liberal. En dichos proyectos y legislaciones se regulaban materias como la educación, la libertad de prensa así como otros asuntos militares y eclesiásticos.¹⁸⁹

Frente a este panorama, los sectores conservadores de la sociedad mexicana, acudieron a la figura de Santa Ana (a pesar de que las reformas en pugna habían contado con la aprobación de la propia Santa Ana). Este político, retorna al poder con la intención de dar respuesta a las peticiones conservadoras. La V legislatura Nacional, como principal aliado en la instauración de estas políticas públicas emprendidas por el vicepresidente Gómez Farías, fue el órgano donde Santa Ana dirigió sus esfuerzos.

De acuerdo al artículo 71 de la Constitución de 1824, para el 15 de abril de 1834, se fijaba el plazo para el término de las sesiones de la legislatura. Las cámara

¹⁸⁸ Mora, Jose Maria Luis, Obras sueltas, París, 1837, T. I, p. CCCLXII. . Citado en Rabasa, Emilio *“Historia de las constituciones mexicanas”*, México, Universidad Nacional Autónoma de México, 2004, pág. 28.

¹⁸⁹ Costeloe, Michael P., La primera Republica Federal de México, México, Fondo de cultura económica, 1975, p. 437. Citado en Rabasa, Emilio *“Historia de las constituciones mexicanas”*, México, Universidad Nacional Autónoma de México, 2004, pág. 29.



Congreso, deciden prorrogar por 30 días útiles las sesiones¹⁹⁰. Santa Anna, al regresar a ejercer sus funciones como presidente, busca la derogación de estas legislaciones liberales (excepto la supresión del diezmo que favorecía a los grandes hacendados).

Como respuesta a esta tarea de convencimiento y presión emprendida por Santa Ana, la legislatura suspende sus funciones. Santa Ana observó la indisposición para echar abajo las legislaciones promovidas por Gómez Farías.

Frente a esta situación declara terminadas las sesiones de la legislatura, con lo cual cualquier acto emitido por dicha legislatura no sería reconocido. Pero Santa Ana fue más allá y a través de una circular (inconstitucional donde se arrogaba facultades inexistentes) fundamentada en el Plan de Cuernavaca (de corte conservador), desconocía ya no solo lo actuado en un periodo extraordinario de sesiones, si no también varias legislaciones creadas dentro del periodo ordinario.

Para enero de 1835 se reúne la VI legislatura nacional, esta vez integrada con un mayor número de simpatizantes conservadores. Entre sus primeros actos, la VI legislatura emite una ley con la que desconoce la autoridad de Gómez Farías, y se establece su cese de funciones.

Este mismo año, el congreso emite un decreto que reducía la milicia cívica (esto en medio de la preparación de un proceso de secesión por parte de los colonos texanos). Dicha medida fue desafiada por los estados de Zacatecas y Coahuila y Texas. La confrontación más clara fue la de Zacatecas que preparó su milicia para

¹⁹⁰ Dublín Manuel y Lozano, José María, *Legislaciones mexicanas*, México, 1876, t. 2, p 689. Citado en Rabasa, Emilio “*Historia de las constituciones mexicanas*”, México, Universidad Nacional Autónoma de México, 2004, pág. 30..



resistir el decreto, sin embargo, a la llegada de del ejército federal, la milicia y el gobernador huyeron y se dio la ocupación de la capital zacatecana.¹⁹¹

Este panorama reforzara la idea en diversos sectores políticos nacionales de la necesidad de un régimen centralista, dado que percibían que el federalismo favorecía la desintegración y falta de control del territorio nacional.

Cesado Gómez Farías y con mayoría conservadora al interior de la legislatura, dicho órgano emite un decreto por el cual se reviste de facto, como un constituyente. Esto dado que se faculta para realizar los cambios que estime pertinentes para la constitución de 1824. Como punto central en todo esto, aparece la intención de cambiar la forma de gobierno federal por una centralista (esto a pesar de que en el texto constitucional del 24 se prohibía literalmente tocar esta parte del texto).

Todo este proceso político, trajo como resultado la expedición de *las Siete Leyes Constitucionales de diciembre de 1836*. Un punto a resaltar de las nueva legislación, es el establecimiento del voto censitario (fundamentado en criterios de pago de impuestos y derechos de propiedad).

En particular interesa para el desarrollo de este trabajo la Segunda ley Constitucional de 1836. Ley donde se establece por primera vez una figura completa de control de constitucionalidad (dado que la facultad dada en 1824, aunque explícita y de gran peso ideológico careció de reglamentación que la hiciera fácticamente posible), pero de carácter político, el Supremo Poder Conservador. Su principal promotor fue Francisco Manuel Sánchez Tagle.

¹⁹¹ Óp. Cit. Nota 180, págs. 280-281.



Este órgano tendrá como antecedente e inspiración el Senado conservador francés, introducido por la constitución francesa del año VIII. El senado conservador será creado por iniciativa de Sieyés (aunque el ascenso de Napoleón termina por restarle valor práctico dentro de la vida constitucional francesa). A su vez este senado encuentra su antecedente en el ya mencionado *Jurie Constitutionnaire*, proyecto frustrado del propio Sieyés¹⁹².

El Supremo Poder Conservador tenía muy diversas facultades. Las tenía en materia electoral (calificación de elecciones), de conformación de jurados para el control de otros poderes como por ejemplo los ministros de la alta Corte, entre otras¹⁹³.

Las facultades que directamente interesan en este trabajo son las relacionadas con el control constitucional de leyes. El Supremo Poder Conservador tenía como facultades, declarar la nulidad de los actos contrarios a la constitución de uno de los tres poderes (ajenos a este 4º poder y tradicionales), a solicitud de cualquiera de los otros dos.¹⁹⁴

Este órgano se conformaba por cinco miembros, que eran elegidos a través de selecciones por las Juntas Departamentales, la Cámara de Diputados y Senadores, con la renovación de uno de sus miembros cada 5 años (art. 1, 2, 3.).

¹⁹² Fix-Zamudio, Héctor, Tres instituciones francesas revolucionarias y el derecho constitucional mexicano, en Bicentenario de la revolución francesa, México, IJ, UNAM 1991.

¹⁹³ Barragán Barragán, José, Algunos documentos para el estudio del origen del juicio de amparo 1812-1861, México, ed. Instituto de Investigaciones Jurídicas, UNAM, 1987, págs. 162-168.

¹⁹⁴ Tena Ramírez, F., Derecho constitucional Mexicano, México, Porrúa, pág. 495.



Las facultades conferidas al Supremo Poder Conservador, parecían crear una aberración Jurídica, un monstruo omnipresente en la vida política del estado Mexicano. Para entender esto basta citar lo estipulado en los artículos 15 y 17 de la citada 2ª ley constitucional de 1836:

*Art. 15.- Toda declaración y disposición de dicho supremo poder conservador, dada con arreglo a las disposiciones precedentes, y citando la respectiva, **debe ser obedecida al momento y sin replica** por todas las personas a quien se dirija y corresponda la ejecución.*

*Art.- 17.- **Este supremo poder no es responsable de sus operaciones más que a Dios y a la opinión pública**, y sus individuos en ningún caso podrán ser juzgados ni reconvenidos por sus opiniones.*

En lo que respecta a su actuar como órganos de control son de resaltar algunas de sus resoluciones de inconstitucionalidad. Ejemplo de ellas son las referentes a la nulidad de diversos decretos presidenciales que se estimaron contrarios a la libertad de imprenta protegida por la 1ª ley constitucional; así también se declaró la nulidad de un empréstito, que de haberse aprobado hubiese sido ruinoso para el país.¹⁹⁵

La más importante de sus resoluciones es la del 13 de mayo de 1840, donde este órgano y a solicitud de la Suprema Corte de Justicia, declara la nulidad de varios artículos de una ley federal de fecha 13 de marzo del mismo año. En dicha

¹⁹⁵ Óp. Cit. Nota 192, pág. 63.



normatividad se sustraía a los ladrones de cualquier orden de la jurisdicción civil, esto para ser sometidos a la jurisdicción militar.

A pesar de dicha declaratoria de nulidad, el gobierno se negó a cumplimentar la resolución. Esta negativa motivo la publicación de un folleto el día 20 de junio de 1840 por parte de los integrantes del Supremo Poder Conservador, Melchor Múzquiz, Carlos María de Bustamante, José María Tornel, Manuel de la Peña y Peña y Francisco Manuel Sánchez de Tagle, mismo en el que se defendía dicha resolución.¹⁹⁶

Para 1836 Texas declara su independencia. Tras una fallida intervención del ejército federal liderado por Santa Ana se aseguró la independencia texana.

Por otro lado la supresión de los ayuntamientos y la instauración de una fuerte carga impositiva provocaron rebeliones rurales y levantamientos federalistas en el norte del país. Este ambiente de inestabilidad perduro durante toda la existencia del régimen centralista, lo anterior aunado a la parálisis económica propicio la intervención de estados extranjeros que argumentaban la falta de atención a sus reclamos.

En 1841 grupos de burgueses extranjeros instan a los generales Santa Anna, Mariano Paredes y Gabriel Valencia a tomar partido y pronunciarse, hecho que desemboco en el establecimiento de la dictadura militar encabezada por Santa Anna. Este régimen fue respaldado por federalistas con la condición de que se convocase a un nuevo congreso constituyente.

¹⁹⁶ *Ibíd.*, pág. 64.



El congreso fue conformado pero dado que no empataba sus criterios con el gobierno de Santa Anna, este disolvió al congreso (usando como fundamentos las bases de Tacubaya). Dicho congreso fue suplido por una junta de “ciudadanos distinguidos” elegidos por el gobierno. Para el 6 de enero de 1843 quedo formalmente instalada la Junta Nacional Legislativa. Resultado de los trabajos de esta Junta se emiten las Bases Constitucionales del 12 de junio de 1843.

Esta nueva legislación constitucional ya no incluye al Supremo Poder Conservador, aunque desde 1841 con las bases de Tacubaya se suprimía al mismo.

2) SURGIMIENTO DEL JUICIO DE AMPARO.

Dentro de este contexto nacional, aparece a nivel local, un hecho fundamental para la historia constitucional mexicana. En el año de 1840 se somete a discusión el proyecto de constitución yucateca, que tiene como principal artífice al célebre Manuel Crescencio Rejón. El proyecto contemplaba la creación del Juicio de Amparo. Vale la pena entender el entorno en el cual se desarrolla dicho proyecto constitucional, por la importancia de este antecedente local para el desarrollo de la justicia a nivel federal.

En Yucatán existía un grupo importante de partidarios del separatismo, alentados por una aversión frente al sistema centralista que dominaba el país (instaurado en 1836). Dentro de sus propuestas resaltan el bicameralismo, la creación de una Corte Suprema de Justicia y el establecimiento de un Sistema completo de Control Constitucional inspirado en el modelo estadounidense).



El amparo propuesto por Crescencio Rejón buscaba básicamente dos cosas:

Controlar la constitucionalidad de los actos del Congreso e ilegales del poder Ejecutivo que pudieran vulnerar la constitución y que era atribución de la Corte Suprema de Justicia, y

Proteger el goce de las garantías individuales al oprimido y que era de conocimiento de los jueces comunes y frente a actos de estos por su superior aunque se establece el principio de instancia de parte y el carácter particular de los efectos de la sentencia).

Como se puede observar entre los más novedoso cambios se establece la competencia para controlar la constitucionalidad de actos y normas, ya no de un órgano político, sino de uno judicial. Además se pone al individuo en un papel de mayor importancia dentro del sistema de control constitucional, al proceder el control constitucional solo a petición del agraviado y no como era común otorgar la legitimación de accionar solo a órganos del poder público.

Regresando al ámbito nacional, en junio de 1842, se reúne un Congreso Constituyente con la finalidad de redactar una nueva constitución. Para tales efectos se creó una comisión de 7 legisladores. Al final de este proceso al interior de la comisión, se presentaron dos proyectos constitucionales, un de carácter federalista apoyado por tres miembros y uno centralista apoyado por cuatro miembros¹⁹⁷. Después de una conciliación, se llegó a un tercer proyecto de carácter centralista. Dicho proyecto no fue bien recibido por el gobierno y parte del ejército, lo que provoco que Santa Anna (presidente de nuevo), como ya

¹⁹⁷ Rabasa, Emilio, El artículo 14 y el Juicio Constitucional (orígenes, teoría y extensión), México, 7ª ed. Porrúa, 2000, pág. 232.



previamente se había descrito disolviera el constituyente sustituyéndolo con una asamblea nacional legislativa.¹⁹⁸

El proyecto de la minoría (compuesta por Muños Ledo, Espinosa de los Monteros y Otero) contenía bastantes novedades. Entre ellas el reconocimiento de los derechos del hombre y sus consiguientes garantías. El artículo 4º de dicho proyecto decía:

“La constitución reconoce los derechos del hombre como la base y el objeto de las instituciones sociales. Todas las leyes deben respetar y asegurar estos derechos, y la protección que se les concede es igual para todos los individuos”

En el artículo 5º de dicho proyecto enunciaba los derechos e imponía las bases para las sanciones¹⁹⁹.

En el artículo 81 del proyecto de la minoría, se investía a la Corte con la facultad para conocer de los actos ya fueran del ejecutivo o del legislativo que pudieran privar a alguna persona de sus garantías constitucionales. Este artículo a la letra decía:

Art. 81. Para conservar el equilibrio de los poderes públicos y precaver los atentados que se dirijan a destruir su independencia o confundir sus facultades, la constitución adopta las siguientes medidas:

¹⁹⁸ *Ibidem*. P. 233.

¹⁹⁹ *Ibidem* p. 234.



I. Todo acto de los poderes legislativo o ejecutivo de algunos de los estados que se dirijan a privar a una persona determinada de alguna de las garantías que otorga esta constitución, puede ser reclamado por el ofendido ante la suprema corte de justicia, la que deliberando a mayoría absoluta de votos, decidirá definitivamente del reclamo. Interpuesto el recurso, puede suspender la ejecución los tribunales respectivos.

Por otro lado la facultad de conocer sobre la inconstitucionalidad de leyes facultaba a la cámara de diputados y a las legislaturas locales, según fuera una ley local o federal. En dicho recurso aparecían como entes legitimados para ejercer dicha potestad, (art. 81 fracción II) el presidente, 18 diputados en conjunto, seis senadores o tres legislaturas locales en conjunto.

Emilio Rabasa²⁰⁰ sostiene que esta separación entre el control constitucional de actos y leyes para su conocimiento, muestra cierto desconocimiento o imprecisión sobre el sistema estadounidense de control constitucional, pues en su modelo no se planteaba la posibilidad de que la corte al resolver un caso concreto podría necesariamente posicionarse sobre una norma la ley que fundamentaba dicho acto.

Visto de manera bastante general los orígenes del amparo en Yucatán y en los proyectos constitucionales previos a las Bases constitucionales de 1843, el siguiente texto político a tomar en cuenta son estas Bases. Como ya se mencionó, el Supremo Poder Conservador fue suprimido por dichas bases sin ser sustituido con otro instrumento real de control constitucional.

²⁰⁰ Ibídem p. 234.



Las bases orgánicas de 1843 solo rigieron el país alrededor de 3 años. En un entorno de cuartelazos y descontento con el sistema centralista (además de la intervención norteamericana). El general Mariano Salas (figura de gran poder en este momento histórico) se levanta en armas en la ciudadela y el 22 de agosto de 1846 emite dos decretos. En ellos convoca al congreso y le otorga facultades constituyentes²⁰¹. Dicho Congreso va a estar ocupado en su mayoría por políticos moderados.

Para el 6 de diciembre del mismo año comienza sus labores el congreso constituyente. Entre sus integrantes, se encuentran políticos como Espinosa de los Monteros, Benito Juárez y Mariano Otero. La comisión de estudios es integrada por Espinosa de los Monteros, Rejón, Otero, Cardoso y Zubieta. La mayoría de la comisión opta por simplemente poner en vigencia de nuevo el texto constitucional de 1824 (mientras se publican otras reformas), sin embargo Mariano otero disintió, ya que para él eran necesarias la incorporación de un acta de reformas. Después de una larga y detallada exposición sobre su sentir, logro la incorporación de varios de sus reclamos mediante el Acta Constitutiva y de Reformas de 1847. Lo anterior lo logro mediante la exposición de su voto particular. Del mismo resaltamos los siguientes puntos:

- a) La conservación del sistema federal fundamentado en los principios liberales emanados de la época revolucionaria francesa, las instituciones inglesas y la constitución de los Estados Unidos.
- b) Establecimiento de garantías individuales para todos los habitantes de la Republica.
- c) Hacer mas accesible y numerosa la cámara de diputados.
- d) Desaparición de la figura de vicepresidente dado que estimaba aparecería siempre como un adversario al ser el “rival vencido”.

²⁰¹ Emilio “*Historia de las constituciones mexicanas*”, México, Universidad Nacional Autónoma de México, 2004, pág. 51-52.



- e) Facultar al congreso para declarar nulas las leyes locales contrarias al pacto federal.
- f) Creación de la figura del amparo.

En lo que refiere al control constitucional, el artículo 25 del acta de reformas de dicho ordenamiento otorgaba la competencia a los tribunales de la Federación para proteger a los habitantes de la República, en el ejercicio y conservación de los derechos que les concedía la constitución y la leyes de ella emanadas, tanto frente actos de la legislatura como del poder ejecutivo en sus diversos niveles. La tutela constitucional se articulaba a través del juicio de amparo, inspirado en el modelo yucateco de 1840., pero incorporaba el principio de relatividad de las sentencias (protección al caso particular y no declaratorio general de inconstitucionalidad).

Dentro del mismo ámbito se estableció un control de carácter político dentro de los artículos 22, 23 y 24 del citado texto (donde se instrumentaba el control parlamentario mencionado en el inciso e) sobre el voto particular de Otero).

La década de 1840 estuvo marcada por pugnas internas entre los grupos liberales y conservadores, el crecimiento de la asimetría entre México y los Estados Unidos (con el acrecentamiento de su política expansionista), las conspiraciones de la corona española para establecer una monarquía en México y por Cuartelazos como el de Mariano Paredes.

Todo este ambiente fue propicio para la intervención norteamericana de 1846. Con esto para 1847 los casi indefensos y poco poblados Nuevo México y California fueron anexados a Estados Unidos. El constante avance de las tropas



norteamericanas culminó el 14 de septiembre de 1847 con la toma de Palacio Nacional.

Tras el abandono del ejecutivo por parte de Santa Anna, Manuel de la Peña y Peña, presidente de la Suprema Corte de Justicia asumió la presidencia. Como primera medida traslada el gobierno a Querétaro. Tras la negociación de los términos de paz se llega a un acuerdo reflejado en el Tratado de Guadalupe Hidalgo, donde México pierde más de la mitad de su territorio, además de una indemnización de 15 millones de pesos por daños y el prorrateo de la deuda externa mexicana que correspondía a los territorios perdidos, dado que los mismos habían sido conquistados por medios armados.

Después de la presidencia de Peña y Peña, llega al poder José Joaquín de Herrera. Su administración aunque marcada por rebeliones indígenas (principalmente en Yucatán) y un ánimo depresivo general, logra cierta estabilidad al regresar el gobierno a la Ciudad de México y reorganizar la maltrecha administración. En 1851 Herrera entrega la presidencia al entrante Mariano Arista. Este último, goza de poca estabilidad y en enero de 1853 renuncia a la misma. Después de dos presidentes interinos, en abril de 1853 Santa Anna retorna al poder, implementando una política autoritaria, que se vio acrecentada tras la muerte de la cabeza de su gabinete Lucas Alamán en junio de 1853.

El descontento por las medidas impopulares y autoritarias creció encontrando su culminación en el pronunciamiento del Plan de Ayutla, promovido por Juan Álvarez e Ignacio Comonfort



La constitución de 1857 incorpora de manera plena la figura del juicio de amparo en los artículos 101 y 103 de dicho documento. Estos artículos no sufrieron mayores cambios al expedirse la constitución de 1917.

Una parte trascendental en el desarrollo histórico del juicio de amparo, son las participaciones como ministros de la corte de José María Iglesias y Vallarta. A continuación hago un breve bosquejo de las ideas de estos personajes.

El 27 de abril de 1874, Iglesias publica un texto denominado “Estudio constitucional sobre las facultades de las Corte de Justicia”²⁰². En dicho trabajo expone lo que denomina su “tesis sobre la incompetencia”. De acuerdo a su análisis del artículo 16 de la constitución de 1857, el término “autoridad competente”, entrañaba otro termino anterior el de “autoridad legítima”. Por lo mismo lo primero que debiera analizar un juez es si la autoridad es legítima y de manera subsecuente si es competente o no. Iglesias sostenía que cualquier acto atentatorio de las garantías individuales, sin importar su naturaleza, podía ser atacado a través del juicio de amparo. Dicha postura convertía al amparo en una figura omnipresente dentro de la vida jurídica nacional.

Iglesias sostenía que el respeto de las garantías individuales, aparecía como una restricción a la soberanía de los estados²⁰³. En este entendido la Corte podía conocer mediante el amparo de actos de las autoridades estatales, esto sin vulnerar la soberanía de los mismos.

²⁰² Imprenta de Diaz de Leon y White, México, 1874. Citado en Cabrera Acevedo, Julio, “La Suprema Corte de Justicia en la República restaurada 1867-1876”, México, Suprema Corte de Justicia de la Nación 1989, pág. 101.

²⁰³ Cabrera Acevedo, Julio, “La Suprema Corte de Justicia en la República restaurada 1867-1876”, México, Suprema Corte de Justicia de la Nación 1989, pág. 101-102.



Iglesias, encuadro su tesis en la materia electoral, al juzgar los abusos y constantes fraudes llevados a cabo por las autoridades electorales estatales (los colegios electorales). Iglesias ejemplificando su postura decía:

...“supongamos que el Congreso de la Unión declare que sea presidente de la República un extranjero, un niño . . . que entre dos candidatos a la presidencia uno hubiere tenido diez mil votos y otro ciento o ninguno, (y) declarase que el segundo era el legalmente electo. ¿Qué haríais entonces vosotros, fanáticos partidarios del ilimitado poder de los colegios electorales? . . . obedecer y callar. . .”²⁰⁴

Diversos actores políticos, criticaban la tesis de Iglesias por estimarla violatoria de la soberanía estatal y por ende del pacto federal. Iglesias al responder a dichas críticas, argumentaba que solo la intervención del poder judicial, levantaba tanta polémica, ya que desde su perspectiva la intervención del Congreso y el ejecutivo federal, era mucho más común y no recibía la misma atención.

El caso emblemático donde se trata la incompetencia de origen, es el denominado “Amparo Morelos”. Este caso fue resuelto por la Corte a través de fallo del 11 de abril de 1874. En este asunto, varios hacendados del estado de Morelos, interpusieron el juicio de amparo contra la aplicación de una serie de contribuciones, que recaían sobre los dueños de haciendas azucareras referentes al valor de las mismas y la elaboración de diversos productos azucareros. Este

²⁰⁴ Óp. Cit. Nota 121, pág. 20-21.



impuesto encontraba su fundamento en la ley presupuestaria estatal del 12 de octubre de 1872, publicada por el gobernador y general Leyva.²⁰⁵

Este amparo fue fundado por violación al art 16 constitucional de 1857. Los quejosos aducían la ilegitimidad de dos autoridades que habían participado en la elaboración de la ley presupuestaria, el gobernador Leyva y el diputado Vicente Llamas. Del diputado Llamas se achacaba su ilegitimidad debido a irregularidades en su nombramiento, ya que fue electo diputado a pesar de ser al mismo tiempo jefe político de uno de los distritos. Respecto al gobernador se atacaba su ilegitimidad, debido que se había reelegido gobernador del estado, en contradicción a una declaración expresa de la constitución estatal que prohibía la reelección. Además esta reelección la aquejaba otro vicio, ya que se fundamentaba en una reforma de la constitución estatal que se había hecho de acuerdo a los procedimientos establecidos por la misma constitución. Por ultimo- sostenían los quejosos- aunque se tomara como válida dicha reforma el gobernador no había sido reelecto con la mayoría calificada de 2/3 partes de los votos que exigía la reforma en cuestión.

En la sentencia del caso, se termina por conceder el amparo respecto del gobernador, pero no respecto a la legislatura. Cuestión que no dejo en total agrado a Iglesias ya que su punto de vista iba encaminado a emparar frente a las dos autoridades.

La tesis que Iglesias sostenía, parece encaminada a identificar en el juicio de amparo, una herramienta de gran trascendencia para la defensa de las garantías individuales y de gran amplitud. Dicha postura, ponía al poder judicial como claro vigía del actuar de las autoridades estatales, esto de acuerdo a sus críticos en detrimento de la autonomía estatal.

²⁰⁵ *Ibidem*. Pág. 103-104.



Del otro lado del espectro jurídico, aparece El ministro Vallarta, quien formo parte de la Corte durante el porfiriato. Frente a las tendencias “maximalista” de la corte de la que formaba parte Iglesias, la Corte en la que participa Vallarta -sostiene Emilio Rabasa²⁰⁶- tendrá entre sus objetivos primordiales, el posicionarse de nuevo como una institución confiable y moderada.

Para poder servir como un órgano que vigile el cumplimiento e la constitución, por parte de los otros dos poderes, tiene que primero marcar sus límites y competencias. Vallarta se mostrara contrario a las ideas de declarar la inconstitucionalidad de una ley sin un caso concreto. Para Vallarta no bastara que una ley sea inconstitucional, sino que, tendrá que actualizarse a través de un acto concreto, ya que de no ser así, la ley inconstitucional figuraría como “letra muerta”²⁰⁷.

Después de este brevísimo bosquejo de las dos posturas, se puede desprender como una aparece como la visión de Iglesias aparece, optimista y maximizadora del amparo (y por ende del papel de la Corte) y por otro lado Vallarta encuentra que el amparo (y la Corte) solo serán respetados si se usan con mesura y cuidado.

El constituyente de 1917 se guiara en mayor medida, por las ideas de Vallarta, por lo que trataran de limitar de manera bastante clara la competencia y amplitud del actuar de la Corte a través del juicio de amparo. A pesar de lo cual, no se ha evitado el abuso de este juicio.

²⁰⁶ Óp. Cit. Nota 116, pág. 294.

²⁰⁷ Ibídem. 295.



3) ANALISIS DE LA REFORMA CONSTITUCIONAL DE 1995 Y EL NUEVO MODELO CONTROL CONSTITUCIONAL.

Ahora que ya hemos expuesto el panorama general del debate que origina la figura del control judicial de leyes, y también que a hemos perfilado el sentido y orientación del presente trabajo, pasare a un análisis descriptivo sobre el sistema mexicano de control constitucional, advirtiéndole que dada la extensión del tema, tratare de explicar de manera general dicho modelo, buscando extraer la raíz ideológica y la finalidad de los diversos elementos del sistema, sin meterme de lleno a las cuestiones técnicas, sobre las cuales hay mucha literatura ya escrita

3.1) UN CAMBIO DE RUMBO. LA REFORMA CONSTITUCIONAL DE 1995 ANTECEDENTES INMEDIATOS.

Figuras como la controversia constitucional ya existían desde la expedición de la constitución de 1917, sin embargo el alcance y la utilidad de dicha figura eran bastante restringido. Bajo el entendido de que este tipo de conflictos eran mayormente tratados como conflictos políticos, por lo cual el líder político del país (al serlo del partido hegemónico) que era el presidente de la República tendría que resolver dichas diferencias.

Frente a dicho panorama, las primeras reformas encaminadas a encausar un nuevo rol para la Suprema Corte se dieron en 1987 y 1988, a través de un cambio



radical a través de la expedición de una nueva Ley Orgánica del Poder Judicial de la Federación²⁰⁸ y cambios menores a la ley de Amparo.

Dichas reformas estaban encaminadas a centrar en la atención de la corte no tanto las casos referentes al control de legalidad (tratando de dejar este tipo de litigios a tribunales de menor jerarquía), si no a centrar dicha atención a la resolución de amparos contra leyes, que obligasen a la interpretación de un precepto constitucional.

Estas reformas dejaban entrever las intención para convertir a la Corte en un tribunal constitucional, mas que un mero tribunal de Casación, esto a pesar de la ausencia de nuevas formas de control constitucional, ya que hasta este momento el único (a pesar de las controversias constitucionales) y más útil método de control constitucional de leyes era el juicio de amparo.

3.2) LA REFORMA DE 1995

Dentro de esta reforma, aparecen nuevos instrumentos de control constitucional y no solo cambios en cuanto a la estructura de la corte, todo esto encaminado al establecimiento de la Corte como un verdadero Tribunal Constitucional.

Para comenzar a través de esta reforma constitucional²⁰⁹ se redujo el número de ministros integrantes de la corte a 11 (cuestión que perdura hasta la actualidad), se suprime la inamovilidad permanente de los mismos, esto reduciendo el lapso de su ejercicio a 15 años, además de modificar los parámetros de designación (a los que me referiré mas adelante).

²⁰⁸ Ley Orgánica del Poder Judicial de la Federación publicada en el **Diario Oficial de la Federación** de 5 de enero de 1988.

²⁰⁹ Reforma constitucional publicada en el *Diario Oficial de la Federación* el 31 de diciembre de 1994.



El principal cambio dentro del modelo de control es la aparición de nuevas formas de control, muy en especial la incorporación de la Acción Abstracta de Inconstitucionalidad (característica esencial de cualquier tribunal constitucional) al sistema de control constitucional mexicano. La acción de inconstitucionalidad se incorpora a través de la fracción II del artículo 105, lo que junto con algunos cambios a la estructura de la controversias constitucionales, llevo a la expedición de la Ley Reglamentaria de las Fracciones I y II del artículo 105 constitucional²¹⁰(en adelante LR105).

Punto importante también dentro de esta vorágine de cambios se encuentra la creación del Consejo de la Judicatura Federal como órgano técnico dentro del mismo Poder Judicial, con la tarea de llevar a cabo las tareas administrativas al interior de dicho poder, para de esta manera no distraer recursos jurisdiccionales a cuestiones administrativas.

Cabe destacar que en dicha reforma no se planteó la competencia para la Corte referente al control de leyes electorales, cuestión que cambio con la posterior reforma constitucional y legal de 1996²¹¹.

A través de dicha reforma se completó el cuadro jurídico-institucional en el cual se enmarcaría el modelo de control constitucional mexicano, esto al instaurar en complejo sistema de control pero ahora en materia electoral.

Dicho modelo se inició con la posibilidad de denunciar la inconstitucionalidad de este tipo de normas en un aspecto abstracto ante la corte a través de la acción de inconstitucionalidad donde se legitimó a los dirigentes nacionales y estatales de los partidos para dichos efectos.

²¹⁰ Ley publicada en el Diario Oficial de la Federación el 11 de mayo de 1995

²¹¹ Reforma constitucional Publicada en el Diario Oficial de la Federación el 22 de Agosto de 1996 y reforma a la ley Reglamentaria del 105 el 22 de Noviembre de 1996.



Un gran paso también fue la incorporación del Tribunal Electoral al Poder Judicial de la Federación. También se implementaron dos nuevas figuras de control constitucional de actos y resoluciones en materia electoral, el “Juicio para la Protección de los derechos Político Electorales del Ciudadano” y el “Juicio de Revisión Constitucional en materia electoral. Estas figuras encontraron su reglamentación en la Ley General del Sistema de Medios de Impugnación en materia Electoral²¹² (en adelante LGSMIME).

Como podemos observar dichas reformas de 1995 y 1996 conllevaron la institucionalización de un complejo sistema de control constitucional que refleja no solo la búsqueda de una defensa del texto constitucional tanto para efectos generales como particulares.

3.3) LOS ORGANOS CONTROLADORES.

En este apartado también se dará una limitante, ya que si bien, los juzgados de distrito, los Tribunales Colegiados y Unitarios de Circuito figuran dentro de la estructura del poder Judicial y tienen competencia en ciertos aspectos constitucionales (amparo), el análisis de este capítulo ira encaminado al estudio del principal órgano de control constitucional que es La Suprema Corte de Justicia de la Nación (SCJN). Se reconoce la trascendencia del Tribunal Electoral del Poder Judicial de la Federación (TEPJF), pero dado que su naturaleza es electoral, no se incluirá en este apartado.

3.3.1) LA SUPREMA CORTE DE JUSTICIA DE LA NACION

²¹² Publicada en el *Diario Oficial de la Federación* el 22 de noviembre de 1996;



COMPOSICIÓN Y FUNCIONAMIENTO

La Suprema Corte se integra por 11 ministros elegidos para un periodo de quince años de carácter improrrogable.

La Corte podrá sesionar en pleno o en salas, con la imposibilidad para el presidente de la misma de actuar en alguna de las salas (art. 94 p. 3º CPEUM y art. 2º LOPJF).

Como ya lo dijimos en este trabajo dicho el número de integrantes es resultado de las reformas hechas en 1995. Es difícil establecer un número exacto o idóneo para el funcionamiento de un órgano como la Corte, muy probablemente un mayor número (aunque no exagerado), daría cabida a una mayor cantidad de posiciones, para la resolución de este trascendental tipo de casos.

El pleno está conformado por los 11 ministros en conjunto, aunque podrán sesionar con la presencia mínima de 7 de ellos, esto con la excepción, de los casos en que conozcan Controversias Constitucionales en la que se resuelve sobre disposiciones generales de los estados o de los municipios impugnadas por la Federación; así como cuando conozcan de los litigios con motivo de una Acción de Inconstitucionalidad, casos en los que se necesita la presencia de por lo menos 8 ministros para poder sesionar en pleno (art 4º LOPJF)²¹³.

Dicho pleno va a ser presidido por el Presidente de la Suprema Corte, que será electo de entre y por los ministros integrantes de la Suprema Corte, esto dentro de

²¹³ Cuestión que se aplica de manera semejante a la toma de decisiones, ya que la mayoría de las decisiones se tomara por unanimidad y simplemente por mayoría de votos, exceptuando los casos previstos en el penúltimo párrafo de la fracción I del artículo 105 y la fracción II del mismo donde se necesitan mayorías calificadas de 8 ministros.



la primera sesión del año; el mismo durara 4 años en el cargo sin la posibilidad de una reelección para el periodo inmediato.

El Presidente de la Corte dada su posición se hace cargo en mayor medida en cuestiones administrativas dentro de la misma Corte, dejando un poco de lado las labores meramente jurisdiccionales, cuestión que puede observarse en hechos como el de que dicho presidente represente a la Suprema Corte y el establecimiento expreso en la ley Orgánica del Poder Judicial de la Federación (LOPJF) como administrador (Art 14 LOPJF).

Además de este tipo de tareas mayormente administrativas, tiene el voto de calidad para el caso de que se de un empate reiterado al tratar de resolver un asunto (art 7º LOPJF).

En lo que se refiere a las salas, están se conforman de 5 ministros cada una, aunque basta la presencia de 4 ministros en alguna de ellas para que puedan funcionar (art 15 LOPJF).

Al igual que en el pleno cada una de ellas cuenta con un Presidente, con un procedimiento de elección semejante, con la salvedad de que en este caso el ministro elegido, solo podrá durar en el encargo 2 años y teniendo la misma imposibilidad para ser reelecto para el periodo inmediato (art. 23 LOPJF).

En lo referente a sus funciones y atribuciones son análogas a las realizadas por el Presidente de la Corte, solo que limitado a la esfera de actuación de las salas (art. 25 LOPJF), por ejemplo el caso de fungir como voto de calidad en votaciones reiteradamente empatadas (art. 17 LOPJF).



FORMA DE DESIGNACION Y PERFIL DE LOS CANDIDATOS.

Los ministros de la Suprema Corte son elegidos a través de una elección hecha por el senado, esto sobre una terna enviada previamente por el Presidente de la República. Dicha elección deberá obligatoriamente tener el respaldo de dos terceras partes de los senadores presentes (esto dentro de los 30 días siguientes a la recepción de la terna), lo que lo constituye en una mayoría calificada. Si llegase a dar un rechazo total hacia la terna enviada por el presidente, este tendrá que enviar una nueva y si de nuevo es rechazada este último tendrá la, posibilidad de elegir a quien el estime pertinente (art. 96 CPEUM).

Dentro de este proceso de elección los candidatos que conforman la terna enviada por el presidente, tienen una comparecencia frente al senado. Miguel Carbonell²¹⁴ sostiene que este procedimiento tiene muchos bemoles tanto en el concepto mismo de terna, ya que muchos especiales creen que más allá de fomentar una competencia profesional, desincentiva la participación de varios candidatos, que prefieren no participar ante una probable negativa del senado o ante un enfrentamiento con un jurista con el que tienen lazos de amistad. Además el formato mismo de la comparecencia, de facto se ha reducido a un mero formalismo donde los candidatos suelen limitarse a emitir un discurso, convirtiendo esto en una comparecencia donde reina la pasividad y se suele limitar a un acuerdo político de acuerdo a las fuerzas de los partidos presentes en el senado.

Establecido lo anterior, pasare a un breve análisis de los requisitos para ser ministro de la Suprema Corte.

²¹⁴ Véase “Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos” comentada por Miguel Carbonell, Ed. Porrúa. México. 2007, págs. 572 y 573.



Los requisitos para ejercer este encargo (establecidos en el artículo 95 constitucional), van desde el requisito básico de tenerla nacionalidad mexicana, un requisito de edad (35 años al día de la designación), de formación profesional (título de Lic. en derecho con 10 años de antigüedad), y de residencia (en México por lo menos 2 años anteriores a la designación). También se exige estar en pleno goce y ejercicio de los derechos políticos, gozar de buena reputación y no haber sido condenado por pena mayor a un año de prisión (con la excepción de delitos que dañarían la fama pública como el fraude o falsificación en los cuales no será necesario rebasar un año de prisión).

Además se establece una incompatibilidad al establecer para los candidatos postulados, la posibilidad de acceder a este cargo, solo si no fungieron durante algún momento del año anterior al día de la designación como Secretarios de Estado, Procurador General Federal o del Distrito Federal, así como no haber estado en puestos de elección popular como Gobernador, legislador (diputado o senador federal) o jefe de Gobierno del Distrito Federal.

Cabe destacar que de dichos requisitos e incompatibilidades, se desprende un cierto perfil de los candidatos.

- a) La búsqueda de gente de buena reputación (aunque no se establecen parámetros claros para dicha virtud).
- b) El monopolio para el ejercicio del cargo por parte de una sola profesión (Lic. en derecho)
- c) De facto, se privilegia la elección de integrantes del poder judicial, dejando un tanto de lado a otros sectores de la tarea jurídica (investigadores, litigantes y docentes).



d) Siguiendo al modelo americano no se toma en cuenta al órgano más representativo, que es la cámara de diputados.

En términos generales el modelo de designación, sigue los parámetros marcados por el modelo americano, aunque no en todos sus aspectos (bastaría observar la comparecencia de los candidatos ante el Senado), siendo un modelo bastante cerrado y un tanto injusto hacia personajes que de muy buena manera podrían ocupar un lugar en la corte (por no pertenecer a la esfera de la impartición de justicia).

También se puede entender en buena medida la reticencia del órgano a entrar a cuestiones de fondo y ya no de mera legalidad (en lo que son expertas las personas que se desarrollan dentro del poder judicial).

COMPETENCIA

En esta parte abordare la esfera competencial de este órgano de manera bastante general y poco pormenorizada dado que al entrar al análisis específico de los diversos instrumentos de control constitucional se tratara de manera mas clara estos aspectos de los órganos de control.

Dicho lo anterior las facultades más importantes de la Suprema Corte son las siguientes:

l) Resolución de amparos sobre actos o leyes que pudiesen violaciones realizar una violación directa al ordenamiento constitucional, esto a través del recurso de revisión (art 10 LOPJF).



II) A través de su facultad de atracción, ya se de oficio o a petición del Procurador General de la República (ahora fiscal general) o de algún Tribunal Colegiado de Circuito podrá conocer de amparos que por su relevancia estime pertinente resolver de manera directa (art. 103 f. VIII, párrafo 2º CPEUM).

III) Conocer de manera concentrada (totalmente como un tribunal constitucional de modelo Kerlseniano) de los procedimientos de acción de inconstitucionalidad y controversias constitucionales.

Anteriormente ejercía su facultad de investigación (sobre un hecho o hechos que constituyeran una grave violación de alguna garantía individual), hasta que el artículo 97 constitucional fue reformado y derogado en su párrafo tercero²¹⁵. Frente a esta facultad potestativa de la SCJN, aparecían como entes legitimados para solicitarla, el Presidente de la República, alguna de las cámaras del Congreso de la Unión, los gobernadores de los Estados y el Jefe de Gobierno del Distrito Federal.

Como podemos observar la Suprema Corte como se venía planeando con las Reformas de 1995 se ha convertido en un fuerte Tribunal Constitucional, que de acuerdo al modelo debe enfocar sus energías a la resolución de las cuestiones constitucionales de mayor trascendencia para la vida del Estado Mexicano.

En lo que se refiere a la facultad investigadora de la Corte, la verdad es que fue una figura bastante peculiar, ya que por un lado una potestad que no todos los tribunales constitucionales tienen y que conlleva una gran responsabilidad, pero que solía dejar mal parada a la Corte, ya que muchas veces sus resoluciones pueden no reflejar lo que la mayoría de la gente percibe, o simplemente la falta de

²¹⁵ Decreto Publicado en el Diario Oficial de la Federación el 13 de Noviembre de 2007.



efectos vinculatorios de sus resoluciones deja la tarea “a medias”, teniendo muchas veces un impacto mas político o mediático que real.

3.4) INSTRUMENTOS DE CONTROL CONSTITUCIONAL.

Cabe advertir, que dentro del desarrollo de este apartado me limitare al análisis de los medios de control constitucional de carácter jurisdiccional, razón por la cual excluiré a todos aquellos medios de carácter político como el juicio político.

3.4.1) LA CONTROVERSIA CONSTITUCIONAL

a) Concepto y finalidad.

Es el medio de control constitucional que va dirigido a salvaguardar la esfera competencial de los diversos órganos legalmente establecidos, esto de acuerdo a la distribución resultante del pacto federal.

Como se puede observar este medio busca la resolución de conflictos entre diversos órganos del poder público que sientan vulnerada su esfera de atribuciones por otro órgano, ya sea a través de un acto concreto o una norma de carácter general.

b) Acceso y Procedimiento.

Expuesto lo anterior se entiende que los actores legitimados para utilizar este instrumento jurídico-constitucional sean los órganos que presumiblemente sufran



dicha afectación y que están enunciados los diversos incisos del artículo 105 constitucional y que en términos generales engloba a la Federación, las entidades federativas, los poderes federales (a través de sus diversos órganos componentes) con excepción del poder judicial, los poderes estatales (entre si) y los municipios.

En lo que se refiere al procedimiento se puede observar lo siguiente:

Este medio se interpone en única instancia ante la Suprema Corte de Justicia de la Nación actuando en pleno (agregar acuerdo).

Como ya lo habíamos expresado el acto recurrido puede constar en un acto concreto o alguna norma de carácter general (y en el caso al que se refiere el párrafo segundo de la fracción I del art. 105 constitucional puede llegar a tener efectos generales la sentencia emitida).

No se puede interponer frente a actos en materia electoral.

Al igual que el amparo deberán agotarse los medios procesales ordinarios antes de acudir a esta figura.

Deberá interponerse dentro de los treinta días siguientes a que surta efectos la notificación, se tenga conocimiento de la resolución o ejecución o simplemente a partir de que el actor se haga sabedor del acto concreto; así también se toma en cuenta este término para el caso de normas generales, para lo cual se comenzara a contar a partir del día siguiente de la publicación de la misma o del primer acto de ejecución de la misma.



La sentencia emitida por la corte al resolver este medio no admite recurso alguno en su contra.

3.4.2) LA ACCION DE INCONSTITUCIONALIDAD.

Como se puede observar este medio de control constitucional es un tema central para el presente trabajo ya que se muestra como medio de control por excelencia para un moderno Tribunal Constitucional y que impacta en gran medida la vida política de cualquier estado ya que a través de este medio llegan a conocimiento del tribunal en cuestión, problemas y la búsqueda de definiciones verdaderamente fundamentales para la vida política de muchos regímenes modernos.

a) Concepto y finalidad.

Se trata de un medio jurídico procesal, de carácter abstracto (ya que se plantea sin tomar en cuenta un probable agravio resultante de un acto de aplicación, o en general sin tomar en cuenta un caso concreto) que tiene por finalidad, plantear la probable contradicción entre una ley y el contenido tanto explícito como implícito (principios) de la constitución.

De lo anterior se desprende que sea un medio de defensa inmediato del contenido constitucional, frente a las disposiciones legislativas emitidas por los diversos cuerpos legislativos (y por agregado los tratados internacionales), esto con el fin de también mantener una cierta cohesión y congruencia entre los diversos rangos del actuar legislativo.



b) Acceso.

Los actores legitimados para ejercer dicha potestad jurídica son aquellos que se encuentran enumerados en los diversos incisos del artículo 105 fracción II Constitucional y que en términos generales son los siguientes.

- 1) El 33% de los integrantes de ambas cámaras del Congreso de la Unión, El Procurador General de la República y la Comisión Nacional de Derechos Humanos; mismos que pueden atacar normas tanto de carácter federal (teniendo los tres últimos también capacidad para atacar la inconstitucionalidad de tratados internacionales) como local (incluyendo al Distrito Federal).
- 2) Por otro lado aparecen como entes legitimados, el 33% de los integrantes de las legislaturas locales, mismas que pueden plantear la inconstitucionalidad de normas emitidas por los órganos que forman parte.
- 3) Por último aparecen los Partidos Políticos Nacionales (con registro ante el INE y a través de su dirigencia nacional), cuya facultad de plantear dicho recurso, dada su naturaleza se limita a las normas de materia electoral en sus diversos niveles; así como los Partidos Políticos locales tienen dicha facultad, pero en lo que se refiere al ámbito local.

Dicho lo anterior se pueden desprender diversas cuestiones de trasfondo en el modelo de acceso a este medio de control, constitucional.

Primeramente cabría resaltar la aparente ausencia del Presidente de la República entre los entes legitimados para interponer la acción de inconstitucionalidad. Recalco lo referente al carácter “aparente” de esta ausencia, ya que al aparecer el Procurador General de la República entre los legitimados, se da una presencia



implícita de dicho órgano de poder político, esto dado la estructura y diseño de la Procuraduría General de la República. Este punto fue subsanado con una reforma constitucional de 2014 con la cual se faculta al Presidente de la república, por conducto del consejero jurídico.

Pasando a otro punto, también salta a la vista la ausencia de los ciudadanos como entes legitimados de manera directa (ya que de manera indirecta lo están a través de sus representantes), ya sea como individuo o como conjunto. La primera respuesta frente a esta ausencia puede ser la del amparo, pero cabe destacar que solo aplica frente a un agravio personal y directo, lo que en un momento dado, deja “inertes” a los ciudadanos frente a cualquier norma que desde su perspectiva pueda vulnerar el contenido constitucional.

El punto manejado en el párrafo anterior será resuelto de alguna manera por medio de la reforma constitucional en materia de Amparo en 2011, con la aparición del “interés legítimo”.

Como se pudo observar dentro del modelo establecido a través de la reforma de 1995 se plantea cierta rigidez, cuestión que da pie a una estructura cerrada de dicho modelo, en el cual los “participantes” son solo unos pocos actores, y en el cual la ciudadanía organizada fuera de dichos actores, se veía relegada a un papel secundario; lo anterior sobre todo como respuesta a la marginación del amparo en dicha reforma que no provoco un cambio sustancial en dicha figura.



3.4.3) EL JUICIO DE AMPARO.

Al igual que los otros medios de control constitucional ya analizados, el juicio de amparo será analizado de manera breve, esto dado su amplitud, además de la muy variada y numerosa literatura jurídica existente al respecto.

a) Concepto y finalidad.

Es grande la ironía que circunda a esta figura, ya que paso de ser “la creación jurídico-constitucional mexicana” por excelencia a un medio de control bastante rezagado dentro de las tendencias jurídicas internacionales, de las que en algún momento fue ejemplo.

Esto responde a cierta desatención tanto de legisladores como de ciertos sectores académicos, cuestión que se agudiza con la “vulgarización” de este medio de control constitucional por parte de los litigantes; esto sin tomar en cuenta el impacto de dicho juicio en la estructura judicial federal.

Ahora bien pasaremos al análisis concreto de dicha figura en su estructura previa a la reforma constitucional de 2011 (estudiada en el siguiente apartado del presente trabajo).

Se puede definir como un medio de control constitucional, dirigido a salvaguardar las garantías de los gobernados (entendidas estas como los derechos fundamentales establecidos, no solo en el texto constitucional, sino también en los instrumentos internacionales), esto frente al actuar de las autoridades tanto administrativas, judiciales como legislativas (en general los diferentes entes de poder público).



Como se puede observar esta figura se presenta como el medio de control de mayor inmediatez para la ciudadanía frente al actuar de los órganos de gobierno, aunque como veremos en el siguiente punto, continua su situación irónica, dado que es de fácil acceso (y excesivo uso) para unos y de difícil acceso para otros.

b) Acceso.

Su procedimiento se rige por el artículo 103 y 107 constitucional y la ley de amparo, de los cuales se pueden obtener los aspectos fundamentales relativos al acceso a esta figura jurídico constitucional, que en términos generales son los siguientes:

- 1) A través del escrito de demanda se debe aludir el interés jurídico perjudicado por el acto de autoridad.
- 2) De manera general se deben agotar las instancias ordinarias que tenga a la mano el afectado, antes de poder acudir a este juicio, esto salvo las excepciones que la propia ley establece.
- 3) Los efectos de la sentencia son particulares.
- 4) Se realiza a instancia de la parte agraviada.
- 5) El acto de autoridad puede versar sobre cualquier materia excepto la materia político-electoral.

Dentro de este planteamiento breve de acuerdo a la ley, no parece haber bastantes problemas, los problemas viene de las situaciones que se presentan en la vida diaria.

El primer punto que salta a la vista es el que se refiere al carácter indirecto de este medio de control constitucional, ya que no se ataca el contenido per se de una



norma, solo por el simple hecho de estimarla contraria al contenido constitucional, si no que por el contrario, se analiza la inconstitucionalidad del acto o norma a la luz de un caso concreto (lo que cabe decir puede enriquecer el debate constitucional, al plantear cuestiones no previstas a la hora de crear una norma), lo que puede aparecer como su punto fuerte y a la vez como una debilidad ya que limita el campo de actuación de los ciudadanos, frente al actuar público.

Dentro de otro punto, si bien es el medio mas inmediato, cabe decir que de manera general se necesita la asesoría de un abogado (lo que implica un costo económico, muchas veces bastante elevado) , cuestión que varios sectores vulnerables de la sociedad, es algo bastante complicado (situación que lleva a personas a estar en la cárcel debido a una mala defensa por parte de un defensor de oficio que puede ya sea, por la carga de trabajo o simplemente por el predominio de ciertos intereses no llevar una adecuada defensa).

Por otro lado el juicio de amparo a paso de ser un juicio que se ejercería de manera extraordinaria, en un medio que es visto más bien como un recurso mas, o simplemente como una forma de alargar o maniatar un proceso de acuerdo a los intereses de los litigantes.

Lo anterior nos lleva a que el poder judicial se vea saturado de muchos juicios de amparo, que en realidad no tienen mayor trascendencia.

Continuando en esta tesitura, cada vez son mayores las voces que piden de órganos como la corte una mayor atención a los amparos de verdadera trascendencia constitucional, donde está en juego la interpretación de los alcances y límites de los derechos fundamentales y de la esfera de actuación de los entes de poder público, ya que La Corte un muchas ocasiones parece adquirir un carácter activista, sobre todo en lo que se refiere a cuestiones de índole fiscal



(asuntos en los que se ven inmiscuidos grandes intereses económicos), mostrando al contrario un criterio bastante conservador a la hora de atender cuestiones relacionadas con los derechos fundamentales (cuestión que parece cambia poco a poco).

Como se puede observar la importancia, atención y resolución de algún juicio de amparo, depende en gran medida de los actores inmiscuidos, lo que provoca que el amparo haya caído en un cierto “bache”, dada su nula movilidad y cambio, esto a pesar de diferentes esfuerzos hechos por académicos, actores políticos y hasta el mismo poder judicial (con esfuerzos como el libro blanco de la justicia en México).

Lo que se acaba de exponer se relaciona de manera directa con uno de los postulados básicos del juicio de amparo, que se refiere a los efectos particulares de la sentencia de amparo, ya que dado este sesgo factico que se da para su acceso, llego a limitar los efectos benéficos de dicha figura.

Punto y aparte son los cuestionamientos que se le realizan a la figura del amparo, dentro de su papel en el engranaje judicial de la federación, que ha llevado a que gran cantidad de sentencias emitidas por los máximos órganos judiciales a nivel estatal, se vean recurridas ante las autoridades federales, cuestión que en muy diversas ocasiones “deja mal parada a la justicia local”, además de alargar por un buen tiempo muchos procesos (aunque cabe destacar las muchas deficiencias que aquejan a los órganos de justicia estatal, como las presiones políticas y la ineficacia en la asignación y manejos de los recursos económicos, así como el retraso en ciertos aspectos profesionales de los encargados de impartir justicia a través de dichos órganos).



4) LA REFORMAS CONSTITUCIONALES DE 2011 Y LA NUEVA LEY DE AMPARO.

El presente apartado está dirigido al estudio del modelo de control constitucional mexicano a partir de sus modificaciones más recientes, esto es durante los últimos siete años. Los cambios sufridos por el modelo de control constitucional mexicano en los últimos (en especial el amparo) han configurado un nuevo entramado jurídico institucional, mismo que aún es un proceso inacabado y en constante desarrollo y dentro del cual apenas se comienzan a analizar sus avances y alcances.

Este estudio partirá del análisis de 2 ejes primordiales para entender este nuevo modelo, los mismos serán la reformas constitucionales de 2011 en materia de amparo y en materia de derechos humanos.

4.1) ANTECEDENTES A LAS REFORMAS CONSTITUCIONALES DE 2011.

Como principal medio de control constitucional en el sistema jurídico mexicano del siglo XX apareció el amparo. Su importancia y reconocimiento llevo a la elaboración de muchos estudios sobre el mismo, además llevo a que se hiciera una figura de uso bastante común entre los litigantes. Sin embargo, esto no evito que dicha figura padeciera de un letargo en cuanto a su actualización además de que este conocimiento común por parte de los litigantes provoco que muchas veces fuera visto como “un recurso ordinario más”.

Posterior a la reforma constitucional de 1995, misma que ya ha sido brevemente estudiada dentro de este mismo capítulo, en el año de 1999 el presidente de la



Suprema Corte de Justicia de la Nación David Góngora Pimentel lanzo una convocatoria con la finalidad de invitar a especialistas y sociedad civil en general para la elaboración de una nueva ley de amparo.

Producto de esta convocatoria se formuló un anteproyecto elaborado por una comisión integrada por juristas integrantes del Poder Judicial como los entonces ministro Juan Silva Meza (1995-2015), Humberto Román Palacios (1995-2004), los ahora ministros José Ramón Cossío Díaz y Arturo Zaldívar Lelo de Larrea y académicos como el maestro Héctor Fix-Zamudio.

Dicho proyecto fue debatido y enriquecido en el Congreso Nacional de Juristas celebrado en Yucatán durante enero del año 2000.²¹⁶

Producto de este debate la comisión mencionada elaboro un proyecto final, mismo que fue entregado al Pleno de la Corte. Este órgano realizo un análisis se llegó a una última versión que fue entregada a los órganos investidos con la facultad de iniciativa legislativa.

Un documento que continuo este proceso de debate fue el denominado “Libro blanco de la reforma judicial”, mismo que fue producto de una convocatoria emitida por la Suprema Corte en 2003, que tuvo por finalidad una consulta nacional para la reforma del sistema nacional de impartición de justicia.

Como uno de los puntos primordiales a tratar fue la reforma del juicio de Amparo. Dicho análisis se fijaba varios objetos básicos que a continuación se enuncian:

²¹⁶ Ferrer Mac-Gregor, Eduardo y Sánchez Gil Rubén, *El nuevo Juicio de Amparo (guía de la reforma constitucional y la nueva ley de Amparo)*, México, Ed. Porrúa, 6ª edición, 2014, página 21.



- a) Consolidación del Amparo como instrumento fundamental de defensa constitucional.
- b) Enfatizar su rol como instrumento de protección de derechos fundamentales.
- c) Ampliar la base de usuarios mediante la adopción del concepto de interés legítimo.
- d) Modificar los efectos limitados de las sentencias de Amparo.
- e) Precisar el alcance y procedencia de la suspensión.
- f) Asegurar el cumplimiento de las sentencias de Amparo.
- g) Agilizar y hacer más eficaz el procedimiento.

Para lograr dichos objetivos se plantearon las siguientes acciones:

- a) Reforma legislativa del Amparo.
- b) Reforma del Amparo por medio de la Jurisprudencia, así como la sistematización y fácil acceso a la consulta de la misma.
- c) Adopción de medidas de gobierno judicial para la reforma del amparo.

Los hechos anteriormente descritos vieron materializadas sus expectativas por medio de una iniciativa de ley de 2004 en el Senado de la Republica, sin embargo, no fue sino hasta 2009 que dicho proyecto fue retomado como base de la nueva reforma constitucional de 2011.

Otro suceso que vino a impulsar un cambio en el Juicio de Amparo y en el Sistema Nacional de impartición de justicia es la Resolución emitida por la Corte Interamericana de Derechos Humanos en el caso Radilla en noviembre de 2009.



Este caso versa sobre la desaparición forzada del señor Rosendo Radilla Pacheco. Este personaje fue un activista político y funcionario en el municipio de Atoyac de Álvarez, Guerrero. Ejerció funciones como presidente municipal de dicho municipio y tuvo una fuerte relación con organizaciones campesinas como el comité regional campesino. Fue partícipe de la fundación de la Liga Agraria del Sur Emiliano Zapata en 1965. Una forma de expresión común en el señor Radilla era la composición de piezas musicales de los denominados “corridos” donde recordaba hechos trascendentales de la vida de su localidad.

El día 25 de agosto de 1974 fue detenido el camión en el que viajaba el señor Radilla y uno de sus hijos del mismo nombre, esto en un retén militar ubicado en la localidad de Cuauhtémoc en Chilpancingo, Guerrero. Después de una revisión por parte de los militares, de entre los pasajeros únicamente los mencionados Radilla e hijo fueron retenidos. A petición del señor Radilla hacia los militares, su hijo fue liberado. El señor Radilla quedó a disposición de la zona militar de Guerrero. Posteriormente se dieron reportes sobre avistamientos del Señor Radilla en el Cuartel Militar de Atoyac de Álvarez, con signos de maltrato físico.

Este hecho fue acreditado tanto por la Comisión Nacional del Derechos Humanos como por la Fiscalía Especial para Movimientos Sociales y Políticos del Pasado. Dado el ambiente represivo existente en la época de la desaparición del señor Radilla, sus familiares se limitaron a su búsqueda a través de familiares y conocidos. En 2001 la Comisión Nacional de Derechos Humanos emite una recomendación (026/2001) en la que indica la calificación de al menos 275 casos donde se violentaron los derechos a personas reportadas como desaparecidas. Dentro del mismo texto reconoció la incapacidad y negativa de los órganos de procuración de justicia para auxiliar a las personas interesadas en el paradero de los desaparecidos. Producto de la recomendación se creó la Fiscalía Especial para Movimientos Sociales y Políticos del Pasado, misma que mediante un



“Informe Histórico a la Sociedad Mexicana”, básicamente reafirma lo dicho por la Comisión Nacional de Derechos Humanos.

El 15 de Marzo 2008, la Comisión Interamericana de Derechos Humanos sometió al conocimiento de la Corte Interamericana de Derechos Humanos una demanda en contra del Estado mexicano, misma que tenía por origen una denuncia conjunta presentada el 15 de noviembre de 2001 por la Comisión Mexicana de Defensa y Promoción de los Derechos Humanos y por la Asociación de Familiares de Detenidos-Desaparecidos y Víctimas de Violaciones a los Derechos Humanos en México. La demanda se interpuso debido a la consideración por parte de la Comisión Interamericana de que el Estado Mexicano no había cumplido con las recomendaciones emitidas por dicho órgano.

El fundamento de esta demanda era la desaparición del señor Radilla en donde se acusaba al Estado mexicano dada la impunidad hacia los responsables de la desaparición así como el hecho de que a más de 3 décadas de los hechos se ignorase el paradero del desaparecido o en su caso de sus restos. Por ende se reclamaba la declaración de responsabilidad internacional del Estado mexicano por la violación a diversos derechos (derecho a la vida, a la integridad personal, protección judicial, entre otros) tutelados por la Convención Americana de Derechos Humanos.

En los resolutivos de dicha sentencia ²¹⁷se declara al Estado mexicano responsable por:

²¹⁷ Corte Interamericana de Derechos Humanos, Caso Radilla Pacheco vs Estados Unidos Mexicanos, Sentencia de 23 de noviembre de 2009.



- a) La violación de los derechos a la libertad personal, al reconocimiento de la personalidad jurídica y a la vida consagrados (entre otros) en la Convención Americana sobre Derechos Humanos. Así también responsable de violentar diversos preceptos de la Convención Interamericana sobre Desaparición Forzada de Personas en perjuicio del señor Rosendo Radilla y otros familiares.
- b) El incumplimiento del deber de adoptar medidas legislativas internas respecto de la tipificación del delito de desaparición forzada de personas, dentro de los términos establecidos por los 2 instrumentos internacionales previamente referidos.

Y se le condeno a:

- a) Conducir un proceso eficaz para el esclarecimiento y resolución de la desaparición forzada del señor Radilla (incluyendo su búsqueda y localización)
- b) El establecimiento de reformas legislativas pertinentes para compatibilizar diversas disposiciones del Código de Justicia Militar y del Código Penal Federal con los estándares internacionales en materia de Derechos Humanos (como los marcados por las mencionadas convenciones)
- c) Establecimiento de un presupuesto público con la finalidad de crear programas y cursos para el análisis de la jurisprudencia del Sistema Interamericano de Protección de los Derechos Humanos en relación con los límites de jurisdicción penal militar. Así también un programa encaminado a la formación sobre el proceso de investigación en materia de desaparición forzada.
- d) Publicación en el Diario Oficial de la Federación y otro de circulación nacional de la sentencia emitida por la Corte Interamericana.
- e) Celebración de un acto público de reconocimiento de responsabilidad respecto del caso en cuestión.



- f) Atención psicológica y/o psiquiátrica a las víctimas declaradas en dicha sentencia
- g) Pago de indemnizaciones por daño material e inmaterial a los afectados.

Para el 26 de mayo de 2010, el ministro Guillermo Ortiz Mayagoitia formula una consulta al Tribunal en Pleno con el objetivo de las medidas y trámite a seguir por el Poder Judicial Federal para atender la sentencia emitida por la Corte Interamericana en el caso Radilla y evaluar las medidas de reparación ordenadas por dicho instrumento.

Como respuesta a esta consulta se formó el expediente “Varios” 498/201, en el que el Pleno de la Corte en fecha 7 de septiembre del mismo año ordena se determine el papel del Poder Judicial Federal en el cumplimiento de la citada sentencia. Con fundamento en lo expuesto en el punto anterior se abrió el expediente “Varios” 912/2010.

En la resolución de este expediente, la Corte establece de manera general los siguientes puntos.

- a) La Corte indica que no es competente para analizar, calificar o decidir si una sentencia dictada por la Corte Interamericana de Derechos Humanos es correcta o incorrecta. Lo anterior debido a que dichos pronunciamientos constituyen cosa juzgada, caso en el cual la única opción procedente es acatar el contenido de la misma.
- b) La Corte tiene atribuciones para establecer medidas de gobierno interior que tengan por objetivo cumplimentar las reparaciones ordenadas en la mencionada sentencia.



- c) La Corte concluyo que la sentencia citada determino que los tribunales del Estado mexicano deben ejercer un control de convencionalidad oficioso entre las normas internas y la Convención Americana sobre Derechos Humanos, esto en el ámbito de su competencia. Lo anterior reflejado en un modelo de control difuso de constitucionalidad.
- d) La jurisprudencia producto del actuar jurisdiccional de la Corte Interamericana tendrá el carácter orientador para la toma de decisiones de los jueces mexicanos, lo anterior cuando se estime más favorecedor a la persona y de conformidad con la nueva estructura del artículo 1º constitucional (punto que se tratara más adelante).
- e) En el caso de un control de convencionalidad de acuerdo a la nueva redacción del artículo 133º y 1º constitucional, si bien los jueces no pueden hacer una declaratoria general de invalidez o expulsar del orden jurídico los preceptos estimados (supuesto que si se da mediante los medios de control directos establecidas en los artículos 103, 107 y 105) contrarios a los derechos humanos constitucionales o convencionales; si están obligados a inaplicar esas normas.
- f) La interpretación realizada por los jueces en ejercicio de estas nuevas facultades presupondrán 3 pasos básicos. **El primero es una interpretación conforme en sentido amplio**, caso en el cual se debe interpretar el orden jurídico a la luz de los derechos humanos establecidos en la constitución e instrumentos internacionales de los que el Estado mexicano sea parte, privilegiando la protección mas amplia. **El segundo paso es la Interpretación conforme en sentido Estricto**, lo que significa en el supuesto de que existan varias interpretaciones jurídicamente validas, los jueces deben preferir aquella que hace a la ley acorde a los derechos humanos, esto para evitar incidir o vulnerar la esencia de estos derechos. **El tercer paso es el de la inaplicación de la ley cuando las alternativas anteriores no sean posibles**, en este caso al inaplicar la norma el juez no trastoca el principio de división de poderes, por el contrario fortalece el papel de los jueces como ultima defensa para asegurar la primacía de los



derechos humanos establecidos en la Constitución e instrumentos internacionales.

- g) Reitera la obligación de todas las autoridades del país dentro del ámbito de sus competencias de aplicar las normas correspondientes haciendo la interpretación más favorable a la persona con la salvedad de no tener la potestad de inaplicar o declarar la incompatibilidad de las mismas.
- h) En lo que respecta al fuero militar y de acuerdo al párrafo segundo del artículo 1º constitucional y de acuerdo a instrumentos internacionales en lo que México forma parte, deberá considerarse que el mencionado fuero no podrá operar bajo ninguna circunstancia frente a situaciones que vulneren derechos humanos de civiles.

La Suprema Corte estableció otras disposiciones y directrices en materia administrativa y de fuero militar, sin embargo, para efectos del presente estudio nos parecieron las mas importantes y relacionadas las anteriormente descritas.

Como anexo a este trabajo se muestra un cuadro comparativo brindado en la página 36 del engrose de la resolución del expediente: Varios 912/2010.

Como se pudo observar en este breve análisis de la resolución recaída al expediente “Varios” 912/2010, ya se puede bosquejar el contenido de la reforma constitucional 2011 y sus consecuencias. Como se podrá observar, estos tres hechos fungirán como pilares del nuevo modelo de justicia y del Amparo en México. A continuación paso a un análisis concreto de las reformas constitucionales de 2011 en materia de derechos humanos y Amparo.



LAS REFORMAS CONSTITUCIONALES DE 2011

Como ya se dijo en este estudio, el nuevo Juicio de Amparo en particular y el nuevo rumbo marcado para el sistema nacional de impartición de justicia solo puede entenderse bajo la luz de dos reformas constitucionales muy interrelacionadas. La reforma constitucional que modifica el Juicio de Amparo se publica en el Diario Oficial de la Federación el 16 de junio de 2011 e inicia su vigencia el 4 de octubre del mismo año. Por su parte la reforma constitucional en materia de derechos humanos es publicada el 10 de junio de 2011 y entro en vigor al día siguiente de su publicación.

Primeramente entro al análisis de la reforma constitucional en materia de Amparo, enlistando las modificaciones que se estiman más importantes y sus características.

- a) Plenos de circuito: La primera novedad se da en la creación de los Plenos de Circuito (art 94 párrafo séptimo Const.), mismos que serán creados mediante acuerdos generales emitidos por el Consejo de la Judicatura Federal y se compondrán por los Magistrados (o sus presidentes) adscritos al circuito correspondiente.; los términos de su integración serán marcados en el acuerdo general que les de origen (art 41 Bis LOPJF).

Estos órganos son creados con la finalidad de quitar carga de trabajo a la SCJN y que de esta manera la misma dirija sus esfuerzos a la resolución de controversias trascendentales de índole constitucional. Los Plenos de Circuito cuentan con las siguientes competencias. Como tarea primordial resolverán las contradicciones de tesis sostenidas entre los Tribunales



Colegiados del circuito correspondiente (Art. 41 Ter, fracción I LOPJF). Son competentes para denunciar ante la SCJN la contradicción de tesis de jurisprudencia en la que contienda alguna tesis sostenida por el mismo Pleno, resolver la solicitudes de sustitución de jurisprudencia a petición de los Tribunales Colegiados del circuito correspondiente y solicitar a la SCJN el inicio del procedimiento de declaratoria general de inconstitucionalidad, producto de que al interior del circuito se haya emitido jurisprudencia derivada de amparos indirectos en revisión y que declaren la inconstitucionalidad de una norma (Art. 41 Ter, fracciones II, III y IV LOPJF).

b) Modificaciones particulares al Juicio de amparo.

- **Objeto y concepto del Juicio de Amparo:** se modificó la redacción anterior del artículo 103 constitucional. En la anterior redacción, se establecía que era procedente frente a “leyes y actos”, mientras que la nueva redacción amplia el objeto del amparo, esto al ser procedente ante “normas generales, actos u omisiones”. En este caso cabe destacar que aun antes de la reforma, el concepto ley y acto fue interpretado de manera bastante amplia por la anterior ley de amparo. Se estableció la procedencia de la Amparo prácticamente frente a cualquier disposición de observancia general como leyes federales o locales, tratados internacionales, reglamentos, decretos y acuerdos de observancia general (art. 114 LA1936).²¹⁸

²¹⁸ Este criterio de interpretación es reafirmado por la SCJN. Por ejemplo véase la tesis AMPARO DIRECTO CONTRA LEYES, EN LA DEMANDA RESPECTIVA ES FACTIBLE PLANTEAR LA INCONSTITUCIONALIDAD DE CUALQUIER DISPOSICIÓN DE OBSERVANCIA GENERAL, Tesis 2ª.XXVII/2002, Segunda Sala, Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta, Tomo XV, Marzo de 2002, Novena Época, Pas. 420, Tesis Aislada (común). Véase también AMPARO DIRECTO, EN LOS CONCEPTOS DE VIOLACIÓN PUEDE PLANTEARSE LA INCONSTITUCIONALIDAD DE LAS NORMAS GENERALES APLICADAS EN PERJUICIO DEL QUEJOSO EN EL ACTO O RESOLUCIÓN DE ORIGEN, Tesis: 2ª/J. 152/2002, Segunda Sala, Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta, Tomo XVII, Enero de 2003, Novena Época, pág. 220, Jurisprudencia (común).



Otro punto a resaltar es la inclusión explícita de las omisiones como actos frente a los que procede el Amparo (art. 103 CPEUM). Cabe destacar que aun antes de la reforma de 2011 ya se podía acudir el Amparo para reclamar dichas inacciones, como ejemplo aparece el Amparo por denegación de justicia o violación al derecho de petición.²¹⁹

Con esta nueva redacción, se podría pretender tomar el concepto omisión y aplicarlo también a las omisiones legislativas, sin embargo una lectura integral del artículo 107 en relación con el 107 constitucional se desprende la imposibilidad de que el amparo proceda en esta materia. La anterior tesis ha sido ratificada por los tribunales del PJJ, tanto de manera previa como posterior a la reforma constitucional de 2011.²²⁰

Tal vez uno de los puntos o el más destacable del nuevo Juicio de Amparo es su apertura frente al derecho internacional en materia de Derechos Humanos. La nueva redacción del artículo 1º constitucional establece el goce por parte de todas las personas de los derechos humanos reconocidos en la Constitución y en los instrumentos internacionales signados por el Estado mexicano. También establece el principio de la interpretación más amplia y eficaz en materia de derechos humanos, además de la obligación

²¹⁹ Óp. Cit., nota 216, pág. 35-36.

²²⁰ Como ejemplo de lo anterior véanse las siguientes tesis. ISSSTE, LA LEY RELATIVA, AL NO REGULAR EL ARRENDAMIENTO DE VIVIENDA PROPIEDAD DEL INSTITUTO, CONSTITUYE UNA OMISIÓN LEGISLATIVA QUE NO ES REPARABLE EN EL JUICIO DE AMPARO (LEGISLACION VIGENTE A PARTIR DEL 1º DE ABRIL DE 2007, TESIS: P./J. 134/2008, Pleno, Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta, Tomo XXVIII, Octubre de 2008, Novena Época, pag. 43, Jurisprudencia (administrativa).

OMISIÓN LEGISLATIVA, ES IMPROCEDENTE EL JUICIO DE AMPARO EN SU CONTRA, CONFORME AL ARTÍCULO 73, FRACCIÓN XVIII, DE LA LEY DE LA MATERIA, EN RELACIÓN CON EL ARTICULO 107 FRACCIÓN II, PÁRRAFO PRIMERO, DE LA CONSTITUCIÓN POLITICA DE LOS ESTADOS UNIDOS MEXICANOS, Tesis: 2ª. VIII/ (10ª), Segunda Sala, Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta, Libro XVII, febrero de 2013, Tomo 2, Décima Época, pág. 1164, Tesis Aislada (común).

IMPROCEDENCIA DEL JUICIO DE AMPARO. SE ACTUALIZA DE FORMA INDUDABLE Y MANIFIESTA SI PRETENDE RECLAMARSE UNA OMISIÓN LEGISLATIVA, EN TANTO QUE LA EVENTUAL RESTITUCIÓN QUE HABRÍA DE OTORGARSE AL QUEJOSO EN SUS DERECHOS IMPLICARÍA DAR EFECTOS GENERALES A LA SENTENCIA, LO CUAL PROSCRIBE EL PRINCIPIO DE RELATIVIDAD QUE LA RIGE, AUN CUANDO EL QUEJOSO ADUZCA QUE EL ACTO IMPUGNADO TRANSGREDE UN INSTRUMENTO INTERNACIONAL. Tesis: IV.3o.A.22 K (10a) 134/2008, Tribunales Colegiados de Circuito, Gaceta del Semanario Judicial de la Federación, Libro 3, Febrero de 2014, Tomo III, Décima Época, pág. 2418, Tesis Aislada (comun).



de todas las autoridades de promover, respetar y proteger los derechos humanos. Todos estos postulados repercutirán en el desarrollo de un nuevo modelo de control de constitucionalidad y convencionalidad, mismo que se analizara más detenidamente mas adelante.

- **Interés legítimo:** La redacción anterior de la CPEUM en su artículo 107 establecía el interés bajo el cual se podía acceder al Juicio de Amparo, el mismo era bajo el supuesto de “a instancia de parte agraviada”. Por su parte la nueva redacción desarrolla la anterior afirmación con la finalidad de ampliar y precisar la legitimación para acceder al Juicio de Amparo. De esta manera se da paso al “interés legitimo” , mismo que puede tener un carácter individual o colectivo.

Anteriormente el desarrollo judicial del concepto interés jurídico (identificado directamente con el derecho subjetivo) quedaba fuera de la protección del Juicio de Amparo diversos actos de autoridad que podían vulnerar los derechos humanos.

Por su parte el interés legitimo es más amplio y se puede identificar con los intereses difusos y colectivos. Frente a esta nueva conceptualización la SCJN ya se ha referido varias veces, pero estimo pertinente compartir la siguiente pronunciación.

“...tratándose de la procedencia del amparo indirecto -en los supuestos en que no se combatan actos o resoluciones de tribunales-, quien comparezca a un juicio deberá ubicarse en alguno de los siguientes dos supuestos: (I) ser titular de un derecho subjetivo, es decir, alegar una afectación inmediata y directa en la esfera jurídica, producida en virtud de tal



titularidad; o (II) en caso de que no se cuente con tal interés, la Constitución ahora establece la posibilidad de solamente aducir un interés legítimo, que será suficiente para comparecer en el juicio. **Dicho interés legítimo se refiere a la existencia de un vínculo entre ciertos derechos fundamentales y una persona que comparece en el proceso, sin que dicha persona requiera de una facultad otorgada expresamente por el orden jurídico, esto es, la persona que cuenta con ese interés se encuentra en aptitud de expresar un agravio diferenciado al resto de los demás integrantes de la sociedad, al tratarse de un interés cualificado, actual, real y jurídicamente relevante, de tal forma que la anulación del acto que se reclama produce un beneficio o efecto positivo en su esfera jurídica, ya sea actual o futuro pero cierto.** En consecuencia, para que exista un interés legítimo, se requiere de la existencia de una afectación en cierta esfera jurídica -no exclusivamente en una cuestión patrimonial-, apreciada bajo un parámetro de razonabilidad, y no sólo como una simple posibilidad, esto es, una lógica que debe guardar el vínculo entre la persona y la afectación aducida, ante lo cual, una eventual sentencia de protección constitucional implicaría la obtención de un beneficio determinado, el que no puede ser lejanamente derivado, sino resultado inmediato de la resolución que en su caso llegue a dictarse. Como puede advertirse, el interés legítimo consiste en una categoría diferenciada y más amplia que el interés jurídico, pero tampoco se trata del interés genérico de la sociedad como ocurre con el interés simple, esto es, no se trata de la generalización de una acción popular, sino del acceso a los tribunales competentes ante posibles lesiones



*jurídicas a intereses jurídicamente relevantes y, por ende, protegidos.*²²¹

Como se puede apreciar se pone al interés legítimo como un concepto intermedio entre el interés jurídico y el interés simple. Además se establece los requisitos para acreditar un interés válido en materia de Amparo, primero la titularidad de un derecho subjetivo y sufrir una afectación directa sobre la esfera jurídica propia protegida por el mencionado derecho; o acreditar un interés más amplio y general pero igual comprobable por medio de la existencia de un posible beneficio.

- ***Declaratoria general de inconstitucionalidad:*** lo referente a la relatividad de sentencias se mantuvo en el nuevo Juicio de Amparo, con excepción de amparos promovidos en base en un interés colectivo y sus resoluciones estimatorias (art. 73 LA).²²²

Sin embargo, la denominada fórmula Otero base de la relatividad de sentencias es más amplia y cubre también la negativa para realizar una declaración general respecto de la ley o acto. La razón de esta negativa se daba en el entendido que una declaración de esta índole representaría una expulsión del sistema jurídico de la norma en cuestión (aunque de facto sí se hacía pero con efectos particulares). Por el contrario la nueva ley de amparo establece la obligación de determinar la constitucionalidad o inconstitucionalidad en la sentencia de Amparo. Siguiendo el principio de

²²¹ INTERÉS LEGÍTIMO. CONTENIDO Y ALCANCE PARA EFECTOS DE LA PROCEDENCIA DEL JUICIO DE AMPARO (INTERPRETACIÓN DEL ARTÍCULO 107, FRACCIÓN I, DE LA CONSTITUCIÓN POLÍTICA DE LOS ESTADOS UNIDOS MEXICANOS). Tesis: P./J.50/2004 (10ª.), Gaceta del Semanario Judicial de la Federación, Libro 12, Noviembre de 2014, Tomo I, Décima Época, pag. 60, Jurisprudencia (común).

²²² Óp. Cit., nota 2016, pág. 45.



jerarquía normativa dicha manifestación afecta a todas las normas que encuentran validez en la norma referida (de nuevo aplicadas al caso concreto).

Ahora bien con la finalidad de dar forma y efectos a la declaración de inconstitucionalidad y evitar injusticias por la derivadas de la relatividad de las sentencia, la propia Constitución establece un procedimiento para que la SCJN realice una declaratoria general de inconstitucionalidad (art. 107 párrafo 2 y 3). Este proceso da mayor certidumbre además de fomentar un dialogo interinstitucional en el sistema político mexicano.

Cabe advertir que el proceso referido no es aplicable en materia tributaria (art. 107 párrafo 4).

c) Control difuso de constitucionalidad. Este punto ya se trato en párrafos anteriores, sin embargo, estimo pertinente un breve análisis donde bosquejo el efecto general del nuevo control difuso de constitucionalidad y convencionalidad.

La unión de lo establecido en la sentencia del caso Radilla y la reforma constitucional de 2011, han provocado un cambio trascendental en el modelo de control constitucional mexicano.

El sistema mexicano de control desde antes de la reforma se presentaba como un sistema hibrido entre concentrado (acciones de inconstitucionalidad y controversias constitucionales) y difuso (aunque de manera parcial Juicio de Amparo). Sin embargo el control difuso per se fue prohibido por jurisprudencia de la Corte.²²³

²²³ CONTROL DIFUSO DE LA CONSTITUCIONALIDAD DE NORMAS GENERALES. NO LO AUTORIZA EL ARTÍCULO 133 DE LA CONSTITUCIÓN. Tesis: P./J. 74/99, Pleno, Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta, Tomo X, Agosto de 1999, Novena época, Pág. 5, Jurisprudencia (Constitucional).



El nuevo modelo de control responde a la defensa por parte de todos los tribunales del país de un nuevo bloque de constitucionalidad donde se incluyen los tratados internacionales.

Este nuevo control como anteriormente se dijo es oficioso y sin perjuicio para la procedencia de los medios de control constitucional de carácter jurisdiccional habituales.

Otro punto a resaltar es la consideración de la jurisprudencia que realice la Corte Interamericana de Derechos Humanos como parámetro de control. En este caso una cuestión a dilucidar es el carácter vinculante u orientador de dicha jurisprudencia.²²⁴

Frente a este panorama novedoso se precisa que los integrantes de los cuerpos judiciales, de procuración de justicia y litigantes tengan una nueva actitud e interés frente a los instrumentos internacionales que contengan derechos humanos, además de hacer de uso común el acercamiento a la jurisprudencia de la Corte Interamericana.

²²⁴ PARAMETRO PARA EL CONTROL DE CONVENCIONALIDAD EX OFFICIO EN MATERIA DE DERECHOS HUMANOS. Tesis: P.LXVIII/2011 (9a.), Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta, LIBRO III, Diciembre de 2011, tomo 1, Décima época, pag 551, Tesis Aislada (constitucional).



CONCLUSIONES.

El surgimiento de la *Judicial review* en los Estados Unidos responde a dos vertientes una histórico-jurídica y la otra histórico social. La primera al desarrollo de precedentes judiciales en materia de control del poder público por parte de la judicatura proveniente de Gran Bretaña (como el caso del Juez Edward Coke). La segunda vertiente responde directamente a un basamento ideológico expuesto por fundadores de esta nación (como el caso de Madison) y aparece como un medio de control de tinte elitista que resguarda el equilibrio entre ricos y desposeídos.

El impacto y trascendencia de la *judicial review* en la vida política de los Estados Unidos no siempre ha sido el mismo desde su origen. Pasando por una etapa en sus inicios en lo que se aplicó de manera restringida, esto hasta llegar a un periodo de activismo judicial a mediados del siglo XX (con el caso de la Corte Warren).

Dado el déficit democrático que padecen en general los órganos de control judicial de la constitucionalidad, normalmente se les califica como órganos que preservan el sistema de cosas operante en un momento histórico, sin embargo, el perfil de los integrantes puede llevar a una órgano de carácter reformador y que sirve para enfrentar prácticas contrarias a la constitución que se llevan a cabo (como ejemplo aparece las sentencias en lo referente a segregación racial).

Uno de los postulados de la falta de idoneidad del modelo de control constitucional norteamericano para el caso de un país como Francia en particular o Europa en general, es que dicho modelo solo es posible dentro de una sociedad donde se

acostumbra un control de la vida política por parte de la judicatura. Dicho postulado me parece parcialmente cierto, y me explico. Es cierto dado que se precisa de una sociedad que este acostumbrada a acudir a los tribunales para hacer valer sus derechos y que además, esta sociedad vea en la judicatura un ente legitimado para esta labor; sin embargo, no se trata de que la judicatura controle la vida política sino que, la misma se presente como un órgano garante de los procedimientos constitucionales y legales bajo los cuales debe desarrollarse la labor política.

Durante el siglo XIX e inicios del XX los principios y derechos mayormente protegidos por la Corte Suprema Norteamericana fueron los de índole económica (en especial el derecho de propiedad y la libertad económica). El paso del tiempo y el cambio del perfil de los integrantes de la Corte permitieron un acercamiento a otros derechos como la igualdad y la libertad de expresión.

Casos como el *Marbury vs Madison* y el *Stuard vs Leard* permite observar el fuerte tinte político que ha tenido el papel de la Corte Suprema en el engranaje jurídico-institucional norteamericano.

La aparición de la *Judicial review* en los Estados Unidos responde a una visión pragmática de la democracia, basada en el equilibrio de fuerzas, tanto entre los 2 sectores de la población mas visibles (ricos y pobres) como a la influencia y control mutuo entre los poderes públicos.

En contraposición con el modelo de democracia norteamericano, el modelo francés es de carácter fuertemente ideológico, donde el principio de mayoría es llevado hasta sus últimas consecuencias, lo que no permitió dar cabida (hasta muy

recientes fechas) de un medio de control constitucional como la *Judicial review* (de carácter contramayoritario).

El papel de la judicatura durante la monarquía francesa previa a la revolución (apoyando las políticas reales) permitió su identificación con los intereses contrarios al régimen revolucionario, por ende el régimen surgido de este movimiento y los subsecuentes mostraron aversión frente a cualquier órgano de control constitucional de carácter judicial.

Una respuesta frente a la negativa para la instauración de medios de control constitucional en los debates al interior de la asamblea general durante el periodo de la revolución francesa, es el hecho de que para la mayoría se la comunidad política francesa

El hecho de que estuviese prohibida la intromisión de los tribunales en la tarea legislativa ¿indica una prohibición tajante de figuras de control judicial de la constitucionalidad? No necesariamente pues lo que se buscaba era la exacta aplicación de la ley (un efecto de un control judicial pudiese ser una no aplicación), sin embargo un control de carácter consultivo, previo o que no conllevara la nulidad de la ley (y sus efectos) podría caber bajo estos postulados.

Otra respuesta a la pregunta planteada en el párrafo anterior es el hecho de que en el basamento ideológico francés surgido de la revolución no se planteaba el supuesto de que la ley violase la constitución (o por lo menos no aparecía como un riesgo real y latente), pues las dos figuras surgen de la voluntad general manifestada por los órganos legislativos.

Sieyés aparece como un político que al observar la realidad política francesa y el desarrollo constitucional en otros países, observa la necesidad de contar con medios que guarden el cuerpo del texto constitucional frente a posibles violaciones. El modelo de Sieyés tendrá como fundamento la democracia representativa y el modelo de concurso (unidad organizada).

El carácter político de órganos de control al interior del estado francés, como es el caso del Senado conservador, no permitió un control idóneo y real dado que encontrarse tan inmerso en el juego de la política y las mayorías provocó que dichos órganos fungiesen como órganos legitimadores del régimen en turno.

El Comité Constitucional surgido durante la 4ª República francesa se caracteriza por su peculiaridad dado que las resoluciones dictadas por este órgano respecto de normas contrarias a la Constitución trae como consecuencia la adecuación del texto constitucional con el de ley (y no lo contrario que parece mucho más lógico) y además deja fuera de su ámbito de conocimiento la parte dogmática del texto constitucional.

La aparición del Consejo Constitucional en 1958 da pie a un modelo de control concentrado de carácter preventivo en el estado francés. Este modelo se caracterizó por el número reducido de entes legitimados para acceder a él. Además la tarea del Consejo Constitucional no será tan especializada a la materia constitucional debido a labores consultivas y electorales que lleva a cabo.

La aparición de la “cuestión prioritaria de constitucionalidad” como medio de control constitucional en Francia marca un nuevo paradigma en el engranaje jurídico-constitucional francés, esto al integrar un medio de defensa de los derechos constitucional de los individuos, además de dar pie a la declaración de

inconstitucionalidad de normas ya entradas en vigor (como en el modelo concentrado kelseniano) lo que le da el papel de un verdadero tribunal constitucional al Consejo Constitucional francés.

El modelo de control planteado por Kelsen e implementado en Austria, reconoce que un control de constitucionalidad de las leyes plantea un problema legislativo, sin embargo, advierte la imposibilidad de que dicho control sea encargado al poder legislativo ya que un órgano no puede controlarse a sí mismo, por esto plantea la necesidad de un órgano “fuera” de los poderes tradicional, mismo que tendrá un carácter judicial, pero sin pertenecer a este último poder.

El aceptar al Tribunal constitucional como un legislador negativo, brinda una alternativa frente a la objeción de la irrestricta división de poderes como obstáculo para la revisión de regularidad constitucional por parte de un órgano judicial (o de características judiciales).

El enfrentamiento entre Kelsen y Schmitt mostro la dificultad de acudir a un órgano totalmente político y dentro de los poderes ordinarios como órgano defensor de la constitución, hecho que se reafirmó con el desarrollo de Alemania durante la 2ª guerra mundial.

El surgimiento del amparo a mediados del siglo XIX en México pone a nuestro país como una nación de vanguardia al crear un medio específico de control constitucional y defensa de derechos y libertades públicas.

La importancia del amparo dentro de la historia del derecho procesal constitucional mexicano e internacionales es trascendental, sin embargo, esta misma

trascendencia y valor provocaron que dicha figura fuese intocable en cuanto su sustancia durante más de siglo y medio en nuestro país, lo que provocó que junto a una serie de prácticas cotidianas se viera al amparo más como un recurso ordinario más que como un medio garante de las que en su momento fueron las garantías individuales.

La reforma constitucional de 1995 en México reforzó el modelo de control constitucional mexicano, perfilando a la SCJN como un verdadero Tribunal Constitucional (con nuevos rasgos característicos del modelo kelseniano).

Lo pronunciado por la CIDH en el caso Radilla y las reformas en materia de amparo y de derechos humanos de 2011 provocaron una modificación sustancial del juicio de amparo en particular y del modelo mexicano de control constitucional en general, esto al conformar un “bloque de constitucionalidad”, mismo donde se incluyen derechos humanos plasmados en la Constitución, las leyes acordes a la misma y los tratados internacionales en los que forma parte México.

Modelo general de control de constitucionalidad y convencionalidad

Tipo de control	Órgano y medios de control	Fundamento constitucional	Posible Resultado	Forma
<u>Concentrado:</u>	Poder Judicial de la Federación (tribunales de amparo): a) Controversias Constitucionales y Acciones de Inconstitucionalidad. b) Amparo Indirecto c) Amparo Directo	105, fracciones I y II 103, 107, fracción VII 103, 107, fracción IX	Declaración de inconstitucionalidad con efectos generales o <u>interpartes</u> No hay declaratoria de inconstitucionalidad	Directa
<u>Control por determinación constitucional específica:</u>	a) Tribunal Electoral en Juicio de revisión constitucional electoral de actos o resoluciones definitivos y firmes de las autoridades electorales locales en organización y calificación de comicios o controversias en los mismos b) Tribunal Electoral del Poder Judicial de la Federación	Art. 41, fracción VI, 99, párrafo 6° 99, párrafo 6°	No hay declaración de inconstitucionalidad, sólo inaplicación	Directa incidental* e

* Esta forma incidental de ningún modo implica la apertura de un expediente por cuerda separada, sino que debe entenderse como la posibilidad de inaplicación durante el proceso correspondiente.

<u>Difuso:</u>	<p>a) Resto de los tribunales</p> <p>a. Federales: Juzgados de Distrito y Tribunales Unitarios de proceso federal y Tribunales Administrativos</p> <p>b. Locales: Judiciales, administrativos y electorales</p>	<p>1º, 133, 104 y derechos humanos en tratados</p> <p>1º, 133, 116 y derechos humanos en tratados</p>	No hay declaración de inconstitucionalidad, sólo inaplicación	Incidental*
<u>Interpretación más favorable:</u>	Todas las autoridades del Estado mexicano	Artículo 1º y derechos humanos en tratados	Solamente interpretación aplicando la norma más favorable a las personas sin inaplicación o declaración de inconstitucionalidad	Fundamentación y motivación.

BIBLIO-HEMEROGRAFIA.

ACKERMAN, BRUCE

MARBURY VERSUS STUART (TRADUCCION DE MARIA VALVIDARE)
CUADERNOS MONOGRAFICOS DE TEORIA DEL ESTADO, DERECHO
PUBLICO E HISTORIA CONSTITUCIONAL, NUMERO 4 "LA REBELION DE LA
LEYES" DEMON Y NOMOS: LA AGONIA DE LA JUSTICIA CONSTITUCIONAL,
VERSION ONLINE <http://www.unioviedo.es/constitucional/fundamentos>
RECUPERADO EL 3 DE NOVIEMBRE DE 2015.

ANDRADE, EDUARDO.

DEFICIENCIAS DEL SISTEMA ELECTORAL NORTEAMERICANO.
ED. INSTITUTO DE INVESTIGACIONES JURIDICAS, UNAM.
MEXICO, 2001.

AHUMADA RUIZ, MARIAN.

MARBURY VERSUS MADISON DOSCIENTOS AÑOS (Y MAS) DESPUES
FUNDAMENTOS, CUADERNOS MONOGRAFICOS DE TEORIA DEL ESTADO,
DERECHO PUBLICO E HISTORIA CONSTITUCIONAL.
NO.4 "LA REBELION DE LAS LEYES", DEMOS Y NOMOS: LA AGONIA DE LA
JUSTICIA CONSTITUCIONAL
JUAN LUIS REQUEJO PAGES (COORDINADOR).
VERSIÓN ELECTRONICA <http://www.unioviedo.es/constitucional/fundamentos>,
RECUPERADO EL 5 DE NOVIEMBRE DE 2015.

ARAGON, MANUEL.

CONSTITUCION, DEMOCRACIA Y CONTROL.
ED. UNIVERSIDAD NACIONAL AUTONOMA DE MEXICO.
INSTITUTO DE INVESTIGACIONES JURIDICAS.
MEXICO, 2002.

ARIAS CASTAÑO, ABEL.

"LA SEDICION ACT DE 1978 Y EL LIBELO SEDICIOSO: LA CRIMINALIZACION
DE LA LIBERTAD DE EXPRESION", EN REVISTA HISTORIA CONSTITUCIONAL
(VERSION ONLINE), NUMERO 10, 2009, <http://www.historiaconstitucional.com>

BARRAGÁN BARRAGÁN, JOSE.

ALGUNOS DOCUMENTOS PARA EL ESTUDIO DEL ORIGEN DEL JUICIO DE
AMPARO 1812-1861.
ED. INSTITUTO DE INVESTIGACIONES JURIDICAS, UNAM.

1ª EDICIÓN.
MEXICO 1987

BLANCO VALDEZ, ROBERTO L.
LA CONSTRUCCION DE LA LIBERTAD “APUNTES PARA UNA HISTORIA DEL
CONSTITUCIONALISMO EUROPEO”.
ED. ALIANZA.
MADRID 2010.

EL VALOR DE LA CONSTITUCIÓN.
ED. ALIANZA.
ESPAÑA.

FRANCIA O LA CONSTITUCIÓN HECHA LEY.
REVISTA FUNDAMENTOS. CUADERNOS MONOGRAFICOS DE TEORIA DEL
ESTADO, DERECHO PÚBLICO E HISTORIA CONSTITUCIONAL.
NO.6.
www.oviedo.es/constitucional/fundamentos/sexta/pdfs/02_blanco.pdf
RECUPERADO EL 10 DE DICIEMBRE DE 2015.

BOTELLA JUAN, CAÑEQUE CARLOS Y GONZALO EDUARDO.
EL PENSAMIENTO POLITICO EN SUS TEXTOS (DE PLATON A MARX)
ED. TECNOS.
ESPAÑA 1994.

BRAGE CAMAZANO, JOAQUIN.
LA ACCION DE INCONSTITUCIONALIDAD
ED, INSTITUTO DE INVESTIGACIONES JURIDICAS, UNAM.
1ª EDICIÓN, 1ª REIMPRESION.
MEXICO 2000.

BREWER-CARIAS ALLAN R.
EL CONTROL CONCENTRADO DE LA CONSTITUCIONALIDAD DE LA LEYES
(ESTUDIO DE DERECHO COMPARADO)
ED. JURIDICA VENEZOLANA
VENEZUELA 1993.

BURGOA O., IGNACIO.
EL JUICIO DE AMPARO
ED PORRUA.
MEXICO.

CABRERA ACEVEDO, JULIO.
LA SUPREMA CORTE DE JUSTICIA DE LA NACIÓN EN LA REPUBLICA
RESTAURADA 1867-1876.
SUPREMA CORTE DE JUSTICIA DE LA NACIÓN

MEXICO 1989.

CARBONELL, MIGUEL.

MARBURY VERSUS MADISON: EN LOS ORIGENES DE LA SUPREMACÍA CONSTITUCIONAL Y EL CONTROL DE CONSTITUCIONALIDAD.

REVISTA IBEROAMERICANA DE DERECHO PROCESAL CONSTITUCIONAL NUMERO 5, "PROCESO Y CONSTITUCIÓN".

ENERO-JUNIO 2006.

MEXICO.

ED. PORRUA.

CARPIO MARCOS, EDGAR.

LA JURI CONSTITUTIONNAIRE EN EL PENSAMIENTO DE SIEYÉS

BOLETIN MEXICANO DE DERECHO COMPARADO.

NUEVA SERIE XXXII,

NUMERO 95

MAYO-AGOSTO, 1999.

ED. INSTITUTO DE INVESTIGACIONES JURIDICAS, UNAM.

MEXICO 1999.

CONCHA CANTU, HUGO A.; FIX FIERRO, HECTOR, FLORES JULIA, VALADÉS DIEGO.

CULTURA DE LA CONSTITUCIONAL EN MEXICO (UNA ENCUESTA NACIONAL DE ACTITUDES, PERCEPCIONES Y VALORES).

ED. UNIVERSIDAD NACIONAL AUTONOMA DE MEXICO.

INSTITUTO DE INVESTIGACIONES JURIDICAS.

TRIBUNAL ELECTORAL DE PODER JUDICIAL DE LA FEDERACION.

COMISION FEDERAL DE MEJORA REGULATORIA.

MEXICO, 2004.

CORDOVA VIANELLO, LORENZO.

LA CONTRAPOSICIÓN ENTRE DERECHO Y PODER DESDE LA PERSPECTIVA DEL CONTROL DE LA CONSTITUCIONALIDAD EN KELSEN Y SCHMITT.

REVISTA CUESTIONES CONSTITUCIONALES.

NUMERO 15.

JULIO-DICIEMBRE, 2006.

ED. INSTITUTO DE INVESTIGACIONES JURIDICAS, UNAM.

MEXICO, 2006.

COVIAN ANDRADE, MIGUEL.

EL CONTROL DE CONSTITUCIONALIDAD EN EL DERECHO COMPARADO.

ED. CENTRO DE ESTUDIOS DE INGENIERIA POLITICA Y CONSTITUCIONAL.

MEXICO 2001

DALLA VIA, ALBERTO RICARDO.

TEORIA POLITICA Y CONSTITUCIONAL

1ª EDICIÓN, ED. UNIVERSIDAD NACIONAL AUTONOMA DE MEXICO,
INSTITUTO DE INVESTIGACIONES JURIDICAS.

MEXICO 2006.

ESCALANTE GONZALBO PABLO, GARCIA MARTINEZ BERNARDO, ZORAIDA
VAQUEZ JOSEFINA Y OTROS.

NUEVA HISTORIA MINIMA DE MEXICO ILUSTRADA.

PUBLICACION DE LA SECRETARIA DE EDUCACIÓN DEL GOBIERNO DEL
DISTRITO FEDERAL Y EL COLEGIO DE MEXICO

MEXICO 2008.

ESQUIVEL OBREGÓN, TORIBIO.

PROLEGÓMENOS A LA HISTORIA CONSTITUCIONAL DE MEXICO.

ED. UNIVERSIDAD NACIONAL AUTONOMA DE MEXICO.

1ª EDICIÓN.

MEXICO 1980.

FERNÁNDEZ SEGADO, FRANCISCO.

LA JUSTICIA CONSTITUCIONAL: UNA VISIÓN DE DERECHO COMPARADO.

ED. DIKINSON.

TOMO I Y II.

ESPAÑA, 2009.

LOS ORIGENES DEL CONTROL DE LA CONSTITUCIONALIDAD Y DEL JUICIO
DE AMPARO EN EL CONSTITUCIONALISMO MEXICANO DEL SIGLO XIX. "EL
IMPACTO DEL VOTO PARTICULAR DE DON MARIANO OTERO"

REVISTA IBEROAMERICANA DE DERECHO PROCESAL CONSTITUCIONAL
(PROCESO Y CONSTITUCIÓN)

NO.5, 2006.

ED. PORRUA Y EL INSTITUTO IBEROAMERICANO DE DERECHO PROCESAL
CONSTITUCIONAL.

MEXICO 2006.

FERRER MAC-GREGOR EDUARDO Y SÁNCHEZ GIL RIBEN.

EL NUEVO JUICIO DE AMPARO (GUIA DE LA REFORMA CONSTITUCIONAL Y
LA NUEVA LEY DE AMPARO.

ED. PORRUA.

6ª EDICIÓN.

MEXICO 2014.

FERRERES COMELLA, VICTOR

EL CONTROL JUDICIAL DE LA CONSTITUCIONALIDAD DE LA LEY.

CATEDRA. ERNESTRO GARZON VALDEZ 2007.

ED. FONTAMARA, S. A.

MEXICO 2008.

JUSTICIA CONSTITUCIONAL Y DEMOCRACIA.
ED. CENTRO DE ESTUDIOS POLITICOS Y CONSTITUCIONALES.
MADRID, 1997.

FISS, OWEN M.
LA IRONIA DE LA LIBERTAD DE EXPRESION.
ED. GEDISA.
BARCELONA, ESPAÑA 1999.

FIX-ZAMUDIO, HECTOR
ENSAYOS SOBRE EL DERECHO DE AMPARO.
ED. INSTITUTO DE INVESTIGACIONES JURIDICAS, UNAM.
1ª EDICIÓN.
MEXICO 1993.

LOS TRIBUNALES CONSTITUCIONALES Y LOS DERECHOS HUMANOS
ED. UNAM, DIRECCIÓN GENERAL DE PUBLICACIONES.
1ª EDICIÓN.
MEXICO 1980.

TRES INSTITUCIONES FRANCESAS REVOLUCIONARIAS Y EL DERECHO
CONSTITUCIONAL MEXICANO”
EN “BICENTENARIO DE LA REVOLUCION FRANCESA”
INSTITUTO DE INVESTIGACIONES JURIDICAS
UNAM
MEXICO 1991.

FRISCH PHILIPP, WALTER.
LA FORMA EN QUE SE PLASMO LA TEORIA PURA DEL DERECHO DE HANS
KELSEN EN LA JURISDICCIOÓN CONSTITUCIONAL AUSTRIACA.
ED. COYOACAN.
1ª EDICIÓN.
MEXICO 2011.

GARGARELLA, ROBERTO.
CRISIS DE LA REPRESENTACION POLITICA.
EDITORIAL FONTAMARA
MEXICO, 1997.

LA JUSTICIA FRENTE AL GOBIERNO (SOBRE EL CARÁCTER
CONTRAMAYORITARIO DEL PODER JUDICIAL).
EDITORIAL, S. A.
BARCELONA, 1996.

GONZÁLEZ OROPEZA, MANUEL.

LA POLITICA EN LA JUSTICIA, EN “ESTUDIOS EN HOMENAJE AL DOCTOR HÉCTOR FIX ZAMUDIO EN SUS TREINTA AÑOS COMO INVESTIGADOR DE LAS CIENCIA JURIDICAS”.

TOMO I “DERECHO CONSTITUCIONAL”

ED. INSTITUTO DE INVESTIGACIONES JURIDICAS, UNAM.

HAMILTON JAMES, MADISON JAMES Y JAY J..

EL FEDERALISTA.

ED. FONDO DE CULTURA ECONOMICA.

HARMAN, CHRIS.

HISTORIA MUNDIAL DEL PUEBLO.

ED. AKAL.

1ª EDICIÓN.

ESPAÑA 2013.

JULIEN-LAFARRIERE, FRANCOIS.

LA INSIFICIENCIA DEL CONTROL DE CONSTITUCIONALIDAD DE LAS LEYES EN FRANCIA.

DERECHO CONSTITUCIONAL “MEMORIA DEL CONGRESO INTERNACIONAL DE CULTURAS Y SISTEMAS JURIDICOS CONTEMPORANEOS”

CARBONELL MIGUEL (COMPILADOR).

ED. INSTITUTO DE INVESTIGACIONES JURIDICAS, UNAM.

MEXICO, 2004.

KELSEN, HANS.

LA GARANTIA JURISDICCIONAL DE LA CONSTITUCIÓN

ED. INSTITUTO DE INVESTIGACIONES JURIDICAS, UNAM.

1ª EDICION.

MEXICO 2001.

TEORIA PURA DEL DERECHO.

TRADUCCIÓN DE LA 2ª EDICIÓN EN ALEMAN POR ROBERTO J. VERNENGO.

ED. UNIVERSIDAD NACIONAL AUTONOMA DE MEXICO.

1ª EDICIÓN, 2ª REIMPRESIÓN.

MEXICO, 1979.

¿QUIÉN DEBE SER EL DEFENSOR DE LA CONSTITUCIÓN?

EDITORIAL TECNOS.

2ª EDICIÓN.

MADISON, JAMES.

REPUBLICA Y LIBERTAD.

ED. CENTRO DE ESTUDIOS POLÍTICOS Y CONSTITUCIONALES.

MAIZ, RAMON.

ESTADO CONSTITUCIONAL Y GOBIERNO REPRESENTATIVO EN E.J,
SIEYÉS.

REVISTA DE ESTUDIOS POLITICOS (NUEVA EPOCA) NUMERO 72, ABRIL-
JUNIO 1991.

LINK:

<http://www.cepc.gob.es/publicaciones/revistas/revistaselectronicas?IDR=3&IDN=229&IDA=16649> RECUPERADO EL 12 DE DICIEMBRE DE 2015.

MARTÍNEZ RODA, FEDERICO (DIRECTOR)

HISTORIA DEL MUNDO CONTEMPORANEO (DE LA REVOLUCION A LA
GLOBALIZACIÓN).

ED. TIRANT.

1ª EDICIÓN.

ESPAÑA 2008.

MORINEAU, MARTA.

UNA INTRODUCCIÓN AL COMMON LAW.

ED. INSTITUTO DE INVESTIGACIONES JURIDICAS, UNAM.

1ª EDICIÓN, 2ª REIMPRESION.

MEXICO 2004.

OSPINA MEJIA, LAURA.

BREVE APROXIMACIÓN AL BLOQUE DE CONSTITUCIONALIDAD EN
FRANCIA.

ELEMENTOS DE JUICIO (REVISTA DE TEMAS CONSTITUCIONALES).

AÑO1, NUMERO 2.

JULIO-DICIEMBRE DE 2006.

LINK: <http://www.juridicas.unam.mx/publica/librev/rev/juicio/cont/2/cnt/cnt8.pdf>

RECUPERADO EL 15 DE FEBREROP DE 2016.

PARDO FALCON, JAVIER.

NOTAS SOBRE LA HISTORIA DEL CONTROL CONSTITUCIONAL EN FRANCIA
HASTA LA APARICIÓN DEL CONSEJO CONSTITUCIONAL.

REVISTA DE ESTUDIOS POLITICOS (NUEVA EPOCA).

NUMERO 72.

ABRIL-JUNIO, 1991.

LINK:

http://dialnet.unirioja.es/servlet/listaarticulos?tipo_busqueda=EJEMPLAR&revista_busqueda=1166&clave_busqueda=3283. RECUPERADO EL 1 DE ABRIL DE 2016.

RABASA, EMILIO O.

EL ARTÍCULO 14 Y EL JUICIO CONSTITUCIONAL (ORÍGENES, TEORÍA Y
EXTENSIÓN).

ED. PORRUA.
7ª EDICIÓN.
MEXICO 2000.

HISTORIA DE LAS CONSTITUCIONES MEXICANAS.
ED. INSTITUTO DE INVESTIGACIONES JURIDICAS, UNAM.
3ª EDICIÓN, 1ª REIMPERESIÓN.
MEXICO 2004.

LA EVOLUCIÓN CONSTITUCIONAL DE MEXICO.
ED. UNIVERSIDAD NACIONAL AUTONOMA DE MEXICO.
MEXICO 2004.

ROLLA, GIANCARLO.
DERECHOS FUNDAMENTALES, ESTADO DEMOCRATICO Y JUSTICIA
CONSTITUCIONAL.
ED. INSTITUTO DE INVESTIGACIONES JURIDICAS, UNAM.
1ª EDICION.
MEXICO 2002.

SAGER, LAWRENCE G.
JUEZ Y DEMOCRACIA (UNA TEORIA DE LA PRÁCTICA CONSTITUCIONAL
NORTEAMERICANA).
ED. MARCIAL PONS.
ESPAÑA, 2007.

SAGREDO SANTOS, ANTONIA.
EL ABANDONO DEL MODELO NEOLIBERAL DURANTE EL NEW DEAL
ROOSEVELTIANO.
REVISTA HISTORIA 396, PUBLICACION DEL INSTITUTO DE HISTORIA PUCV,
CHILE.
VOLUMEN 3
AÑO 2013.
CHILE.

SCARCIGLIA, ROBERTO.
INTRODUCCIÓN AL DERECHO CONSTITUCIONAL COMPARADO.
ED. DIKYNSON
1ª EDICIÓN.
MADRID. 2001.

SCHMITT, CARL.
LA DEFENSA DE LA CONSTITUCIÓN.
EC. TECNOS.
1ª EDICIÓN.
MADRID 1983.

TEORIA DE LA CONSTITUCIÓN.
ED. ALIANZA.
1ª EDICIÓN, 2ª REIMPRESIÓN.
ESPAÑA 1982.

SIEYÉS, EMMANUEL.
ESCRITOS Y DISCURSOS DE LA REVOLUCION (EDICION DE RAMON MAIZ).
ED. CENTRO DE ESTUDIOS CONSTITUCIONALES.
ESPAÑA 1990.

SOBERANES F., JOSE LUIS.
SOBRE EL ORIGEN DE LA SUPREMA CORTE DE JUSTICIA DE LA NACIÓN
ED. INSTITUTO DE INVESTIGACIONES JURIDICAS, UNAM.
1ª EDICION.
MEXICO 1987.

SOTO FLORES, ARMANDO.
SISTEMAS CONSTITUCIONALES Y POLITICOS CONTEMPORANEOS.
ED. PORRÚA.
MEXICO, 2009.

TENA RAMIREZ, F.
DERECHO CONSTITUCIONAL MEXICANO.
ED. PORRUA.
MEXICO

TOINET, MARIE-FRANCE.
EL SISTEMA POLÍTICO DE LOS ESTADOS UNIDOS.
ED. FONDO DE CULTURA ECONOMICA.
1ª EDICIÓN EN ESPAÑOL.
MEXICO, 1994.

TORRE VILLAR, ERNESTO.
ESTUDIOS DE HISTORIA JURIDICA.
ED. UNIVERSIDAD NACIONAL AUTONOMA DE MEXICO.
1ª EDICIÓN.
MEXICO 1994.

URIBE ARZATE, ENRIQUE
EL TRIBUNAL CONSTITUCIONAL.
ED. UNIVERSIDAD AUTONOMA DEL ESTADO DE MEXICO.
MIGUEL CARBONELL.
DEBATIENDO SOBRE LA SUPREMA CORTE EN REVISTA, REFORMA
JUDICIAL "REVISTA MEXICANA DE JUSTICIA", NUMERO 12, JULIO-
DICIEMBRE 2008.

VALDÉS, CLEMENTE.

MARBURY VS MADISON. UN ENSAYO SOBREFE EL ORIGEN DEL PODER DE
LOS JUECES EN LOS ESTADOS UNIDOS
REVISTA IBEROAMERICANA DE DERECHO PROCESAL CONSTITUCIONAL,
NUMERO 4, JULIO-DICIEMBRE 2005.
MEXICO 2005.
ED. PORRUA.

VARELA SUAZES, JOAQUIN.

TEXTOS BASICOS DE LA HISTORIA CONSTITUCIONAL COMPARADA.
ED. CENTRO DE ESTUDIOS POLITICOS Y CONSTITUCIONALES.
MADRID 1998.

VASCONCELOS MÉNDEZ, RUBEN.

UNA CORTE DE JUSTICIA PARA LA CONSTITUCION (JUSTICIA
CONSTITUCIONAL Y DEMOCRACIA EN MEXICO.
ED. INSTITUTO DE INVESTIGACIONES JURIDICAS, UNAM.
1ª EDICION.
MEXICO 2010.