



UNIVERSIDAD NACIONAL AUTÓNOMA DE MEXICO

**PROGRAMA DE POSGRADO EN DERECHO
DE LA FACULTAD DE DERECHO**

***LOS SISTEMAS EUROPEOS DE CONTROL DE LA
CONSTITUCIONALIDAD Y EL MODELO MEXICANO DE CONTROL
(un estudio comparado)***

T E S I S

PARA OPTAR POR EL GRADO DE:

DOCTOR EN DERECHO

PRESENTA:

MTRA. LIZETTE GONZÁLEZ PORRAS

TUTOR PRINCIPAL: **DR. MIGUEL COVIÁN ANDRADE.**
FACULTAD DE DERECHO

MIEMBROS DEL COMITÉ TUTOR:

DR. LUCIANO SILVA RAMÍREZ
FACULTAD DE DERECHO

DR. MARTÍN GUSTAVO MOSCOSO SALAS
FACULTAD DE DERECHO

CIUDAD UNIVERSITARIA, CD. MX., MARZO, 2018



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.



LOS SISTEMAS EUROPEOS DE CONTROL DE LA CONSTITUCIONALIDAD Y EL MODELO MEXICANO DE CONTROL (un estudio comparado)

INTRODUCCIÓN.....i

CAPITULO PRIMERO. - ASPECTOS FUNDAMENTALES PARA EL ESTUDIO DEL CONTROL DE LA CONSTITUCIONALIDAD EN LOS ESTADOS DEMOCRÁTICOS SOCIALES DE DERECHO.

I. Supremacía Constitucional.....1

II. Estado de Derecho.....2

Características del Estado de Derecho.....3

Origen e importancia del Estado Social de Derecho (breve referencia histórica).....4

El concepto de “Estado Social de Derecho” en las constituciones políticas europeas.....6

III. DEMOCRACIA.....8

IV. ASPECTOS FUNDAMENTALES SOBRE EL CONTROL DE LA CONSTITUCIONALIDAD.....20

La constitución política del Estado.....20

Las normas constitucionales del Estado y su especialidad.....23



<i>Las leyes constitucionales.....</i>	28
<i>Criterios actuales de interpretación y aplicación de las normas constitucionales.....</i>	29
<i>El bloque de constitucionalidad.....</i>	33
<i>Control de la constitucionalidad, control de la legalidad y defensa de la Constitución....</i>	35
<i>Los órganos encargados de la jurisdicción constitucional.....</i>	40
<i>La necesaria competencia concentrada y excluyente del tribunal constitucional.....</i>	43

CAPITULO SEGUNDO. - LOS ORGANOS ENCARGADOS DEL CONTROL DE LA CONSTITUCIONALIDAD

I. LOS TRIBUNALES O CORTES CONSTITUCIONALES, SU NATURALEZA Y SU JURISDICCIÓN.....

<i>Carácter político y jurídico del control de la constitucionalidad.....</i>	46
<i>Los tribunales constitucionales en el sistema jurídico-político.....</i>	
<i>Aspectos a destacar de las Cortes Constitucionales.....</i>	50
<i>Principales características de las Cortes o Tribunales Constitucionales en</i>	
<i>Alemania, Italia, España y Francia</i>	54
<i>Comentarios finales sobre los Tribunales y las Cortes Constitucionales.....</i>	55

II. LA VOLUNTAD DEL JUEZ CREADOR DEL DERECHO



III. TIPOLOGÍA DE LAS DECISIONES EMITIDAS POR LOS ÓRGANOS DE CONTROL DE LA CONSTITUCIONALIDAD COMO FUENTE DE DERECHO.....60

- *Sentencias moduladas con efectos sobre los alcances temporales de la decisión o también identificados como sentencias desestimatorias de inconstitucionalidad.....62*
- *Sentencia desestimatoria simple o fallo de exequibilidad simple.....62*
- *Fallo de inexequibilidad.....63*
- *Sentencias desestimatorias interpretativas o fallo de exequibilidad condicionada.....63*
- *Sentencias inhibitorias.....64*
- *Sentencias ex tunc o de inconstitucionalidad retroactiva.....66*
- Grados de modulación de los efectos retroactivos.....66
- *Sentencias ex nunc con efectos hacia el futuro.....67*
- *Sentencias de inconstitucionalidad diferida.....67*
- Sentencias moduladas con efectos sobre el contenido de la decisión.....69***
- Exhortativas o estimatorias de inconstitucionalidad simple.....69
- *Declaratoria de inconstitucionalidad simple de carácter parcial.....70*
- *Declaratoria de inconstitucionalidad simple de carácter total.....70*
- Modulación de los fallos interpretativos o condicionados proferidos por las Cortes o Tribunales Constitucionales.....71***
- *El problema de las sentencias interpretativas o condicionadas y su clasificación.....71*
- ❖ *Sentencias de aceptación reductivas.....76*



❖ Sentencias aditivas o integradoras simples.....	76
❖ Sentencias aditivas de principios.....	78
❖ Sentencias sustitutivas.....	79
❖ Las sentencias de advertencia, también llamadas optativas, admonitorias o de dirección.....	81

IV. COMENTARIOS SOBRE LAS SENTENCIAS

COMO FUENTE DE DERECHO	82
-------------------------------------	-----------

V. CUADRO ESQUEMÁTICO DE LA TIPOLOGÍA DE LAS SENTENCIAS.....	85
---	-----------

CAPITULO TERCERO. - ELEMENTOS FUNDAMENTALES DEL CONTROL DE LA CONSTITUCIONALIDAD EN EL CONTEXTO DEL DERECHO INTERNACIONAL Y DE LA UNIÓN EUROPEA

I. MODELOS JURISDDICCIONALES CONTEMPORÁNEOS DE

CONTROL DE LA CONSTITUCIONALIDAD.....	86
--	-----------

- ***Modelo difuso o americano.....***86

Sus variantes, ventajas y desventajas que presenta para el cumplimiento del objetivo esencial del control de la constitucionalidad

- ***Modelo concentrado o austriaco.....***95

Sus variantes, ventajas y desventajas que presenta para el cumplimiento del objetivo esencial del control de la constitucionalidad

II. CONSIDERACIONES FINALES SOBRE LOS MODELOS DE CONTROL DE

LA CONSTITUCIONALIDAD EN EL DERECHO COMPARADO.....	102
---	------------



➤ <i>La naturaleza del órgano de control.....</i>	103
➤ <i>La formación de los miembros de los órganos que realizan el control de la constitucionalidad.....</i>	104
➤ <i>La estabilidad de los órganos que ejercen el control.....</i>	104
➤ <i>Los procedimientos de control</i>	105
❖ <i>Momento de la activación del control.....</i>	105
❖ <i>Vía procesal de activación del control.....</i>	106
❖ <i>Los efectos de las sentencias de los órganos de control.....</i>	106
III.-EL CONSTITUCIONALISMO EUROPEO DE FRENTE A LOS RETOS ACTUALES DESDE LA ÓPTICA DE SUS ESPECIALISTAS.....	107
IV. FUENTES JURÍDICAS DE LA UNIÓN EUROPEA.....	110
V. CONSIDERACIONES FINALES SOBRE LA SOBERANÍA DE LOS ESTADOS MIEMBROS, SUS SISTEMAS DE CONTROL DE LA CONSTITUCIONALIDAD Y EL DERECHO DE LA UNIÓN EUROPEA.....	112

**CAPÍTULO CUARTO.- EL CONTROL DE LA CONSTITUCIONALIDAD EN LOS
PRINCIPALES PAISES EUROPEOS**



I. ALEMANIA

<i>La Ley Fundamental de la República Federal de Alemania de 1949</i>	127
<i>Las instituciones políticas del Estado alemán</i>	129
<i>El Tribunal Constitucional Federal</i>	132

II. ITALIA

<i>La Constitución italiana de 1948</i>	142
<i>Las instituciones políticas del Estado italiano</i>	144
<i>La Corte Constitucional italiana</i>	147

III. ESPAÑA

<i>La Constitución española de 1978</i>	156
<i>Las instituciones políticas del Estado español</i>	157
<i>El Tribunal Constitucional español</i>	161



IV. FRANCIA

<i>La Constitución francesa de 1958.....</i>	<i>169</i>
<i>Las instituciones políticas del Estado francés.....</i>	<i>172</i>
<i>El Consejo Constitucional francés.....</i>	<i>175</i>

V. PAÍSES DE EUROPA DEL ESTE (Polonia, Rumania y República Checa)

<i>Sus constituciones.....</i>	<i>187</i>
<i>Rumania.....</i>	<i>190</i>
<i>Polonia.....</i>	<i>193</i>
<i>República Checa.....</i>	<i>196</i>

CAPÍTULO QUINTO.- LOS MODELOS CONTEMPORÁNEOS DE JUSTICIA CONSTITUCIONAL EN EL NUEVO PARADIGMA DE INTERNACIONALIZACIÓN DE LOS DERECHOS HUMANOS. EL SISTEMA MEXICANO DE CONTROL DE LA CONSTITUCIONALIDAD Y SU NECESARIA REESTRUCTURACIÓN

I.- EL CONTROL JURISDICCIONAL DE LA CONSTITUCIONALIDAD DEL PODER Y LA INTERNACIONALIZACIÓN DE LOS DERECHOS HUMANOS.....	200
--	------------



II. LA INCORPORACIÓN DE LOS TRATADOS INTERNACIONALES EN EL DERECHO INTERNO DE LOS ESTADOS SOBERANOS.....209

III. EL SISTEMA MEXICANO DE CONTROL DE LA CONSTITUCIONALIDAD Y SUS ÚLTIMAS REFORMAS EN MATERIA DE DERECHOS HUMANOS.....219

El modelo mexicano de control a partir de 1995.....219

Las principales deficiencias derivadas de la reforma constitucional de 1994-1995.....221

Los cambios y los efectos de las reformas de 2011.....225

El sistema de control de la constitucionalidad veintidós años después de la reforma de 1995.....228

IV. NECESARIA REESTRUCTURACIÓN DEL SISTEMA MEXICANO DE CONTROL DE CONSTITUCIONALIDAD.....231

Explicación y justificación del porqué se necesita un sistema concentrado de control de la constitucionalidad en nuestro país.....231

El órgano encargado de ejercer la función de control de constitucionalidad.....234

Composición del tribunal constitucional federal.....235

Reestructuración de los medios de control de la constitucionalidad.....237



- *Las Acciones de Inconstitucionalidad*..... 237
- *Las Controversias Constitucionales*.....238
- *El Juicio de Amparo y la materia electoral*.....238
- *La cuestión de constitucionalidad*.....239

CONCLUSIONES.....243

BIBLIOGRAFÍA.....260



CAPITULO PRIMERO

ASPECTOS FUNDAMENTALES PARA EL ESTUDIO DEL CONTROL DE LA CONSTITUCIONALIDAD EN LOS ESTADOS DEMOCRÁTICOS SOCIALES DE DERECHO

SUMARIO: Supremacía Constitucional. Estado de Derecho. Democracia. Aspectos Fundamentales sobre el Control de la Constitucionalidad

SUPREMACÍA CONSTITUCIONAL

El Estado de Constitucionalidad o de supremacía constitucional se caracteriza por la plena y constante coincidencia entre la descripción normativa del poder político organizado y delimitado por la ley, y la actuación real de los órganos estatales que lo ejercen en cada caso concreto. Por consiguiente, se observa cómo sus respectivas Cartas Magnas organizan, norman y delimitan al poder público con fundamento en los principios de supremacía constitucional y legalidad.

Por ello, para que la supremacía constitucional pueda normar toda la dinámica del ejercicio del poder y el Estado Constitucional de Derecho pueda funcionar, se deberán tener presentes las siguientes directrices:

- El poder deberá estar delimitado por el Derecho;
- La Constitución, al ser la ley suprema del Estado, deberá organizar y delimitar al poder y;
- La jerarquía de las normas jurídicas será determinada por el valor jurídico de la Supremacía constitucional.

Para garantizar y salvaguardar la permanencia de la Constitución y su carácter de norma superior del que deriva el resto del orden jurídico positivo, es indispensable que exista "rigidez constitucional". En pocas palabras, la vigencia del Estado de



Derecho dependerá fundamentalmente de que se respeten los principios de supremacía y rigidez constitucional, sobre todo los límites al ejercicio del poder político, respetando en todo momento los derechos del hombre.

ESTADO DE DERECHO

Conforme a la doctrina, se concibe que el Estado de Derecho surge con el sometimiento del poder público a un ordenamiento jurídico aparecido luego de varios procesos revolucionarios, entre los cuales debe darse especial relevancia a la revolución francesa, toda vez que con ella vieron la luz mucho de los principios e instituciones sobre los cuales se han construido los Estados modernos, los cuales se presenta en las sociedades contemporáneas como una auténtica coacción axiológica, de la cual depende la legitimidad de las instituciones políticas.

El término “Estado de Derecho” fue utilizado comúnmente en la doctrina jurídica alemana durante la segunda mitad del siglo XIX, el cual corresponde a la traducción literal de la palabra *Rechtsstaat*. La finalidad de dicho concepto fue delimitar y encuadrar jurídicamente al poder del Estado, no obstante que para la doctrina de la época, el régimen del Estado de Derecho correspondía al sometimiento de la organización política a un conjunto de normas, para que así el poder viniese utilizado dentro de los parámetros jurídicos vigentes, con la finalidad de garantizar a los gobernados la facultad de acudir a los recursos jurisdiccionales ante situaciones de abuso.

La filosofía social y jurídica del Estado alemán, en aquél tiempo, se centraba por el respeto de los derechos del hombre y del ciudadano, concebidos de forma individualista. Es así como, en el campo industrial, comercial, financiero y político, los cimientos estaban dados por la libertad individual. En consecuencia, el auge del



liberalismo político, el predominio de la clase burguesa y la economía capitalista, sirvieron de escenario para la aparición, desarrollo y perfeccionamiento del Estado de Derecho.

Esta forma de concebir al Estado dio origen a toda una serie de principios que sirvieron como salvaguarda intemporal a los individuos para defender derechos y privilegios por los cuales venían luchando de tiempo atrás.

El principio que acompaña este concepto refiere que en el centro de la teoría del Estado de Derecho, los órganos del Estado solamente pueden actuar en virtud de una habilitación jurídica, por lo que todo empleo de la fuerza material debe estar fundado en una norma jurídica, con lo cual el ejercicio del poder se transforma en una competencia, regulada e instituida por el Derecho. Al mismo tiempo, este concepto tiene como postulado la sumisión de la administración al Derecho, garantizando que las entidades estatales se sometan a las normas que constituyen el fundamento, el cuadro y los límites de su actuación.¹

Características del Estado de Derecho

Retomando la referencia que con la Declaración de los Derechos del Hombre y del Ciudadano, del 26 de agosto de 1789, se sentaron las bases del Estado de derecho, al establecerse en su artículo 16, el cual dice a la letra, en lo conducente, lo siguiente:

*Toute société dans laquelle la garantie des droits n'est pas assurée, ni la séparation des pouvoirs déterminée, n'a point de constitution.*²

A partir de dicho evento se asoció que la existencia de un Estado Constitucional

¹ Benda, Ernesto, Pons, Marcial, et al., *El Estado social de Derecho*, en *Manual de Derecho Constitucional*, segunda edición. Madrid, 2001, pp. 487-599

² "Todas las sociedades en las cuales la garantía de los derechos no esté asegurados, ni la separación de los poderes determinados, no tienen constitución".



requiere como mínimo, la garantía de los derechos fundamentales y la separación de poderes, como factores básicos que condicionan la vigencia y existencia de la misma Constitución. Al respecto, no se comparte dicha afirmación, ya que no se puede condicionar la existencia de la “Constitución” a que se cumplan requisitos adjetivos y no esenciales. Es decir, el hecho de que en dicho momento social y coyuntural ese era el tipo de Constituciones que se querían y requerían, no quiere decir que aquellos Estados que no cuenten con separación de poderes y/o derechos fundamentales, como en la mayoría de los Estados occidentales que conocemos, no cuenten con su respectiva Carta Magna, ejemplos de ello son los Estados de China, Cuba, Vietnam, Oman etc., y claro está, el ejemplo de aquellos países considerados Estados constitucionales que no tienen una Carta Magna en sentido ortodoxo, como formal y materialmente la conocemos, ejemplos: Israel, Nueva Zelanda y Reino Unido.

Origen e importancia del Estado Social de Derecho

(breve referencia histórica)

El “Estado Social de Derecho” surge como una fórmula política en la postguerra europea, como una manera de organización estatal que pretendió corregir las limitaciones de la concepción clásica del Estado de Derecho, la cual fue una expresión política de una sociedad compuesta por individuos concebidos abstractamente como libres e iguales. Es por ello que la teoría del Estado del siglo XIX y principios del siglo XX partía de la idea del ciudadano como persona letrada, propietaria, generalmente masculina y libre frente al poder público.

Desde esta percepción, la sociedad era autónoma para la procuración y el aseguramiento de su sustento material y cultural, por lo que el Estado estaba prioritariamente destinado a proteger a las personas frente a peligros internos y externos por medio de la policía, el ejército y la justicia. Sin embargo, la recesión



económica que sobrevino a la primera postguerra y la expansión de las ideas socialistas, acompañadas de reacciones de corte igualitario dentro de las doctrinas liberales y conservadoras, así como la creciente industrialización, vinieron a dejar en claro hasta qué punto el ser humano no es realmente libre e igual debido a limitaciones naturales y sociales, dentro de las cuales sobresalen claramente las económicas, dejando claro que la libertad y la igualdad requieren para su realización de medidas, acciones, prestaciones y servicios, que la persona, por sí misma, no puede proveerse ni asegurarse. En consecuencia, el Estado de Derecho evolucionó de un Estado Liberal Democrático a uno social, también democrático

Un ejemplo de precursores del “Estado Social de Derecho” es Lorenz Stein, quien en 1850 afirmó en su obra “Historia del movimiento social”, que había pasado la época de las revoluciones y de las reformas políticas y que comenzaba la de las reformas sociales; consideraba que correspondía al Estado actuar ante las injusticias causadas por el libre juego de las fuerzas económicas, para evitar con las reformas sociales, las posibles revoluciones.³

El concepto de “Estado Social de Derecho” en las constituciones políticas europeas

En la segunda mitad del siglo XIX, la preocupación por la “cuestión social” llevaría inicialmente a la adopción de leyes sociales de protección a las personas frente a situaciones de grave y urgente necesidad, pero no sería sino hasta después de las dos guerras mundiales que lo anterior vendría reflejado en la propia configuración del Estado, lo cual se vio confirmado en el intento del Estado en intervenir ampliamente en la vida social y económica en las primeras décadas del siglo XX, tratando de corregir las disfunciones originadas en el modelo económico y político, dando como resultado las creaciones de:

³ González Uribe, Héctor, *Hombre y Estado*, Editorial Porrúa S.A., México, 1988, p. 129.



- La Constitución de México (1917) proclamada una vez terminada la revolución.
- La Constitución de Weimar (1919), con las normas sociales relativas al derecho al trabajo, a la seguridad social, a la asistencia pública, etc.

La reacción presentada contra el nazismo y contra el fascismo después de la segunda guerra mundial, en el caso de Alemania, tuvo importantes consecuencias para el Derecho constitucional europeo, presentándose una generalización de la cláusula “Estado Social de Derecho” a partir de 1945 y en la constitución alemana de 1949.

- La Constitución italiana de 1947 que establece al inicio: “Italia es una República democrática fundada en el trabajo (artículo 1.1).”
- Las Constituciones francesas de 1946 y de 1958, las cuales inician su articulado proclamando la cláusula del Estado Democrático y Social, al establecer: “Francia es una República indivisible, laica, democrática y social” (artículo 1 de la constitución vigente).
- En el caso de España, después de la muerte de Franco y de la preparación de la transición con la aprobación de la ley fundamental para la reforma política de 1976, los constituyentes adoptaron un modelo de contenido pluralista, influenciado claramente por la Constitución de Bonn. La Constitución de España acogería esta forma de Estado en la Constitución de 1979, en un país cuya Carta Magna de 1931 fue también innovadora en lo social.
- En las experiencias de los países de Europa del Este, la transición del autoritarismo a la democracia en la totalidad de los países que adoptaron en los años noventa las primeras Constituciones democráticas, previa profunda revisión de aquellas existentes, cuya aprobación provocó el objetivo de formalizar el proceso transitorio y de revestimiento legal a los nuevos principios matrices de corte liberal-democráticos.



Si bien, como se mencionó anteriormente, el Estado Social de Derecho se concibe como el resultado de un proceso iniciado en Europa durante el siglo XIX, surgido como consecuencia de los conflictos sociales generados por la industrialización, el crecimiento demográfico, la población de centros urbanos y el fracaso del liberalismo económico, en sus inicios no fue identificado bajo una denominación conferida por el constituyente en las Cartas Políticas europeas, sino más bien fue conocido a través de las medidas legislativas de corte social, relacionadas con las salud y seguridad social que afectaban a la población. Consecuentemente, vemos como a principios del siglo XX se dieron las primeras acciones de los respectivos Estados en la vida social, con la finalidad de intervenir y corregir las diferencias derivadas de las injustas relaciones económicas, procurando un efecto pacificador.

El concepto de Estado Social de Derecho surge y se afianza en el socialismo marxista, y su tránsito hacia las constituciones políticas es obra de la doctrina alemana. Lo anterior se demuestra claramente con la obra conocida como: “¿Estado de derecho o dictadura?”, publicada en 1903 por Herman Heller, en la cual sostiene que sólo la transformación del Estado Liberal de Derecho en un Estado Social de Derecho, podría evitar la caída en un régimen dictatorial. Para el profesor Heller, la diferencia entre uno y otro tipo de Estado radica en que el primero atiende a un concepto formal de principio de igualdad y prescinde de las relaciones de poder, mientras que para el Estado Social de Derecho, el factor más importante es la igualdad en sentido material, razón suficiente para corregir las desigualdades, garantizando que los socialmente débiles cuenten con una libertad y protección judicial equivalentes a los socialmente favorecidos.

Así, en la elaboración del concepto “Estado Social de Derecho” notablemente se observa la influencia de este jurista y politólogo alemán, quien bajo las circunstancias históricas que vivía, estaba preocupado por los avances del nazismo en su país (que



significaron para él su destierro y muerte en 1934), y además consideraba que no debía destruirse lo bueno del Estado liberal de Derecho, sino transformarlo para darle un contenido económico y social, capacitándolo para resolver los conflictos laborales y lograr una mejor distribución de las riquezas, por lo que sostenía:

La institución estatal se justifica, pues, por el hecho de que en una determinada etapa de la división del trabajo y del intercambio social la certidumbre de sentido y de ejecución del derecho hacen preciso al Estado. Del mismo modo que el aumento del tráfico urbano hasta un cierto grado reclama una regulación del mismo, e incluso órganos especiales de policía de tráfico, así también el desarrollo de la civilización hace precisa una organización estatal cada vez más diferenciada para el establecimiento, aplicación y ejecución del derecho.⁴

Desafortunadamente, el deseo del profesor Heller no culminó como él habría querido, en el sentido de que se hubiere tomado lo bueno de ambos Estados, tanto del Social de Derecho como del Liberal; en vez de eso, en muchos casos, se puede observar la mezcla desafortunada de lo peor de ambos, que se dio como resultado de la transición de un tipo de Estado al otro.

Así las cosas, el Estado Social de Derecho pretende el desarrollo de la condición humana en la vida social, la dignidad del hombre como dinámica de la libertad, a través de la creación de una organización social adecuada a esos objetivos. Es el compromiso social que implica la ampliación de la igualdad y la libertad como tarea del Estado, en el que se debe adoptar el principio de la dignidad como valor supremo de la persona, materializado en sus supuestos socioeconómicos, como condición para el ejercicio de la libertad.

⁴ Heller, Herman. *Teoría del Estado*, México, Fondo de Cultura Económica, 1942. p.249



DEMOCRACIA

Los conceptos “sistema político” y “sistema constitucional” no son equivalentes, toda vez que el primero es más amplio y contiene al segundo, además de que la organización e institucionalización del poder están establecidos en la Constitución de cada Estado, en la que sin embargo, no están previstos todos los elementos y actores que influyen en la lucha por el poder. El término democracia, no obstante, suele emplearse tanto para calificar a un sistema político, como a un sistema constitucional, a los cuales puede considerarse “democráticos”, o “antidemocráticos”, lo cual hace necesario el tratamiento teórico de este concepto, así sea sólo en cuanto a sus aspectos esenciales.

La democracia es un tipo de Estado en el que el poder político generalmente está sujeto a "subsistemas de control", de tal manera que cuando dicho poder se aparta del camino democrático, es porque éstos no existen, o bien, no son eficaces, sin excluir la posibilidad de que determinados fenómenos de la realidad política no estén regulados por las normas constitucionales o legales y que por ende, sean metaconstitucionales, sin ser necesariamente anticonstitucionales, lo cual no debe confundirse con los casos en los que las manifestaciones del poder son contrarias a la Constitución.

En el caso de la integración de los sistemas políticos democráticos, no debe perderse de vista que existen dos bloques de elementos esenciales a saber: la acción política (los procesos del poder) y la organización institucional, compuesta esta última, por las estructuras internas y externas del sistema político en cuestión, con base en las cuales se lleva a cabo el correspondiente funcionamiento de dicho sistema. Por lo anterior, cuando se modifican las estructuras de organización del poder (instituciones) estamos ante un nuevo sistema político, mientras que cuando sólo hay un cambio en la correlación de fuerzas políticas (actores del sistema) se producen cambios dentro del



sistema, el cual sigue siendo el mismo, sin excluir la posibilidad de que ambas situaciones se presenten simultáneamente.

Como se sabe, un sistema político no puede prescindir de ninguno de sus elementos esenciales, anteriormente referidos, ya que la acción política no existe en la “intemperie”, sino se desenvuelve dentro de las mismas estructuras en las cuales funciona su gobierno; en cada una subyace el marco constitucional que debe ser respetado y observado de acuerdo a los fines de cada Estado en cuestión que, en el caso de los Estados que en este trabajo se estudian, son Democracias Sociales, cuya teleología corresponde a la de este tipo de Estado.

La existencia de un sistema político democrático depende de los procesos del poder político que deben ser analizados en relación a su origen, ejercicio y fines, bajo los límites y controles constitucionales adecuados para su funcionamiento en condiciones de gobernabilidad, estabilidad política con determinados niveles de desarrollo económico-social integral y con independencia frente a centros de poder político, económico, internos y externos.

Dentro del esquema teórico de la democracia representativa tiene reservado un sitio preferente el llamado “constitucionalismo democrático” o “Estado de derecho”,⁵ expresiones asociadas al liberalismo político, en el cual, conforme a la teoría liberal de la representación política, el ejercicio del poder debe ser primordialmente legal, toda vez que el problema de la legitimidad del poder ha quedado resuelto en el momento de su origen, teniendo como punto de partida a la revolución francesa y norteamericana, ambas del siglo XVIII.

⁵ Dhal, Robert, *A Preface to Democratic Theory*, Chicago University Press, 1956. p.p. 136-138, citado por Salazar Ugarte, Pedro en *La democracia constitucional. Una radiografía teórica*, México, Instituto de Investigaciones Jurídicas-UNAM y FEC, 2006.



Esta filosofía política liberal concibe al Estado como el poder limitado por el Derecho, el cual, en lo político, era detentado en forma absoluta por el monarca y ligeramente compartido con las asambleas. Durante el periodo de las monarquías limitadas, se opone un poder constreñido por el Derecho (la Constitución), con base en dos instituciones liberales fundamentales: los derechos del hombre y del ciudadano y la división de poderes. Subsecuentemente, el “Estado de Derecho” es el nombre abreviado del verdadero modelo estatal que se estructuró a partir de estos planteamientos, cuya mejor denominación sería “Estado liberal burgués de Derecho”, si se tienen en cuenta todos los elementos que lo conformaron; consecuentemente así, se entendería toda la teoría de la representación política vinculada a la “democracia legal” (de las leyes).

Lo anterior nos obliga a no perder de vista las siguientes consideraciones básicas que ligan a todos estos conceptos, como son las siguientes:

- El origen del poder se basa en el principio de la “soberanía nacional”, distinto en todos sus sentidos y alcances al de soberanía popular;
- El poder se delega en los “representantes de la Nación” quienes integran los órganos de soberanía;
- Son estos órganos los que ejercen el poder con fundamento en la ley, la cual lo organiza y lo limita por medio de normas, hasta reducirlo simplemente a lo legal (que no es necesariamente algo legítimo); y
- La democracia se entiende como el gobierno de las leyes porque “democracia” y “Estado de Derecho” (liberal burgués de Derecho) se funden en una sola expresión que es la de Estado democrático constitucional o constitucionalismo democrático.

Desafortunadamente, la base de esta estructura cuando se analiza a la luz del ejercicio del poder, no es más la legitimidad, sino la legalidad, porque se pretende que el



gobierno, cuyos órganos se integran por representantes o mandatarios, simplemente actúe siempre en uso de atribuciones legales, pues de no hacerlo así, sus actos se consideran antidemocráticos o autoritarios. En pocas palabras, el Estado Democrático se identifica con el Estado de Derecho y como consecuencia la democracia con la legalidad, en este esquema liberal que ha servido de cimiento de la representación política en la etapa del ejercicio del poder, desde finales del siglo XVIII hasta la fecha, con independencia de sus efectos antisociales y desigualitarios y caracterizada por el desplazamiento de la legitimidad por la legalidad.

Ahora bien, además de la diferenciación entre el Estado liberal y el Estado social democrático, sobre la que volveremos más adelante, es necesario puntualizar que a un mismo tipo de Estado (Democrático) pueden corresponder diversas formas de gobierno (p.e. parlamentarismo y presidencialismo) sin que la diferencia de unas con otras, en “principio”, altere connaturalmente el modelo estatal que sustentan. Sin embargo, lo que sí puede observarse es un efecto determinado de las estructuras de gobierno en cuanto a la viabilidad de los fundamentos del modelo de Estado, porque al comparar unas y otras estructuras de gobierno, se percibe por ejemplo, que los principios de soberanía popular y distribución del poder inherentes al modelo de Estado Democrático presentan grados muy elevados de concreción en Europa, frente a niveles precarios de realización en América Latina, lo cual en gran medida se debe a la existencia en aquel continente de sistemas parlamentarios y en éste en cambio, de sistemas presidencialistas.

Tal situación es indicativa de la realidad prevaleciente en los países de América Latina con relación a los factores internos (governabilidad), cuyos resultados comparten las inconformidades de sus habitantes, motivo por el cual en muchos países diversos investigadores sociales se han dado a la tarea de buscar soluciones a semejante problemática, entre éstos se pueden destacar al Dr. Ludolfo Paramio



(España), Guillermo O'Donnell (Argentina) y el Dr. Dieter Nohlen (Alemania) entre otros, con los siguientes planteamientos:

El Dr. Ludolfo Paramio identifica como elemento “provocativo” el razonamiento de Guillermo O'Donnell, cuando éste distingue entre democracias representativas y delegativas, atribuyéndoles a las últimas, la responsabilidad de ineficacia de las reformas económicas en América Latina, enfatizando como elementos tradicionales de la política latinoamericana el “presidencialismo” y el “caudillismo”, vinculándolos también como factores causantes de la falta de responsabilidad (*accountability*) del ejecutivo ante el Parlamento y ante el electorado.⁶

Por su parte, el Dr. Nohlen considera a “la democracia” como punto de partida entre la transición y la gobernabilidad, destacando que la ciencia política latinoamericana refiere al tipo de sistema político democrático de la región “el presidencialismo”, como aquella forma de gobierno que constituye un obstáculo para la transición y dificulta la consolidación de la Democracia debido a sus deficiencias funcionales. Agregando a lo anterior que, en Latinoamérica se da en un tipo particular de democracia delegativa, opuesta a la representativa, con lo cual, se une a otros intelectuales y politólogos en América Latina quienes sostienen la tesis referente a que la “democracia por imposición” no resulta ser una verdadera democracia, sino se trata de una determinada forma de gobierno autoritario.⁷

Si partimos de que desde mediados de los años setenta, a los Estados occidentales se les han presentado entre otros, dos grandes desafíos, por una parte, el referente a una redefinición de las funciones estatales y por la otra, la llamada globalización económica, junto a la cual se ha venido presentando en los países en vías de desarrollo

⁶ Nohlen, Dieter, *Democracia, transición y gobernabilidad en América Latina*, Biblioteca Jurídica Virtual del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM.

<http://www.juridicas.unam.mx/publica/librev/rev/qdiuris/cont/3/cnt/cnt4.pdf>

⁷ *Idem*.



la retardación prolongada del crecimiento económico, derivado del hecho de que a partir de los años ochenta, la “democracia” asociada al Estado fue instaurada o reinstalada, primero en varias partes de Europa (España, Portugal), luego en América Latina, Asia y África. Como se sabe, la ideología neoliberal, cuyos postulados y fórmulas abstractas recomendaron el mínimo de injerencia por parte del Estado, enfocadas a la eliminación de su intervención en la economía, sugirió que se debían privatizar las que antes eran áreas de la economía a cargo del gobierno, abrir fronteras al comercio, a la información y excluirse de los procesos de intermediación de las relaciones entre actores sociales, arrojó como resultado que el nuevo Estado liberal, en la última parte del siglo XXI, fue una fórmula falsa, pues la realidad y experiencias recientes, tanto en Europa como América Latina confirman el análisis histórico hecho en su momento por Polanyi, cuyo pensamiento no cuestionó en sí la legitimidad o la justicia del liberalismo económico en cuanto a su posibilidad misma, sino más bien veía más viable una sociedad socialdemócrata, en la que el mercado por sí solo no generara ni sustentara un orden social, por lo que la democratización de la economía sería así posible, una vez que la ganancia privada dejara de ser su motor y, por tanto, el intercambio y la producción no se enfrentarían a clases con intereses materiales contrapuestos.⁸

Posteriormente, el Estado vuelve a estar en el centro del debate, pero ahora ya no como un Estado “desarrollista”⁹, ya que lo visto principalmente en América Latina es que el Estado que hace menos, lo poco que hace lo hace peor (la justicia, la seguridad,

⁸ Polanyi, Karl, *La Gran Transformación. Los Orígenes Sociales y Económicos de Nuestro Tiempo*. Fondo de Cultura Económica, 2003 y Cesar Rendules, Karl Polanyi o la Humildad de las ciencias sociales, en revista de Filosofía número 2 (2004).

⁹ El éxito del “desarrollismo” en Japón, Corea del Sur y Taiwan se debe al papel que tuvo el Estado que a diferencia de América Latina se conformó como un aparato estatal altamente calificado y se confirió un poder relativamente autónomo; simultáneamente esta tecnocracia se encuentra inserta en la sociedad a través de complejas redes de interacción con los diversos actores; tales redes formales e informales son los que monitorean e informan al Estado de los desafíos sociales. Véase Salvadori L., Massimo, *Un Estado para la democracia*, México, Grupo Editorial Miguel Ángel Porrúa, 1997 pp.29-50.



la educación en general, los programas sociales son deficientes), con lo cual, fue más frecuente y se hicieron más presentes las movilizaciones en los espacios públicos por parte de los sectores inconformes por la realidad social que desde entonces, se ha estado viendo en el mundo occidental, generalmente manifestadas en acciones colectivas, motivadas principalmente por la indignación.

Finalmente, dicho malestar generó una “resurrección de la izquierda política”, la cual reaparece y se vende como un mecanismo capaz de incidir en el manejo de la realidad social. Sobre el particular, el Dr. Marcelo Cavarozzi resalta como elementos fundamentales para el desarrollo de este proceso: “la recuperación del sentido de la democracia por su contenido (citando a Pizzorno) cuestionando la desigualdad a partir de la igualdad”, la reforma del Estado (una redefinición de su capacidad de conducción social) y el refuerzo de la sociedad civil”.¹⁰

No obstante lo anterior, se tuvo el modelo económico más congeniable con el Estado Democrático en mi opinión, que fue “la economía social de mercado”,¹¹ la cual constituyó el modo más eficiente de coordinación económica, así como una condición necesaria para garantizar la máxima libertad política, en donde el Estado debía velar por el buen funcionamiento del mercado. Se reconoció explícitamente en este modelo que ni siquiera un mercado altamente eficiente satisface todas las necesidades de una sociedad. Es por ello que no sólo se atribuye al Estado el derecho, sino incluso la tarea de intervenir activamente donde quiera que se produzca un menoscabo de intereses

¹⁰Cavarozzi, Marcelo. En su conferencia magistral: *Consolidación democrática y orden político en América Latina después del ajuste económico*, que tuvo lugar el 25 de noviembre de 1997 en el auditorio del Instituto Federal Electoral, Colección Temas de la Democracia.

<http://www2.ine.mx/documentos/DECEYEC/conferencia7.htm#consolidacion>

¹¹ Pfaller, Alfred, *El estado en la economía social de mercado: el modelo y la realidad alemana*, Digitale Bibliothek, Electronic ed., Bonn: FES-Library, 1998. <http://www.fes.de/fulltext/stabsabteilung/00074.htm#E10E13>



sociales legítimos. Tal intervención abarca la restricción de la libertad del mercado, compensación de sus fallas y corrección de los resultados generados por él.

Sin duda, la aportación más relevante que hicieron los padres de la economía social de mercado al pensamiento político económico consistió en la clara delimitación que marcaron entre la economía de mercado como conjunto de instrumentos organizativos, por un lado y por el otro, el objetivo de una sociedad justa concebida de manera independiente de aquél, de tal forma no dejaron a la distribución del bienestar social enteramente librada a los mecanismos del mercado. Por el contrario, impusieron la vigilancia permanente y en su caso, la corrección de los efectos distributivos, es decir que, aunque el mercado tenga la razón cuando se trata de la asignación de recursos, incluyendo el factor de producción de trabajo, esto no es igualmente válido con respecto a la asignación definitiva de los derechos de consumo, ya que el mercado fue considerado una fuerza igualadora, no polarizadora y en lo esencial el propio mercado eficiente debía asegurar una distribución aceptable (incluido el patrimonio); la competencia tenía función de socializar las utilidades excesivas en beneficio de la gran masa de consumidores para salvaguardar el derecho social en sus aspectos básicos (vejez, enfermedades, ausencia del sostén familiar, riesgo de desempleo, salud, etc.).

Experiencias como la anterior, demuestran que a la par se debe incluir en el estudio del tema, elementos como: “las correlaciones e interdependencias” mediante los cuales se puede identificar en cada sociedad, cuáles son y cómo actúan los factores reales de poder que se oponen a la Democracia y con qué medios cuentan para lograr su propósito, no sin antes puntualizar lo siguiente: ¿Qué se pretende decir cuando nos referimos a la “Democracia”?

Sabemos que hay una gran cantidad de respuestas a esta interrogante, las cuáles varían entre sí y dependiendo del enfoque y encuadramiento del tema, pueden



basarse por ejemplo, en un concepto polisémico, concibiendo a la democracia conforme a una “noción mínima y procedimental”, con sus garantías institucionales que constituyen el corazón de un Estado liberal”, referida así por el politólogo Robert Dhal,¹² o como sostuviera el jurista y politólogo Norberto Bobbio, en su ensayo “El futuro de la democracia”, cuyos principales postulados apuntaban hacia el factor de interdependencia que vincula a la “democracia” con el Estado liberal :

El Estado liberal y el Estado democrático son interdependientes en dos formas: en la línea que va del liberalismo a la democracia, en el sentido de que son necesarias ciertas libertades para el ejercicio del poder democrático; en la línea que va de la democracia al liberalismo, en el sentido de que es indispensable el poder democrático para garantizar la existencia y persistencia de las libertades fundamentales. El Estado liberal y el Estado democrático cuando caen, caen juntos.¹³

Así mismo, en dicho ensayo recalca que la doctrina democrática reposa en una concepción individualista de la sociedad, semejante al liberalismo, lo que explica por qué la democracia moderna existe y se ha desarrollado en aquellos Estados, dónde los derechos individuales relativos han sido reconocidos y protegidos constitucionalmente.¹⁴

Lo que se pretende evitar es esa concepción polisémica de lo que relativamente es la democracia, dependiendo quien la defina, que en la mayoría de los casos no se llega más que a resultados que pueden ir desde lo demagógico, lo abstracto hasta lo meramente formal, carentes de adjetivos y objetivos, pues se proclama para todos, pero sólo es efectiva para unos cuantos, excluyendo así de su ejercicio potencial a las clases mayoritarias. Es decir que las garantías individuales, el ejercicio del poder limitado por la ley y la aplicación de ésta por igual hacia todos los individuos se vuelven derechos y prácticas que en la realidad, sólo tienen vigencia y actualidad para

¹² Dhal, Robert, *A Preface to Democratic Theory*, Chicago, 1956 Chicago U. Press.

¹³ Bobbio, Norberto, *El futuro de la democracia*, S.L. Fondo de Cultura Económica de España, 2010.

¹⁴ *Idem*.



aquellos que tienen de antemano asegurado el soporte económico social indispensable para el disfrute efectivo de sus libertades.

Ante ello, las exigencias de nuestros tiempos nos obligan a ir más allá de aquellas democracias con contenidos limitados o exclusivamente políticos y electorales, los cuales se reducen a la regulación y aplicación de determinadas condiciones y reglas para la realización de los procesos de la lucha por el poder, pues la democracia para ser tal, forzosamente debe incluir un contenido económico y social, reflejando fácticamente un mejoramiento de las condiciones de vida de la mayoría o totalidad de la población, ya que una democracia sin objetivos es una democracia irreal y por ende, utópica.

Consecuentemente, es evidente el abismo que se presenta entre la concepción abstracta y la realidad democrática, lo cual va estar condicionado básicamente por los resultados en los principales ámbitos de la realidad, como lo son el económico y el social, interviniendo al efecto elementos capitales, como la seguridad y la subsistencia económica del individuo, por lo que si se observan resultados precarios e insuficientes, ello repercutirá directamente en la valoración que hagan tales individuos de dicho sistema. Al respecto, la historia nos demuestra cómo la población en términos prácticos aprecia y prefiere aquella forma de gobierno que sea capaz de satisfacer las exigencias económicas y sociales o aquella que se sabe presentar como tal, independientemente de cómo se denomine.

En síntesis, para que exista un sistema político auténticamente democrático, cuya finalidad esencial sea la concreción de la democracia económica y social, primero debe garantizarse estructuralmente la legitimidad del poder en todas sus etapas (origen, desarrollo y fines), efecto que sólo puede lograrse a partir del establecimiento de los medios de legitimación política y su regulación jurídica en cada una de ellas. Al respecto, para profundizar en el tema, es ampliamente recomendable hacerlo a la luz



de la “Teoría del Rombo del Sistema Político Democrático”, la cual sostiene, esencialmente, que el poder político debe estar sujeto a diversos “subsistemas” de control en cada una de esas etapas (origen, ejercicio y fines o resultados, especialmente, controles de constitucionalidad y de legitimidad:

“La Teoría del Rombo” plantea formas de control que funcionan de “afuera hacia adentro” de los órganos constituidos que detentan el poder, mientras que las teorías tradicionales fijan límites al poder que se estructuran y funcionan dentro del propio “subsistema” de órganos constituidos que habrán de ser controlados. La teoría del rombo está construida sobre la base del concepto “control del poder” y persigue el objetivo genérico de legitimarlo, sin perjuicio de la forma de gobierno representativa. Sin embargo, mediante la aplicación de este modelo, la representación política a través de partidos, no habrá de provocar ni la “delegación de la soberanía”, ni la “legalización de la democracia”, ni su conversión final en “partidocracia”. Todas estas consecuencias teóricas y todos estos efectos prácticos de la teoría de la democracia (neo)liberal son eliminados por medio de los “subsistemas” de control insertos adecuadamente en el sistema político, cuya finalidad genérica es mantener y conducir la fenomenología del poder en condiciones de legitimidad, haciendo de la democracia un tipo de Estado en el que gobiernan los ciudadanos, a pesar de sus representantes, para los propios ciudadanos, porque una “democracia” en la que no se cumpla este esquema es un contrasentido. Su utilidad práctica conlleva a analizar y evaluar de forma directa e inmediata la democraticidad de un sistema político, a partir del conocimiento de su diseño estructural, haciendo posible detectar sus deficiencias estructurales y permitiendo establecer los mecanismos para corregir esas fallas de “ingeniería-político-constitucional” y sugerir cuáles “subsistemas de control” deben ser incorporados a la estructura del sistema para propiciar mayores grados de potencialidad democrática”.¹⁵

Los elementos del modelo de sistema y las condiciones para su funcionamiento que presenta “La Teoría del Rombo” son:

<p>Los procesos del poder político</p> <p><i>que deben analizarse en función de:</i></p>	<p>Los actores del sistema que pueden ser:</p>	<p>Los sistemas o (subsistemas) insertos en el sistema político, que pueden ser:</p>	<p>Las condiciones que deben existir para que funcione el sistema son:</p>

¹⁵Covián Andrade, Miguel, *La Teoría del Rombo. Ingeniería constitucional del sistema político Democrático*, Centro de Estudios de Ingeniería Política y Constitucional A.C. México, primera reimpresión 2002, pp.97 y 98.



su origen	los partidos políticos	el sistema de representación política y el sistema electoral	la gobernabilidad
su ejercicio	el electorado y las autoridades electorales	el sistema de partidos políticos	la estabilidad política,
sus fines	los detentadores formales del poder político	el sistema de participación ciudadana en el ejercicio y control del poder político	determinados niveles de desarrollo económico-social,
sus límites	los detentadores informales del poder político	el sistema de responsabilidades de los detentadores y actores del poder.	independencia frente a centros de poder político y económico internos y externos. ¹⁶
sus controles		<i>el sistema de protección de la Constitución y de control de la constitucionalidad,</i> el sistema constitucional (tipo de Estado y forma de gobierno).	

Como se puede observar, es necesario partir de un sistema de control de la constitucionalidad correctamente diseñado, que sea capaz de hacer cumplir de manera real y eficaz el tipo de Estado que las mismas Constituciones prevén para sí, que es lo correspondiente a la Democracia Social, como a continuación veremos, reflejado en los países objeto de estudio del presente trabajo:

ALEMANIA

Este concepto (la democracia social) fue institucionalizado por la República Federal de Alemania, que en el artículo 20 de su Constitución dispuso: “Principios constitucionales y derecho a la resistencia.

(1) “La República Federal de Alemania es un Estado federal, democrático y social”.

¹⁶ *Ibidem.*



FRANCIA

La Constitución francesa de 1958, en su artículo 2º establece que “Francia es una república indivisible, laica, democrática y social”.

ESPAÑA

El artículo 1º de la Constitución Española preceptúa: “España se constituye en un Estado social y democrático de derecho, que propugna como valores superiores de su ordenamiento jurídico la libertad, la justicia, la igualdad y el pluralismo político.”

ITALIA

En el artículo primero constitucional, claramente se establece que Italia es una República democrática, fundada en el trabajo y posteriormente, en el mismo artículo, se indica que la soberanía pertenece al pueblo, quien la ejerce de acuerdo a las formas y límites de su Constitución.

RUMANÍA

En el caso de este país, su Constitución, en el artículo tercero, instituye un Estado de Derecho, democrático y social, en el cual la dignidad del ser humano, los derechos y las libertades de los ciudadanos, el libre desarrollo de la personalidad humana, la justicia y el pluralismo político representan valores supremos y se garantizan.



POLONIA

La Constitución de Polonia, en su segundo artículo, establece un Estado Democrático de Derecho que promueve los principios de la justicia social.

ASPECTOS FUNDAMENTALES SOBRE EL CONTROL DE LA CONSTITUCIONALIDAD

La Constitución política del Estado

En este apartado es necesario establecer con claridad lo concerniente a la naturaleza de la constitución de cualquier Estado. Las teorías que más tratan esta temática van desde Kelsen que como se recordará, la conciben como un “deber ser” normativo; la de Lassalle, y Schmitt¹⁷, quienes la conciben como como un “ser” político-social o como una conjunción de ambas ideas, estableciendo entre ellas un determinado orden lógico (primero el elemento real y después del jurídico) y la de Heller, quien la concibe como una relación de dependencia recíproca.

Entre estos tres enfoques existe una diferencia básica consistente en la manera de identificar el objeto de conocimiento que se pretende expresar conceptualmente, sobre todo cuando se cuestiona “¿qué es la constitución del Estado?”, se plantea la interrogación sobre lo que *es* el objeto de conocimiento que tratamos de definir y no sobre lo que *debe ser*.

Precisamente este es el error o la deficiencia del “concepto material” que nos hemos encontrado en el camino, ya que cuando se sostiene que “la constitución es la norma suprema o el conjunto de normas supremas que regulan las relaciones entre los

¹⁷ Este autor alemán demuestra en su obra con claridad, la insuficiencia de los conceptos material y formal tradicionales de Constitución, a los que denomina “ideal” y “relativo”, respectivamente. Cf. SCHMITT, Carl, *Teoría de la Constitución*, Editora Nacional, México, 1981.



gobernantes y los gobernados y las de los órganos de gobierno entre sí, estructurada en una parte dogmática (garantías individuales) y en otra orgánica (división de poderes)”, nos está claramente refiriendo a un horizonte temporal, el cual no va más atrás, ni más adelante de finales del siglo XVIII y de todo el siglo XIX.

En otros términos, el concepto material, no es más que la definición de un ***tipo específico de constitución, la del “Estado burgués de Derecho” o “Estado liberal de Derecho”, que refleja*** la descripción jurídica de ese tipo de Estado específico, empleado por las clases burguesas para consolidar su poder económico y extenderlo, una vez logrado el control político de la sociedad. Así vemos que dicho concepto material, no es más que un concepto histórico-concreto que es insuficiente para definir un objeto de conocimiento (la Constitución del Estado) genérico y atemporal; el cual al igual que otros tratan de definir la constitución (género) tomando *arbitrariamente* cualesquiera de sus especies.

Volviendo al desarrollo del concepto científico de constitución, forzosamente nos referimos a un concepto genérico dentro del cual se contengan sin desvirtuarlo, las distintas especies de Constitución que en el tiempo hayan existido y existan en el espacio.

Este concepto, sin embargo, no por ser general habrá de ser impreciso. Su exactitud además, no se medirá en función de la mayor o menor capacidad descriptiva o cantidad acumulativa de elementos que lo integren.

A este punto después de haber leído, y reflexionado sobre lo que es una Constitución, independientemente de todo lo que hemos escuchado al respecto sobre dicho concepto en nuestra vida académica y profesional, llegamos finalmente a la conclusión de que el concepto correcto es aquel que refleja la esencia del objeto materia de estudio. Tal concepto necesariamente requiere ser un concepto científico



de Constitución, el cual debe explicar su naturaleza, esencia, quien la determina, dónde se crea y cuál es su relación con el documento escrito. Lo anterior fue ya respondido por diversos autores como Lassalle, Schmitt y Heller, cuyo estudio amplio y profundo respectivamente hace el Dr. Covián en uno de sus libros, para llegar al concepto científico de Constitución que sería en términos breves:

- La Constitución es algo ontológico, que se refiere al conjunto de decisiones políticas fundamentales que definen el ser o modo de ser del Estado, determinando su estructura real y describiendo o reflejando cómo está éste constituido. Por consiguiente, dichas decisiones políticas fundamentales están determinadas por los factores reales de poder en los que reside la soberanía en ese momento, es decir, por el Poder Constituyente, mediante un órgano colegiado que representa a los factores reales de poder y recibe el nombre de Congreso Constituyente.

Ahora bien, la relación entre el concepto de Constitución y el documento escrito es de la siguiente naturaleza: el conjunto de Normas Constitucionales es la expresión jurídica de las decisiones políticas fundamentales y se deriva de ellas directa o indirectamente, dotándolas de obligatoriedad. En otros términos, se considera que “la Constitución” del Estado son ***esas normas que al estar reunidas en un documento escrito***, quedan todas protegidas ***por la complejidad del procedimiento*** que debe observarse para su modificación.

Además de que los objetos no se conocen por su forma, sino por su esencia, en este sentido lo que se está definiendo es una forma o un aspecto externo y circunstancial del objeto de conocimiento (la Constitución), pero no su esencia. Es decir que la constitución es una norma suprema que se distingue de las otras normas por su “forma”. Con esto no se determina lo que es la Constitución, sino lo que no es. “Toda norma jurídica que ***no se modifique por medio de procedimientos ordinarios*** será



parte de la Constitución, hasta que el conjunto de ellas integre la ley suprema”, podría ser otra manera de enunciar el “concepto formal¹⁸ de Constitución”.

Al haber comprendido lo anterior, para seguir avanzando en la comprensión del objeto, actor principal del presente trabajo, es necesario distinguir con nitidez los siguientes elementos teóricos relacionados con el tema:

- ⇒ Constitución política del Estado
- ⇒ Constitución ontológica (decisiones políticas fundamentales)¹⁹
- ⇒ Normas constitucionales
- ⇒ Leyes constitucionales
- ⇒ Normas primarias
- ⇒ Normas secundarias

Las normas constitucionales del Estado y su especialidad

¹⁸ En sentido formal la Constitución se concibe como: un documento en el que se incluyen las normas supremas del Estado que se distinguen de aquellas que integran el orden jurídico positivo, porque para su derogación o modificación se requiere la observancia de un procedimiento más complejo y que emplea más tiempo que el que se utiliza para los mismos efectos, tratándose de cualquiera otra norma jurídica, el cual está determinado precisamente en el texto constitucional. Ambos sentidos tanto el material como el formal, conducen a lo que podría denominarse concepto clásico de constitución derivado del “constitucionalismo moderno”, basado en los principios que le son inherentes: supremacía constitucional y rigidez constitucional.

¹⁹ Conforme a Carl Schmitt, la esencia de una constitución no está contenida en una ley o en una norma, sino en una decisión. Entonces, ¿en qué consiste la “norma de normas” o “ley suprema”? desde luego, no en una ley, Schmitt admite la existencia de normas jurídicas que pueden distinguirse por su jerarquía unas de otras, entre ellas, ocupan un sitio preponderante las “leyes constitucionales”. Sin embargo, éstas no son la “Constitución”, en virtud de que la unidad política que ella representa no puede disolverse en “leyes constitucionales”. Así, concretamente pretende señalar que son las “decisiones políticas fundamentales” quienes definen o determinan la existencia política del Estado, es decir, la forma como éste se constituye o bien, en una palabra, su Constitución, sin que se pretenda inferir que son cualquier tipo de “decisiones”, sino nada menos que las que determinan y sientan los cimientos de la organización política de la sociedad. En suma las decisiones políticas fundamentales son la base (fundamento) de la organización política del Estado, que determina (decisión) una fuerza soberana (política) y que hace que éste sea lo que es (ser) y no otra cosa. *Idem*.



Es de primera importancia distinguir entre normas primarias (esenciales) de las normas (secundarias) que no lo son. Por lo que se refiere al estudio del concepto “norma constitucional”²⁰, con relación a la Constitución del Estado, éste permitirá confirmar que ésta sólo puede entenderse correctamente desde un punto de vista real y ontológico. Por lo que al responder a la pregunta ¿qué es una norma constitucional? empezaremos respondiendo que es una norma jurídica en tanto su contenido, lo que prescribe, lo cual no es de observancia potestativa, sino obligatoria. Los artículos de una Constitución escrita son normas jurídicas en virtud de que establecen determinaciones y deberes obligatorios, cuyo incumplimiento acarrea una sanción y que además, en su caso, pueden ser aplicados coercitivamente, es decir, en contra de la voluntad de sus destinatarios.²¹

Es importante tener en cuenta en todo momento, que no se trata de cualquier tipo de normas jurídicas, sino de las que confieren carácter obligatorio a las decisiones políticas fundamentales. Son las normas que protegen jurídicamente a las decisiones (Constitución) y permiten un nivel razonable de certidumbre sobre su permanencia y respetabilidad. Ya que detrás de toda norma constitucional se encuentran contenidas, directa o indirectamente, una o varias decisiones políticas fundamentales. Este es el primer rasgo inequívoco de las normas constitucionales: son la expresión jurídica del más alto rango normativo, de las decisiones políticas del más elevado nivel substancial, es decir, esenciales o fundamentales.

Sin embargo, hay casos de normas constitucionales, cuyo contenido decisional es tan indirecto o está tan diluido, que desde el punto de vista protector de la Constitución que reviste esa norma constitucional en particular, no importaría que dejara de formar

²⁰ El atributo “constitucional” se le asigna por razones materiales y formales.

²¹ En contraposición, no hay que perder de vista el complejo problema que trae aparejado las “normas ineficaces o imperfectas”, entendiéndose por tales a las que establecen obligaciones cuyo incumplimiento carece de sanción.



parte del documento escrito. Prácticamente, en todos los textos constitucionales existen este tipo de normas que si bien, no estuvieran contenidas en el documento escrito, no dejarían de proteger a ninguna decisión política, aunque ciertamente, en algunos casos, su número es abrumadoramente mayor que en otros. Luego, surge la interrogante del ¿por qué entonces, si substancialmente estas normas no son constitucionales, de cualquier modo se denominan así?

Si bien, son normas constitucionales por razones formales, ya que poseen como elementos diferenciados de las otras normas: el elemento estructural, la durabilidad potencial mayor y el elemento jerárquico, en tanto éstas determinan cómo se crean las normas jurídicas de jerarquía inferior y cuáles deben ser sus contenidos.

Por lo que respecta al elemento estructural, una ley ordinaria es modificada por el poder legislativo (un órgano constituido), mediante un procedimiento simplificado, en tanto que una norma constitucional se reforma normalmente, vía un procedimiento agravado, que emplea un órgano constituido distinto al legislativo ordinario.

Decimos normalmente, porque nada impide que las normas constitucionales, a las que insistimos, no debe confundirse con la Constitución, ni identificarse con ella, sean reformadas a través de un procedimiento simplificado. En este caso, su naturaleza constitucional no se daría en relación a su “forma jurídica”, pero sí a su “contenido político esencial o fundamental”.

Así pues, las normas constitucionales son expresiones o estructuras jurídicas que dotan de obligatoriedad o coercibilidad a las decisiones políticas fundamentales, las cuales son su materia en todo caso, directa o indirectamente, teniendo por lo general, la peculiaridad de poder ser reformadas sólo con observancia del principio de rigidez constitucional.



Los aspectos substancial y formal, rasgos connotativos de las normas constitucionales se presuponen implícitamente, pero no deben confundirse. Toda vez que la función básica de las normas constitucionales es la de conferir seguridad a las decisiones políticas (característica substancial) para hacerlas obligatorias, se entiende que la prescripción normativa (texto constitucional o documento escrito) debe también asegurar su duración y permanencia, lo cual se logra fijando un procedimiento complicado para su reforma, es decir, introduciendo en la Constitución escrita, el principio y la técnica de la rigidez constitucional

Pero debe quedar claro que este principio se refiere a las normas, no a la Constitución, por lo que nos referimos solamente al procedimiento jurídico para modificar normas jurídicas constitucionales, no así, al procedimiento político en esencia, que se requiere para cambiar las decisiones políticas fundamentales, llevado a cabo sólo por el poder constituyente.

Ahora bien, no toda norma constitucional lo es material y formalmente. Puede ocurrir que la norma que contiene decisiones fundamentales, se reforme mediante un procedimiento simplificado, sin que la ausencia del aspecto formal la prive de su naturaleza. Sin embargo, se presentan casos bastante frecuentes, como se indicó anteriormente, de normas constitucionales que lo son, sólo por estar incrustadas en un documento escrito, sin regular decisión política fundamental alguna en forma más o menos inmediata, lo que a nuestro juicio sí podría poner en entredicho su naturaleza constitucional.

Sin embargo, al encontrarnos en el campo legal, de las normas y de las formas jurídicas, en nada afecta el que a estas “normas sin contenido decisional”, se les conceda el adjetivo de constitucional. Lo que *esencialmente cuenta* y no se debe perder de vista es mientras que las normas constitucionales que expresan jurídicamente decisiones políticas fundamentales tienen una evidente justificación,



las otras que tienen el mismo carácter sólo por su forma normativa son absolutamente dispensables.

Sobre este tema, el Dr. Covián recomienda que en ningún caso las normas constitucionales deben ser confundidas y mucho menos, identificadas con la Constitución. Ni las normas que contienen decisiones políticas fundamentales a las que denomina “normas constitucionales decisoriales”, ni las que sólo reciben tal calificativo por su forma jurídica a las que llama, “normas constitucionales formales”.²² La Constitución es una esencia, mientras la norma es su forma y puede existir en los objetos de estudio: esencia sin forma o accidente, pero no a la inversa. Ya que, reflexionando un poco, lo que sí puede haber es esencia sin forma (ejemplo: Constitución del Reino Unido), la cual es una “Constitución no escrita”. Más aún, en la realidad existen un número considerable de Constituciones (decisiones) idénticas, con expresiones normativas (normas) distintas. Siendo más extensivos en la explicación existe la posibilidad de cambio de la forma normativa o protección jurídica de las decisiones políticas fundamentales, sin modificar éstas. En esta hipótesis se transforma la norma constitucional (expresión jurídica), pero permanecería inalterable la Constitución (esencia política).

La explicación consiste en que al sufrir un cambio la norma o las normas constitucionales, sin variar su contenido, no se presenta ninguna transformación material la Constitución del Estado. Lo anterior queda ejemplificado con los siguientes casos:

➤ Caso mexicano

²² Covián Andrade, Miguel, *Diez estudios antidogmáticos sobre el sistema constitucional mexicano*, CEDIPC, México, 2012, p. 26 y s.s.



El artículo treinta y nueve de la Constitución mexicana señala que: “La soberanía nacional reside esencial y originariamente en el pueblo”.

➤ Caso italiano

El artículo primero de la Constitución italiana establece que: *“La soberanía appartiene al popolo, che la esercita sotto le forme e dentro i limiti fissati dalla costituzione”*.

➤ Caso español

En su artículo primero, numeral dos refiere textualmente: “... 2. La soberanía nacional reside en el pueblo español, del que emanan los poderes del Estado...”

➤ Caso francés

La Constitución francesa de 1958 determina en su artículo tercero que: *“la souveraineté nationale appartient au peuple qui l'exerce par ses représentants et par la voie du référendum”*.

Si por cualquier circunstancia (mayor claridad, precisión, mejor protección normativa de la decisión política, etc.) fuera necesario cambiar alguna de estas normas constitucionales, sin alterar su contenido es decir, refiriéndonos exclusivamente a la expresión jurídica, tendría que observarse el procedimiento dificultado de revisión que las cuatro constituciones referidas contemplan (arts. 135º, 138º, 166º al 169º, 89º y respectivamente). Lo anterior sucedería, sin haberse alterado la esencia de los Estados mexicano, italiano, español y francés, porque el cambio habría sido sólo de forma, pero no de contenido, toda vez que la decisión política fundamental que refiere a la “soberanía popular” seguiría incólume.



Las leyes constitucionales

Al igual que el tema anterior, éste es otro elemento fundamental y complementario para el entendimiento cabal del concepto de Constitución, lo cual no es visto, ni mucho menos explicado de esta forma, al menos en nuestro continente, caso opuesto al de Europa en donde la ciencia constitucional lo ha tratado ampliamente.

Recapitulando lo ya visto, se recordará que mientras las normas constitucionales dotan de obligatoriedad y expresan normativamente a las decisiones políticas fundamentales, las “leyes constitucionales” modifican o reforman, a las normas constitucionales, cuando por cualquier razón, se juzga necesario un cambio en la forma jurídica de la Constitución del Estado, sin alterar su esencia. Se recordará que esta hipótesis (reforma de las normas constitucionales), se trató anteriormente, al distinguir entre Constitución (esencia) y forma jurídica (norma). Por consiguiente, esta reforma se haría mediante la expedición de una “ley constitucional” (no decreto) que consignara y diera vigencia a la modificación de las normas constitucionales y a su contenido, dentro de los límites materiales del proceso de reforma (respetando las decisiones políticas fundamentales o sometiendo su revisión a un referéndum).

Ahora bien, el tema de la reforma o adición constitucional es un tema muy complejo y delicado, pues trata de la aplicación del procedimiento previsto en la misma Constitución, con respeto irrestricto de los límites materiales de la revisión; después, en la verificación de la constitucionalidad de la reforma cuando se determine que ésta se realice *a priori* o bien, en su aprobación en vía de *referéndum*, cuando así lo establezca expresamente la misma Carta Fundamental; y finalmente, en la expedición de la “ley constitucional”, es decir “la ley que reforma o adiciona tales artículos”. Este es el sistema que se aplica en muchos países del continente europeo.



La diferencia fundamental entre estos conceptos radica en que mientras que las normas constitucionales son expedidas por el Congreso Constituyente cuando se redacta normativamente la Constitución (decisión) y tienen por objeto dotar de obligatoriedad o forma jurídica a las decisiones políticas fundamentales (esencia), las “leyes constitucionales” emanan de órganos constituidos, los cuales son posteriores a la existencia de normas constitucionales y tienen por objeto modificarlas en el fondo o en la forma, dentro de los límites inherentes a todo proceso de reforma constitucional.

Al respecto, Carl Schmitt se ocupa de la distinción de la Constitución del Estado con sus “leyes constitucionales”, como él las denomina, aunque en realidad se refiera a las “normas constitucionales”, pues en ambos ámbitos se utiliza el calificativo “fundamental”:

“En un sentido general, no preciso, se llaman “leyes fundamentales” todas las leyes o disposiciones que parecen de singular importancia política a las personas o grupos políticamente influyentes en un momento dado. Ley fundamental =Constitución en sentido positivo, de donde la llamada ley fundamental no tiene por contenido esencial una normación legal, sino la *decisión política*.”²³

Crterios actuales de interpretación y aplicación de las normas constitucionales.

Al hablar de interpretación debemos distinguir entre el objeto de interpretación que serán las normas constitucionales en un sentido material y la interpretación que de ellas se hace, pues algunas veces el contenido gramatical de una norma no concuerda con su interpretación. Por lo tanto, el concepto interpretación en el campo constitucional, debe ser entendido como aquél elemento esencial a través del cual, la Constitución cobra vida y se materializa en casos concretos, pues en sí misma ella no produce efectos, por lo que se requiere de alguien que la interprete y la aplique.

²³ Schmitt, Carl, *Teoría de la Constitución*, Editora Nacional México, 1981, p.p. 47 y 48.



La interpretación es un ejercicio de creación por medio del cual un operador jurídico le atribuye a un texto un significado determinado,²⁴ de la misma forma, también se ha sostenido que la interpretación “consiste en atribuir un significado a un signo lingüístico”.²⁵

Actualmente se observan tendencias que sostienen que el modelo de jurisdicción constitucional prevaleciente en las constituciones latinoamericanas y europeas fue establecido con la intención de apartarse de las concepciones del positivismo formalista, donde el ordenamiento jurídico giraba en torno a la idea del imperio de la Ley. De ahí la explicación del modelo cuyo ordenamiento jurídico y el mismo Estado gravitan ahora en torno al carácter normativo de la Constitución.

Si bien a lo largo del siglo XX connotados juristas como Hans Kelsen, Carlos Cossio, J.L. Austin y posteriormente, H. L. Hart y Ronald Dworkin, sostuvieron que la interpretación judicial no sólo está condicionada a un acto intelectual de conocimiento, sino que también y en gran medida, está supeditada a un acto de la voluntad del juez quien debía ser creador del derecho, no debemos apartarnos del conocimiento de lo que es la ciencia constitucional, ni concebirla como si fuera equivalente a una teoría pura del Derecho.

Al respecto, concerniente a su desarrollo histórico, las discusiones sobre la interpretación judicial meramente se centraban en el margen que tenían los jueces al crear el derecho y no sobre la capacidad de crearlo, apartándose en todo momento de lo que era la materia constitucional. Sobre dichos puntos, también se generaron otro tipo de disertaciones por los postulados de la escuela del Derecho libre en Alemania,²⁶

²⁴ Bustamante Bohórquez, Tomas. *La interpretación Constitucional*. Revista Universitas No 3, Editorial Universidad Javeriana, 2006, p. 126.

²⁵ Monroy Cabra, Marco Gerardo. *Interpretación Constitucional*, Editorial Librería Ediciones del Profesional, Bogotá, 2005, p. I.

²⁶ Kantorowicz, Hermann, *La definición del derecho*, Editorial Colofón, México, 1994.



los postulados del Realismo Jurídico²⁷ en Estados Unidos, por los del relativismo,²⁸ los de la Tópica,²⁹ los de la Nueva Retórica,³⁰ los de la Lógica Informal³¹ y los precursores de la teoría de la argumentación jurídica como fundamento de interpretación, siendo emblemático Robert Alexy,³² entre otros que expusieron diferentes razones para explicar que la labor judicial no consistía en la simple reproducción silogística de la norma, sino que implicaba un juicio de valor donde el juez tiene una inmensa responsabilidad al ser un “juez creador de derecho”.³³

Al respecto, nos encontramos con propuestas de notables profesores como Robert Alexy, Ronald Dworkin, Jürgen Habermas, Gustavo Zagrebelsky, Luigi Ferrajoli, entre otros, quienes coinciden en partir de un entendimiento como regla jurídica, antes que de un catálogo de postulados teóricos.³⁴ De esta forma podemos ver una confluencia de opiniones, coincidentes con aquella del profesor Prieto Sanchis, para quien el nuevo escenario jurídico constitucional presentaría ciertos rasgos característicos, entre los que brevemente se podrían mencionar las preferencias en:

- a. Más principios que reglas.
- b. Más ponderación que subsunción.

²⁷ Frank, Jerome. *Law and the Modern Mind* (1930).

²⁸ Radbruch, Gustav, *El espíritu del derecho inglés*. Trad. Juan Carlos Peg Ros. Anotaciones y Epílogo de Heinrich Scholler. Marcial Pons. Madrid, 2001.

²⁹ Viehweg, Theodor. *Topik und Jurisprudenz* (1953).

³⁰ Perelman Chaim, *La lógica jurídica y la nueva retórica*. Traducción de Luis Díez - Picazo, Madrid, Editorial Civitas, 1988 (Monografías).

³¹ Toulmin, Stephen, *The Uses of Arguments*, Cambridge University Press (1958)

³² Alexy, Robert. *Teoría de la Argumentación Jurídica*, Traducción de Manuel Atienza e Isabel Espejo. Centro de Estudios Constitucionales. Madrid, 1989.

³³ En América, diversos e importantes juristas como Luis Recaséns Siches criticaron el método deductivo, plantearon las dudas e insatisfacciones que surgen de su aplicación y reconocieron la importancia del papel del juez en la creación del derecho. Véase a Recaséns Siches, Luis. *Vida humana, Sociedad y Derecho* (2003).

³⁴ Aguilo Regla, Joseph. *La Constitución del Estado Constitucional*, Palestra-Termis, Lima-Bogotá, 2004, pp. 55 y 64.



- c. Omnipresencia de la Constitución en todas las reglas jurídicas y en todos los conflictos mínimamente relevantes, en lugar de espacios exentos a favor de la opción legislativa o reglamentaria.
- d. Omnipotencia judicial en lugar de autonomía del legislador ordinario.
- e. Coexistencia de una constelación de valores, a veces tendencialmente contradictorios, en lugar de homogeneidad ideológica en torno a un puñado de principios coherentes entre sí y en torno, sobre todo, a las sucesivas opciones legislativas.³⁵

Al igual que él, el jurista Francisco Rubio Llorente coincide que, en este “nuevo paradigma” la Constitución se convierte en un instrumento jurídico que contiene valores, principios y normas, pudiendo ser aplicada directamente por jueces y operadores jurídicos, quienes tienen la noble labor de dotarla de eficacia e interpretarla al resolver los casos particulares que les sean sometidos,³⁶ aunque a veces lamentablemente, se apartan del conocimiento especializado sobre la materia constitucional con el que debería contar todo aquél que aplique la Constitución.

Sin embargo, en el fondo de la problemática expuesta, lo que sutilmente se revela, es una lucha por decir el Derecho (no así el Derecho constitucional), en donde la supremacía de la ley impuesta por el poder legislativo, resulta amenazada por las corrientes alternativas del derecho, en la medida en que los jueces, y principalmente el juez constitucional ocupa un protagonismo inusitado. Asimismo, aparecen entremezclados la discrecionalidad y la legitimidad, esta última permite el control judicial mientras la primera permite la ponderación, por lo que el Tribunal o Corte

³⁵ Prieto Sachis, Luis *et al.* *Neoconstitucionalismo y Ponderación Judicial en: Neoconstitucionalismo(s)*. Trotta. Madrid, 2005, pp. 131-132

³⁶ Rubio Llorente, Francisco. *La forma del poder: estudios sobre la constitución*. Centro de Estudios Constitucionales, Madrid, 1997, p.62.



Constitucional, como “instancia autoritaria” invade las competencias del legislador en aumento de los peligros irracionales.

Y a lo que llaman todos los neoconstitucionalistas “cambio de concepción en un nuevo paradigma” en el que se concibe al “nuevo Derecho” de una forma más libre, menos atado a la regla positiva escrita, enfocado esencialmente en el paradigma de la justicia, no es más que una necesidad de una hermenéutica basada en la tópica, la retórica, la lógica, la teoría estándar de la argumentación jurídica, la teoría del discurso moral práctico, el precedente jurisprudencial, la teoría del discurso como diálogo, cuya utilidad no debe confundirse con lo que es la ciencia constitucional.

El bloque de constitucionalidad

Esta noción de “bloque de constitucionalidad” tiene su origen en la práctica del Consejo Constitucional francés, quien, valiéndose de la técnica del reenvío normativo, ha considerado que, como el Prólogo de la Constitución hace referencia a su vez, al Preámbulo de la Constitución de 1946 y a la Declaración de Derechos del Hombre y del Ciudadano de 1789, estos textos son también normas y principios de valor constitucional que condicionan la validez de las leyes. Así, según la jurisprudencia francesa, estos preceptos forman un bloque con el articulado de la Constitución vigente, así como las leyes orgánicas, de manera que la infracción por una ley de las normas incluidas en el bloque de constitucionalidad comporta la inexecutableidad de la disposición legal controlada. Con tal criterio, en la decisión del 16 de julio de 1971, el Consejo Constitucional anuló una disposición legislativa por ser contraria a uno de los “principios fundamentales de la República” a los cuales hace referencia el Preámbulo de 1946.”³⁷ Actualmente, el “bloque de constitucionalidad” en Francia se ha ampliado,

³⁷ Véase, Tobo, Rodríguez, *La Corte Constitucional y el Control de Constitucionalidad en Colombia*. 4ª edición, Grupo Editorial Ibañez. 2012. p.p. 207-209.



debido a que, además de las normas anteriormente mencionadas, se agregó la llamada “Declaración de Río”, la cual es una convención en materia de protección al medio ambiente y desarrollo sustentable, de la de la que Francia es parte, incorporada al preámbulo de la Constitución vigente.

En Alemania, el bloque de constitucionalidad está integrado por su Carta Magna y los artículos 136, 137, 138, 139 y 141 de la Constitución de Weimar de 1919, los cuales se refieren a la libertad de religión y a la situación de las iglesias frente al Estado. Lo anterior con fundamento en el artículo 140 de su Constitución federal, que les otorga expresamente validez a esos preceptos.

Sin embargo, contrario a toda lógica, este concepto ha tomado apogeo en las instituciones de derecho público, y lo encontramos aplicado particularmente en Latinoamérica, en dónde se defiende su aplicación que alude a una armonización entre los principios contenidos en las respectivas cartas magnas con aquellos provenientes del derecho internacional, en las que se ha tratado de no desatender, sino cumplir los parámetros establecidos en el derecho interno.³⁸

En las respectivas jurisprudencias encontramos, por lo general, que señalan la distinción entre ambos sentidos, refiriéndose al bloque de constitucionalidad. El primero, en *stricto sensu*, como el conformado por aquellos principios y normas que han sido normativamente integrados a la Constitución por diversas vías y por mandato expreso de la Carta magna, por lo que entonces tienen rango constitucional, como ejemplo de ello están los tratados de derecho humanitario.

Por otra parte, de manera errónea, refieren la noción *lato sensu* del bloque de constitucionalidad, -a aquellas disposiciones que “*tienen un rango normativo superior a las leyes ordinarias*”, aunque a veces no tengan un rango constitucional, como las

³⁸ *Ibidem* págs. 207-209.



leyes estatutarias y orgánicas, pero que sirven como referente necesario para el control constitucional o para la creación legal-, cuando en realidad, lo único que puede estar jerárquicamente (en virtud de la supremacía constitucional) sobre las leyes ordinarias es la propia Constitución, no así las leyes estatutarias y orgánicas, que tienen igual jerarquía que cualquier ley, pues su modo de creación y extinción no debería diferir del que se emplea para cualquier ley, ni se requiere alguna reforma agravada y mucho menos pueden ser estas leyes estatutarias y orgánicas parámetro de control constitucional, sino sólo pueden ser objeto de control.

Lo anterior no debe confundirse con la existencia de casos que se presentan en países como Argentina y Bolivia, por citar algunos ejemplos, en donde los tratados de derechos humanos, constituyen en principio, un parámetro de constitucionalidad, hecho que despliega una jerarquía normativa superior a las leyes ordinarias, cuando han sido reconocidos por su propia Constitución.

Control de la constitucionalidad, control de la legalidad y defensa de la Constitución

Retomando el modelo de la Teoría del Rombo, que se abordó al inicio, particularmente se pretende destacar la distinción entre el control formal-estructural del poder político (auto-control de los órganos constituidos del Estado) con la del control de la constitucionalidad. El primero es el que tradicionalmente se ha considerado implícito en las estructuras típicas del "Estado de Derecho", es decir, el "auto-control" recíproco de los órganos constituidos, que es el derivado de la estructura de la distribución del poder político (división de poderes). Este control es formal-descriptivo, ya que está plasmado en las normas jurídico-constitucionales, por lo cual estos mecanismos de control se agrupan en dos conjuntos a los que Karl Loewenstein, en su Teoría Constitucional denominó "controles intraorgánicos" y "controles interorgánicos". Los primeros se encuentran al interior de los órganos constituidos, mientras que los



segundos se diseñan para ser aplicados entre los órganos del Estado. Con este tipo de controles se ha pretendido que "el poder detenga o contenga al mismo poder".³⁹

Por lo que respecta al control de la constitucionalidad, éste parte de que en un sistema político democrático no es suficiente esperar que el control del poder se produzca de manera natural, siendo necesario controlar el ejercicio del poder mediante un sistema o subsistemas estructurados adecuadamente y *ex professo*, cuyo objetivo principal sea verificar que los detentadores formales del poder actúen permanentemente conforme a la Constitución y a las normas constitucionales.

De manera paralela, se establecen mecanismos de control jurídico al interior del sistema, con base en los cuales se verifica la correspondencia entre el ejercicio del poder y las normas secundarias que lo regulan. Así, junto al control de constitucionalidad se estructura el subsistema de control de la legalidad. Por último, deben existir otros medios de control del poder político, basados en la participación ciudadana en el ejercicio del poder, la cual se ejerce a través de las instituciones de democracia semidirecta.

Así, el subsistema de protección de la Constitución y de control de la constitucionalidad, son *per se* elementos básicos e imprescindibles en un sistema democrático. Su presencia o ausencia y adecuada estructuración o deficiente diseño depende en gran medida del nivel empírico de democratización de los sistemas políticos contemporáneos. Consecuentemente, aquellos Estados que carecen de ellos, o los tienen en etapa embrionaria, son por definición sistemas políticos incompletos y disfuncionales, porque no atienden de manera suficiente uno de los principios esenciales de la democracia moderna: el control del ejercicio del poder político por medios jurídicamente regulados.

³⁹ Loewenstein, Karl, *Teoría de la constitución*, Ediciones Ariel, Barcelona, 1964, págs. 294-325.



En este apartado conviene señalar que la parte de la legalidad (en sentido amplio), de los procesos del origen del poder corresponde a la legalidad constitucional, distinta a la "legalidad" en sentido estricto, que sería la relacionada con el cumplimiento de las leyes. Con lo anterior, se establece que la legitimidad del origen del poder se deberá controlar mediante "subsistemas de control por participación ciudadana", mientras que su legalidad constitucional, será controlada por este subsistema de control constitucional. Los propósitos de los medios o recursos de control son: asegurar la legitimidad y la legalidad del origen del poder y controlar el desarrollo de la primera etapa de su fenomenología, que permite garantizar que la conformación de los órganos constituidos del Estado de elección popular se produzca en términos democráticos.

Como se advertirá, por medio del "subsistema de control de constitucionalidad" referido aquí, el origen del poder se garantiza con la legalidad de los procesos electorales desde el nivel normativo más elevado que es el constitucional. Así, si el titular de cualquier órgano constituido, manteniéndose en el ámbito de su competencia legal, realizara actos de autoridad impulsado por razones ideológicas, por intereses específicos, por presiones políticas, etc., que contradigan o hagan inaplicables los preceptos constitucionales, tomando ventaja de las imprecisiones en las normas o alternativas demasiado amplias de interpretación de la ley, su actuación debe ser sometida al control de la constitucionalidad de sus actos u omisiones.

En relación con lo anterior, pueden ocurrir que se respeten las normas del procedimiento de creación y modificación de las leyes, o de aplicación de las mismas por la autoridad competente, pero también puede darse el caso de que no obstante esto, el núcleo de la Constitución (decisiones políticas fundamentales) sea vulnerado por actos de poder anticonstitucionales, cubiertos por una apariencia de legalidad.



La constitucionalidad como condición y estado normal del ejercicio del poder en el marco de la ley fundamental, requiere para su análisis un enfoque simultáneo de los aspectos político-prácticos y jurídico-normativos. De ahí que sea oportuno saber con qué mecanismos de control de la constitucionalidad se cuentan.

En casos de irregularidad parcial en el orden jurídico, por la inobservancia momentánea de las disposiciones de la Constitución por actos de gobierno, los sistemas de defensa y de control de la constitucionalidad se traducen en un importante medio de preservación del Estado de Derecho para anular los efectos del acto anticonstitucional. En síntesis, el control de la constitucionalidad se justifica para que las Constituciones no sean absurdos intentos de limitar un poder, que por naturaleza es ilimitado.

A mayor abundamiento, en América Latina se tiene la creencia de pensar que las Constituciones políticas establecen implícitamente mecanismos de defensa de la Constitución, identificados comúnmente con el proceso legislativo y el proceso de reformas a la Constitución.

Para mayor ejemplificación de lo que se habla, tomaremos el caso de México para ilustrar mejor lo que se pretende enfatizar. Las reformas en este país se realizan sin la intervención directa ni indirecta de la ciudadanía; por el contrario, participan en ellas, tanto órganos constituidos federales, como locales, sin ninguna limitación aparente.

Por lo que las “facultades ilimitadas” del llamado poder revisor de la Constitución política mexicana se resumen en facultades ilimitadas de reforma, según la interpretación “abierta” del artículo 135 constitucional. Tales facultades del llamado Poder Revisor, a nuestro juicio, deben considerarse constreñidas a modificar cualquier parte de la Constitución, a excepción de las decisiones políticas fundamentales que son su esencia (sin que esto se encuentre expresamente



establecido). La parte negativa de este último punto es que dichas limitaciones no están expresamente establecidas en el texto del artículo 135 constitucional, pero sí están implícitas en la naturaleza del órgano que estructura este precepto. Así que se requiere del conocimiento en la materia constitucional por aquellos que participan o intervienen en tales tareas. Lo grave es que este tema normal y comúnmente es ignorado o desconocido para aquellos actores políticos que participan en ello o se vuelven temas convenientemente ignorados, para que de esa manera sea posible manipularlos con discrecionalidad. En tal virtud, la Constitución queda desprotegida y en un estado de vulnerabilidad general a riesgo de ser reformada en la práctica a voluntad de los órganos que intervienen en este proceso, tanto para presentar iniciativas de reformas constitucionales ante el Congreso de la Unión, como para aprobarlas, cubriendo todos los aspectos formales del procedimiento, sin la mínima intervención del electorado para legitimarlas, ni la menor posibilidad de una expresión de voluntad del titular del Poder Constituyente.

Sobre este tema, cabe hacer la aclaración de que la **reforma** o **revisión constitucional** implica una modificación a las decisiones políticas fundamentales, mientras que la reforma o revisión al texto constitucional, implica una modificación a las normas constitucionales. Y para determinar quién puede revisar la Constitución y las normas constitucionales es preciso saber quién y cómo las instauró.

Se recordará que el Poder Constituyente es aquel que crea la Constitución y el Congreso Constituyente es el mecanismo operativo por el cual se lleva a cabo dicha creación; por esta razón, los órganos facultados para aprobar las reformas no esenciales, no sólo deben respetar la formalidad procedimental establecida en los preceptos constitucionales, sino también deben constreñirse al respeto absoluto de las decisiones políticas fundamentales ante un caso de revisión constitucional que



entraña un acto de naturaleza político constituyente, distinto a un acto jurídico constituido.

Es notable que la presencia del control de la constitucionalidad y el control de la legalidad como jurisdicciones distintas, permiten la existencia de un “sistema concentrado” con sus fundamentos teóricos y normativos, sin lo cual no se podría establecer este sistema. Al estar claramente diferenciadas ambas jurisdicciones, permiten que, en una, se verifique la correcta aplicación de las diversas normas jurídicas de nivel inferior a la Constitución, mientras que en la otra, se controle la correspondencia entre las decisiones de los detentadores formales del poder y la Carta Magna.

La jurisdicción conocida como “ordinaria”, comúnmente está integrada por un número considerable de tribunales y juzgados, cuya competencia se determinará por materia, por territorio (nacional o federal, provincial o local, comunal o municipal), o conforme a otros criterios (cuantía, especialización, etc.), mientras que en la jurisdicción constitucional existen entre los diversos apelativos, generalmente un Tribunal o Corte Constitucional, con competencia concentrada principalmente en el control de la constitucionalidad, aunque paralelamente ejerza algunas atribuciones relativas al control de la legalidad, según sea el caso. Estos órganos actúan como instancias únicas, ejerciendo una competencia excluyente pero no necesariamente exclusiva, por lo que ningún otro órgano jurisdiccional o de cualquier otra naturaleza podrá verificar la constitucionalidad del poder político, bajo ninguna circunstancia, excluyendo así a cualquier otro en la materia relativa al control de la constitucionalidad.

Los órganos encargados de la jurisdicción constitucional

La razón fundamental de esta diferenciación de jurisdicciones, en su momento fue explicada por el jurista checoslovaco Hans Kelsen quien subrayó que la



interpretación de las normas constitucionales es mucho más compleja que la de las leyes, por lo que necesariamente los magistrados y/o jueces que realizan la primera deben tener un nivel de especialización mucho mayor a aquellos que se encargan de la jurisdicción ordinaria. Esto implica que un juez o magistrado constitucional se enfrenta a problemas de interpretación más complejos que los que debe resolver un juez ordinario, por lo que éste no tiene los conocimientos necesarios, ni la especialización adecuada para realizar este trabajo. Por ende, el control de la constitucionalidad está fuera del alcance de los jueces de legalidad, por lo que debe estar creada *ex profeso* una jurisdicción especializada para aplicarlo, a cargo de la cual estarán magistrados igualmente especializados en materia constitucional.

Independientemente la denominación sea Corte Constitucional o Tribunal, se comprende mejor la idea, partiendo de que el profesor Hans Kelsen defendió para crearlo,⁴⁰ la necesidad de asegurar la supremacía de la Constitución y la regularidad de la normatividad, pues conforme a su criterio, una Constitución que no contara con la garantía de anulación de los actos inconstitucionales, no sería una Constitución completamente obligatoria.⁴¹

Así, dada la relevancia de la temática anterior, es necesario tener presente quién debe encargarse del ámbito constitucional, incluyendo desde luego la verificación en las reformas a la Constitución, por lo que debe identificarse al respecto, el tipo de control, el órgano encargado de ejercerlo y los efectos de sus resoluciones, por consiguiente, los criterios aplicados a este orden de ideas son:

- ❖ Desde la perspectiva del órgano que ejerce el control:

⁴⁰ Kelsen, Hans *¿Quién debe ser el defensor de la Constitución?* Editorial Tecnos, Madrid, 1995.

⁴¹ Kelsen, Hans, "La garantía jurisdiccional de la Constitución. Escritos sobre democracia y socialismo". Madrid, 1998, pág. 48.



- Control de la constitucionalidad (legalidad) de las normas jurídicas inferiores a la ley ordinaria y de los actos de autoridad por medio de los cuales se aplican.
 - Control de constitucionalidad de las leyes y de los actos de autoridad contrarios a la Constitución.
 - Existencia de control normativo, o de otros medios de control no normados.
- ❖ Desde el punto de vista de la naturaleza del órgano que ejerce la función de control, el cual puede ser:
- Órgano legislativo.
 - Órgano político.
 - Órgano jurisdiccional.
 - Ausencia de control normativo, y “control por medio de la opinión pública”.
- ❖ Dependiendo de su procedibilidad
- *Ex officio*, es decir, antes de que entre en vigor la ley o a petición de parte, por aplicación excesiva o defectos de la ley.
 - En vía de acción.
 - En vía de excepción.

Luego se tiene que dentro de una jurisdicción constitucional, la vigencia y el respeto del Estado de Derecho, suponen entre varios elementos, la existencia de una Constitución Política y de una jurisdicción habilitada para adoptar decisiones aptas para expulsar del sistema normativo todo acto que signifique atentado o desconocimiento de la Carta Magna.

En palabras del jurista italiano Lucio Pegoraro:



“en el campo de la tutela directa de las libertades y de los derechos constitucionales, las variantes más significativas están representadas –además de por la demostración de interés- por la tipología de los actos impugnables-...”⁴²

Referirse al escenario del control de la constitucionalidad en el ámbito judicial, significa pensar forzosamente en la posibilidad de que la jurisdicción constitucional comprenda además de la función judicial ordinaria, la de emitir decisiones fundadas en valores filosóficos y políticos, teniendo en cuenta que los jueces constitucionales tienen que estar en contacto permanente con los procesos de deliberación pública⁴³ y estar al pendiente de las deliberaciones que parten tanto en espacios públicos importantes, entre ellos, la academia por ejemplo, al igual que de las discusiones desarrolladas al interior de los órganos legislativos.

Lo anterior surge, a partir del debate que se ha presentado en torno a la naturaleza de los Tribunales Constitucionales, el cual invita a reflexionar sobre la función que tienen al interior de las sociedades en las cuales actúan. Sobre la discusión relacionada con el carácter judicial o político de estas corporaciones ha dejado de ser un lugar común, despertando un interés particular, en ámbitos que van desde lo académico hasta aquellos como el ámbito social, judicial y político, sobre todo.

Las objeciones a la revisión constitucional que se les han planteado a estos Tribunales o Cortes constitucionales, giran en torno a consideraciones como las del profesor Jon Elster,⁴⁴ quien sugiere tener en cuenta particularmente, que un Tribunal o Corte Constitucional ajeno a la sociedad puede ser excesivamente entusiasta derribando la legislación, cuando ésta es su única razón de ser; la siguiente objeción se refiere a que este órgano podría ser tan activista que cayese al servicio de una posición ideológica,

⁴² Pegoraro, Lucio, , *Giustizia costituzionale comparata*, Giappichelli, Torino 2007, págs. 109-195

⁴³ Véase, Ackerman, Bruce, *La política del Diálogo Liberal*. Editorial Gedisa, Barcelona, 1999.

⁴⁴ Elster, John. Ponencia *¿Por qué una Corte Constitucional?* VII Encuentro de la Jurisdicción Constitucional, Bogotá. D.C., octubre 2011.



con el riesgo de convertirse en una tercera cámara parlamentaria no electa y no sujeta a la rendición de cuentas respectiva.

Este tipo de preocupaciones, es un tema que ha sido abordado tanto por juristas, como por politólogos, sin que cada uno logre explicar o encontrar una solución de manera completa o satisfactoria a lo anteriormente planteado, lo cual resulta natural que así sea, pues el análisis relacionado con el rol de estas colegiaturas depende de diversos factores, todos vinculados de manera fundamental con la historia y la cultura jurídico-política de la comunidad “gobernada” por sus fallos. No obstante, resulta imposible afirmar y demostrar de manera genérica, que los Tribunales o Cortes Constitucionales se inscriben en el ámbito estrictamente judicial o en aquél de los asuntos políticos. Todo análisis relacionado con esta materia se encontrará siempre con las circunstancias que caracterizan a cada una de las Cortes que existen en el mundo y desde luego, teniendo en consideración que la graduación del rol del juez, sea político o judicial, depende en gran medida del sistema de derecho al cual esté adscrito.

*“...creadas para conocer especial y exclusivamente del contenido del contencioso constitucional, situadas por fuera del aparato jurisdiccional ordinario e independientes de aquél, como también del resto de los poderes públicos”.*⁴⁵

La necesaria competencia concentrada y excluyente del tribunal constitucional

Una de las cuestiones que nos planteamos referente al tema, es entender el porqué en Europa se prefirió elegir un órgano *ad hoc* que se encargara en exclusiva del control de la constitucionalidad, si bien, sabemos que el connotado jurista italiano

⁴⁵Favoreu, Luis. *Les cours constitutionnelles*. Presses Universitaires de France, Paris, 2e, édition mise a jour, noviembre, 1992. p.3.



Cappelletti⁴⁶ ha abordado con amplitud dicha temática. Por ello, es imprescindible hacer referencia a la Constitución austriaca de 1920, la cual consideraba como necesario e indispensable evitar todos los inconvenientes ocasionados en el *judicial review* norteamericana. Tales inconvenientes eran asociados a la estructura del ordenamiento judicial que, en los sistemas europeos se apoyaba en los jueces ordinarios de carrera, por lo que la interpretación constitucional era vista como una labor inherente o más próxima al legislador o el funcionario de gobierno que a la que desempeñaban los jueces ordinarios. Precisamente por ello se comprendía la convivencia de atribuir tal encomienda a un órgano diferente de los Tribunales ordinarios.

Así vemos que es indispensable que en un sistema puramente concentrado, -- no así en aquellos sistemas mixtos donde existe una desafortunada combinación de sistema difuso y concentrado --, haya un solo tribunal o una sola corte constitucional competente para controlar la constitucionalidad del poder político, sin que ningún otro tribunal pueda conocer de los recursos de control, lo cual significa que la jurisdicción constitucional sea concentrada y excluyente.

Lo que a veces observamos en América latina (ejemplo México) es una presencia de dos o más órganos de control de la constitucionalidad, lo cual implica una dispersión de la competencia de control, que inmediatamente pone de manifiesto que el sistema respectivo no es “concentrado” y que consecuentemente, en él no está estructurado un tribunal o corte constitucional. Evidentemente, en tales casos el sistema en cuestión es “difuso”, de lo cual es prueba inequívoca la existencia de diversos órganos de control,

⁴⁶ Cappelletti Mauro, *Il controllo giudiziario di costituzionalità delle leggi nel diritto comparato*, Milano, Giuffrè, 7ª ed., 1978, ps 73 y ss.



ninguno de los cuales es un tribunal o corte constitucional debido a que el control de la constitucionalidad no se concentra en su ámbito competencial.

De manera sucinta, se puede concluir que cuando se diseña un sistema “concentrado” de control, en ninguna circunstancia puede presentarse que algún otro tribunal o juzgado distinto al tribunal o corte constitucional sea competente para controlar la constitucionalidad del poder político.



CAPITULO SEGUNDO

LOS ORGANOS ENCARGADOS DEL CONTROL DE LA CONSTITUCIONALIDAD

SUMARIO: Los Tribunales o Cortes Constitucionales, su naturaleza y su jurisdicción. La voluntad del juez creador del Derecho. Tipología de las decisiones emitidas por los órganos encargados del control de la constitucionalidad como fuente de Derecho. Comentarios sobre las sentencias como fuente de Derecho. Cuadro esquemático de la tipología de las sentencias.

LOS TRIBUNALES O CORTES CONSTITUCIONALES, SU NATURALEZA Y SU JURISDICCIÓN

Es un hecho evidente e incuestionable la importancia institucional que han conquistado de manera preponderante en la estructura de los Estados modernos y el papel que han desempeñado como órganos constituidos los tribunales y cortes constitucionales. Por esta razón, tanto las constituciones políticas europeas redactadas en los últimos años, como aquellas constituciones latinoamericanas han dado vida a un gran número de tribunales de esta naturaleza, fenómeno por el cual toma cada vez más relevancia definir su esencia y concepción.

Al respecto, conviene recordar lo sostenido en su momento por el profesor Favoreu, de que “una Corte Constitucional es una jurisdicción creada para conocer especial y exclusivamente del contencioso constitucional, situada fuera del aparato jurisdiccional ordinario e independiente de aquél, como de los poderes públicos”.⁴⁷ Si bien, se ha visto que las frecuentes quejas que giran en torno a las Cortes o Tribunales Constitucionales versan sobre una función legislativa que han llevado a considerar

⁴⁷ Favoreu, Luis. *Les cours constitutionnelles*. Presses Universitaires de France, Paris, 2e édition mise à jour, noviembre, 1992. Louis Favoreu et Loïc Philip. *Le Conseil Constitutionnel*. Presses Universitaires de France. Paris, 6e édition corrigée, septiembre 1995.



que ocasionalmente “desbancan al Congreso”, o hasta caer en un posible “populismo judicial”, no por ello se puede omitir que la creación de un órgano especial como las Cortes o Tribunales Constitucionales, encargados de velar por la integridad y supremacías de sus respectivas Cartas Magnas, se explica en buena medida, por la función a ellas encomendadas de decidir sobre la constitucionalidad de los actos realizados por las más altas instancias del Estado. Por ello, necesariamente las determinaciones adoptadas por un organismo de tal naturaleza tendrán innegable incidencia política y serán siempre objeto de cualquier clase de críticas.

Que, si bien seguirán existiendo, también estará presente el hecho jurídico irrefutable de que representan el dique judicial ante las eventuales agresiones en contra del sistema democrático que identifica a los Estados donde existen estos órganos.

Carácter político y jurídico del control de la constitucionalidad

En la organización institucional y en la política en el ejemplo de los sistemas anglosajones, en los cuales el precedente establece las estructuras normativas aplicables, se observa cómo el papel del juez destaca en su doble función: la política y la judicial. En casos como éste, es evidente la importancia que han tomado las Cortes Constitucionales en la mayor parte de los Estados occidentales, siendo la Gran Bretaña la excepción más notable, inscribiéndose estos órganos a la familia jurisdiccional, al tratarse de órganos que producen derecho y juzgan, a diferencia de los sistemas en los cuales se encuentra adscrita la tradición romano-germánica, con especial apego al *ius-positivismo*, en donde el debate presenta matices particulares.

El término de órgano “político” es normalmente asimilado a connotaciones negativas relacionadas con decisiones presuntamente arbitrarias o discrecionales, por lo cual observaremos cómo esta calificación es frecuentemente rechazada. Sin embargo, no es posible negar que la función de árbitro y contrapeso, como es su designación,



composición y sus competencias, contribuyen a que las Cortes o Tribunales Constitucionales sean vistos como órganos políticos.

Es así como partidarios y no partidarios de las Cortes Constitucionales reducen sus funciones al dominio estrictamente jurídico, mientras que sus adversarios las critican o las condenan acusándolas de ser instrumentos políticos, olvidándose ante todo momento de su labor principal que es el control, la defensa y quien tiene la última palabra como intérprete de la Constitución. No obstante ello, en la práctica es demostrable que ellas ejercen jurisdicción, que son instituciones que crean derecho, sin que ello necesariamente signifique concurrencia de funciones con el parlamento.

Al respecto se destaca lo afirmado por el jurista Alfonso Michelsen López, un ex Presidente de la Corte Constitucional colombiana:

...esta práctica no es exclusiva de nuestro Tribunal Constitucional, sino que corresponde a una tendencia universal, ya que hasta en los propios Estados Unidos, cuna de la inconstitucionalidad, el mismo fenómeno se viene cumpliendo, de donde es preciso concluir que, si en Austria, Alemania, Francia, Italia y España, apelan al mismo recurso, es porque obedece a una necesidad de los tiempos que vivimos, o, como reza el proverbio 'Algo tiene el agua cuando la bendicen'.⁴⁸

No debe perderse de vista que al referirnos a estas entidades estamos ante órganos constituidos, previstos en las propias Constituciones, cuyo derecho constitucional es la expresión de proyectos y objetivos políticos con la adecuada selección de los sistemas y formas de gobierno para lograrlo, congruentemente producido por instancias políticas legitimadas por el sufragio universal, como ocurre con los respectivos parlamentos o los mismos gobiernos.

Si bien, actores sociales como la propia administración y los jueces constitucionales crean también Derecho sin haber recibido la unción del sufragio universal, en el caso de los jueces al fallar, analizan los hechos, los vinculan con las normas aplicables, pero

⁴⁸ López Michelsen, Alfonso *en Jurisdicción Constitucional de Colombia*, La Corte Constitucional 1992-2000. Realidades y Perspectivas, Corte Constitucional. Bogotá: Consejo Superior de la Judicatura, 2001, p. 46, citado por Tobo, Rodríguez, *La Corte Constitucional y el Control de Constitucionalidad en Colombia*. 4ª edición, Grupo Editorial Ibáñez, 2012.



también, en algunos, casos, utilizan herramientas interpretativas para poder dar alcance en la aplicación de una norma en un caso específico, o en la resolución de un conflicto cuya fórmula de decisión no está prevista por la ley; no debe perderse de vista que su origen y su competencia están previstos en la misma Carta Magna y son legítimos y legales, y el hecho de que no sea elegido por sufragio universal es una apreciación totalmente equivocada y malintencionada para desvirtuar su imagen por parte de quienes la hacen, ya que por el tipo de competencia que tienen, establecida constitucionalmente, la forma en la que viene elegido y nombrado cada juez o magistrado constitucional, no puede ser equiparable a la de un representante social, pues ambos son órganos con fines jurídicos y políticos diversos.

Tomando en consideración los aspectos ya mencionados, antes que deformar la realidad, más vale apreciar todas las facetas del juez constitucional sobre todo aquella en dónde se presenta una diferenciación entre los discursos de aplicación de normas y los discursos de su fundamentación.⁴⁹ La diferenciación entre ambas tareas resulta sumamente fructífera, pues al aplicar dicho análisis, desde el punto de vista del modelo del Estado Social de Derecho, se puede resaltar la labor del juez al proteger los derechos fundamentales, y la del legislador al establecer su protección, presentándose así, una doble relación, tanto de complementariedad como de “tensión” a la vez, entre el juez que aplica normas y el legislador que las produce.⁵⁰ Cada uno cumple su función en el marco de su competencia, sin que esto signifique una deslegitimación del juez constitucional que crea derecho al resolver casos específicos en los cuales se hace imperativo el cumplimiento de su labor jurídico-creativa.

“...al Tribunal Constitucional las razones legitimadoras, que tiene que tomar de la Constitución, le vienen dadas desde una perspectiva de la aplicación del

⁴⁹ Habermass, Jürgen. *Facticidad y Validez*, Editorial Trotta, 1998, p. 241.

⁵⁰ *Idem.*



*derecho, y no de la perspectiva de un legislador que ha de interpretar, desarrollar y dar forma al sistema de derechos al perseguir sus propias políticas*⁵¹.

De lo anterior, se puede concluir que estos órganos deben su naturaleza híbrida en gran parte a la ambivalencia de su tarea, la cual comprende la función de “decir el derecho al nivel más alto como intérpretes de la Constitución”, junto con su representación como elemento de contrapeso y de control político para impedir a los otros órganos constituidos del Estado traspasar sus competencias, haciendo respetar los valores que expresa la Constitución.

Los Tribunales Constitucionales en el sistema jurídico-político

Estos tribunales y cortes constitucionales están inmersos en un escenario en donde predomina el fenómeno globalizador, junto con las fuerzas reales de poder multinivel, como consecuencia de los factores económicos y financieros que dictan las directrices en los distintos continentes, a lo cual, en contrapartida, se encuentran los Estados modernos que enfrentan la necesidad de la defensa, seguridad y soberanía efectivas que se ven amenazadas por la internacionalización a ultranza, inclusive, en detrimento del núcleo mismo de las garantías constitucionales con las que cuentan los ciudadanos para la salvaguarda de sus libertades y derechos fundamentales. Es por ello que las democracias del hemisferio occidental y algunas en otras latitudes han levantado la voz, expresando sus preocupaciones por las presiones que cada vez son más recurrentes, sobre todo para los jueces constitucionales, y en general, para los funcionarios judiciales.

Precisamente por lo anterior, cobran mayor relevancia a la luz del sistema jurídico propio del control de constitucionalidad, los verdaderos Tribunales o Cortes constitucionales instituidos en Europa o en otra parte del mundo. Del mismo modo,

⁵¹ *Ibidem* p.335.



siguen siendo tan relevantes como en su época, las ideas expresadas por el profesor de filosofía y derecho público Hans Kelsen, quien estimó que la aplicación de las reglas constitucionales sólo pueden ser garantizadas si un órgano distinto del legislativo asumía la competencia de comprobar si una ley es constitucional o no, naciendo así el Tribunal Constitucional como órgano de jurisdicción especial, diferenciado y distinto a aquellos que integran la jurisdicción ordinaria o común.

Consecuentemente, como se ha venido exponiendo y el profesor Kelsen correctamente afirmaba, la idea central radica en que la justicia constitucional debía ser confiada a una Corte o Tribunal Constitucional independiente de todas las demás autoridades estatales, teniendo como condición para dicha independencia el establecimiento de un estatuto constitucional que defina su organización, funcionamiento y atribuciones, poniéndolo a salvo de los atentados que en su contra pudieran iniciar las autoridades sometidas al control del mismo órgano constitucional. A la par de la necesaria independencia, se requiere inclusive que dicho órgano detente el monopolio del contencioso constitucional, es decir que los jueces ordinarios no puedan conocer las demandas de inconstitucionalidad instauradas contra normas o actos contrarios al texto superior, circunstancia que implica la existencia de un control concentrado y excluyente de constitucionalidad a su cargo, al que se hizo referencia en el capítulo precedente.

Aspectos a destacar de la Cortes Constitucionales

Otra de las recomendaciones a destacar del profesor Kelsen en esta materia se refiere a los rasgos orgánico-estructurales que debían caracterizar a un tribunal constitucional, por lo que la organización de esta jurisdicción debería ser moldeada de acuerdo a las particularidades de cada Constitución. Así el jurista vienés subrayó su convicción de que los miembros de las cortes o tribunales constitucionales fueran designados por las autoridades políticas ya que, a diferencia de las jurisdicciones



ordinarias, los órganos constitucionales no deben integrarse sólo con magistrados de carrera, agregando así, que es oportuno reservar una plaza adecuada a los juristas de profesión, toda vez que su conciencia generalmente no está comprometida con los intereses políticos. Del mismo modo, para el profesor Louis Favoreu, en relación con la forma de designar a los integrantes de los tribunales constitucionales sostuvo en su momento:

“Si se compara la composición actual de las diversas Cortes Constitucionales, se constata que entre ellas existen muchas similitudes: las autoridades políticas, cualesquiera que ellas sean, han designado magistrados próximos o identificados con sus tendencias políticas, así, en Alemania, en España, en Italia, en Francia o Austria, los dos o tres principales partidos políticos comparten el decidir la elección de los magistrados y esto a pesar de que en Alemania o en España, se ha querido tomar precauciones para evitarlo; añadiendo que los orígenes de los miembros son muy parecidos, presentando como característica principal la importante proporción de profesores universitarios. En relación con la designación de profesores se puede notar que ello no es resultado del azar, pues se explica por el hecho que, en los países considerados, la independencia de los profesores universitarios es mayor que aquella de los magistrados.”⁵²

⁵² Favoreu, Luis. *Les cours constitutionnelles*. Presses Universitaires de France, Paris, 2e édition mise à jour, noviembre, 1992. Louis Favoreu et Loïc Philip. *Op. cit.*, p. 19.



Al respecto, para el profesor Henri Roussillon, estos tribunales o cortes son “una jurisdicción que ejerce una función política”, partiendo de la manera en que vienen designados sus miembros, así como por las calidades profesionales de éstos y el régimen que los separa de los órganos tradicionales de poder,⁵³ lo cual no es observable, en el caso alemán, donde la Constitución de la República Federal Alemana, aunque confiere a su tribunal constitucional una organización y competencias que participan de una concepción jurídica, señala en cuanto a éste, en el capítulo IX “del poder judicial” y en el artículo 92: “el poder judicial es confiado a los jueces y es ejercido por el Tribunal Constitucional Federal, por los tribunales federales previstos por la Ley Fundamental y por los tribunales de los *Länder*.”

A diferencia de este postulado, podemos resaltar que las disposiciones constitucionales francesas e italianas se inclinan por el lado político. En el caso francés, su Constitución de 1958 no lo encuadra en el poder judicial, pues el Consejo Constitucional tiene por función inmunizar al Ejecutivo de los atentados del Parlamento. Se trata de una función que marca un desequilibrio en detrimento del Legislativo. A su vez, se puede destacar como el mejor diferenciado, el caso italiano, el cual se encuentra perfectamente establecido en sus disposiciones relativas a la Corte, las cuales encontramos en el título VI de la Constitución, bajo el rubro “garantías constitucionales”, marcando correctamente el carácter particular de una institución nueva, es decir otro órgano constituido como los demás, dentro del mismo sistema político italiano.

Ahora bien, como denominador común en los países seleccionados (España, Francia, Alemania, Italia, Polonia y Rumanía) el aspecto político lo podemos identificar por la calidad de las autoridades que llevan a cabo la nominación, a excepción de Polonia y España, cuyos miembros del primero de los mencionados son elegidos

⁵³ Cfr. Roussillon, Henri, *Le conseil constitutionnel*, París: Dalloz, 4e édition, 2001, pp.8 y s.s.



individualmente por la Cámara de los Diputados solamente y en el caso de España los doce miembros del Tribunal son nombrados por el Rey, a propuesta de los otros órganos constitutivos previstos en su Constitución. En los demás casos, en la designación de los jueces o magistrados constitucionales participan los demás poderes constituidos existentes como el órgano ejecutivo, legislativo y judicial.

Un aspecto esencial que muchas veces es ignorado y es evidenciado tanto en la calidad y profundidad de los aspectos material como formal, es el contenido de las decisiones que emitan estos juzgadores, requisitos que no pueden cumplirse si los juzgadores tienen un escaso o pobre conocimiento especializado de la materia constitucional. Sobre ellos, podemos apreciar que, para ser jueces o magistrados constitucionales, desde este punto de vista las garantías son más fuertes en la República Federal Alemana e Italia, pues en el caso italiano los jueces son escogidos entre magistrados, profesores ordinarios de facultades de derecho y abogados que hayan ejercido durante más de veinte años su profesión. En el caso alemán, tres de los ocho jueces de cada una de las cámaras del tribunal son designados de entre los miembros de una jurisdicción federal suprema. Los cinco restantes deben reunir los requisitos que la ley alemana exige para ser juez. Por ejemplo, en el caso de Francia no está previsto ninguna exigencia de cualificación y, en consecuencia, dejan en principio campo libre a lo político. Sobre el particular se ha pronunciado el profesor Yves Mèny, estudioso de la ciencia política en su país, quien considera que el Consejo Constitucional francés está compuesto por una especie de "*amateurs*", aspecto que debería ser corregido progresivamente, pues la función del juez constitucional ha permitido a las autoridades y a los partidos políticos de ese país, concebir a la función como una



moneda de cambio para políticos de los cuales es necesario deshacerse con elegancia.⁵⁴

A la par de estas dos constantes como son el factor político y jurídico, está la conveniencia de que exista la independencia indispensable que deben tener los miembros de los tribunales o cortes constitucionales, la cual permite que estén al margen de las contiendas electorales y puedan encontrarse alejados de cualquier influencia de otro órgano constituido, particularmente del poder ejecutivo del Estado. Lo anterior, se ve robustecido y confirmado por los largos periodos de tiempo en que ocupan el cargo los jueces constitucionales.

Es oportuno dejar en claro que el caso de México será tratado particularmente, en la parte final de este estudio, una vez que sea abordada la temática de los capítulos siguientes y así el lector tendrá todos los elementos para poder contar con una amplia perspectiva y formar su propia opinión respecto a los objetivos y las conclusiones a las que pretende llegar el presente trabajo. A modo de resumen, véase este cuadro:

⁵⁴ Mény, Yves, *Politique Comparée, Les démocraties Allemagne, États-Unis, France, Grande Bretagne, Italie*. Montchrestien, 5ème édition, París, 1996, p.384.



PRINCIPALES CARACTERÍSTICAS DE LAS CORTES O TRIBUNALES CONSTITUCIONALES EN: ALEMANIA, ITALIA, ESPAÑA Y FRANCIA				
Tribunal o Corte	Tribunal Constitucional Alemán	Corte Constitucional Italiana	Tribunal Constitucional Español	Consejo Constitucional Francés
Forma de designación (número de miembros)	Bundestag, (Diputados) (8) Bundesrat (Senadores) (8) por mitades en cada una de las dos Salas integradas por 8 jueces	Presidente de la República (5) Parlamento (5) Magistraturas superiores (5)	Todos el Rey, a propuesta: Congreso de los Diputados (4) Senado (4) Gobierno (2) Consejo del Poder Judicial (2)	Presidente de la República (3) Presidente de la Asamblea Nacional (3) Presidente del Senado (3)
Cargos o actividades Incompatibles	Miembro del Gobierno o del Parlamento federal o local	Miembro del Parlamento o de cualquier órgano público	Integrante de cualquier órgano público nacional o local, dirigente de un partido político o sindicato	Miembro del Gobierno, Parlamento, Consejo Económico y Social o dirigente de un partido político
Control de las normas generales, <i>a priori/ a posteriori</i>	<i>A posteriori</i>	<i>A posteriori</i>	Ambos, <i>a priori</i> los tratados y las convenciones	<i>A priori</i> , de oficio: leyes orgánicas y tratados; leyes ordinarias (a petición de parte)
Efectos del control	Expulsión de la norma	Expulsión de la norma	Expulsión /bloqueo del tratado mientras sea anticonstitucional.	Bloqueo de todas las normas mientras sean incompatibles con la Constitución.
Derechos Humanos/ recursos constitucionales o de legalidad.	Sí, Queja (Amparo), contra actos concretos y normas generales	No. Sólo ante tribunales de legalidad	Sí, Recurso de Amparo, sólo contra actos concretos	No. Sólo ante tribunales de legalidad
Conflictos entre órganos	Sí	Sí	Sí	Sí
Tratados de Derechos Humanos (jerarquía)	Infraconstitucional	Infraconstitucional	Infraconstitucional	Infraconstitucional

Comentarios finales sobre los Tribunales y Cortes Constitucionales

Del anterior cuadro, podemos confrontar la información respecto a cada uno de los países analizados, que en el rubro de “**incompatibilidades**” se destacan aquellas de



orden político,⁵⁵ las cuales existen en todos los países; mientras que las incompatibilidades profesionales son en conjunto menos estrictas que las primeras, así en el caso de Francia, se observan que éstas son casi inexistentes siendo compatible la función de miembro del Consejo con el ejercicio de cualquier actividad pública o privada.

En el caso rumano, expresamente está permitido por su Ley Fundamental las actividades de la docencia, así como en España también, a parte de la anterior actividad, está contemplada la investigación y producción científica, jurídica, literaria, artística y técnica; en la Constitución de Rumania no está prohibido expresamente esta actividad para sus miembros. Los casos opuestos sería el de Italia en donde las prohibiciones son absolutas, ya que sus miembros no pueden ejercer ningún otro cargo, ya sea en el sector público, que en el privado.

En el caso alemán, los jueces inicialmente podían continuar su actividad de profesor de Derecho en las universidades, teniendo prioridad su actividad como juez sobre la de profesor universitario.⁵⁶ Sin embargo, el ex vicepresidente Mahrenholz auspició una extensión de las incompatibilidades hacia los docentes, con la finalidad de mejorar el rendimiento de la actividad jurisdiccional.⁵⁷

Referente a la **designación del Presidente** del tribunal o la corte constitucional, la cual evidencia la independencia institucional de cada órgano encargado del control de la constitucionalidad, es conveniente destacar las distintas variantes.

⁵⁵Es importante recalcar la exclusión del Tribunal o Corte Constitucional a los miembros del Parlamento o del gobierno, es decir, exclusión de miembros de instancias políticas, pues son precisamente sus actos los que el Tribunal debe controlar.

⁵⁶ Artículo 3 de la Ley de 12 de marzo de 1951.

⁵⁷ Luther, Jörg, *El estatus jurídico del juez constitucional en la experiencia alemana*. Biblioteca Jurídica Virtual del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM, www.juridicas.unam.mx



Los casos de Italia⁵⁸ y Rumania, donde existe una total independencia al observarse que sus Presidentes son elegidos por sus miembros (en votación secreta en el caso rumano), mientras que en el caso español pareciera suceder lo mismo, sólo que sus miembros a propuesta del mismo Tribunal Constitucional en Pleno deben proponer su nombramiento al Rey, quien finalmente lo designa. Hay quienes sostienen que su participación es puramente formal.⁵⁹ En total oposición tenemos a Polonia, en cuyo caso tanto el presidente, como el vicepresidente son nombrados por el Presidente de la República.

En el caso alemán, como en el francés, se busca la neutralización del factor político, por lo que respectivamente, sus presidentes y, el vicepresidente, en el caso alemán, se confían a personalidades de tendencias políticas diferentes; sin embargo, este resultado no se logra absolutamente en Francia, en donde el Presidente del Consejo Constitucional que es elegido por el Presidente de la República, dispone de voto decisorio en caso de empate, pudiendo incluso ser elegido presidente uno de los miembros vitalicios del Consejo (los antiguos Presidentes de la República), lo que reforzaría la influencia de la política sobre el Consejo.

En Italia, está establecido en el artículo 135 de la Constitución que el nombramiento del presidente sea aprobado por la asamblea plenaria de los jueces por mayoría absoluta de sufragios en las dos primeras votaciones o por mayoría simple en la siguiente vuelta, entendiéndose que, en caso de empate entre dos candidatos, se elegirá al de más antigüedad. En el siguiente cuadro presentamos algunas

⁵⁸ En el artículo 135 de la Constitución establece que el nombramiento del presidente sea elegido por la asamblea plenaria de los jueces por mayoría absoluta de sufragios en las dos primeras votaciones o por mayoría simple en la siguiente vuelta, entendiéndose que, en caso de empate entre dos candidatos, se elegirá al de más antigüedad.

⁵⁹ Véase la polémica que envolvió el nombramiento de García Pelayo como Presidente del Tribunal español en 1980. <http://www.geocities.ws/tdpcunmsm/proconst7.html>



observaciones y propuestas en relación con los aspectos más relevantes de la integración y funcionamientos de los tribunales constitucionales europeos.

Tribunal o Corte	Alemania	Italia	Francia	España	Polonia	Rumanía	Comentarios a destacar y sugerencias en algunos rubros
Constitucional							
Número de miembros:	16	15	9	12	15	9	<p>Hay quienes sostienen, como el propio Kelsen que, el número de miembros no tiene que ser muy elevado, dado que a este órgano le está encomendado pronunciarse esencialmente sobre cuestiones jurídicas, pues debe cumplir una misión puramente jurídica de interpretación de la Constitución⁶⁰.</p> <p>-Mi postura al respecto es que, al ser el órgano de mayor relevancia por su papel como guardián e intérprete de la Constitución, considero que entre 9 y 15 miembros es lo óptimo.</p> <p>-Los jueces constitucionales se benefician de otra garantía, que comparten con los parlamentarios: la inmunidad,⁶¹ no pudiendo ser perseguidos por las opiniones emitidas en el ejercicio de su función.</p>
Duración del cargo:	12 años	9 años	9 años	9 años	9 años	9 años	<p>-Hay una homologación en la mayoría de los países estudiados, salvo el caso alemán, cuya experiencia ha sido positiva y refleja que a mayor continuidad de sus miembros más sólidas son sus decisiones y varias cortes la emulan y la tienen como punto de referencia citando sus criterios.</p> <p>-En la duración y la renovación de los mandatos existe la idea consolidada y compartida por los países, de que una larga duración asegura la independencia de los jueces.</p>
Renovación del mandato:	No	No	No	No	No	No	-Los criterios reflejados en todos estos órganos, evidencian que el tiempo de duración es suficiente para alcanzar los objetivos del cargo.
Miembros de Derecho vitalicio	No	No	Ex Presidentes de la República	No	No	No	En el caso francés se puede percibir aparentemente un elemento político, el cual en la práctica no tiene mayor peso sobre el funcionamiento jurisdiccional del Consejo Constitucional.
Requisitos profesionales:	Tener al menos 40 años, y menos de 68 años, cumplir con la capacidad para ser juez y la condición de juez en un Tribunal Supremo federal.	Magistrado, catedrático de Derecho, o Jurista con 20 años de ejercicio profesional, pudiendo, incluso, estar ya jubilados.	Ninguno en especial, -por lo que podría estar conformado de personas que no sean necesariamente juristas.	Magistrado, Profesor de Derecho, o jurista de reconocida competencia con más de 15 años de ejercicio profesional o en activo en la respectiva función.	Juristas de reconocido prestigio.	Han de tener una formación jurídica superior, con una alta competencia profesional y una continuidad de al menos 18 años en la enseñanza jurídica superior.	<p>Aquí se destacan varios elementos esenciales para el perfil de este tipo de juzgadores:</p> <p>-la edad de 40 años cumplidos, junto con el factor experiencia (por la madurez que se asocia tanto física, emocional como profesionalmente).</p> <p>-que sean juristas, catedráticos o jueces, siempre y cuando se agregue la experiencia en la materia constitucional con independencia de su formación en alguna otra rama.</p> <p>-y una experiencia profesional comprobada en la materia</p>

60 Cfr. Kelsen Hans, *Teoría general del Derecho y del Estado*, México, Imprenta Universitaria, 1949.

61 Cfr. Zamora, Agudo Miguel, *El modelo institucional europeo de justicia constitucional*, <http://www.uco.es/derechoconstitucional/investigacion/documents/modelo-constitucional-europeo-justicia-constitucional-miguel-agudo.pdf>.



							constitucional de al menos 10 años.
--	--	--	--	--	--	--	-------------------------------------

LA VOLUNTAD DEL JUEZ CREADOR DEL DERECHO

Las posturas que encontramos en cada Nación sobre la forma como debe ser entendida la función del juez constitucional depende de los elementos jurídicos y políticos que convergen en el ejercicio de su competencia. En esa tesitura, el jurista Hans Kelsen había establecido que no se presentaba escisión alguna, entre el proceso de producción y aplicación de las normas, por una parte, y el de validación de su constitucionalidad;⁶² en esa misma línea de pensamiento se inscribe el ex juez del Tribunal Constitucional italiano Gustavo Zagrebelsky⁶³, quien afirma que el juez como “señor del Derecho”, la mayoría de las veces ostenta un rango superior al del operador legislativo⁶⁴, ya que el juez se encuentra mucho más abierto y disponible que el propio legislador a captar la esencia de la realidad social y las necesidades actuales y concretas de la vida colectiva.

Zagrebelsky sostiene que la función de la Corte es política, aunque no pertenezca como tal a la política; agrega que tiene mucho que ver con la democracia, pero finalmente no la aplica, ya que la Corte tiene por misión fundamental aplicar la Constitución, que es una norma que contiene todo aquello que no está sujeto a votación alguna. O, mejor dicho, la Constitución contiene todo sobre lo que ya no se

⁶² Kelsen, Hans. *Teoría pura del derecho*. UNAM/Porrúa. México, 1981, p. 244.

⁶³ Zagrebelsky, Gustavo, *Principios y votos*. El Tribunal Constitucional y la política, trad. de Manuel Martínez Neira, Madrid, Trotta, 2008.

⁶⁴ Zagrebelsky, Gustavo. *El derecho ductil*, Madrid, 1995, p. 150.



vota, porque "ha sido votado de una vez por todas en su origen por el poder constituyente". Sin embargo, el autor se pregunta que cómo en el ejercicio de la función jurisdiccional, cuyo objeto es el control de constitucionalidad de las leyes y demás actos de los poderes públicos, existe la contradicción o la paradoja, consistente en que la Constitución contiene aquello sobre lo que no se vota, pero los jueces la interpretan y la aplican votando a su vez.

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

En consecuencia, las cortes en estos últimos años han dimensionado la labor del juez constitucional como creador del Derecho, al establecer que sus pronunciamientos permiten construir bases sólidas sobre las cuales edificar las estructuras del constitucionalismo actual respectivamente, con lo cual la mayoría de las cortes⁶⁵ han defendido y conforme a dicho criterio dicen entender que el respeto a los precedentes es de suma importancia, por lo que han afirmado que deben ser consistentes con sus decisiones previas por cuatro razones:

- Para la protección de la libertad ciudadana y la permisión del desarrollo económico.
- Por elementales consideraciones de seguridad jurídica y de coherencia del sistema jurídico.

⁶⁵ Por ejemplo, en el Caso de la Corte Colombiana, cuyo artículo 116 establece que la Corte es parte de la Rama Judicial del Poder Público, y en su sentencia T-292 de 2006 señala que la "seguridad jurídica de un sistema normativo se funda precisamente en el respeto que se le asigne a las disposiciones constitucionales que irradian todo el ordenamiento, y a la unidad y armonía de los diferentes niveles legales, con las disposiciones de la Carta".



- Para respetar el principio de igualdad, ya que sería injusto que casos iguales sean resueltos de manera distinta por un mismo juez.
- En beneficio de una mínima racionalidad y universalidad, que los obliga a resolver el problema que les es planteado de una manera que estarían dispuestos a aceptar en otros casos con caracteres análogos.

Es así como el concepto originario con el que se identificaba la labor de los tribunales constitucionales, según la etiqueta kelseniana, como “legislador negativo”, que se limita a retirar del ordenamiento jurídico normas contrarias a la Constitución, ha venido mutando,⁶⁶ para ser sustituida por el concepto del juez creador del Derecho. Esta realidad se demuestra con la aparición del método de manipulación o modulación de sus decisiones para darle un alcance o un efecto a la norma revisada, diferente al que le otorgó el legislador, como veremos a continuación.

TIPOLOGÍA DE LAS DECISIONES EMITIDAS POR LOS ÓRGANOS DE CONTROL DE LA CONSTITUCIONALIDAD COMO FUENTE DE DERECHO

Es un hecho innegable que uno de los temas en el ámbito de la justicia constitucional que actualmente ocupan los reflectores en el mundo lo constituye los poderes que tienen los jueces constitucionales.

Este tema va más allá del exclusivo análisis de la tipología de las sentencias en cuestiones de constitucionalidad, que de conformidad con el jurista Rubén Hernández Valle, es tan extenso que abarca también sus potestades durante la tramitación de los diferentes procesos constitucionales (*habeas corpus*, amparo, etc.) así como sus actuaciones durante la etapa de ejecución de las sentencias. Si bien, tenemos que la sentencia en general es un acto típico de la jurisdicción, -comprendida la

⁶⁶ Aja, Eliseo, *Las tensiones entre el Tribunal Constitucional y el legislador en la Europa actual*, Barcelona, Ariel, 1998.



constitucional- ésta la conforman ciertos requisitos como: la **motivación**, en la cual se explican en forma suficiente las razones de la decisión, por las cuales la Corte o Tribunal Constitucional considera que el precepto examinado es conforme a la Carta Política o, en caso contrario, exponiendo los argumentos que lo llevan a declararlo de acuerdo o adverso a la Constitución. Dentro de la motivación encontramos también la denominada *ratio dicendi* –o “hilo lógico” del razonamiento de los jueces, que comprende en los sistemas de *common law*, tanto el principio de Derecho como el hecho considerado por el juez esencial y cualificador (*holding*) que asumen mayor relieve que los *obiter dicta*, esto es, las consideraciones accesorias⁶⁷ y; por otra parte está el elemento **dispositivo o resolutivo** (parte del pronunciamiento donde el tribunal o corte decide concretamente la controversia).

Hay que tener presente que en los sistemas donde el control está centralizado, la distinción entre la parte dispositiva y la motivación es muy importante, al menos allí donde el efecto vinculante de la decisión no se extiende a la parte de la motivación. La razón se debe a que en tales sistemas la parte dispositiva es la que provoca la anulación de la ley y es por tanto, esta parte del pronunciamiento la que produce los efectos típicos.⁶⁸

Atendiendo a su naturaleza, las sentencias proferidas al término de un proceso de control abstracto o concreto están sometidas a los principios de **congruencia y colegialidad**.

En el caso de la congruencia, este principio impone al órgano el deber de elaborar la sentencia cuidando de mantener la correspondencia entre la demanda, la motivación y

⁶⁷ La distinción entre *obiter y dicta* fue enunciada en 1673 en la sentencia *Bole vs Norton (Vaughan's Reports, 360, 382)* donde C.J. Vaughan evidenció que la máxima libertad del juez acerca de la motivación del litigio está contraequilibrada por el hecho de que no todo aquello que él dice condiciona la sentencia.



la parte resolutive, evitando expedir decisiones *extra petitum*, *ultra petitum* o no basadas en la *causa pretendi*.

Siendo órganos **colegiados**, las Cortes o Tribunales constitucionales actúan comúnmente en función de lo que decidan sus integrantes, a pesar de que algunas veces, por razón de las divergencias de criterios jurídicos, aparezcan opiniones disidentes llamadas también votos particulares o salvamentos de voto, mediante los cuales uno o varios magistrados y/o jueces constitucionales se apartan de la decisión mayoritaria.

Por lo general, encontramos desde los primeros fallos emitidos por los distintos órganos que ejercen el control concentrado de constitucionalidad, que ha estado presente el interés por explicar la naturaleza, el contenido y los efectos de sus decisiones, partiendo del supuesto que una simple declaratoria de exequibilidad o de inexecutableidad no es suficiente para mantener la vigencia y la supremacía de la Carta Política, siendo necesario que el juez de constitucionalidad contribuya corrigiendo y completando el sistema jurídico.

Encontramos de manera genérica en las decisiones judiciales adoptadas por los distintos órganos que ejercen el control de la constitucionalidad de manera concentrada, las siguientes características principales, analizando únicamente las decisiones emitidas por estos órganos cuando ejercen control abstracto y con efectos *erga omnes*, es decir, no serán consideradas las providencias expedidas para resolver sobre peticiones de amparo, en tanto control concreto de la constitucionalidad. En general, las sentencias de control abstracto caben en esta clasificación. No obstante, se

⁶⁸ En el caso de Alemania –artículo 31.2 ley sobre el Tribunal Constitucional- y en Italia hasta hace pocos años (ley 839/1984) se publicaba en la *Gazzetta* o en el *Bolletino ufficiale* sólo la parte dispositiva.



profundizará a continuación en el estudio de estas providencias a partir de lo que se conoce en la doctrina como la *modulación de fallos*.

La forma de clasificación de estas sentencias será abordada genéricamente y a partir de la *modulación de los fallos*, lo cual comprende efectos sobre el contenido de la decisión y sobre la aplicación en el tiempo de lo decidido por los mismos órganos que la emiten, para explicar que ellas están inmersas en dos grandes grupos:

- A) sentencias moduladas con efectos **sobre los alcances temporales** de la decisión.
- B) sentencias moduladas con efectos **sobre el contenido** de la decisión.

Sentencias moduladas con efectos sobre los alcances temporales de la decisión o también identificadas como sentencias desestimatorias de inconstitucionalidad.

Esta clasificación de las sentencias que por lo general dictan las cortes o tribunales constitucionales, está dividida en cuatro modalidades, a saber:

Sentencia desestimatoria simple o fallo de exequibilidad simple.

Son aquellas proferidas al ejercer el control de constitucionalidad automático, previo o posterior, mediante las cuales se declara la exequibilidad de la norma examinada, por lo que estamos frente a **que el vicio alegado es inexistente** y por tanto se trata de una constatación negativa de inconstitucionalidad al **declarar que toda o una parte de la disposición**, acto o norma impugnados **no son inconstitucionales** y conservar la norma vigente en el ordenamiento jurídico en las condiciones en que fue emitida por el propio legislador, por considerar que la misma no está en contravía de las disposiciones constitucionales superiores.



Esta declaración desestimatoria no precluye la posibilidad de que la misma cuestión pueda plantearse posteriormente, en iguales, distintos o similares términos, en otro caso diferente, **ya que el juez constitucional siempre conserva el derecho de cambiar de criterio**, lo cual puede darse por una variación en el pensamiento de los miembros del órgano, o bien por un cambio en su misma composición. Estas sentencias pasan a ser cosa juzgada generalmente, y puede ocurrir que en el futuro se pronuncie nuevamente sobre la materia, en virtud de la cosa juzgada.

Fallo de inexecutableidad

Son aquellas proferidas por las cortes o tribunales cuando ejercen el control de constitucionalidad de oficio, previo o posterior, mediante las cuales se declara la inexecutableidad de la norma examinada, al establecer que la disposición contraviene lo estipulado por la Carta Magna, que impide la entrada en vigencia, o termina la vigencia de la norma, con lo cual la norma es retirada del ordenamiento jurídico desde el momento mismo de la emisión de la sentencia por lo que forzosamente deberá salir del ordenamiento jurídico y, por lo tanto, se prohíbe la reproducción y aplicación de su contenido a todas las autoridades en los términos que su respectiva reglamentación prevea.

Sentencias desestimatorias interpretativas o fallo de executableidad condicionada

También conocidas como **sentencias interpretativas conforme a la Constitución**, visto que el juez constitucional rechaza el vicio de inconstitucionalidad alegado sobre la base de una interpretación del acto o de la norma impugnados, *los cuales si están conforme con la Carta Magna o en su caso con el bloque de constitucionalidad.*



Este tipo de pronunciamientos declaran la imposibilidad de interpretar una norma en un sentido determinado como **inconstitucional y al mismo tiempo indican la forma correcta en que debe interpretarse aquélla para que sea compatible con la Constitución**. En pocas palabras, permiten la entrada en vigencia, o dejan la norma vigente en el ordenamiento jurídico, **pero siempre que se realice la interpretación tal y como la Corte o Tribunal Constitucional, en su caso, expresamente lo establezcan**. Consecuentemente, los “considerandos” devienen vinculantes, con efectos *erga omnes*, lo que impide en principio, que la norma impugnada se le pueda válidamente conferir otra interpretación diferente tanto en sede judicial como en sede administrativa.⁶⁹

Sentencias inhibitorias

Son aquellas en las cuales la corte o tribunal constitucional pone fin a una etapa del proceso, pero se abstiene de examinar el asunto que le es sometido, dejando de adoptar una decisión de mérito; es decir, no hay resolución sobre el fondo del caso, por lo que el problema jurídico queda en el estado inicial. Esta clase de sentencia no se vuelve cosa juzgada y es emitida, principalmente, en los siguientes casos:

- cuando la norma demandada ha sido examinada por la Corte anteriormente por los mismos cargos;
- por ineptitud sustantiva de la demanda, que vale decir que no presentó razones claras, ciertas, específicas, pertinentes y suficientes que fundamentaran el *petitum*, y

⁶⁹ Hernández Valle, Rubén., *Los poderes del juez constitucional*. Biblioteca Jurídica Virtual del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM.

<http://biblio.juridicas.unam.mx/libros/2/626/5.pdf>



- por la carencia actual de objeto, cuando durante el proceso o antes del mismo la norma *sub examine* es derogada, subrogada o declarada inexecutable.



Como se desprende de los sistemas jurídicos constitucionales anteriores, en principio podemos observar que la aplicación de las normas o disposiciones jurídicas es de carácter:

- general, inmediato y hacia el futuro, pero eventualmente con retroactividad; y
- podrá tener otro efecto temporal si el propio legislador así lo determina.

En lo que se refiere a las sentencias de los órganos encargados de ejercer el control de la constitucionalidad en el caso de países como Alemania, Italia, España, Francia y México, los efectos de sus sentencias, por regla general, son *ex nunc*, salvo que las mismas Cortes o Tribunales respectivamente, asignen otros efectos temporales. Por tanto, dichas sentencias, por regla general son de inmediato y obligatorio cumplimiento, tienen efectos hacia el futuro y pueden afectar situaciones que se han originado en el pasado *ex tunc* (retroactividad), es decir, situaciones jurídicas en curso al momento de entrada en vigencia de la norma.

En reconocimiento a los principios de seguridad y certeza jurídica, debido proceso y buena fe, entre otros, las Cortes o Tribunales constitucionales anteriormente mencionados, han acogido el fenómeno de la prohibición de retroactividad e irretroactividad como aspectos fundamentales del desarrollo de los efectos temporales de sus sentencias de control de la constitucionalidad, ya que tales sentencias no tiene *per se* la virtud de regular situaciones que se han consolidado jurídicamente antes de su ejecutoria.

De esta manera, atendiendo a los efectos relacionados con la aplicación temporal de las normas sometidas a control, pueden clasificarse en: sentencias de inconstitucionalidad retroactiva o *ex tunc*, o sentencias con efectos hacia el futuro o *ex nunc*, y de inconstitucionalidad diferida.



Sentencias ex tunc o de inconstitucionalidad retroactiva

Los efectos que se determinarán de manera retroactiva o efectos “*ex tunc*” de una sentencia, implica establecer si la decisión de inconstitucionalidad de una norma debe retrotraerse al momento de entrada en vigor de la disposición revisada, lo que significa que las situaciones definidas y consolidadas en vigencia de dicha norma deben retrotraerse, procurando que tales situaciones vuelvan al estado anterior que se encontraban al momento de entrar en vigor la disposición objeto del pronunciamiento de inexequibilidad.

Grados de modulación de los efectos retroactivos

Los efectos retroactivos se modulan, debido a la importancia de delimitar el “impacto que provocan en las decisiones sobre las relaciones jurídicas”, los cuales pueden ser graduados en tres niveles:

La retroactividad en grado mínimo, el cual se presenta cuando la declaratoria de inconstitucionalidad sólo se aplica respecto a los hechos pasados, considerando el proceso donde se ha originado la duda de inconstitucionalidad. Este tipo de retroactividad no es predicable de todos los procesos constitucionales, sino sólo aquellos incidentales en que la declaración de inconstitucionalidad ha tenido su origen en un juicio.

La retroactividad en grado medio, que se origina cuando la sentencia despliega su eficacia hacia el pasado afectando a todas las relaciones jurídicas surgidas al amparo de la ley inconstitucional, excepto las agotadas; y



La retroactividad en grado máximo, que se da cuando la sentencia se aplica al pasado afectando todas las relaciones jurídicas nacidas al amparo de la ley declarada inconstitucional, se considera, por ende, que todos los efectos de la ley desaparecen.

Sentencias ex nunc con efectos hacia el futuro

Como se comentó, la generalidad que encontramos en los sistemas de control de la constitucionalidad de los países anteriormente referidos es que por principio, las decisiones de sus órganos encargados del mismo, tienen efecto hacia el futuro, con lo cual, una vez notificada la decisión de inexecutable, se entiende que la norma concernida es excluida del sistema normativo, pero la decisión judicial no modifica situaciones jurídicas consolidadas durante la vigencia del respectivo precepto.

Sentencias de inconstitucionalidad diferida

Este tipo de efectos que deben estar fundamentados constitucionalmente, sobrevienen cuando las Cortes o Tribunales Constitucionales no se encuentran obligados a emitir una providencia de simple inconstitucionalidad, en la que sólo excluya del ordenamiento jurídico la norma acusada con efectos *ex nunc*, sino que, por el contrario, está válidamente investida por la propia Constitución para emitir una providencia en la que difiera la inconstitucionalidad hasta que se compruebe que el órgano legislativo respectivo profiera una norma que regule la materia que venía siendo regulada por el precepto declarado inconstitucional, siempre que la nueva normativa sea compatible con la misma Constitución.

Así las cosas, todo cuanto se ha dicho hasta ahora suscita el problema de las sentencias constitucionales como fuente de Derecho, de la que surge la interrogante sobre ¿si el carácter de fuente de una sentencia se refiere a la totalidad o sólo a la parte dispositiva (resolutiva) de la misma?



Siendo conocido por todos que en los ordenamientos de *common law*, refiriéndonos al sistema difuso, en el caso del precedente judicial, éste se considera fuente del Derecho y por otro lado, que la idea, según la cual, nunca pueden ser consideradas como tales las decisiones asumidas por los Tribunales o Cortes Constitucionales en sede de control preventivo de las leyes (o de otros actos normativos), observamos cómo –a pesar de autorizadas opiniones contrarias- es preferible la tesis de que también en los sistemas de *civil law*, deban incluirse como fuente del Derecho las sentencias de los Tribunales o Cortes constitucionales con eficacia *erga omnes*.

En conclusión, lo que se pretende en concreto, independientemente del modo en que se configure o venga denominado el efecto producido por la decisión que declara la inconstitucionalidad de una ley o de un acto normativo vigente (y por tanto la anulación o la abrogación), es que el resultado alcanzado sea precisamente el de expulsar normas del ordenamiento jurídico, pero también de introducir otras nuevas.⁷⁰

Como el lector habrá constatado, esta materia se vuelve compleja y controvertida en el Derecho comparado, debido a que existen muchas clasificaciones. Nuestra propuesta de clasificación para los fines del presente trabajo se presenta a continuación:

⁷⁰ Guastini, Riccardo. *Teoria e dogmatica delle fonti*, Milano, 1998, p.494 y ss. y en especial p. 511, que la calificación del carácter de fuente dependa sobre todo del significado que se otorgue a este vocablo, lo ha señalado recientemente, Pegoraro L. y A. Reposo, *Le fonti del diritto negli ordinamenti contemporanei*, Bologna, 1993, p.9 y ss. (que acogen la opinión favorable: p. 168 y ss.). A. Pizzorusso, *Delle fonti del diritto, en el Commentario del Codice civile*, coordinado por A. Scialoia y G. Branca, Bologna 1977, p.277. Entre los más convencidos defensores de la tesis de que todas las sentencias estimatorias son fuente del Derecho. Cfr. L. Paladin, *Le fonti del diritto italiano*, cit., p. 456 y ss, limitadamente a las sentencias creativas.



Sentencias moduladas con efectos sobre el contenido de la decisión

Exhortativas o estimatorias de inconstitucionalidad simple

Sea en nuestro continente o en otros, la hipótesis kelseniana sobre la simple alternativa [estimatoria-desestimatoria], ha sido superada, o a su vez escindida en otras subdivisiones, o acompañada de otras alternativas ante la extraordinaria variedad de supuestos y requerimientos fácticos con los que los Tribunales Constitucionales o Cortes han tenido que trabajar para poder llevar a cabo sus funciones.⁷¹

En general, la sentencia estimatoria tiene como finalidad específica eliminar las disposiciones y los textos normativos o los actos concretos del ordenamiento jurídico, mediante la respectiva declaratoria de nulidad, cuando éstos son objetos del control de constitucionalidad. Este tipo de sentencias se encuentran previstas en las legislaciones austriaca y en la alemana entre otras, principalmente y se caracterizan porque el juez constitucional, al considerar que una determinada disposición es contraria a la Constitución, en vez de declarar su nulidad, le confiere un plazo determinado al legislador para que reforme la disposición impugnada, con el fin de eliminar su parte incompatible con la Constitución. Si dicha reforma legislativa no se produce dentro del plazo señalado en la sentencia, entonces la norma impugnada se anula automáticamente a partir de ese momento.

Se trata de una sentencia de inconstitucionalidad, cuya eficacia anulatoria queda sujeta a una condición suspensiva. Si dicha condición llega a producirse, es decir, que el legislador cumpla la exhortación del juez constitucional, la sentencia estimatoria no

⁷¹ Rubio Llorente, *La jurisdicción constitucional como forma de creación de derecho*, Revista Española de Derecho Constitucional, Año 8. Núm. 22. Enero-abril 1988.



surte efectos anulatorios. Así, estamos ante una técnica que pretende evitar que se califique al juez constitucional como legislador negativo y con ello darle la oportunidad al órgano constituido competente, dentro de un plazo razonable, de que enmiende aquello que va en contra de la Carta Política.

- *Declaratoria de inconstitucionalidad simple de carácter parcial*

Estos fallos tienen la particularidad de que la declaratoria puede ser parcial cuando se refiere a una parte de un texto (un párrafo, un artículo, etcétera) o una parte de un acto, dejando como válidas las restantes disposiciones contenidas en el texto normativo impugnado. Un claro caso lo tenemos en la demanda de inconstitucionalidad dirigida a que se declare la nulidad de una disposición contenida en algún código sustantivo, que, en el caso de ser acogida, sólo afectaría la validez del artículo impugnado y no, la de las demás disposiciones contenidas en tal ordenamiento.

- *Declaratoria de inconstitucionalidad simple de carácter total*

Las sentencias referidas en el punto precedente de carácter simple o parcial, pueden ser también totales, cuando afectan la totalidad del texto normativo o del acto impugnados. Verbigracia, cuando se declara la inconstitucionalidad de toda una ley por una violación en el procedimiento de su formación. En este ejemplo, el juez constitucional elimina toda la ley, es decir, la disposición normativa completa desaparece del ordenamiento jurídico.

Modulación de los fallos interpretativos o condicionados proferidos por las Cortes o Tribunales Constitucionales.

Los principios de preservación del Derecho, el de seguridad y certeza jurídica y la presunción de constitucionalidad de las normas sirven a estos organismos que se



hacen cargo del control de la constitucionalidad como fundamento para procurar mantener dentro del sistema jurídico las disposiciones examinadas, utilizando argumentos basados en el texto de la Constitución Política. Este método de análisis ha dado lugar a la aparición de las llamadas sentencias “interpretativas” o también llamadas “manipulativas”, a través de las cuales son modulados los efectos de la respectiva decisión.⁷²

En la actualidad se puede percibir la permanente evolución del Derecho gestada desde la constante creación de normas jurídicas procedentes de los estrados judiciales. Usualmente vemos como en las propias constituciones, por lo general, se establece que los jueces al momento de tomar una decisión sólo están sometidos al imperio de la ley y aquel de su propia competencia. Empero, en la práctica se observa cómo, aunque sus propias Constituciones establecen la sujeción a su normatividad, el operador no puede reducirse a la observación minuciosa y literal de un texto legal específico, sino que por lo general, debe tomar en cuenta todo el ordenamiento jurídico como conjunto integral y armónico de normas, estructurado para la realización de los fines consagrados en las respectivas Cartas Magnas.

El problema de las sentencias interpretativas o condicionadas y su clasificación

En términos generales, se trata de sentencias en cuyo caso el tribunal o corte Constitucional considera que la norma examinada puede ser declarada inexecutable, sin embargo, decide declarar su exequibilidad manteniéndola dentro del sistema normativo, siempre y cuando al menos una de las formas de interpretarla resulte conforme a Constitución. Así, la corte o tribunal limita la aplicación y los efectos de la norma, acogiendo una interpretación conforme a la Constitución y expulsando la interpretación contraria al texto superior.

⁷² Tobo Rodríguez, *La Corte Constitucional y el Control de Constitucionalidad en Colombia*. 4ª edición, Grupo Editorial Ibáñez. Unidad quinta, 2012.



De esta manera, el tribunal o corte “manipula o condiciona” la aplicación y los efectos de la norma declarada exequible bajo criterios de interpretación constitucionalmente admisibles o de efecto manipulativo, al sólo declarar la anticonstitucionalidad de una parte de la disposición impugnada. Se recurre a este tipo de fallos cuando la norma impugnada no tiene un sentido claro, siendo necesario acudir a diferentes posturas interpretativas para establecer cuál de ellas resulta ajustada a la Constitución. La característica en común de este tipo de sentencias es declarar tanto la inconstitucionalidad de textos como de normas, dependiendo su modalidad. Empleando esta técnica las Cortes o Tribunales constitucionales han desatado conflictos hermenéuticos y han planteado algunas hipótesis o directrices a seguir, en esta clase de sentencias:

1. Si una disposición legal está sujeta a diversas interpretaciones por los operadores jurídicos, pero todas ellas se adecuan a la Carta Magna, deben las Cortes o Tribunales limitarse a establecer la exequibilidad de la disposición controlada, sin que pueda establecer con fuerza de cosa juzgada constitucional el sentido de la norma legal porque ninguna interpretación contraviene al texto constitucional, debido a lo cual, la exégesis de la disposición legal que prevalece es una tarea que corresponde a los jueces ordinarios, los cuales ejercen el control de la legalidad.
2. Si todas las interpretaciones de la disposición legal recurrida desconocen la Constitución, entonces la Corte o Tribunal debe simplemente retirar la norma general del ordenamiento jurídico respectivo; y
3. Si la disposición legal admite varias interpretaciones, de las cuales algunas contravienen la Carta Magna, pero otras se adecuan a ella, entonces corresponde al órgano encargado del control de la constitucionalidad emitir una decisión condicionada o sentencia interpretativa que establezca cuáles sentidos de la disposición analizada se mantienen dentro del ordenamiento jurídico y cuáles no son constitucionalmente válidos. En estos casos, las cortes o tribunales constitucionales analizan la disposición recurrida como una proposición normativa compleja que está integrada por otras proposiciones normativas



simples, de las cuales algunas, individualmente, no son admisibles, por lo que deberán ser suprimidas como posibilidades de exégesis.

Esta última surge cuando se produce una inconstitucionalidad por interpretación errónea o aplicación indebida de una norma en un caso en concreto, proveniente tanto de autoridades administrativas como judiciales, dado que la norma recabada de esa interpretación se pone en abierto contraste con la Constitución. En estos casos, no se declara inconstitucional el texto o la disposición de la norma o del acto impugnado, sino dicha interpretación indebida que hacen tales autoridades de dicho texto, creando nuevas normas, distintas a las contenidas en la disposición interpretada o aplicada. Lo que sucede es que el texto se mantiene inalterado y sigue surtiendo sus efectos normales. Sin embargo, las autoridades administrativas o judiciales, según sea el caso, quedan inhibidas, en lo sucesivo, para darle a ese texto la interpretación declarada inconstitucional, pretendiendo con ello que los demás órganos administrativos y judiciales interpreten las normas impugnadas de manera incorrecta y contra constitución.

Con estas sentencias en particular, incorrectamente surge todavía la interrogante referente a que si la interpretación dada por el juez constitucional es o no vinculante para los demás órganos administrativos y judiciales, especialmente para los tribunales de casación en los sistemas mixtos o difusos. En la praxis se ven frecuentes enfrentamientos, pues las salas de casación son proclives a desconocer las interpretaciones que realizan los tribunales o cortes constitucionales de los textos legales. De esa forma, se produce una dicotomía interpretativa entre dos altos tribunales: uno obligado a velar por la legalidad (sala de casación) y otro con competencia para tutelar el principio de la supremacía constitucional (los tribunales o cortes constitucionales). Lo anterior se encuentra ya superado y fuera de toda duda en los sistemas concentrados dónde la vinculación es clara e inobjetable.



Desafortunadamente y en menoscabo de los principios de certeza y seguridad jurídica, en los países con sistema de control difuso o mixto, la mayoría de las legislaciones para tales fallos, no impiden interpretaciones diferentes de las dictadas por el juez constitucional, a condición de que tales interpretaciones sean conforme a la Constitución.

Lo anterior, muchas veces es visto por aquellos estudiosos aún defensores del sistema difuso o mixto, como una solución que tiene como ventaja la de permitir una mayor creatividad de los operadores del Derecho. La realidad es que tal circunstancia provoca incertidumbre e inseguridad jurídica, pues en cualquier momento se puede producir una nueva interpretación de la norma impugnada que contraviene a la Constitución, lo que obliga al perjudicado a plantear otra acción de inconstitucionalidad con el fin de que la nueva interpretación sea declarada inconstitucional, con el riesgo siempre presente del criterio que tenga el siguiente juzgador en turno al respecto y sobre todo, la reflexión relativa a si la interpretación dada por el juez constitucional es o no vinculante para los demás órganos administrativos y judiciales, especialmente para los tribunales de casación, la cual como ha quedado pendiente de definir correctamente se presta a la discrecionalidad sobre su evaluación.

Recapitulando lo visto hasta ahora, se tiene que el juicio que hace el órgano encargado del control de la constitucionalidad es comparativo, por lo que se confrontan las normas de ley que se consideran viciadas (objeto de control) y las normas constitucionales que se asumen infringidas (parámetro de control) y se aplica el principio de la correspondencia (entre pedido y pronunciado), pues la resolución debe estar contenida entre los límites de la impugnación.

Si se presenta la inconstitucionalidad por los efectos del texto o la norma impugnada, estas sentencias declaran que un texto o una norma son inconstitucionales, no por el



hecho de que violen una norma, principio o valor constitucional determinado de manera directa, sino más bien porque su aplicación modifica inconstitucionalmente otra norma del ordenamiento, o bien porque su aplicación conlleva a la violación indirecta del bloque de constitucionalidad. Es así, que puede afirmarse que su aplicación produce una trasgresión, de manera refleja o indirecta, de la misma Constitución.

Se hace tanto énfasis en el efecto “manipulativo”, porque éste se refiere al hecho de producir una real y propia innovación en el sistema normativo, en donde las cortes o tribunales no se limitan a eliminar las disposiciones legislativas sometidas a su conocimiento, sino las condicionan, transforman, las adecuan, o en su caso las integran. Algunos estudiosos de esta materia provenientes de Italia sostienen que este tipo de sentencias han causado dificultades, sea en las relaciones entre cortes y la magistratura en cuanto a la interpretación de las leyes y también en las relaciones entre las cortes y sus respectivos parlamentos, ya que las cortes parecen proponerse como suplentes del legislador, puesto que cualquiera que sea su decisión, ésta contiene un elemento de innovación, por tanto el problema se puede presentar no sólo con referencia a la calidad de las sentencias, sino también a la calidad de la actividad creadora de las mismas cortes o tribunales constitucionales. Encontramos entre ellas, los siguientes tipos de sentencias:

Sentencias de aceptación reductivas

Son aquellas en las que el órgano encargado del control de la constitucionalidad resuelve declarando ilegítima una parte de una disposición o uno de los posibles significados (normas) obtenidos de ella. La corte o tribunal en el primer caso, reduce el texto de una prescripción normativa limitadamente a determinadas palabras o párrafos de un artículo para ser manipulado el texto de ley. En el segundo en cambio, dado que la disposición es susceptible de más de una interpretación y dichas



interpretaciones pueden ser recabadas de más normas, la corte o tribunal declara en este caso ilegítima sólo una de estas normas y así el texto viene reducido en el número de las interpretaciones posibles y la manipulación opera entonces sobre las normas que pueden extraerse del texto, eliminando sólo una norma específica.

Sentencias aditivas o integradoras simples

Son aquellas resoluciones pronunciadas para preservar las disposiciones sometidas a control, agregando las cortes o tribunales constitucionales un texto que el legislador no incluyó y sin el cual la norma resulta inexecutable, es decir, son las que dictan los jueces constitucionales *en los casos de inconstitucionalidad por omisión*.

La sentencia integradora permite al órgano encargado del control de la constitucionalidad complementar la norma examinada, agregándole textos existentes en otra proposición jurídica o enunciados creados por el tribunal o corte constitucional que permitan complementarla para de esta manera declararla executable.

En otras palabras, se declara ilegítima una disposición en la parte *que no se prevé* una cierta norma cuya existencia es necesaria para no contravenir la Constitución y que viene agregada al texto por la sentencia de la misma corte. En todos estos casos, la corte o tribunal constitucional se encarga de las omisiones del legislador, declarando anticonstitucional las disposiciones impugnadas –en la parte en que se omite proveer–

Conviene señalar que los tribunales o las cortes con estas sentencias aditivas pueden invadir un espacio reservado al legislador.

Estamos frente a decisiones en las cuales, todos estos entes constitucionales consideran que la norma examinada omite un texto que debió ser previsto por el legislador para que la misma resultara conforme a la Constitución, con lo cual, las



cortes o tribunales no expulsan del ordenamiento jurídico la disposición examinada, sino que le agregan un texto o un contenido executable, incorporando elementos al enunciado normativo para que el mismo comprenda supuestos no contemplados por el legislador. Luego, se trata de aquellas hipótesis en que el texto o la norma impugnados son inconstitucionales no por lo que dicen, sino más bien por lo que callan u omiten. Estas sentencias se presentan en dos hipótesis:

- cuando se viola el principio de igualdad; o
- cuando se conculca el de irretroactividad de las normas y actos públicos.

El primer ejemplo, *cuando se viola el principio de igualdad* es frecuente cuando la norma impugnada otorga un tratamiento favorable a una determinada categoría de personas y guarda silencio respecto de otro grupo de sujetos que, sin embargo, se encuentran en la misma situación de hecho que la primera. Los poderes del juez constitucional, en este tipo de sentencias, le permiten ordenar la equiparación de los sujetos discriminados por la norma impugnada, de manera tal que aquél crea una norma para el caso concreto.

La otra modalidad de sentencias aditiva, *cuando se conculca el de irretroactividad de las normas y actos públicos*, surge cuando una determinada normativa no estableció en sus disposiciones transitorias, un régimen de excepción para aquellas personas que, a su entrada en vigor, tenían derechos adquiridos o situaciones jurídicas consolidadas al amparo de la legislación anterior. De esta manera, se produce una clara violación de la garantía de irretroactividad de las normas y actos públicos, que solamente pueden ser subsanados mediante una sentencia aditiva del juez constitucional, que crea una norma que deja a salvo los derechos adquiridos de los recurrentes.

De tal manera se produce una violación a la garantía de irretroactividad de las normas y actos públicos, que sólo puede ser subsanada mediante una sentencia aditiva del



juez constitucional que crea una norma que deja a salvo los derechos adquiridos de los recurrentes. Aquí, vemos cómo nuevamente en esta hipótesis el juez constitucional innova el ordenamiento jurídico preexistente, ya que introduce una disposición normativa tomando ya en cuenta los derechos adquiridos de los recurrentes.

Por último, se observará cómo las sentencias aditivas se mezclan o confluyen, de manera frecuente con las de carácter exhortativo de manera tal que, la norma creada para el caso en concreto por el juez constitucional mantiene su vigencia hasta que el poder legislativo reforme la disposición impugnada y extienda el beneficio negado por la normativa impugnada a los recurrentes, lo que equivale a decir que la norma creada por el juez constitucional se sujeta a una condición resolutoria.⁷³

Sentencias aditivas de principios

Este tipo de decisiones se emiten con el fin de repeler graves impactos a veces derivados de las sentencias aditivas, pero en este caso en materias específicas. Por ejemplo, en materia presupuestal, en la cual no se evita una declaratoria inmediata de anticonstitucionalidad de una omisión legislativa, sin embargo, se limita a indicar los principios a los cuales el legislador deberá atenerse en la producción normativa que esté conforme a la Constitución, de forma que, al hacerlo así, podrá libremente graduar su intervención y encontrar nuevos recursos con el fin de mitigar el impacto citado sobre las finanzas públicas, siguiendo el ejemplo anteriormente referido.

La finalidad de estos fallos es mitigar o reducir los efectos de las sentencias aditivas o integradoras simples. Algunas veces las cortes o tribunales constitucionales las utilizan para limitar el riesgo de tocar las prerrogativas del parlamento. Las aditivas de principios precisamente se limitan a identificar el principio general con base en el

⁷³Hernández Valle, Rubén *Los poderes del juez constitucional*, op. cit., pág. 45



cual se rige determinada materia, por lo que no se impone una legislación específica inmediatamente aplicable, sino se deja al legislador la posibilidad de escoger cómo aplicar aquel principio.

Sentencias sustitutivas

Este tipo de decisiones son aquellas emitidas para preservar el ordenamiento jurídico, en las cuales se declara inexecutable la norma examinada y el vacío normativo generado es colmado con un texto o con elementos aportados por las cortes o tribunales constitucionales.

Constituyen una hipótesis intermedia entre las reductivas y las aditivas en cuanto a que la corte declara ilegítima una cierta norma que viene eliminada, es decir, expulsa del ordenamiento jurídico un precepto, generándose un vacío normativo que será sustituido por una regulación elaborada con una sentencia integradora (incorporación de un texto) por el mismo órgano que controla la constitucionalidad con fundamento en el texto de la Constitución (como en las aditivas), permitiendo así la adición o integración del nuevo elemento al sistema normativo. En pocas palabras, aquí la corte manipula el texto de ley cancelando el significado anticonstitucional y agregando uno nuevo, legítimo, colmando el vacío que de otro modo tendría que determinarse.

Normalmente pueden ser de dos tipos:

- a) las que introducen nuevas normas en el ordenamiento, y
- b) las que ponen en vigencia normas derogadas.



Ambos tipos tienen como denominador común que innovan el ordenamiento preexistente, de manera que introducen nuevas normas en él, por lo cual son muy parecidas a las sentencias aditivas.

En el primer caso, el de los fallos *que introducen nuevas normas en el ordenamiento*, la técnica utilizada es expresada a veces mediante la supresión de determinadas palabras o párrafos de un texto o una norma, de manera tal que cambia el contenido normativo del enunciado original. Esta clase de sentencias se debe diferenciar de las de inconstitucionalidad parcial, que son aquellas que declaran la invalidez de una preposición que constituye por sí misma un precepto separable, aunque figure incluida en un artículo que contiene otros no afectados por la declaratoria de nulidad.

Lo particular de estas sentencias sustitutivas en cambio, *es que el juez constitucional asume el papel de legislador ordinario*, pues *crea normas jurídicas en sustitución de las que declara inconstitucionales*, ya sea porque el texto original adquiere otro sentido con las palabras o párrafos anulados, o bien porque el juez constitucional introduce una nueva normativa en sustitución de la declarada inconstitucional.

Para el segundo caso, el de los fallos *que ponen en vigencia normas derogadas*, se presenta en algunas ocasiones que el juez constitucional se ve obligado a poner en vigor, aunque sea de manera transitoria, la legislación derogada por la norma declarada inconstitucional. De no ser así, se crearía un vacío legislativo que podría ocasionar graves dislocaciones de la seguridad, la justicia o la paz social.

Por consiguiente, esta modalidad de las sentencias manipulativas se acompaña por lo general, con una sentencia exhortativa, en la que se invita al legislador a llenar el vacío creado en el ordenamiento por las disposiciones o normas anuladas y mientras se produce la acción del legislador, el juez constitucional llena el vacío normativo, de manera transitoria, mediante la puesta en vigencia, por un plazo determinado, de la



legislación derogada por la normativa declarada inconstitucional en esa misma sentencia.

Es claro que, en estas dos vertientes, al igual que en las sentencias aditivas, se presenta la creación de nuevas normas y se pone en vigor aquellas normas derogadas, constituyendo así la forma más audaz de actuación del juez constitucional, pues en alguna medida invade la función legislativa ordinaria, sustituyendo con ello, la voluntad del órgano legislativo.

Ahora bien, no podemos dejar de subrayar que existen razones evidentes de justicia y seguridad jurídica, en los casos concretos, que justifican la existencia de tales poderes en favor de los tribunales y cortes constitucionales, pues de lo contrario, ciertas declaratorias de inconstitucionalidad, a pesar de salvaguardar el principio de supremacía constitucional, pondrían en serio peligro la estabilidad y fines del orden jurídico.

Las sentencias de advertencia, también llamadas optativas, admonitorias o de dirección

Se puede agregar más allá de las posibles clasificaciones que hay, aquellas decisiones en que las cortes o los tribunales constitucionales utilizan algunas veces, las motivaciones de sus decisiones como una especie de diálogo con el legislador, con el fin de que éste incluya sus sugerencias, más o menos explícitas que, si bien no se especifican en las resoluciones, por lo menos se tomen como criterios con base en los cuales se elaboren las leyes. Con esta clase de pronunciamientos los órganos que se encargan del control de la constitucionalidad se limitan a detectar perfiles de anticonstitucionalidad por parte de la normativa impugnada e invitan a que el legislador intervenga para eliminarlos, sin indicar en específico algún principio que deba cumplir.



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

COMENTARIOS SOBRE LAS SENTENCIAS COMO FUENTE DE DERECHO

Los tribunales o cortes constitucionales no sólo se limitan a expulsar del ordenamiento normas inconstitucionales, sino que añaden nuevas disciplinas. Las técnicas que ilustran esta tendencia son de lo más variado y la intensidad “creativa” es distinta según los casos. Debido a que cuando se analizan las sentencias constitucionales como fuentes del Derecho, se ha constatado que incluso una pura y simple decisión de nulidad contiene un elemento de innovación, es por ello, que la cuestión no sólo se presenta en la “cualidad” de las sentencias, sino que además debe agregársele la “cantidad” de actividad creadora de estos actores constitucionales.

Ejemplos significativos del fortalecimiento del *arsenal* puesto a disposición de estos entes jurisdiccionales están representados por la jurisprudencia del Tribunal Constitucional Federal Alemán y de la Corte *Costituzionale* Italiana principalmente. En el caso del primero, ha elaborado las sentencias de conformidad y aquellas de nulidad parcial con apelación al legislador y sobre todo aquellas de incompatibilidad, mediante las cuales los jueces constitucionales se dirigen al legislador y a los órganos



administrativos y jurisdiccionales con indicaciones sobre la aplicación o inaplicación de la ley.⁷⁴

En el caso de la Corte Constitucional Italiana, en el curso del tiempo, este órgano ha dado vida a numerosos pronunciamientos, sentencias u ordenanzas que la misma doctrina las ha clasificado en varias categorías, dentro de las tipologías más amplias representadas por las decisiones estimatorias y desestimatorias, y por los pronunciamientos “procesales” y “substanciales”; en los juicios en vía incidental, decisiones por falta de fundamento, interpretativas de falta de fundamento, manifiestamente infundadas, aditivas, manipulativas, aditivas “*di principio*”, etc. En los juicios en vía principal, por recurso, decisiones de extinción por renuncia, de suspensión de la materia objeto de la disputa, de reenvío de la causa a una nueva instancia, de ilegitimidad, de falta de fundamento, interpretativas de falta de fundamento, de manifiesta inadmisibilidad, manifiestamente infundadas, de inadmisibilidad, etc.⁷⁵

Consecuentemente, por su actividad creadora de Derecho, naturalmente los tribunales o cortes constitucionales deben estar sometidos a límites de distinta naturaleza, a diferencia de aquellos límites que tiene el legislador, quien está obligado a trabajar con materiales específicos, que inclusive él mismo no los seleccionan, sino que le son propuestos por los sujetos establecidos por el ordenamiento jurídico.

Agregando a ello que, además para los entes encargados del control de la constitucionalidad, está presente de manera constante el factor político, con sus

⁷⁴Consultar para la comparación entre los ordenamientos italiano y alemán, en relación a la denominación de algunas sentencias, a G. Parodi, *La sentenza additiva a dispositivo genérico*, Torino, 1996.

⁷⁵ Romboli R. (coord.) *Aggiornamenti in tema di processo costituzionale*. Torino, 1993.



correspondientes efectos, que influye frecuentemente sea de modo expreso o implícito.⁷⁶

Además de todo lo anterior, se presenta un doble fenómeno, por un lado, los tribunales o cortes constitucionales tienen que enfrentarse a una auténtica avalancha de cuestiones que tienen que examinar, de modo que –como le sucede al legislador– pocos temas “sociales” escapan a su apreciación: *de iure*,⁷⁷ o *de facto*,⁷⁸ ellos eligen finalmente qué temas van a analizar en sustancia. Por el otro, si analizamos bien, encontraremos que los tribunales o cortes constitucionales son los únicos jueces o magistrados que determinan el significado de expresiones como “control político”, “cuestión política”, “elecciones discrecionales del legislador” o similares, que sólo en teoría contribuyen a establecer una barrera *jurídica* a su control. Estos órganos actúan, por consiguiente, como órganos de cierre, jueces “en causa propia” y en cuanto tal, se encuentran habilitados para asignar un significado restrictivo o extensivo, según su propia valoración, a tales expresiones.

Por lo que el verdadero y único límite práctico se encuentra representado por el *self-restraint* que impregna su jurisprudencia y los disuade (a menudo, pero no siempre) de invadir abiertamente el terreno del legislador, replanteando ponderaciones de valores y valoraciones políticas a éste reservadas. En dichos casos, un medio utilizado por diversos tribunales y cortes constitucionales consiste en salvar la ley, pero invitando al parlamento a modificarla. Tales pronunciamientos los encontramos

⁷⁶ Por ejemplo, en Italia el artículo 28 de la ley de 11 de marzo de 1953, número 87.

⁷⁷ Como en Estados Unidos con el *certiorari*, pero también en Austria, Alemania y España con la *Verfassungsbeschwerde* y el amparo, existe una amplia discrecionalidad que le permite al tribunal decidir si afrontar el problema de fondo.

⁷⁸ En Italia, por ejemplo, la Corte en los años 80 eliminó con decisiones procesales, especialmente con ordenanzas asumidas en la Cámara del Consejo, a menudo motivadas de modo apodíctico, gran parte de las cuestiones a ella sometidas. Véase al respecto, R. ROMBOLI (coord.) *La giustizia costituzionale a una svolta. cit., passim.*



denominados en la doctrina como: sentencias optativas, admonitorias, de dirección, etc., como se señaló en párrafos anteriores, las cuales son frecuentes en la jurisprudencia de los órganos que controlan la constitucionalidad en Italia, Alemania, España y Portugal, así como en los pronunciamientos de los Tribunales del *common law* en los cuales también se produce un diálogo con el legislador.⁷⁹

⁷⁹ Se destaca que también a menudo, las advertencias y consejos se contemplan también en sentencias declarativas de inconstitucionalidad, que buscan, sobre todo, invitar al legislador a colmar los vacíos producidos. Pegoraro L., *La Corte e il Parlamento. Sentenze-indirizzo e attività legislativa*, Padova, 1987.



CAPITULO TERCERO

ELEMENTOS FUNDAMENTALES DEL CONTROL DE LA CONSTITUCIONALIDAD EN EL CONTEXTO DEL DERECHO INTERNACIONAL Y DE LA UNIÓN EUROPEA

SUMARIO: Modelos jurisdiccionales contemporáneos de Control de la Constitucionalidad. Consideraciones finales sobre los modelos de Control de la Constitucionalidad en el Derecho comparado. El constitucionalismo europeo de frente a los retos actuales desde la óptica de sus especialistas. Fuentes jurídicas de la Unión Europea. Consideraciones finales sobre la soberanía de los Estados miembros, su Derecho constitucional y el Derecho de la Unión Europea.

MODELOS JURISDICCIONALES CONTEMPORÁNEOS DE CONTROL DE LA CONSTITUCIONALIDAD

En este capítulo se analizarán los elementos fundamentales de los modelos jurisdiccionales de control de la constitucionalidad, contemporáneamente diseñados conforme a los sistemas “difuso” y “concentrado” de control. Ambos tipos se consideran genéricamente *jurisdiccionales*, por las razones que explicaremos más adelante, no obstante lo cual, existen entre ellos diferencias estructurales y teleológicas más que suficientes para afirmar que se trata de dos sistemas claramente distintos, también conocidos como “americano” y “europeo”, respectivamente.



Modelo difuso o americano

Sus variantes, ventajas y desventajas en relación con el cumplimiento del objetivo esencial del control de la constitucionalidad

El sistema “difuso” del control de la constitucionalidad es el más antiguo de los dos sistemas de control jurisdiccional a los que hemos hecho referencia y en realidad se trata más bien de un sistema jurisdiccional de protección de los derechos fundamentales y subjetivos de los gobernados que de un sistema que pretende proteger a la Constitución integralmente.

El primer país en incluir este sistema en sus normas constitucionales escritas fue Estados Unidos, aunque existen antecedentes directos en el Derecho británico, en cuyas instituciones seculares aparece, por ejemplo, el *habeas corpus*⁸⁰, recurso jurídico diseñado para la protección de los derechos de libertad del individuo,⁸¹ el cual

⁸⁰ El *Habeas data*, el *mandado de segurança* y otros recursos para la protección de los derechos individuales se inscriben en esta misma línea, cuya génesis está en el diseño de mecanismos de tutela de la libertad y la seguridad de las personas.

⁸¹ El control “difuso” aparece como estructura constitucional en los Estados liberales burgueses de Derecho entre los siglos XVIII y XIX. De conformidad con el tipo de Estado diseñado por las clases propietarias del capital económico, el objetivo prioritario de la Constitución y de los recursos jurídicos establecidos en ella, a favor de los gobernados, era la protección de la libertad y de la seguridad del individuo, particularmente considerado, en tanto titular del derecho de propiedad. La libertad de la persona y la seguridad de su patrimonio económico debían ser reconocidas y protegidas por el orden constitucional, en el cual tenía que estar previsto un recurso jurídico eficaz para destruir los efectos de los actos de los gobernantes que infringieran los derechos individuales de las personas. Ahora bien, uno de los fundamentos de las estructuras políticas y económicas de ese Estado liberal consistía en la idea de que los gobernantes intervinieran lo menos posible en ambos ámbitos, aunque especialmente, en el de la economía, pues se consideraba que mientras menos actuaran los gobernantes, mayor libertad tendrían los ciudadanos. Consecuentemente, sólo las decisiones de quienes ejercían el poder que se manifestaran en *actos concretos de aplicación sobre los gobernados* podían infringir sus derechos, por lo que ni las *normas generales no aplicadas*, ni las *omisiones* de los gobernantes representaban un peligro para la libertad o para la seguridad de la clase burguesa. Esto significa que la génesis liberal burguesa y la teleología de este sistema protector de derechos individuales pueden resumirse mediante la siguiente idea: el gobierno es un mal necesario que si no actúa no daña, aunque potencialmente siempre representa un peligro para la libertad y para la seguridad de los ciudadanos burgueses, circunstancia que justifica la necesidad de diseñar un recurso jurídico para proteger sus derechos



permanece todavía en diversas constituciones vigentes, inclusive con esa denominación. Este modelo influyó de manera significativa en la mayoría de los países latinoamericanos conforme éstos se fueron independizando a lo largo del siglo XIX, adquiriendo características propias en algunos casos, aunque sin abandonar la estructura, ni la teleología originales de este sistema protector de los derechos individuales, ejemplo de lo cual, en nuestro país, es el juicio de Amparo.

Las características para identificar que estamos en presencia de un sistema “difuso” o “americano” son:

- Control de la constitucionalidad y de la legalidad no diferenciados competencialmente
- El control de la constitucionalidad se distribuye entre diversos tribunales y juzgados y la vía procesal para interponerlos es la indirecta o incidental
- Los efectos de las sentencias son relativos, constreñidos al caso concreto y a las partes en conflicto;
- La corte suprema se pronuncia en última instancia, aplicando el principio de *stare decisis*, juzgando sobre la constitucionalidad de las normas generales y de las decisiones de otra naturaleza, y estableciendo criterios obligatorios para todos los tribunales --jurisprudencia obligatoria para los demás jueces --.

Analicemos específicamente cada una de estas características.

Control de la constitucionalidad y de la legalidad no diferenciados competencialmente. - El fundamento esencial del sistema “difuso” consiste en una ausencia de diferenciación entre el *control de la constitucionalidad* y el *control de la legalidad*. Esto significa que la jurisdicción constitucional y la jurisdicción ordinaria

cuando sean afectados por los actos de los gobernantes. Véase Covián Andrade, Miguel, *Fundamentos teóricos del control de la constitucionalidad*, CEDIPC, México, 2013.



(de legalidad) no se separan, bajo el supuesto de que tanto la interpretación de la Constitución, como la de las leyes se realizan conforme a los mismos principios generales de exégesis de las normas jurídicas comunes.

A partir de lo anterior, los defensores de este sistema concluyen que la interpretación de las normas constitucionales puede confiarse a cualquier juez ordinario,⁸² sin que se requiera alguna especialización para realizar adecuadamente este trabajo. Entre la interpretación de la Constitución y la de las leyes no habrá ninguna diferencia técnica, por lo que un magistrado del fuero común o uno de jurisdicción federal, cualquiera que sea la materia específica en la que sea competente para actuar, estará capacitado para interpretar las disposiciones jurídicas de la mayor jerarquía (constitucionales), actuando dentro de su competencia.

Inclusive, de conformidad con este sistema, todos los jueces realizan una interpretación de las normas constitucionales y, por lo tanto, controlan la constitucionalidad permanentemente, sin importar la materia, ni el ámbito territorial de su jurisdicción. Esto se debe a que según este planteamiento, antes de que un juez fundamente una sentencia en cualquier norma jurídica, independientemente de su jerarquía, analiza su conformidad con la Constitución con el objeto de evitar la aplicación de una disposición normativa que la contradiga. Si la norma jurídica aplicable al caso concreto es constitucionalmente válida desde el punto de vista del juez, éste resolverá el asunto con base en ella, mientras que, de no ser así, tendrá que buscar otra u otras para hacerlo.

⁸² Es necesario reiterar la conveniencia de no confundir la expresión *jurisdicción ordinaria* con la de *jurisdicción del fuero común*. La primera se refiere al control de la legalidad en el ámbito nacional o local y se diferencia del control de la constitucionalidad; mientras que la segunda indica concretamente, un ámbito territorial de competencia. Consecuentemente toda la *jurisdicción ordinaria*, sea federal o local, es de *legalidad*.



El control de la constitucionalidad se distribuye entre diversos tribunales y juzgados y la vía procesal para interponerlos es la indirecta o incidental. - Como consecuencia de lo anterior, es indudable que el control de la constitucionalidad es una jurisdicción *distribuida* o *dispersa* en un número considerable de tribunales variable en cada sistema, razón por la cual se utiliza el término “difuso” para nombrar a este modelo de control. Esto significa que esta competencia constitucional no se asigna a una instancia única, sino puede ser ejercida por distintos tribunales jerarquizados entre sí, cuya intervención eventual en vía de apelación puede llegar a una Corte Superior considerada *instancia última* en materia de interpretación de las normas constitucionales, la cual resuelve en definitiva, aunque con una limitación genérica en cuanto al alcance de sus sentencias, cuyos efectos son siempre relativos.

Aquí, el control de la constitucionalidad no se diseña como una jurisdicción especializada, por lo que todos los tribunales y juzgados son simultáneamente, *órganos de control de la legalidad* y *órganos de control de la constitucionalidad*, toda vez que al ejercer su competencia actúan específicamente en el ámbito material y territorial que les corresponde como instancias de jurisdicción ordinaria y genéricamente, como órganos que verifican la compatibilidad entre las normas jurídicas que aplican y la Constitución.

En este sistema, el control se lleva a cabo de forma indirecta, procesalmente hablando, al necesitarse un acto concreto de aplicación de las leyes para presentar el medio de defensa que lo impugne. La vía directa no sería posible, ya que entre la emisión del acto de naturaleza general y su impugnación debe existir el acto de autoridad que justifique la reacción defensiva del sujeto afectado, lo cual equivale a una excepción que interpone el gobernado, cuyos derechos individuales son menoscabados por el acto de autoridad.



Recordemos que no puede ser de forma distinta, ya que en el sistema “difuso”, tanto las normas generales, como los actos concretos son vistos como un tipo de decisión equivalente, necesariamente, al acto de aplicación, el cual es lo que realmente se impugna. Esto significa que para llevar a cabo el control de la constitucionalidad ***se igualan los actos de distinta naturaleza, como los generales y los particulares***, empleando el medio de defensa existente, ya que todos se convierten en actos concretos de aplicación, cuyo elemento en común es la afectación de los derechos individuales, lo cual es la única base admisible para determinar la anticonstitucionalidad del acto recurrido y la anulación de sus efectos. Consecuentemente, en un sistema “difuso”, cuya vía procesal para plantear la anticonstitucionalidad es la indirecta, se requiere que el acto se aplique (acción del detentador del poder que causa perjuicio o menoscabo de los derechos individuales que habrán de protegerse mediante la anulación de sus efectos) para interponer en su contra el medio de defensa.

Los efectos de las sentencias son relativos, constreñidos al caso concreto y a las partes en conflicto. – Sin dudar, el principal problema del sistema “difuso”, protector de los derechos individuales, es el referente a los efectos particulares de la sentencia que anula las decisiones anticonstitucionales.

En este sistema, las sentencias que determinan la anticonstitucionalidad de los actos sujetos a control sólo alcanzan a las partes en el juicio, ***independientemente de la naturaleza del acto que se controvierte***, de tal manera que aunque éste sea una norma general, la decisión del tribunal de última instancia – y la de los tribunales de menor jerarquía – que establece su falta de conformidad con la Constitución no la anula en definitiva – efectos generales de la sentencia --, sino sólo impide que se aplique al sujeto de Derecho que promovió el recurso para impugnarla. Consecuentemente, trátase de un acto concreto o de una norma general, la sentencia



sólo tiene efectos relativos, limitados al caso específico sujeto a la jurisdicción del tribunal competente. Estos efectos son correctos cuando se anula un acto concreto, pero son insuficientes cuando el acto impugnado es una norma general.

Tómese en cuenta que la base de los efectos de una sentencia en materia de control de la constitucionalidad es la naturaleza del acto que se cuestiona, de tal manera que, si éste es concreto, los efectos de la resolución deben ser particulares, mientras que, en el caso de una norma general, también deben ser generales los de la sentencia que la declara anticonstitucional. Si no se estructuran así los medios de control, ni se determina una relación directa entre la decisión sujeta a revisión y los efectos de la sentencia que la anula, no se protege adecuadamente a la Constitución, ni a las normas constitucionales, ni se cumple eficazmente por ende, con el objetivo esencial del control de la constitucionalidad (destruir de inmediato lo que es declarado anticonstitucional).

Está claro que en el sistema “difuso” no se logra cabalmente este propósito, pero ¿cuál es o sería la razón?

A partir de los argumentos precedentes, en el modelo “difuso”, sin duda, todos los actos sujetos a control de la constitucionalidad tienen que recibir el tratamiento de actos concretos, independientemente de cuál sea su verdadera naturaleza, por lo cual, como es comprensible, su anulación sólo tiene efectos relativos, necesariamente.

Como cuestión a resaltar, esta circunstancia evidencia la naturaleza y la teleología del sistema “difuso” de control, el cual, estructuralmente, no ha sido diseñado para proteger a la Constitución, sino exclusivamente para preservar los derechos individuales, por lo cual, la materia u objeto del control, en este sistema, no es una norma general, sino su aplicación mediante un acto concreto.



Al respecto, tengamos presente que cuando se controvierte un acto concreto, el cual por lo tanto, sólo afecta a un sujeto de Derecho en particular, es natural que la sentencia que anula sus efectos tenga alcances igualmente particulares. En cambio, esto resulta absurdo cuando la decisión que se declara anticonstitucional es una norma general, principalmente por las siguientes dos razones:

- Si la norma es general, su anulación debe ser definitiva y suficiente para impedir que se vuelva a aplicar, una vez que ha sido descubierta su incompatibilidad con la Constitución, porque recordemos que los efectos de la sentencia deben corresponder a la naturaleza del acto u omisión sujeto a control y;
- Si el propósito de la eliminación de la norma general es la protección de la Constitución, ésta sólo se logra si los efectos de la sentencia son generales, porque de lo contrario, es innegable que las normas constitucionales volverán a ser infringidas cada vez que se aplique esa norma general que permanece vigente, en razón de los alcances particulares de la resolución, no obstante que ya ha sido determinada su anticonstitucionalidad.

Esto es precisamente, lo que ocurre en el caso de la anticonstitucionalidad de las normas generales en el sistema “difuso”, porque en realidad, sólo se trata de proteger al individuo cuando sus derechos particulares sean afectados, sin importar por sí misma la infracción de la Constitución, toda vez que la anticonstitucionalidad no resulta relevante mientras ésta no se manifieste en perjuicio de los gobernados.

Una corte suprema se pronuncia en última instancia, aplicando el principio de *stare decisis*, juzgando sobre la constitucionalidad de las normas generales y de las decisiones de otra naturaleza, y estableciendo criterios obligatorios para todos los tribunales --jurisprudencia obligatoria para los demás jueces --. Como consecuencia del carácter “difuso” de este sistema, dos o más jueces pueden interpretar de manera distinta las normas constitucionales, existiendo criterios



contradictorios sobre la constitucionalidad de un mismo acto o de una misma norma general, situación que hace indispensable que algún tribunal esté facultado para resolver esas contradicciones y para juzgar en última instancia sobre lo que es y lo que no es anticonstitucional. Dicho tribunal es una corte suprema o su equivalente, la cual sólo actúa, como regla general, cuando no existe uniformidad de criterios entre los otros tribunales que revisan la correspondencia entre la Constitución y las decisiones de los gobernantes, o bien, cuando un sujeto de Derecho no está conforme con la sentencia emitida por algún juez en las instancias jurisdiccionales primarias o de casación.

Esta corte suprema es competente para resolver asuntos de constitucionalidad y de legalidad, cuya coincidencia jurisdiccional es característica de este sistema, en el cual no se realiza una diferenciación entre una y otra jurisdicciones, como base de su diseño estructural, según se mencionó antes. Consecuentemente, la constitucionalidad o la anticonstitucionalidad de una decisión pueden ser establecidas por cualquier tribunal de legalidad, aunque su criterio no sea definitivo, porque en caso de que alguna de las partes del juicio respectivo no esté conforme con la resolución correspondiente, puede impugnarla ante un tribunal de apelación, hasta llegar de ser necesario, al nivel de la corte suprema, la cual resuelve en definitiva, pero exclusivamente con efectos limitados al caso concreto.

Así, la sentencia que resuelve el caso concreto tiene efectos particulares, independientemente de la naturaleza del acto impugnado y según las reglas originales de este sistema, establece además un “precedente”,⁸³ el cual servirá de base para que en lo sucesivo, los diferentes juzgados y tribunales no apliquen normas generales

⁸³ Frecuentemente, se incurre en el error de suponer que los “precedentes” judiciales en los sistemas jurídicos de origen inglés equivalen a la “jurisprudencia” de los países de Derecho románico. No obstante, se podría sostener que tanto los “precedentes”, como el principio de “*stare decisis et non quieta movere*”, más bien cumplen una función similar a la de las leyes en los sistemas jurídicos como el nuestro.



declaradas anticonstitucionales en última instancia e igualmente, para que sigan los criterios de la corte suprema en los distintos casos sujetos a su jurisdicción. En algunos sistemas, las decisiones de esta corte integran “jurisprudencia” una vez reunidos los requisitos que establecen las leyes para que los criterios exegéticos en los que se basan las sentencias, adquieran tal carácter, convirtiéndose en una interpretación jurídicamente obligatoria que deberán respetar todos los tribunales.

De esta manera, según este sistema, la interpretación sobre lo que es constitucional o anticonstitucional va consolidándose paso a paso, sentencia tras sentencia, hasta que los actos y las normas anticonstitucionales dejan de aplicarse, porque ningún juez se atreverá a fundamentar sus resoluciones en las disposiciones que han sido consideradas contrarias a la Constitución por la corte suprema. Particularmente, en el caso de las normas generales, con relación a las cuales no existen sentencias que las anulen en definitiva, con efectos igualmente generales, los seguidores del sistema “difuso” afirman que esto se consigue -gradualmente-.

Quienes están a favor de este sistema, sostienen que la supuesta ventaja de eliminar en definitiva las normas generales anticonstitucionales, propia del modelo “concentrado”, implica en el fondo, “una invasión de las atribuciones de otros órganos por el poder judicial”, situación que se evita manteniéndolo en su esfera competencial mediante sentencias limitadas al caso concreto. En este supuesto, suele argumentarse que cuando una corte suprema anula una ley, por ejemplo, invade las atribuciones del órgano legislativo, mientras que esto no ocurre cuando gradualmente, las leyes se van destruyendo mediante varias sentencias que las declaran anticonstitucionales, las cuales protegen al gobernado en juicios promovidos por él, hasta que su acumulación (tres, cinco o el número de resoluciones que señalen las normas aplicables) permita que se forme jurisprudencia o que la disposición contraria a la Constitución caiga en desuso. Esta postura es discutible porque nadie puede saber hasta cuándo se logrará



que las leyes generales se anulen en definitiva mediante sentencias sucesivas, cuya continuidad se desconoce, a lo que debe agregarse que no se puede garantizar que en determinado tiempo se reúna el número de resoluciones necesarias para estos efectos, lo cual podría no ocurrir jamás. Además, debe considerarse la posibilidad o el supuesto de que faltando una o varias sentencias de la corte suprema para eliminar los efectos de las leyes anticonstitucionales, se emita alguna en sentido contrario, interrumpiendo la integración de la jurisprudencia. Esta argumentación a favor de los efectos relativos de las sentencias, en el caso de las normas generales, deriva del desconocimiento sobre los recursos de control de la constitucionalidad estructuralmente adecuados para impugnar su anticonstitucionalidad, la cual se declara con efectos definitivos y sin contratiempos en materia de distribución de competencias, en el sistema concentrado de control de la constitucionalidad.

En suma, no existe duda sobre la naturaleza del sistema “difuso” de control de la constitucionalidad, que como se ha dicho antes, sólo *protege los derechos fundamentales y subjetivos*, pero no a la Constitución integralmente, lo cual provoca, entre otras consecuencias, incertidumbre jurídica, porque no existe garantía alguna en cuanto a la interpretación o el control uniforme de la constitucionalidad de las normas generales. Lo anterior obedece tanto al diseño estructural, como a la teleología de este modelo, en el cual la protección del sujeto de derechos, persona física o persona colectiva, en contra de actos u omisiones de la autoridad contrarios al orden jurídico, es el verdadero *Leitmotiv*, ocupando la protección de la Constitución y el principio de supremacía constitucional, un lugar secundario, a diferencia de lo que ocurre en el sistema “concentrado” de control, según se explica a continuación.



- **Modelo concentrado o austriaco**

Sus variantes, ventajas y desventajas que presenta para el cumplimiento del objetivo esencial del control de la constitucionalidad

Como se sabe, este modelo también es conocido como sistema de control “europeo” o “austriaco”, debido a que fue en Europa continental donde hizo su aparición en los años veinte del siglo XX, considerándose a Hans Kelsen como su creador, a quien se debe además el establecimiento en Austria de la primera Corte Constitucional conforme a sus estructuras, de la cual formó parte este importante jurista. Particularmente, después de la segunda guerra mundial (1939-1945), este sistema de control de la constitucionalidad se expandió gradualmente por toda Europa occidental, estableciéndose tribunales y cortes constitucionales en las cartas magnas de diversos países de ese continente,⁸⁴ diseñados conforme a las estructuras creadas por Hans Kelsen en la Constitución austriaca de 1920, reformada en 1929, cuya finalidad esencial es *la protección integral de la Constitución y de las normas constitucionales* y no sólo *la garantía de los derechos fundamentales y subjetivos de los gobernados*, conforme al diseño del sistema “difuso” de control.

No obstante que ambos modelos de control son jurisdiccionales, entre el sistema “difuso” y el sistema “concentrado” existen diferencias muy importantes, de las cuales derivan estructuras y propósitos claramente distintos. El diseño estructural y la teleología del sistema “europeo” se caracterizan por los siguientes elementos:

⁸⁴ Francia 1946 y 1958; Italia, 1948; Alemania, 1949; España, 1978; etc., además de algunos Estados de lo que fue la “Europa socialista” (en la Constitución de Yugoslavia de 1974, del artículo 375 al 396 se determinaba la integración y la competencia del “Tribunal de Garantías Constitucionales”), sin olvidar, en ese mismo siglo, el caso de Checoslovaquia, 1920 y los antecedentes en el anterior, en Sajonia, 1831 y Baviera, 1818.



- Diferenciación clara entre *el control de la legalidad y el control de la constitucionalidad*, y diseño de una *jurisdicción ordinaria* y una *jurisdicción constitucional*
- Jurisdicción excluyente y por ende, un solo órgano encargado del control de la constitucionalidad
- La vía procesal para interponer los recursos o medios de control de la constitucionalidad es la directa o de acción y un solo tribunal o corte determina la anticonstitucionalidad como instancia única, emitiendo resoluciones irrecurribles con efectos *erga omnes*
- Los efectos de las sentencias pueden ser generales o particulares, de conformidad con la naturaleza del acto a impugnar

Analicemos cada una de estas características:

Diferenciación clara entre *el control de la legalidad y el control de la constitucionalidad*, y diseño de una *jurisdicción ordinaria* y una *jurisdicción constitucional*. La diferenciación de ambas jurisdicciones constituye la base teórica y normativa del diseño de un sistema “concentrado”, toda vez que al existir dos jurisdicciones distintas, claramente delimitadas, en una de ellas se llevará a cabo la verificación de la legalidad de los actos de aplicación de las normas generales de nivel inferior a las constitucionales, mientras que en la otra se controlará la correspondencia entre las decisiones de los detentadores formales del poder y la Constitución.

Así, la jurisdicción “ordinaria” se integra por un número variable de tribunales y juzgados, cuya competencia se determina por materia, por territorio o conforme a otros criterios (cuantía, especialización, etc., etc.), en tanto que en la jurisdicción de control de la constitucionalidad sólo existe un tribunal o una corte constitucional, en calidad de instancia única, con competencia excluyente, sin perjuicio de que de



manera paralela pueda ejercer las atribuciones relativas al control de la legalidad que le asignen las normas jurídicas. Este tribunal tiene por ende, una *competencia excluyente*, pero no necesariamente *exclusiva*, por lo que ningún otro órgano jurisdiccional o de cualquier otra naturaleza podrá verificar la constitucionalidad del poder político, en ningún caso y bajo ninguna circunstancia.

Jurisdicción excluyente y por ende, un solo órgano encargado del control de la constitucionalidad. Como en este sistema existe *un solo tribunal o una sola corte constitucional competente para controlar la constitucionalidad del poder político*, sin que ningún otro juzgado pueda conocer de los recursos de control, lo que se crea es una jurisdicción constitucional *concentrada y excluyente*.

En efecto, la presencia de dos o más órganos de control de la constitucionalidad implica una dispersión de la competencia de control, la cual evidencia que el sistema respectivo no es “concentrado” y que consecuentemente en él no está estructurado un tribunal o una corte constitucional (aunque en algunos sistemas “difusos” o “mixtos” se denomine así al tribunal o a la corte suprema), el cual puede definirse como un “*órgano jurisdiccional que concentra en su ámbito competencial el control de la constitucionalidad de manera excluyente, aunque no forzosamente exclusiva*”. Por lo tanto, puede afirmarse que todo tribunal constitucional es un órgano de control de la constitucionalidad, pero no todo órgano de control de la constitucionalidad es un tribunal constitucional, requiriéndose la concentración y exclusión competencial en la materia para asignarle esta denominación.

Para tener clara e identificar con precisión la presencia de este tipo de órganos en un sistema constitucional es necesario señalar que cuando se diseña un sistema “concentrado” de control, bajo ninguna circunstancia puede incluirse alguna de las siguientes estructuras:



- Que un tribunal constitucional se inserte en un sistema “difuso” o “mixto” de control.
- Que algún otro tribunal o juzgado distinto al tribunal o a la corte constitucional sea competente para controlar la constitucionalidad del poder político.
- Que se limite la intervención del tribunal o corte constitucional en materia de control de la constitucionalidad, porque determinadas atribuciones propias de este ámbito competencial sean asignadas a otro órgano distinto a él.

En términos breves, en el sistema “concentrado”, la competencia para controlar la constitucionalidad del poder político siempre se asignará a un órgano que será un *tribunal o corte constitucional único, autónomo y exclusivo*, independientemente de cuál sea su denominación.

La vía procesal para interponer los recursos o medios de control de la constitucionalidad es la directa o de acción y un solo tribunal o corte determina la anticonstitucionalidad como instancia única, emitiendo resoluciones irrecurribles con efectos *erga omnes*. El mecanismo procesal que se emplea para presentar los recursos o medios de control en este sistema concentrado es generalmente, la vía directa o de “acción”, aunque en algunos casos se utiliza la vía “incidental” o “indirecta”, dependiendo del medio de control que se utilice. En este sistema, las normas generales pueden ser impugnadas desde el momento en que entran en vigor, o en algunos casos inclusive antes, es decir ejerciéndose un control *a priori*, lo que demuestra que para que proceda la interposición del medio de control no es necesario un acto previo de aplicación,⁸⁵ como se requiere y sucede en el sistema “difuso”.

⁸⁵ Un ejemplo más gráfico para entender este punto, sería que al tener una clausura mercantil (acto concreto) al igual que un reglamento cualquiera (norma general), comparando ambos para explicar cuál es la vía procesal que se emplea, se observaría que en un sistema “concentrado” no es necesario un



Así, al presentarse el medio de control de la constitucionalidad por vía de “acción” se evidencia la ventaja principal del sistema “concentrado” de control de constitucionalidad, con la existencia de un tribunal especializado, al que se encarga la función de control del poder político, según lo explica el ilustre especialista francés, Benoit Jeanneau, en estos términos:

“La fórmula evita, en efecto, algunos de los inconvenientes revelados por la práctica americana:

Permite quitar de las manos de las jurisdicciones de derecho común la verificación de la constitucionalidad de las leyes, obligándolos a reenviar, bajo la forma de cuestiones prejudiciales, todas las dificultades serias de interpretación de la Constitución, lo que asegura una homogeneidad de inmediata jurisprudencia, sobre ese punto.

Además, se obtiene una confirmación o anulación definitiva y oponible a todos (erga omnes) de la disposición legislativa atacada; obteniendo con ello un resultado más satisfactorio que el efecto relativo de la cosa juzgada, para la claridad del orden jurídico.

En definitiva, encierra en un cuadro más estricto el recurso de inconstitucionalidad, puesto que se ejerce directamente: apelación restringida y término más o menos largo, de manera que se reduce la inseguridad jurídica que acarrea todo control jurídico abierto indefinidamente.⁸⁶

A diferencia de lo que ocurre en el sistema “difuso”, en el sistema “concentrado” la anticonstitucionalidad no la determina de manera definitiva un tribunal o una corte de última instancia a la que se llega mediante sucesivas apelaciones. En el sistema “europeo” una instancia única que ejerce una *competencia excluyente*, establece la conformidad o la falta de correspondencia entre la Constitución y las decisiones de

acto de aplicación de los gobernantes considerado como una “acción”, al que los gobernados interponen una “excepción” representada por el medio de defensa jurídica de sus derechos, al cuestionar su constitucionalidad, porque ésta puede argumentarse de manera “directa”, ante el tribunal constitucional, atacando la inconformidad del reglamento (norma general) con las normas constitucionales, sin que se requiera su aplicación para hacerlo (control abstracto vs, control concreto de la constitucionalidad de normas generales). En los sistemas concentrados, generalmente se interpone una “acción” procesal, la cual es un acto “directo” de los sujetos legitimados jurídicamente para plantear en “abstracto” la anticonstitucionalidad de la norma general, sin necesidad de un acto de aplicación para que sea procedente su cuestionamiento.

⁸⁶ Benoit Jeanneau, *“Droit Constitutionnel et institutions Politiques”*, 6a édition, Edit. Dalloz, Paris, 1981, p.87.



quienes ejercen el poder. Esta condición de instancia única permite que se mantenga la relación directa que hemos explicado antes, entre la naturaleza de la decisión anticonstitucional que se anula y los efectos de la sentencia o resolución, independientemente del medio o recurso de control específico que se deba emplear para impugnarla. Esto es específicamente claro en el caso de la *cuestión de anticonstitucionalidad*,⁸⁷ recurso mediante el cual se controla la constitucionalidad de una norma general que se aplica o se trata de aplicar en una situación litigiosa concreta de legalidad. Indefectiblemente, la existencia de una instancia única hace posible que una norma general sea declarada anticonstitucional con efectos generales, aunque la duda sobre su constitucionalidad surja en un caso concreto, porque no será el tribunal de legalidad o de jerarquía inferior el que la resuelva, sino el único órgano de control competente en la materia, es decir, la corte constitucional o tribunal constitucional.

Los efectos de las sentencias pueden ser generales o particulares, de conformidad con la naturaleza del acto a impugnar. Éste es uno de los elementos más importantes en todo sistema de control de la constitucionalidad, pues al anular *las decisiones anticonstitucionales* se cumple con el objetivo esencial del control de la constitucionalidad, consistente en *la destrucción de actos, omisiones y normas generales que infringen la Constitución y las normas constitucionales*.

Así, en este sistema, cuando se trata de un acto concreto o de una omisión, sólo se anulan los efectos específicos a esa situación en particular, una vez que se determina su falta de correspondencia con la Constitución. Esto no debe entenderse en el sentido

⁸⁷ Este medio de control se emplea cuando en un litigio concreto surge la duda sobre la constitucionalidad de las normas generales involucradas en la causa, la cual no puede ser resuelta por el juez de legalidad, el cual es incompetente en un sistema “concentrado”, razón por la cual la “cuestión” es elevada al tribunal constitucional a petición de alguna de las partes o del propio juzgador. La sentencia del tribunal constitucional tiene efectos *erga omnes* y expulsa la norma del sistema jurídico al declararla anticonstitucional, no obstante que la duda haya surgido en un caso concreto (control concreto de las normas generales).



de que un acto concreto de gobierno, por ejemplo, sólo es contrario a la Constitución si infringe los derechos de un gobernado, como ocurre en el caso del sistema “difuso”, pues en el caso del sistema “concentrado”, cualquier acto particular u omisión de un ente público, sea del parlamento, del gobierno o de los tribunales, cuya naturaleza no sea general, puede ser anulado mediante el recurso de control correspondiente, con efectos particulares de la sentencia, independientemente de que afecte o no los derechos fundamentales o subjetivos.

En cambio, tratándose de una norma general – reformas de la Constitución, leyes ordinarias, reglamentos, tratados internacionales, decretos- ley, actos con fuerza de ley, etc. --, con independencia del órgano que la emita, ésta debe ser anulada en definitiva mediante una sentencia con efectos generales, cuando el tribunal o la corte constitucional determine su anticonstitucionalidad, porque si éstos fueran particulares no se destruiría en realidad, el acto que se impugna. La anulación de una norma general con efectos relativos – característico del sistema “difuso” –, derivada de un caso concreto, permite que ésta se siga aplicando en los demás, situación que imposibilita la adecuada protección de la Constitución y de las normas constitucionales. La declaratoria de invalidez con efectos definitivos tiene que seguirse también, aun cuando la norma general sea impugnada en un juicio de legalidad en el cual se aplique o se pretenda aplicar, en el caso del control concreto de las normas generales, en el cual sólo cambia el medio de control (cuestión de anticonstitucionalidad o amparo), pero se mantiene la relación entre la naturaleza del acto – norma general – y los efectos de la sentencia – generales – que lo destruye o lo elimina, contundentemente.

Ahora bien, una vez explicados los fundamentos teóricos y las estructuras generales de ambos sistemas de control de la constitucionalidad, se podrá advertir, no obstante el carácter jurisdiccional de ambos, **que el diseño estructural de cada uno de ellos**



es totalmente distinto, particularmente como consecuencia del verdadero propósito que se persigue en cada caso, el cual puede recapitularse de la siguiente manera: el sistema “difuso” es un sistema de control que se limita a proteger los derechos del gobernado, mientras que en el sistema “concentrado” se trata de proteger integralmente a la Constitución y a las normas constitucionales.

CONSIDERACIONES FINALES SOBRE LOS MODELOS DE CONTROL DE LA CONSTITUCIONALIDAD EN EL DERECHO COMPARADO

Contemporáneamente, existen variantes de los sistemas “americano” y “europeo” de control de la constitucionalidad, las cuales han provocado la ampliación de los criterios de clasificación, adicionándose a los modelos “puros”, casos de modalidades consideradas “atípicas” o “mixtas”, derivadas de la combinación de estructuras propias de los “sistemas originales”.

Es por ello que me propuse la tarea de seleccionar cuáles podrían ser las bases de clasificación más adecuadas que caracterizaran a los sistemas de control de la constitucionalidad que existen en casi todos los Estados constitucionales contemporáneos -- especialmente en el continente europeo, con una clara influencia en América Latina, sobre todo, en el Cono Sur, y en menor medida, en Centroamérica y en México --, a partir de los criterios de diversos estudiosos de la materia, tales como E. McWhinney,⁸⁸ F. Fernández Segado,⁸⁹ L. Pegoraro,⁹⁰ P. Calamandrei,⁹¹ L. Favoreu,⁹² F.

⁸⁸ McWhinney, E., *Conflit idéologique et ordre mondiale*, Dalloz, Paris, 1970.

⁸⁹ Fernández Segado, F., *La jurisdicción constitucional en América Latina. Evolución y problemática desde la independencia hasta 1979*; en la democracia constitucional. Estudios en homenaje al profesor Francisco Rubio Llorente; Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, Madrid. 2002. Volumen II.

⁹⁰ Pegoraro L., *Giustizia costituzionale comparata*, Giappichelli, Torino 2007.

⁹¹ Calamandrei, P., *La illegittimità costituzionale delle leggi nel processo civile*, Cedam, Padova, 1950.

⁹² Favoreu, L., *Les cours constitutionnelles*, Presses Universitaires de France, Paris, 1992.



Rubio Llorente,⁹³ M. Fromont,⁹⁴ A. Pizzorusso⁹⁵ y Sagués N.,⁹⁶ a cuyo efecto propongo los siguientes cinco, los cuales se refieren básicamente a la composición y funcionamientos de los órganos de control; a los requisitos y permanencia en el cargo de los jueces constitucionales; a los procedimientos para aplicar los medios de control; y a los efectos de las sentencias:

- a) *La naturaleza del órgano de control*
- b) *La formación de los miembros de los órganos de control*
- c) *La estabilidad de los órganos que ejercen el control*
- d) *Los procedimientos de control*
- e) *Los efectos de las sentencias de los órganos de control*

➤ *La naturaleza del órgano de control*

El control de la constitucionalidad puede ser llevado a cabo ***por un órgano político o por un órgano jurisdiccional***, por lo que desde la perspectiva del órgano que realiza el control, ésta se encuentra relacionada con su naturaleza, su esfera de acción, su composición y los procedimientos que aplica.

El caso de un *órgano político*, al menos formalmente, sin naturaleza jurisdiccional, coincide esencialmente con el control realizado por los mismos parlamentos en su interior, lo cual es visible en el modelo típico adoptado en el pasado por los países socialistas, en los que este control se llevaba a cabo en la vía directa y preventiva; otro

⁹³ Rubio Llorente, F., *La forma del poder: estudios sobre la Constitución*. Centro de Estudios Constitucionales, Madrid, 1997.

⁹⁴ Fromont, M., *La notion de justice constitutionnelle*, Paris, Dalloz, 2005.

⁹⁵ Pizzorusso A., *I sistemi di giustizia costituzionale: dai modelli alla prassi*, in Quaderni costituzionali, 1982.

⁹⁶ Sagués, N., *Derecho procesal constitucional*, Astrea, Buenos Aires, 2002.



ejemplo de ello sería el Consejo Constitucional Francés⁹⁷ y el Consejo de la Revolución contemplado en la Constitución portuguesa de 1976, sustituido por un auténtico tribunal constitucional, después de la revisión de la Ley Fundamental de 1982. Un caso particular que normalmente no es mencionado, lo encontramos en el control “teológico” que se encuentra previsto en la Constitución iraní de 1979, cuyo “Consejo de los Guardianes” está compuesto de teólogos musulmanes, encargados de verificar la armonía de los textos normativos con el Corán.

El sistema judicial o jurisdiccional es en el que uno o varios tribunales ejercen esta competencia, la cual como se ha dicho, puede ser atribuida a una pluralidad de órganos o a un órgano único, cuyo funcionamiento e integración, en cualquier caso, se basan en las estructuras judiciales y los procedimientos llevados a cabo en forma de juicios, dando lugar a los modelos generales “difuso” y “concentrado”, así como a sus variantes y mezclas, según se ha señalado antes.

- *La formación de los miembros de los órganos que realizan el control de la constitucionalidad*

Los órganos de control suelen estar *formados por expertos en Derecho*, como profesores universitarios en materia jurídica, abogados, jueces con un *background* de estudios jurídicos (cortes o tribunales de Italia, Alemania, Austria, España, Portugal, Hungría, México, Bolivia, Colombia, Chile y Guatemala),⁹⁸ o bien, pueden estar integrados por miembros legos, carentes de conocimientos jurídicos, como en el caso

⁹⁷ El Consejo Constitucional durante mucho tiempo fue considerado un caso típico de control por órgano político, interpretación de su naturaleza que ya no es sostenible, pues en la actualidad, no obstante el mecanismo de designación de sus miembros y la presencia formal de ciertas estructuras -- a) los ex presidentes de Francia forman parte del consejo por disposición de las leyes, pero nunca asisten a sus sesiones, en la práctica; y b) prevalece el control preventivo o *a priori* de las normas generales --, este órgano funciona como un auténtico tribunal constitucional propio de un sistema jurisdiccional de control, conforme al sistema “concentrado”.

⁹⁸ Sagués N., *op cit.*



del antiguo Consejo de la Revolución portuguesa y en general, de los órganos de control de la constitucionalidad de naturaleza política (Francia en la época de los Napoleones y México en su Supremo Poder Conservador de 1836).

Estos órganos pueden ser mixtos, en cuanto a su conformación, en la cual coinciden tanto juristas, como legos (es el modelo seguido de la experiencia francesa desde 1958 y de la iraní, cuyo Consejo de los Guardianes está compuesto por seis teólogos y seis juristas).

Es oportuno subrayar que para el óptimo funcionamiento de cualquier tribunal de control es conveniente que sus miembros no sólo sean expertos jurídicos, sino también especialistas en Derecho constitucional y en control de la constitucionalidad.

➤ *La estabilidad de los órganos que ejercen el control*

Aquí podemos distinguir entre los órganos permanentes, bien estructurados y funcionando de manera estable dentro del ordenamiento constitucional, o bien, los *órganos ad hoc*, constituidos y en funciones, según la exigencia de conocer los casos en cuestión sometidos a su competencia conforme se vayan presentando (un ejemplo es el de la corte constitucional guatemalteca, contemplada desde 1965, la cual debía conformarse dentro de los cinco días después de la presentación del recurso de constitucionalidad).

➤ *Los procedimientos de control*

Los procedimientos mediante los cuales se substancian los juicios constitucionales, en particular, en cuanto a la modalidad de la activación del control y a la vía procesal de procedencia de los distintos medios previstos en cada sistema, son criterios con base en los cuales también se pueden intentar otro tipo de clasificaciones.



Momento de la activación del control

De naturaleza preventiva (a priori), lo cual significa que el control se verifica en un momento anterior a la entrada en vigor de las normas generales. El ejemplo típico es el del sistema de control francés, en el caso de leyes y tratados internacionales, y los de Chile e Irán, el cual se extiende inclusive, en este último país, a los proyectos de ley que todavía no se han promulgado o publicado.

De naturaleza correctiva (a posteriori), lo cual quiere decir que el control se aplica una vez que la norma general ya existe, ha sido publicada y es aplicable dentro del sistema jurídico respectivo. Ésta es la regla más extendida en los sistemas de control de la constitucionalidad contemporáneos, como los de Austria, Alemania, Polonia, Hungría, Perú y México, entre muchos otros.

De naturaleza mixta, en cuyo caso se incluyen ambas posibilidades para realizar el control de las normas generales, preventivo y correctivo, dependiendo del medio de impugnación que se utilice, como en Italia, Portugal, España o Colombia.

Vía procesal de activación del control

En vía directa, con base en la cual el control abstracto de la constitucionalidad de las normas generales se inicia mediante un planteamiento o “acción” procesal, ante el tribunal constitucional, sin necesidad de que exista un proceso en curso, posibilidad prevista en los sistemas de control “concentrado” como los de Italia, España, Alemania, Portugal, Rumania, Francia, Hungría, Bélgica, Ecuador, Chile, Colombia y México, entre otros.

En vía indirecta, la cual se aplica en el caso de los medios de control concreto de la constitucionalidad de normas generales, actos y omisiones, configurándose procesalmente, como una “reacción” ante una “acción” representada por la decisión de



una autoridad considerada anticonstitucional, la cual puede ser materia de cualquier proceso contencioso de legalidad en curso (cuestión de constitucionalidad), o bien, originar la impugnación del acto concreto o la omisión que contraviene la Constitución (acto de aplicación o no aplicación de una norma general por una autoridad). Este mecanismo es propio de los sistemas “difusos” de control y existe también en los del modelo “concentrado”, tratándose de los medios de control concreto de las normas generales y de los actos u omisiones particulares de las autoridades, como en Italia, Portugal, Alemania, España y Francia.

➤ *Los efectos de las sentencias de los órganos de control*

En la especie, conviene distinguir entre los efectos de las sentencias en relación con las determinaciones materia del control de la constitucionalidad y sus alcances en el tiempo.

En cuanto a lo primero, tenemos: *a) los efectos generales*, los cuales consisten en que la norma declarada inconstitucional es expulsada del ordenamiento jurídico con efectos oponibles a terceros, como se prevé en los ordenamientos de Italia, Austria, Alemania, España, Portugal, Hungría, Polonia, Bolivia, Colombia, Perú y México, países entre otros, en los que está previsto, en mayor o menor grado, el control abstracto de las normas generales; y *b) los efectos relativos*, cuya extensión se limita al caso concreto y a las partes en el juicio, en términos del control concreto de las normas generales, o del control de actos particulares y omisiones, como ocurre en mayor o menor grado, en países como México, España y en los que han adoptado un sistema “difuso” o “mixto” de control de la constitucionalidad (Estados Unidos, Argentina).⁹⁹

En cuanto a lo segundo, se alude a los alcances en el tiempo de las sentencias que declaran anticonstitucional una norma general, considerándose la posibilidad de que

⁹⁹ *Idem.*



éstos se extiendan hacia el futuro, a partir del momento en que se pronuncian y causan estado (*ex nunc*), o bien, desde que se expidió la norma, es decir, retroactivamente (*ex tunc*). Lo más sencillo es tomar la primera opción, aunque lo más razonable es aceptar la segunda, toda vez que la norma es anticonstitucional desde que se creó y no desde el momento en que fue anulada. La solución para el conflicto entre la retroactividad y la seguridad jurídica, a mi juicio, es que cuando ésta no sea un obstáculo práctico insalvable, se acepten los alcances retroactivos de las sentencias.

EL CONSTITUCIONALISMO EUROPEO DE FRENTE A LOS RETOS ACTUALES DESDE LA ÓPTICA DE SUS ESPECIALISTAS

En relación con las transformaciones constitucionales que caracterizan a Europa en la actualidad, el profesor Andrea Morrone sostiene que el fenómeno llamado “globalización”, además de referirse a temas muy diversos, entre ellos, al constitucional, se basa en “una denominación sin concepto”, indeterminada y cargada de ambigüedad,¹⁰⁰ particularmente en cuanto a la noción de “Estado soberano” en el ámbito de la Unión Europea, la cual es analizada enfáticamente por diferentes teorías cuyo objetivo es la negación de la personalidad del Estado moderno, reducido a una simple ficción, condicionada por diversos factores de poder, como los políticos, económicos, ideológicos, internos y externos, a efecto de someterlo a sus intereses.

“... A partir de la conclusión de la Segunda Guerra Mundial, el constitucionalismo cambió de horizonte... la clausura del Estado liberal del siglo dieciocho ha cedido su lugar a los ordenamientos abiertos a procesos de integración política de varios niveles”¹⁰¹

¹⁰⁰ Morrone, Andrea, *Seminario Italospagnolo, Il simposio Internazionale “Desafíos del constitucionalismo ante la integración Europea”*, 25-27 de noviembre de 2014, Facultad de Derecho (ICADE), Universidad Pontificia Comillas, Madrid.

¹⁰¹ *Idem.*



En estas condiciones, la conceptualización precisa del Estado, con base en sus elementos esenciales, vuelve a ser de gran importancia en el contexto general de lo que suele llamarse “globalización”, o en el ámbito más específico de la Unión Europea en torno al denominado “constitucionalismo multinivel”. La noción del Estado como "Estado-institución", asociada con la idea de "Estado-artificio" desarrollada por George Burdeau,¹⁰² continúa siendo muy útil, pues a través de ella entendemos la esencia política de una abstracción jurídica, cuyo núcleo es precisamente, el poder político que es institucionalizado en virtud de una decisión soberana, de modo que el Estado es “la institucionalización del poder”,¹⁰³ es decir, el poder convertido en instituciones políticas y estructuras constitucionales decididas y configuradas soberanamente por el poder constituyente. Por lo tanto, la Constitución del Estado puede entenderse, de manera precisa, como “la organización del poder que ha sido definida en un tipo de Estado y en un régimen político, determinados por un acto de soberanía”.

Lo anterior, ahora según la línea argumentativa clásica de Carl Schmitt, coincide plenamente con su idea de Constitución, cuyo contenido esencial son las "decisiones políticas fundamentales" adoptadas por el poder constituyente soberano, cuya seguridad, permanencia, obligatoriedad y fuerza coercible son conferidas por las que él denomina "leyes constitucionales" (normas constitucionales), o por la costumbre. Entonces, en el ámbito de la organización soberana del poder, el tipo de Estado y las estructuras de gobierno, definen la Constitución política de una sociedad, la cual tiene una formalidad normativa, pero ante todo, una esencia política, puesto que el Estado es la forma como el poder real se convierte en una institución constitucional.

¹⁰² Burdeau, Georges, *L'Etat*, Paris, Éditions du Seuil, 1970, pág. 54

¹⁰³ *Ídem.*



Conforme a lo expuesto, es pertinente lo que al respecto agrega el Profesor Morrone, quien considera que la sustancia esencial no cambia, sino son los modelos de organización política los que sufren el “estrés” de la globalización con respecto a las transformaciones constitucionales, las cuales se pueden resumir en tres tendencias principales que inciden en el diseño jurídico, en el funcionamiento y en la aplicabilidad de los ordenamientos normativos de los Estados que están integrados en la Unión Europea:

- ✓ La internacionalización del Derecho constitucional
- ✓ La constitucionalización del Derecho internacional
- ✓ La aparición del Derecho transnacional global.

“.....La fragmentación de la soberanía en el Estado (por medio del pluralismo social y del pluralismo institucional) va de la mano de la poliarquía de las formas de poder adicionales al Estado...”¹⁰⁴

En este contexto, en lo que se refiere al control de la constitucionalidad y a las relaciones entre los tribunales constitucionales y los comunitarios, se considera que los "Tribunales de Babel" aplican no simplemente Derecho estatal o Derecho internacional, sino más bien, “Derecho transnacional”, sobre la base de sus reglas globales, de tal modo que la experiencia jurídica de la Unión Europea adquiere las características de un ámbito territorial en el que se aplica un Derecho transnacional global. Sobre este punto, el Dr. Morrone plantea la pregunta sobre lo que significa que una Constitución esté inserta en un espacio global de «Derecho transnacional».¹⁰⁵

A esta pregunta, encontramos una posible respuesta en otro gran jurista, Sabino Cassese, ex juez de la Corte Constitucional italiana, quien refiere que las relaciones entre el orden nacional y el orden supranacional, así como las que existen entre los

¹⁰⁴ Morrone, *Andrea, op cit.*

¹⁰⁵ *Ídem.*



regímenes globales, se desarrollan en torno a una pluralización de poderes públicos, que son de dos diferentes órdenes.

“.....Por un lado, existen las que se refieren a los órdenes nacionales y superiores, supranacionales o internacionales. Por otro lado, están las relaciones entre los diferentes y ahora muy numerosos órdenes jurídicos globales...”¹⁰⁶

Al respecto, el Profesor Sabino Casese,¹⁰⁷ refiere además que tal problemática no se limita a lo anterior, sino se extiende en dos direcciones más: una que apela a la relación entre los ordenamientos jurídicos nacionales y los órdenes supraestatales, y otra que se refiere al estudio de las relaciones entre regímenes regulatorios globales, en cuyo contexto se percibe la fragmentación de los regímenes jurídicos y la proliferación de tribunales internacionales “equiordenados” (una torre de Babel de voces judiciales).¹⁰⁸ A efecto de que este entramado de ordenamientos jurídicos pueda coexistir y funcionar se requiere una mayor coordinación y un ajuste recíproco entre ellos, partiendo sin duda, de algunos principios básicos y normas o valores compartidos, que permitan integrar “un *corpus*” u ordenamiento común a los diferentes regímenes sectoriales.¹⁰⁹

En este contexto, la necesaria “apertura constitucional” de los Estados de la Unión Europea, perceptible en las renovaciones o revisiones de sus constituciones a partir de la conclusión de la Segunda Guerra Mundial, permitió romper fronteras, sin disminuir la exigencia de protección y respeto de la soberanía interna, a lo largo de un proceso ininterrumpido de siete décadas, el cual no ha estado exento de problemas políticos, jurídicos, económicos, financieros y sociales que se asocian a las diversas etapas de la historia de esta comunidad de Estados, cuyo balance incluye efectos y

¹⁰⁶ Cassese Sabino, *I Tribunali di Babele, I giudici alla ricerca di un nuovo ordine globale.*, Donzelli Editore, Roma, 2009. p. 6.

¹⁰⁷ *Ídem.*

¹⁰⁸ *Ibidem.*

¹⁰⁹ *Ídem.*, págs. 3 a 8.



situaciones indudablemente negativas, especialmente, para los ciudadanos europeos.

No obstante, lo que ha sido definitivamente positivo de tales aperturas constitucionales, ha sido el avance logrado en el área de la ampliación y garantía de los Derechos Humanos, a partir de su internacionalización y de su defensa coordinada entre los tribunales constitucionales e internacionales.

FUENTES JURÍDICAS DE LA UNIÓN EUROPEA

A continuación, se mencionan los tratados fundacionales y constitutivos de la Unión Europea, integrada inicialmente por seis Estados fundadores,¹¹⁰ hasta llegar a los veintiocho miembros,¹¹¹ menos el Reino Unido, el cual está en proceso de separación, como resultado del referéndum de 2016 que aprobó el denominado *Brexit*.

Principales instrumentos internacionales de la Unión Europea ¹¹²			
INSTRUMENTO	NOMBRE	FECHA	
TRATADO DE "PARIS"	<i>Tratado constitutivo de la Comunidad Europea del carbón y del acero (CECA)</i>	Firmado: en París (Francia) 18 de abril 1951	Entrada en vigor: 26 de julio 1952, por 50 años. Conclusión: 23 de julio de 2002
TRATADOS de "ROMA" (CEE)	<i>Tratado constitutivo de la Comunidad Económica Europea y</i> <i>Tratado constitutivo de la Comunidad Europea de la Energía Atómica (CEEa o Euratom).</i>	Firmados: Roma (Italia) 25 de marzo 1957	Entrada en vigor: 1 de enero de 1958
TRATADO	<i>Tratado con el cual se constituye el Consejo Único y la Comisión Única de las Comunidades Europeas</i>	Firmado: Bruselas (Bélgica) 8 de abril de 1965	Entrada en vigor: 1 de julio 1967

¹¹⁰ Bélgica, Francia, Italia, Alemania, Luxemburgo y los Países Bajos.

¹¹¹ http://europa.eu/about-eu/countries/member-countries/index_it.htm (consultada el día 1 de mayo del 2016).

¹¹² Fuente: Elaboración propia a partir de los datos de la página de la Unión Europea. http://europa.eu/eu-law/decision-making/treaties/index_es.htm



TRATADO	Tratado de Luxemburgo TRATADO que modifica determinadas disposiciones presupuestales/ Primer TRATADO de presupuesto	Firmado: Luxemburgo el 22 de abril 1970	Entrada en vigor: 1 de enero de 1971
TRATADO	Segundo tratado presupuestal <i>(Tratado de Bruselas)</i>	Firmado: Bruselas (Bélgica) 22 de julio 1975	Entrada en vigor: 1 de julio 1977
ACTA	El Acta Única Europea (AUE)	Firmada: Luxemburgo y la Haya 17 de febrero 1986 y 28 de febrero 1986	Entrada en vigor: 1 de julio 1987
TRATADO	Tratado de la Unión Europea (TUE) / (TRATADO de Maastricht)	Firmado: Maastricht (Países Bajos) 7 de febrero 1992	Entrada en vigor: 1 de noviembre 1993
TRATADO	Tratado de Ámsterdam	Firmado: Ámsterdam (Países Bajos) 2 de octubre 1997	Entrada en vigor: 1 de mayo 1999
TRATADO	Tratado de Niza	Firmado: Niza (Francia) 26 de febrero 2001	Entrada en vigor: 1 de febrero 2003
CARTA	Carta de los Derechos Fundamentales de la Unión Europea	Firmada: Niza (Francia) 7 de diciembre 2000 y Estrasburgo (Francia), con algunas modificaciones, 12 de diciembre 2007	Entrada en vigor: como parte del TRATADO de Lisboa (y precedentemente, como parte del proyecto del TRATADO por el cual se crearía una Constitución de Europa.), la Carta es vinculante desde la entrada en vigor del TRATADO de Lisboa.
TRATADO	Tratado de Lisboa	Firmado: Lisboa (Portugal) 13 de diciembre 2007	Entrada en vigor: 1 de diciembre 2009



Tratados no ratificados.

- **Proyecto del Tratado por el cual se establece una Constitución para Europa (no ratificado)**

Firmado: Roma (Italia) el 29 de octubre de 2004

No entró en vigor, al no ser ratificado por sus 28 miembros.

CONSIDERACIONES FINALES SOBRE LA SOBERANÍA DE LOS ESTADOS MIEMBROS, SUS SISTEMAS DE CONTROL DE LA CONSTITUCIONALIDAD Y EL DERECHO DE LA UNIÓN EUROPEA

Hasta ahora, la aprobación de una Constitución para Europa no ha sido posible, esencialmente vista la inexistencia de un Estado europeo, cuya soberanía contenga a todos los Estados miembros de la Unión Europea. Empero, esta comunidad de Estados cuenta con su propio sistema normativo institucional que se ha conformado por los diversos tratados constitutivos a lo largo de seis décadas, a través de los cuales se distribuyen y se ejercen las competencias entre los órganos nacionales y los órganos comunitarios, haciendo frente a los desafíos resultantes de la coexistencia de los Estados miembros en un contexto de globalización cada vez más amplio y complejo. Su naturaleza "supranacional" se fundamenta en la cesión o "transferencia de poderes soberanos" -- "*cessione di competenze sovrane*" -- a favor de las instituciones comunitarias, prevista en varias constituciones de los Estados miembros,¹¹³ cuya implementación fue asegurada a través de la ratificación de los tratados constitutivos con el objetivo de formar una Comunidad de Estados soberanos integrada por

¹¹³Como hace referencia G.L. Cecchini. BCE e ESM. *Quale sovranità per lo stato?*, en la Revista de la Cooperación Jurídica Internacional, 2012, fasc. 42, 128, los Estados Miembros se comprometen incondicionalmente e irrevocablemente a cumplir sus obligaciones ante la comunidad, como en el caso de Italia, la cual, en materia financiera, aceptó pagar sus cuotas, equivalentes a 125 billones, a liquidar en 5 años, conforme a las cinco maniobras del gobierno Monti que había retitulado "lágrimas y sangre".



vínculos legales, políticos, económicos y financieros.¹¹⁴

En estas condiciones, el Derecho constitucional europeo suele interpretarse como un sistema multi-nivel "*sui generis*"¹¹⁵ o *tertium genus*, que se sustenta y funciona jurídica y políticamente, en gran medida, mediante la creación de instituciones legalmente reguladas y de poderes de hecho¹¹⁶ capaces de realizar los actos jurídicos y tomar las determinaciones políticas que tienen efectos vinculantes para todos los Estados miembros de la comunidad.

Esto significa que desde la perspectiva de la legalidad, en relación con el concepto "Estado de Derecho", se puede considerar que hay elementos para afirmar que la Unión Europea conforma precisamente, una "Comunidad de Derecho", esto es una organización jurídica en la que los poderes públicos, los sujetos de derecho y el ejercicio del poder que le corresponde a la Unión Europea están constreñidos a sus

¹¹⁴ La crisis de la eurozona del 2008 se manifestó claramente en el caso de Grecia, a cuya solución se destinaron esfuerzos reflejados en instrumentos financieros como:

-L'European Financial Stability Facility (EFSF) conocido como "Fondo salva Estados" de mayo de 2010. Los Estados de la eurozona prepararon este instrumento financiero provisionalmente para crear cierto deshago para los países en problemas (esta "sociedad" se planeó originalmente con una fecha de caducidad en el 2013); y

-L'European Stability Mechanism del 2 de febrero de 2012 identificado con el acrónimo "ESM". Este mecanismo tomó la forma de "organización intergubernamental de Derecho público internacional", cuya tarea fundamental es la de funcionar como reserva de crédito para los Estados, a la cual puede tener acceso hasta un porcentaje máximo de 500 de los 700 mil millones a los que asciende su capital social. Este instrumento representaba una esperanza para frenar la especulación contra el euro, garantizando a todos los Estados de la zona la posibilidad de pagar sus deudas y de obtener créditos frescos, a efecto de alcanzar situaciones de equilibrio presupuestal. Las ventajas que se le atribuían eran: a) La no sujeción del nuevo fondo a las amenazas de las instituciones financieras internacionales, al estar garantizado por una autonomía derivada de los depósitos de capital efectuados por los Estados miembros; y b) La previsión de que las disposiciones de recursos estarían condicionadas a la presentación de reformas bien calendarizadas por parte de los Estados de la eurozona que los solicitaran, los cuales demostrarían también la implementación de las medidas acordadas en el programa de reformas presentado.

¹¹⁵ Whal Rhainer, *¿Cabe explicar la Unión Europea mediante conceptos fundamentales de teoría del Estado?, en Teoría y Realidad constitucional*, n. 18, 2006, pp. 105-129. Biblioteca jurídica virtual del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la Universidad Nacional Autónoma de México. www.juridicas.unam.mx

¹¹⁶ Neyer, Joerges, *Deliberative supranationalism*, in European University Institute Working Papers, n. 20, 2006.



normas y están limitados por las mismas en su actuación y en sus relaciones con los Estados miembros.

En este sentido, los aspectos relativos a la institucionalidad, a la normatividad y a la legalidad de las estructuras y los órganos de la Unión Europea no ofrecen ninguna duda sobre su existencia formal y su funcionamiento jurídico, con independencia de los problemas inherentes a cualquier ente creado y regulado conforme a un sistema normativo, tales como los diversos criterios de interpretación del Derecho, o bien, los conflictos de competencias entre los órganos públicos, todo lo cual se resuelve en el marco del propio orden jurídico vigente. Sin embargo, en el ámbito de la legitimidad política y en cuanto al tema de la representación democrática en la Unión Europea, la realidad se presenta en términos muy distintos.

Ahora bien, desde el punto de vista de la legitimidad democrática, en la Unión Europea no sólo es el poder soberano de los Estados el que sufre un menoscabo derivado de sus obligaciones y compromisos con la comunidad, sino también los *ciudadanos europeos* en sus relaciones con los poderes internacionales y las nuevas autoridades supranacionales. Por ello, es necesaria la inmediata implementación de mecanismos eficaces que permitan una amplia, plural y eficaz participación ciudadana en las decisiones relativas a los asuntos comunitarios que obligan a cada Estado miembro de la Unión, en aras de un verdadero control democrático del poder que ejercen los órganos de esta comunidad.¹¹⁷

En cambio, de continuar la situación *sui generis* actual, identificada con la tesis de la

¹¹⁷ Aguilar Calahorra, Augusto, *La primacía del Derecho europeo y su invocación frente a los Estados: una reflexión sobre la constitucionalización de Europa* Rivista elettronica del Centro di Documentazione Europea dell'Università Kore di Enna. pp. 7, 72 et passim.



"doble legitimidad",¹¹⁸ conforme a la cual, los Estados y los ciudadanos, ambos sujetos de la Unión Europea, están representados por los diversos mecanismos internos y externos de la acción y la producción normativa (doble legislador ordinario) -- por un lado, los gobiernos en el Consejo Europeo y por el otro, los ciudadanos representados en el Parlamento Europeo --¹¹⁹, aumentaría la dificultad para tomar y aplicar las decisiones institucionales sobre una base auténtica de legitimidad democrática.

Este fenómeno es considerado por varios expertos en la materia,¹²⁰ como la falta de equilibrio satisfactorio entre los intereses representados en el Consejo Europeo y aquellos inscritos en el Parlamento Europeo, en virtud de que el peso político e institucional de la representación de los ciudadanos es todavía menor que el de los Estados miembros y se ve reflejado en los desacuerdos sobre todo en "cuestiones de representación y solución de conflictos entre Estados y ciudadanos".¹²¹

A lo anterior, se debe agregar la percepción de abandono y desconfianza que tienen los gobernados hacia sus mismos gobernantes y sobre todo, "en cuanto a la Unión Europea", pues los ciudadanos consideran que en las negociaciones de los acuerdos y en los convenios de contenido económico o financiero, en los que se comprometen directa o indirectamente sus intereses, éstos son desatendidos o ignorados, so

¹¹⁸ Neunreither, *The dual legitimacy of the European Union and the democratic deficit in ID, The democratic Deficit of the European Union: Towards closer cooperation between the European Parliament and the National Parliaments, Government and Opposition*, n. 29, 3, 1994, pp. 311-314.

¹¹⁹ *Idem*.

¹²⁰ Manetti Michela, *Autorità indipendenti e Parlamenti nazionali nell'Unione europea, Parlamenti nazionali e Unione europea: il contributo dei parlamenti nazionali alla formazione del diritto europeo dopo Lisbona*. Partecipazioni nel Convegno su *Parlamenti nazionali e Unione Europea nella governance multilivello*, Camera dei deputati, Università Sapienza di Roma, 12-13 maggio 2015.

¹²¹ Cabo Martín de, *Constitucionalismo del Estado social y Unión Europea en el contexto globalizador*, en *Revista de Derecho Constitucional Europeo*, n. 11, 2009, pp. 31-47.



pretexto del carácter vinculante¹²² de los tratados, cuyos efectos y aplicación tienen un impacto inmediato en su economía y en su vida cotidiana.

Lo antes expuesto es en sí mismo grave, por lo que ha sido ya interpretado por el Tribunal Constitucional alemán, como un riesgo de infracción a los Derechos Fundamentales del Hombre, los cuales podrían sufrir una disminución formal y material si fuese implementada una transferencia de competencias tan amplia que dificultara la eficaz intervención ciudadana en la legitimación del poder del Estado, e incluso en el ejercicio de las atribuciones de los poderes públicos "*kompetenz-kompetenz*" referente a la base de legitimidad de sus titulares.¹²³

En contraste con el ámbito político, se puede decir que en el ámbito jurisdiccional existe mayor credibilidad en las instituciones de justicia, en los medios de control de la constitucionalidad del poder y en la protección de los Derechos Humanos, a disposición de los ciudadanos, reconocidos y garantizados judicialmente a nivel nacional e internacional.

A favor de la protección más efectiva de estos derechos, los tribunales nacionales que controlan la constitucionalidad han establecido en sede jurisprudencial, la innegable existencia de una esencia constitucional que resiste la presencia del Derecho comunitario, hablando en términos de soberanía. Este núcleo constitucional y sus elementos fundamentales son reconocidos y preservados conforme a la llamada "doctrina de los contralímites (*controlimiti*)".¹²⁴

¹²² Pegoraro L. e A. Reposo, *Le fonti del diritto negli ordinamenti ccontemporanei*, Monduzzi, Bologna, 1993.

¹²³ Véase a Mezzeti Lucca, *Sistemi e modelli di giustizia costituzionale*. Edit. Cedam, Italia, 2009.

¹²⁴ En mi opinión, estas tendencias doctrinales se pueden identificar en dos grupos: a) las que admiten en general, un Derecho externo que es aceptado por un orden jurídico interno, siempre y cuando respete los principios esenciales de la Constitución del Estado, sobre la base de parámetros y criterios tales como los "contralímites", el margen de apreciación, la distinción entre supremacía y primacía de



Sobre este tema, hay algunas constituciones cuyos límites materiales forman parte del parámetro explícito para juzgar la constitucionalidad del Derecho europeo, como en los casos de Finlandia, Suecia, Portugal y Grecia. También existe la posibilidad de definir los límites materiales implícitos y no textuales comprendidos en el núcleo constitucional a través de la jurisdicción de los tribunales y de las cortes constitucionales, sobre la base de su competencia en materia de control de la constitucionalidad del propio Derecho comunitario. Incluso ante la ausencia de una referencia explícita o de una construcción jurisprudencial, la doctrina ha sostenido la existencia de este núcleo constitucional inmodificable e insuperable ante el Derecho comunitario.

En estas condiciones, la competencia de los jueces constitucionales para controlar en última instancia la compatibilidad del Derecho europeo con los límites establecidos por el sistema constitucional nacional, sin la posibilidad de que sus decisiones sean superadas por medio de una modificación a la Ley Fundamental, se manifiesta en este contexto, como una garantía de tutela de los ciudadanos europeos frente a las instituciones comunitarias que en muchos sentidos les parecen lejanas y ajenas a sus intereses legítimos y a sus preocupaciones más significativas.

En este punto es importante destacar que en los sistemas jurídicos europeos, no obstante el nivel de integración de los Estados miembros de la comunidad, prevalece como regla básica la supremacía constitucional, ante la posible contradicción entre un tratado internacional y los elementos definitorios esencial de la Constitución de los Estados soberanos. Al respecto son ilustrativas las siguientes resoluciones judiciales

las fuentes atípicas o infraconstitucionales y otros; y b) las que en cambio, comparten las posiciones favorables al efecto directo de las normas internacionales y a la interpretación conforme; a la protección equivalente y subsidiaria; y a la existencia de un orden jurídico nacional que reconoce y abre espacio a otro orden comunitario y se abstiene de intervenir en ciertas materias si fueran parte de la competencia de un órgano externo.



Órganos de control de la constitucionalidad.	Sentencia/Año	Aspectos a destacar
TRIBUNAL DE JUSTICIA DE LA U. E. vs/Tribunal de lo contencioso administrativo de Holanda	Causa: 26/62 <i>Van Gend en Loos</i> 5/febrero/1963 ¹²⁵	Esta sentencia marcó un punto de inflexión en las relaciones entre el Derecho constitucional y el Derecho europeo, de la cual surgieron los principios de: <p style="text-align: center;">Eficacia directa y Primacía¹²⁶</p> (Dos elementos centrales en la consolidación del derecho europeo).

¹²⁵ Solicitud dirigida al Tribunal de Justicia, según el apartado a) del primer párrafo y el párrafo tercero del artículo 177 del Tratado constitutivo de la Comunidad Económica Europea y por la *Tariefcommissie*, Tribunal de lo contencioso-administrativo neerlandés.

¹²⁶ El *primado* presupone la prevalencia aplicativa de las normas europeas en la hipótesis de que difirieran de las normas nacionales, mientras que la *eficacia directa* es la posibilidad que se les conceda a los individuos de apelar al Derecho europeo frente a las resoluciones de los jueces nacionales para sustentar sus reivindicaciones materia de la causa. Ambas normas están estrechamente vinculadas, dado que el juez nacional está obligado a aplicar del Derecho europeo para resolver la controversia, así como abstenerse de aplicar el Derecho nacional considerado contrapuesto al de la Unión Europea.



<p>TRIBUNAL</p> <p>DE JUSTICIA DE LA UNIÓN EUROPEA</p> <p>vs/el Juez Conciliador de Milán.</p>	<p>CAUSA: (6/64)¹²⁸</p> <p>FLAMINIO COSTA Y E.N.E. L¹²⁹</p> <p>15/julio/1964</p>	<p>El Tribunal de Justicia deja claro el derecho que tienen los ciudadanos europeos de apelar directamente al Derecho europeo para que les garantice sus reclamaciones en causa.¹²⁷</p> <p>(<i>Van Gend en Loos</i> y <i>Costa vs. ENEL</i>) representaron el punto central que mostró la aplicación uniforme y homogénea del Derecho europeo.</p>
<p>TRIBUNAL</p> <p>DE JUSTICIA DE LA UNIÓN EUROPEA</p> <p>vs/Dal Verwaltungsgerecht Stuttgart</p> <p>(Decisión prejudicial)</p>	<p>CAUSA: (29/69)¹³⁰</p> <p>12/noviembre/1969</p> <p><i>Erich Stauder/Stadt Ulm - Sozialamt,</i></p>	<p>El Tribunal concluye que sólo los derechos fundamentales del individuo están contenidos en los principios generales del Derecho comunitario, cuyo respeto está garantizado por el Tribunal de Justicia,¹³¹ pese a que no determina cuáles son esos derechos fundamentales y cuál debería ser su nivel de protección.</p>
<p>TRIBUNAL</p> <p>DE JUSTICIA DE LA UNIÓN EUROPEA</p> <p>Vs</p> <p><i>Handelsgesellschaft mbH,</i></p> <p>(la causa fue una petición dirigida a dicho tribunal)</p>	<p>CAUSA: (11/70)¹³²</p> <p>17/diciembre/1970</p> <p><i>Internazionale Handelsgesellschaft mbH,</i></p> <p>Vs.</p> <p><i>Verwaltungsgericht Frankfurt am Main,</i></p> <p><i>Getreide und</i></p>	<p>Se establece que:</p> <p>En ausencia de una lista comunitaria de los derechos fundamentales, el trabajo de conformación y protección de éstos, en el marco de la Comunidad recae en el Tribunal de Justicia por vía jurisdiccional, teniendo como fuente de interpretación las tradiciones comunes entre los Estados miembros.</p> <p>El Tribunal, desde el comienzo de los años 80, deberá hacer referencia al principal instrumento internacional correlativo, es decir: El Convenio Europeo para la protección de los Derechos Humanos y las libertades fundamentales, firmado en</p>

¹²⁸ <http://eur-lex.europa.eu/legal-content/ES/TXT/PDF/?uri=CELEX:61964CJ0006&from=ES>

¹²⁹ ENEL (*Ente Nazionale Energia Elettrica*).

¹²⁷ Chalmers - Hadjiemmanuil - Monti - Tomkins, *European Union Law*, Cambridge, 2007, pp. 45-50.

¹³⁰ <http://eur-lex.europa.eu/legal-content/ES/TXT/PDF/?uri=CELEX:61969CJ0029&from=ES>

¹³¹ *Ibidem*.

¹³² <http://eur-lex.europa.eu/legal-content/ES/TXT/PDF/?uri=CELEX:61970CJ0011&from=ES>



	<i>Futtermittel</i>	Roma el 04 de noviembre de 1950, con motivo del Consejo de Europa. ¹³³
<p>Corte Constitucional de Italia</p> <p>(El Tribunal de Turín planteó una cuestión de legitimidad constitucional)</p>	<p>Sentencia 183/1973¹³⁴</p> <p>JUICIO DE LEGITIMIDAD CONSTITUCIONAL EN VÍA INCIDENTAL</p> <p>18 /diciembre/1973</p> <p><i>Frontini Franco Renato</i> y el Ministerio de Finanzas</p>	<p>La Corte sostiene que igualmente aparecen dudas infundadas sobre la falta de control de la constitucionalidad revisado por ella para la salvaguarda de los Derechos fundamentales garantizados por la misma Constitución italiana a sus ciudadanos.</p> <p>Sostiene que el juez común puede legítimamente abstenerse de aplicar la norma comunitaria que entre en conflicto con los principios fundamentales del sistema jurídico italiano.</p>
<p>TRIBUNAL DE JUSTICIA DE LA UNIÓN EUROPEA</p> <p>vs/Administración de las Finanzas del Estado, el <i>Pretore</i> de Susa (Italia).</p>	<p>Causa C-106/77¹³⁵</p> <p>SpA Simmenthal,</p> <p>9/marzo/1978</p>	<p>Se establece que el contenido mínimo del principio de supremacía debe ser:</p> <p>La obligación del juez nacional de aplicar las normas europeas para la resolución de los litigios específicos y se abstendrá de aplicar aquellas normas nacionales consideradas opuestas a las primeras.</p>
<p>Tribunal Federal Constitucional de Alemania</p> <p>(<i>Bundesverfassungsgericht</i>)</p> <p>BVG)</p>	<p>Causa</p> <p>Solange-I-Beschluss (<i>BVerfGE 37</i>)</p>	<p>El Tribunal alemán:</p> <p>Muestra la separación de los sistemas jurídicos y presiona a los jueces constitucionales para que admitan la cuestión de constitucionalidad para conocer la causa en cuestión, en relación con la materia de los derechos humanos, debido a que el proceso de integración europea no se había desarrollado, en modo tal que el</p>

¹³³ Ugartemendia Eceizabarrena, Juan Ignacio y Bengoetxea Caballero Joxerramon, *Breves apuntes sobre las sentencias básicas del Tribunal de Justicia de la Unión Europea*. Teoría y Realidad Constitucional, núm. 33, 2014, pp. 443-480.

¹³⁴ <http://www.cortecostituzionale.it>

¹³⁵ <http://eur-lex.europa.eu/legal-content/IT/TXT/PDF/?uri=CELEX:61977CJ0106&from=IT>



	<p>Solange I¹³⁶</p> <p>(29/mayo/1974)</p>	<p>Derecho comunitario europeo contuviera un catálogo codificado de los Derechos humanos equiparable a la Ley Fundamental de <i>Bonn</i>.</p> <p>Mientras tanto, establece que permanecerá <i>una competencia nacional que se encarga de respetar su cumplimiento</i>.</p> <p>Declaró tener la competencia para verificar si el Derecho comunitario era compatible con los derechos fundamentales, que estaban ya garantizados por la misma Constitución alemana.¹³⁷</p> <p>El <i>BVerGe</i>:</p> <p>Establece la <u>posición dualista, según la cual "el Derecho comunitario representa un orden independiente surgido de una fuente autónoma"</u>,</p> <p>por lo que se abstiene a conocer la constitucionalidad del Derecho comunitario, siempre y cuando éste garantice un nivel de protección de los derechos humanos.</p> <p>De igual forma determina que no llevará a cabo esa verificación, <i>siempre y cuando</i>¹³⁸ la Unión Europea y el Tribunal de Justicia en lo particular, protejan los derechos fundamentales por lo menos al mismo nivel requerido por la <i>Grundgesetz</i> (Constitución de Alemania).</p> <p>Controlará la legitimidad constitucional del Derecho comunitario, cuando la protección asegurada a un determinado derecho a nivel comunitario no pueda considerarse equivalente a aquella garantizada a nivel interno.</p> <p>Causa</p> <p>(<i>BVerfGE</i> 73, 339)</p> <p>Se reserva el poder de conocer del caso y proceder en materia de</p>
--	---	--

¹³⁶ *Bundesverfassungsgericht*, Solange-I-Beschluss (*BVerfGE* 37, nota 4, 271 ff.) *sentenza del 29 maggio 1974*. Mottese, Elisabetta, *La sentenza Lisbona e i suoi precedenti: Un dialogo tra corti, ma senza troppe cortesie*. http://www.lex.unict.it/crio/foglidilavoro/32009_rassegne.pdf

¹³⁷ *Ibidem*.

¹³⁸ *Idem*.



	<p>Solange II (22/octubre/1986)</p> <p>Causa (BVerfGE 73, 339)</p> <p>Solange II (22/octubre/1986)</p>	<p>control, en tal modo que no sea meramente procedimental, sino también de fondo. "Con la consecuencia final que, en lo referente a la primera decisión, se tiene, como máximo, una especie de inversión de la carga de la prueba en detrimento de aquellos que quieren demostrar la ilegitimidad del derecho comunitario".¹³⁹</p> <p>El Tribunal Federal alemán se reservó explícitamente la atribución de juzgar sobre lo relacionado a los límites de los Derechos de soberanía concedidos a los órganos e instituciones europeas y determinar si éstas están extralimitándose (límites a la cesión de derechos de soberanía)¹⁴⁰</p>
<p>Corte Constitucional italiana</p>	<p>Sentencia: 170/1984¹⁴¹ Granital 8/junio/1984</p>	<p>La Corte declaró:</p> <p>Sobre cuál regulación de la Comunidad Europea prevalece sobre las disposiciones del Derecho interno aplicables a la causa.</p> <p>Consecuencias: Entre diversas interpretaciones se elige la más adecuada al Derecho comunitario y si la antinomia no es superable, la regulación sucesiva prevalece sobre la ley.</p> <p>Y concluye que el efecto no es derogatorio, ni abrogatorio de la norma interna en contraste, sino sólo se limita su aplicación al caso</p>

¹³⁹ Luciani, M, *La Costituzione italiana e gli ostacoli all'integrazione europea*, in *Politica del diritto*, 1992, citado por Mottese, Elisabetta, pág. 571.

http://www.lex.unict.it/crion/foglidilavoro/32009_rassegne.pdf

¹⁴⁰ Calamandrei, P., *La illegittimità costituzionale delle leggi nel processo civile*, Cedam, Padova, 1950, págs. 4 y 5.

¹⁴¹ <http://www.cortecostituzionale.it/actionSchedaPronuncia.do?anno=1984&numero=170>



		concreto, fundamentando esta limitación en el mecanismo de la no aplicación. ¹⁴²
<p>Tratado de la Unión Europea (TUE)</p> <p>Tratado de Maastricht</p> <p>(interpretación)</p>	<p>Firmado:</p> <p>Maastricht</p> <p>(Países Bajos)</p> <p>7 /febrero/1992</p> <p>• Entrada en vigor:</p> <p>1/noviembre/ 1993</p>	<p>El Tribunal Federal Constitucional alemán, en la sentencia conocida como “Maastricht”:</p> <p>Declara por primera vez su jurisdicción en materia de revisión del Derecho europeo con el objetivo de controlar que los actos comunitarios no superen la competencia interna trasladada a la Unión Europea, a cuyo efecto estableció su atribución del «control ultra vires».¹⁴³</p> <p>Sobre la base de la afirmación “<i>there is no European people, only european peoples</i>”, resume a la democracia constitucional como un “principio democrático” que pertenece a la esfera de los Estados miembros.¹⁴⁴</p> <p>Así fue como los Estados concedieron la naturaleza supranacional al Derecho europeo, a través del cual se transmitió el principio democrático a la Unión Europea y por medio de los controles internos (gobiernos y parlamentos nacionales) consintieron una “democracia mediata”.</p> <p>Esta resolución se ha confirmado como el paradigma de los</p>

¹⁴² *Idem.*

¹⁴³ Aguilar Calahorra, Augusto, *La primacía del Derecho europeo y su invocación frente a los Estados: una reflexión sobre la constitucionalización de Europa*, *Rivista elettronica del Centro di Documentazione Europea dell’Università Koreuropa*, Diciembre, 2012.

¹⁴⁴ Stein, M., *La sentencia del Tribunal Constitucional alemán sobre el Tratado de Maastricht*, en *Revista de instituciones europeas*, n. 3, 1994, págs. 745 a 770.



		límites que establecen los tribunales constitucionales nacionales frente a la Unión Europea. ¹⁴⁵
<p>TRIBUNAL</p> <p>DE JUSTICIA DE LA UNIÓN EUROPEA</p> <p><i>vs/Bundesfinanzhof</i></p> <p>(alemán)</p> <p>Decisión prejudicial</p> <p>Sobre la interpretación del artículo 17 de la Directiva 77/388/CEE del Consejo, 17 mayo de 1977</p>	<p>Causa</p> <p>(BVerfGE 396/98¹⁴⁶)</p> <p><i>Banana Market</i>¹⁴⁷</p> <p>8/junio/2000</p>	<p>El Tribunal Federal Constitucional alemán:</p> <p>Reafirma su poder de revisión, el cual será admitido si se comprueba que no existe un adecuado nivel de protección de los Derechos fundamentales proporcionado por la Unión Europea.¹⁴⁸</p>
<p>TRIBUNAL</p> <p>DE JUSTICIA DE LA UNIÓN EUROPEA</p> <p>Solicitud de resolución prejudicial</p> <p><i>Landesgericht für Zivilrechtssachen Wien - Austria.</i></p>	<p>Causa</p> <p>224/01¹⁴⁹</p> <p>30/septiembre/2003</p> <p><i>Gerhard Köbler</i></p> <p>VS</p> <p><i>Republik Österreich</i></p>	<p>Se afirma que "<i>el principio según el cual los Estados miembros están obligados a reparar los daños causados a las personas que por motivo de las infracciones al Derecho comunitario le sean imputables</i>", también se aplica en los casos donde la violación se deriva del contenido de una decisión de un órgano jurisdiccional nacional de última instancia (incluyendo a los tribunales constitucionales nacionales).</p>

¹⁴⁵ Baquero Cruz, *The Legacy of the Maastricht-Urteil and the pluralist movement, in European University Institute Working Papers, del Robert Schuman Centre for advanced Studies, 2007/13, pág. 13.*

¹⁴⁶ <http://eur-lex.europa.eu/legal-content/ES/TXT/PDF/?uri=CELEX:61998CJ0396&from=EN>

¹⁴⁷ Algunos la llaman Solange III.

¹⁴⁸ Sentencia del Tribunal Constitucional Federal Alemán de 7 de junio de 2000, *BVerfGE* 102 (Banana Market). *Ibid*, apartado 147.

<http://curia.europa.eu/juris/showPdf.jsf?jsessionid=9ea7d2dc30dc4ed54f19661a4338bb1bce7baced1dae.e34KaxiLc3qMb40Rch0SaxuMchf0?text=&docid=45337&pageIndex=0&doclang=ES&mode=lst&dir=&occ=first&part=1&cid=471396>

¹⁴⁹ <http://curia.europa.eu/juris/liste.jsf?language=es&num=C-224/01>



<p>Tribunal Constitucional de Polonia</p>	<p>Sentencia K 18/04¹⁵⁰ 11/noviembre/2005</p>	<p>En esta decisión el Tribunal polaco declara la compatibilidad del Tratado de Adhesión (2004)¹⁵¹ con la Constitución de Polonia, pero sobre la base de la advertencia directa al Tribunal de Justicia de la Unión Europea de la existencia de un "núcleo constitucional", el cual no puede ser tocado a consecuencia de la integración europea, con el fin de una posible distinción entre soberanía constitucional y primacía del Derecho de la Unión Europea.</p>
<p>Tribunal Federal Constitucional de Alemania <i>(Bundesverfassungsgericht</i> BVG)</p>	<p>Sentencia sobre: Ratificación del Tratado de Lisboa 30/junio/2009</p>	<p>El Tribunal Federal Constitucional de Alemania:</p> <p>Ya en la sentencia Maastricht había prestado atención a las garantías institucionales referente al ejercicio de las competencias y la legitimidad democrática de la Unión.¹⁵²</p> <p>Hace un llamado a la Comunidad supranacional, la cual debe buscar su propia base de legitimidad en los Parlamentos nacionales, de modo que pueda compensar el déficit democrático.</p> <p>Confirma su papel como última instancia jurisdiccional a quien corresponde determinar si las instituciones europeas actúan dentro de sus límites competenciales.</p> <p>Esta sentencia fue considerada como un límite a la integración europea¹⁵³ y su futuro, incidiendo en las "zonas sensibles" consideradas tabú, y considerada por la opinión de algunos, como una decisión "tremendista"¹⁵⁴ (excesiva), de estilo conveniente para los "euroescépticos".</p>

¹⁵⁰ Tribunal Constitucional de Polonia, sentencia K 18/04 (www.trybunal.gov.pl/).

¹⁵¹ http://www.hawana.msz.gov.pl/es/cooperazione_bilaterale/poltica/polonia_nella_ue/

¹⁵² Kiver, P., *The Lisbon Judgement of the German Constitutional Court: A Court Ordered Strengthening of the National Legislature in the EU*, European Law Journal, Vol.16, n.º 5, 2010, pp. 578-588, p. 580.

¹⁵³ Pernice, Ingolf., *Motor or Brake for European Policies? Germany's New Role in the EU after the Lisbon Judgment of its Federal Constitutional Court*, Documento de Trabajo, págs. 15 a 18.

¹⁵⁴ Bobes Sánchez, M. J., *La integración europea según el Tribunal Constitucional Federal Alemán. Comentario a la Sentencia del BVerfG sobre el Trattato de Lisboa*, Revista Española de Derecho Europeo, n.33, 2003, págs. 157 a 186.



<p>Tribunal Federal Constitucional de Alemania</p> <p><i>(Bundesverfassungsgericht</i> BVG)</p>	<p>Causa</p> <p>2 BVR 2661/2006¹⁵⁵</p> <p><i>HONEYWELL</i></p> <p><i>CONTROLLO</i></p> <p><i>ULTRA VIRES</i></p> <p>6/julio/2010</p>	<p>Observaciones preliminares:</p> <p>Se convirtió en el primer caso en el que Tribunal Federal Constitucional alemán tuvo la oportunidad de poner en práctica las conclusiones doctrinales expresadas en la resolución de Lisboa.</p> <p>(Honeywell está vinculada a Lisboa, al igual que el "Banana Market" a Maastricht y en primer lugar a Solange I y Solange II).</p> <p>La falta de precisión de las condiciones del ejercicio del control <i>ultra vires</i>,¹⁵⁶ al igual que la omisión en la sentencia de Lisboa sobre cualquier modo de cooperación entre Karlsruhe y Luxemburgo permitieron que en este caso fueran esclarecidos tales puntos.¹⁵⁷</p> <p>El Tribunal Federal Constitucional alemán sostuvo que para declarar inaplicable un acto comunitario es necesario que las instituciones de la Unión Europea hayan cometido una infracción suficientemente identificada con el principio de atribución de competencias (requisito de fondo).</p>
--	---	--

¹⁵⁵ Sobre el sitio del propio órgano constitucional (*Bundesarbeitsgericht*).

¹⁵⁶ Este término es una locución latina compuesta por dos palabras que significan: más allá (*ultra*) y fuerza, competencia o autoridad (*vires*), respectivamente. Al unir las, significa más allá de sus fuerzas, de su competencia o de su autoridad.

¹⁵⁷ Román Vaca, Carmen *et al*, *El control ultra vires del Tribunal Constitucional Alemán. Comentario de la decisión de 06.07.2010 (2 BVR 2661/06, Honeywell)* Revista de Derecho Comunitario Europeo ISSN 1138-4026, núm. 40, Madrid, septiembre/diciembre (2011), págs. 827-852



		<p>En caso de que fueran determinadas las exigencias de fondo,¹⁵⁸ la declaración sólo sería procedente previo planteamiento de una <i>cuestión prejudicial</i> a cargo del Tribunal de Justicia (requisito de forma).¹⁵⁹</p> <p>Por lo tanto, fue un caso concreto en el que el Tribunal Federal Constitucional alemán suavizó su jurisprudencia, evitando la confrontación directa con el Tribunal de Justicia Europeo.</p>
<p>Tribunal Federal Constitucional de Alemania</p> <p><i>(Bundesverfassungsgericht</i></p> <p><i>BVG)</i></p>	<p>Sentencia</p> <p>(2 BVR 987/10, 1485/10, 1099/10)¹⁶⁰</p> <p><i>Greek rescue</i></p> <p>7/septiembre/ 2011</p> <p><i>Application in Organstreit proceedings regarding the Bundestag's right of participation/ European</i></p>	<p>El Tribunal Alemán, en el caso Honeywell ya había mostrado una tendencia de mayor cooperación, la cual fue confirmada en este fallo.¹⁶¹</p> <p>En el presente, acuerda iniciar un eventual rescate financiero constitucionalmente válido a cargo del gobierno, siempre que se cumplan los siguientes requisitos:</p> <p>1) Que el Poder Legislativo alemán lo apruebe basado en las asignaciones del presupuesto, en donde sean definidas claramente las cantidades asignadas y los límites con respecto a la duración de dicha ayuda (secciones 123, 124 y 128);</p> <p>2) Que el plan de ayuda o rescate sea aprobado por el <i>Bundestag</i> (Parlamento Federal), y por el Comité del Presupuesto, sin excepción</p>

¹⁵⁸ Es decir, una «extralimitación flagrante» «suficientemente caracterizada» (*hinreichend qualifiziert*). Esto significa que se deben reunir dos requisitos: que la violación sea flagrante (*offensichtlich*) y que el acto tenga un impacto relevante en la distribución de competencias entre los Estados miembros y la Unión Europea, *Sentenza Honeywell, sezione 61, ídem*.

¹⁵⁹ *Ibidem*.

¹⁶⁰ López Castillo, Antonio, *La tentativa de respuesta europea a la crisis del euro y de la deuda (griega) al amparo del Tribunal Constitucional Federal Alemán. Comentario sucinto de la sentencia de 07.09.2011 (2 BVR 987/10, 1485/10, 1099/10)*. Revista de Derecho Comunitario Europeo, ISSN 1138-4026, núm. 39, Madrid, mayo/agosto (2011), págs. 487-502.

¹⁶¹ *Sentenza "Greek rescue, op". cit., nota 10. Sentencia del Tribunal Constitucional Federal alemán de 7 de septiembre de 2011 (Greek rescue), affare 2 BvR 987/10.*



	<p><i>Financial Stability Facility (EFSF), concerning the transfer of competences of the German Bundestag to a special committee.</i></p>	<p>(secciones) 139 141 y;</p> <p>3) Que la aprobación del rescate económico cuente con la aprobación de los Estados de la zona Euro, y que, en esa decisión, el gobierno alemán tenga una "influencia decisiva" (artículo 140).¹⁶²</p> <p>La importancia de Honeywell se basa ciertamente en la eliminación de la amenaza de declarar <i>ultra vires</i> un acto comunitario, pero ante todo respalda la posibilidad de crear las condiciones necesarias de confianza mutua y flexibilidad indispensables, para el establecimiento de la primera cuestión prejudicial del tribunal alemán.¹⁶³</p>
<p>Tribunal Constitucional polaco.</p>	<p>Sentencia</p> <p>SK 45/09¹⁶⁴</p> <p>16/noviembre/2011</p>	<p>En esta decisión es notable el esfuerzo importante del Tribunal Constitucional polaco, el cual ha determinado una interpretación compatible de la ley nacional con respecto al artículo 55 constitucional que prohíbe la extradición de los ciudadanos, a través de la distinción entre la extradición y entrega.¹⁶⁵ Se evidencia en esta resolución una confirmación de la apertura del sistema polaco al Derecho de la Unión Europea,¹⁶⁶ a pesar de su original euroescepticismo.</p>
<p>Corte Constitucional italiana</p> <p>(Disposiciones para la creación del presupuesto anual y plurianual del Estado- leyes financieras 2007), promovido por la Corte di cassazione,</p>	<p>SENTENCIA</p> <p>N. 264¹⁶⁷/2012</p> <p>JUICIO DE LEGITIMIDAD CONSTITUCIONAL EN VÍA INCIDENTAL</p> <p>19/noviembre/2012</p>	<p>Por primera vez se aplica la teoría de la armonización entre ambos sistemas jurídicos, sobre la base de la interpretación sistemática, y ya no fragmentada, de la garantía de los Derechos fundamentales, según la cual no es suficiente la ponderación de los derechos, sino la selección de la norma que mejor los garantice.</p> <p>Por consecuencia, la comparación entre la protección prevista por la Convención y la protección constitucional de los Derechos fundamentales debe llevarse a cabo con el objetivo de la máxima expansión de la garantía, lo que significa que la interpretación de</p>

¹⁶² López Castillo, A., op. cit., págs. 487-502.

¹⁶³ ¹⁶³ Idem.

¹⁶⁴ Polonia.- www.trybunal.gov.pl

http://trybunal.gov.pl/fileadmin/content/omowienia/SK_45_09_EN.pdf

¹⁶⁵ Kowalik-Bañczyk, K., *Should We Polish It Up? The Polish Constitutional Tribunal and the Idea of Supremacy of EU Law*, German Law Journal, 2005, pp. 1355-1366.

¹⁶⁶ Ídem., pág. 1361.

¹⁶⁷ Ver el sitio della Corte Costituzionale italiana <http://www.cortecostituzionale.it/>



	ante la ley <i>Maggio e Agrati</i> de la Corte Europea de Derechos Humanos	las disposiciones de la CEDU (Convención Europea de Derechos Humanos) no puede implicar niveles de protección inferiores a aquellos asegurados por las fuentes nacionales.
--	---	---

Como se ha venido exponiendo, en las resoluciones que se han destacado por los temas controvertibles en ellas expuestos, algunas tendencias sostienen que para salvaguardar la unidad del Derecho comunitario, es necesario que a la Corte Internacional de Justicia le corresponda en la vía principal, la competencia general de determinar el Derecho internacional consuetudinario e interpretar el de los tratados. Quienes están de acuerdo, sostienen que con esto se superaría la fragmentación sectorial de los órdenes jurídicos, creando así un tejido conectivo constituido de principios comunes. En cambio, aquellos que no comulgan con lo anterior, contraargumentan que la "especialidad" de las jurisdicciones permite que los Derechos Humanos estén mejor protegidos en ambos ámbitos jurisdiccionales, el nacional y el comunitario.

Sin duda, se ha visto que ante tales retos, el diálogo entre las cortes comunitarias y nacionales, si bien no ha estado exento de tensiones y diferencias, ha sido indispensable, sea desde el punto de vista formal, como práctico, para procurar la coordinación y armonización de los diferentes órdenes jurídicos, sobre todo en los casos de evidente choque entre jurisdicciones y criterios jurisprudenciales. Al respecto, cabe señalar que hasta la fecha, en los ámbitos de competencia del Tribunal de Justicia Europeo y en el de los tribunales constitucionales nacionales, no siempre existen criterios jurisprudenciales claramente compartidos por todos, en particular, en lo relativo a los asuntos más sensibles. Por un lado, el Tribunal de Justicia de la



Unión Europea (TJUE) con sede en Luxemburgo, tiene el monopolio sobre la interpretación del Derecho europeo y por el otro, los tribunales constitucionales de cada Estado miembro pueden declarar la nulidad de los actos nacionales encaminados a la aplicación del Derecho europeo cuando infrinjan los "núcleos duros" de las constituciones y los principios "constitucionales", lo cual implica que no existe, hasta este momento, una uniformidad exegética del Derecho comunitario.

En tal virtud, cada tribunal constitucional nacional asume la responsabilidad de tutela de los Derechos Humanos de los ciudadanos europeos, salvaguardando la soberanía del Estado, sin perjuicio del reconocimiento condicionado de sus obligaciones comunitarias (p.e., la teoría de los "contralímites" en Italia y las sentencias *Solange* en Alemania). En este mismo sentido, específicamente en el caso de la jurisprudencia del *Bundesverfassungsgericht*, en cuanto al control *ultra vires* y en la confirmación sobre los límites de admisibilidad de las normas externas, cuyo contenido no puede contraponerse a la primacía de la Constitución alemana, ni a la soberanía nacional.

Sobre el tema, hay posiciones distintas y distantes entre los Estados de la Unión Europea, claros ejemplos de las cuales son, el curso que se dio a la crisis financiera de Grecia en relación con el referéndum del 5 de julio de 2015; los criterios de las cortes constitucionales belga, austriaca y checa, que utilizan directamente el *reenvío prejudicial* a la Corte de Justicia de la Comunidad Europea, a diferencia de Francia, Italia y Alemania, Estados que no lo hacen; y el control preventivo sobre los tratados internacionales, aplicado en Francia, Eslovenia, Hungría, España y Portugal, el cual no está previsto en otros países de la comunidad.

En la práctica, es evidente que en la actualidad, en la "torre europea de los tribunales de Babel" se aplica un "Derecho transnacional o global", en un contexto de pluralización de autoridades y de poderes públicos, los cuales pertenecen a dos órdenes jurídicos diversos, uno el del ámbito comunitario y otro el del nivel de cada



Estado miembro, diferenciables uno del otro, pero que necesariamente deben aplicarse coordinadamente, de forma tal que su funcionamiento pueda ser eficaz, sin problemas de prevalencia o subordinación a partir de jerarquías normativas, sino sobre la base de una permanente armonización de normas jurídicas provenientes de fuentes distintas.

En esta materia, hay que reiterar que actualmente, en cuanto a la aplicación del Derecho comunitario, no existe un tribunal europeo que concentre en su competencia el control de la constitucionalidad, sino tribunales constitucionales en cada Estado soberano, a los cuales corresponde la obligación de tutelar los Derechos Humanos y los intereses legítimos de los gobernados, en el contexto deficitario de legitimidad democrática comunitaria antes referido, responsabilidad que se cumple con mayor eficiencia con base en las estructuras de un modelo “concentrado”, exento por definición, de las diferencias y contradicciones connaturales a la intervención de diversas instancias en los procesos de interpretación y aplicación de las normas jurídicas, propia de los sistemas “difusos” de control de la constitucionalidad.

Consecuentemente, conforme al modelo de integración actual y mientras no exista un “Estado europeo” con su respectivo “tribunal constitucional comunitario”, el tribunal constitucional de cada Nación seguirá estableciendo en su jurisprudencia, asumiendo una de sus responsabilidades esenciales, los fundamentos jurídicos que señalen los límites del reconocimiento del Derecho internacional y los casos en los que el Derecho de cada Estado soberano no podrá ser desplazado por las normas comunitarias, a efecto de evitar la ruptura de las bases y las estructuras del Estado constitucional y de su régimen democrático, cumpliendo de esta manera con su obligación ineludible de reconocimiento y garantía de los Derechos Humanos, que muy probablemente se podrán ver afectados ante el escenario actual que está impactando al continente Europeo, sobre todo con los estados de emergencia que se han declarado en países



como Bélgica, Francia, Alemania y Turquía.

CAPÍTULO CUARTO

EL CONTROL DE LA CONSTITUCIONALIDAD EN LOS PRINCIPALES PAISES EUROPEOS

SUMARIO: ALEMANIA. *La Ley Fundamental de la República Federal de Alemania de 1949. Las instituciones políticas del Estado alemán. El Tribunal Constitucional Federal.* **ITALIA.** *La Constitución italiana de 1948. Las instituciones políticas del Estado italiano. La Corte Constitucional italiana.* **ESPAÑA.** *La Constitución española de 1978. Las instituciones políticas del Estado español. El Tribunal Constitucional español.* **FRANCIA.** *La Constitución francesa de 1958. Las instituciones políticas del Estado francés. El Consejo Constitucional francés. Países de Europa del Este (Polonia, Rumania y República Checa).*

ALEMANIA

La Ley Fundamental de la República Federal de Alemania (Bundesrepublik Deutschland) de 1949, enmendada por la ley de revisión de 2001

(Antecedentes relevantes)

- Se parte de la etapa del nacional-socialismo y su derrota en la Segunda Guerra Mundial.
- Como consecuencia de la derrota y la división de Alemania en dos Estados, en 1945 surgió la República Federal de Alemania (Alemania occidental), diferenciada de la República Democrática de Alemania (Alemania oriental), la cual tuvo que reorganizarse bajo las nuevas circunstancias (económicas, sociales, políticas y jurídicas) dentro de un nuevo orden mundial, aunque sin dejar atrás sus orígenes como Nación.
- La caída del muro de Berlín en 1989 permitió la reintegración de Alemania-



oriental y Alemania-occidental en un solo Estado, ocurrida en 1990, bajo la vigencia de la Ley Fundamental de 1949, la cual fue modificada en lo estrictamente necesario, conservando su esencia constitucional, en cuanto a sus decisiones políticas fundamentales.

- La conocida como “Ley de Bonn” de 1949 estuvo vigente durante 41 años – hasta la reunificación –, no obstante que tal vigencia fue promulgada con carácter "provisional", hasta que el pueblo de la Alemania vencida y ocupada por los aliados “recuperara su libertad para darse soberanamente una Constitución”, según lo establecía de sus orígenes el último artículo de esta Ley Fundamental.
- En realidad, no fue al Estado hitleriano al que sancionó la triunfante alianza, dividiendo en dos a Alemania, sino se castigó a la Nación alemana y al pueblo alemán, el cual no pudo decidir soberanamente su reorganización política y jurídica, ni su reconstrucción económica y social.
- Sólo si se tiene en cuenta lo anterior, adquiere sentido el preámbulo y el Schlußartikel Schluß artikel (artículo final) de la Ley de Bonn. En este contexto debe entenderse también, la relevancia de la reunificación de Alemania y la confirmación de la vigencia de su Constitución, al ser considerada como la idónea para Alemania, cuya influencia en otras Naciones de Europa occidental y oriental ha sido evidente y permanente, entre otras, en España, Portugal, Polonia y Rumania.

Del examen anterior se advierte que la Ley Fundamental de Bonn ha organizado, desde entonces, un orden jurídico democrático social que con el federalismo y consagrando el principio del Estado de Derecho, como lo indica su artículo 20.3, vincula expresamente la función legislativa al orden constitucional y las funciones jurisdiccional y ejecutiva a la ley y al Derecho. Esta organización política y jurídica se sustenta en las decisiones políticas fundamentales que encontramos en la



Constitución alemana, que son:

- Derechos del Fundamentales
- Estado democrático social de Derecho
- Sistema federal
- Forma de gobierno parlamentaria
- Economía mixta
- Protección de la Constitución por un Tribunal Constitucional.

Las instituciones políticas del Estado alemán.

La Constitución de 1949 estableció un Estado Democrático Social de Derecho con forma de gobierno parlamentaria y federal,¹⁶⁸ cuyos órganos constituidos son los siguientes:

El Presidente de la Federación (*Der Bundespräsident*) es el *Jefe de Estado alemán*, electo por la Asamblea federal (*Bundesversammlung*),¹⁶⁹ por mayoría de votos, dura en su cargo cinco años, siendo reelegible para un período inmediato por una sola vez, personifica la unidad de la comunidad política, se le identifica con el Estado y con el orden constitucional, por lo que actúa en determinadas ocasiones como un poder neutral y como un factor de equilibrio en la disputa política cotidiana por el poder. Además, al Presidente de la federación compete en una medida limitada, el derecho de

¹⁶⁸ http://europa.eu/european-union/about-eu/countries/member-countries/germany_es

¹⁶⁹ La *Bundesversammlung* es un órgano constitucional que se compone de los miembros del *Bundestag* y de un número igual de miembros electos por las representaciones populares de los *Länder*, según los principios del sistema electoral proporcional (Art. 54, 3 const. alemana). Esta *Bundesversammlung* es un órgano que sólo se reúne para este propósito.



disolución del parlamento; así, su situación frente al Canciller y al Gobierno es claramente débil.¹⁷⁰

El Gobierno federal (*Die Bundesregierung*) se compone del *Canciller* y de los *Ministros federales*. El Canciller federal es electo sin discusión por la Cámara de Representantes federal (el *Bundestag*), a propuesta del Presidente federal. Es electo quien reúne para sí la mayoría absoluta de votos de los miembros del *Bundestag*. El electo debe ser nominado por el Presidente federal (Art. 63 Constitución alemana). Es el único miembro del Gobierno electo por el parlamento¹⁷¹ y responsable ante él.

Los Ministros federales son nombrados y revocados por el Presidente a propuesta del "Canciller" (Art. 64 const. alemana). Dentro del gabinete, el Canciller ocupa una posición independiente y sobresaliente, ya que le compete el derecho de "formar gobierno" y el de revocación de nombramiento de Ministros, con aprobación del Presidente. La responsabilidad política del canciller ante el parlamento se expresa mediante:

- la figura del **voto de censura (o desconfianza) constructivo**, el cual consiste en que al mismo tiempo en que el Parlamento emite su voto de desconfianza, debe reunir la mayoría de votos necesarios para seleccionar al sucesor, lo que

¹⁷⁰ Hamann Andreas, *Das Grundgesetz für die Bundesrepublik Deutschland vom 23. Mai 1949*, LuchterLand 3. Auflage, Berlin 1970, pag. 486. Citado por Covián Andrade, Miguel en *El control de la constitucionalidad en el Derecho comparado*, CEDIPC, 2ª edición, México, 2002.

¹⁷¹ Este tipo de "parlamentarismo controlado", también conocido como "democracia del Canciller", fue la forma de gobierno adoptada por la Ley de Bonn para evitar la inestabilidad y los riesgos políticos inherentes al régimen parlamentario, a partir de la experiencia del sistema establecido en la Constitución de Weimar. Véase, Covián A. M., quien cita a K. Loewenstein, *Verfassungslehre*, como el tratadista alemán quien denominó "kontrollierter Parlamentarismus" a la forma de gobierno de su país.



provoca que prácticamente durante los cuatro años en que funciona cada legislatura del *Bundestag*, el Canciller dure en su cargo sin ser removido.¹⁷²

-Al voto de desconfianza constructivo, corresponde un derecho de disolución del parlamento a favor del gobierno de muy difícil aplicación, en virtud de que la propuesta de disolución que hace el Canciller al Presidente, una vez que se ha planteado el conflicto entre poderes, se extingue tan pronto el parlamento por mayoría absoluta ha elegido un nuevo *Bundeskanzler*.

“(1) Si una petición del Canciller de un voto de confianza ante el parlamento no logra la aprobación de la mayoría de sus miembros, puede el Presidente a propuesta del Bundeskanzler disolverlo dentro de 21 días. El derecho de disolución se extingue tan pronto elija el parlamento, por mayoría absoluta de sus miembros, otro canciller”.¹⁷³

Con la reestructuración de estas dos instituciones básicas del parlamentarismo (voto de censura y derecho de disolución) se trató de evitar que grupos parlamentarios de oposición, sin ningún programa común alternativo de gobierno y con el único propósito de rechazar al gobierno, pudieran hacerlo caer.

Hasta antes de la reunificación de Alemania, sólo dos veces se puso en práctica el *MiBtrauensvotum* (voto de desconfianza), teniendo éxito en una de ellas. En 1982 fue electo *Bundeskanzler* Helmut Kohl, tras el voto de censura emitido en contra de Helmut Schmidt. Por otra parte, la constitución alemana no prevé voto de censura contra los otros ministros miembros del gobierno.

¹⁷² Esta envidiable estabilidad del gobierno que la separa muy ventajosamente de casos históricos como fueron la República de Weimar o la IV República de Francia, se logró mediante un diseño estructural que limita fuertemente el voto de censura y el derecho del gobierno de disolver al parlamento. De acuerdo a la Ley Fundamental de Bonn, la censura de un gobierno es muy difícil y una disolución del parlamento es prácticamente imposible. Covián Andrade, M., Op. Cit. págs. 110 y sigs.

¹⁷³ Artículo 68, Constitución alemana.



El Poder Legislativo, está conformada por la *Cámara de Representantes federal* (*Der Bundestag* (Cámara Baja) y La *Cámara de Representantes de los Länder* o *Consejo federal* (*Der Bundesrat*). La primera, además de tener la representación popular de la República federal alemana, es el principal órgano del Poder Legislativo y se renueva cada cuatro años por voto popular directo, mediante la combinación paritaria de la elección mayoritaria y de la de representación proporcional¹⁷⁴. El *Bundesrat* comparte con el *Bundestag* la función legislativa federal, a pesar de lo cual, los miembros del *Bundesrat* no son precisamente parlamentarios, por lo que oficialmente no es parte del Parlamento federal. Sin embargo, en la práctica, ejerce las funciones de una cámara alta, representando a los 16 *Länder*¹⁷⁵, pero sin ser de elección popular. En efecto, sus integrantes son miembros de los gobiernos de los *Länder*,¹⁷⁶ o representantes designados por éstos, es decir, que son nombrados y retirados directamente por los gobiernos regionales. Una legislatura termina al cabo de cuatro años de su instalación o bien, eventualmente, como consecuencia de su disolución por el Presidente en los términos del artículo 68 de la Constitución.

Finalmente, encontramos que *el Poder Judicial* está estructurado en modo tal que su competencia se distribuye entre órganos jurisdiccionales federales y órganos jurisdiccionales de los 16 *Länder*, recayendo en éstos la mayor carga de la

¹⁷⁴ 518 diputados integran el *Bundestag*, de los cuales 259 se eligen mediante el primer sistema y 259 por medio del segundo. Art. 1° de la *Bundeswahlgesetz* (Ley federal electoral).

¹⁷⁵ Alemania está constituida como un Estado federal, cada una de cuyas partes integrantes se denomina *Land*. Los *Länder* tienen un gobierno propio, en sentido amplio, cuentan con tres poderes y participan en las decisiones federales mediante su presencia en el *Bundesrat*. Los *Länder* tienen además autonomía legislativa en todo lo no expresamente reservado para *Das Bund* (la federación), autonomía hacendaria, financiera y administrativa. Algunos de ellos tienen órganos de control de constitucionalidad internos (*Landesverfassungsgerichtshöfe*).

¹⁷⁶ Todos los *Länder* alemanes tienen los mismos poderes y competencias. Los artículos 70 a 74 de la Constitución alemana definen las áreas de competencias que pertenecen al Estado federal y las pertenecientes a los territorios.



administración de justicia. El sistema judicial ordinario o de legalidad está conformado por cinco jurisdicciones especializadas independientes:

- jurisdicción ordinaria;
- jurisdicción laboral;
- jurisdicción contencioso-administrativa;
- jurisdicción económico-administrativa; y
- jurisdicción social.¹⁷⁷

Su Ley Fundamental contempla la creación de otros altos tribunales federales para materias relativas a la propiedad industrial o a la justicia penal militar. Junto a dichas jurisdicciones, se encuentra la jurisdicción constitucional, a cargo del **Tribunal Constitucional Federal** y los **tribunales constitucionales de los territorios federados (Länder)**.

El Tribunal Constitucional (*Das Bundesverfassungsgericht*)

ANTECEDENTES

La Constitución alemana de 1949 establece una jurisdicción constitucional y excluyente para los casos en que ese estado de constitucionalidad se ve amenazado por el ejercicio anticonstitucional del poder político. Esa jurisdicción constitucional compete al *Bundesverfassungsgericht* que actualmente tiene su sede en la ciudad de *Karlsruhe*.

A sus 65 años desde su creación, el 12 de marzo de 1951 (*Boletín Oficial, I, p. 243*)¹⁷⁸, la Corte y su jurisprudencia tanto en retrospectiva histórica, como en el análisis de Derecho Comparado, es considerada mundialmente por sus homólogos como una institución difícil de igualar y es uno de los más grandes logros intelectuales y jurídicos del país, al ser un auténtico guardián de la Constitución, convirtiéndose en un referente obligado para las

¹⁷⁷ Sitio oficial de *European Justice*,
https://ejustice.europa.eu/content_judicial_systems_in_member_states-

¹⁷⁸ Scholz, Rupert, *Alemania: cincuenta años de Corte Constitucional Federal*, traduc. de Renate G. Hoffmann, de *Fünzig Jahre Bundesverfassungsgericht*, publicado en *Aus Politik und Zeitgeschichte* B 37-38/2001, pp 6-15, <http://www.juridicas.unam.mx/publica/librev/rev/dconstla/cont/2002/pr/pr5.pdf>



demás cortes constitucionales europeas. Autores como el Ministro de Justicia y catedrático Rupert Scholz afirman que en virtud de la destacada autoridad que tiene el Tribunal, éste se ha convertido en un genuino factor de la conducción política del Estado.¹⁷⁹

Este tribunal representa el medio más eficaz para lograr la defensa de la Constitución.¹⁸⁰

Mientras que en la Carta fundamental de Weimar de 1919 se estructuraba un método jurisdiccional de control (*Verfassungsgerichtsbarkeit*) limitado y sobre todo, encaminado más bien, a la defensa del Estado,¹⁸¹ la Constitución de Bonn, en cambio, estructura un medio de control jurisdiccional que procura un cambio de tendencia, como una mayor amplitud de sus alcances. El Tribunal Constitucional de conformidad con el artículo 1º de su ley orgánica es considerado como un: *Tribunal federal independiente y autónomo frente a todos los demás órganos constitucionales*.¹⁸²

En tanto órgano de poder autónomo, el Tribunal posee un carácter político¹⁸³ al ejercer su principal finalidad, consistente en controlar la constitucionalidad de los actos de los otros poderes, a pesar de que su composición y los procedimientos que norman su funcionamiento, sean de naturaleza jurisdiccional.

Funciona con total independencia de los restantes órganos constitucionales del Estado

¹⁷⁹ *Idem*

¹⁸⁰ Otra forma de protección de la Constitución se realiza a través del principio de rigidez constitucional, que consiste en establecer un procedimiento de reforma a la Ley Fundamental más complicado que el que se emplea para modificar las leyes ordinarias, o bien en prohibir cambios a determinados preceptos de la Constitución. Ejemplo de ello es el artículo 79 de su Ley Fundamental que prescribe una votación de dos tercios de los miembros tanto del *Bundestag*, como del *Bundesrat*, para aprobar una ley que reforme la Constitución y prohíbe, además, que la modificación se refiera a la forma de gobierno, a los derechos fundamentales, o que anule los derechos de los *Länder*. Otros medios de defensa de la Constitución que podemos citar son: el principio de división de poderes, los procedimientos de creación de leyes y de emisión de actos de autoridad en general, que requieren del ejercicio de facultades de más de un poder constituido, los mecanismos institucionalmente previstos para hacer frente a estados de necesidad, de excepción, la publicidad de los actos de las autoridades del Estado, etc.

¹⁸¹ Scholz, Rupert, op. cit.

¹⁸² *Ibidem*.

¹⁸³ Como bien indica el Dr. Covián, la substancia de todo conflicto constitucional es necesariamente política, como político tendría que ser: "el carácter de la decisión que lo resuelva, aunque esté revestida de formas típicamente judiciales. Sin embargo, estas circunstancias no equivalen a que el contenido de la decisión sobre la constitucionalidad de un acto de autoridad o las motivaciones y los criterios de la resolución misma no estén fundamentados en la ley..." Covián Andrade, Miguel op. cit. Es decir, un control jurídicamente estructurado con efectos políticos, en lo relativo al ejercicio del poder de los órganos constituidos.



Federal, cuenta con los mismos derechos que ellos y es autónomo.

Sus fallos son de acatamiento obligatorio para los otros tres poderes del Estado para los que sus decisiones poseen fuerza legal objetiva conforme BVerfGG, artículo 31.

ATRIBUCIONES Y COMPETENCIA CONCERNIENTES AL CONTROL DE LA CONSTITUCIONALIDAD.

La competencia del Tribunal se distribuye entre los dos *Senate* (o Salas) que lo integran y el pleno del Tribunal y se encuentra fundamentada en el artículo 93 de la Constitución alemana, en el que se señala que además de ella, conocerá de aquellos asuntos que le atribuya la ley de Organización del Tribunal Federal Constitucional¹⁸⁴ denominada *Bundesverfassungsgerichtsgesetz*, la cual en su artículo 13 reproduce y completa la competencia del Tribunal en materia de control de constitucionalidad.

-Ejerce una competencia de atribución, es decir, en cualquier caso, fijada por las leyes (Constitución y ley del Tribunal), actuando siempre que sea llamado por algún sujeto de derecho facultado para acudir a él.

“Art. 13.- El Tribunal constitucional federal decide en los casos determinados por la ley fundamental y específicamente

1. sobre la pérdida de **derechos fundamentales**
2. sobre las disputas relativas a **la constitucionalidad de los partidos**.
3.
4.
5. sobre la interpretación de la Constitución en ocasión de disputas **en cuanto al alcance de los derechos y las obligaciones de un órgano supremo de la federación o de otros interesados**, a los cuales se les hayan concedido otros derechos por medio de la ley fundamental o del reglamento de un órgano supremo de la federación
6. en casos de divergencia de opinión o duda sobre **la compatibilidad formal o substancial del derecho federal o del derecho local con la ley fundamental, o sobre la compatibilidad del derecho local con otro derecho federal**, a petición del gobierno federal, del gobierno local o de una tercera parte de los miembros del *Bundestag*
7. en casos de **divergencia de opinión sobre derechos y obligaciones de la federación y de los Länder**, particularmente en cuanto a **la ejecución del derecho federal por los Länder y al ejercicio de la vigilancia de la federación**.
8. en otras **controversias de derecho público ante la federación y los Länder**, entre

¹⁸⁴ Véase el capítulo segundo, apartado *Aspectos a destacar de la Cortes constitucionales*, para profundizar sobre este tema. La quitamos??



diversos Länder o al interior de un *Land*, siempre que no exista otra vía legal

8a. sobre las quejas (amparos) constitucionales

9.

10. sobre **controversias constitucionales al interior de un *Land*** cuando esta decisión le sea atribuida al Tribunal constitucional por una ley del *Land*

11. sobre la **conformidad de una ley federal o de una ley local con la ley fundamental o sobre la compatibilidad de una ley local u otra norma local con una ley federal**, a instancia de un tribunal

12. **en el caso de dudas sobre si una norma de derecho internacional es parte del derecho federal y sobre si ella produce inmediatamente derechos y obligaciones para el individuo, a petición de un tribunal**

13. cuando la corte constitucional de un *Land*, en cuanto a la interpretación de la ley fundamental, pretenda apartarse de una decisión del Tribunal constitucional federal o de la corte constitucional de otro *Land*, a instancia de aquella corte constitucional

14. en el caso de **divergencias de opinión sobre si una norma sigue vigente en calidad de derecho de la federación.**

En términos breves encontramos:

- Competencia en general para litigios de constitucionalidad
- En particular conoce en todo lo referido al control de normas (abstractas y concretas)¹⁸⁵
- Litigios surgidos entre diferentes órganos del Estado¹⁸⁶
- Controversias entre el Estado federal y los Länder¹⁸⁷
- Recurso de amparo interpuesto por los ciudadanos¹⁸⁸

¹⁸⁵ Constitución, Artículo 93[1] n*1, 100)

¹⁸⁶ Constitución, Artículo 93[1] n*2)

¹⁸⁷ Constitución, Artículo 93[1] n*2 a, 3), 4).

¹⁸⁸ Constitución, Artículo 93[1] n*4a, 4b).



Control Abstracto de Normas

Es uno de los ámbitos de competencia más importante del Tribunal Constitucional federal, cuyo fundamento está en el artículo 93 de la Ley orgánica, párrafo primero, inciso segundo, relativo al *recurso abstracto de anticonstitucionalidad*.

El precepto de referencia señala que el Tribunal Constitucional decide:

Sobre diferencias de criterio o dudas en cuanto a la compatibilidad formal o material de una ley federal o una ley local con esta ley fundamental, o con relación a la compatibilidad de una ley local con otra ley federal, a petición del gobierno federal, de un gobierno local o de un tercio de los miembros del Bundestag.

En cambio, según se verá en el apartado siguiente, sobre el "control concreto de la constitucionalidad de las leyes", el artículo 100, párrafo primero de la ley de Bonn establece:

Si un tribunal considera inconstitucional una ley, de cuya validez depende su decisión, debe suspender el proceso y requerir la determinación del Tribunal competente del Land para resolver controversias constitucionales, cuando se trate de violaciones a la constitución del Land, o del Tribunal constitucional federal, cuando se trate de violaciones a esta ley fundamental. Esto se aplica también, cuando se trate de transgresiones a esta ley fundamental por una ley local o de incompatibilidad de una ley local con una ley federal.

- El objetivo genérico del control abstracto de la constitucionalidad de las leyes es la determinación de su validez o de su nulidad, en función de su compatibilidad o incompatibilidad con la constitución.
- Por este conducto se verifica tanto la constitucionalidad procedimental de una norma (compatibilidad formal), como su armonía substancial (compatibilidad material), en función de otra norma¹⁸⁹.
- Para el control preventivo de constitucionalidad de las leyes, al efecto debe tratarse de normas aprobadas (BVerfGE 10/54).
- Contra meros proyectos de ley no se da el proceso de control de normas (BVerfGE 2/154).

Los sujetos legitimados para interponer el *recurso abstracto de anticonstitucionalidad* son:

- Gobierno Federal (*Die Bundesregierung*);
- Gobierno Local (*Die Landesregierung*);

¹⁸⁹ Maunz Theoder u. alt, *Grundgesetz Kommentar*, volumen III, C.H. Beck'sche Verlagsbuchhandlung, München, 1980, págs. 93 a 111.



- Un tercio de los miembros del *Bundestag*

El Tribunal Constitucional concede derecho de audiencia a los gobiernos federal y local y/o a los cuerpos legislativos federales (ambas cámaras) o locales (Consejo Provinciales).

La decisión del tribunal tiene efectos *erga omnes* y consiste en la declaratoria sobre la validez o la nulidad de la ley sujeta a control.

Y en los términos del art. 31 de la *BVerfGG* tiene carácter vinculatorio para todos los órganos federales y locales, así como, en sentido amplio, para todas las autoridades, tanto de la federación como de los Länder.

Es sumamente importante señalar que para la presentación de este recurso no existe término alguno, lo cual implica que la anticonstitucionalidad de la norma general que se combate en abstracto puede ser planteada en cualquier momento ante el *BVerG*. El Tribunal determina los efectos retroactivos de la sentencia en cada caso.

Control Concreto de las Normas

Al respecto el artículo 13, Nr. 11 de la *BVerfGG*, con base en lo prescrito por el artículo 100, inciso primero de la Ley orgánica faculta al Tribunal Constitucional para decidir sobre la compatibilidad de una ley federal o de una ley local con la Constitución y en cuanto a la compatibilidad de una ley local con una ley federal, a petición de un tribunal ordinario, a través de *la cuestión de constitucionalidad*.

- A diferencia del control abstracto de las normas, tratándose del concreto se requiere la existencia de un proceso en el que la ley ya vigente deberá aplicarse y de cuya validez depende el sentido de la sentencia que resuelva la controversia.

El art. 100 de la Constitución alemana en su inciso primero, debe ser interpretado con relación al 80 de la *BVerfGG*, que a la letra dice:

Si se dan los supuestos del art. 100, p. 1 de la ley fundamental, entonces los tribunales deben requerir la decisión del Bundesverfassungsgericht inmediatamente.

- Cuando el tribunal eleva *la cuestión de constitucionalidad* debe establecer en qué medida la decisión que habrá de tomar al sentenciar depende de la validez del precepto jurídico cuya correspondencia con la Ley Fundamental está en duda.
- Debe señalar también cuál o cuáles son las normas superiores a las que la ley que se examinará violenta o contradice.
- Finalmente debe turnar el expediente completo de la causa al *Bundesverfassungsgericht*.



Cómo es una vía indirecta, que emplea al juez *a quo* se deja a salvo el derecho de las partes del juicio principal de recurrir al Tribunal en la misma vía procesal, (Artículo 80, inciso 30 *BVerfGG*).

La decisión del Tribunal Constitucional se limita a verificar la constitucionalidad de la ley, sin alcanzar el fondo de la controversia principal.

De conformidad con el artículo 31 de la *BVerfGG*, la declaratoria de nulidad de la ley tiene alcances generales, no existiendo disposición expresa, ni jurisprudencia especial que determinen la no aplicación a este caso concreto de control de los efectos *erga omnes*.

El derecho de intervención en el juicio constitucional se otorga a las partes del proceso principal.

La petición o demanda en el caso de control abstracto, como se señaló antes, no está sujeta a ningún término, mientras que tratándose del control concreto, éste se reduce a la duración del proceso principal.

Control sobre los alcances del Derecho Internacional

La ley de Bonn conforme a su artículo 25 establece que los principios generales de Derecho internacional son parte del Derecho federal e igualmente señala que ellos preceden a las leyes y que producen derechos y obligaciones directamente para los habitantes del territorio federal.

Con relación a esta norma, el art. 100 párrafo segundo de la Constitución examina la posibilidad de que exista una controversia sobre si una norma de Derecho internacional es parte del derecho del Estado alemán o sobre si ésta produce derechos y obligaciones para el individuo por lo que competirá al Tribunal Constitucional federal resolver esa controversia.

De presentarse este caso, el tribunal mismo que conoce del asunto en el que ha surgido la duda debe recurrir ante el Tribunal Constitucional federal para aclararla.

En esta hipótesis el Tribunal está obligado antes de resolver, a dar oportunidad a los órganos federales de emitir su opinión sobre la controversia, los cuales además pueden participar en el proceso.

Pérdida de Derechos Fundamentales y Amparo (*Beschwerde*)

Para la Constitución de Bonn los derechos fundamentales del hombre son inalienables e inviolables y vinculatorios para todos los órganos del Estado, De los artículos 1º al 17º vienen establecidos y considerados patrimonio jurídico alemán y sólo pueden ser suspendidos, limitados, o perdidos en los casos en que la propia Ley Fundamental así lo



establece.

Por primera vez en su historia, la Constitución de 1949 incluye la pérdida de derechos fundamentales, y sobre todo el Tribunal Constitucional controla el ejercicio adecuado de los mismos disponiendo la prescripción de aquellos derechos enunciados en la norma constitucional cuando han sido ejercidos de manera que ponga en riesgo el orden constitucional democrático del Estado.

° La pérdida de derechos fundamentales se plantea ante el Tribunal Constitucional federal por la Cámara de Representantes (*Bundestag*), por el Gobierno (*Bundesregierung*) o por un Gobierno Local (*Landesregierung*).

-Si la petición se considera fundada, se escucha al acusado y se toma la decisión sobre cuáles serán derechos fundamentales perdidos y el lapso de tiempo de la pérdida, el cual no puede ser menor a un año.

-Cuando no se fija un término para la pérdida de los derechos, o éste es mayor a un año, puede el Tribunal, a petición del demandante o del demandado, anular la pérdida total o parcialmente, o disminuir su duración, siempre que hayan transcurrido dos años desde la declaratoria del Tribunal Constitucional federal.

° Para la protección de los derechos fundamentales, la Ley Fundamental de Alemania instituye el recurso de Amparo¹⁹⁰ Constitucional. En su artículo 93.4a. establece que “*el Tribunal Constitucional decidirá sobre recursos constitucionales que podrán ser interpuestos por cualquiera, mediante alegación de que la autoridad pública le ha lesionado en alguno de sus derechos fundamentales, o en uno de los derechos especificados en los artículos 20 apartado 4, 33, 38, 101, 103 y 104 de la Ley Fundamental*”.

Denuncias constitucionales de Amparo

Puede presentar un recurso constitucional de Amparo (*Verfassungsbeschwerde*) todo aquél que considere que ha sufrido una lesión en sus derechos fundamentales producida por algún poder público. Bajo esta expresión de “poder público” están comprendidos el poder legislativo, el judicial y la administración pública. Cualquier acto emanado de estos poderes puede ser recurrido ante el Tribunal Constitucional, quien es competente para desahogarlo en términos del artículo 13, p. 8a. y 90 de la *BVerfGG*, basado en el 93,

¹⁹⁰ Algunas leyes fundamentales de los *Länder*, plantean instituciones como la *Verfassungsbeschwerde* (reclamación o queja constitucional).



párrafo primero, nr. 4a. y 4b de la Constitución.

Es necesario adelantar que además de los *Grundrechte* (derechos fundamentales) que otorga la Constitución en sus arts. 1° al 17°, quedan comprendidos también en este concepto los que establecen los arts. 33, 38, 101, 103 y 104 de la Ley Fundamental.¹⁹¹

La admisibilidad del recurso depende de los siguientes requisitos:

- ✓ El recurso puede interponerse una vez que han sido interpuestas y agotadas, todas las demás vías legales al alcance del quejoso. Excepcionalmente, puede omitirse este requisito cuando de exigírsele su cumplimiento al recurrente, éste pueda sufrir un daño grave e irreversible [Art. 90, 2) *BverfGG*].
- ✓ El quejoso debe ser sujeto de derechos fundamentales, sea persona física o moral, incluidos los municipios (*Gemeinde*) y las Uniones de Municipios (*Gemeindeverbände*), cuando de las Constituciones o de las leyes del *Land* se desprende una lesión de sus derechos (Art. 91 *BVerfGG* con relación al Art. 28 de la ley de Bonn).
- ✓ El recurso procede sólo a petición de parte agraviada. No existe acción popular para iniciar el juicio constitucional y sólo procede cuando el quejoso es quien sufre el agravio producto del acto de autoridad que lesiona sus derechos.
- ✓ El plazo para su interposición es de un mes [Art. 93, párrafo 1) *BverfGG*], contado a partir del momento en que se emite el acto de la autoridad administrativa o se dicta la sentencia. Tratándose de una ley, el plazo es de un año a partir del momento en que ésta entra en vigor [Art. 93, 2) *BverfGG*].

En el recurso debe señalarse el acto reclamado, la autoridad responsable y el derecho lesionado (Art. 92 *BVerfGG*).

Controversias entre Órganos

Se trata de las atribuciones del Tribunal estipuladas en el art. 13, párrafo 5° de la *BVerfGG*.

¹⁹²

¹⁹¹ El art. 33 otorga igualdad civil a todos los alemanes para acceder al servicio público; el 38 se refiere a los derechos políticos de voto activo y pasivo; el 101 prohíbe la existencia de tribunales especiales; el 103 consagra la garantía de audiencia, la irretroactividad de la ley y la imposibilidad de ser juzgado dos veces por el mismo delito; y el 104 señala una serie de garantías procesales.

¹⁹² Véase supra en este mismo capítulo.



Los sujetos legitimados para presentar el recurso constitucional son:

- ✓ *Der Bundespräsident* (escribir que significa???)
- ✓ *Der Bundestag*
- ✓ *Der Bundesrat*
- ✓ Gobierno Federal (*Die Bundesregierung*)
- ✓ Los organismos internos de estos órganos que por disposición constitucional o reglamentaria estén dotados de derechos propios.

El recurso debe señalar tanto el acto u omisión que se combate y la disposición constitucional transgredida.

Como se trata de controversia entre estos órganos se deduce que todos ellos pueden ser también los sujetos señalados en el acto impugnado.

A diferencia del control abstracto de normas, este recurso para ser admisible, requiere que se haya producido una lesión o que se pongan en peligro los derechos o deberes del órgano recurrente.

No toda controversia **entre órganos configura un conflicto constitucional** y conforme a la jurisprudencia del Tribunal, depende más bien de los sujetos que controvierten, *BVerfGE* 1/221).

Controversias sobre la vigencia de una norma con carácter de Derecho federal

Conforme al artículo 126 constitucional y 13, p. 14 de la *BVerfGG*, corresponde al Tribunal Constitucional dilucidar, en caso de duda, sobre si una norma jurídica sigue estando vigente con carácter federal. Cuentan con la legitimación de recurrir a este órgano para que resuelva:

- Directamente en vía de acción, el *Bundestag*, el *Bundesrat*, el gobierno federal o el gobierno local para plantear si la ley sigue vigente.
- Conforme a las circunstancias previstas por el art. 100 de la Ley Fundamental, cuando en un proceso judicial resulta relevante y se controvierte si una ley continúa vigente con carácter federal, caso en el cual el juez *a quo* deberá elevar la cuestión en vía de excepción, al Tribunal Constitucional, dejando en suspenso su sentencia, hasta que el *Bundesverfassungsgericht* emita resolución.
- Resulta relevante resdestacar que la cuestión de constitucionalidad es únicamente admisible cuando de la decisión del Tribunal Constitucional, dependa la validez de un acto de autoridad inminente o ya ejecutado, de un órgano federal,



de una autoridad federal o de una local.

- Las partes que intervienen en el proceso principal tienen derecho a participar en el constitucional.
- La decisión del tribunal establece si la ley total o parcialmente sigue siendo ley federal aplicada en todo el ámbito del territorio federal.

Otros Conflictos entre la Federación y los Länder

Previsto en los artículos 93, párrafo 3° y 84, párrafo 4° constitucionales y en el 13, párrafo 7° de la *BverfGG* y conforme a los preceptos constitucionales en sus partes conducentes, se establece que:

- el Tribunal decidirá sobre divergencias de interpretación en cuanto a derechos y obligaciones de la federación y de los *Länder*,
- especialmente tratándose de la aplicación del derecho federal en los *Länder* y de la supervisión federal en sus territorios (Artículo 93);
- y que, si no son eliminadas las deficiencias encontradas por el gobierno federal en la ejecución de las leyes federales en los *Länder*, el *Bundesrat*, a propuesta del gobierno federal o del *Land*, decide si éste ha transgredido normas jurídicas, pudiendo recurrirse esta decisión ante el Tribunal Constitucional (Artículo 84).

En este caso, el recurso sólo puede presentarlo el gobierno federal o el gobierno local y la decisión del *Bundesrat* debe apelarse en el lapso de un mes.

Son aplicables a esta clase de conflictos en lo correspondiente, las reglas señaladas para las controversias entre órganos.

Existe jurisprudencia del Tribunal en el sentido de que para que éste conozca de esta clase de controversias "*Debe tratarse de una controversia constitucional*" (*BVerfGE, 3/159*).

Otras controversias entre la Federación y los *Länder*, entre diversos *Länder* o al interior de alguno.

En esta materia el recurso puede ser presentado por:

- Gobierno Federal (*Die Bundesregierung*);
- Gobierno Local (*Die Landesregierung*);
- Los órganos supremos de un *Land*; y
- Los organismos de los *Länder* que por disposición constitucional o reglamentaria local estén dotados de derechos propios.

El caso que analizamos es complementario del anterior, pero relativo a conflictos no



federales, por ejemplo, en cuanto a normas distintas a las federales, a contratos entre un *Land* y otro, o bien, a límites entre los *Länder*.

El plazo para la presentación del recurso es de 6 meses y la decisión del Tribunal puede consistir en:

- La admisibilidad o la inadmisibilidad del recurso;
- La obligación del condenado de omitir la ejecución de una medida adoptada, de anularla en su caso, de continuarla o de tolerarla;
- La obligación de tomar una medida determinada.

En la sentencia se debe señalar la disposición de la Constitución federal o local que es transgredida.

Controversias constitucionales al interior de un *Land*

La Constitución alemana establece en su artículo 99 que con fundamento en una ley de un *Land* puede ser conferida al Tribunal federal en calidad de jurisdicción de última instancia, la facultad para resolver conflictos constitucionales al interior de ese *Land*, cuando se trata de la aplicabilidad de una ley local.

Los únicos órganos legitimados para recurrir ante el Tribunal Constitucional son los órganos supremos del *Land* y los organismos dotados de derechos propios por la Constitución local o por las disposiciones reglamentarias.

Se trata de facultades que puede delegar un *Land* al Tribunal Constitucional, mientras las leyes de los *Länder* no establezcan otra cosa.

El contenido y los efectos de la decisión son los que se refirieron en tratándose de la facultad del Tribunal Constitucional relativa a la resolución de controversias entre un *Land* y otro (Art. 72 BVerfGG).

El plazo para presentar el recurso es de 6 meses y en la sentencia deben señalarse los preceptos constitucionales locales transgredidos.

Es importante señalar que de la transmisión o delegación de atribuciones del *Land* a la federación, depende el ejercicio de la competencia de ésta en la materia. Esta transmisión de facultades se ha producido de manera excepcional en Alemania, siendo Schleswig-Holstein, el único *Land* en cuyo Estatuto se hace uso de esta posibilidad. (Art. 37 del Landessatzung de Schleswig-Holstein).



Control sobre la decisión de un Tribunal constitucional de un *Land*¹⁹³ de apartarse de una determinación del Tribunal Federal Constitucional (*Bundesverfassungsgericht*)

Existe la posibilidad de que un Tribunal Constitucional local se aparte de la decisión del Tribunal Constitucional federal (*Bundesverfassungsgericht*), o de otro Tribunal Constitucional estatal (*Landesverfassungsgericht*), sobre la interpretación de algún precepto de la Constitución.¹⁹⁴

Requisitos:

- Solicitar una decisión al Tribunal Constitucional federal.
- El tribunal local que hace el planteamiento presenta ante el federal su interpretación particular de la Ley Fundamental y éste da vista al *Bundesrat* y al *Bundesregierung*,
- También le da vista al otro Tribunal Constitucional local de cuya interpretación pretende apartarse la primera.
- Posteriormente, una vez escuchados los órganos, el Tribunal Constitucional federal emite una decisión sólo sobre la cuestión de derecho (Artículo 85, p. 3 BVerfGG).

ITALIA

La Constitución Italiana de 1948

(Antecedentes relevantes)

- El origen de la Constitución italiana se remonta a diversos hechos históricos relevantes, entre ellos se encuentran algunos intentos de unificación en 1848 hasta que en 1861 con el general Giuseppe Garibaldi se llevó a cabo la unificación en Nápoles y Sicilia, haciendo que el Conde de Cavour declarara un reino unificado el 17 de marzo de 1861
- Italia ya unida tuvo como primera carta fundamental el Estatuto Albertino, concedida por el entonces rey Carlo Alberto (Lo Statuto Albertino), la cual

¹⁹³ Conviene aclarar que algunos *Länder* tienen sus propios órganos de control de la constitucionalidad que no son desde luego, órganos supremos de control, correspondiendo esta calidad al *Bundesverfassungsgericht*.

¹⁹⁴ Previsto por el art. 100 párrafo 3° de la ley de Bonn y por el 13, párrafo 13° de la BVerfGG.



pretendía delinear una monarquía constitucional. Hasta lo ocurrido con el régimen fascista, se pasó casi inmediatamente de la monarquía constitucional a la monarquía parlamentaria

- La Primera guerra mundial repercutió en los países perdedores, como el caso de Italia y en las demás democracias liberales europeas de aquel momento. Sin embargo, ya para 1943¹⁹⁵, Mussolini quedó en minoría ante el Gran Consejo del fascismo y fue sucedido por un militar, el general Badoglio y arrestado por órdenes del Rey.
- Desafortunadamente, con el fin de la guerra al nuevo Estado italiano le faltaban las estructuras jurídicas adecuadas, diversas a las que imperaban en el Estatuto Albertino. Y aunque no faltaron los esfuerzos para sostener y acreditar “la monarquía” ante el pueblo italiano por parte del príncipe heredero Umberto, a quien fueron confiados los poderes de Vittorio Emmanuele III, éstos fueron inútiles y finalmente fue convocada una Asamblea Constituyente que eligió por medio del sufragio universal la forma de Estado y la aprobación de su actual Constitución.
- Así, el 25 de abril de 1945 se concluyó la liberación del territorio nacional italiano y el 2 de junio de 1946 sus ciudadanos votaron a través del referéndum institucional/popular la forma de gobierno “Republicana”. Con esta elección se crearon las condiciones en las que se daría el desarrollo del debate constituyente. Por lo que la nueva Constitución fue el fruto de un compromiso político, toda la estructura constitucional provino del acuerdo entre las fuerzas políticas existentes en el momento, por un lado, estaba la tradición liberal (con Vittorio Emanuele Orlando, Benedetto Croce, entre otros), los de la historia parafascista, los representantes de los nuevos partidos y el bloque social

¹⁹⁵ En este año fue firmado el armisticio entre Italia y los aliados.



comunista, junto con el de la democracia cristiana. Todas estas corrientes políticas con ideologías contrarias, que habían sido históricamente irreconciliables, tuvieron como punto convergente haber resistido el fascismo y el nazismo y, al mismo tiempo, el objetivo de crear una Constitución antifascista protegida por la Corte Constitucional.

La nueva Constitución y su nueva forma de gobierno entraron en vigor en 1948 (en el Gobierno De Gasperi), sustituyendo así a la ley, que dejó de ser la fuente primaria de poder por excelencia, resultando la Constitución profundamente avanzada sobre todo en la organización del poder, en aspectos como:

- Las normas organizativas y procedimentales de los derechos y deberes de los ciudadanos, incluso en lo referente al aspecto económico-social (arts. 13-54) que sobresale si se confronta con el escaso contenido de los artículos correspondientes en el anterior Estatuto Albertino.
- Las instituciones particulares que permitían el ejercicio directo de la soberanía por parte del pueblo (arts. 75, 132 e 138);
- Establecía el control de la constitucionalidad de las leyes y del órgano específicamente al que se le había asignado dicha función, la Corte Constitucional (arts. 134-137);
- La institucionalización de las regiones en los estatutos ordinarios y los especiales como en el caso de las regiones de Sicilia, Sardeña, Trentino-Alto Adige e Valle d'Aosta, rompiendo así la estructura concentrada del ordenamiento anterior, y reconocía un amplio espacio a la autonomía territorial (arts. 114-133);
- Garantizaba por medio del órgano llamado "Il Consiglio Superiore della Magistratura", una composición novedosa en el panorama del constitucionalismo contemporáneo, junto con la independencia de la magistratura (arts. 104-110)
- En la Constitución se introdujo la distinción entre las normas prescriptivas y las normas meramente programáticas.

A pesar de lo anterior, algunos juristas en aquel momento consideraron modestos y decepcionantes los puntos anteriores por las siguientes razones:



- Se regresó en los hechos al gobierno parlamentario prefascista, confiando en la idoneidad del sistema de partidos, al que le faltaba capacidad para interpretar la situación prevaleciente de manera precisa.
- La figura del Presidente de la República se volvió indirectamente representativa y se estructuró de forma ambigua;
- Un bicameralismo integrado por dos cámaras con las mismas funciones, presentándose como único caso en el mundo, y el “ voto de confianza” (responsabilidad política del gobierno) compartido por ambas.
- El Constituyente introdujo leyes electorales basadas en la fórmula proporcional.¹⁹⁶

Constitucionalistas como G. Maranini consideraron al gobierno como “pseudoparlamentario”, no en razón de que la fuerza del parlamento fuera menor a la del gobierno, sino por el peso real que tuvieron los partidos políticos, no siempre coincidente con la voluntad electoral, respecto a su capacidad de sostener o hacer caer a los gobiernos, mediante los votos de desconfianza.¹⁹⁷

Las instituciones políticas del Estado Italiano

La Constitución de 1948 estableció un Estado Democrático Social de Derecho, con un régimen de gobierno parlamentario y con los siguientes órganos constituidos: El Jefe de Estado, es decir, el Presidente de la República, designado por las Cámaras de Diputados y de Senadores; El Parlamento, integrado por ambas Cámaras de elección popular directa; El Gobierno, depositado en el Consejo de Ministros, el cual está conformado por el Presidente de este Consejo y por los Ministros que forman parte de él, los cuales deben contar con la confianza política del Parlamento expresada por el voto mayoritario de sus miembros; Los Juzgados y Tribunales de legalidad,

¹⁹⁶ Barbera Fusaro e Fusaro Carlo, *Corso di Diritto Pubblico*, Il Mulino, Roma, 2012, pags. 450 a 486

¹⁹⁷ Covián Andrade, Miguel, *El control de la constitucionalidad en el Derecho comparado*. Centro de Estudios de Ingeniería Política Constitucional, capítulo VII.



distribuidos por materia y por territorio y la Corte Constitucional, integrada por quince Jueces Constitucionales designados como se analizará más adelante.

Brevemente, del *Presidente de la República* se puede recalcar que es el Jefe del Estado y representa la unidad nacional, dura en su cargo 7 años, no gobierna, solamente tiene fundamentalmente el poder de dirección, por lo que dirige la actividad de las Cámaras y del Gobierno.

El *gobierno* aplica las leyes promulgadas por el Parlamento y es políticamente responsable ante él, mediante la institución del voto de censura y carece del derecho de disolución, el cual es facultad del Presidente de la República. Este poder ejecutivo lo conforman los Ministros que en su conjunto constituyen el Consejo de Ministros y su Presidente, que es el Jefe del Gobierno, quien guía la política general del gobierno y organiza el trabajo de los ministros que dirigen los ministerios (de defensa, internos, externos, etc.), éstos son responsables colegialmente de los actos del Consejo e individualmente de los actos de su ministerio.

El poder judicial es un órgano autónomo e independiente que no depende del Ministerio de Justicia¹⁹⁸ **y se autogobierna, funciona a través del Consejo Superior de la Magistratura (CSM)**, presidido por el Presidente de la República. La regla básica del sistema judicial es que nadie puede ser considerado culpable hasta sentencia ejecutoriada (en segundo grado existe el recurso ante la Corte de Apelación y después en tercer grado (definitivo) se puede recurrir a la Corte de Casación.

Se divide en jurisdicción ordinaria y en jurisdicción especial, la primera a su vez se divide en dos sectores: penal y civil (Jueces de Paz, Tribunal de Apelación, Tribunal Supremo de Casación, Tribunal de Menores y Tribunal de Vigilancia), compuesta por

¹⁹⁸ Las funciones administrativas le corresponden a este órgano.



la Magistratura ordinaria (Jueces civiles, penales y fiscales). La Jurisdicción especial está conformada por la Justicia Administrativa, el Tribunal de Cuentas y la Jurisdicción Militar¹⁹⁹.

Por último, el *poder legislativo* en donde el Parlamento se encarga de hacer las leyes, está compuesto de dos Cámaras, la de Diputados (630 integrantes) y el Senado de la República (315 senadores). Las dos Cámaras desarrollan en modo separado las mismas tareas, por lo que es conocido como el bicameralismo perfecto, lo que significa que una ley debe ser discutida y aceptada por las dos Cámaras.

El Parlamento revisa el trabajo del gobierno, los diputados y senadores son elegidos mediante sufragio universal, duran en su cargo 5 años; tienen la función principal de sostener o hacer caer al gobierno, de esta forma le indican lo que debe hacer y sobre todo, los objetivos que se pretenden conseguir, respetando siempre los principios y fines fundamentales de la Constitución, por ello, cada decisión parlamentaria responde a una cierta directriz.

Entre estos instrumentos utilizados para anteponer una cuestión relacionada con la confianza al gobierno están: el voto de confianza al gobierno y el voto de censura para revocarlo, emitido respectivamente por ambas cámaras. En cambio, el gobierno es políticamente responsable frente al Parlamento, en caso de que por mayoría simple de una de las Cámaras sea aprobada, por su parte, una moción de desconfianza, con la cual el gobierno está obligado a dimitir.

En Italia, el Parlamento está constituido por ambas cámaras, las cuales ejercen tanto la función legislativa, como en cualquier sistema bicameral, como la de control político sobre el gobierno, la que en los regímenes parlamentarios europeos, normalmente

¹⁹⁹ Bartole, Sergio, *Il potere giudiziario*, il Mulino, Bologna, 2012.



sólo ejerce la cámara de diputados (Alemania, España, Reino Unido, Austria, etc.).

La Corte Constitucional de Italia (*La Corte Costituzionale Italiana*)

ANTECEDENTES

A través de la revisión y la justicia constitucional se busca garantizar la supremacía constitucional, la rigidez de la constitución y protegerla, asegurando que las decisiones que se tomen al respecto sean producto de la deliberación²⁰⁰: Conforme a la tradición, la ley expresaba la voluntad suprema de la autoridad del Estado, por lo que al ser el Parlamento quien delibera las leyes, lo volvía libre de formularlas, convirtiéndose en

²⁰⁰ Sobre este punto escribe el jurista Federico Sorrentino *“Oltre a porsi come fonte del diritto, la costituzione afferma la propria inderogabilità ad opera delle fonti ordinarie. La previsione di un apposito procedimento, differenziato da quello legislativo ordinario, unita a quella del controllo sulla legittimità costituzionale delle leggi, manifesta infatti la volontà del costituente di riconoscere alla carta costituzionale il carattere della -rigidità-. Questa rigidità può avere ed ha nel nostro sistema costituzionale diversi gradi, potendo andare da un massimo di immodificabilità assoluta sino ad un minimo di modificabilità, ad opera del legislatore ordinario, con modeste varianti procedimentali. Invero: assolutamente immodificabili sono le disposizioni della costituzione che definiscono la “forma repubblicana” dello Stato (v. art. 139). Se dette disposizioni si limitino a quelle relative alla figura del Capo dello Stato, alla sua elettività, alla limitazione temporale del suo mandato e dalla sua rappresentatività, ovvero includano tutte le disposizioni che sanciscono e/o si riconnettono alla democraticità dello Stato è oggetto di discussione in dottrina...”* Cfr. Sorrentino, Federico, *Le fonti del Diritto italiano*. CEDAM, 2009. (Además de ubicarse como fuente del derecho, la Constitución afirma su inderogabilidad por medio de las fuentes ordinarias. La previsión de un procedimiento específico, diferenciado del legislativo ordinario, junto a la del control de la legitimidad constitucional de las leyes, manifiesta ciertamente la voluntad del constituyente de reconocer a la carta constitucional la característica de la rigidez. Esta rigidez puede tener y tiene en nuestro sistema constitucional diversos grados, pudiendo ir de un máximo de irreformabilidad absoluta hasta un mínimo de reformabilidad, por medio del legislador ordinario, con modestas variantes procedimentales. En realidad, absolutamente inmodificables son las disposiciones de la Constitución que definen la “forma republicana” del Estado (v. art. 139). Si tales disposiciones se limitan a las relativas a la figura del Jefe de Estado, a su elegibilidad, a la limitación temporal de su mandato e de su representatividad, o bien incluyen todas las disposiciones que regulan y/o se vinculan a la democraticidad del Estado, es materia de discusión de la doctrina.....”).



cierto modo en “omnipotente”, por lo que surgió la interrogante, sobre si podría también cambiar libremente la Constitución? -Sobre este punto muchas constituciones del siglo XIX no se expresaban en modo explícito, por lo que más tarde algunas sí regularon particularmente los procedimientos en los que era posible modificar la Constitución.²⁰¹. Es así que durante el siglo pasado marcado profundamente por la guerra y por la experiencia autoritaria (en Italia el fascismo) que había derribado las instituciones democráticas, era necesario un control también sobre las manifestaciones más elevadas de la voluntad de los órganos representativos, comprendido entre ellos el Parlamento y por lo tanto sobre las leyes²⁰².

Controlar la constitucionalidad no podía ser confiado al mismo Parlamento que deliberaba las leyes: el controlado no puede ser también el controlador de sí mismo. En síntesis, casi en todas las experiencias constitucionales actuales, ya se reconoce la necesidad de contar con mecanismos de control por parte de un árbitro imparcial, respecto a las normas de la Constitución y a sus órganos constituidos estatales.

Resalta el hecho de que la Corte Constitucional no comenzó a funcionar sino hasta ocho años después de su promulgación de la Constitución. Sus primeros años fueron dedicados a su parte organizacional y dirigida hacia las normas que contenían derechos individuales y de libertad, lo cual se prolongó hasta un ventenio (1948-1968).²⁰³

Dentro de la Constitución está definida su conformación, la forma de elección y nombramiento de sus jueces, junto con el elenco de sus funciones. Todo aquello que no se contempló fue postergado para tratarse en las legislaciones sucesivas, por lo que posteriormente fueron aprobadas tres leyes constitucionales que desarrollaron los artículos 134^o al 137^o de la Constitución, llamadas:

- Ley constitucional del 9 de febrero de 1948, N.1, cuyo contenido se refiere a las normas de los juicios de legitimidad constitucional y aquellas normas que prevén la independencia de la Corte.
- Ley constitucional del 11 marzo del 1953, N.1, cuyo contenido prevé las normas complementarias de los artículos constitucionales relativos a la Corte.
- Ley constitucional del 11 marzo del 1953, N.87, cuyo contenido está relacionado

²⁰¹ <http://www.cortecostituzionale.it/actionGiurisprudenza.do> Corte Costituzionale della Repubblica Italiana

²⁰² Idem.

²⁰³ Barbera Fusaro et Fusaro Carlo, op. cit., cap XI.



con las normas sobre la estructura y el funcionamiento de la Corte Constitucional

Finalmente, en 1956, fue expedido el reglamento general de la Corte y desde su primera sesión la justicia constitucional fue dirigida principalmente a los siguientes ámbitos:

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

El constituyente introdujo un modelo de control concentrado creando una competencia excluyente a favor de la Corte, la cual, como órgano de control de naturaleza jurisdiccional, activa su jurisdicción a través del:

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

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

- sobre las controversias relativas a la legitimidad constitucional de las leyes y de los actos con fuerza de ley del Estado y de las Regiones;
- sobre los conflictos de atribuciones entre los poderes del Estado y sobre aquellos entre el Estado y las Regiones, y entre las Regiones;
- sobre la acusación a propuesta del Parlamento en sesión común contra el Presidente de la República, en caso de alta traición y atentado a la Constitución.
- sobre la admisibilidad de la petición de referéndum abrogativo (art. 21 cost. 1/1953)
-

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



(Control abstracto de la constitucionalidad)

En cuanto al tema del objeto del control de la constitucionalidad, en el Juicio de Legitimidad Constitucional (control abstracto de las normas generales) están comprendidas **las leyes de revisión constitucional, las leyes constitucionales, los Estatutos regionales y otras normas generales**, como los actos con fuerza de ley, caso contrario al de otras fuentes de derecho de grado subordinado que son excluidas del control de constitucionalidad. Las leyes de revisión constitucional tienen como objeto la modificación, adición o supresión de parte del texto de la Constitución, en tanto que las leyes constitucionales en cambio, tienen que ver con aquellas expresamente señaladas en disposiciones específicas de la Constitución, como los casos de reserva de ley constitucional o los de las leyes que en razón de su contenido relevante son discutidas y aprobadas por el Parlamento en la forma establecida en el artículo 138²⁰⁴ constitucional (procedimiento de reforma de la Constitución), o de las que acompañan el texto de la Constitución, aunque no sean parte de ella.

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

“...se llegaría al absurdo de considerar el sistema de garantías constitucionales de la Constitución como defectuoso o no efectivo precisamente con relación a las normas de más elevado valor...”²⁰⁵

Entonces el poder de adoptar normas constitucionales y revisarlas es expresión ya no de un poder constituyente, sino de un poder constituido, el cual debe ejercitarse de

²⁰⁴ “Art. 138.- Las leyes de revisión constitucional y las otras leyes constitucionales son aprobadas por cada una de las Cámaras con dos deliberaciones sucesivas en un intervalo no menor de tres meses, por mayoría absoluta de los integrantes de cada una de las cámaras en la segunda votación.

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

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

²⁰⁵ Sentencia n. 1146 del 1988., Punto n.2.1. del Considerando de Derecho. Consulta OnLine: <http://www.giurcost.org/decisioni/1988/1146s-88.html>.



conformidad con los límites delineados por el artículo 138 constitucional y aquellos implícitos en la revisión constitucional.

“...Tales son tanto los principios que la misma Constitución explícitamente prevé como límites absolutos al poder de revisión constitucional, como la forma de gobierno (art. 139 const.), como los principios que, aunque no se mencionen expresamente entre los que no pueden ser materia del procedimiento de revisión constitucional, pertenecen a la esencia de los valores supremos sobre los cuales se fundamenta la Constitución italiana...”²⁰⁶

En cuanto a los **Estatutos Regionales ordinarios**, hay que tener en cuenta que a diferencia de la vía directa que se emplea para ellos, el control de la legitimidad de las **leyes regionales “ordinarias”** en vía directa, se presenta como una competencia de control sucesivo o *a posteriori*. Es así como los constituyentes decidieron que mientras las regiones podían impugnar las **leyes estatales** ya en vigor (control sucesivo), el gobierno tendría el privilegio de someter a juicio de la Corte Constitucional **los actos legislativos regionales** de primer nivel antes de que fueran promulgados y publicados²⁰⁷ (**control preventivo**). Luego, partiendo del contexto sistemático del nuevo artículo 127 constitucional, las Regiones pueden impugnar las leyes del Estado sólo cuando les lesionan su competencia y están previstas constitucionalmente, mientras el Estado puede impugnar las leyes regionales invocando cualquier defecto de constitucionalidad. En pocas palabras, esto confirma que, a pesar de la reforma constitucional del 2001, la ley del Estado continúa teniendo una posición más favorable dentro del orden jurídico y conserva mayor garantía de estabilidad con respecto a las leyes regionales.²⁰⁸

El juicio de legitimidad constitucional y la cuestión de constitucionalidad

❖ *Acceso al juicio de legitimidad constitucional*

En la estructura de este recurso se refleja que quienes lo diseñaron pretendieron limitar la vía de acceso ante la Corte circunscribiendo que los únicos sujetos facultados para interponerlo fueran el Estado y las Regiones, facilitando con esta vía a los que representan a las instituciones republicanas, que son los titulares de los poderes públicos, quienes pueden recurrir directamente a la jurisdicción de la Corte para la defensa de sus propias

²⁰⁶ Ibidem.

²⁰⁷ Sentencia N. 17 del 2002 de la Corte Constitucional Italiana.

²⁰⁸ Morrone Andrea, *Il Diritto Costituzionale nella Giurisprudenza*, CEDAM, Università di Bologna, 2016.



atribuciones cuando consideren que una norma general es contraria a la Constitución.

Independientemente de lo anterior, la vía principal para llegar a la Corte es la incidental, así los particulares para efectos de los recursos de control de la constitucionalidad pueden promover por sí mismos la llamada “**cuestión de legitimidad constitucional**” ante la Corte, para la tutela de sus propios derechos fundamentales lesionados por algún acto proveniente de algún poder público, ante la existencia concreta de una norma general anticonstitucional que pretenda aplicarse en una controversia de legalidad ante el poder jurisdiccional, para que la Corte determine si la norma general es anticonstitucional y por ende, no pueda ser utilizada en el juicio concreto de legalidad. Entonces la cuestión de constitucionalidad es una prerrogativa prejudicial que nace de un juicio y está supeditada a su éxito, en tanto a que éste no puede ser resuelto antes de que se esclarezca la duda sobre su constitucionalidad, la cual debe ser resuelta por el *juez ad hoc*, es decir, el juez constitucional.

Los conflictos de atribución entre los órganos del Estado

Esta función arbitral se proyecta a su vez en un doble plano: *horizontal (subjetivo) o vertical (objetivo)*, según la Corte sea llamada a dirimir **conflictos de atribuciones**. El artículo 37 de la ley 1. 87/1953 establece que el conflicto entre poderes del Estado resuelto por la Corte, surge entre **órganos competentes que declaran en definitiva la voluntad de los poderes a los cuales pertenecen**, ocupándose de los órganos constituidos cuya esfera de atribuciones está determinada por la misma Constitución.

Cada tipo de conflicto da lugar a un **juicio de partes**, el cual tiene por objeto determinar:

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

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

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



titularidad, o sobre el modo del ejercicio de la atribución en disputa.

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

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

- El término para la interposición del recurso es de sesenta días contados desde el momento de la publicación del acto (art. 39 L. 87 del 1953).

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

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

El Control sobre los alcances del Derecho Internacional

Algunos sectores de la doctrina italiana sostienen que las normas contenidas en las fuentes europeas son inmediatamente aplicables en virtud de la norma de reconocimiento de esta obligación, la cual se encuentra prevista en el artículo 11 constitucional, según la cual se supone que Italia ha renunciado a una porción de soberanía para formar parte de la Unión Europea. Sin embargo, lo anterior no es del todo preciso, pues lo que ha prevalecido por la Corte Constitucional es en relación a la *teoría di controlimiti* (teoría de los contralímites), que refiere que es errónea la idea de que basta con hacer una aplicación de la convencionalidad según los pactos internacionales asumidos y concretados. Por consiguiente, las normas europeas no pueden llegar al punto de modificar los principios constitucionales, así que el proceso de integración europea encuentra un límite en esta etapa, lo que se explica en esta teoría, con base en la cual, la Corte Constitucional se reserva el derecho de determinar la ilegitimidad de la norma europea por incidir en un contralímite, ejemplo de lo cual sería el caso de las leyes nacionales que ratifican la ejecución de los tratados que han consentido el ingreso de normas opuestas a la



Constitución.

*FACULTADES QUE NO PERTENECEN AL ÁMBITO DEL CONTROL DE LA
CONSTITUCIONALIDAD*

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

El juicio sobre la acusación del Presidente de la República

A la Corte le es atribuida una facultad delicadísima, consistente en la encomienda de juzgar la moción de acusación del Parlamento por lo que respecta al Presidente de la República, con base en el artículo 90 constitucional. Tal artículo contempla dos tipos de delitos en los que puede incurrir el Jefe de Estado: el acto de **alta traición** y el **atentado contra la Constitución**. Uno se identifica como una especie de caso de colusión con potencias extranjeras y para el otro, se requiere una grave infracción de la carta constitucional que ponga realmente en peligro las características esenciales del ordenamiento.

Es facultad del Parlamento en sesión común y de la Corte Constitucional, la posibilidad de determinar si se ha integrado el ilícito penal establecido en el artículo 90 constitucional, mediante un procedimiento de responsabilidad estructurado en dos fases:

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

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



cual contenga las conclusiones de la Comisión favorables a la acusación. Cuando el acto de acusación es procedente, por decisión de la Corte Constitucional, el Jefe de Estado puede ser suspendido de su cargo en vía cautelar.

En caso de condena generalmente se aplican las sanciones máximas previstas en la legislación vigente en el momento de la comisión del hecho. En pocas palabras, la sentencia emitida es definitiva y no puede ser impugnada de modo alguno, a excepción de la hipótesis de revisión, la cual no trata de un nuevo juicio sobre los mismos hechos, sino sólo sobre la legalidad del mismo, siendo posible la introducción de nuevos elementos susceptibles de probar la inocencia del Presidente, siempre y cuando éstos no hubieren sido inicialmente considerados (art. 29 L. 20 de 1962).

Juicio de admisibilidad del referéndum abrogatorio

Este juicio conduce a la Corte a un ámbito político que ha generado controversias sobre la imparcialidad de su función como órgano jurisdiccional.²⁰⁹ Sin embargo, no hay que olvidar que el objetivo que tuvo el constituyente al introducirlo, en los términos previstos en el artículo 75 constitucional, fue evitar que el Parlamento asumiese el carácter de órgano casi soberano, lo cual se impide con el referéndum abrogativo.

El referéndum abrogativo consiste en someter al cuerpo electoral una pregunta para saber **si se quiere que una ley sea abrogada ... o que sea derogada limitadamente**, es decir una de sus partes, que de presentarse este caso, será especificado el artículo, el apartado, la frase o la palabra que se suprimirá.

Para solicitarlo se requieren quinientos mil electores o cinco Consejos Regionales, esto a

²⁰⁹ Malfatti, E., Panizza S., Romboli R., *Giustizia Costituzionale*, op. cit., supra, ps. 261-290.



diferencia del caso del referéndum constitucional²¹⁰ del artículo 138.2, en materia de revisión de la Constitución, el cual se establece para otros efectos. Lo anterior se debe a que es un acto de naturaleza legislativa que expresa “dirección política de una mayoría”. El órgano encargado de garantizar la legitimidad del procedimiento es la Oficina Central para el referéndum, perteneciente a la Corte de Casación. El mecanismo para verificar la admisibilidad de la petición presentada está previsto en las leyes que regulan el procedimiento refrendario, es decir, la ley 352/1970 y la ley n.1 constitucional del 11 marzo de 1953, artículo 2. El artículo 72.5 constitucional establece una serie de límites y materias sobre las cuales es inadmisibile un referéndum, como las leyes tributarias, los presupuestos, las leyes de amnistía, las leyes de indulto y aquellas que autoricen la ratificación de los tratados internacionales. La prohibición establecida en este artículo 75.2 no agota los límites, por lo que están identificados otros adicionales derivados de la jurisprudencia de la Corte Constitucional (sentencia n. 16 del 1978 en adelante, interpretando el texto (límites implícitos) y el espíritu (límites lógicos) de la Constitución). También encontramos otros límites a la admisibilidad del referéndum abrogativo como:

- La Constitución y las leyes formalmente constitucionales;
- Las leyes de contenido constitucionalmente vinculado;
- Las leyes de contenido comunitariamente vinculado;
- Los actos legislativos ordinarios con fuerza pasiva reforzada (por ejemplo, las leyes

²¹⁰ Hace no mucho tiempo que se creía que el Primer Ministro, en ese entonces, Matteo Renzi, lograría acabar con el bicameralismo perfecto vía la supresión de la función legislativa del Senado. Sin embargo, la reforma constitucional que impulsó (aprobada en el Parlamento), que pretendió modificar sustancialmente el funcionamiento del Estado, con una recentralización de competencias desde las regiones al Gobierno de Roma, retirando al Senado la función legislativa para así facilitar la aprobación de leyes por parte del Gobierno, fue rechazada por una votación del 59,96% contra un 40,04%, existiendo una participación del 68,48 %, en el referéndum que tuvo lugar el 4 de diciembre del 2016, motivo por el cual Matteo Renzi finalmente dimitió.



que modifican el Pacto Lateranense, con la cobertura del artículo 7 constitucional);²¹¹

- Las leyes relacionadas estrictamente con aquellas que prohíbe el artículo 75.2 constitucional;²¹²
- Las leyes obligatorias y necesarias que deben existir en el ordenamiento porque directamente están previstas por la Constitución.

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

ESPAÑA

La Constitución de 1978

(Antecedentes relevantes)

²¹¹ Sentencia 16/1978 y artículo 7 constitucional *“El Estado y la Iglesia Católica son, cada uno en su propio orden, independientes y soberanos. Sus relaciones están reguladas por los Pactos Lateranenses. Las modificaciones de los Pactos, aceptadas por las dos partes, no requieren procedimiento de revisión constitucional”.*

²¹² *“Art. 75.- Se convoca a referéndum popular para aprobar la abrogación total o parcial, de una ley o de un acto que tenga fuerza de ley, cuando lo soliciten quinientos mil electores o cinco Consejos Regionales.*

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



- Un hecho trascendental fue la Guerra Civil de 1936, la cual se desencadenó, entre otros factores principales, por el fracaso de los golpes de Estado provenientes de las sublevaciones militares del África española contra el gobierno republicano;
- Estas sublevaciones provocaron que España quedara dividida, una parte bajo la autoridad del gobierno republicano y otra, controlada por los sublevados, cuyo jefe supremo fue el general Francisco Franco.
- La guerra finalizó con la victoria franquista en 1939, instaurándose así un régimen dictatorial, el cual contó con el apoyo de Hitler y de Mussolini, con una gran represión²¹³ sobre los vencidos, provocando el exilio de miles de españoles.
- El apoyo de España a las Potencias del Eje durante la Segunda Guerra Mundial la condujo a un aislamiento internacional de carácter político y económico.
- Una vez concluido el régimen del general Franco, las Cortes españolas aprobaron el 31 de octubre de 1978 una nueva Constitución.²¹⁴
- Ésta fue considerada como la Constitución del consenso, ya que se redactó a partir de las negociaciones y acuerdos llevados a cabo entre los diferentes partidos políticos con representación parlamentaria.
- El sistema parlamentario español se inspiró sobre todo en la Ley Fundamental de Bonn, así también el constituyente tuvo presente la experiencia constitucional italiana (como *contra modelo*). Tal sistema es considerado dentro de los denominados parlamentarismos racionalizados, por voluntad

²¹³ “La paulatina apertura de algunos archivos, sobre todo militares, ha permitido que el trabajo de los historiadores haya avanzado mucho en los últimos años en acotar esta cifra: entre 1936 y 1943 hubo aproximadamente 150.000 víctimas mortales en actos de represalia, campos de concentración y trabajo y cárceles...” Artículo de Isabel OBIOLS, diario El País, sección cultural, Barcelona, octubre del 2000.

²¹⁴ Con base en la ley 1/1977 de 4 de enero para la Reforma Política.



expresa del constituyente, manifestada en la *moción de censura constructiva*²¹⁵, confirmada y acentuada por la práctica política ulterior.

La Constitución del 78 define a España como un Estado social y democrático de Derecho, basado en el principio de soberanía popular. Su forma de gobierno conforme al artículo 1.3. de su Ley Fundamental será la de una monarquía²¹⁶ parlamentaria, fundada en la indisoluble unidad de la Nación española.

Así, en España, el Estado democrático se concreta, desde la Constitución misma, en una democracia representativa, que deja un espacio mínimo a las instituciones de democracia directa y semidirecta, las cuales, en todo caso, no condicionan la concreta forma de Estado ni la de gobierno²¹⁷. Es una democracia parlamentaria, en donde las instituciones representativas prácticamente tienen el monopolio en el ejercicio del principio democrático. Ello conlleva una valoración particular del papel de los partidos políticos,²¹⁸ luego es claro que la opción del constituyente por la democracia representativa se basó en la necesidad de fortalecer a los partidos, tras una debilidad provocada por los cuarenta años de régimen autoritario y de partido único.²¹⁹

Las instituciones políticas del Estado español

²¹⁵ Artículo 113 de la Constitución española.

²¹⁶ Por eso, para el profesor Isidre Molas, la monarquía no forma parte de la forma de gobierno. En su opinión, define solamente el carácter de la Jefatura del Estado. Molas, Isidre, *Derecho Constitucional*, 4ª ed., Madrid, Tecnos, 2008, p. 119.

²¹⁷ Aguilar de Luque, Luis, *Democracia directa e instituciones de democracia directa en el ordenamiento constitucional español*, La experiencia constitucional (1978-2000), Madrid, CEPC, 2000, pp. 76 y ss.

²¹⁸ Artículo 6 de la Constitución Española, en el Título preliminar.

²¹⁹ *Castellá, Andreu, Sistema parlamentario y régimen electoral en España: similitudes y diferencias entre la forma de gobierno en el Estado y las Comunidades Autónomas*". Cuestiones constitucionales, *Revista Mexicana de Derecho Constitucional* Núm. 27, julio-diciembre 2012, Biblioteca Jurídica Virtual del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM/ www.bibliojuridica.org



Los órganos constituidos del Estado son los siguientes: El Rey (la Corona), las Cortes Generales, el Gobierno, el Tribunal Supremo y el Tribunal Constitucional. Además de ellos, por supuesto, existen órganos ejecutivos, legislativos y judiciales de las provincias y de las comunidades autónomas, así como ayuntamientos. Territorialmente hablando está organizado en diecisiete comunidades autónomas y dos ciudades con Estatuto de Autonomía.⁸

*El rey de España (La Corona) es el jefe del Estado, símbolo de la unidad nacional y permanencia del Estado, árbitro y moderador del funcionamiento regular de las instituciones, alto representante en las relaciones internacionales, que lo mantienen alejado de las funciones legislativas y de gobierno.*²²⁰ La corona española es, desde luego, hereditaria. Entre sus funciones más destacadas está la de sancionar y promulgar las leyes; convocar y disolver a las Cortes; convocar a referéndum; proponer al presidente del gobierno y poner fin a sus funciones. Todos sus actos deben llevar el refrendo del presidente del gobierno y del ministro del ramo. De esos actos no es responsable el Rey, sino quienes los refrendan.

El Gobierno español se compone del Presidente y de los Ministros²²¹. El Presidente del Gobierno es designado después de cada renovación del Congreso de los Diputados, a propuesta del Rey y con aprobación (voto de confianza) del Parlamento. Entre las principales facultades con las que cuenta está la de proponer al Rey la disolución del Congreso de los Diputados (Parlamento), del Senado o de ambas Cortes, previa

²²⁰ La Carta Magna de 1978 "...reconoció y garantizó el derecho a la autonomía de las nacionalidades y regiones que integran la nación española y mediante la creación de las Comunidades Autónomas y las Ciudades Autónomas de Ceuta y Melilla... El resultado de este proceso ha convertido a España en uno de los países más descentralizados de Europa...". Véase sitio oficial:

<http://www.lamoncloa.gob.es/espana/organizacionestado/Paginas/index.aspx>

²²¹ El gobierno actual está compuesto por el presidente del Gobierno, una Vicepresidencia con cartera ministerial y doce ministros, véase su sitio oficial: <http://www.lamoncloa.gob.es>



deliberación del Consejo de Ministros²²², prácticamente sin límites²²³ y sin necesidad de agotar los cuatro años que dura la legislatura²²⁴, a efecto de convocar a nuevas elecciones. Es importante señalar que esta propuesta no puede presentarse cuando está en trámite una moción de censura.

Se pueden mencionar algunas otras potestades como la dirección de la política exterior e interior y la administración civil, además de la función ejecutiva y la facultad reglamentaria. Los ministros son nombrados por el Rey, a propuesta del Presidente.

El poder legislativo está representado en las Cortes Generales, las cuales están formadas por el Congreso de los Diputados y por el Senado, el primero de ellos representa al pueblo, mientras que el senado a las provincias y comunidades autónomas del Estado, encargadas de controlar la acción del gobierno. Se trata de un parlamentarismo bicameral imperfecto, con claro predominio del Congreso de los Diputados sobre el Senado, aunque ambos son electos cada cuatro años.

Es de destacarse el peso político real que tienen las Cortes Generales, correspondiente al sistema parlamentario, además de una serie de atribuciones constitucionalmente

²²² Los orígenes del Consejo de Ministros se remontan al año 1823, en el que el Rey Fernando VII dictó un decreto creando dicho órgano, "1812-1992. *El arte de gobernar. Historia del Consejo de Ministros y de la Presidencia del Gobierno*" citado en el sitio oficial del gobierno español/<http://www.lamoncloa.gob.es/>

²²³ Artículo 115 de la Constitución española.

²²⁴ De hecho, es lo que ha ocurrido en la mayor parte de legislaturas, desde el inicio del régimen constitucional, salvo en 2000 y 2004 (Aznar) y 2008 (R. Zapatero). A ello no ha influido el tener o no el gobierno una mayoría absoluta de apoyo en el Congreso, sino que, en unos casos, el presidente del gobierno ha disuelto el Parlamento en función de los intereses del partido del gobierno, y en otros (1982, 1996 y 2011) la convocatoria electoral anticipada se ha debido a la grave crisis política del momento, con la descomposición del partido del gobierno (Calvo Sotelo, UCD en 1982), a los casos masivos de corrupción y terrorismo de estado (González, PSOE, 1996), o a la gravísima crisis económica (R. Zapatero, PSOE, 2011).



previstas con las que cuenta. De este modo, las relaciones entre el Parlamento y el Gobierno tienen lugar a través del Congreso y del Presidente del Gobierno. Es el Congreso el que inviste al Presidente del Gobierno y es el Congreso el que puede exigir responsabilidad a éste y lo puede hacer caer mediante la moción de censura y la cuestión de confianza, las cuales emite por mayoría absoluta de votos. Una moción de censura trae como consecuencia la dimisión del gobierno, que es presentada ante el Rey, y lo mismo ocurre cuando la confianza le es negada al Presidente del Gobierno²²⁵.

El Senado se mantiene al margen completamente de estos actos. Sus funciones se concentran en el control ordinario del gobierno, la orientación política y el nombramiento de altos cargos institucionales (en los tres casos, en condiciones formales de igualdad con el Congreso). Respecto a las funciones legislativa y presupuestaria es una cámara de segunda lectura, completamente subordinada al Congreso.²²⁶

El Consejo General del Poder Judicial es el que ejerce las funciones de gobierno y administración en el Poder Judicial²²⁷. En términos breves, podemos mencionar, en cuanto a la estructura judicial, que es piramidal y está formada por órganos unipersonales en la base (primer y segundo nivel) y por órganos colegiados en los restantes niveles. En el primer nivel están los Juzgados de paz y en el segundo nivel, los Juzgados de Primera Instancia e Instrucción de lo Contencioso-administrativo, de lo Social, de Menores y de Vigilancia Penitenciaria. En el tercer nivel (Intermedio)

²²⁵ Artículos 112, 113 y 114 de la Constitución española.

²²⁶ El Senado se define constitucionalmente como cámara de representación territorial aunque sus funciones en este ámbito sean testimoniales. De hecho, los partidos nacionalistas están presentes en ambas Cámaras, pero es al paso por el Congreso cuando tienen lugar las negociaciones entre el gobierno y éstos para sacar adelante los presupuestos o los proyectos legislativos. Castellá Andreu, Josep Ma., *El debate sobre la reforma del Senado y su incidencia en la forma de Estado y la forma de gobierno*, en Albertí, Enoch y Carrillo, Marc (coords.), *Estudios sobre la Constitución Española. Homenaje al profesor Jordi Solé Tura*, 1er vol., Madrid, CEPC, 2008, pp. 419 y ss.

²²⁷ Véase sitio oficial: <http://www.poderjudicial.es>



están las Audiencias Provinciales, que tienen sus sedes en las capitales de provincia y en el cuarto nivel, los Tribunales Superiores de Justicia, que son el vértice de la Administración de Justicia en cada Comunidad Autónoma, y en asuntos propios de las mismas, son el tribunal de última instancia. En el quinto nivel está la Audiencia Nacional (con jurisdicción en toda España), la cual conoce de asuntos penales, contenciosos administrativos y sociales, además de conocer de los delitos cometidos contra el Rey o la familia real y otros altos organismos de la Nación, así como sobre los grandes delitos monetarios. Finalmente, está el Tribunal Supremo, el cual es el órgano jurisdiccional superior en todos los órdenes, salvo en materia de control de la constitucionalidad, la cual es atribuida al Tribunal Constitucional, conforme al modelo concentrado de control.²²⁸

El Tribunal Constitucional Español

ANTECEDENTES

En la Constitución republicana de 1931 aparece el primer órgano de “justicia constitucional”, bajo el nombre de Tribunal de Garantías Constitucionales. En la creación del Tribunal Constitucional de 1978 tuvieron una notable influencia los otros modelos europeos de control, como el adoptado por la Constitución Italiana de 1948 y por la Ley Fundamental de Bonn de 1949. Su diseño es resultado de una transición democrática pacífica, después de cincuenta años de dictadura franquista. Por ende, la justicia constitucional está ligada a la consolidación del sistema democrático español y al Estado de Derecho.

De una forma concisa, puede señalarse que el Tribunal Constitucional es el órgano que vela por el cumplimiento de la Constitución, a través de la actividad de vigilancia de la constitucionalidad de las leyes y de las normas con rango de ley. Se trata de un importante actor dentro del sistema constitucional y político, aunque en la práctica esté limitado, porque no ejecuta por sí mismo sus decisiones, sino que tiene que confiar en la actividad de otros órganos del Estado. Su posición de máximo intérprete de las normas fundamentales del Estado le confiere una posición jerárquica superior respecto a los otros

²²⁸ Véase sitio oficial: <https://e-justice.europa.eu>



órganos y tribunales de justicia ordinaria. La constitución señala expresamente tal supremacía del Tribunal Constitucional.

ATRIBUCIONES Y COMPETENCIA CONCERNIENTES AL CONTROL DE LA CONSTITUCIONALIDAD.

La Constitución Española de 1978 dedica el propio título IX (art.159-165) a la estructura de la institución del Tribunal Constitucional 229.

Brevemente, en sus competencias encontramos:

- Recurso de inconstitucionalidad (control abstracto)
- La cuestión de inconstitucionalidad
- Recurso previo de inconstitucionalidad
- Recursos y cuestiones contra las normas forales fiscales vascas
- Recurso de amparo
- Conflictos de competencia
- Conflictos entre órganos constitucionales
- Conflictos en defensa de la autonomía local
- Conflictos en defensa de la autonomía foral
- Declaración sobre la constitucionalidad de los Tratados Internacionales
- Impugnaciones del artículo 161 de la Constitución

Recurso de inconstitucionalidad (vía de acción/control abstracto) y la cuestión de inconstitucionalidad (via incidental/control concreto)

Es la vía de control de constitucionalidad con mayor carga política²³⁰, mediante la cual se enjuicia la conformidad o disconformidad de las leyes, disposiciones normativas y actos con fuerza de ley del Estado y de las Comunidades Autónomas con la Constitución.

Pueden ser objeto del recurso de inconstitucionalidad:

²²⁹La actuación normativa de tales disposiciones se encuentran en la ley orgánica 8/1985, 4/1988, 6/1988, 7/1999, 1/2000, 6/2007, 1/2010, 8/2010, 12/2015 y 15/2015, *Boletín Oficial del Estado* núm. 45, de febrero de 2010 Sec. I. Pág. 16641

<http://www.tribunalconstitucional.es/es/tribunal/normativa/Normativa/LOTC-20100219.pdf>

²³⁰ Es importante destacar que estos recursos son los que más difícilmente prosperan, ya que el Tribunal Constitucional se cuida mucho de dar la razón a alguien en contra del legislador.



- Los Estatutos de Autonomía y las demás leyes orgánicas;
- Las demás leyes, disposiciones normativas y actos del Estado con fuerza de ley;
- Los tratados internacionales;
- Los Reglamentos del Congreso de los Diputados, del Senado y de las Cortes Generales;
- Las leyes, actos y disposiciones normativas con fuerza de ley de las Comunidades Autónomas;
- Los Reglamentos de las Asambleas legislativas de las Comunidades Autónomas.

El Tribunal Constitucional a cabo esta función a través de dos procedimientos:

Recurso de inconstitucionalidad: Tiene que ver con el control abstracto (lesión de principios generales de la Constitución), Los sujetos legitimados para interponer el recurso son:

- El Presidente del Gobierno;
- El Defensor del Pueblo;
- Cincuenta Diputados y cincuenta Senadores;
- Los órganos ejecutivos y legislativos de las Comunidades Autónomas

La cuestión de inconstitucionalidad²³¹:

Se interpone cuando una norma con rango de ley aplicable a cualquier proceso en curso, de cuya validez dependa la decisión que hayan de adoptar en el mismo pueda ser contraria a la Constitución.

- Sólo puede ser promovida, de oficio o a instancia de parte, por Jueces y Tribunales

El órgano judicial en su caso, plantea la cuestión una vez concluso el proceso y dentro del plazo para dictar sentencia o la resolución judicial que proceda, debiendo concretar la ley o norma con fuerza de ley de cuya constitucionalidad duda, el precepto constitucional infringido y especificar y/o justificar en qué medida la decisión del proceso depende de la validez de la norma cuestionada, debiendo esperar la sentencia del Tribunal Constitucional para poder emitir la propia. Si se declara anticonstitucional la norma general, el juez a quo tendrá que resolver el asunto de legalidad sujeto a su jurisdicción sin aplicarla, mientras que en caso contrario, podrá emitir sentencia aplicando la norma declarada constitucionalmente válida.

²³¹ En la práctica, es el medio de conexión entre el poder judicial y el Tribunal Constitucional, que emplean para depurar y perfeccionar el ordenamiento jurídico.



Recurso previo de inconstitucionalidad

Declaración sobre la constitucionalidad de los Tratados Internacionales

La única²³² forma de *control preventivo*, es aquella que actualmente se ejercita sobre los tratados internacionales, antes que el Estado los haya aprobado formalmente.

El artículo 78 de la ley orgánica del Tribunal Constitucional establece que el gobierno o cualquiera de ambas cámaras podrán requerir al órgano de control para que se pronuncie sobre la conformidad del tratado con la Constitución²³³, antes de que el tratado haya sido ratificado por el Estado español.

El Tribunal tiene un plazo de dos meses para emitir una declaración que tiene carácter vinculatorio y conlleva a una revisión de la misma Constitución en el caso de que exista una contradicción entre ésta y el tratado²³⁴.

Lo anterior tiene su fundamento en el artículo 95 constitucional, en el cual se determina que un tratado internacional que sea contrario a la Constitución no podrá entrar en vigor, a menos que se lleve a cabo una modificación de las normas constitucionales no compatibles con él, mediante el procedimiento de revisión correspondiente, previsto en los artículos 166 al 169.

Es necesario recordar que la aceptación de un tratado internacional por el Estado español debe estar precedida por la autorización de las Cortes Generales, según lo dispone el artículo 94 constitucional, cuando el compromiso internacional entraña cuestiones de carácter político, militar, de integridad territorial, de derechos fundamentales, de obligaciones financieras para el Estado, o implicaciones legislativas, sea la abrogación de leyes o la adopción de medidas legislativas para la ejecución del tratado o convenio internacional.

El control preventivo de los tratados internacionales puede ser solicitado por el Gobierno,

²³² Hasta 1985, existía también un recurso preventivo de inconstitucionalidad contra los estatutos de autonomía y las leyes orgánicas (como en Italia). Véase a Villaverde, Menéndez, Ignacio "El control previo de constitucionalidad de las normas con rango de ley. Crónica de un escéptico". *Revista Catalana de dret públic*, núm.49, www.rcdp.cat (consulta: 6 febrero 2017)

²³³ Son pocas las reformas que ha habido a la Constitución española. Las dos iniciales fueron la originada por el Tratado de Maastricht, el cual implicó la modificación del artículo 13, párrafo 2, con el fin de reconocer el derecho de sufragio pasivo a los ciudadanos de la Unión Europea y la segunda, al artículo 135, de septiembre de 2011, la cual originó una profunda modificación en el Título VII relativo a las materias de Economía y Hacienda.

²³⁴ Véase el artículo 95 de la Constitución española.



por el Congreso de los Diputados, o por el Senado. El Tribunal Constitucional determina si existe o no contradicción entre el tratado y la Constitución. Esta regulación constitucional del control a priori de los tratados internacionales pone de manifiesto su jerarquía inferior a la Constitución, cualquiera que sea su materia, y el consiguiente carácter supremo de ésta.

El recurso de amparo (control concreto)

El objeto de este medio de control o proceso que se presenta ante el Tribunal Constitucional es la protección frente a las vulneraciones de los derechos y libertades reconocidos en los artículos 14 a 29 y 30.2 de la Constitución originadas por disposiciones, actos jurídicos, omisiones o simples vías de hecho de los poderes públicos del Estado, las Comunidades Autónomas y demás entes públicos de carácter territorial, corporativo o institucional, así como de sus funcionarios o agentes.

La única pretensión que puede hacerse valer a través del recurso de amparo es la del restablecimiento o preservación de los derechos o libertades por razón de los cuales se promueve el recurso. La Ley Orgánica del Tribunal Constitucional distingue tres modalidades de recurso de amparo en razón del origen del acto del poder público al que se le imputa la vulneración de los derechos fundamentales:

- a) recurso de amparo contra decisiones parlamentarias (art. 42);
- b) recurso de amparo contra decisiones gubernativas y administrativas (art. 43);
- c) recurso de amparo contra decisiones judiciales (art. 44).

Además, existen: a) el recurso de amparo contra los Acuerdos de las Juntas Electorales sobre proclamación de candidatos y candidaturas (art. 49.3) y b) el recurso de amparo contra los Acuerdos de las Juntas Electorales sobre proclamación de electos y elección y proclamación de Presidentes de las Corporaciones locales (art. 114.2)..."²³⁵

Sujetos legitimados:

- Toda persona natural o jurídica con un interés legítimo, el Defensor del Pueblo y el Ministerio Fiscal. Asimismo, pueden comparecer con el carácter de parte demandada o con el de coadyuvante las personas favorecidas con la decisión, acto o hecho (que ostenten un interés legítimo en el mismo).

²³⁵ Modalidades previstas por la Ley Orgánica de Régimen Electoral General, contra actos y decisiones de la Administración electoral.



Requisitos para su procedencia:

- Como es de naturaleza subsidiaria, se requiere haber agotado antes la vía judicial previa, del mismo modo, haber invocado en ésta, lo más pronto posible, la vulneración del derecho fundamental que pretende hacerse valer.

La excepción a este principio son los relativos a la violación de los derechos humanos, cometidas por los actos que carecen de fuerza de ley emitido por los órganos legislativos, provenientes del Estado o de las Comunidades Autónomas).

- Que el demandante justifique la especial trascendencia constitucional del recurso²³⁶ (requisito insubsanable y común a todas las modalidades de recurso).

En términos del recurso, en la sentencia pronunciada además de lo conducente, se recalca lo siguiente:

“...Si el recurso de amparo hubiera de ser estimado porque a juicio del órgano que conoce del mismo la ley aplicada lesiona derechos fundamentales o libertades públicas, se elevará la cuestión al Pleno del Tribunal, con suspensión del plazo para dictar sentencia en el proceso de amparo, hasta que el Pleno se pronuncie sobre la constitucionalidad de la ley aplicada...”

Con carácter general la interposición del recurso de amparo no suspende los efectos del acto o decisión impugnado, aunque el Tribunal, de oficio o a instancia de parte, **puede disponer su suspensión total o parcial cuando la ejecución del acto o decisión recurrido pudiera producir al demandante un perjuicio que pudiera hacer perder al amparo su finalidad y si la suspensión no ocasiona perturbación grave a un interés constitucionalmente protegido ni a los derechos fundamentales o libertades de otra persona...**²³⁷

²³⁶ En 2007 fue introducida ésta modalidad (artículo 50, numeral 1 de la Ley Orgánica del Tribunal Constitucional Español). *Vid.* Mezzetti Luca, *Sistemi e modelli di giustizia costituzionale*. Edit. Cedam, Italia, 2009.

²³⁷ *Ibidem*.



Conflictos de competencias entre los órganos constitucionales del Estado

Ocurre cuando entre los órganos constituidos, alguno de ellos considera que otro órgano del mismo nivel, está adoptando decisiones, asumiendo atribuciones que son propias y exclusivas del primero. Si esto acontece, el órgano cuya competencia es vulnerada le hará saber al órgano invasor que se mantenga dentro de su esfera competencial, solicitándole que se abstenga de llevar a cabo el acto en cuestión o en su caso lo revoque.

Si el órgano reconvenido al que se dirige la solicitud, afirma que actúa en el ejercicio de sus atribuciones persistiendo en la realización del acto reclamado o bien, en el plazo de un mes desde la recepción de la notificación, no rectificara en el sentido solicitado, en consecuencia el órgano que estime indebidamente asumidas sus atribuciones puede plantear el conflicto ante el Tribunal Constitucional.

La sentencia del Tribunal dictará "a qué órganos corresponden las atribuciones constitucionales controvertidas y declarará nulos los actos ejecutados por invasión de atribuciones, y resolverá, en su caso, lo que procediera sobre las situaciones jurídicas producidas al amparo de los mismos".²³⁸

Conflictos positivos de competencia

Se promueven al considerarse que una disposición resolución o acto sin valor de ley de una Comunidad Autónoma o del Estado, o la omisión de tales disposiciones, resoluciones o actos, no respeta el orden constitucional de competencias establecido en la propia Ley Fundamental, en los Estatutos de Autonomía o en las leyes orgánicas dictadas para delimitar las competencias entre el Estado y las Comunidades Autónomas. Sujetos legitimados:

- Una o más Comunidades Autónomas o a dos o más Comunidades Autónomas entre sí.
- El Gobierno o los órganos ejecutivos de las Comunidades Autónomas

²³⁸ Art. 75, párrafo segundo de la ley orgánica del Tribunal.



Antes de interponer el recurso, se puede recurrir a una opción alternativa, que consiste en requerir a la otra parte que derogue o anule el acto o disposición objeto del conflicto (solución “política”).²³⁹

Es de destacarse *la potestad del Estado ante las Comunidades Autónomas*, pues el órgano promotor del conflicto de competencia puede solicitar la suspensión de la disposición, resolución o acto objeto del mismo invocando perjuicios de imposible o difícil reparación y el Tribunal Constitucional libremente puede acordar o denegar la suspensión interesada. En cambio, el Gobierno tiene la facultad conferida constitucionalmente mediante el artículo 161.2, para determinar en el momento de la formalización del conflicto la suspensión de la disposición, resolución o acto objeto del mismo, lo que determinará la inmediata suspensión de su vigencia por un plazo de cinco meses, que son lo que tiene el Tribunal Constitucional para pronunciarse.

Conflictos negativos de competencia

A diferencia de los conflictos positivos, los conflictos negativos de competencia se producen cuando un órgano del Estado o el de una Comunidad Autónoma se abstienen de actuar por considerarse incompetentes para hacerlo y por tanto dan al interesado una respuesta declinatoria a su petición (quien asegura que les compete atender su solicitud).

Sujetos legitimados

- Pueden ser interpuestos por el Gobierno Estatal y por los órganos ejecutivos de la Comunidad Autónoma, o por los ciudadanos que tengan un interés legítimo.

El procedimiento previsto en el artículo 68 de la ley orgánica del Tribunal Constitucional establece la obligación de que la persona antes de acceder a él, debe agotar la vía administrativa en el Ministerio del ejecutivo del área regional correspondiente.

En el primer caso, el gobierno del Estado puede requerir al órgano ejecutivo de la Comunidad Autónoma que ejerce una competencia que el primero considera de titularidad regional. Si tal solicitud no es atendida satisfactoriamente, el gobierno puede formalizar el

²³⁹El Gobierno puede hacer uso del previo requerimiento de incompetencia a la Comunidad Autónoma correspondiente, Véase sitio oficial: <https://www.tribunalconstitucional.es/es/tribunal/Composicion-Organizacion/competencias/Paginas/05-Conflictos-de-competencia.aspx>



conflicto ante el Tribunal Constitucional, el cual resuelve declarando si le compete a la Comunidad Autónoma la titularidad de la competencia controvertida. Esta modalidad de conflicto negativo no puede instaurarse en sentido opuesto, es decir que provenga la solicitud de una Comunidad autónoma en contra del Estado²⁴⁰.

La sentencia que se dicte:

- establecerá cuál de las administraciones es competente para resolver la demanda del ciudadano interesado; y
- vincula a todos los poderes públicos y tiene efectos frente a todos.

Conflictos en defensa de la autonomía local

Creado por la Ley Orgánica 7/1999, del 21 de abril, a través de él, se pueden impugnar las leyes o normas con rango de ley del Estado y de las Comunidades Autónomas que lesionen la autonomía local constitucionalmente garantizada.

Sujetos legitimados:

- El municipio o la provincia que sea destinatario único²⁴¹ de la ley o norma con rango de ley. Cuando se trate de impugnar disposiciones legales de la Comunidad Autónoma de Canarias están legitimados tres cabildos y;
- ✚ En el caso de la Comunidad Autónoma de las Islas Baleares dos consejos insulares; y
- ✚ Para las leyes cuyo ámbito de aplicación afecte a la Comunidad Autónoma del País Vasco están legitimadas las Juntas Generales y las Diputaciones Forales de cada Territorio Histórico.

²⁴⁰ Mezzetti, Luca op. Cit.

²⁴¹ En los supuestos de leyes que no sean destinatarios únicos remitirse al artículo 75 ter. de la ley orgánica previamente referida.



Requisitos:

- Se necesita el acuerdo del órgano plenario de cada una de las corporaciones locales que lo promuevan adoptado por la mayoría absoluta del número legal de sus miembros.
- De alcanzarlo, antes de interponerlo al Tribunal Constitucional, solicitan (en el plazo de 3 meses desde la aprobación de la ley o norma con rango de ley impugnada) un dictamen con carácter no vinculante al Consejo de Estado u órgano correspondiente de la Comunidad Autónoma.

La Sentencia declara si hay o no vulneración de la autonomía local constitucionalmente garantizada, determinando la titularidad o atribución de la competencia controvertida, resolviendo del mismo modo lo procedente en las situaciones de hecho o de derecho creadas en lesión de la autonomía local. En el supuesto que haya declarado la inconstitucionalidad del acto reclamado, el Tribunal dictará una nueva sentencia y si el Pleno decide plantear dicha cuestión una vez resuelto el conflicto declarando que ha existido vulneración de la autonomía local constitucionalmente garantizada, este nuevo proceso se sustancia mediante el recurso “cuestión de inconstitucionalidad” que se vio previamente en este apartado²⁴².

Conflictos en defensa de la autonomía foral

Este recurso tiene por objeto la defensa de la autonomía foral de los Territorios Históricos de la Comunidad Autónoma del País Vasco contra normas del Estado con rango de ley²⁴³.

Sujetos legitimados:

- las Diputaciones Forales y las Juntas Generales de los Territorios Históricos de Álava, Guipúzcoa y Vizcaya.

La parte procesal está prevista en la Ley Orgánica del Tribunal Constitucional para los conflictos positivos de competencia interpuestos por una Comunidad Autónoma frente al

²⁴² Véase sitio oficial: /www.tribunalconstitucional.es (consulta:1 de febrero del 2017)

²⁴³ Es el resultado de la Ley Orgánica 1/2010, junto con la modificación de las leyes orgánicas del Tribunal Constitucional y del Poder Judicial.



Estado o, a otra Comunidad Autónoma.

Recursos y cuestiones contra las normas forales fiscales vascas

El Tribunal Constitucional conoce de los recursos interpuestos y de las cuestiones suscitadas con carácter prejudicial por los órganos jurisdiccionales contra las normas forales fiscales de los Territorios de Álava, Guipúzcoa y Vizcaya (pertenecientes a la Comunidad Autónoma Vasca) dictadas en el ejercicio de sus competencias para regular, establecer y mantener el régimen tributario de cada Territorio.

La interposición y sus efectos, la legitimación, tramitación y sentencia de estos recursos y cuestiones se rige por lo dispuesto en la Ley Orgánica²⁴⁴ del Tribunal Constitucional para los recursos y las cuestiones de inconstitucionalidad, entendiéndose el trámite de alegaciones de la parte demandada con las correspondientes Juntas Generales y Diputaciones Forales²⁴⁵.

“Al Pleno del Tribunal Constitucional compete el conocimiento de estos procesos constitucionales, sin perjuicio de la posibilidad de que sean deferidos a la Sala”²⁴⁶.

FRANCIA

La Constitución de 1958

(Antecedentes relevantes)

- Los acontecimientos más importantes a destacar en torno al sistema constitucional francés vigente, de manera enunciativa, sin perder de vista el gran bagaje histórico que lo caracteriza, se ubican en la Segunda Guerra

²⁴⁴ La Ley Orgánica 1/2010, de 19 de febrero, (modificación de las leyes orgánicas del Tribunal Constitucional y del Poder Judicial).

²⁴⁵ Véase el sitio oficial del Tribunal Constitucional español (www.tribunalconstitucional.es/) consulta: 9 febrero 2017

²⁴⁶ *Idem*.



Mundial. Al principio del conflicto, Francia llevó a cabo una serie de campañas fracasadas de rescate en Noruega, Bélgica y los Países Bajos entre 1939 y 1940. Después del ataque relámpago de la Alemania Nazi en 1940 y su aliada, la Italia fascista, Francia firmó el armisticio en 1940. Los alemanes establecieron un régimen autoritario conocido como la Francia de Vichy, que adoptó una política de colaboración con la Alemania nazi. Los opositores del régimen sostuvieron a la resistencia francesa y fueron sumando cada vez más territorios coloniales a su causa, liberando a la Francia continental en 1945 con el esfuerzo común de los aliados y de la resistencia francesa

- **La Cuarta República Francesa**, fundada después de la Segunda Guerra Mundial, se caracterizó por una gran inestabilidad política, entre otras razones, como consecuencia de los defectos estructurales de su régimen electoral y parlamentario²⁴⁷. Francia intentó mantener su estatus económico y político como potencia mundial, recuperando el control sobre su imperio colonial, afectado por la guerra. Lo anterior dio lugar a la Primera Guerra de Indochina que terminó en derrota francesa en la batalla de Dien Bien Phu en 1954. Posteriormente, se enfrentó a un conflicto aún peor con su más antigua e importante colonia, Argelia, que lo debilitó y lo condujo casi a una guerra civil. El fracaso de este Estado y de su Ley Fundamental de 1946, creó las condiciones políticas y sociales que desencadenaron en la fundación del nuevo sistema político francés vigente establecido en la Constitución de 1958.

²⁴⁷ Duverger refiere que en menos de doce meses la IVª República tuvo veinte gobiernos, equivalente a una duración aproximada de siete meses de cada uno. Véase M. Duverger, *Institutions Politiques et Droit Constitutionnel*, Presses Universitaires, Paris, 9a. édition, 1966.



La Quinta República Francesa, impulsada políticamente y diseñada constitucionalmente por el General Charles De Gaulle²⁴⁸, se caracterizó por un cambio de la forma de gobierno, trasladando el centro de poder del órgano legislativo, al órgano ejecutivo, sin desaparecer totalmente, las estructuras propias de un régimen parlamento, lo cual ha llevado a muchos teóricos a considerarlo como un “semiparlamentarismo”, o un “semipresidencialismo”.

La creación de la Quinta República se dio en condiciones muy particulares y con base en procedimientos dudosos desde la ortodoxia jurídica. Los acontecimientos que la originaron se remontan al primero de junio de 1958, cuando la Asamblea Nacional²⁴⁹ invistió al héroe de la Resistencia, el General De Gaulle, como Presidente del Consejo de Ministros, otorgándole rápidamente poderes extraordinarios por medio de una Ley Constitucional y de una Ley de Plenos Poderes para gobernar Francia hasta el 31 de diciembre de 1958 y cumplir el mandato recibido de la Asamblea Nacional, el cual consistía en preparar el proyecto de la nueva Constitución francesa que habría de ser sometida a referéndum popular.²⁵⁰

En la ley ordinaria de plenos poderes otorgó al gobierno de Gaulle la facultad de "tomar las decisiones necesarias para el restablecimiento de la Nación", durante seis meses, por medio de decretos-ley. Y así, con base en estos dos instrumentos "legales" se elaboró la Constitución de la Vª República, la cual fue aprobada el 28 de septiembre de 1958, aprobada por los ciudadanos franceses en un referéndum

²⁴⁸ Charles de Gaulle participó como el líder de las fuerzas de la Francia Libre en el periodo de la Segunda Guerra Mundial y como Presidente de la República Francesa de 1959 a 1969.

²⁴⁹ Es importante destacar que tal acto lo hizo bajo la presión del ejército de gaullistas y bajo la amenaza de renuncia del Presidente de la República en caso de rechazar la nominación del general de Gaulle como jefe de gobierno. Vid. Covián Andrade Miguel·El control de la constitucionalidad en el Derecho comparado”, CEDIPC, México, capítulo VI, 2002.

²⁵⁰ Covián Andrade, Miguel.*Ibid.*



popular y promulgada el 4 de octubre siguiente.

La Constitución de 1958 subraya, en especial, la separación de poderes, con la finalidad de reglamentar cuidadosamente las relaciones entre los órganos del Estado y limitar la actividad del Parlamento. La única referencia expresa en el tema de los derechos y libertades fundamentales, la encontramos en el primer párrafo del Preámbulo, con la adhesión del pueblo francés a los derechos humanos y a los principios de soberanía nacional, en concordancia con los proclamados en la Declaración de 1789, confirmada y adicionada por el Preámbulo de la Constitución de 1946²⁵¹.

Esta Constitución reúne tres aspectos fundamentales de la tradición francesa, uno de ellos, el perfil liberal, en cuanto proclama los derechos del hombre y del ciudadano conforme a la misma Declaración de 1789; luego, el corte socialista, en la remisión al Preámbulo de la Constitución de 1946, donde se recoge un catálogo de derechos políticos, económicos y sociales; y finalmente, el perfil democrático, proclamando el principio de soberanía nacional que puede ejercerse mediante la democracia representativa y vía el referéndum (democracia indirecta). Adicionalmente, cabe señalar como otra de sus características, la disminución de la fuerza de la Asamblea Nacional, frente al poder del Presidente de la República.

Las instituciones políticas del Estado francés

Constituido como un Estado Social y Democrático de Derecho, su forma de gobierno está organizada como República de tipo presidencialista²⁵² con un toque mixto de

²⁵¹ Cruz, M. Luis, *El alcance del Consejo Constitucional francés en la protección de los derechos y libertades fundamentales*. Consultado: 20 de abril de 2017.
<http://www.ugr.es/~redce/REDCE15/articulos/12LMCruz.htm>

²⁵² Ya que no se puede hablar de régimen parlamentario, puesto que la misma Carta Magna hace una rectificación del clásico parlamentarismo francés que quedó debilitado en la medida en que hace más



parlamentarismo²⁵³, con el nombre oficial de «República Francesa». Si bien, en su artículo 20° la Constitución conserva el principio de la forma de gobierno parlamentario con la responsabilidad política del gobierno frente al Parlamento, del cual está excluido el Presidente de la República, no obstante que él encabeza al órgano de gobierno, en esencia se observa que se trata de un parlamentarismo muy diferente al clásico.²⁵⁴ Así, la fortaleza constitucional y política del Presidente se destaca porque:

“...El presidente adquiere el derecho de disolver al parlamento sin ninguna condición restrictiva y puede además apelar a la voluntad ciudadana mediante referéndum en casos limitados, sin necesidad de aprobación ministerial;

El jefe de Estado se convierte en el hombre fuerte del poder ejecutivo, quedando en condición de subordinación el jefe de gobierno. El presidente es el garante de la constitución y del Estado...”²⁵⁵

Notablemente, observamos cómo el jefe de Estado en Francia que jamás había tenido poderes políticos de tal importancia, ya no puede ser considerado sólo como el hombre "que reina, pero no gobierna". Antes bien, ahora encarna la soberanía nacional en condiciones idénticas a las de la Asamblea, situación ajena a la estructura típica del sistema parlamentario. Junto con el Presidente²⁵⁶ y el parlamento, se

difícil la exigencia de la responsabilidad ministerial y limita la capacidad legislativa del Parlamento. García Pelayo, M., Derecho constitucional comparado, Alianza, Madrid, 1987, pp. 607-609.

²⁵³ Sin duda, para el efecto de definirlo, sería un régimen presidencialista en esencia, por la ausencia de control político del Parlamento sobre el Presidente de la República, ya que al hablar de "semipresidencialismo", en términos conceptuales, no estamos describiendo ni definiendo nada en concreto.

²⁵⁴ Duverger, M., lo denomina "parlamentarisme orléaniste", término prestado a la teoría constitucional por el régimen de Luis Felipe de Orléans, considerado como una transición entre la monarquía limitada y el sistema parlamentario clásico Cf. M. Duverger, Inst. Polit. et Droit Const. K. Lowenstein lo define como "Gebändigter Parlamentarismus", tratando de destacar que el poder del parlamento en comparación con el detentado por el ejecutivo ya no resulta tan ostensiblemente superior, en virtud de las facultades conferidas a este último por la constitución. Cf. K. Loewenstein, Verfassungslehre.

²⁵⁵ Covián Andrade Miguel, Op. Cit.

²⁵⁶ Por esta razón, la reforma de 1962 no sólo se refiere a la designación del Presidente, sino modifica significativamente los fundamentos del sistema francés, para alejarse del parlamentarismo y para acercarse considerablemente, al presidencialismo. Vid. *Ibid.*



establecen otros tres órganos constituidos: el Gobierno, el Senado y el Consejo Constitucional.

Conforme a la Constitución, el Presidente es elegido por mayoría absoluta de votos, mediante sufragio directo, por un período de 5 años (originalmente eran 7 años)²⁵⁷, a dos vueltas electorales, de ser necesario (sistema electoral de doble vuelta). Sus poderes son muy amplios y entre ellos se encuentra la facultad de disolver el Parlamento y concentrar la totalidad de los poderes en su persona, en caso de crisis, además de la facultad de designar al Primer Ministro, el cual debe contar con el apoyo de la Asamblea Nacional.

El Consejo de Ministros²⁵⁸ es encabezado por el Presidente²⁵⁹, el cual nombra a sus integrantes, a propuesta del Primer Ministro. El presidente comanda a las fuerzas armadas y concluye tratados internacionales, atribuciones que limitan considerablemente la competencia del Primer Ministro, el cual sí es responsable políticamente ante la Asamblea.

Además del Presidente y del Parlamento, se establecen otros tres órganos constituidos: el Gobierno, el Senado y el Consejo Constitucional, de los cuales, originalmente sólo se elegía por voto directo a la Asamblea Nacional (Parlamento).

El Parlamento está compuesto por la Asamblea Nacional, órgano legislativo y de control político sobre el Primer Ministro, mientras que el Senado, además de que

²⁵⁷ Vía un referéndum celebrado el 24 de septiembre de 2000, los votantes aprobaron reducir su mandato a cinco años.

²⁵⁸ El Primer Ministro y el Consejo de Ministros, con excepción del Presidente de la República, son responsables sólo ante la Asamblea Nacional, aunque el Primer Ministro deberá contar con la aprobación del Senado en los asuntos de política general.

²⁵⁹ Este jefe de Estado que sí gobierna, representa a la soberanía nacional en calidad idéntica a la de la Asamblea, al ser electo popularmente, situación ajena a la estructura típica del sistema parlamentario.



también vota las leyes, evalúa las políticas públicas del Gobierno, el cual posee una fuerte influencia sobre la agenda parlamentaria.

La Asamblea Nacional es el principal cuerpo legislativo, cuyos integrantes son electos por un periodo de cinco años, a diferencia de los miembros del Senado, los cuales representan a las entidades territoriales y son elegidos de manera indirecta por un colegio electoral, para ejercer el cargo durante nueve, renovándose por tercios.

El poder judicial²⁶⁰ tiene una estructura dividida en dos órdenes jurisdiccionales: el orden judicial y el orden administrativo. Cada uno de estos órdenes está marcado, a su vez, por el principio del doble grado de jurisdicción, de modo que un caso ya juzgado ante un tribunal de primer grado²⁶¹ se puede volver a examinar por una jurisdicción de segundo grado, llamada de “apelación”. En última instancia, existe el Tribunal de Casación (*Cour de Cassation*) para el orden judicial y el Consejo de Estado (*Conseil d'Etat*) y el Tribunal de Cuentas para el orden administrativo, los cuales revisan un asunto ya juzgado en apelación. Su papel consiste en asegurar la uniformidad y la coherencia de la interpretación judicial del Derecho llevada a cabo por los tribunales inferiores. Asimismo, el sistema administrativo cuenta con órganos especializados en materia financiera y entre ellos están: los órganos jurisdiccionales financieros, como la sala regional de cuentas; los órganos jurisdiccionales de ayuda social; y los órganos jurisdiccionales disciplinarios.

La independencia de la autoridad jurisdiccional está garantizada por el Presidente de la República, a quien auxilia el órgano de gobierno y administración del poder judicial que es el Consejo Superior de la Magistratura, el cual está compuesto por dos salas,

²⁶⁰ Vid. Ministère de la justice. <http://www.justice.gouv.fr> (Consulta 20 de febrero 2017)

²⁶¹ Entre las materia de los órganos jurisdiccionales de primera instancia se encuentran: materia civil, penal, administrativa, de menores.



una para los magistrados y otra para los fiscales.

Procedemos ahora al estudio del Consejo Constitucional, órgano de control de la constitucionalidad previsto en la Constitución de 1958.

El Consejo Constitucional francés (*Conseil constitutionnel*)

ANTECEDENTES

Desde 1789, gran parte de la historia política francesa mostró claramente una animadversión hacia la existencia de un órgano encargado de controlar la constitucionalidad de las leyes, a tal punto que la creación del Consejo Constitucional en la Constitución de 1958 fue interpretada por algunos como la ruptura de una tradición republicana fundada en la prioridad de la Asamblea y en el principio del primado de la ley.

Es necesario recordar que desde la época de la Revolución Francesa se consideraba a la Asamblea Nacional como la auténtica expresión de la soberanía y a la ley como la voluntad del pueblo, la cual, por ende, no podía ser sometida a controles por otro órgano distinto, sobre todo, de naturaleza jurídica. A eso se debe que a lo largo de la historia del constitucionalismo francés, prevalecieron más bien, formas propias del modelo de control por órgano político, como ocurrió típicamente en los regímenes de ambos Napoleones.

Esta tradición explica la posición deficitaria de legitimidad que tuvo el Consejo Constitucional de la Va. República en sus orígenes, al cual se le atribuía el papel de simple regulador de la actividad entre los poderes públicos, lo que se veía reflejado en los requisitos que deberían cumplir sus miembros, dado el hecho de que no necesariamente se requería ser experto en derecho para integrar este órgano, como sigue ocurriendo hasta la fecha.



En la actualidad, esta situación inicial se ha modificado radicalmente, por lo que ahora el Consejo Constitucional está estructurado, funciona y es reconocido como un auténtico y eficaz órgano jurisdiccional de control de la constitucionalidad. Lo anterior, entre otras razones, obedece al giro jurisprudencial que se inició con la decisión del 16 de julio de 1971, conocida como aquella que rompió con “los principios tradicionales de la primacía de la Ley”.

De conformidad con la opinión de Favoreu, la constitucionalidad ha sustituido a la legalidad como “fuente suprema por excelencia”, distribuyendo las diversas competencias normativas que ahora se ejercen bajo la vigilancia del juez constitucional. La evolución del Consejo Constitucional creado por la Constitución de la Va. República se dio gracias a su fructífera acción jurisprudencial, especialmente a partir de la década de los setenta, con resoluciones que fueron la base para la definición del “bloque de constitucionalidad”, el cual ha servido como punto de referencia o parámetro para determinar la constitucionalidad del ejercicio del poder.

Junto a los principios que emanan de la Constitución de 1958, de la Declaración de 1789, del Preámbulo de 1946 y desde 2005, de la “Declaración de Río”, incorporada al Preámbulo de la Constitución vigente, es importante hacer mención de que también el Consejo ha utilizado como base e instrumento de su control de las leyes, y, por tanto, como elemento del bloque de constitucionalidad²⁶², una serie de principios, disposiciones y reglas que no obstante, sin estar expresamente establecidos en la Constitución, los ha dotado de valor constitucional, identificándolos como “principios constitucionales”. Consecuentemente, el “bloque de constitucionalidad” está formado por una pluralidad de elementos normativos, en torno a cuya aplicación hubo ciertas dudas en el ámbito judicial durante algún tiempo, las cuales fueron resueltas en la sentencia de 16 de enero de 1982, en la que el Consejo constitucional determinó que “todos ellos poseen un valor igual, y, por tanto, no cabe hablar de una jerarquía entre ellos”.²⁶³

²⁶² Este “bloque” comprende la declaración de derechos de 1789, el preámbulo de la Constitución de 1946, Los principios fundamentales reconocidos por las leyes de la República, los artículos de la Constitución de 1958 y las leyes orgánicas. Además, desde 2005, la llamada “Declaración de Río”, convención en materia de protección al medio ambiente y desarrollo sustentable, incorporada al preámbulo de la Constitución vigente, de la que Francia es parte. Véase Covián Andrade Miguel, *El Control de la Constitucionalidad en el derecho Comparado*, CEDIPC, México, 2002. Capítulo VI.

²⁶³ Cruz, M. Luis, *El alcance del Consejo Constitucional francés en la protección de los derechos y libertades fundamentales*. Op cit. 12



Consecuentemente, la llamada supraconstitucionalidad, a juicio de Favoreu²⁶⁴ (postura con la cual concuerdo plenamente), debe entenderse esencialmente, como el principio que se refiere a las normas constitucionales nacionales que surgen de la propia Constitución o se deducen de ella, y que permiten someter a control las propias leyes constitucionales (leyes de revisión constitucional) adoptadas mediante el procedimiento de reforma de la Ley Suprema, sólo en cuanto a la procedencia y validez de los resultados del referéndum que las aprueba, y por supuesto, controlar también todos los actos o las omisiones de los órganos constituidos.

Por consiguiente, en tanto elementos del parámetro de control o “bloque de constitucionalidad”, están fuera de una posible reforma constitucional todos los principios fundamentales mencionados en el artículo 1 de la Constitución²⁶⁵ y todos aquéllos reconocidos por la Constitución en calidad de inmodificables, como el tipo de Estado y la forma de gobierno (art. 89 constitucional).

CONTROL DE LA CONFORMIDAD DE LAS NORMAS CON LA CONSTITUCIÓN

CONSTITUCIONALIDAD DE LAS LEYES ORGÁNICAS Y DE LAS NORMAS INTERNAS DE LAS

²⁶⁴ Véase a Favoreu, Louis Joseph. *La constitucionalización del Derecho, Revista de Derecho [VOLUMEN XII]. Artículo publicado en las Misceláneas en homenaje a Roland Drago, “La unidad del derecho”, París, Economica, 1996, pp. 25 y siguientes, con autorización del profesor Favoreu.* (Consultado el 20 de abril de 2017 /<http://mingaonline.uach.cl/pdf/revider/v12n1/art03.pdf>)

²⁶⁵ Artículo 1.-“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...”



CÁMARAS

Actualmente, el tipo de intervención que asume el Consejo Constitucional es una participación activa en el ejercicio de la función legislativa, ubicándose en este procedimiento legislativo como un órgano de control; su tipo de control es preventivo y se ejercita en vía de acción. El control se desarrolla en torno al acto legislativo en el periodo que va desde la votación a la promulgación. No obstante, el propio Consejo constitucional decidió **no someter a control ni las leyes sometidas a referéndum, ni las leyes ya promulgadas, ni las leyes constitucionales**²⁶⁶.

El Consejo Constitucional se pronuncia **obligatoriamente sobre la constitucionalidad de las leyes orgánicas y de los reglamentos de las asambleas parlamentarias, las obligaciones internacionales, les lois du pays** (como aquellos actos adoptados por el Congreso de la Nueva Caledonia con valor de fuente de primer grado).

En el caso de las leyes orgánicas, éstas son transmitidas al Consejo Constitucional por el Primer Ministro²⁶⁷, antes de su promulgación.

En cuanto al control de la conformidad de la presentación de un proyecto de ley a las condiciones fijadas por una ley orgánica, el Consejo Constitucional puede ser requerido por el Presidente de la asamblea interesada o el Primer Ministro, en caso de desacuerdo entre los presidentes de las cámaras y el Gobierno.

Los reglamentos de la Asamblea Nacional y del Senado, así como sus modificaciones, son enviados al Consejo Constitucional por el Presidente de la asamblea afectada, antes de su entrada en vigor.

En lo relativo a las proposiciones de ley mencionadas en el artículo 11 constitucional,

²⁶⁶ El Consejo estableció en su resolución del 6 de noviembre de 1962, que de conformidad con la Constitución, las leyes que facultativamente pueden ser sujetas a control son únicamente las leyes votadas por el Parlamento y no así, aquellas adoptadas por el pueblo francés en referéndum, pues constituyen la expresión directa de la soberanía nacional". Con la reforma de 2008 se respeta este principio, en la medida en que lo que se somete al Consejo constitucional no es la ley adoptada en referéndum, sino las proposiciones de ley antes de ser sometidas a este procedimiento. Véase C.C. 62-20 D.C., 6 novembre 1962 p. 27 – *Loi référendaire*. El Consejo constitucional ha mantenido esta posición 30 años después, utilizando prácticamente las mismas palabras, en su decisión C.C 92-313 D.C., 23 septembre 1992, p. 94 – *Loi autorisant la ratification du traité sur l'Union européenne (Masstricht III)*.

²⁶⁷ Artículo 61, párrafo 1.



antes de que sean sometidas a referéndum (el cual en virtud de la ley constitucional de 23 de julio de 2008, modificatoria de este precepto, puede ser organizado por iniciativa de una quinta parte del Parlamento, apoyada por una décima parte de los electores inscritos en las listas electorales), corresponde al Consejo Constitucional examinar estas proposiciones, según las modalidades que deben ser determinadas por una ley orgánica.²⁶⁸

Sólo ***facultativamente***, por petición expresa del Presidente de la República, el Primer Ministro, el Presidente de la Asamblea Nacional, el Presidente del Senado o sesenta senadores o sesenta diputados, el Consejo Constitucional ejercita el control constitucional sobre el resto de leyes y sobre tratados internacionales.

-CONSTITUCIONALIDAD DE LOS ACUERDOS Y TRATADOS INTERNACIONALES

Los tratados internacionales cuales pueden ser sometidos al Consejo Constitucional, antes de su ratificación o aprobación, por el Presidente de la República, por el Primer ministro, por el Presidente de una u otra cámara, o por sesenta diputados o sesenta senadores²⁶⁹.

- CONSTITUCIONALIDAD DE LAS LEYES ORDINARIAS

Antes de su promulgación, las leyes ordinarias pueden ser impugnadas por las mismas autoridades: Presidente de la República, Primer Ministro, Presidente de una u otra cámara, y sesenta diputados o sesenta senadores²⁷⁰.

- CONSTITUCIONALIDAD DE LAS LEYES DEL PAÍS DE NUEVA CALEDONIA

Asimismo, antes de su promulgación, estas leyes también pueden ser impugnadas estas

²⁶⁸ Véase el sitio oficial del Consejo Constitucional, consultado el 25 de abril del 2017. <http://www.conseil-constitutionnel.fr>

²⁶⁹ La ampliación del recurso con la inclusión de los diputados y de los senadores deriva de la ley constitucional n° 92-554, del 25 de junio de 1992 (artículo 54 de la Constitución, artículos 18 y ss. del Decreto legislativo n° 58-1067 de 7 de noviembre de 1958, sobre el Consejo constitucional).

²⁷⁰ La ampliación del recurso a los parlamentarios deriva de la ley constitucional n° 74-904, de 29 de octubre de 1974 (artículo 61, párrafo segundo, de la Constitución, artículo 18 y ss. del Decreto legislativo n° 58-1067, de 7 de noviembre de 1958, sobre el Consejo constitucional).



leyes, y en el plazo de los diez días siguientes a una nueva deliberación del congreso, por el alto comisario, el Gobierno, el Presidente del congreso, el Presidente de una asamblea provincial o dieciocho miembros del Congreso.²⁷¹

El control de la constitucionalidad de las leyes y de los actos fundamentales de gobierno.

El Consejo tiene una jurisdicción de atribución al no poder emitir resolución sobre cualquier cuestión relativa al orden constitucional, sino únicamente sobre aquéllas que le son atribuidas expresamente por una norma.²⁷² Lo anterior deriva del hecho de que no está previsto constitucionalmente un catálogo de facultades que configuren limitativamente la competencia del Consejo, por lo cual podría pensarse que este órgano tiene capacidad jurídica ilimitada, lo cual no es exacto. El Consejo sólo actúa en los casos en que la Constitución o un texto legal lo autoriza a hacerlo, sea en materia de consulta o bien jurisdiccional.

En estas condiciones, fuera de las situaciones contempladas en las leyes, el Consejo, en principio, se declara incompetente. Ahora bien, esta situación ha sufrido algunas excepciones, derivadas de causas en las que el Consejo ha intervenido, interpretando su competencia con cierta flexibilidad, cuando:

- El Consejo emite un visto bueno sobre la decisión de recurrir a un referéndum, a pesar de que su competencia se reduce a vigilar el desarrollo del mismo y a proclamar sus resultados;
- Verifica la ausencia del Presidente, siendo que su facultad consiste sólo en verificar el impedimento del Jefe de Estado para ejercer sus funciones; y, muy importante,
- Llegó a admitir los recursos interpuestos ante él por 60 parlamentarios con relación a la revisión de compromisos internacionales, siendo que el art. 60º constitucional sólo facultaba a los legisladores a presentarlo tratándose de leyes, por supuesto, antes de ser reformado para ampliar esta atribución al ámbito de los legisladores (1992).

No obstante, estos casos excepcionales, el Consejo se ha ajustado a sus propias tesis

²⁷¹ Artículo 104 de la ley orgánica nº 99-209, de 19 de marzo de 1999, que aprueba el Estatuto de Nueva Caledonia, adoptado con base al artículo 77 de la Constitución.

²⁷² Desde la decisión que tomó en 1961, el propio Consejo Constitucional así lo afirmó.



jurisprudenciales, considerando su competencia en su sentido restringido.

Competencia del Consejo en materia de control de la constitucionalidad de actos del poder legislativo.

Control de leyes orgánicas y de reglamentos de las Asambleas

Esta área de control tiene la característica de ser obligatoria, por lo que las leyes orgánicas²⁷³ no pueden ser promulgadas, ni los reglamentos de las asambleas aplicados, sin una declaración previa de constitucionalidad.

Este tipo de control no es exactamente de oficio, visto que el Consejo no examina de manera automática la conformidad de la ley con la Constitución, por lo que salta notoriamente su autolimitación en materia de control de constitucionalidad²⁷⁴.

Se requiere:

- Que el primer ministro envíe el proyecto al Consejo, para que éste lo revise, pero aquél está obligado a hacerlo para que una vez hecha la revisión proceda la promulgación de la ley.
- Que, en el caso de los reglamentos de la Asamblea Nacional y del Senado, el Presidente respectivo sea quien los turne al Consejo.

Tanto la ley como el reglamento²⁷⁵ quedan suspendidos por un mes, que es el plazo para la promulgación, siendo éste el periodo del que dispone el Consejo para resolver.

El artículo 61° de la Constitución francesa establece esta obligación de someter las leyes orgánicas y las normas reglamentarias de las asambleas parlamentarias, antes de su promulgación y aplicación, a la revisión del Consejo Constitucional, a efecto de que éste se

²⁷³ Las primeras leyes orgánicas emitidas conforme a la Constitución de 1958, bajo la forma de ordenanzas, nunca han sido revisadas por el Consejo, el cual ha sostenido la tesis de que su "constitucionalidad es incontestable". Decisión del 15 de enero de 1960 (G.D., No. 8).

²⁷⁴ Lo cual se ejemplifica con la decisión del 20 de enero de 1972, cuya materia fue la ley orgánica relativa a incompatibilidades parlamentarias, dicha ley limitaba al Consejo en cuestiones que éste consideró ajenas a su competencia constitucional.

²⁷⁵ El Presidente de la República dispone de 15 días para promulgar una ley aprobada definitivamente.



pronuncie sobre su conformidad con la Constitución.

Para los mismos efectos, señala este precepto en la actualidad, que las leyes pueden ser remitidas a este órgano por el Presidente de la República, el Primer Ministro, el Presidente de una u otra Asamblea o 60 diputados o 60 senadores.

La inclusión de un grupo de legisladores en el elenco de las instancias que pueden recurrir al Consejo data de 1974 y ha representado un cambio muy importante en cuanto al significado constitucional del Consejo. De 1958 a 1974 estaba excluida para los parlamentarios la facultad de dirigirse al Consejo, el cual tuvo que esperar por ejemplo, diez años para pronunciarse, por vez primera, sobre la constitucionalidad de una ley. Su competencia era más bien la de un árbitro de conflictos de atribuciones entre los poderes, que la de un juez de fondo en materia constitucional. A partir de 1974 esta última función ha tenido un desarrollo notable, convirtiendo al Consejo en un auténtico órgano de control de constitucionalidad.

Control de leyes ordinarias

Constitucionalmente está establecido²⁷⁶ que las leyes puedan ser turnadas al Consejo Constitucional antes de su promulgación, para que éste se pronuncie sobre su conformidad con las normas constitucionales.

La diferencia con las leyes orgánicas (cuyo control de la constitucionalidad es obligatorio) es que en el caso de las leyes ordinarias, es facultativo por parte del Presidente de la República, por el Primer Ministro, por los Presidentes de las Asambleas o por los 60 diputados o los 60 senadores, enviarlas o no al Consejo Constitucional.

Brevemente, esto significa que mientras las leyes orgánicas necesariamente se controlan, las ordinarias pueden ser o no controladas. En ambos casos se necesita que uno de los titulares del *droit de saisine au Conseil* (derecho de turnar la ley al Consejo para su control) actúe para que éste, una vez *saisi* (recurrido), ejerza la función de control. Sin embargo, en ambos casos, el artículo 61 constitucional permite que las leyes sean controladas antes de su promulgación y sienta las bases de un control preventivo de la actividad legislativa, el cual ha tenido un desarrollo espectacular en los últimos años.

El Control de los Compromisos Internacionales

Hay que resaltar que hasta antes de 1992, el control de acuerdos internacionales difería del de las leyes, ya que en un inicio, una propuesta de compromiso internacional sólo

²⁷⁶ En el artículo 61°, párrafo segundo de la Constitución francesa.



podía ser turnada al Consejo Constitucional por el Presidente de la República, por el Primer Ministro y por los Presidentes de las Asambleas.

La reforma de 1974 del artículo 61° constitucional abrió la posibilidad de que grupos parlamentarios presentaran el recurso de constitucionalidad ante el Consejo, pero sólo para la revisión de leyes ordinarias. Sin embargo, ya para 1992, con la “*décision du 30 déc., 1976*” como precedente, se implementó la posibilidad de que un recurso de origen parlamentario fuese admitido para verificar la constitucionalidad de alguna ley orgánica relativa a la aprobación de tratados internacionales, con lo cual, 60 diputados o 60 senadores pueden *saisir le conseil constitutionnel*/ (requerir al Consejo Constitucional), tratándose de la constitucionalidad de acuerdos internacionales, en virtud de la correlativa modificación del artículo 54° de la Constitución.

La particularidad de ese punto es que:

La declaración de no conformidad con la Constitución no conduce a la invalidez del acuerdo o a su modificación, sino hace necesaria una reforma constitucional si se quiere ratificar el tratado internacional.

Es decir que procedería una reforma constitucional para hacer compatibles a la Ley Fundamental y al tratado, sin la cual éste no puede formar parte del Derecho interno, situación que no implica que la reforma sea obligatoria para los órganos competentes, si no más bien, significa que sin ella, el tratado no es admisible. En el Derecho francés se presenta, además, por disposición del artículo 55 constitucional, el cual proclama la superioridad de los compromisos internacionales frente a las leyes, el problema de si el Consejo debe o no oponerse a la promulgación de una ley contraria a un tratado.

Al respecto opina M. Duverger que ciertamente, una ley contraria a un tratado sería un contrasentido al art. 55° de la Constitución.²⁷⁷ Como ejemplo de lo anterior, tenemos lo

²⁷⁷ Duverger, M., op.cit., pág. 656.



ocurrido el 7 de febrero de 1992, fecha en que los representantes de los doce países miembros de la Comunidad Europea firmaron, en Maastricht, el Tratado de la Unión Europea, inaugurando así la fase de ratificación en cada uno de los Estados, respectivamente. En el caso particular de Francia, el Presidente de la República remitió dicho tratado al Consejo Constitucional (*control a priori*) para que controlara su constitucionalidad, conforme a su artículo 54²⁷⁸. Empero, (en su decisión del 9 de abril de 1992)²⁷⁹ el Consejo Constitucional declaró que ciertas disposiciones del Tratado de Maastricht eran contrarias a la Constitución y sobre todo infringían la soberanía nacional.

Para superar el obstáculo y poder autorizar la ratificación del Tratado, tuvieron que crear una ley constitucional de revisión,²⁸⁰ que incluía en el texto constitucional de la Quinta República el equivalente del contenido de las disposiciones del Tratado, juzgadas anteriormente de inconstitucionales. Esta decisión es, por tanto, según alguna opinión, “una negación directa por parte del órgano de control de la constitucionalidad de la supraconstitucionalidad”²⁸¹ y así deja claro su rechazo de que ciertos principios constitucionales, en este caso la soberanía nacional, no puedan ser derogados mediante una ley de revisión constitucional. En suma, en este caso estamos ante un control *a priori* sobre tratados concluidos, pero no definitivos, sino sujetos a ratificación, por lo que una vez aprobado y ratificado, el tratado adquiere una superioridad constitucional sobre la ley,

²⁷⁸ La Constitución francesa establece en su artículo 54 que la autorización para ratificar o aprobar el tratado internacional cuestionado no puede llevarse a cabo sin que previamente se revise la Constitución, como se dijo previamente.

²⁷⁹ Véase sitio oficial del órgano constitucional (consultado el 20 de abril del 2017) <http://www.conseil-constitutionnel.fr/conseil-con.c/decision-n-92-308-dc-du-09-avril-1992.8798.html>

²⁸⁰ Ley constitucional n° 92-554 de 1992 Esta ley que añadió a la Carta Magna el nuevo título XIV (actualmente, tras la reforma constitucional de referéndum de 2000, es el XV): «*De las Comunidades europeas y de la Unión europea*» (artículos 88- 1 a 88-4).

²⁸¹ Vedel, G., “*Schengen et Maastricht (A propos de la decisión n° 91/294 DC du Conseil constitutionnel du 1991)*”, *Revue Française de Droit Administratif*, 8, 1992, p. 179.



sujeto al principio de reciprocidad, según el artículo 55º constitucional, pero no sobre la Constitución, lo cual hace posible el control *a priori* de la conformidad con la Ley Fundamental.

Control *a posteriori*²⁸²

Cuestión prioritaria de constitucionalidad

Este recurso fue establecido por la reforma constitucional²⁸³ de 23 de julio de 2008²⁸⁴, antes de la cual no era posible impugnar la conformidad con la Constitución de una ley que ya había entrado en vigor²⁸⁵. La cuestión prioritaria de constitucionalidad es una nueva forma de control *a posteriori*, y sólo puede ponerse en marcha si así lo determina el Consejo de Estado o el Tribunal de Casación. Por último, la inconstitucionalidad por aplicación del artículo 61-1 tiene un efecto abrogatorio de la disposición.

Es el derecho que se reconoce a cualquier persona que sea parte en un proceso o en una instancia, ante una jurisdicción –administrativa o judicial- en virtud de que una disposición legislativa vulnera sus derechos y libertades garantizados por la Constitución.

-El Consejo constitucional puede ser requerido sobre esta cuestión por reenvío del Consejo de Estado o del Tribunal de Casación (la cuestión puede ser planteada en primera instancia, en apelación o en casación). Este procedimiento de la «cuestión prioritaria de constitucionalidad», concretado por la ley orgánica nº 2009-1523, de 10 de diciembre de 2009, permite a todo justiciable, en ocasión de un proceso, impugnar la constitucionalidad de una disposición legislativa que ya está en vigor.

Se somete al examen del Consejo Constitucional, mediante remisión del Consejo de Estado y el Tribunal Supremo, quien deberá pronunciarse y, en su caso, derogar la disposición

²⁸² Artículo 61-1 de la Constitución, incorporado mediante ley constitucional de 23 de julio de 2008 y capítulo II bis del Decreto legislativo nº 58-1067, de 7 de noviembre de 1958, sobre el Consejo constitucional.

²⁸³ El Presidente de la República francesa promulgó la Ley constitucional nº. 2008-724 de modernización de las instituciones de la Quinta República del 23 de julio de 2008, Una reforma de gran envergadura, al modificar 41 artículos de la Constitución de 1958 e introducir nueve más.

²⁸⁴ Este recurso fue concretado por la ley orgánica nº 2009-1523, de 10 de diciembre de 2009.

²⁸⁵ Conforme a lo mencionado, en el artículo 61-1 de la Constitución se prevé ese derecho.



legislativa.

OTRAS ATRIBUCIONES DEL CONSEJO CONSTITUCIONAL

El Consejo Constitucional tiene otro tipo de competencias en lo referente a:

- Atribuciones contencioso-electorales
- Impugnación de la lista de candidatos para la elección presidencial:
- Incapacidad del Presidente de la República²⁸⁶
- En materia de referéndum
- En materia de Estado y ciertas colectividades de ultramar
-

Atribuciones contencioso-electorales ²⁸⁷

El Consejo está facultado para juzgar la legalidad de la elección del Parlamento y del Presidente de la República²⁸⁸, así como para constatar la regularidad de los procesos de referéndum y proclamar sus resultados²⁸⁹.

Sujetos legitimados: todas las personas inscritas en las listas electorales de la circunscripción en la que ha sido elegido el diputado o el senador cuya elección es impugnada, así como por las personas que han presentado candidatura.

Inelegibilidades :

El Consejo constitucional puede igualmente, constatar inelegibilidades dentro del marco del contencioso electoral, en los siguientes casos:

- Es el encargado de constatar cuándo se evidencia la inelegibilidad de un miembro del Parlamento tras la proclamación de los resultados y la expiración del plazo en el que la elección puede ser impugnada (caduca por derecho su mandato).
- También se encarga del recurso de la Comisión Nacional de las Cuentas de

²⁸⁶ Artículo 7 de la Constitución y artículo 31 del Decreto legislativo n° 58-1067, de 7 de noviembre de 1958, sobre el Consejo Constitucional.

²⁸⁷ Artículo 59 de la Constitución y artículos 33 y ss. del Decreto legislativo n° 58-1067, de 7 de noviembre de 1958, sobre el Consejo constitucional

²⁸⁸ Artículos 7 y 58 de la Constitución, ley n° 62-1292, de 6 de noviembre de 1962, relativa a la elección del Presidente de la República por sufragio universal.

²⁸⁹ Artículos. 58°, 59° y 60° de la Constitución francesa.



Campaña y de Financiación Política.

- Igualmente, del recurso contra el candidato cuya cuenta de campaña ha sido rechazada en caso de fraude o de incumplimiento de una especial gravedad, en relación con las reglas relativas a la financiación de las campañas electorales.
- Y contra el candidato que ha incurrido en maniobras fraudulentas que hayan tenido como propósito o por efecto, atentar contra la certeza del escrutinio.

En estos dos últimos casos, puede declarar inelegible al candidato durante un máximo de tres años, cuya cuenta de campaña evidencie un rebase del techo de gastos electorales, o no haya sido depositada en las condiciones y en el plazo previsto en por la legislación respectiva.

Consecuencias: se anula la elección del candidato proclamado electo o, si ésta no ha sido impugnada, lo declara dimisionario de oficio. La Comisión para la Transparencia Financiera de la Vida Política puede recurrir a la mesa de la asamblea afectada en el caso de que el parlamentario no hubiere depositado la o las declaraciones de situación patrimonial.

Competencia en materia de casos excepcionales

En este caso nos referimos a las siguientes dos situaciones: el impedimento definitivo del Presidente de la República²⁹⁰ para ejercer sus funciones, previsto en el artículo 7° constitucional y el caso de emergencia y concesión de poderes extraordinarios al Presidente, contemplado en el art. 16°.

Poderes excepcionales del Presidente de la República

El Consejo constitucional debe ser consultado por el Presidente de la República sobre la aplicación del artículo 16 de la Constitución²⁹¹ y puede ser requerido por el Presidente de la Asamblea Nacional, el Presidente del Senado, sesenta diputados o sesenta senadores sobre las medidas adoptadas en aplicación de este artículo, hasta después de treinta días

²⁹⁰ Artículos 7 y 58 de la Constitución, ley n° 62-1292, de 6 de noviembre de 1962, relativa a la elección del Presidente de la República por sufragio universal.

²⁹¹ Artículo 16 de la Constitución francesa "...Cuando las instituciones de la República, la independencia de la Nación, la integridad de su territorio o el cumplimiento de sus compromisos internacionales estén amenazados de manera grave o inmediata y el funcionamiento regular de los poderes públicos constitucionales esté interrumpido, el Presidente de la República tomará las medidas exigidas por tales circunstancias, previa consulta oficial con el Primer Ministro, los Presidentes de las Cámaras y el Consejo Constitucional..."



de ejercicio de los poderes de excepción, para examinar si las condiciones que justificaron la necesidad de implementarlo siguen vigentes.

Referéndum

El Consejo es consultado por el Gobierno, en todo lo relativo a la organización de las operaciones de referéndum, y además, es advertido sin dilación de toda medida adoptada en esta materia.

Cabe agregar que con la reforma constitucional de 2008, también se incluyeron los proyectos de ley que vayan a ser sometidos a *referéndum*.

Sujetos legitimados: Todo elector tiene el derecho de impugnar la regularidad del escrutinio haciendo constar en el acta de las operaciones de voto, su reclamación. El acta es transmitida al Consejo por la comisión de recuento. Además, el representante del Estado o, para los franceses del extranjero, el ministro de asuntos exteriores, en un plazo de cuarenta y ocho horas siguientes a la clausura del escrutinio, le hace llegar directamente las operaciones de una circunscripción electoral en la que las condiciones y formas legales o reglamentarias no hayan sido respetadas.

En materia de Estado y ciertas colectividades de ultramar :

El Consejo Constitucional interviene para constatar si una ley promulgada posteriormente a la entrada en vigor de la ley orgánica que aprobó el Estatuto de Autonomía del 27 de febrero de 2004 (Polinesia francesa), o de la ley orgánica nº 2207-223, del 21 de febrero de 2007, que aprobó disposiciones estatutarias e institucionales relativas al ultramar (Saint-Barthélemy y Saint-Martin), invade materias que son de la competencia de las colectividades de ultramar.

Sujetos legitimados: Cada una de estas tres colectividades a través de su Primer Ministro, o bien, el Presidente de la Asamblea Nacional o el Presidente del Senado, quienes pueden requerir al Consejo constitucional.

“Para la Polinesia francesa, puede ser igualmente requerido por el Presidente de la Polinesia francesa tras deliberación del Consejo de Ministros y por el Presidente de la Asamblea de la Polinesia francesa en ejecución de una deliberación de ésta.

Por las otras dos colectividades puede ser igualmente requerido por el Presidente del



Consejo Territorial en ejecución de una deliberación de este último".²⁹²

Las peculiaridades del Consejo Constitucional Francés

Su competencia en materia de Control de la Constitucionalidad y electoral evidencian la amplitud de sus facultades. El balance en términos de su actuación ha sido visto por los estudiosos del tema generalmente, en sentido muy positivo, al impulsar en la Vª República "*L'Etat de Droit*" y velar por el equilibrio de los poderes políticos y la supremacía de la Constitución.

Sin embargo, existen algunos obstáculos y límites que han estado impidiendo que en todos los casos el Consejo Constitucional pueda actuar como auténtico protector de la Constitución, como en el caso de estas tres clases de actos que escapan al control del Consejo:

- Los actos del ejecutivo que dependen generalmente, del control de las jurisdicciones administrativas,²⁹³ siempre que no constituyan actos de gobierno, sino sólo administrativos.

Existe toda una categoría de decisiones que emanan de las autoridades ejecutivas (del Presidente de la República o del gobierno) con relación al Parlamento o al electorado, que quedan fuera de todo control de la constitucionalidad. Tal es el caso de las disoluciones del Parlamento, del procedimiento de revisión constitucional o del recurso al referéndum.

- Leyes aprobadas mediante un referéndum.

Como se sabe el mismo Consejo se ha declarado incompetente para revisar su constitucionalidad sosteniendo la tesis de que al ser estas leyes, expresión directa de la soberanía popular, quedan fuera de todo tipo de control de la constitucionalidad.

- Leyes promulgadas y que ya están en vigor.

Para el caso de las leyes que se encuentran en vigor, el Consejo Constitucional no acepta pronunciarse en cuanto a la constitucionalidad de las mismas, ni siquiera de manera

²⁹² Véase sitio oficial del órgano constitucional (consultado el 24 de abril del 2017) <http://www.conseil-constitutionnel.fr/>

²⁹³ En Francia, como corresponde a un sistema concentrado de control, están claramente diferenciadas las funciones de control de la constitucionalidad y de control de la legalidad, quedando estas últimas a cargo de los tribunales supremos administrativos (*Conseil d'Etat*) u ordinarios (*Cour de cassation*).



indirecta, en el caso de la revisión de otra ley relacionada con la que está vigente.

PAISES DE EUROPA DEL ESTE (POLONIA, RUMANIA Y REPÚBLICA CHECA)

Lo que se pretende destacar, en la última parte de este capítulo, es cómo la mayoría de los países de Europa oriental, al experimentar la transición a regímenes democráticos, tomaron de los países de la zona occidental muchas estructuras de gobierno, entre ellas, las relativas a sus sistemas de control de la constitucionalidad, los cuales empezaron a desarrollarse a partir de la caída del muro de Berlín.

No olvidemos que si bien, a partir de 1945 fue derrotada una forma de autoritarismo representada por los regímenes de Alemania, Italia y España, en Europa occidental, la otra versión del modelo de Estado autocrático, es decir, el socialismo, se entronizó durante más de cuarenta años en la otra parte de ese continente.

Precisamente, una vez desacreditada esta variante totalitaria del Estado autocrático, la mayoría de los países de Europa oriental fueron transformándose gradualmente desde última década del siglo pasado, estableciendo Estados democráticos sociales de Derecho, regímenes parlamentarios y sistemas “concentrados” de control de la constitucionalidad, conforme al modelo constitucional prevaleciente en la zona occidental de ese continente.

A efecto de complementar lo estudiado en este capítulo, revisaremos brevemente, los casos de Polonia, Rumania y la República Checa, en cuyas constitucionales se incluyen las estructuras propias del control “concentrado” de la constitucionalidad, el cual realiza un tribunal o una corte constitucional.



Sus constituciones

Como hasta ahora hemos visto en capítulos anteriores, la mayoría de las Constituciones de los Estados miembros de la Unión Europea se expidieron en el periodo comprendido entre el fin de la Segunda Guerra Mundial y la década de los ochenta. Sin embargo, podemos distinguir otras dos generaciones de textos constitucionales, una anterior, proveniente del siglo XIX (Dinamarca, Bélgica, Luxemburgo y Países Bajos), aunque con importantes reformas, muchas de ellas aprobadas en el período de la posguerra, y otra posterior, inmediatamente después de la caída del comunismo, a la que pertenecen las nuevas democracias surgidas en el Este, sin olvidar que junto a estas tendencias claramente identificables, existen otros casos con peculiaridades propias, como los del Reino Unido, Suecia, Austria, Irlanda y Hungría, país este último, en el que se redactó un texto constitucional de transición, el cual sigue vigente hasta la fecha.

En cuanto a uno de los temas más importantes del constitucionalismo de la posguerra, los Derechos Humanos, recordemos que muchas de las antiguas Constituciones socialistas contenían amplias declaraciones de derechos, pero puede decirse que la mayoría de las Leyes Fundamentales actualmente vigentes en esas Naciones presentan tres grandes diferencias respecto de sus predecesoras.

- 1) **Su valor normativo**, superior al de las declaraciones de la etapa socialista
- 2) **Su contenido**, ya que las nuevas Constituciones del Este recogen una Carta mucho más amplia de derechos, que abarca desde las libertades clásicas y los derechos sociales ya presentes en las Constituciones socialistas, hasta derechos de muy reciente creación,²⁹⁴ específicamente destinados a colectivos sociales particularmente desprotegidos, como las minorías étnicas, las mujeres, los

²⁹⁴ Como el Derecho al medio ambiente.



menores o los minusválidos, y aparecen además, como en el caso de Polonia, algunos derechos de reciente envergadura, bastante desarrollados, como los de la protección de datos y del medio ambiente, así como los de acceso a la información pública. En Lituania y Estonia, además, el derecho de no ser sometido involuntariamente a investigaciones médicas, o bien, la cláusula de la Constitución húngara que, para preservar a la ciencia de toda politización (práctica propia de los totalitarismos), establece que sólo los científicos pueden decidir sobre cuestiones de verdad y validez científicas.

- 3) La **incorporación de instrumentos jurídicos para proteger y asegurar la efectividad real de los derechos constitucionalizados**, en clara respuesta a la concepción marxista de las libertades públicas y a la subsiguiente ausencia, en el pasado más reciente, de sistemas efectivos de protección frente a las violaciones de los derechos que provenían de los propios poderes públicos.

De este modo, puede concluirse que el constitucionalismo ex comunista presenta una configuración propia en el capítulo de derechos y libertades, caracterizada por su modernidad y por su intensa preocupación por no regresar al régimen anterior, pero que no supone una diferencia sustancial respecto del resto de sus socios europeos.

Como sería muy extenso abordar el estudio de varios países de esta área geográfica, haremos referencia sólo a aquellos que en materia de control de la constitucionalidad tienen aspectos relevantes a destacar, en relación a lo que se ha venido analizando en este trabajo, sobre todo, porque tomaron en cuenta las experiencias europeas en la materia, insertando en sus propios sistemas constitucionales el modelo “europeo” de control de la constitucionalidad, como es el caso de Rumania y el de Polonia. El otro país que hemos seleccionado, la República Checa, pertenece, al igual que Polonia, a un grupo muy representativo de la parte oriental europea, conocido como grupo



Visegrád, o grupo V4, conformado, además, por Eslovaquia²⁹⁵ y Hungría.

Por otra parte, este grupo de países Visegrad²⁹⁶ se ha caracterizado por estar cuestionando la globalización y la integración, no obstante que al principio establecieron entre sus finalidades, la de acelerar el proceso de integración europea,²⁹⁷ aunque dentro del mismo subsisten diversas miradas para cumplir con el Derecho comunitario y la jurisprudencia, lo cual ocurre debido a que algunos de los países que integran la Europa centro-oriental están en una etapa de adhesión a la Unión Europea, como es el caso de Ucrania, quien se adhirió en el 2014.²⁹⁸

RUMANIA	
Tipo de Estado y forma de gobierno:	Estado Democrático Social de Derecho ²⁹⁹ con un gobierno republicano y parlamentario
Poder Ejecutivo	El papel del Presidente de Rumania estará centrado en la representación de Estado rumano quien ejercerá la función de mediación entre los poderes del Estado, así como entre el Estado y la sociedad.

²⁹⁵ Recordemos que inicialmente este Grupo de alianza integrada en 1991, lo conformaron República Checa y Eslovaquia, quienes estaban integrados, anteriormente, en Checoslovaquia, la cual se deshizo en 1992, después de la época comunista, en un marco de aparente legalidad y continuidad constitucional

²⁹⁶ Si bien esta alianza de países centroeuropeos se creó en 1935 en la ciudad que lleva dicho nombre, cuando originalmente eran 4 países (cuatro con la posterior división de Checoslovaquia),

²⁹⁷ Es así como los miembros de este grupo se adhirieron a la Unión Europea el 1 de mayo de 2004.

²⁹⁸ Nótese que, en este caso, hubo un referéndum en los Países Bajos que rechazó un tratado de asociación de este país oriental con la UE.

El 6 de abril de 2016 se celebró en los Países Bajos un referéndum (de carácter no vinculante) sobre el Acuerdo de Asociación entre Ucrania y la Unión Europea.

²⁹⁹ Artículo 3 de su Constitución.



	<p>El Presidente de Rumania será elegido por sufragio universal, cuyo mandato será de cinco años.</p> <p>En caso de no obtener ninguno de los candidatos dicha mayoría, se procederá al segundo escrutinio, entre los dos primeros candidatos establecidos en orden al número de votos obtenidos en el primer escrutinio y ganará aquél que haya obtenido el mayor número de votos. Sólo hay reelección una vez y puede ser consecutiva.</p>
<p>Poder legislativo</p>	<p>El Parlamento es el órgano representativo supremo del pueblo rumano y la única autoridad legislativa del país, lo integran tanto la Cámara de los Diputados, como el Senado.</p> <p>Este es uno de los pocos regímenes³⁰⁰ parlamentarios que toleran la intervención presidencial en la dirección política del país.</p> <p>Los miembros de ambas Cámaras serán elegidos para un mandato de cuatro años, el cual se puede prolongar, por ley, en caso de movilización, guerra, sitio o emergencia hasta que tal acontecimiento ha dejado de existir.</p> <p>El Parlamento recién elegido se reunirá, convocado por el Presidente de Rumania, dentro de un plazo máximo de veinte días posteriores a las elecciones.</p>
<p>Poder Judicial</p>	<p>Conforme al artículo 26 de su Constitución, las instancias judiciales serán administradas por el Tribunal Superior de la Casación y de la Justicia y por las demás instancias judiciales establecidas por ley.</p> <p>El control judicial de los actos administrativos de las autoridades públicas, así como la competencia de los tribunales de justicia, estarán garantizados, a excepción de aquellos en relación con el parlamento, así como los actos militares. Los tribunales administrativos que juzguen negocios contenciosos tendrán jurisdicción para solucionar los casos archivados de las personas agraviadas por órdenes estatutarias o, de acuerdo con las circunstancias, por las previsiones de las órdenes estatutarias</p>

³⁰⁰ Al igual que en Lituania, Polonia, Rumanía, Eslovaquia, Eslovenia.



	<p>declaradas inconstitucionales</p> <p>El Consejo Superior de la Magistratura³⁰¹ garantizará la independencia de la justicia, además el órgano encargado de proponer al Presidente de Rumania el nombramiento de los jueces y fiscales, salvo de los pasantes, en las condiciones previstas en la ley.</p> <p>Las decisiones del Consejo Superior de la Magistratura en lo que concierne a la disciplina podrán ser recurridas ante el Tribunal Superior de la Casación y de la Justicia.</p> <p>El Tribunal de Cuentas³⁰² se encarga de ejercer el control sobre la formación, la administración y el uso los recursos financieros del Estado y del sector público. Los conflictos que resulten de su actividad son solucionados por los tribunales de justicia especializados.</p>
<p>El Tribunal Constitucional</p>	<p>Estará integrado por nueve jueces nombrados por un mandato de nueve años, que no podrá prolongarse o renovarse</p>
<p style="text-align: center;">Atribuciones (artículo 146 de la Constitución)</p> <p>El Tribunal Constitucional tendrá las siguientes atribuciones:</p> <p>a) se pronuncia sobre la constitucionalidad de las leyes antes de su promulgación, a petición del Presidente de Rumania, de uno de los Presidentes de las dos Cámaras, del Gobierno, del Tribunal Supremo de la casación y de la justicia, del Defensor del Pueblo de un número no inferior a cincuenta diputados o no inferior a veinticinco senadores, así como de oficio, sobre las iniciativas de revisión de la Constitución;</p> <p>b) juzgará sobre la constitucionalidad de Tratados o de otros acuerdos internacionales, a petición de uno de los presidentes de las dos Cámaras, de un</p>	

³⁰¹ De conformidad con el artículo 133 constitucional.

³⁰² De conformidad con el artículo 140 constitucional.



número no inferior a cincuenta diputados o no inferior a veinticinco senadores;

c) se pronunciará sobre la constitucionalidad de los reglamentos del Parlamento a petición de uno de los presidentes de las dos Cámaras, de un grupo parlamentario o de un número no inferior a cincuenta diputados o no inferior a veinticinco senadores;

d) decidirá sobre las excepciones elevadas a las instancias judiciales relativas a la inconstitucionalidad de las leyes y de las ordenanzas; a instancias de los tribunales de justicia o de arbitraje comercial; la objeción en cuanto a la inconstitucionalidad podrá instarse directamente por el Defensor del Pueblo;

e) resolverá sobre conflictos legales de naturaleza constitucional entre las autoridades públicas, a petición del Presidente de Rumania, uno de los presidentes de las dos Cámaras, el Primer Ministro, o del Presidente del Consejo Superior de la Magistratura;

En Materia Electoral

f) velará por el respeto del procedimiento para elegir al Presidente de Rumania y confirma los resultados del sufragio;

g) constatará la existencia de las circunstancias que justifiquen la interinidad en el ejercicio del cargo de Presidente de Rumania y comunicará lo constatado al Parlamento y al Gobierno;

h) dará su parecer a la propuesta de suspensión del cargo del Presidente de Rumania;

i) velará por el respeto del procedimiento para organizar y realizar el referéndum y confirmará los resultados del mismo;

j) verificará el cumplimiento de las condiciones para el ejercicio de la iniciativa legislativa por los ciudadanos;

k) decidirá sobre las objeciones de la constitucionalidad de un partido político;

CARACTERÍSTICAS PECULIARES A RESALTAR

Sobre Control de la Constitucionalidad

En la Constitución rumana podemos observar que existen *ex profeso*, en el artículo 152, los **límites expresos** para reformar la Constitución conforme los mecanismos observados en el mismo (límites de la revisión), estableciendo al efecto las



disposiciones constitucionales relativas a:

- el carácter nacional, independiente, unitario e indivisible del Estado rumano,
- la forma republicana de gobierno,
- la integridad del territorio,
- la independencia de la justicia, el pluralismo político y
- la lengua oficial no podrán formar el objeto de la revisión.

Como tampoco podrá hacerse ninguna revisión si tiene como objeto la supresión de los derechos y libertades fundamentales de los ciudadanos o de sus garantías.

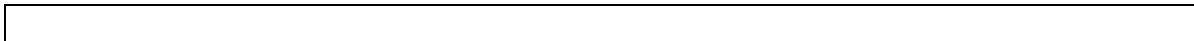
Posterior al procedimiento de revisión, conforme al artículo 151, el cual establece que ésta será definitiva después de ser aprobada por *referéndum*, que deberá ser celebrado en un plazo máximo de treinta días de la fecha de adopción del proyecto o de la propuesta de revisión.

-En los casos de inconstitucionalidad de leyes, antes de su promulgación, el Parlamento podrá reconsiderar esas previsiones, con la finalidad de hacerlas acordes con la decisión del tribunal constitucional derivada del *control a priori*.

Si la constitucionalidad de un tratado o de un acuerdo internacional se ha basado en las atribuciones que indica el artículo 146, tal documento no puede ser objeto de una objeción de inconstitucionalidad. El tratado o el acuerdo internacional declarado inconstitucional no podrá ser ratificado (*control a priori*).

Otro aspecto a destacar son los efectos de sus decisiones, que además de ser vinculantes, sólo se aplicarán al **futuro (*ex nunc*)**.

En su artículo 11, está previsto que en materia de **“Derecho internacional y Derecho interno”** el Estado rumano adquiere el compromiso a cumplir exactamente y de buena fe las obligaciones que le incumben según los tratados de los cuales es parte. Por ende, los tratados ratificados por el Parlamento, en conformidad a la ley, forman parte del Derecho interno. No obstante lo anterior, si en un tratado del que Rumania sea parte, existen estipulaciones contrarias a la Constitución, **su ratificación se producirá solamente después de la revisión de la Constitución (*control a priori*)**.



POLONIA	
Tipo de Estado y forma de gobierno:	<p>Estado Democrático Social de Derecho³⁰³ con un gobierno parlamentario peculiar, definido como “sempresidencial”.</p> <p>La opción semipresidencial responde, en buena medida, a la pretensión ex comunista de configurar un ejecutivo con amplias prerrogativas</p> <p>La forma de gobierno pactada cumple todas las características del semipresidencialismo, a excepción del requisito de elección directa con fórmula electoral mayoritaria del Presidente de la Republica.</p>
Poder Ejecutivo	<p>Se subraya el hecho de que en su Constitución (del 2 de abril de 1997) aparecen todos los elementos de un dualismo del ejecutivo.</p> <p>La figura del Presidente como Jefe de Estado fue restituida en 1989. Las elecciones presidenciales se convocan cada cinco años y en el modo directo</p> <p>-El Presidente es elegido por un período de cinco años y él es el que nombra al Primer Ministro. Como jefe de estado, el Presidente tiene la facultad de rechazar las leyes aprobadas por el parlamento.</p> <p>-Por otra parte, el gobierno está encabezado por el Primer Ministro, quien responde políticamente ante el Parlamento.</p>
Poder legislativo	<p>El Parlamento está compuesto por dos Cámaras: Cámara Baja o Dieta (460 diputados) y Senado (100 senadores). Las elecciones parlamentarias para ambas cámaras se convocan cada cuatro años y sus miembros son elegidos a través de representación proporcional.</p> <p>El Primer Ministro encabeza el consejo de ministros, el cual generalmente es elegido por una coalición mayoritaria en la cámara baja del parlamento (<i>Sejim</i>).</p>

³⁰³ Artículo 2 de su Constitución.



	Los partidos de las minorías étnicas deben obtener al menos el 5% del voto general para llegar a la cámara baja. La Comisión Electoral Nacional supervisa las elecciones generales desde 1991.
Poder Judicial	El poder judicial es ejercido en nombre de la República por tribunales independientes. El sistema de tribunales está compuesto por la Corte Suprema, el Tribunal Supremo Administrativo, tribunales superiores, regionales y de distrito.
El Tribunal Constitucional³⁰⁴	Vela por el cumplimiento de la Constitución y está compuesto por 15 jueces quienes son nombrados para un periodo de diez años.
Atribuciones (artículo 188 de la Constitución)	
Ejerce su jurisdicción sobre las siguientes materias:	
1) la conformidad de las leyes y los tratados internacionales a la Constitución;	
2) la conformidad de una ley con tratados internacionales, cuya ratificación requirió el previo consentimiento manifestado por una ley al efecto;	
3) la conformidad de las normas con rango de ley promulgadas por los órganos centrales del Estado con la Constitución, los tratados internacionales ratificados y las leyes;	
4) la conformidad con la Constitución de los propósitos o de las actividades de los partidos políticos;	
5) las quejas referidas a infracciones constitucionales, según lo dispuesto en el artículo 79, párrafo 1.	

³⁰⁴ Desde 1956 se pretendía crear un Tribunal Constitucional en Polonia, a iniciativa del Partido Democrático; posteriormente volverían a retomar el tema autores como Siemensky o Burda, o el propio Congreso de Abogados celebrado en Varsovia en enero de 1981, Véase García Alvarez, Manuel B. Reforma de la constitución y control de constitucionalidad en la URSS (Un estudio de Derecho comparado), Revista de Estudios Políticos (Nueva Época) Núm. 57. Julio-Septiembre 1987, pp. 31-53.



CARACTERÍSTICAS PECULIARES A RESALTAR

Sobre el Control de la Constitucionalidad

Al no estar previstos los sujetos legitimados para plantear los recursos de control de la constitucionalidad, la Ley de 1985, de 29 de abril, prevé que el procedimiento puede ser iniciado de oficio, estando también legitimados: las Comisiones del Sejm, su Presidium, el Consejo de Estado, cincuenta parlamentarios, su presidente, el Consejo de Ministros, el Tribunal del Estado, el Presidente del Tribunal Supremo, el Presidente del Tribunal Superior Administrativo, el Procurador General, el Arbitraje Económico del Estado y el Comité Ejecutivo Central del Consejo Nacional del Movimiento Patriótico de la Reconciliación Nacional.

No está previsto el control previo de los proyectos de las disposiciones normativas, así como el control de los tratados Internacionales, a pesar de la opinión favorable de la mayoría de los autores polacos.

Conforme a su artículo 87 constitucional, las fuentes de Derecho son: La Carta Magna, las leyes, los tratados internacionales ratificados y los reglamentos. En el caso de los tratados internacionales se deberá contar con el consentimiento previo, otorgado por ley, y serán publicados de acuerdo con el procedimiento establecido para las leyes.

La ratificación de un tratado internacional por la República de Polonia, así como su denuncia, requerirá el consentimiento previo otorgado por una ley, si se refiera a: 1) Tratados de paz, de alianzas, políticos o militares; 2) Las libertades, los derechos u obligaciones de los ciudadanos, según lo previsto en su Constitución; 3) La pertenencia de la República de Polonia a una organización internacional; 4) Responsabilidades financieras considerables impuestas al Estado; 5) Materias reguladas por la ley o aquellas para las que la Constitución requiere forma de ley.

Conforme al artículo 90, la República de Polonia puede, en virtud de un tratado internacional, delegar en una organización internacional la competencia de los órganos del Estado en relación con ciertas materias. El otorgamiento del consentimiento para la ratificación de tal tratado cuenta con la opción de que sea sometido a referéndum de acuerdo con las previsiones del artículo 125.

Se hace un especial énfasis de cómo está previsto en el artículo 91 constitucional que después de su publicación en el Diario de las Leyes de la República de Polonia (*Dziennik Ustaw*), *el tratado internacional ratificado formará parte del ordenamiento jurídico interno y se aplicará directamente, salvo que su aplicación necesite la publicación de una ley, sólo así, habiendo sido constitucionalmente*



incorporado el tratado internacional ratificado con el consentimiento previo concedido por una ley, primará sobre las leyes si dicho Tratado no se puede conciliar con las previsiones legales; así como también si el tratado por el que se establece una organización internacional, ratificado por la República de Polonia, si así lo prevé, las leyes promulgadas por ésta serán directamente aplicables y primarán en caso de conflicto de leyes.

<p><i>REPÚBLICA CHECA³⁰⁵</i></p>	
<p>Tipo de Estado y forma de gobierno:</p>	<p>Estado Democrático Social de Derecho con un régimen parlamentario.</p>
<p>Poder Ejecutivo</p>	<p>Los representantes del poder ejecutivo del Estado son el Gobierno de la RCh y el Presidente de la República.</p> <p>El Gobierno es el supremo órgano y el responsable por su actividad ante la Cámara de Diputados. Junto con el Gobierno, también los ministerios y otros órganos de administración forman parte del poder ejecutivo.</p> <p>La actividad del Gobierno depende de la declaración de su programa con la cual el Presidente del Gobierno se presenta ante la Cámara de Diputados. Si aprueban el programa y sus miembros le expresan su confianza al Gobierno, en una votación, éste puede empezar sus actividades y ejercer sus competencias.</p> <p>El Presidente de la República es el jefe del Estado y de las fuerzas armadas. Se elige en el voto secreto y directo. Para el ejercicio de</p>

³⁰⁵ La información de la presente tabla viene en la página: <http://www.czech.cz> (consultada el 4 de septiembre de 2017).



	<p>la posición, los candidatos tienen que cumplir con las condiciones que son similares a las de los senadores: nacionalidad checa, la edad de al menos 40 años y tener la capacidad legal. Un candidato no puede ser elegido más que dos veces. Las elecciones deben celebrarse dentro de los sesenta días del último plazo del actual Presidente, pero no posterior a los treinta días de su finalización. La elección del Presidente se celebra una vez cada cinco años.</p>
<p>Poder legislativo</p>	<p>El Parlamento está compuesto de la Cámara de Diputados y el Senado.</p> <p>La Cámara de Diputados la conforman 200 diputados que son elegidos para un periodo de cuatro años y para poder ser elegible deben ser mayores a 40 años de edad.</p> <p>El sistema de elecciones está basado en los principios de una representación proporcional.</p> <p>El Senado fue creado en 1996. Se eligen 81 senadores para un periodo de seis años conforme a los principios del sistema electoral mayoritario.</p> <p>Las elecciones se celebran cada dos años para elegir a un tercio de senadores nuevos. (En las primeras elecciones del Senado, un tercio de ellos fue elegido solamente para dos años, otro tercio para cuatro años y el último tercio para seis años. Así que en las otras elecciones después de transcurrir dos años se cambió un tercio de los senadores con mandato de dos años por senadores nuevos que ya contaban con un mandato de 6 años).</p>
<p>Poder Judicial</p>	<p>El poder judicial es ejercido en nombre de la República por tribunales independientes.</p> <p>El sistema de tribunales está compuesto por la Corte Suprema, el</p>



	Tribunal Supremo Administrativo, tribunales superiores, regionales y de distrito.
El Tribunal Constitucional	Vela por el cumplimiento de la Constitución, compuesto por 15 jueces quienes son nombrados por el periodo de diez años.
Atribuciones (artículo 87 de la Constitución)	
<p>El Tribunal Constitucional tiene jurisdicción:</p> <ul style="list-style-type: none"> a. para anular las leyes o previsiones concretas de estas que estén en conflicto con el ordenamiento constitucional; b. para anular otras disposiciones o previsiones concretas de éstas si están en conflicto con el ordenamiento constitucional o una ley; c. sobre los recursos constitucionales presentados por los órganos representativos de las regiones autónomas contra una intromisión ilegítima por el Estado; d. sobre los recursos constitucionales contra las decisiones finales y otras intromisiones de autoridades públicas con infracción de los derechos fundamentales constitucionalmente garantizados y las libertades públicas; e. tomar medidas correctivas sobre la certificación de la elección de un Diputado o de un Senador; f. para resolver dudas referidas a la pérdida de elegibilidad de un Diputado o un Senador para desempeñar un cargo o la incompatibilidad del artículo 25 respecto de otro cargo o actividad con el mantenimiento del cargo de Diputado o Senador; g. sobre los cargos constitucionales presentados por el Senado contra el Presidente de la República conforme al artículo 65. párrafo 2; h. para decidir sobre una petición del Presidente del República respecto de la revocación de una resolución común de la Asamblea de los Diputados y del Senado 	



conforme al Artículo 66;

i. para decidir sobre las medidas necesarias para ejecutar la resolución de un Tribunal Internacional vinculante para la República Checa, en el caso que no pueda ser ejecutado de otra manera;

j. para determinar si una decisión sobre la disolución de un partido político u otras decisiones relativas a las actividades de un partido político son conformes con los Leyes Constitucionales u otras leyes;

k. para decidir los conflictos competenciales entre los órganos estatales y las regiones autónomas, salvo que dicha potestad esté atribuida legalmente a otro órgano;

l. tomar medidas correctivas sobre una decisión del Presidente de la República declinando convocar referéndum sobre la adhesión de la República Checa a la Unión Europea;

m. para determinar si la forma en la que el referéndum de adhesión de la República Checa a la Unión Europea se celebró en concordancia con la Ley constitucional sobre la celebración de referéndum para la adhesión de la República Checa a la Unión Europea y con la ley aprobada para su ejecución.

n. para la ratificación de un tratado bajo el artículo 10a o el artículo 49³⁰⁶, el Tribunal Constitucional tendrá competencia para decidir sobre la conformidad del Tratado con el orden constitucional. Un Tratado no puede ser ratificado antes que la Tribunal Constitucional emita su dictamen.

CARACTERÍSTICAS PECULIARES A RESALTAR

Sobre el Control de la Constitucionalidad

En el tema de la incorporación de los Tratados internacionales al Derecho interno, observamos que conforme al artículo 10 constitucional, los Tratados promulgados, con la correspondiente autorización del Parlamento para su ratificación y que sean

³⁰⁶ Artículo 49.- Se requiere el voto positivo de ambas Cámaras para la ratificación de Tratados: a. que afecten a los derechos o los deberes de las personas; b. relativos a alianzas, la paz, o cualquier otra cuestión de naturaleza política; c. por los cuales la República Checa se convierta en miembro de una Organización Internacional; d. de naturaleza económica general; e. referentes a materias adicionales, la regulación de las cuales queda reservada a la ley.



vinculantes para la República Checa, forman parte de su ordenamiento jurídico y está previsto que en caso de contradicción de un Tratado con lo dispuesto por una ley, se aplicará el Tratado. Conforme a su artículo 10^a está previsto que determinados poderes de las autoridades de la República Checa pueden ser transferidos por un Tratado a una Organización o Institución Internacional, siempre y cuando esté ratificado y tenga el consentimiento del Parlamento, salvo que una Ley Constitucional establezca que dicha ratificación requiere aprobación mediante referéndum.

Sin embargo, no hay que perder de vista que *antes (control a priori) de la ratificación de un tratado* bajo el artículo 10a o el artículo 49³⁰⁷, el Tribunal Constitucional tendrá competencia para decidir sobre la conformidad del Tratado con el orden constitucional y sobre todo, un Tratado nunca podrá ser ratificado antes de que el Tribunal Constitucional emita su dictamen.

³⁰⁷ Artículo 49.- Se requiere el voto positivo de ambas Cámaras para la ratificación de Tratados: a. que afecten a los derechos o los deberes de las personas; b. relativos a alianzas, la paz, o cualquier otra cuestión de naturaleza política; c. por los cuales la República Checa se convierta en miembro de una Organización Internacional; d. de naturaleza económica general; e. referentes a materias adicionales, la regulación de las cuales queda reservada a la ley.



CAPÍTULO QUINTO

LOS MODELOS CONTEMPORÁNEOS DE JUSTICIA CONSTITUCIONAL EN EL NUEVO PARADIGMA DE INTERNACIONALIZACIÓN DE LOS DERECHOS HUMANOS. EL SISTEMA MEXICANO DE CONTROL DE LA CONSTITUCIONALIDAD Y SU NECESARIA REESTRUCTURACIÓN

SUMARIO: EL CONTROL JURISDICCIONAL DE LA CONSTITUCIONALIDAD DEL PODER Y LA INTERNACIONALIZACIÓN DE LOS DERECHOS HUMANOS. LA INCORPORACIÓN DE LOS TRATADOS INTERNACIONALES EN EL DERECHO INTERNO DE LOS ESTADOS SOBERANOS. EL SISTEMA MEXICANO DE CONTROL DE LA CONSTITUCIONALIDAD Y SUS ÚLTIMAS REFORMAS EN MATERIA DE DERECHOS HUMANOS. NECESARIA REESTRUCTURACIÓN DEL SISTEMA MEXICANO DE CONTROL DE CONSTITUCIONALIDAD.

EL CONTROL JURISDICCIONAL DE LA CONSTITUCIONALIDAD DEL PODER Y LA INTERNACIONALIZACIÓN DE LOS DERECHOS HUMANOS

La conclusión de la Segunda Guerra Mundial representa un momento histórico de enorme trascendencia para el constitucionalismo contemporáneo, uno de cuyos elementos más significativos es la expansión del reconocimiento y la protección de los Derechos Humanos y el desarrollo concomitante de los sistemas jurisdiccionales de control de la constitucionalidad.

Si bien es cierto que antes de 1939 existía un sólido modelo “difuso” de control de la



constitucionalidad, propio de los Estados liberales de Derecho del siglo XIX, y un sistema “concentrado” de origen europeo que empezaba a demostrar su importancia en Europa central, en el seno de los primeros Estados socialdemócratas de ese continente, no menos verdadero es que el final del gran conflicto bélico, a la mitad del siglo XX, marcó el inicio de la fase de ampliación y consolidación de las estructuras de control de la regularidad normativa del ejercicio del poder y del proceso de surgimiento de los tribunales y cortes constitucionales en el seno de modelos “concentrados” de control, cuyo funcionamiento en los Estados constitucionales contemporáneos es sinónimo de garantía de los Derechos Humanos y de preservación de la supremacía constitucional.

En la actualidad, el modelo “concentrado” es claramente predominante en el mundo occidental, de tal forma que la diferenciación tradicional entre los sistemas jurisdiccionales de control que los clasificaba en “difusos” o “americanos” y “concentrados” o “europeos” debería modificarse en cuanto a las referencias geográficas, porque el modelo de origen “kelseniano” ha sido adoptado por una gran cantidad de Estados en América Latina, en cuyas constituciones se establece un sistema de justicia constitucional basado en un tribunal o en una corte constitucional (Bolivia, Colombia, Chile, Ecuador, Perú), o bien, se mezclan las estructuras del sistema “difuso” con las del modelo “concentrado” (Costa Rica y México), particularmente, en lo relativo a los órganos competentes para actuar en la materia, percibiéndose la tendencia a asignar la competencia de control de la constitucionalidad a los tribunales de última instancia y las cortes supremas, con la consecuente disminución de su intervención en los asuntos de legalidad. En todo caso, contemporáneamente, los órganos de control de estos sistemas “jurisdiccionales, no obstante sus diferencias estructurales y su distinta competencia, comparten rasgos



comunes, los cuales según Häberle³⁰⁸, son los siguientes:

- Poseen un *status* y una competencia de mayor importancia específica sobre la base de su diseño en constituciones escritas;
- Cuentan con una legitimación democrática, si bien indirecta, por su forma de integración;
- Contribuyen a la continuidad de la “cadena de legitimación” que asciende del pueblo hacia los órganos constituidos, cuyas decisiones contrarias a la constitución son juzgadas por los órganos de control;
- Se sustentan en el principio de publicidad sobre la base de la divulgación y difusión de los procesos de mayor relevancia;
- Llevan a cabo la publicación de sus resoluciones y de los votos particulares de los miembros de estos órganos de control;
- En su competencia se incluyen los recursos jurídicos de los Estados liberales para garantizar la eficacia de los Derechos Fundamentales individuales y colectivos.

Al margen de estas coincidencias, los dos modelos contemporáneos de control de la constitucionalidad – “difuso” y “concentrado” – se diferencian claramente por sus estructuras, su funcionamiento, sus objetivos y sus alcances, aspectos que pueden analizarse desde diversos puntos de vista, uno de los cuales, de primera importancia, se refiere al carácter sólo “declarativo” del modelo “difuso”, frente a la naturaleza “constitutiva” del “concentrado”, en cuanto a la invalidez e ineficacia de las leyes contrarias a la constitución, a partir de la cual se evita la grave situación de incerteza del Derecho, la cual según Cappelletti³⁰⁹, se genera cuando

³⁰⁸ Häberle, Peter citado por Mezzeti, Lucca, *Sistemi e Modelli di Giustizia Costituzionale*, Padova, ed., Antonio Milani, 2009, t. I, pp. 11-12.

³⁰⁹ Véase Cappelletti, M., *Il controllo giudiziario di costituzionalità delle leggi nel Diritto comparato*, Milano, ed., Giuffrè, 1968.



la norma anticonstitucional debe impugnarse en cada caso individual, en lugar de que ésta sea expulsada del sistema jurídico con una sola sentencia, cuestión que permite percibir que en el sistema “concentrado” también se puede establecer la garantía de los Derechos Humanos, pero sin descuidar su propósito esencial que es la protección integral de la Ley Fundamental, mediante el control abstracto de las normas generales, *a priori* y *a posteriori*.



Los modelos de control de la constitucionalidad adoptados en los Estados de los continentes europeo y americano, cualesquiera que sean sus estructuras particulares, coexisten modernamente con los sistemas de protección internacional de los Derechos Humanos, los cuales derivan del proceso de “internacionalización” de estos derechos, cuya garantía adicional, coadyuvante y complementaria a la que proporcionan los sistemas de control nacionales, es el objetivo esencial del llamado “control de la convencionalidad”. El desarrollo de este nuevo ámbito de regularidad normativa va de la mano de la ampliación de los Derechos Fundamentales y de su condición “universal”, la cual para ser efectiva, requiere una protección que no se limite a las fronteras territoriales de los Estados soberanos, ni dependa exclusivamente de su normatividad interna. Al efecto, como se sabe, se han construido sistemas internacionales de protección de esos derechos que incluyen tratados, normas, instituciones, cortes y procedimientos muy desarrollados para cumplir con sus propósitos, tales como los que funcionan en Europa y en América, con base, principalmente, en el *Convenio Europeo para la Protección de los Derechos Humanos y de las Libertades Fundamentales* (1950) y en la *Convención Americana sobre Derechos Humanos* (1969, vigente desde 1978), los cuales han sido modificados a lo largo de las décadas y complementados por diversos tratados internacionales relativos a la materia.

Este nuevo paradigma de reconocimiento y protección de los “Derechos Humanos” se sustenta básicamente, en la expedición de instrumentos internacionales que se aplican en los territorios de los Estados soberanos y que por ende, deben ser insertos en el Derecho nacional de cada uno de ellos. Al respecto, existen diversos procedimientos jurídicos para incorporar los tratados internacionales en los sistemas constitucionales, los cuales son consecuencia principalmente, de distintas posturas sobre su naturaleza jurídica y su jerarquía normativa en el orden interno de cada Nación. Como cuestión inicial, existen dos posiciones generales, con variaciones sobre



algunos de sus aspectos específicos, las cuales pueden identificarse como una tendencia “europea” y una “latinoamericana”, en cada una de las cuales, si bien se pueden encontrar excepciones, prevalecen claramente los rasgos propios que las caracterizan y distinguen.

En Europa, los tratados internacionales están subordinados a la constitución, cualquiera que sea su materia y sólo pueden incorporarse al Derecho interno mediante los procedimientos legislativos ordinarios o extraordinarios idóneos, pero en todo caso, respetando los límites para su admisión, aspecto determinado tanto por las normas constitucionales, como por los criterios de los tribunales constitucionales, a partir de los cuales, ninguna de las definiciones esenciales del Estado y de sus estructuras de gobierno pueden ser condicionadas o anuladas por las normas de Derecho internacional, ni por las sentencias de los tribunales comunitarios. Sobre el particular, son de señalarse los criterios firmes y reiterados de tribunales y cortes constitucionales como los de Alemania e Italia, relativos a los denominados “límites a la cesión de derechos de soberanía”, los cuales han sido adoptados en España y en Polonia.

“La Corte Constitucional ha introducido un límite, determinando que las normas comunitarias no puedan estar en contradicción con “los principios fundamentales de nuestro ordenamiento constitucional o con los derechos inalienables de la persona humana” (llamados contralímites), es decir, con los principios supremos que caracterizan nuestro sistema constitucional, los cuales no pueden ser modificados, ni siquiera por medio del procedimiento dificultado de revisión constitucional (sentencias 98/1965, 183/1973, 170/1984 y 232/1989).”³¹⁰

Igualmente relevantes son las disposiciones constitucionales que establecen el control *a priori* de los tratados internacionales en España (art. 95), Francia (art. 54) y Portugal (art. 278), impidiendo la inserción de estos instrumentos si son contrarios a la constitución, así como las leyes de autorización previa a la negociación de un tratado

³¹⁰ Malfatti, E. *et al. Giustizia Costituzionale*, 3ª ed., Torino, Giappichelli, 2011, pp. 100 y 101.



que deben ser expedidas por los órganos legislativos cuando éste se refiere, entre otras materias, a los Derechos Humanos, o implica cualquier modificación legislativa (p.e., España, art. 94), todo lo cual pone en evidencia el nivel infraconstitucional de los instrumentos internacionales en la mayoría de los sistemas constitucionales europeos.

En América Latina, en general, los tratados y las convenciones se introducen al Derecho interno mediante leyes ordinarias o de revisión constitucional – México es un caso excepcional, pues los tratados son aprobados solamente por el Senado --. Si bien en esta parte del continente americano existe una tendencia predominante a considerar al “control de la convencionalidad” como una extensión del control de la constitucionalidad, no se percibe tanta uniformidad como en Europa, destacando las siguientes variantes en la materia, de conformidad con las normas constitucionales:

- a) Jerarquía constitucional de los tratados internacionales de Derechos Humanos y conformación de un “bloque de constitucionalidad” (Colombia, art. 93, Bolivia, art. 410.II y Ecuador, art. 417);
- b) “Bloque de constitucionalidad” por determinación jurisprudencial, integrado por la constitución y los tratados en materia de Derechos Humanos (México, art. 1);
- c) Jerarquía constitucional sólo de los tratados internacionales de Derechos Humanos que hayan sido incorporados expresamente al texto constitucional mediante el procedimiento de reforma de la Ley Fundamental (Argentina, art. 75.22); y
- d) Nivel infraconstitucional de los tratados de Derechos Humanos, sin dejar de reconocerlos y aplicarlos, pero sujetos a control de la constitucionalidad, *a priori* o *a posteriori* (Chile, art. 93.1 y Perú, arts. 51 y 56).



La posición predominante en América Latina se explica por la ausencia de experiencias que en ese continente impliquen la pérdida de soberanía de los Estados, situación totalmente diferente a la que ha caracterizado al caso europeo. En efecto, en nuestro continente no se han vivido situaciones tan peculiares como las que se han dado en Europa en los últimos cien años, especialmente, dos grandes conflictos bélicos o “Guerras Mundiales” y un profundo y prolongado proceso de integración que ha durado setenta años aproximadamente, para mencionar sólo dos aspectos que tienen vinculación directa con las relaciones internacionales entre los Estados soberanos y entre los ordenamientos jurídicos nacionales. Ninguna experiencia medianamente cercana a lo anterior se ha presentado en el continente americano y difícilmente se dará en el futuro inmediato, de tal manera que el análisis general de los tratados internacionales de Derechos Humanos, del papel que tienen en las relaciones entre Estados soberanos en esta parte del mundo y de los mecanismos de su incorporación al Derecho interno de cada país se ubica en un contexto totalmente distinto al europeo. Recordemos, por ejemplo, las durísimas normas que tuvieron que incluir Alemania e Italia en sus textos constitucionales (art. 23 y art. 11, respectivamente), una vez concluida la Segunda Guerra Mundial, relativas a la “cesión de derechos de soberanía”, cuyos alcances han sido atemperados por la interpretación restrictiva de las mismas a cargo del Tribunal Constitucional alemán y de la Corte Constitucional italiana, con base en las teorías de los “contralímites” y de los “límites a la cesión de derechos de soberanía”.

“En este sentido, la primera de las cuestiones relevantes que se plantea el Tribunal Constitucional Federal es si el ordenamiento democrático alemán, en ejercicio de su soberanía, puede transferir a la Unión Europea cualquier clase de derechos de soberanía en base al artículo 23º de la Ley Fundamental. El citado tribunal deja meridianamente claro que no cabe una cesión en blanco de los derechos de soberanía a los que se refiere el artículo 23º de la Ley Fundamental, sino que deben quedarle al Parlamento federal funciones y competencias con peso substantivo. De esta manera, el Tribunal



Constitucional Federal...sostiene que han de retenerse en el órgano de representación democrática del pueblo alemán funciones normativas de autodecisión..."³¹¹

Sobre el particular son especialmente relevantes diversas sentencias de tribunales y cortes europeos que sostienen este criterio, entre las cuales son de mencionarse la relativa al tratado de Maastricht (Sentencia 89, 155—1993) y la conocida como “Solange II”, ambas del Tribunal Constitucional alemán. La segunda de ellas es especialmente relevante, pues su materia versa sobre los Derechos Humanos:

“Siempre y cuando las Comunidades Europeas, específicamente, la jurisprudencia del Tribunal Europeo, garanticen en términos generales, frente al poder soberano de los Estados, una salvaguarda efectiva de los Derechos Fundamentales, la cual sea equiparable en esencia a la protección incondicional otorgada por la Ley Fundamental, y que asegure, sobre todo, el contenido esencial de los Derechos Fundamentales, el Tribunal Constitucional no ejercerá su competencia por encima de la aplicación del Derecho Comunitario derivado, el cual será utilizado como fundamento jurídico de la actuación de los jueces o las autoridades en el territorio soberano de la República Federal de Alemania, y consecuentemente, no verificará la correspondencia del Derecho Comunitario y los Derechos Fundamentales de la Constitución”.³¹²

Naturalmente, los tribunales de la Unión Europea no se han cruzado de brazos, sino todo lo contrario, es decir, a lo largo de setenta años han defendido el carácter “supranacional” del Derecho comunitario, sobre todo en materia de Derechos Humanos, reclamando de los Estados soberanos la necesaria “cesión de soberanía” a favor de la comunidad europea, de lo cual son pruebas las siguientes sentencias en las que se muestra cómo el Tribunal de Justicia de la Unión Europea, a lo largo de las décadas, ha insistido en que la supremacía del Derecho externo debe estar fuera de discusión si se quieren conservar los fundamentos y los propósitos de la comunidad de Estado.

³¹¹ Aláez Corral, Benito y Álvarez Álvarez, Leonardo, *Las decisiones básicas del Tribunal Constitucional Federal alemán en las encrucijadas del cambio de milenio*, Madrid, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, 2008, p. 219.

³¹² Sentencia(BVerfGE) *Solange II*, 73, 339/1986 del Tribunal Constitucional de la República Federal de Alemania, http://www.bundesverfassungsgericht.de/EN/Das-Gericht/das-gericht_node.html.



- A) La Sentencia *Costa vs ENEL*, de 15 de julio de 1964³¹³, en la que el Tribunal de Justicia de la Unión Europea, con sede en Luxemburgo, determinó que el Derecho comunitario “*no podría, en razón misma de su específica naturaleza, encontrar un límite en cualquier medida interna – ni siquiera de nivel constitucional -- sin perder su propio carácter comunitario y sin que resultara removido el fundamento jurídico de la misma Comunidad*”; y
- B) La Sentencia *Köbler*, de 30 de septiembre de 2003³¹⁴, en la que el mismo Tribunal de Justicia de la Unión Europea reitera el principio de que “*los Estados miembros están obligados a reparar los daños causados a los particulares por las violaciones del Derecho comunitario que les son imputables;.... se aplica también cuando la violación deriva del contenido de una decisión de un órgano jurisdiccional nacional de última instancia*”, o bien “*de única instancia*”, es decir, los Tribunales Constitucionales.

Como puede advertirse, la coexistencia de jurisdicciones no ha sido sencilla en el ámbito de la Unión Europea a lo largo de siete décadas, sino se ha caracterizado por etapas de mayor o menor tensión entre los tribunales comunitarios, principalmente, el de Luxemburgo y el de Estrasburgo, por una parte, y los tribunales y cortes constitucionales nacionales, por la otra, la cual se ha resuelto gradualmente mediante un sano y razonable reconocimiento mutuo de jurisdicciones, acordado a veces, caso por caso, cuando ha sido necesario.

³¹³ C-6/1964, *Flaminio Costa vs ENEL*, El Tribunal de Luxemburgo determinó la supremacía del Derecho comunitario al emitir sentencia en el litigio entre un ciudadano italiano de apellido Costa y la Empresa Estatal italiana de electricidad ENEL.

<http://eurlex.europa.eu/LexUriServ/LexUriServ.do?uri=CELEX:61964CJ0006:IT:PDF>.

³¹⁴ C-224/01, *Gerhard Köbler vs. República de Austria*, El Tribunal de Luxemburgo no resolvió totalmente a favor de Köbler, pero confirmó la supremacía del Derecho comunitario sobre el nacional, en materia de reparación del daño que le causó el Estado, <http://eur-lex.europa.eu/legal-content/EN/ALL/?uri=CELEX:62001CJ0224>.



A manera de conclusión, es posible sostener que estas tendencias divergentes pueden conciliarse sobre la base de que el propósito esencial que se persigue, el cual es la más amplia y eficaz protección de los Derechos Humanos, se lograría con mayor facilidad si se partiera de las siguientes tesis generales:

1.- Las relaciones entre el Derecho nacional y el internacional, así como la interlocución entre los órganos jurisdiccionales internos y externos, particularmente en materia de Derechos Humanos, pueden construirse sólidamente si se parte de la premisa de que su naturaleza es complementaria y coadyuvante.

2.- Los límites de admisibilidad y aplicación de las normas y resoluciones externas deben fijarse a partir de los principios y fundamentos del orden constitucional interno, el cual no pueden dejar de respetar los órganos de cada Estado sobre la base de la aceptación "incondicional" del Derecho internacional (art. 46º de la Convención de Viena).

3.- Los cambios al interior de los Estados soberanos para incorporar a sus sistemas constitucionales a las normas internacionales deben realizarse de conformidad con los procedimientos idóneos en cada caso (reformas constitucionales o legales), lo cual facilita la aplicación del Derecho externo sin provocar contradicciones o antinomias con el interno (art. 28º del Pacto de San José).

4.- No es indispensable el planteamiento, ni la solución de la interrogante sobre si la aceptación del Derecho internacional implica forzosamente la "cesión" o la "pérdida de soberanía" de los Estados, porque para la más amplia y eficaz protección de los Derechos Humanos no se requiere la jerarquización de las jurisdicciones interna y externa, ni el sometimiento entre ellas, sino la coordinación permanente y el cumplimiento del compromiso que de común acuerdo aceptan las instancias soberanas que forman parte de las comunidades internacionales.



5.- Tampoco se requiere modificar los fundamentos, ni las estructuras de los sistemas jurídicos en cuanto a la jerarquización de las normas que los integran, toda vez que lo que existe en el fondo de la relación entre las normas constitucionales y los tratados internacionales en materia de Derechos humanos es una cuestión relativa a la “selección entre diversas normas jurídicas”, no de jerarquía entre ellas, en virtud de la cual se toma la disposición que resulte más favorable, sea interna o externa, para reconocer y proteger los derechos de las personas, cuya garantía y eficacia plenas es el verdadero objetivo de los sistemas constitucionales contemporáneos.

LA INCORPORACIÓN DE LOS TRATADOS INTERNACIONALES EN EL DERECHO INTERNO DE LOS ESTADOS SOBERANOS

La problemática en la que se enmarca esta parte de la investigación se refiere a las relaciones entre Estados soberanos y la firma de tratados internacionales entre ellos, como fenómenos políticos y jurídicos que tienen una considerable antigüedad y que han cobrado una importancia particular desde la segunda mitad del siglo pasado hasta nuestros días. Además de las diferencias de contexto, circunstancias, contenidos y objetos específicos de los instrumentos internacionales de cualquier época anterior a la señalada, existen situaciones que los distinguen de los que se firman y aprueban en la actualidad, varias de las cuales, de enorme trascendencia, derivan de una compleja realidad multifacética denominada “globalización”.

Uno de los aspectos más sobresalientes de las relaciones internacionales contemporáneas consiste en que los Estados no sólo se vinculan por medio de los tratados y las convenciones, sino crean organizaciones, asociaciones y comunidades de alcance mundial o regional, dentro de las cuales interactúan de manera permanente y adquieren obligaciones comunes, llegando a integrar auténticos sistemas de Estados con estructuras y órganos comunitarios reconocidos por ellos,



cuyas determinaciones están dispuestos a respetar, al menos, como cuestión de principio, de lo cual son magníficos ejemplos, la ONU, la OEA y la Unión Europea.

Otro factor que caracteriza a las relaciones contemporáneas entre Estados soberanos y les confiere una dimensión inédita consiste en la profunda transformación del paradigma de reconocimiento y protección de los Derechos Humanos, cuya génesis y desarrollo datan precisamente, de la segunda mitad del siglo pasado y distinguen de manera indubitable, al modelo de Estado democrático del siglo XXI. Este nuevo paradigma incluye la ampliación del elenco de derechos del hombre y del ciudadano, considerados como patrimonio natural y universal de las personas, inherente a su condición de seres humanos, y la creación de sistemas internacionales orgánicamente diseñados para garantizar su respeto y aplicación efectiva en el ámbito territorial de los Estados soberanos que forman parte de ellos.

Este prolongado y complejo fenómeno de conformación de comunidades de Estados y de internacionalización de los Derechos Humanos se ha desarrollado y consolidado mediante la elaboración y aprobación de una gran cantidad de tratados y convenciones específicamente relacionados con estos procesos, los cuales para cumplir con sus objetivos en forma eficaz deben ser incorporados a los sistemas constitucionales soberanos, mediante los procedimientos que cada uno determina en su ámbito político y jurídico, a efecto de que el Derecho de origen “externo” se convierta en Derecho “interno” y pueda ser aplicado en el territorio de cada Nación.

La inserción de los instrumentos internacionales en los sistemas constitucionales no está exenta de dificultades, contratiempos y tensiones en lo relativo a su adopción y aplicación, los cuales derivan de la coexistencia de ordenamientos jurídicos de origen diverso (interno y externo) y de la actuación simultánea de organismos e instituciones que no pertenecen a un mismo sistema constitucional (nacionales e internacionales), particularmente, tribunales y cortes (de lo cual es un claro e ilustrativo ejemplo la



Unión Europea), circunstancias que hacen necesario el establecimiento de reglas y procedimientos que faciliten esa incorporación del Derecho externo al interno y contribuyan a la coordinación de los diversos órganos cuyas determinaciones deberán aplicarse en los Estados soberanos, tal como ocurre en el espacio territorial de la comunidad europea.

La determinación de la naturaleza jurídica de los tratados y convenciones internacionales es un aspecto esencial en el desarrollo de esta temática, del cual dependen los planteamientos y las conclusiones que se formulen sobre el tema que se analiza. Al efecto, resulta evidente la necesidad de establecer una noción de tratado internacional, la cual puede encontrarse, en principio, en la Convención de Viena Sobre el Derecho de los Tratados, conocida comúnmente, como el “Tratado de los Tratados”, en cuya Primera Parte, se señala lo siguiente:

“1. Alcance de la presente Convención. La presente Convención se aplica a los tratados entre Estados.

1. Para los efectos de la presente Convención:

a) se entiende por "tratado" un acuerdo internacional celebrado por escrito entre Estados y regido por el derecho internacional, ya conste en un instrumento único o en dos o más instrumentos conexos y cualquiera que sea su denominación particular;”

La anterior definición obliga a tener en cuenta que en sentido estricto, hay “acuerdos internacionales” que no son tratados, al carecer de alguna o varias de estas características (p. e., los acuerdos verbales de Derecho internacional), o bien, sí tienen esa calidad, en sentido amplio, pero no son reconocidos con esa condición por la



Convención de Viena (p. e., los acuerdos entre un Estado y un organismo internacional, o entre dos organismos internacionales). Como lo señala José Escribano Ubeda, *“según la Convención de Viena de 1969, un Acuerdo sólo debería considerarse como un Tratado si producía efectos jurídicos o creaba derechos y obligaciones jurídicas vinculantes entre las partes.”*³¹⁵, de lo cual se deduce que *“todo Tratado es un Acuerdo, pero no todo Acuerdo es un Tratado”*.³¹⁶

En relación con este mismo aspecto, Juan Carlos Velázquez Elizarrarás sostiene que *“el excepcional valor atribuido al tratado como la fuente por excelencia de derechos y obligaciones internacionales particulares, le privilegia como excelente coadyuvante en la formación de normas generales”*. *“Sin embargo, agrega, a esta forma de acuerdo concluido entre dos o más sujetos de derecho internacional y siempre abierto a terceros, ha de clasificarse según la importancia y la capacidad de éstos de crear obligaciones jurídicas entre las partes”*.³¹⁷

Según Andrea Gioia, *“el acuerdo internacional se puede definir como la coincidencia de las manifestaciones de voluntad entre dos o más sujetos de Derecho Internacional dirigidas a crear normas jurídicamente vinculantes en sus relaciones internacionales”*,³¹⁸ por lo cual, *“la noción de acuerdo internacional corresponde, mutatis mutandis, a la del contrato en el Derecho interno. Respecto al contrato, sin embargo, el acuerdo internacional presenta algunas diferencias importantes, las cuales ponen muy bien en evidencia sus características fundamentales”*.³¹⁹

³¹⁵ Ubeda—Portugués, José Escribano, *Breve Introducción al Derecho Internacional Público*, Aebius, Madrid, 2011, pág. 111.

³¹⁶ Ídem., pág. 111.

³¹⁷ Velázquez Elizarrarás, Juan Carlos, *El Derecho Internacional Público en la Agenda Política de las Relaciones Internacionales*, UNAM, México, 2005, pág. 371.

³¹⁸ Gioia, Andrea, *Manuale breve. Diritto Internazionale*, Giuffrè Editori, Milano, 2010, pág. 51.

³¹⁹ Ídem., pág. 52.



Las nociones e ideas, brevemente referidas, permiten afirmar que en términos generales, los tratados y las convenciones suelen concebirse como actos, pactos y acuerdos entre los Estados soberanos, y a veces, entre los organismos internacionales, que generan normas y consecuencias jurídicas de Derecho internacional. En efecto, los “pactos internacionales” son acuerdos, en este caso, entre Estados, cuyo contenido específico puede ser muy variado y expresarse además, en forma de principios o de obligaciones que podrían parecerse a las que se señalan en las leyes, por lo que es muy fácil hacer esa identificación, como se puede advertir en el caso de los instrumentos que reconocen y protegen los Derechos Humanos.

Lo que ocurre es que en muchos casos, los tratados contienen normas, como la siguiente: *“Toda persona tiene derecho a que se respete su vida. Este derecho estará protegido por la ley y, en general, a partir del momento de la concepción. Nadie puede ser privado de la vida arbitrariamente”* (art. 4.1 del Pacto de San José), la cual debe interpretarse en el sentido de que los Estados firmantes de este tratado acuerdan y se comprometen a realizar o proponer los trámites internos previstos en sus sistemas jurídicos nacionales para que se establezca en cada uno de ellos este Derecho Fundamental.

En este ejemplo, los Estados firmantes están obligados a cumplir el contenido de estas normas, elemento que puede encontrarse también en las leyes, cuya obligatoriedad es una de sus características, a lo que debe agregarse que el incumplimiento de éstas, así como de las convenciones, provoca sanciones de distinto tipo y alcance, las cuales en el ámbito externo, se establecen y se aplican en condiciones peculiares, sin excluir la posibilidad de que no existan.

No obstante que estos aspectos pueden fortalecer la conclusión de que los tratados son equivalentes a las leyes, hay razones de peso para considerarla errónea, porque pierde de vista otras circunstancias que no se presentan en el caso de las leyes, tales



como las reservas que los Estados establecen en los tratados de los que forman parte y la denuncia de esos instrumentos, como mecanismo contrario a la adhesión, cuyo objetivo es dejar de aceptar los compromisos y las obligaciones derivadas de su firma y ratificación.

A partir de lo anterior, es posible inclinarse a favor de la naturaleza jurídica de los tratados y convenciones en calidad de pactos, acuerdos o contratos entre sujetos de Derecho internacional, principalmente entre Estados, capaces de aprobar soberanamente su contenido (obligaciones dirigidas a las autoridades, o compromisos de crear o reformar las leyes), de establecer cuáles condiciones o cláusulas de un instrumento internacional aceptan y cuáles no (reservas), y de determinar cuánto tiempo permanecen ligados a las mismas y cuándo se apartan de ellas (denuncia), aunque su separación tenga ciertas consecuencias políticas, jurídicas, económicas, financieras, militares, etc., todo lo cual se basa en sus decisiones unilaterales, a diferencia de lo que ocurre en el caso de las leyes, pues ninguna persona obligada por ellas puede señalar “reservas” para su cumplimiento, ni sustraerse cuando quiera a la aplicación de sus disposiciones, las cuales son coactivas. En suma, el tratado se negocia en forma horizontal, mientras que las leyes se crean de modo vertical, lo cual nos permite concluir que los tratados y las convenciones internacionales son contratos o acuerdos entre sujetos de Derecho internacional, especialmente, entre Estados soberanos.

Establecida nuestra posición sobre la naturaleza jurídica de los tratados y convenciones internacionales, resulta necesario explorar los mecanismos adecuados para incorporar estos instrumentos normativos en los sistemas de Derecho de los Estados soberanos, específicamente, cuando los contenidos del Derecho externo conllevan cambios legislativos en el Derecho interno. Al respecto, es necesario



recordar que en cualquier Estado de Derecho sólo existen dos clases de procedimientos a cargo de los órganos legislativos constituidos para crear normas jurídicas generales de aplicación permanente, a saber: a) El procedimiento legislativo ordinario para expedir o modificar leyes y b) el procedimiento legislativo extraordinario o de revisión constitucional para reformar las normas constitucionales. Esto significa que si un pacto o acuerdo internacional debe ser incorporado al Derecho interno para convertirse en parte del sistema jurídico normativo del Estado soberano, es decir, para integrarse a la Constitución o a las leyes, debe pasar forzosamente por los procedimientos legislativos conducentes al efecto.

Existen diferentes procedimientos para cumplir con este objetivo, algunos de los cuales son más adecuados que otros, pues permiten una mejor y más eficaz armonización entre los sistemas jurídicos interno y externo, aspectos que se pueden conocer y discernir con base en el estudio de diversos sistemas constitucionales nacionales, en especial, los europeos, a partir del cual es posible determinar las ventajas o las desventajas de su aplicación. En este espacio haremos referencia al caso de cuatro países europeos (Italia, Alemania, España y Portugal), cuya breve revisión nos proporcionará elementos para determinar cuáles son los mecanismos jurídicos que deben aplicarse para convertir a las normas internacionales en normas nacionales.

En esta materia, el artículo 80^o de la Constitución italiana establece que los tratados internacionales de naturaleza política, los que prevean arbitrajes o resoluciones judiciales, los que impliquen modificaciones del territorio, cargas financieras, o reformas legislativas, sólo pueden ser autorizados por ambas Cámaras (diputados y senadores), mediante una ley de ratificación, lo cual implica que en Italia la inserción de los tratados en el sistema jurídico nacional requiere forzosamente una ley para incorporarlos al Derecho interno. Si a un tratado se le quiere dar nivel constitucional,



es necesario modificar la Ley Fundamental para incorporar el contenido normativo del instrumento internacional a las normas constitucionales, lo cual se hace mediante la expedición de una ley de revisión con base en el procedimiento previsto en el artículo 138º de la Constitución.

En Alemania, de acuerdo al artículo 59º de su Ley Fundamental, los tratados que regulan las relaciones políticas del Estado o se refieren a materias de la legislación federal requieren la aprobación de ambas Cámaras (diputados y senadores), mediante una ley federal. Los tratados y las convenciones internacionales no se admiten de manera “directa o inmediata” en el Derecho alemán, sino pasan por el procedimiento legislativo federal. En caso de que se requiera una modificación constitucional para hacer compatible un tratado con la Ley Fundamental, ésta se realizará mediante una ley de revisión, la cual está sujeta al principio de rigidez constitucional para proteger su supremacía.

En España se prevé un mecanismo muy especial para la aprobación de los tratados internacionales y su inserción en el Derecho interno, así como para establecer su jerarquía normativa con relación a la Constitución y su compatibilidad con la Ley Fundamental, inclusive si se trata de los Derechos Humanos. El artículo 94º de la Constitución española señala que la negociación de los tratados internacionales debe autorizarse mediante una ley orgánica aprobada por mayoría absoluta de las Cortes Generales (Diputados y Senadores) cuando su materia se refiera a cuestiones políticas, militares, a las que afecten la integridad territorial del Estado, o a los derechos y deberes fundamentales, o impliquen obligaciones financieras para la Hacienda Pública, modificación o derogación de alguna ley o exijan medidas legislativas para su ejecución. A lo anterior debe agregarse que un tratado contrario a la Ley Fundamental no puede introducirse al Derecho español a menos que se modifique primero la Constitución, la cual a su vez determina procedimientos de rigidez constitucional y de



rigidez agravada para su reforma en los artículos 167º y 168º.

Finalmente, en Portugal existen normas legales muy explícitas en cuanto al nivel de los tratados internacionales y a su incorporación al Derecho nacional, siguiendo la tendencia prevaleciente en Europa. La Constitución portuguesa incluye disposiciones muy amplias sobre los principios y procedimientos que regulan las relaciones entre el Derecho interno y el internacional y la forzosa armonía que debe haber entre los tratados y la Ley Fundamental para ser aceptados en el sistema nacional. Según lo dispone el artículo 161º constitucional, la Asamblea de la República, única Cámara de Portugal, aprueba los tratados internacionales firmados por el Consejo de Ministros, mediante la expedición de una ley, tratándose de su competencia legislativa reservada, en especial, en materia Derechos Humanos, publicada la cual, el Presidente de la República los ratifica.

En síntesis, en los cuatro países europeos a los que hemos hecho referencia brevemente, los tratados internacionales se insertan en los sistemas constitucionales mediante procedimientos legislativos, ordinarios o extraordinarios, según sea el caso, a efecto de convertir el Derecho externo en Derecho interno, haciéndolo de manera ordenada y coincidente con las normas constitucionales y las leyes de cada Estado soberano, lo cual permite en gran medida, resolver en la práctica la problemática relativa, entre otros aspectos, a la jerarquía normativa de los instrumentos internacionales y a su regularidad constitucional, cuestiones que forman parte del siguiente apartado de esta ponencia.

La aprobación de los tratados y convenciones internacionales mediante procedimientos legislativos resuelve de manera inmediata dos cuestiones de suma importancia dentro de un sistema constitucional, a saber: a) la jerarquía normativa de los tratados; y b) el control de su regularidad constitucional. La primera se refiere a la posición de los instrumentos internacionales en el orden jurídico interno, mientras



que la segunda permite determinar su compatibilidad con la Constitución del Estado.

Si un tratado se somete a un procedimiento legislativo ordinario, una vez aprobado, tendrá jerarquía de ley, en tanto que si pasa por el procedimiento extraordinario de revisión constitucional, se convertirá en parte de las normas constitucionales, o como suele decirse, tendrá rango constitucional. La obviedad de estos planteamientos es tal que parecería innecesario insistir sobre su idoneidad para incorporar el Derecho externo al interno, como se hace en los países europeos mencionados y en algunos latinoamericanos, como Perú y Argentina. Sin embargo, insistimos sobre el tema porque en el caso de la Constitución mexicana, ahora centenaria, los tratados sólo los aprueba la Cámara de Senadores, previa firma del Presidente de la República, y en ningún caso pasan por un procedimiento legislativo para su incorporación al Derecho nacional, cuestión que retomaremos en el apartado de conclusiones de esta ponencia.

En cuanto al control de la regularidad constitucional de un tratado, éste debe ser una atribución del Tribunal Constitucional o del Tribunal Supremo, según el sistema de control establecido, “concentrado” o “difuso”, en cualquiera de sus variantes, conforme al esquema de “control interorgánico” ampliamente desarrollado por Karl Loewenstein³²⁰. Recordemos que según Miguel Covián, *“el control de la constitucionalidad del poder político es la verificación (control) de la correspondencia (constitucionalidad) entre las decisiones relativas a los procesos del poder (objeto del control), en los casos en los que éstos están regulados en la constitución y en las normas constitucionales (medida o parámetro del control)”*³²¹.

Esto implica que un tratado, cualquiera que sea el mecanismo establecido para su aprobación, es un acto jurídico derivado de la Constitución, sin importar cuál sea su

³²⁰ Loewenstein, Karl, *Teoría de la constitución*, Ediciones Ariel, Barcelona, 1964, págs. 294 a 325.

³²¹ Covián Andrade, Miguel, *Fundamentos Teóricos del Control de la Constitucionalidad*, CEDIPC, México, 2010, pág. 6.



materia, por lo cual, tanto su contenido material, como el procedimiento formal para su elaboración, deben ser verificados para garantizar su compatibilidad con las normas constitucionales del Estado, cuestión que se determina mediante el control de su regularidad constitucional, sea *a priori* o *a posteriori*.

En Italia la constitucionalidad de los tratados es revisada por la Corte Constitucional, por lo cual éstos no pueden ser elementos del “bloque de constitucionalidad”, debido a que están subordinados a la Ley Fundamental y pueden ser considerados contrarios a ella, según el artículo 136º constitucional. En Alemania, el Tribunal Constitucional ha resuelto que en caso de que se requiera una modificación constitucional para hacer compatible un tratado con la Ley Fundamental, ésta se realizará mediante una ley de revisión constitucional, la cual está sujeta al principio de rigidez y a los límites sobre su contenido, consistentes en el “núcleo inmodificable” previsto en el artículo 79º constitucional, así como al control de la constitucionalidad a cargo del Tribunal Constitucional, a efecto de determinar si el Derecho externo es compatible con la Ley Fundamental, inclusive en el caso de los tratados de Derechos Humanos.

En España, según hemos visto, de conformidad con el artículo 95º constitucional, los tratados están sujetos al control previo de la constitucionalidad y sólo se admiten si se ajustan a la Constitución, porque de no ser así, un tratado contrario a la Ley Fundamental no puede introducirse al Derecho español, a menos que se modifique la Constitución, la cual a su vez determina procedimientos de rigidez general y de rigidez agravada para su reforma. Por ende, los tratados de cualquier materia, incluidos los Derechos Humanos, están debajo de las normas constitucionales y nunca pueden ser considerados como elementos del “bloque de constitucionalidad”. Otro tanto puede decirse de Francia y Portugal, país este último, en el cual el Tribunal Constitucional revisa si el tratado internacional es compatible con la Constitución, mediante el control previo, a efecto de que si es contrario a la Constitución no pueda incorporarse



al Derecho interno, a menos que ésta se reforme, respetando los límites materiales de la revisión establecidos en el artículo 288º de la Ley Fundamental.

EL SISTEMA MEXICANO DE CONTROL DE LA CONSTITUCIONALIDAD Y SUS ÚLTIMAS REFORMAS EN MATERIA DE DERECHOS HUMANOS

El modelo mexicano de control a partir de 1995

La reforma constitucional a diversos artículos de la Constitución mexicana aprobada y puesta en práctica entre la parte final de 1994 y el inicio de 1995 fue pensada esencialmente en el sentido de ampliar cualitativamente el sistema mexicano de control de constitucionalidad mediante la incorporación al artículo 105º de la Constitución de dos medios de control que no estaban total o parcialmente previstos, "las controversias constitucionales" y las "acciones de inconstitucionalidad".

No obstante, la confusión en su diseño provocó que el nuevo sistema estuviera plagado de deficiencias estructurales desde su aprobación, varias de las cuales ya señalaba pocos años después de la reforma el Dr. Héctor Fix Zamudio en los siguientes términos:

"Hay otro problema también muy importante, con respecto a lo que sucede con el Poder Judicial Ordinario; porque cuando se crea un Tribunal Constitucional, este tiene que ser distinto de la Corte Suprema o Tribunal Supremo, a no ser que se mantenga la reforma del 88, y entonces, como se redujo la Suprema Corte a sólo 11 Magistrados y 2 Salas que se han creado, es imposible que puedan realizar la labor de unificación de la jurisprudencia y la facultad de atracción, que no es propia de un Tribunal Constitucional; tampoco es propio de un Tribunal Constitucional tener adscrito un Consejo de la Magistratura".

Entonces, queda pendiente esa situación de que pasa con el Poder Judicial Federal. Aparentemente lo encabeza la Suprema Corte de Justicia, pero la Suprema Corte de Justicia no puede, como Tribunal Constitucional, realizar funciones casacionistas que tenía antes, y la reforma de 1988 fue de transición para eso, y entonces es imposible que resuelva todos los conflictos".



"Estamos en una situación difícil, porque en ningún país del mundo existe una Suprema Corte como un Tribunal Constitucional y los Tribunales Federales aparte. Estamos en una situación inédita. Nosotros somos afectos a estas soluciones un poco peculiares: tenemos una Secretaria de la Contraloría, cuando en todos los países hay Contralorías o Tribunales de Cuentas autónomos, pero aquí tenemos una Secretaria de Estado con esas funciones."³²²

El decreto correspondiente fue publicado en el Diario Oficial de la Federación del día 31 de diciembre de 1994, con base en el cual se reformaron los artículos 21, 55, 73, 76, 79, 89, 93, 94, 95, 96, 97, 98, 99, 100, 101, 102, 103, 104, 105, 106, 107, 108, 110, 111, 116, 122 y 123 de la Constitución. Posteriormente, en 1995 se publicó la Ley Reglamentaria del artículo 105, fracciones I y II, de la constitución federal.

Además de la introducción de estos medios de control de la constitucionalidad, adicionales al Juicio de Amparo, novedosos en nuestro país³²³, aunque muy antiguos en Europa y ya conocidos en algunas regiones de América Latina, se modificó la competencia del tribunal electoral federal en la materia, se rediseñó estructuralmente a la Suprema Corte y se creó el Consejo de la Judicatura.

Se trató, sin éxito, de introducir al sistema "difuso" de control tradicionalmente existente en México ciertas estructuras propias del sistema "concentrado" europeo, empezando por la idea de convertir a la Suprema Corte en un Tribunal Constitucional, alejándola del control de la legalidad, salvo en casos excepcionales en la pudiera ejercer su facultad de atracción, asignando ahora esta competencia, en última instancia, a los Tribunales Colegiados de Circuito.

La Suprema Corte fue reestructurada, pasando de 21 a 11 Ministros y dos Salas

³²² Fix Zamudo, Héctor, *La situación actual del poder judicial en México*, versión estenográfica de la conferencia impartida el 19 de julio de 2001 en el marco de los foros para la revisión integral de la Constitución, organizados por el Instituto Nacional de Estudios Históricos de la Revolución Mexicana.

³²³ Cabe señalar que en la redacción anterior a la reforma, en el artículo 105º constitucional aparecían unas controversias constitucionales muy limitadas en cuanto a su procedencia que unas cuantas veces se habían planteada sobre todo entre municipios.



integradas cada una por 5 de ellos, sin que el Presidente integre ninguna, aunque fungiendo también como cabeza del nuevo órgano de gobierno y administración del Poder Judicial Federal, es decir, el Consejo de la Judicatura.

Los Ministros son desde entonces, propuestos por el Presidente de la República al Senado en una terna aprobada por las dos terceras partes de votos para ejercer el cargo durante quince años, mientras que los integrantes del Consejo permanecen en él cinco años y son designados tres por el Pleno de la Corte, debiendo ser jueces o magistrados federales, dos por el Senado y uno por el Presidente de la República para sumar un total de siete.

Las principales deficiencias derivadas de la reforma constitucional de 1994-1995

Sería prolijo hacer referencia a todas las fallas estructurales que tenía el proyecto original de reformas constitucionales, aun cuando nos limitáramos a las que permanecieron en el que se aprobó finalmente³²⁴ por el Congreso de la Unión y por las legislaturas locales.

A manera de resumen, debe destacarse primero que una de las fallas genéricas consistió en proponer una mezcla de sistemas de control de la constitucionalidad que no permitía abandonar el modelo “difuso”, ni llegar al “concentrado”, sino crear una “mixto”, como se ha dicho recurrentemente,³²⁵ cuya indefinición e imprecisión se ha

³²⁴ Según lo expuesto por el candidato a Ministro de la Suprema Corte Mariano Azuela en su comparecencia ante el Senado en enero de 1995, al proyecto de reformas presentado por el Presidente Zedillo, los asesores de la Cámara de Senadores le hicieron 72 modificaciones, lo cual fue calificado por él mismo como algo inédito. El problema es que de esas observaciones sólo se atendieron unas 12 a lo sumo. Véase Covián, M. *El control de la Constitucionalidad en el Derecho Comparado*, CEDIPC, 2^o edición, 2002, capítulos XI y XII.

³²⁵ Fix Zamudio, H., *Idem*.



reflejado a lo largo de veintidós años en el cumplimiento parcial y muy limitado del objetivo esencial del control de la constitucionalidad, a saber: destruir los efectos anticonstitucionales del ejercicio del poder³²⁶.

Es suficiente, a manera de ejemplo, con centrar la atención en el diseño estructural original de las “acciones de inconstitucionalidad” y de las “controversias constitucionales”, las cuales han sido modificadas en diversas ocasiones en las últimas dos décadas, sin que se hayan podido corregir sus deficiencias más ostensibles.

Recordemos que las primeras corresponden al control abstracto de las normas generales previsto en Alemania, conocido como “recurso de constitucionalidad” en España, realizado a priori en Francia, también como control abstracto y llamado “juicio de legitimidad constitucional” en Italia, entre otros. Lo primero que salta a la vista es su deficiente denominación mediante el término “acciones”, el cual no aparece en ninguno de los países analizados, sencillamente, porque se trata de un recurso de control que se ejerce en vía de “acción”, situación que pone de manifiesto la confusión de quienes propusieron y aprobaron este término, entre el recurso y el medio procesal para aplicarlo.

En cuanto a su procedencia, las “acciones” del artículo 105º pueden interponerse sólo contra leyes y tratados internacionales, según la disposición literal de los diversos incisos de la fracción II de este precepto, salvo la inclusión del término “normas generales” en el inciso....., recientemente reformado en La Suprema Corte ha ampliado mediante diversas resoluciones la materia de procedencia del recurso a las llamadas “constituciones” locales de las entidades federativas, pero ha mantenido inmodificable su posición sobre la inadmisibilidad de las “acciones” contra reformas a la Constitución de la República. Como puede advertirse, este diseño contrasta

³²⁶ Covián Andrade, Miguel, *Fundamentos Teóricos del Control de la Constitucionalidad*, op. cit., pág. 6.



claramente con el de los sistemas europeos analizados, en los cuales el control abstracto procede en contra de todo tipo de normas generales y actos con fuerza de ley, como los decretos-ley, por ejemplo.

En Alemania, Italia, Francia y España, entre otros, además, las leyes de revisión constitucional son controladas por los tribunales y cortes constitucionales, a lo que debe agregarse que en los dos últimos países, los tratados internacionales se revisan *a priori*, inclusive los de Derechos Humanos, posibilidad que obviamente, no existe en nuestro país. No debe faltar el señalamiento sobre los sujetos autorizados para interponer el recurso. En México, salvo el Presidente y el Procurador de la República, los legisladores federales y locales, así como algunos órganos constituidos auxiliares como la CNDH, el INAI, sus correlativos locales y los partidos políticos, están limitados para impugnar una ley o un tratado, dependiendo de su intervención en su aprobación o de la materia de la que se trate, lo cual contrasta claramente con los sistemas europeos, en los cuales, prácticamente, los gobiernos y los órganos legislativos nacionales y locales, así como los órganos constituidos auxiliares y en algunos casos, las universidades públicas, pueden plantear el recurso de control abstracto ante los tribunales y cortes constitucionales.

Finalmente, en cuanto a los efectos de las sentencias, en México, por increíble que pueda parecer, en la Constitución federal en su artículo 105°, fracción II y en la ley que reglamenta las dos primeras fracciones de este precepto, se establece que para que una sentencia que invalida una norma general declarada anticonstitucional, tenga efectos definitivos *erga omnes*, se requieren ocho votos³²⁷ del Pleno de la Suprema Corte, determinándose expresamente que si una mayoría de seis o siete Ministros sobre los once considera que existe anticonstitucionalidad, la norma seguirá vigente!! Obviamente, en los sistemas europeos, los tribunales y las cortes constitucionales

³²⁷ En el proyecto original enviado por el Presidente Zedillo se planteaban 9 votos de 11!!



dejan sin valor las normas generales, con alcances definitivos, incluidas las leyes de revisión constitucional, por mayoría absoluta de votos, como aconseja la lógica más elemental.

En relación con las “controversias constitucionales”, la situación también es bastante deficiente desde que se aprobó el proyecto del Presidente Zedillo. Si se observa con atención, en los países europeos analizados, con independencia de la denominación de este medio de control de la constitucionalidad que por ejemplo, en España se identifica con los “conflictos positivos o negativos entre órganos” y en Alemania, sencillamente con los “conflictos entre los órganos del Estado”, lo que resulta obvio es que quienes pueden protagonizar estos juicios constitucionales por invasión de competencias, o por anticonstitucionalidad al ejercer sus atribuciones son los órganos constituidos del Estado, nacionales o provinciales, principales o auxiliares (conocidos en México como “organismos constitucionales autónomos”). Pues bien, como sabemos, en los distintos incisos de la fracción I del artículo 105º constitucional se señala que las “controversias constitucionales” pueden plantearse entre órganos constituidos federales, locales y municipales, en sus diversas combinaciones, pero también entre territorios que integran el la República Mexicana, incluida su forma de gobierno federal!!

En efecto, por inconcebible que pueda parecer, en este precepto se prevén las “controversias constitucionales” entre la Federación, un Estado y un Municipio, entre dos Estados, etc., etc., lo cual entre otras situaciones absurdas lleva a la necesidad de resolver la duda sobre quién representa a la “Federación” en un juicio constitucional y con ostenta esa calidad en el caso de un “Estado” de la República. Lo más obvio, según se puede observar en los diversos sistemas europeos estudiados, es que los conflictos constitucionales se producen entre órganos nacionales o provinciales, pero no entre zonas geográficas o porciones territoriales de un Estado.



No obstante, esto no es todo, sino hay más todavía. En cuanto a los efectos de las sentencias que resuelven estos conflictos entre órganos constituidos principales o auxiliares, el precepto en cuestión determina que si su materia es una norma general, la resolución tendrá alcances generales sólo si es aprobada por ocho votos y además, si el órgano demandante es de “mayor jerarquía” que el demandado, es decir, si la controversia fue planteada por un órgano federal contra uno local o municipal, o por uno local contra uno municipal!! Esto simplemente, jamás podría siquiera concebirse en Alemania, Italia, España, Francia, Rumania, Polonia, ni en ningún otro país europeo que tenga un sistema “concentrado” de control de la constitucionalidad. Es evidente que entre los órganos constituidos del Estado no se establecen jerarquías jurídicas, sino competencias constitucionales, de tal suerte que no es posible fundamentar en ningún precepto normativo que el gobierno federal sea superior a un gobierno local, toda vez que entre ellos existe autonomía y no subordinación.

Los cambios y los efectos de las reformas de 2011

El funcionamiento de este sistema de control caracterizado por estas fallas e insuficiencias se complicó todavía más a partir de las reformas constitucionales de junio de 2011, relativas al Juicio de Amparo y a los Derechos Humanos, cuyo contenido, al cual no nos referiremos aquí detalladamente por razones de espacio, es de sobra conocido. En cambio, lo que sí es necesario analizar es cómo y por qué estos cambios y adiciones han provocado una mayor confusión estructural y práctica en el sistema, no obstante los propósitos positivos que animaron su aprobación.

En términos teóricos, el primer efecto negativo de estas modificaciones fue la ampliación del parámetro de control de la constitucionalidad, como consecuencia de la redacción imprecisa de los párrafos primero y segundo del artículo 1º constitucional, en contraste con la falta de reformas al artículo 133º de la Ley Fundamental. El establecimiento en el primero de estos preceptos del reconocimiento



de los Derechos Humanos de fuente constitucional y convencional, sin aclarar la jerarquía normativa de los instrumentos internacionales, en el segundo de ellos, provocó que surgiera el concepto y la práctica judicial que hoy se identifica comúnmente con el término “control de la convencionalidad”.

Este concepto es la base de la confusión más significativa que se ha adicionado a las deficiencias originarias de nuestro sistema de control, como consecuencia de las reformas que nos ocupan. Sin duda, propuestas con muy buena intención, pero redactadas con muy poca fortuna, las modificaciones de 2011 introdujeron el “control de la convencionalidad” como sistema de protección de los Derechos Humanos, paralelo al control de la constitucionalidad, estableciendo la procedencia del Juicio de Amparo, como medio extraordinario de defensa de los gobernados en ambos casos.

En principio, la transformación del parámetro de control y la consecuente ampliación de la procedencia del Juicio de Amparo pueden parecer algo muy positivo y favorable para los gobernados, en la medida en que los Derechos Humanos reconocidos y protegidos por el sistema constitucional son mayores que los que existían antes. Si recordamos, en los sistemas constitucionales europeos analizados en esta investigación, los Derechos Humanos gozan de una doble garantía representada por el Derecho interno y por el Derecho comunitario. Sin embargo, en la Unión Europea, no obstante el nivel de integración jurídica, política y económica que caracteriza a los Estados soberanos que forman parte de ella, ahí no se perciben confusiones, ni contradicciones como las que existen en nuestro país, sin desconocer las diferencias y tensiones que se presentan entre los tribunales constitucionales y comunitarios a las que hemos hecho referencia en los capítulos previos. En cambio, la situación en México es muy distinta, en su condición de Estado soberano integrante del “Pacto de San José” y por ende, del Sistema Interamericano de Derechos Humanos.

En cuanto a las deficiencias de estas reformas constitucionales aprobadas en 2011,



resulta muy ilustrativa la opinión del Presidente del Colegio de Profesores de Amparo de la Facultad de Derecho de la UNAM, Dr. Luciano Silva, quien sostiene lo siguiente:

"Igualmente, del artículo 1º en estudio en el segundo párrafo existe una contradicción con el primero, en virtud de que en éste refiere "en los Estados Unidos Mexicanos todas las personas gozarán de los derechos humanos reconocidos en la Constitución y en los tratados internacionales en que el Estado Mexicano sea parte...", en tanto que en el segundo párrafo expresa: "las normas relativas a los derechos humanos se interpretarán de conformidad con la Constitución y los tratados internacionales de la materia"; más aún, en el citado artículo 103 constitucional, fracción I, menciona que el amparo procede cuando se violen derechos humanos reconocidos en la Constitución y garantías otorgadas para su protección en esta Constitución, así como por los tratados internacionales en que el Estado mexicano sea parte; como se observa el artículo 103 de la norma suprema que es el fundamento constitucional del amparo, restringe la tutela de derechos humanos, contrariando el artículo 1º, párrafo segundo, ya que los quejosos que promuevan este juicio no podrán invocar tratados internacionales sobre derechos humanos que amplíen o complementen los contemplados en la Constitución en que el Estado mexicano no sea parte¹⁵, ni los principios generales del Derecho internacional que son fuente esencial de los tratados sobre derechos humanos, menos aún las resoluciones y opiniones sobre la materia de los relatores de la ONU y otros organismos internacionales; máxime que existe una infinidad de tratados internacionales en la materia, lo que además de demostrar lo contradictorio de la reforma, denota una ambigüedad si consideramos que en el derecho internacional hay sinnúmero de tratados sobre derechos humanos en los que México no es parte, por ello estimamos conveniente que en la ley secundaria que ordena la parte transitoria de la reforma de 10 de junio de 2011 que nos ocupa, debe precisarse que se trata de los derechos humanos contemplados en el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, la Convención Americana de Derechos Humanos y Protocolo Adicional a la Convención Americana de Derechos Humanos, también conocido como Protocolo de San Salvador, porque en estos instrumentos se aglutinan los derechos humanos que prácticamente se contemplan en los diversos tratados internacionales de la materia".³²⁸

Adicionalmente, otro efecto negativo de estas reformas es precisamente la confusión que se ha provocado en cuanto a la obligatoriedad de las resoluciones de la Corte Interamericana de Derechos Humanos para el Estado mexicano y para sus órganos constituidos, particularmente, para la Suprema Corte de Justicia de la Nación, la cual es el órgano supremo facultado para ejercer el control de la constitucionalidad. Sólo para ilustrar las imprecisiones que se han presentado en nuestro país en los últimos

³²⁸ Silva Ramírez Luciano, *Reflexiones sobre la reforma constitucional en materia de Derechos Humanos*, Revista de la Facultad de Derecho de México, UNAM, México, No. 261, 2014, páginas 480 y 481.



años, cabría preguntarse si nuestro tribunal supremo es también, el órgano de última instancia en materia del llamado “control de la convencionalidad”, o si esa posición la ocupa la Corte Interamericana de Derechos Humanos.

Este aspecto tendría que resolverse, como cuestión previa, para poder definir si las sentencias de esta corte obligan a la Suprema Corte de nuestro país, aspecto que puede resolverse a favor, en el ámbito teórico, con cierta sencillez, pero no tan fácilmente en el terreno de la práctica judicial, en el cual por cierto, hay quienes sostienen una posición extrema consistente en señalar que la obligatoriedad se extiende a la jurisprudencia de la Corte Interamericana, a los criterios de sus jueces y a sus opiniones consultivas.

A todo lo anterior, es necesario agregar las dudas e imprecisiones que prevalecen en el ámbito judicial sobre la jerarquía de los tratados internacionales en materia de Derechos Humanos, aspecto directamente relacionado con el de la obligatoriedad de las resoluciones de origen externo, en torno al cual la Suprema Corte ha emitido una serie de criterios jurisprudenciales derivados de diversos expedientes, principalmente, los identificados como “Varios 912/2010”, “Varios 489/2010” y “Varios 1396/2011”, entre otros, antes y después de las reformas que nos ocupan, en los cuales, esencialmente, sostiene la jerarquía superior de los tratados sobre las leyes, su subordinación a la Constitución, su rango constitucional cuando se refieren a los Derechos Humanos, pero respetando siempre los condicionamientos y las limitaciones que establecen las normas constitucionales en la materia, por lo cual, aun en este ámbito, el más alto tribunal del país confirma la prevalencia de la Constitución sobre los instrumentos internacionales.

En cualquier caso, lo único claro en torno a toda esta confusión, la cual sólo hemos tratado de ejemplificar mediante la referencia a los elementos antes expuestos, es que nuestro sistema de control es cada vez más inextricable e ineficiente, lo cual afecta



negativamente al Estado de Derecho, la seguridad jurídica y la adecuada protección de la Ley Fundamental, cuyo centenario habría sido una invaluable oportunidad para corregir muchas de sus deficiencias, entre las que destaca sin duda, el sistema mexicano de control de la constitucionalidad, cuya reestructuración es imprescindible.

El sistema de control de la constitucionalidad veintidós años después de la reforma de 1995

A partir de lo expuesto en los párrafos precedentes y tomando como punto de referencia la reforma constitucional de 1995, es posible sostener que el sistema mexicano de control de la constitucionalidad vigente se ha rediseñado y transformado gradualmente, a lo largo de veintidós años, mediante muy diversas modificaciones, tres de las cuales contienen los elementos definitorios de su estado actual, a saber: a) la de diciembre de 1994 que se reglamentó y puso en práctica en 1995; b) la del 6 de junio de 2011 relativa al Juicio de Amparo; y c) la del 10 de ese mismo mes y año, en materia de Derechos Humanos.

Ahora bien, una vez resumidas y analizadas brevemente estas tres reformas en cuanto a sus contenidos, deficiencias y carencias, cabe plantearse la pregunta sobre el estado actual de nuestro sistema de control de la constitucionalidad. ¿Qué sistema tenemos y cuáles son los elementos estructurales que deben ser agregados y substituidos -- con independencia de los avances logrados --, a efecto de que funcione adecuadamente?

En cuanto a lo primero, hay quienes sostienen que ya tenemos un sistema “concentrado”, combinado con uno “difuso”, en cierto sentido, o bien quienes lo denominan comúnmente, como un sistema “mixto”. A esta clasificación general, se adicionan otros planteamientos sobre su naturaleza, considerando que es “concentrado” a nivel federal, pero “difuso” en el ámbito local, o en su caso, en relación



con el recurso de control que se utilice y con el parámetro o medida del control, es común escuchar que cuando se resuelven las “acciones” y las “controversias” es control de la constitucionalidad “concentrado”, mientras que si se trata del Juicio de Amparo es “difuso” y en cambio, si lo que se revisa es la validez de un acto con relación a un tratado internacional en materia de Derechos Humanos, entonces se aplica el “control de la convencionalidad”, el cual es “difuso”.

Se pueden multiplicar los criterios y las conclusiones sobre el sistema de control que tenemos en nuestro país, pero lo importante es destacar que si existen tantas dudas y opiniones es porque sus estructuras, su distribución de competencia y su puesta en práctica no son los idóneos, lo cual provoca que sus resultados tampoco lo sean. ¿Alguien tendrá alguna duda sobre la naturaleza y el tipo de los sistemas de control de Alemania, Italia, España, Francia, Portugal, Polonia, Rumania, la República Checa, Hungría, etc., etc.? Lo que eventualmente se discute allá es si cierta clase de elementos o estructuras los desnaturalizan como sistemas claramente “concentrados” de control, tales como la “cuestión de constitucionalidad” en Italia y este mismo recurso, recientemente incorporado al sistema francés, a los cuales se hizo referencia en el capítulo anterior.

En el caso de México, el desorden y la confusión son cada vez mayores, no sólo en términos teóricos y normativos, sino, lo que es más preocupante, en el ámbito de la aplicación de la justicia. Sólo pensemos que además de las evidentes deficiencias con las que nació el actual sistema de control en 1995, las cuales se podrían considerar congénitas, actualmente padece muchas otras que se han acumulado gradualmente, a lo largo de más de dos décadas y particularmente, desde 2011, las cuales podrían denominarse adquiridas. Esta mezcla incongruente de estructuras mal diseñadas e insuficientes arroja como resultado un sistema de control claramente “difuso”, al que se han incorporado ciertas estructuras del sistema “concentrado” y que en términos



prácticos, es notoriamente ineficiente en el cumplimiento de su objetivo fundamental que es la protección integral de la Constitución del Estado.

Adicionalmente, a partir de las reformas en materia de Amparo y Derechos Humanos de 2011 se han introducido en el sistema de control y en la práctica judicial, elementos teóricos y criterios de interpretación altamente distorsionadores y confusos, de los cuales son claros ejemplos estos dos, a saber: a) el “bloque de constitucionalidad”; y b) el “control de la convencionalidad”. Estos términos y su respectiva aplicación en la impartición de justicia, al cabo de sólo seis años, han sentado sus reales en nuestro acervo conceptual y jurisprudencial, de tal manera tan sólida que a la mayoría de los abogados y jueces les parecen tan naturales, como indiscutibles, sin preocuparse por darles un mínimo de sentido racional y coherencia normativa con los fundamentos de nuestro sistema constitucional, ni con los principios más elementales del Estado soberano y de su orden jurídico interno.

Se sostiene y lo que es peor, se aplica cotidianamente, la idea de que la Constitución mexicana y los tratados internacionales en materia de Derechos Fundamentales firmados y aprobados por nuestro país integran ese “bloque de constitucionalidad”, el cual constituye, según esta postura, el parámetro tanto del control de la constitucionalidad, como del de la “convencionalidad”, tratados a los que se confiere, por ende, mediante una interpretación a modo de la Constitución, jerarquía constitucional, sin haber pasado, recuérdese, por ningún procedimiento legislativo, no ordinario (artículo 72º), ni extraordinario (art. 135º). Sólo considérese lo señalado en esta materia, en párrafos previos, en los casos de los países europeos analizados. En ninguno de ellos, ni por distracción, se configura un “bloque de constitucionalidad” entre la Constitución y los tratados de Derechos Humanos, a menos que se incluyen éstos expresamente en sus normas mediante el procedimiento de revisión constitucional, sencillamente, porque los instrumentos internacionales, sin importar



su materia, están jerárquicamente subordinados a la Ley Fundamental y son objeto de control de la constitucionalidad, *a priori* o *a posteriori*. Lo más paradójico es que la expresión “bloque de constitucionalidad” es de origen europeo, particularmente francés, pero obviamente, tiene una connotación distinta a la que se le da en nuestro país³²⁹.

En suma, con base en las anteriores consideraciones, en lo señalado en el apartado anterior y en muchos otros argumentos que por razones de espacio no se mencionan, parece incontrovertible que nuestro sistema de control de la constitucionalidad necesita una profunda transformación, cuyo propósito esencial debe ser el de crear las condiciones estructurales para cumplir con su objetivo fundamental, a saber: proteger íntegramente a la Constitución mediante la destrucción de los efectos de cualquier norma general, acto u omisión contrario material o formalmente, a los fundamentos y fines del Estado, así como a las instituciones establecidas en su régimen de gobierno, de quienes ejercen el poder, regulado jurídicamente en las normas constitucionales³³⁰.

NECESARIA REESTRUCTURACIÓN DEL SISTEMA MEXICANO DE CONTROL DE CONSTITUCIONALIDAD

Explicación y justificación del porqué se necesita un sistema concentrado de control de la constitucionalidad en nuestro país

En términos concisos, es posible afirmar que desde hace veintidós años nuestro sistema de control de la constitucionalidad ha sido transformado con la intención expresa o implícita de transitar del modelo “difuso” al modelo “concentrado”. Sin embargo, como puede advertirse de lo anteriormente expuesto, actualmente no corresponde a ninguno de los dos, sino a una mezcla de ambos, la cual podría parecer

³²⁹ Covián Andrade, Miguel, *El control de la constitucionalidad en el Derecho Comparado*, CEDIPC, México, 2002, en diversos capítulos y *Fundamentos teóricos del control de la constitucionalidad*, CEDIPC, México, 2010, capítulo I.

³³⁰ Ídem.



hipotéticamente útil bajo la premisa de que sería posible recoger las ventajas de ambos sistemas y combinarlas armoniosamente, en aras de la protección de la Constitución y de los Derechos Fundamentales.

No obstante, el sistema “híbrido” que hoy tenemos no se ha visto reflejado en la existencia y el funcionamiento órganos jurisdiccionales y medios de defensa aptos para lograr esos objetivos, sino en una intrincada e incoherente combinación de estructuras que lejos de complementarse ordenadamente, representan una mescolanza ineficiente y a veces, contraproducente.

Nada más natural si tomamos en cuenta que la introducción de los recursos de control propios del sistema concentrado tienen vicios de origen que desde hace más de dos décadas no se han corregido, sino sólo se han modificado a través de paliativos estructurales que no se armonizan mediante la reestructuración global del modelo de control, lo cual ha ocasionado que a cada reforma eventualmente necesaria, corresponda una nueva confusión o contradicción con las estructuras existentes, cuyas deficiencias permanecen incólumes.

Un par de ejemplos ilustran suficientemente lo anterior. Cuando se reformó el artículo 105º constitucional, fracción II, para establecer la posibilidad de que el Presidente de la República impugne normas generales, lo cual es correcto, no se modificaron los demás incisos de esta fracción en los que se señala que los diversos actores legitimados para interponer una “acción de inconstitucionalidad” sólo pueden hacerlo en contra de leyes y tratados internacionales. Lo absurdo del caso es que el titular del ejecutivo federal es el que emite otro tipo de normas generales, como los reglamentos derivados de las leyes y los decretos en el caso de emergencias, previstos en el artículo 29º constitucional. Entonces, surge de inmediato la pregunta: ¿No deberían estar



legitimados para combatir estas normas generales, más bien, los órganos legislativos, por ejemplo? Porque la lógica más elemental nos dice que el gobierno federal no va a impugnar sus propios actos.

Y en directa relación con lo anterior, en materia de legitimación, también se han ampliado las posibilidades tratándose de las “controversias constitucionales”, previstas en la fracción I del mismo precepto constitucional, las cuales ahora pueden interponer, con ciertas limitaciones, los llamados “organismos autónomos”, algunos de los cuales son considerados igualmente, en la fracción II. Sin embargo, las “controversias constitucionales” proceden contra “disposiciones generales”, de tal manera que éstas y las “normas generales” señaladas en la fracción II, pueden ser combatidas por los mismos sujetos, mediante recursos diferentes. En suma, un reglamento, por ejemplo, debe ser considerado “disposición general”, o “norma general”, a efecto de saber cuál es el medio idóneo para cuestionarlo, porque de eso depende si un organismo autónomo puede impugnarlo o no, dependiendo de la fracción de este precepto que se aplique.

Esta verdadera maraña estructural es absurda, porque lo que debería establecerse es que las normas generales, en cualquiera de sus variantes, deben revisarse mediante el control abstracto, mientras que los conflictos entre órganos deben reservarse para los actos concretos o las omisiones.

Estos son sólo dos ejemplos del estado actual de nuestro sistema de control de la constitucionalidad -- adicionales a los aspectos que se han señalado en otros apartados --, cuya eficiencia y eficacia difícilmente pueden ser las esperadas en estas condiciones. Consecuentemente, por estas y muchas otras razones, lo que proponemos es una especie de “borrón y cuenta nueva”, con el propósito de diseñar



adecuadamente desde el principio, los fundamentos y las estructuras de un sistema concentrado de control de la constitucionalidad, encabezado por un Tribunal Constitucional y sustentado en los recursos de control necesarios y bien definidos, a efecto de cumplir con su objetivo esencial, a saber: la protección integral de la Constitución del Estado.

Consecuentemente, en los siguientes apartados de este capítulo desarrollaremos nuestra propuesta en lo relativo a la integración y a la competencia del Tribunal Constitucional, así como al diseño y aplicación de los recursos de control de la constitucionalidad.

El órgano encargado de ejercer la función de control de constitucionalidad

A partir de lo anteriormente expuesto, proponemos la creación de un Tribunal Constitucional, conforme al esquema del control “concentrado”, con características basadas en el modelo de los tribunales y cortes constitucionales europeos competentes en la materia.

En forma resumida, éstas son las características del Tribunal Constitucional de la República Mexicana dentro del sistema “concentrado” de control que substituiría al actual:

- A) El Tribunal Constitucional será un órgano jurisdiccional dotado de atribuciones expresas y de un ámbito competencial excluyente;



- B) Su organización y estructura corresponderán a las de los órganos encargados de ejercer la función de control de la constitucionalidad de los sistemas de jurisdicción constitucional “concentrada”;
- C) Sus resoluciones serán definitivas para todos los órganos del Estado federales y locales;
- D) Se trata de un tribunal autónomo de los demás poderes constituidos sin relaciones de supra subordinación, sino de coordinación y colaboración en el marco de los principios generales de separación de funciones;
- E) Será el intérprete supremo de la Constitución con jurisdicción única y extensiva a todo el territorio del Estado, dotado de la competencia necesaria para cumplir su función de control y por medio de ella, de protección integral de la Ley Suprema;
- F) El Tribunal Constitucional conocerá de manera excluyente, de todos los recursos de control de la constitucionalidad y del juicio de Amparo, en tanto el Poder Judicial de la Federación se encargaría de realizar las funciones relativas a la justicia de legalidad;
- G) La Suprema Corte actuaría como Tribunal Superior de última instancia en materias de jurisdicción ordinaria y se incluiría en su ámbito competencial el desahogo de todos aquellos juicios y recursos en las materias administrativa, laboral, penal, civil, mercantil y en las especializadas que procedieran contra resoluciones de tribunales inferiores o que fuera indispensable agotar para que fuese procedente el Juicio de Amparo. La Suprema Corte conservaría también aquellas facultades que actualmente tiene y que no se relacionan con el juicio de Amparo;
- H) La Suprema Corte emitiría la jurisprudencia obligatoria sobre cuestiones de legalidad:



- I) La jurisprudencia de la Suprema Corte sería obligatoria para todos los tribunales federales y los locales, excluido el Tribunal Constitucional;
- J) Las sentencias de este Tribunal Constitucional vincularían a todos los tribunales, incluida la Suprema Corte;
- K) Consecuentemente, el control de la constitucionalidad y el control de la legalidad estarían totalmente separados, correspondiendo ejercer el primero al Tribunal Constitucional y el segundo al Poder Judicial Federal.

Composición del tribunal constitucional federal

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

Igualmente, es necesario un cambio de fondo en cuanto los requisitos para ser Ministro y para su designación. Los actuales requisitos para ser Ministro de la Suprema Corte deben mantenerse para los jueces constitucionales, pero exigiéndose también una capacitación y especialización en materia constitucional. El término "Ministro" se reservará para ellos, pasando a ser Magistrados de la Corte Suprema los integrantes del actual tribunal más alto del país. Por lo tanto, los Ministros del Tribunal Constitucional deberán:

- a) Tener estudios de posgrado y especialización en la rama específica del Derecho Constitucional, haber impartido cátedra en la materia y/o haber realizado



trabajos de investigación y publicación comprobables, al menos durante diez años ininterrumpidos anteriores a su designación; y

- b) Acreditar un curso de prácticas procesales en caso de no tener experiencia judicial, en el fuero federal o en el fuero común, en cualquier materia.

En cuanto a este aspecto, reconocidos estudiosos han prepuesto requisitos coincidentes con los anteriores, a saber:

“Quizás otro factor que a nuestro juicio es de trascendencia para la independencia del Poder Judicial de la federación y consolidación de la Corte como tribunal constitucional, es el relativo a los requisitos que deben de colmar los miembros de la Corte; en efecto, estimamos que resulta de gran importancia adicionar otros requisitos más que los que ya contempla el artículo 95 constitucional para ser ministro del alto tribunal y dentro de ellos, los siguientes:

1. Los aspirantes al cargo deben ser juristas destacados en el ejercicio de la profesión, profesores titulares por oposición de derecho constitucional y juicio de amparo, y tener el grado de doctor en derecho en el ramo, o haber sido magistrado de circuito con un mínimo de antigüedad de 15 años y contando cuando menos con la especialidad en derecho constitucional.
2. Aprobar los exámenes públicos de oposición ante el Congreso de la Unión quien designará a los miembros del jurado calificados, el que estará integrado básicamente de académicos e investigadores de derecho, prevalentemente, constitucional, juicio de amparo y procesal constitucional.
3. Así también, es conveniente, que los miembros de la Corte en su función de tribunal constitucional acrediten una antigüedad en el ejercicio de la profesión de veinte años; requisito éste que complementa y amplía el contemplado en la fracción III del 95 constitucional en cuestión”³³¹.

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

³³¹ Silva Ramírez Luciano, *El control judicial de la constitucionalidad y el juicio de amparo en México*, Porrúa, México, 2008, págs 130 y 131.



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

Reestructuración de los medios de control de la constitucionalidad

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

Las Acciones de Inconstitucionalidad

- a) Se debe corregir la denominación de este recurso, substituyendo el término “acciones de inconstitucionalidad” por el de “control abstracto de las normas generales”;
- b) El objeto o la materia del recurso debe precisarse para que exista la posibilidad de impugnar *cualquier norma general o acto que tenga estos alcances* y no sólo las leyes y los tratados internacionales;
- c) Es necesario ampliar el elenco de sujetos autorizados para interponer este recurso, incluyendo a las universidades públicas e instituciones públicas de educación superior, a un 1% de los ciudadanos inscritos en el padrón electoral, a los gobiernos y legislaturas federal y locales sin limitarlas sobre la base de su



intervención en la aprobación de la norma y a los diversos organismos constitucionales autónomos;

- d) Debe eliminarse el plazo para presentar el recurso porque los treinta días naturales que prevé la Constitución no tienen ningún fundamento lógico toda vez que la norma general es permanente y también debe serlo la posibilidad de impugnarla; y
- e) La votación calificada de ocho votos para eliminar la norma general y expulsarla del sistema jurídico es absurda. Lo correcto es que sea suficiente el voto de la mayoría de los miembros de la Suprema Corte para que la norma anticonstitucional deje de ser válida.

Las Controversias Constitucionales

- a) El recurso debe denominarse “conflictos entre órganos y organismos constituidos”, los cuales abarcarán los que deriven de la invasión de competencias y los que se susciten por la anticonstitucionalidad de su ejercicio;
- b) Es necesario establecer los posibles casos de conflictos entre órganos y organismos, en sus diversas hipótesis, pero no entre espacios o zonas territoriales;
- c) El recurso debe ser procedente en contra de actos concretos o de omisiones, pero no de normas generales, para lo cual existirán otros recursos de control;
- d) Las sentencias se deben aprobar por mayoría absoluta de votos y no por ocho votos o alguna otra mayoría calificada; y
- e) Los efectos de las sentencias serán particulares, anulando los actos y las omisiones de los órganos y organismos constituidos que sean contrarios a la Constitución y no dependerán de la supuesta jerarquía del órgano que promueva el recurso porque ésta no existe entre ellos.



El Juicio de Amparo y la materia electoral

Al proponer la creación de un tribunal constitucional y un sistema concentrado de control de la constitucionalidad, la estructura que actualmente tiene el juicio de amparo tendría que modificarse conforme a los siguientes elementos generales:

- a) Tendrían que reformarse los artículos 1º, 14º, 16º, 103º y 107º de la Constitución de la república y expedirse una nueva ley reglamentaria para que este medio de defensa se diseñe como recurso de control concreto de la constitucionalidad y deje de ser utilizado en el ámbito del control de la legalidad;
- b) Rediseñadas las competencias del Tribunal Constitucional y de los tribunales de legalidad, encabezados por la Suprema Corte, el Juicio de Amparo sería procedente contra actos concretos y omisiones de gobierno, de administración y judiciales que infrinjan los Derechos Fundamentales, pero no contra normas generales, las cuales se impugnan en abstracto, mediante el control abstracto, o bien, el control concreto a través de la “cuestión de constitucionalidad” a la que se hará referencia en el siguiente apartado;
- c) El control de la legalidad debe revisarse en última instancia en vía de casación por la Suprema Corte, mientras que el Juicio de Amparo será parte de la competencia del Tribunal Constitucional;
- d) Los efectos de las sentencias deben ser particulares porque la materia del juicio va a ser un acto concreto o una omisión.
- e) La misma diferenciación entre constitucionalidad y legalidad se debe hacer en materia electoral, de tal manera que los recursos de control de la constitucionalidad que actualmente tiene la Sala Superior del Tribunal Electoral deben pasar a la competencia del Tribunal Constitucional y los de legalidad permanecerían a cargo de este órgano jurisdiccional especializado, como última instancia de legalidad.



La cuestión de constitucionalidad

Adicionalmente, es necesario complementar estos recursos reformados en el sentido propuesto, los cuales junto al Juicio de Amparo y a los medios de defensa en materia electoral integran el sistema de control de la constitucionalidad, incluyendo una nueva estructura que se denomina “cuestión de constitucionalidad”.

Se trata de un medio de control de la constitucionalidad de las normas generales en concreto, lo cual ya no se haría por medio del Juicio de Amparo, sino de este nuevo recurso que existe en Alemania, Italia, España y desde hace poco tiempo, también en Francia y en otros sistemas europeos. La razón de esta propuesta es que los efectos de las sentencias en el Juicio de Amparo son particulares y por ende, no logran expulsar en definitiva del sistema jurídico a las normas generales una vez que se determina su anticonstitucionalidad, no obstante que con las reformas de 2011 este efecto pretende lograrse mediante la jurisprudencia por reiteración.

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

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

Al substanciarse el juicio, el juez de la causa, o alguna de las partes, considera que alguna de las normas que se aplican es contraria a la constitución, situación que



motiva la interposición del recurso ante el Tribunal Constitucional, siempre por conducto del juez de legalidad, el cual por decisión propia o a petición de parte, eleva la “cuestión”, o “pregunta” al Tribunal Constitucional. En el caso de que el Tribunal Constitucional resuelva en única instancia que la norma es anticonstitucional, ésta no podrá aplicarse más en el proceso concreto, ni en ningún otro. En caso contrario, el procedimiento continuará, sin perjuicio de que las partes empleen después de dictada la sentencia del juez *a quo* todos los recursos de legalidad que correspondan en cada caso para inconformarse en contra de ella. La sentencia del Tribunal Constitucional se referirá exclusivamente a la conformidad o inconformidad de la norma general con la Constitución, sin entrar al fondo del asunto de legalidad. Los efectos de la sentencia sobre la norma general serán definitivos, oponibles a todas las autoridades, es decir *erga omnes*, anulando la norma respectiva.

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

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



una “cuestión de constitucionalidad” declarada notoriamente improcedente por esta instancia.

Estos cambios de fondo, relativos a la organización y estructura del órgano encargado del control de la constitucionalidad, así como al rediseño de los medios de control existentes y a la adición de otros complementarios, conforman el fundamento del nuevo sistema de control de la constitucionalidad que proponemos para nuestro país, a partir del modelo “concentrado” o “europeo” de control, encabezado por un tribunal constitucional, cuya competencia sería excluyente de cualquier otro órgano jurisdiccional, incluida la Suprema Corte, la cual se convertirá en el máximo tribunal de legalidad, sin intervención alguna en materia de control de la constitucionalidad, el cual se ejercería de manera mucho más eficiente técnicamente y con mejores resultados prácticos, todo lo cual redundaría en una más eficaz protección de la Constitución y de los Derechos Humanos reconocidos en ella y en los tratados internacionales firmados por México, los cuales, a su vez, tendrían que incorporarse a nuestro sistema jurídico de manera ordenada, mediante la aplicación del procedimiento legislativo ordinario o extraordinario, según correspondiera en cada caso.



CONCLUSIONES

PRIMERA. - El control de la constitucionalidad, conceptual y estructuralmente, tiene que estudiarse y analizarse en relación directa con elementos inherentes a los sistemas constitucionales democráticos, tales como Estado de Derecho, supremacía constitucional, democracia social, Constitución del Estado, normas constitucionales, control de la legalidad y bloque de constitucionalidad. En el Estado de Derecho, entendido como la sujeción del ejercicio del poder a un ordenamiento jurídico que lo organiza y delimita orgánicamente, la supremacía constitucional significa que dentro del sistema de normas, la Constitución política se ubica en la cúspide jurídica, a partir de la cual, las leyes y todos los actos que ejercen los órganos públicos deben sujetarse formal y materialmente, a lo que ella determina. En un Estado democrático de Derecho, en el cual, el poder político se sujeta al orden jurídico y los límites a su ejercicio se fijan en la distribución de competencias y en la eficaz protección de los Derechos Fundamentales individuales y sociales, es indispensable el diseño y la eficiencia de sistemas de control de diversa naturaleza, tales como de legitimidad, de responsabilidad de los servidores públicos, de legalidad y de constitucionalidad.

SEGUNDA.- En el sistema de control de la constitucionalidad, la Constitución es el parámetro de control del ejercicio del poder, el cual no debe considerarse simplemente como un conjunto de normas jurídicas supremas, sino como la definición esencial de la organización del poder en la que se establecen sus fundamentos, sus principios, sus valores y sus objetivos, institucionalizados en estructuras de gobierno y expresados en normas constitucionales que están contenidas en la mayoría de los casos, en un texto escrito. En tales condiciones, a la esencia constitucional integrada



por la decisión sobre el tipo de Estado y la forma de gobierno, corresponde, en los sistemas de Derecho escrito, un conjunto de normas de jerarquía constitucional, las cuales contienen esos elementos esenciales, principalmente, y algunos más a los que se confiere ese rango mediante la denominada rigidez constitucional. La rigidez constitucional implica que las normas constitucionales sólo pueden modificarse mediante leyes constitucionales, las cuales se aprueban a través de procedimientos legislativos complejos y distintos a los que se utilizan para crear las leyes ordinarias, sometiéndose a un referéndum cuando su contenido incide en la esencia constitucional, caso en el que la rigidez constitucional se denomina agravada.

TERCERA. - La competencia de los jueces constitucionales tiene como punto de partida el parámetro de control, es decir, la Constitución del Estado. Esta verdad evidente no resulta tan clara en el momento del ejercicio del control, no sólo porque la Constitución a veces no se entiende en los términos planteados, sino porque su protección mediante la verificación de la constitucionalidad del ejercicio del poder implica una interpretación de las normas constitucionales y simultáneamente, de los actos y las omisiones sujetas a control. La interpretación constitucional tiene una especificidad que la diferencia de la exégesis jurídica común o de legalidad, pues como lo señaló Kelsen desde hace casi cien años, el juez constitucional tiene que aplicar las normas jurídicas más abstractas y generales, lo cual dificulta el entendimiento y la aplicación de sus contenidos. Contemporáneamente, frente a los criterios de interpretación tradicionales de las normas constitucionales basados en la aplicación del silogismo jurídico, han cobrado fuerza las ideas de las corrientes alternativas del Derecho, conforme a las cuales los jueces en general, y los jueces constitucionales, en particular, no sólo deben aplicar las normas (constitucionales), sino integrarlas, lo que equivale a decir, en un extremo, crearlas, substituyendo en mayor o menor grado al



legislador y apartándose en gran medida, de los fundamentos teóricos y las prácticas correlativas de la ciencia constitucional.

CUARTA. - No sólo en materia de interpretación constitucional, sino también en lo relativo a la eficacia del sistema de control respectivo, es muy importante establecer con claridad la diferencia entre el control de la constitucionalidad y el control de la legalidad. El primero se refiere a la verificación de la correspondencia entre el ejercicio del poder y la Constitución, mientras que el segundo alude a la compatibilidad de los actos de autoridad y las leyes. El parámetro, en un caso, es la Constitución, mientras que en el otro, es la ley. No es posible, por ende, ampliar o modificar estos parámetros discrecionalmente, como ocurre en el caso de México, cuando se emplea y se aplica el concepto de "bloque de constitucionalidad". Éste sólo puede existir cuando las normas constitucionales expresamente le confieren vigencia a determinadas normas de esa jerarquía, previamente existentes a la expedición de la Constitución vigente, contenidas en leyes fundamentales anteriores, o bien, cuando mediante una ley constitucional (reforma a la Constitución), una norma jurídica se introduce en la Constitución, pero nunca a través de interpretaciones ambiguas o discrecionales de las normas jurídicas realizadas por los jueces constitucionales. Entre otras razones, por eso la competencia de control de la constitucionalidad debe asignarse a un Tribunal o Corte Constitucional, conforme al modelo concentrado de control, en el cual sus facultades se ejercen de manera excluyente, es decir, sin que ningún otro órgano jurisdiccional pueda bajo ninguna circunstancia, actuar en la materia, de tal manera que sólo este órgano pueda determinar, con base en el parámetro de control, es decir, la Constitución, expresada en las normas constitucionales (con las normas adicionales del "bloque", si fuera el caso), cuáles actos u omisiones son constitucionales o cuáles, en cambio, deben ser invalidados por la instancia única de control de la constitucionalidad.



QUINTA. - Los tribunales y las cortes constitucionales, cualquiera que sea su denominación, son instancias jurisdiccionales únicas y especializadas, situadas fuera de las estructuras del aparato judicial de legalidad, organizadas para conocer de los juicios de constitucionalidad derivados de la integración de los órganos constituidos y del ejercicio del poder en sus ámbitos competenciales, dotadas de atribuciones excluyentes, aunque no exclusivas. Esto significa que sólo un tribunal o una corte conoce del control de la constitucionalidad, sin intervención de ninguna otra instancia (excluyente), aunque si así lo determinan las normas constitucionales y las leyes, también pueden resolver cuestiones que no se refieran a esa materia (no exclusiva). En cambio, lo que no puede ocurrir es lo contrario, es decir, que un tribunal o corte de legalidad, así sea el supremo o de última instancia, pueda intervenir en un juicio de legalidad, lo cual se debe a que una de las características estructurales básicas de la existencia de un tribunal constitucional en un sistema “concentrado” de control es la separación y diferenciación claras del control de la constitucionalidad y del control de la legalidad.

SEXTA.- La importancia de estos tribunales y estas cortes en los sistemas constitucionales europeos, sobre todo a partir de la conclusión de la Segunda Guerra Mundial, puede entenderse en tres grandes vertientes que prácticamente en todo el continente (Europa occidental y oriental) se han desarrollado paralelamente, en los últimos setenta años, a saber: a) instancias jurisdiccionales que en el marco del sistema “concentrado” de control protegen integralmente a la Constitución del Estado; b) tribunales que garantizan la vigencia de los Derechos Fundamentales; y c) órganos jurisdiccionales que por medio de su trabajo de interpretación del sistema jurídico interno y del comunitario, emiten criterios jurisprudenciales que determinan las



condiciones y los límites de la aplicación de las normas de Derecho internacional en el ámbito territorial soberano de cada Estado, preservando de esta manera el principio de supremacía constitucional. Especialmente, merecen una mención los casos del Tribunal Constitucional Federal en Alemania y la Corte Constitucional en Italia, los cuales han sentado una sólida jurisprudencia en cuanto a los “límites de la cesión de derechos de soberanía” (Alemania) y la “teoría de los contralímites” (Italia), la cual ha orientado la postura de muchos tribunales y cortes constitucionales europeos en la materia (España, Francia, Portugal, Rumania, Polonia, República Checa, etc., etc.).

SÉPTIMA. - Entre otros aspectos muy importantes relativos a la integración de estos tribunales y estas cortes constitucionales destacan su composición interna, los mecanismos de designación de sus miembros, las estructuras que garantizan su independencia y el tipo de sentencias que emiten. Estos órganos jurisdiccionales normalmente están integrados por pocos jueces o magistrados (desde tres y menos de veinte, lo cual se explica a partir de la especialización de su competencia), quienes deben contar con experiencia judicial, sobre todo en el ámbito administrativo, o bien, ser postulantes o profesores universitarios en las escuelas de Derecho con determinada antigüedad (entre quince y veinte años, en promedio), particularmente en el ámbito del Derecho público. Si bien se perciben variantes de un caso a otro, las reglas generales son constantes en cuanto a que su designación se asigna a varios órganos constituidos (Cámaras representativas, Parlamentos, Gobiernos, Jefes de Estado, Consejos Judiciales), a efecto de evitar su dependencia de uno solo y su independencia se garantiza mediante su inamovilidad durante el período del cargo y la incompatibilidad con otros cargos públicos.



OCTAVA. - Estos órganos emiten sentencias que determinan la constitucionalidad o anticonstitucionalidad de los actos y omisiones de los poderes públicos, las cuales tienen efectos a partir del tipo de determinación sujeta a control (particulares o generales) y se clasifican conforme a diferentes criterios. A manera de ejemplo, en cuanto al sentido de la resolución, existen las sentencias “estimatorias” que declaran la anticonstitucionalidad y las “desestimatorias” que determinan la constitucionalidad del acto u omisión que se revisa, así como las retroactivas (*ex tunc*) o no retroactivas (*ex nunc*) en cuanto a sus alcances en el tiempo. Igualmente, existe una amplia tipología de las sentencias desde el punto de vista de los criterios de interpretación jurídica que aplican los tribunales y cortes constitucionales para decidir sobre la constitucionalidad o anticonstitucionalidad de los actos y omisiones, las cuales se conocen genéricamente, como sentencias “interpretativas”. Entre ellas destacan las sentencias “manipulativas”, “aditivas”, “reductivas”, “substitutivas”, “admonitorias”, etc., etc., cuya característica común es que modifican el sentido del acto u omisión sujeto a control, lo cual implica un riesgo desde el punto de vista de una posible extralimitación de los tribunales y cortes, con la consecuente invasión de la competencia de los órganos constituidos.

NOVENA- Los dos modelos de control de la constitucionalidad más extendidos en el mundo funcionan como sistemas jurisdiccionales y se dividen en el control “difuso” y el control “concentrado”, el primero conocido también como “americano” y el segundo como “europeo”, El sistema “difuso” es el más antiguo y se diseña más bien para garantizar el respeto de los Derechos Fundamentales y no la vigencia de la Constitución integralmente. El primer país en el que fue incluido este sistema en sus normas constitucionales escritas fue Estados Unidos, aunque existen antecedentes directos en el Derecho británico, entre cuyas instituciones seculares aparece por



ejemplo, el *habeas corpus*, recurso jurídico diseñado para la protección de los derechos de libertad del individuo, el cual prevalece todavía en diversas Constituciones vigentes, inclusive con esa denominación. Este sistema se caracteriza de la siguiente manera: a) existen diversos órganos de control de la constitucionalidad; b) el mismo recurso o estructura de control, con uno o varios nombres, se emplea en contra de cualquier tipo de acto anticonstitucional, general o concreto; c) la vía procesal para plantear la anticonstitucionalidad es indirecta; d) los efectos de las sentencias son relativos y se constriñen al caso concreto; y e) la corte suprema se pronuncia en última instancia sobre la constitucionalidad, aplicándose los precedentes y la jurisprudencia del tribunal de última instancia, en materia de constitucionalidad, en forma obligatoria para los demás jueces. El sistema “concentrado”, en cambio, sí pretende proteger integralmente a la Constitución, además de garantizar el respeto de los Derechos Humanos. El primer país en el que se estableció y se aplicó fue en Austria en los años veinte del siglo pasado y después en Alemania, el resto de Europa, con excepción de la Gran Bretaña y en las últimas décadas, su presencia es mayoritaria en buena parte del continente americano, con algunas modalidades, significándose como el tipo de control jurisdiccional de la constitucionalidad más eficaz y más extendido en el mundo. La estructura de este sistema se caracteriza por lo siguiente: a) se diferencian claramente, el control de la constitucionalidad y el control de la legalidad; b) el sistema es “concentrado” porque se estructura una jurisdicción “excluyente”, en la que existe un solo órgano de control de la constitucionalidad, generalmente denominado *tribunal* o *corte constitucional*; c) se aplican diversos medios de control de la constitucionalidad del poder político, con base en la naturaleza de las decisiones sujetas a control y en las circunstancias específicas en las que éstas se ejecutan; d) normalmente, la vía procesal que se emplea para la presentación de estos recursos es *directa* o de *acción*, sin excluir algunos casos en los que procede la *vía indirecta* o de *excepción*; e) los efectos de las sentencias pueden ser *generales* o *particulares*, lo cual depende de la naturaleza del acto



impugnado; y f) un solo tribunal determina la anticonstitucionalidad, como instancia única, cuya competencia puede incluir cuestiones de legalidad, las cuales las determinan la Constitución y las leyes.

DÉCIMA. - Actualmente, además de estos dos mecanismos de control de la correspondencia del ejercicio del poder con el orden jurídico, se habla del “control de la convencionalidad” para hacer referencia a la necesidad de verificar que los actos y las omisiones de las autoridades deben estar de acuerdo con los tratados internacionales, sobre todo en materia de Derechos Humanos. En realidad, el llamado “control de la convencionalidad” es una especie de control de la legalidad, el cual nunca puede confundirse, ni asimilarse al control de la constitucionalidad. Este término es de uso reciente y proviene básicamente de la “internacionalización” de los Derechos Humanos y de la integración de los Estados soberanos en comunidades más o menos desarrolladas en temas y ámbitos diversos (Unión Europea), o en cuanto a situaciones específicas, como la protección de los Derechos Humanos (América Latina), fundamentalmente a partir de la firma de tratados y convenciones internacionales. Al respecto, conviene tener en cuenta que los tratados derivan de la Constitución, al igual que las leyes, por lo cual éstos nunca podrán equipararse jerárquicamente a ella, ni formar parte de sus preceptos de manera “inmediata” en cuanto se acuerdan, a menos que el procedimiento para su aprobación incluya una revisión constitucional, por lo que pensar en considerarlos al “nivel de la Ley Fundamental”, o peor aún, suponer que las normas constitucionales puedan someterse a los tratados internacionales es algo sumamente discutible.



DÉCIMO PRIMERA.- Los modelos de control de la constitucionalidad adoptados en los Estados de los continentes europeo y americano, cualesquiera que sean sus estructuras particulares, coexisten modernamente con los sistemas de protección internacional de los Derechos Humanos, los cuales derivan del proceso de “internacionalización” de estos derechos, cuya garantía adicional, coadyuvante y complementaria a la que proporcionan los sistemas de control nacionales, es el objetivo esencial del llamado “control de la convencionalidad”. El desarrollo de este nuevo ámbito de regularidad normativa va de la mano de la ampliación de los Derechos Fundamentales y de su condición “universal”, la cual para ser efectiva, requiere una protección que no se limite a las fronteras territoriales de los Estados soberanos, ni dependa exclusivamente de su normatividad interna. Al efecto, como se sabe, se han construido sistemas internacionales de protección de esos derechos que incluyen tratados, normas, instituciones, cortes y procedimientos muy desarrollados para cumplir con sus propósitos, tales como los que funcionan en Europa y en América, con base, principalmente, en el *Convenio Europeo para la Protección de los Derechos Humanos y de las Libertades Fundamentales* (1950) y en la *Convención Americana sobre Derechos Humanos* (1969), los cuales han sido modificados a lo largo de las décadas y complementados por diversos tratados internacionales relativos a la materia.

DÉCIMO SEGUNDA.- En Europa, los tratados internacionales están expresamente subordinados a la Constitución en los textos constitucionales, cualquiera que sea su materia y sólo pueden incorporarse al Derecho interno mediante los procedimientos legislativos ordinarios o extraordinarios idóneos, pero en todo caso, respetando los límites para su admisión, aspecto determinado tanto por las normas constitucionales, como por los criterios de los tribunales constitucionales, a partir de los cuales,



ninguna de las definiciones esenciales del Estado y de sus estructuras de gobierno pueden ser condicionadas o anuladas por las normas de Derecho internacional, ni por las sentencias de los tribunales comunitarios. Sobre el particular, son de señalarse los criterios firmes y reiterados de tribunales y cortes constitucionales como los de Alemania e Italia, relativos a los denominados “límites a la cesión de derechos de soberanía”, los cuales han sido adoptados en España, Francia, Portugal, Polonia, Rumania y otros países de ese continente. Sobre el particular son especialmente relevantes diversas sentencias de tribunales y cortes europeos que sostienen este criterio, entre las cuales son de mencionarse la relativa al tratado de Maastricht (Sentencia 89, 155—1993) y la conocida como “Solange II”, ambas del Tribunal Constitucional alemán. La coexistencia de jurisdicciones no ha sido sencilla en el ámbito de la Unión Europea a lo largo de siete décadas, sino se ha caracterizado por etapas de mayor o menor tensión entre los tribunales comunitarios, principalmente, el de Luxemburgo y el de Estrasburgo, por una parte, y los tribunales y cortes constitucionales nacionales, por la otra, la cual se ha resuelto gradualmente mediante un sano y razonable reconocimiento mutuo de jurisdicciones, acordado a veces, caso por caso, cuando ha sido necesario.

DÉCIMO TERCERA.- La Constitución alemana establece una jurisdicción excluyente de control de la constitucionalidad, la cual se asigna en este sistema concentrado de control, al Tribunal Constitucional Federal integrado por 16 jueces, distribuidos en dos Salas, con ocho jueces cada una. Los jueces constitucionales están impedidos de pertenecer a cualquier Poder Público. Los miembros del Tribunal duran en su cargo doce años, no siendo admisible su reelección. Tres de los jueces de cada Sala por lo menos, deben ser elegidos del número de magistrados que componen las Altas Cortes Federales, en las que deben haber estado un mínimo de tres años. Los miembros de



cada Sala son elegidos por mitades por el Parlamento y el Senado. Existe un Presidente y un Vicepresidente designados por los miembros de cada Sala, encargados de conducir las sesiones, en las cuales para efectos de validez de sus resoluciones debe haber por lo menos seis integrantes. El Tribunal Constitucional conoce de diversos asuntos adicionales al control de la constitucionalidad, tales como las aclaraciones sobre si una norma de Derecho internacional es parte del Derecho federal y sobre si ella produce inmediatamente derechos y obligaciones para el individuo, a petición de un tribunal de legalidad; las divergencias de opinión sobre si una norma sigue vigente en calidad de Derecho federal; las reclamaciones contra decisiones del Parlamento sobre la validez de una elección y la obtención o a la pérdida de la calidad de miembro del Parlamento; la constitucionalidad de los partidos políticos y de la pérdida de derechos políticos; y las acusaciones del Parlamento o del Senado contra el Presidente de la República y contra jueces federales o locales.

DÉCIMO CUARTA.- En materia de control de la constitucionalidad, este tribunal alemán determina la expulsión de las normas generales mediante sentencia con efectos definitivos, con base en tres medios: el control abstracto en vía “directa”, el control concreto en vía “indirecta” dentro de un juicio de legalidad y las “quejas constitucionales” o Juicios de Amparo en vía “indirecta”, contra actos y omisiones, con efectos particulares, y contra normas generales, con efectos definitivos. Los tratados internacionales también son objeto del control de la constitucionalidad y por ende, están sometidos a la Constitución, pues la ley de las Cámaras que los aprueba es revisada por el Tribunal Constitucional, y por eso no pueden ser elementos del “bloque de constitucionalidad”, debido a lo cual, lo que se llama “control de la convencionalidad” no es igual al control de la constitucionalidad, porque los tratados no se pueden usar para decidir sobre la armonía con la Constitución, sino están



sometidos a ella y pueden ser considerados anticonstitucionales si se refieren a algunas de las materias inmodificables del “núcleo constitucional”. El Tribunal Constitucional resuelve también los conflictos entre los órganos constituidos del Estado y de las Provincias (*Länder*), entre los órganos de dos Provincias, o entre dos órganos de Provincias distintas por acción o por omisión.

DÉCIMO QUINTA.- La Corte Constitucional italiana consta de 15 jueces que son designados cinco por el Parlamento en asamblea común; cinco por el Presidente de la República y cinco por la magistratura suprema ordinaria y administrativa. Todos los jueces constitucionales son escogidos entre los magistrados de las jurisdicciones ordinarias superiores y administrativas, inclusive aquellos que están ya retirados, así como también entre los profesores de las universidades con formación jurídica y entre los abogados con ejercicio profesional de al menos 20 años. El mandato de los jueces constitucionales tiene una duración de 9 años sin reelección. El Presidente de la Corte es elegido entre los mismos miembros de la Corte por 3 años y puede reelegirse. La Constitución establece que este cargo es incompatible con alguna responsabilidad en el Parlamento, en un Consejo Regional y con el ejercicio de la profesión. La competencia de la Corte Constitucional comprende el control de constitucionalidad y otras atribuciones relativas al juicio de responsabilidad contra el Presidente de la República y los Ministros y a la admisibilidad del referéndum.

DÉCIMO SEXTA.- La Corte Constitucional de Italia comprueba la constitucionalidad de las leyes ordinarias y los actos del poder ejecutivo que tienen fuerza de ley (decretos-ley), desde un punto de vista estrictamente formal y en cuanto a su contenido o materia. También las leyes regionales pueden provocar el planteamiento de



cuestiones de constitucionalidad cuando contrastan con normas constitucionales o con leyes del Estado, o bien en el caso de que su expedición implique una extralimitación de la esfera de competencia de la Región. Con relación a estas leyes, procede la excepción de inconstitucionalidad de oficio, promovida por el juez *a quo*, o a petición de alguna de las partes del proceso. Los tratados también son materia de control de la constitucionalidad y por ende, en ningún caso pueden considerarse como “parte de la Constitución”, sino que están sometidos a ella, pues la ley de las Cámaras que los aprueba es revisada por la Corte Constitucional, y por eso no pueden ser elementos del “bloque de constitucionalidad”, debido a lo cual, lo que se llama “control de la convencionalidad” no es igual al control de la constitucionalidad, porque los tratados no pueden ser parámetro de control para decidir sobre la armonía con la Constitución, sino están sometidos a ella y pueden ser considerados contrarios a sus disposiciones. La Corte también resuelve los conflictos de atribución entre los poderes del Estado; entre los poderes del Estado y los de las Regiones; y entre los de las Regiones.

DÉCIMO SÉPTIMA.- El Tribunal Constitucional en España es el órgano facultado por la Constitución para ejercer el control de la constitucionalidad. El Tribunal está integrado por 12 miembros designados por el Rey, a propuesta de los siguientes órganos y de esta forma: a) cuatro miembros por el Congreso, por mayoría de tres quintas partes de votos; b) cuatro miembros más propuestos por el Senado con idéntica mayoría calificada; c) dos más, aprobados por el Gobierno; d) dos propuestos por el Consejo General del Poder Judicial (órgano de gobierno y administración). Estos jueces se seleccionan entre los magistrados, profesores de universidades, funcionarios públicos y juristas de alta competencia con más de 15 años de ejercicio profesional para un cargo de nueve años, el cual es improrrogable. Los jueces del Tribunal



Constitucional son inamovibles y su responsabilidad es incompatible con otro cargo en los órganos constituidos del Estado a nivel nacional o provincial, con el desempeño de actividades de dirección en un partido político o sindicato y con cualquier otra actividad profesional o mercantil. Este órgano conoce en forma excluyente de los asuntos de constitucionalidad de leyes y actos de autoridad. Su competencia se circunscribe a esta materia y no conoce del control de la legalidad.

DÉCIMO OCTAVA.- El Tribunal Constitucional español conoce de la constitucionalidad de las leyes y otros actos de naturaleza normativa, mediante el control abstracto de las normas generales en vía de “acción”, el control concreto de las normas generales en vía de “excepción” (“cuestión de constitucionalidad”) y el control previo de la constitucionalidad de los tratados internacionales. En los dos primeros casos, el control es “a posteriori”, mientras que en el tercero, relativo al Derecho internacional, el control se realiza “a priori”, lo cual implica la revisión previa del órgano de control en cuanto a su correspondencia con la Constitución, de tal suerte que si ésta no existe, el tratado no puede ratificarse, a menos que se modifique la Ley Fundamental. Los tratados, por ende, están sujetos a la Constitución, cualquiera que sea su materia, no forman parte de un “bloque de constitucionalidad” y no pueden ser la base para controlarla, toda vez que pueden ser declarados anticonstitucionales, lo cual significa que el “control de la convencionalidad” no es una ampliación del control de la constitucionalidad. El Tribunal Constitucional también es competente para resolver los Juicios de Amparo que se presentan ante su jurisdicción cuando un titular de Derechos Fundamentales considera que éstos han sido infringidos por actos concretos de las autoridades, así como los conflictos entre los órganos del Estado y de las Comunidades Autónomas, sean de carácter “positivo” o “negativo” (actos u omisiones).



DÉCIMO NOVENA.- El Consejo Constitucional francés se compone de nueve jueces designados y de miembros de Derecho. Los ex Presidentes de la República forman parte del Consejo, con el carácter de miembros vitalicios de Derecho y el Presidente del Consejo puede ser seleccionado entre ellos. La nominación de los nueve miembros de designación del Consejo Constitucional compete a tres instancias. El Presidente de la República designa a tres, el Presidente del Senado a otros tres y los demás por el Presidente de la Asamblea Nacional. La duración de su cargo es de nueve años, no existiendo posibilidad de una nueva nominación. Normalmente, uno de estos nueve integrantes del Consejo es seleccionado para ejercer las funciones de Presidente. Esta designación compete al Presidente de la República. Al distribuirse la facultad de nombrar a los miembros del Consejo entre las tres autoridades más importantes del Estado se procura guardar cierto equilibrio en la composición de la institución. Es interesante señalar que la facultad de designación no se confiere a las Asambleas, sino a los Presidentes de las mismas y que la nominación es prácticamente libre, ya que ni la Constitución, ni las normas relativas a la organización del Consejo exigen requisitos particulares para formar parte de él.

VIGÉSIMA.- La competencia del Consejo Constitucional francés incluye asuntos de control de la constitucionalidad y de la legalidad, principalmente, el control de la constitucionalidad "a priori" de las leyes orgánicas y reglamentos de las asambleas representativas, de oficio, con efectos generales de la sentencia; el control de la constitucionalidad "a priori" de tratados internacionales y leyes ordinarias, a petición de parte, con efectos generales de las sentencias; el control de la constitucionalidad de las leyes derivado de un juicio de legalidad ("cuestión de constitucionalidad"); las diferencias entre el Gobierno y la Asamblea Nacional sobre su competencia legislativa;



las diferencias sobre la autorización al Gobierno para modificar las leyes por decreto; la validez de la elección del Presidente, del Parlamento y de la realización de los referenda; el impedimento definitivo del Presidente de la República para ejercer sus funciones; y la constitucionalidad de la declaratoria de estado de emergencia y concesión de poderes extraordinarios al Presidente. En cuanto a los tratados internacionales, cualquiera que sea su materia, éstos no forman parte del “bloque de constitucionalidad”, expresión de origen francés, toda vez que están sujetos al control previo de su constitucionalidad y por ende, son de jerarquía inferior a la Constitución, de tal manera que el “control de la convencionalidad” se aplica con relación a las leyes, pero nunca como una extensión del “control de la constitucionalidad”.

VIGÉSIMO PRIMERA.- El control de la constitucionalidad en la parte oriental del continente europeo se estructura con base en el modelo “concentrado” de control, como uno de los elementos estructurales más importantes de los nuevos sistemas constitucionales establecidos gradualmente en esa zona desde la última década del siglo pasado. En efecto, los sistemas constitucionales de la mayoría de los países de Europa oriental fueron transformándose gradualmente, una vez desaparecido el “bloque socialista”, estableciéndose Estados democráticos sociales de Derecho, regímenes parlamentarios y sistemas “concentrados” de control de la constitucionalidad, conforme al modelo constitucional prevaleciente en la zona occidental de ese continente. En particular, los Estados de Rumania, Polonia y la República Checa son ejemplos de esta transformación, existiendo en cada uno de ellos, tribunales constitucionales que ejercen de manera excluyente el control de la constitucionalidad, aplicando recursos de control de las normas generales, de los tratados internacionales, en algunos casos, *a priori*, resolviendo conflictos entre los órganos constituidos del Estado y protegiendo los derechos Humanos.



VIGÉSIMO SEGUNDA.- El sistema de control de la constitucionalidad vigente en nuestro país es una mezcla de los modelos “concentrado” y “difuso”, al cual se ha tratado de tipificar como “mixto” o “híbrido”, como si existiera una tercera clase de sistema. En realidad, se trata de una incorporación mal diseñada y poco eficiente de estructuras del modelo “europeo” a nuestro sistema de tipo “americano”, tradicionalmente basado en el Juicio de Amparo. Entre los objetivos de la reforma constitucional de 1995 existía el de convertir a la Suprema Corte en un tribunal constitucional, pero sin concentrar en su competencia el control de la constitucionalidad, el cual sigue siendo facultad compartida entre el máximo tribunal, los demás tribunales federales de amparo y el tribunal electoral, en esta materia. Estos órganos jurisdiccionales son competentes, a su vez, en el ámbito del control de la legalidad, situación típica y propia del sistema “difuso” de control, en el que el control de la constitucionalidad y de la legalidad son facultades simultáneas de un mismo tribunal.

VIGÉSIMO TERCERA.- A esta incongruencia general y congénita de nuestro sistema se agregan muchas otras deficiencias estructurales, entre las que destacan el diseño de las llamadas “acciones de inconstitucionalidad” y “controversias constitucionales” a partir de los mismos elementos que caracterizan al Juicio de Amparo, lo cual explica, en gran medida, sus evidentes fallas e insuficiencias. En el caso de las primeras, su procedencia se limita a ciertas normas generales, como las leyes y los tratados internacionales, excluyéndose las reformas a la Constitución y los reglamentos, por ejemplo, y se condiciona su presentación al “interés jurídico” del sujeto que pretenda interponerlas, como si se tratara de un medio de control “concreto”, cuando obviamente, es de control “abstracto”. En cuanto a las segundas, se permiten en contra



de actos concretos y también de “disposiciones generales” y se legitima a los territorios para su presentación (Federación, Estados y Municipios), cuando en realidad, los conflictos constitucionales surgen entre órganos constituidos, a los cuales corresponde el ejercicio de las competencias propias de las diversas zonas territoriales. A estas deficiencias deben agregarse las relativas al número de votos requerido para invalidar en definitiva, las determinaciones sujetas a control, el cual, en el caso de las “acciones” debe ser por lo menos de ocho sobre once, mientras que en el caso de las “controversias”, si el motivo del conflicto es una “disposición general”, se requiere idéntica votación, pero además, sus efectos se hacen depender de la “jerarquía” del órgano que la promueve (federal, estatal o municipal). Así, en nuestro sistema está previsto que una ley declarada anticonstitucional por una mayoría de siete votos sobre once, seguirá vigente, y que una sentencia que considera que una “disposición general” es contraria a la Constitución, en un conflicto promovido por un órgano municipal contra uno federal, sólo tendrá efectos entre las partes, pero si fuera a la inversa (planteada por el órgano federal), entonces sí tendría efectos definitivos.

VIGÉSIMO CUARTA.- Este incomprensible laberinto de deficiencias e incongruencias se complicó aún más, a raíz de las reformas constitucionales de 2011, relacionadas con el Juicio de Amparo y los Derechos Humanos. Planteadas con la encomiable intención de consolidar la protección de los Derechos Fundamentales y fortalecer al juicio de garantías, pero llevadas a cabo con muy poca fortuna en materia de técnica legislativa constitucional, estas modificaciones han provocado una confusión todavía mayor en cuanto a la interpretación y aplicación de las disposiciones relativas al control de la constitucionalidad. Ahora no hay absoluta claridad sobre el significado de la supremacía constitucional, la jerarquía de los tratados internacionales, la superioridad jurisdiccional de la Suprema Corte, la procedencia del Juicio de Amparo,



los efectos de las sentencias del Poder Judicial Federal, el contenido y alcances de los Derechos Fundamentales, entre muchos otros aspectos y elementos esenciales inherentes a nuestro sistema de control de la constitucionalidad, convulsionado conceptualmente y jurisdiccionalmente, por teorías y prácticas judiciales que adoptan indiscriminadamente, ideas como la del “bloque de constitucionalidad”, la “jerarquía constitucional” de los tratados de Derechos Humanos, el “control de la convencionalidad”, la “superioridad jurisdiccional” de la Corte Interamericana en nuestro país, la “obligatoriedad” de sus criterios jurisprudenciales y de las simples opiniones de sus jueces; la validez incontrovertible de los “métodos alternativos de interpretación constitucional”, de la “ponderación” y del “test de proporcionalidad”, etc., etc. Todo este discurso, desde hace varios años, es “el pan nuestro de cada día”, en materia de control de la constitucionalidad en nuestro país, ámbito en el cual, sin embargo, no se escuchan suficientes voces que cuestionen la improcedencia de las “acciones de inconstitucionalidad” y del Juicio de Amparo en contra de una reforma a la Constitución, la innecesaria “jurisprudencia por reiteración”, cuando podrían establecerse estructuras idóneas de control abstracto de las normas generales, la poco recomendable duplicación de órganos supremos de control de la constitucionalidad (Suprema Corte y Tribunal Electoral Federal) y la incongruente distribución de competencias de control en materia electoral entre ellos, y que, en suma, insistan en la incontrovertible necesidad de reestructurar desde sus bases y a lo largo y ancho de sus estructuras, al sistema mexicano de control de la constitucionalidad.

VIGÉSIMO QUINTA.- Proponemos, en congruencia con lo investigado y expuesto en este trabajo, el establecimiento de un sistema de control “concentrado” de la constitucionalidad en nuestro país y la consecuente creación del Tribunal Constitucional del Estado, dotado de una competencia excluyente en la materia. En



tales condiciones, este tribunal sería la instancia única en el ámbito jurisdiccional de control de la constitucionalidad y la Suprema Corte sería la instancia última en el del control de la legalidad. Los medios de control se reestructuran y amplían, a efecto de diseñar un sistema integral de protección de la Constitución y no sólo de los Derechos Fundamentales, distinguiéndose con claridad, el control “abstracto” del control “concreto”, el primero de los cuales debe ser procedente en contra de todo tipo de normas generales, desde una ley constitucional, hasta cualquier acto con fuerza de ley, mientras que el segundo debe reservarse para combatir actos particulares y omisiones. A la reestructuración de las llamadas “acciones” y “controversias”, al Juicio de Amparo y a los medios de defensa en materia electoral, se agregaría el diseño de la “cuestión de constitucionalidad”, a efecto de combatir la anticonstitucionalidad de las normas generales surgida de su aplicación a casos particulares. Los efectos de las sentencias dependerían de la materia sujeta a control (normas generales, actos particulares u omisiones) y las resoluciones del órgano de control se tomarían por mayoría absoluta de votos. Estas líneas generales son la base del proyecto de sistema de control de la constitucionalidad que requiere cual Estado democrático social de Derecho, en cuya cúspide está la Constitución, como acto de soberanía, cuya protección integral es el objetivo fundamental de un Tribunal o Corte Constitucional.

BIBLIOGRAFÍA

Ackerman, Bruce, *La política del Diálogo Liberal*. Editorial Gedisa, Barcelona 1999

Aguilar Calahorra, Augusto, *La primacía del Derecho europeo y su invocación frente a los Estados: una reflexión sobre la constitucionalización de Europa*, Rivista elettronica del Centro di Documentazione Europea dell'Università Koreuropa, Diciembre, 2012



Aguilar de Luque, Luis, *Democracia directa e instituciones de democracia directa en el ordenamiento constitucional español. La experiencia constitucional (1978-2000)*, Madrid, CEPC, 2000

Aguilo Regla, Joseph, *La Constitución del Estado Constitucional*, Palestra-Termis, Lima-Bogotá, 2004

Aja, Eliseo, *Las tensiones entre el Tribunal Constitucional y la Europea actual*, Barcelona, Ariel 1998.

Aláez Corral, Benito y Álvarez Álvarez, Leonardo, *Las decisiones básicas del Tribunal Constitucional Federal alemán en las encrucijadas del cambio de milenio*, Centro de Estudios Constitucionales, Madrid, 2008

Alexy, Robert, *Teoría de la Argumentación Jurídica*, Traducción de Manuel Atienza e Isabel Espejo, Centro de Estudios Constitucionales. Madrid, 1989

Baquero, Cruz, *The Legacy of the Maastricht-Urteil and the pluralist movement, in European University Institute Working Papers*, del Robert Schuman Centre for Advanced Studies, Florencia, 2007/13

Barbera Fusaro e Fusaro Carlo, *Corso di Diritto Pubblico*, Il Mulino, Roma, 2012

Bartole, Sergio, *Il potere giudiziario*, il Mulino, Bologna, 2012

Benda, Ernesto, *El Estado Social de Derecho, en Manual de Derecho Constitucional*, varios autores, Marcial Pons, Madrid, 2001



Bobbio, Norberto, *El futuro de la democracia*, Fondo de Cultura Económica de España, 2010

Bobes Sánchez, M. J., *La integración europea según el Tribunal Constitucional Federal Alemán. Comentario a la Sentencia del BVerfG sobre el Trattato di Lisbona*, Revista Española de Derecho Europeo, n.33, 2003

Burdeau, Georges, *L'Etat*, Paris, Éditions du Seuil, 1970

Bustamante Bohórquez, Tomas, *“La interpretación Constitucional”*. Revista Universitas No 3, Editorial Universidad Javeriana, 2006

Cabo, Martín de, *Constitucionalismo del Estado social y Unión Europea en el contexto globalizador*, en Revista de Derecho Constitucional Europeo, n. 11, 2009

Calamandrei, P., *La illegittimità costituzionale delle leggi nel processo civile*, Cedam, Padova, 1950.

Cappelletti Mauro, *Il controllo giudiziario di costituzionalità delle leggi nel diritto comparato*, Milano, Giuffré, 1978

Cassese Sabino, *I Tribunali di Babele, I giudici alla ricerca di un nuovo ordine globale.*, Donzelli Editore, Roma, 2009

Castellá, Andreu, *El debate sobre la reforma del Senado y su incidencia en la forma de Estado y la forma de gobierno*, en Albertí, Enoch y Carrillo, Marc (coords.), Estudios sobre la Constitución Española. Homenaje al profesor Jordi Solé Tura, 1er vol., Madrid, CEPC, 2008



..... *Sistema parlamentario y régimen electoral en España: similitudes y diferencias entre la forma de gobierno en el Estado y las Comunidades Autónomas*, Cuestiones constitucionales, Revista Mexicana de Derecho Constitucional Núm. 27, julio-diciembre 2012, Biblioteca Jurídica Virtual del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM/ www.bibliojuridica.org

Cavarozzi, Marcelo. Conferencia magistral: *Consolidación democrática y orden político en América Latina después del ajuste económico*, 25 de noviembre de 1997, auditorio del Instituto Federal Electoral, Colección Temas de la Democracia.
<http://www2.ine.mx/documentos/DECEYEC/conferencia7.htm#consolidacion>

Cecchini, G.L., *Quale sovranità per lo stato?*, en la Revista de la Cooperación Jurídica Internacional, 2012, fasc. 42

Chalmers - Hadjiemmanuil - Monti - Tomkins, *European Union Law*, Cambridge, 2007 <http://eurlex.europa.eu/legalcontent/ES/TXT/PDF/?uri=CELEX:61964CJ0006&from=ES>

Covián Andrade, Miguel, *Diez estudios antidogmáticos sobre el sistema constitucional mexicano*, CEDIPC, México, 2012

..... *Fundamentos teóricos del control de la constitucionalidad*, CEDIPC, México, 2013.

..... *La Teoría del Rombo. Ingeniería constitucional del sistema político Democrático*, Centro de Estudios de Ingeniería Política y Constitucional A.C. México, 2002



Cruz, M. Luis, *El alcance del Consejo Constitucional francés en la protección de los derechos y libertades fundamentales*, Consultado: 20 de abril de 2017.
<http://www.ugr.es/~redce/REDCE15/articulos/12LMCruz.htm>

Dhal, Robert, *A Preface to Democratic Theory*, Chicago University Press, 1956.

Duverger, M., *Institutions Politiques et Droit Constitutionnel*, Presses Universitaires, Paris, 1966.

Elster, John, *¿Por qué una Corte Constitucional?* VII Encuentro de la Jurisdicción Constitucional, Bogotá. D.C., octubre 2011

Favoreu, Louis, *La constitucionalización del Derecho*, *Revista de Derecho [VOLUMEN XII]*. Artículo publicado en las *Misceláneas en homenaje a Roland Drago*, "La unidad del derecho", París, *Economica*, 1996, con autorización del profesor Favoreu.

..... *Les cours constitutionnelles*, Presses Universitaires de France, Paris, 1992

Favoreu Louis et Loïc Philip. *Le Conseil Constitutionnel*. Presses Universitaires de France. Paris, 1995.

Fernández Segado, F., *La jurisdicción constitucional en América Latina. Evolución y problemática desde la independencia hasta 1979*, en *La democracia constitucional. Estudios en homenaje al profesor Francisco Rubio Llorente*, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, Volumen II, Madrid. 2002

Fix Zamudo, Héctor, *La situación actual del poder judicial en México*, versión estenográfica de la conferencia impartida en el marco de los foros para la revisión



integral de la Constitución, organizados por el Instituto Nacional de Estudios Históricos de la Revolución Mexicana, el 19 de julio de 2001

Fromont, M., *La notion de justice constitutionnelle*, Paris, Dalloz, 2005

García Alvarez, Manuel B., *Reforma de la constitución y control de constitucionalidad en la URSS (Un estudio de Derecho comparado)*, Revista de Estudios Políticos (Nueva Época) Núm. 57. Julio-Septiembre 1987

García Pelayo, M., *Derecho constitucional comparado*, Alianza, Madrid, 1987

Gioia, Andrea, *Manuale breve. Diritto Internazionale*, Giuffrè Editori, Milano, 2010

González Uribe, Héctor, *Hombre y Estado*, Editorial Porrúa S.A., México, 1988

Guastini, Riccardo, *Teoría e dogmatica delle fonti*, Giuffrè Editore, Milano, 1998

Habermass, Jürgen, *Facticidad y Validez*, Editorial Trotta, 1998

Heller, Herman, *Teoría del Estado*, México, Fondo de Cultura Económica, 1942.

Hernández Valle, Rubén, *Los poderes del juez constitucional*, Biblioteca Jurídica Virtual del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM. Consultado el 16 de marzo del 2016 <http://biblio.juridicas.unam.mx/libros/2/626/5.pdf>

Jeanneau, Benoit, *Droit Constitutionnel et institutions Politiques*, Edit. Dalloz, Paris, 1981



Jerome, Frank, *Law and the Modern Mind*, Brentano's, New York, 1930

Kantorowicz, Hermann, *La definición del Derecho*, Editorial Colofón, México, 1994

Kelsen, Hans, *¿Quién debe ser el defensor de la Constitución?* Editorial Tecnos, Madrid 1995

..... *La garantía jurisdiccional de la Constitución. Escritos sobre democracia y socialismo*, Madrid, 1998

..... *Teoría general del Derecho y del Estado*, México, Imprenta Universitaria, 1949.

..... *Teoría pura del Derecho*, UNAM/Porrúa. México, 1981

Kiver, P., *The Lisbon Judgement of the German Constitutional Court: A Court Ordered Strengthening of the National Legislature in the EU*, *European Law Journal*, Vol.16, n.º 5, 2010

Kowalik-Bańczyk, K., *Should We Polish It Up? The Polish Constitutional Tribunal and the Idea of Supremacy of EU Law*, *German Law Journal*, 2005

López Castillo, Antonio, *La tentativa de respuesta europea a la crisis del euro y de la deuda (griega) al amparo del Tribunal Constitucional Federal Alemán. Comentario sucinto de la sentencia de 07.09.2011 (2 BVR 987/10, 1485/10, 1099/10)*. *Revista de Derecho Comunitario Europeo*, ISSN 1138-4026, núm. 39, Madrid, mayo/agosto 2011



López Michelsen, Alfonso, *en Jurisdicción Constitucional de Colombia*, La Corte Constitucional 1992-2000, Realidades y Perspectivas, Corte Constitucional, Bogotá: Consejo Superior de la Judicatura, 2001

Loewenstein, Karl, *Teoría de la constitución*, Ediciones Ariel, Barcelona, 1964

Luther, Jörg, *El estatus jurídico del juez constitucional en la experiencia alemana*, Biblioteca Jurídica Virtual del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM, www.juridicas.unam.mx

Malfatti, E. et al., *Giustizia Costituzionale*, Torino, Giappichelli, 2011

Manetti, Michela, *Autorità indipendenti e Parlamenti nazionali nell'Unione europea, e Bilancia, Parlamenti nazionali e Unione europea: il contributo dei parlamenti nazionali alla formazione del diritto europeo dopo Lisbona*. Participación en el Convegno su *Parlamenti nazionali e Unione Europea nella governance multilivello*, Camera dei deputati, Università Sapienza di Roma, 12-13 maggio 2015.

Mezzetti Luca, *Sistemi e modelli di giustizia costituzionale*. Edit. Cedam, Italia, 2009

Maunz Theoder u. alt, *Grundgesetz Kommentar*, volumen III, C.H. Beck'sche Verlagsbuchhandlung, München, 1980

McWhinney, E., *Conflit idéologique et ordre mondiale*, Dalloz, Paris, 1970

Mény, Yves, *Politique Comparée, Les démocraties Allemagne, États-Unis, France, Grande Bretagne, Italie*, Montchrestien, París, 1996



Molas, Isidro, *Derecho Constitucional*, Madrid, Tecnos, 2008

Monroy Cabra, Marco Gerardo, *Interpretación Constitucional*, Editorial Librería Ediciones del Profesional, Bogotá, 2005

Morrone, Andrea, *Il Diritto Costituzionale nella Giurisprudenza*, CEDAM, Università di Bologna, 2016.

..... Seminario Italo-spagnolo, Il simposio Internazionale “Desafíos del constitucionalismo ante la integración Europea”, Facultad de Derecho (ICADE), Universidad Pontificia Comillas, Madrid, 25-27 de noviembre de 2014

Mottese, Elisabetta, *La sentenza Lisbona e i suoi precedenti: Un dialogo tra corti, ma senza troppe cortesie*, http://www.lex.unict.it/crrio/foglidilavoro/32009_rassegne.pdf

Neunreither, M., *The dual legitimacy of the European Union and the democratic deficit in ID, The democratic Deficit of the European Union*, Towards closer cooperation between the European Parliament and the National Parliaments, Government and Opposition, n. 29, 3, 1994

Neyer, Joerges, *Deliberative supranationalism*, in European University Institute Working Papers, n. 20, 2006.

Nholen, Dieter, *Democracia, transición y gobernabilidad en América Latina*, Biblioteca Jurídica Virtual del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM.
<http://www.juridicas.unam.mx/publica/librev/rev/qdiuris/cont/3/cnt/cnt4.pdf>

Parodi, G., *La sentenza additiva a dispositivo genérico*, Torino, 1996.



Pegoraro Lucio, *La Corte e il Parlamento. Sentenze-indirizzo e attività legislativa*, Padova, 1987.

..... *Giustizia costituzionale comparata*, Giappichelli, Torino 2007

Pegoraro, Lucio e A. Reposo, *Le fonti del diritto negli ordinamenti contemporanei*, Monduzzi, Bologna, 1993

Perelman Chaim, *La lógica jurídica y la nueva retórica*. Traducción de Luis Díez – Picazo, Madrid, Editorial Civitas, 1988

Pernice, Ingolf., *Motor or Brake for European Policies? Germany's New Role in the EU after the Lisbon-Judgment of its Federal Constitutional Court*, Documento de Trabajo

Pfaller, Alfred, *El estado en la economía social de mercado: el modelo y la realidad alemana*, Digitale Bibliothek, Electronic ed.: Bonn: FES-Library, 1998.
<http://www.fes.de/fulltext/stabsabteilung/00074.htm#E10E13>

Pizzorusso, A., *Delle fonti del diritto, nel Commentario del Codice civile*, coordinado por A. Scialoia y G. Branca, Bologna 1977

Polanyi, Karl, *La Gran Transformación. Los Orígenes Sociales y Económicos de Nuestro Tiempo*. Fondo de Cultura Económica, 2003

Prieto Sachis, Luis et al. *“Neoconstitucionalismo y Ponderación Judicial”* en: *Neoconstitucionalismo(s)*. Trotta. Madrid, 2005



Radbruch, Gustav, *El espíritu del Derecho inglés*, trad. Juan Carlos Peg Ros. Anotaciones y Epílogo de Heinrich Scholler., Marcial Pons. Madrid, 2001.

Recasens Siches, Luis, *Vida humana, Sociedad y Derecho*, F.C.E. México, 1945

Rendules Cesar, *Karl Polanyi o la Humildad de las ciencias sociales*, en revista de Filosofía número 2 (2004).

Román Vaca, Carmen et al, *El control ultra vires del Tribunal Constitucional Alemán. Comentario de la decisión de 06.07.2010 (2 BVR 2661/06, Honeywell)* Revista de Derecho Comunitario Europeo ISSN 1138-4026, núm. 40, Madrid, septiembre/diciembre 2011

Romboli, R. (coord.) *Aggiornamenti in tema di processo costituzionale*, Torino, 1993.

....., *La giustizia costituzionale a una svolta*, Giappichelli, Torino, 2001

Rousillon, Henri, *Le conseil constitutionnel*, París, Dalloz, 2001

Rubio Llorente, Francisco, *La forma del poder: estudios sobre la Constitución*. Centro de Estudios Constitucionales, Madrid, 1997

Sagués, N., *Derecho procesal constitucional*, Astrea, Buenos Aires, 2002

..... *La jurisdicción constitucional como forma de creación de Derecho*, Revista Española de Derecho Constitucional Año 8. Núm. 22. Enero-abril 1988.

Salazar Ugarte, Pedro, *La democracia constitucional. Una radiografía teórica*, México, Instituto de Investigaciones Jurídicas-UNAM y FEC, 2006.



Salvadori L., Massimo, *Un Estado para la democracia*, México, Grupo Editorial Miguel Ángel Porrúa, 1997

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

Scholz, Rupert, *Alemania: cincuenta años de Corte Constitucional Federal*, traduc. de Renate G. Hoffmann, de *Fûnfzig Jahre Bundesverfassungsgericht*, publicado en *Aus PolitikundZeitgeschichte*B3738/2001 <http://www.juridicas.unam.mx/publica/librev/rev/dconstla/cont/2002/pr/pr5.pdf>

Silva Ramírez Luciano, *El control judicial de la constitucionalidad y el juicio de amparo en México*, Porrúa, México, 2008

....., *Reflexiones sobre la reforma constitucional en materia de Derechos Humanos*
Revista de la Facultad de Derecho de México, UNAM, México, No. 261, 2014

Sorrentino, Federico, *Le fonti del Diritto italiano*, CEDAM, Milano, 2009

Stein, M. *La sentencia del Tribunal Constitucional alemán sobre el Tratado de Maastricht*, en *Revista de instituciones europeas*, n. 3, 1994

Toulmin, Stephen, *The Uses of Arguments*, Cambridge University Press 1958.

Úbeda—Portugués, José Escribano, *Breve Introducción al Derecho Internacional Público*, Aebius, Madrid, 2011



Vedel, G., “*Schengen et Maastricht (A propos de la decisión nº 91/294 DC du Conseil constitutionnel du 1991)*”, *Revue Française de Droit Administratif*, 8, 1992

Velázquez Elizarrarás, Juan Carlos, *El Derecho Internacional Público en la Agenda Política de las Relaciones Internacionales*, UNAM, México, 2005

Viehweg, Theodor, *Tópica y Jurisprudencia*, traducción de Luis Díez Picaso, Aranzadi, Madrid, 2007

Villaverde, Menéndez, Ignacio, *El control previo de constitucionalidad de las normas con rango de ley. Crónica de un escéptico*. *Revista Catalana de Dret Públic*, núm.49, www.rcdp.cat

Tobo Rodríguez, *La Corte Constitucional y el Control de Constitucionalidad en Colombia*, Grupo Editorial Ibañez. 2012

Ugartemendia Eceizabarrena, Juan Ignacio y Bengoetxea Caballero, Joxerramon, *Breves apuntes sobre las sentencias básicas del Tribunal de Justicia de la Unión Europea*. *Teoría y Realidad Constitucional*, núm. 33, 2014

Villaverde, Menéndez, Ignacio, *El control previo de constitucionalidad de las normas con rango de ley. Crónica de un escéptico*. *Revista Catalana de Dret públic*, núm.49, www.rcdp.cat consulta: 6 febrero 2017

Whal, Rhainer, *¿Cabe explicar la Unión Europea mediante conceptos fundamentales de teoría del Estado?*, en *Teoría y Realidad constitucional*, n. 18, 2006 Biblioteca jurídica virtual del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la Universidad Nacional Autónoma de México. www.juridicas.unam.mx



Zagrebelsky, Gustavo, *El derecho ductil*, Madrid, 1995

..... *Principios y votos. El Tribunal Constitucional y la política*, trad. de Manuel Martínez Neira, Madrid, Trotta, 2008

Zamora Agudo, Miguel, *El Modelo Institucional Europeo de Justicia Constitucional*, <http://www.uco.es/derechoconstitucional/investigacion/documents/modelo-constitucional-europeo-justicia-constitucional-miguel-agudo.pdf>, consultado el 2 de marzo del 2016