



UNIVERSIDAD NACIONAL AUTÓNOMA DE MÉXICO

POSGRADO EN DERECHO

FACULTAD DE DERECHO

DIVISIÓN DE ESTUDIOS DE POSGRADO

ANÁLISIS DE LA RETROACTIVIDAD DE LOS EFECTOS *ERGA OMNES* DE LOS CONTROLES DE CONSTITUCIONALIDAD

TESIS

QUE PARA OPTAR POR EL GRADO DE MAESTRO EN DERECHO

PRESENTA:

SALVADOR OROZCO LÓPEZ

Tutor:

Dr. Daniel Márquez Gómez Posgrado en Derecho

Ciudad Universitaria, Cd. Mx.

septiembre 2020



Universidad Nacional
Autónoma de México

Dirección General de Bibliotecas de la UNAM

Biblioteca Central



UNAM – Dirección General de Bibliotecas
Tesis Digitales
Restricciones de uso

DERECHOS RESERVADOS ©
PROHIBIDA SU REPRODUCCIÓN TOTAL O PARCIAL

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

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

ÍNDICE

Contenido	Página
INTRODUCCIÓN, HIPÓTESIS Y OBJETIVOS	1
1. ANÁLISIS TEÓRICO DE LAS NOCIONES DE CONSTITUCIÓN.	
1.1. Concepto de Constitución.	9
1.2. Concepto de Constitución liberal.	14
1.3. Concepto de Constitución como norma fundamental.	25
1.4. Constitución como norma con características formales	29
1.5. Concepto formalista o liberal	31
1.6. Supremacía constitucional	34
1.7. Breve análisis del artículo 133 constitucional	45
1.8. Conclusiones del apartado	52
2. LA DEFENSA DE LA CONSTITUCIÓN	
2.1. Concepto de defensa de la constitución.	60
2.2. Clasificación de la defensa de la constitución atendiendo a los niveles de protección.	68
2.2.1. Normativo sustantivo.	68
2.2.2. Declarativo normativo.	71
2.2.3. Político y normativo.	72
2.2.4. Normativo adjetivo.	72
2.3. Otras clasificaciones de la defensa de la Constitución atendiendo a la naturaleza preventiva o correctiva.	74
2.4. Concepto de garantía constitucional.	77
	84

2.5. Clasificación de las garantías constitucionales frente a normas generales.	80
2.5.1. Órgano político o judicial.	81
2.5.1.1. Órgano político	83
2.5.1.2. Órgano judicial	86
2.5.2. Atendiendo al tribunal que conoce del órgano judicial	86
2.5.2.1. El sistema difuso	88
2.5.2.2. El sistema concentrado	90
2.5.3. Atendiendo a la acción que se ejercita (modal)	90
2.5.3.1. Vía incidental	91
2.5.3.2. Vía principal	92
2.5.4. Atendiendo a los efectos de la resolución	93
2.5.4.1. Efectos declarativos y constitutivos de la nulidad	94
2.5.4.2. Efectos <i>ex nunc</i> y <i>ex tunc</i> .	94
2.5.5. Efectos <i>inter partes</i> y <i>erga omnes</i>	95
2.6. El control de la constitucionalidad jurisdiccional en México	

3. ANÁLISIS DE LOS CONTROLES DE CONSTITUCIONALIDAD VÍA ACCIÓN EN CUANTO A SUS EFECTOS *ERGA OMNES*.

3.1. Controversia constitucional	98
3.2. Acción de inconstitucionalidad	108
3.3. El juicio de amparo	116
3.3.1. Breves antecedentes del principio de la sentencia <i>inter partes</i>	127

4. PRINCIPIOS COMUNES DEL CONTROL JURISDICCIONAL DE LAS DISPOSICIONES GENERALES: LA RETROACTIVIDAD COMO LÍMITE A LOS EFECTOS <i>ERGA OMNES</i>	
4.1. <i>Principio de racionalidad relevante</i> de la sentencia con efectos <i>erga omnes</i> .	138
4.1.1. Cantidad de jueces en la Suprema Corte de Justicia de la Nación.	145
4.1.2. Actuación en pleno del tribunal constitucional.	146
4.1.3. La mayoría calificada en la votación sobre los efectos generales.	147
4.1.4. La naturaleza del tribunal constitucional.	148
4.1.5. Características de la sentencia del órgano jurisdiccional.	150
4.1.5.1. Indeterminación normativa e interpretación constitucional.	150
4.1.5.1.1. La falacia <i>ad verecundiam moral</i> .	169
4.2. Principio contramayoritario.	174
4.3. Principio de no retroactividad de los efectos de las sentencias.	182
4.4. Conclusiones	207

INTRODUCCIÓN

El Estado constitucional de derecho se ha destacado esencialmente a partir de la segunda postguerra como un mecanismo para limitar al poder.

Los totalitarismos del siglo XX despertaron en los estudiosos de la norma, en especial en el iusnaturalismo, y actualmente en los (neo)constitucionalistas, esquemas racionales del discurso jurídico que enmascaran la tendencia de toda sociedad a imaginar la sociedad utópica o ideal a través del Estado constitucional de derecho.

Así, la constitucionalización intenta ir más allá de la limitación del poder. Pretende potenciar los principios constitucionales en todo el sistema jurídico. Busca, incluso la realización de derechos programáticos con la intermediación del Poder Judicial en las funciones legislativas y ejecutivas.

La defensa de la constitución tiene como antecedente la polémica entre Carl Schmitt, en su obra *Der Hüter der Verfassung (El protector de la constitución)*, y Hans Kelsen en el libro: *¿Wer Soll der Hüter der Verfassung sein? (¿Quién debe ser el protector de la constitución?)*. La propuesta del primero plantea la protección de la constitución de tipo “político”, contra la idea de un control constitucional de naturaleza “jurídica” del segundo.

Esta polémica impulsó la creación del modelo de Corte Constitucional plasmada en la Constitución Federal Austriaca de 1920, después de la segunda postguerra y con la creación de los Tribunales Constitucionales en Europa como Italia en 1948, Alemania en 1949, Portugal 1976 y España 1978, así como en otras partes del mundo, se profundizó en el estudio de los controles de constitucionalidad.

Por su parte, el estudio de la defensa de la constitución y del derecho procesal constitucional han sido ampliamente abordados y desarrollados en México por autores como Mauro Capelleti y Héctor Fix Zamudio, en obras como: *La justicia constitucional (estudios de derecho comparado)* en 1987, y la *Introducción al*

Estudio de la Defensa de la Constitución en el Ordenamiento Mexicano en el año de 1998, respectivamente.

En esta tendencia de transformación constitucional, con las reformas en materia de derechos humanos el 6 y 10 de junio de 2011, se incluyó el Juicio de Amparo dentro de los controles de constitucionalidad que pueden tener declaraciones generales de invalidez, modificando **aparentemente** uno de los principios tradicionales desde su creación como es de efectos *inter partes*, también denominada “fórmula Otero”. Situación también analizada por diversos juristas como Ferrer Mac-Gregor y Rubén Sánchez Gil (2013).

Este trabajo se interesa por el análisis del paradigma que está aún presente en el artículo 107, fracción II de la Constitución y en la Ley Reglamentaria de los Artículos 103 y 107 de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos o Ley de Amparo, que prescribe: “*La sentencia será siempre tal, que sólo se ocupe de individuos particulares, limitándose a ampararlos y protegerlos en el caso especial sobre el que verse la queja, sin hacer una declaración general respecto de la ley o acto que la motivare.*”¹

Esta fórmula por sus efectos limitados a afectar únicamente a las partes permite que una norma inconstitucional continúe vigente en el sistema jurídico mexicano.

Sin embargo, la regulación en el orden jurídico mexicano ha tenido variantes en cuanto a los efectos que se pueden llegar a dar a la sentencia que en primer lugar solo afecta a las partes, pero por un procedimiento fuera de juicio puede determinarse una declaración general de inconstitucionalidad. Sus limitantes para otorgar efectos *erga omnes*, se justifican por razones de seguridad jurídica y de acuerdo con los principios comunes a los efectos *erga omnes* denominados: *racionalidad relevante*, *contramayoritario* y *de no retroactividad*, que dificultan la operación fáctica de los efectos generales.

¹ Véase artículo 107, fracción II, de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos, antes de la reforma de 2011.

Luego, cabe cuestionarse si la fórmula Otero es actual y justificable en la justicia constitucional mexicana. Esta investigación afirmará que sí a la luz del principio de seguridad jurídica.

Dicho principio *inter partes* (y su excepción) se plasma en el citado artículo 107, fracción II, de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos, que destaca:

II. Las sentencias que se pronuncien en los juicios de amparo sólo se ocuparán de los quejosos que lo hubieren solicitado, limitándose a ampararlos y protegerlos, si procediere, en el caso especial sobre el que verse la demanda.

Cuando en los juicios de amparo indirecto en revisión se resuelva la inconstitucionalidad de una norma general por segunda ocasión consecutiva, la Suprema Corte de Justicia de la Nación lo informará a la autoridad emisora correspondiente.

Cuando los órganos del Poder Judicial de la Federación establezcan jurisprudencia por reiteración en la cual se determine la inconstitucionalidad de una norma general, la Suprema Corte de Justicia de la Nación lo notificará a la autoridad emisora. Transcurrido el plazo de 90 días naturales sin que se supere el problema de inconstitucionalidad, la Suprema Corte de Justicia de la Nación emitirá, siempre que fuere aprobada por una mayoría de cuando menos ocho votos, la declaratoria general de inconstitucionalidad, en la cual se fijarán sus alcances y condiciones en los términos de la ley reglamentaria.

Lo dispuesto en los dos párrafos anteriores no será aplicable a normas generales en materia tributaria.

(...);

Si bien se mantienen los efectos *inter partes* del amparo derivados de la fórmula Otero, existe un procedimiento fuera de juicio que otorga efectos *erga omnes* a los criterios de las sentencias, es decir, respecto a todos o frente a todos.

Ahora bien, otro problema es el relacionado con otorgar efectos retroactivos a la declaratoria general de inconstitucionalidad, lo que se puede considerar contrario a la seguridad jurídica. Por lo anterior, apoyados en la doctrinal del Derecho Procesal Constitucional y en la Teoría principalista de los Derechos Fundamentales, que postula esta última la idea de que: “los derechos fundamentales son ‘principios’, o sea, razones para juicios de ponderación, y estos, a su vez, como mandatos de optimización, normas que ordenan cumplir o realizar algo en la mayor medida posible dentro de las posibilidades jurídicas y fácticas”², en el presente trabajo nos proponemos analizar el control vía acción de la constitucionalidad, destacando las problemáticas de otorgar efectos *erga omnes* a las sentencias de amparo, buscando precisar los principios comunes a los controles vía acción de la constitucionalidad que se puedan desprender de los efectos *erga omnes*, así como determinar la posibilidad de dar efectos retroactivos a las declaraciones generales en violaciones **relevantes** a los derechos fundamentales.

El nuevo constitucionalismo ha explotado la ponderación de bienes o principios jurídicos como mecanismo de solución de conflictos normativos en respuesta a la insuficiencia del discurso del formalismo jurídico. Bajo estas ideas, la teoría principalista puede cuestionar las dificultades de *justicia* que presenta la no retroactividad de las declaraciones generales de invalidez en consideración a la seguridad jurídica, ideas que influyeron a fin de determinar principios propios de este tipo de resoluciones y las problemáticas que enfrenta una declaración de esta naturaleza.

La teoría principalista parece dar un espacio a la retroactividad de los efectos generales o *erga omnes* de las resoluciones de los controles de constitucionalidad. No obstante, la exigencia de la racionalidad en las sentencias de los tribunales

² Véase: Alexy, Robert, Teoría de los derechos fundamentales, Madrid, Centro de Estudios Constitucionales, 1993, pp. 83 y ss.; Sieckmann, Jan-R, “Los Derechos Fundamentales como principios”, en Sieckmann, Jan (ed.), La Teoría Principalista de los Derechos Fundamentales. Estudios sobre la Teoría de los Derechos Fundamentales de Robert Alexy, España, Marcial Pons, 2011, pp. 28-29.

constitucionales demanda ejercicios argumentativos que van más allá de lo ordinario en la actividad interpretativa de los jueces.

HIPÓTESIS

Si la constitución carece de medios jurídicos de orden procesal dirigidos a reintegrar el orden constitucional, entonces tiene una fuerza inerte.³

Si los efectos relativos de las sentencias de los controles de constitucionalidad en el juicio de amparo es la regla general en el marco jurídico mexicano, entonces la “fórmula otero” es vigente, pero ha sido aparentemente reformulada.

Si las garantías constitucionales con efectos derogatorios *erga omnes* tienen principios comunes, entonces es posible agruparlos para su sistematización.

Si los tribunales constitucionales tienen una composición y operación diferentes a los ordinarios, entonces se exige una racionalidad relevante en las resoluciones que emitan.

Si la interpretación constitucional tiene propiedades diferentes a la ordinaria, entonces se requiere una racionalidad relevante al emitir las resoluciones constitucionales.

Si la no retroactividad de los efectos generales es regulada por el ordenamiento jurídico mexicano, entonces, en ciertos casos, la seguridad jurídica se sobrepone a la libertad e igualdad ante la ley.

Si la no retroactividad de los efectos generales es la regla general, entonces únicamente en casos relevantes, sería viable su operatividad.

³ Utilizamos la palabra paradoja como “contrario a la lógica” y la voz “inerte” como que carece de vida.

OBJETIVOS

- Exponer los diversos conceptos de constitución y supremacía considerando las posturas iusnaturalista y positivista para arribar a una conclusión ecléctica.
- Determinar los alcances de la supremacía constitucional como cualidad intrínseca a la norma suprema.
- Exponer los sistemas de control de la constitucionalidad para determinar la composición de la defensa de la constitución en el ordenamiento jurídico mexicano.
- Proponer una clasificación de los medios de defensa constitucionales por órgano judicial, con énfasis en el control vía acción.
- Analizar el sistema de control de constitucionalidad en México.
- Confirmar la vigencia de la “fórmula Otero”.
- Verificar las cualidades del control de la constitucionalidad con efectos generales o *erga omnes*.
- Deducir los principios comunes de las garantías constitucionales vía jurisdiccional con efectos *erga omnes*.
- Determinar la existencia del principio de racionalidad relevante en las resoluciones del tribunal constitucional.
- Afirmar la sobreposición de la seguridad jurídica sobre otros derechos fundamentales en las declaraciones generales de inconstitucionalidad.
- Analizar la operatividad de la retroactividad en los efectos *erga omnes*.

En el primer Capítulo del trabajo de investigación se analizarán diversos conceptos de Constitución atendiendo a las posturas formales (positivistas) y liberales (naturalistas o post positivistas) a efecto de tener un panorama más amplio de las distintas corrientes doctrinales y arribar a un concepto ecléctico, proporcional y en la mayoría de lo posible objetivo, de modo que se llegue a la convención de que la norma fundamental además de regular la creación del ordenamiento jurídico también considera los derechos fundamentales oponibles a la autoridad como son la seguridad jurídica, la libertad y la igualdad, buscando así limitarlo.

Así también se revisará el concepto de Supremacía constitucional, sus alcances, antecedentes y posturas doctrinales oponibles entre sí, como una cualidad propia de la Constitución y como soporte de la seguridad jurídica en el Sistema Jurídico Mexicano. Incluso frente a los Tratados Internacionales.

En el Segundo Capítulo, se revisará el concepto de la Defensa de la Constitución, realizando una propuesta de su clasificación para después abordar otras más desarrolladas en cuanto a los mecanismos preventivos y correctivos de la citada Defensa. Se acordará un concepto de garantía constitucional entendiendo esta como un mecanismo procesal de defensa frente a un acto constitucional.

Se expondrá también la clasificación de la defensa de la Constitución atendiendo: al tipo de órgano político y judicial que puede conocer, al órgano que conoce del órgano judicial (difuso y concentrado), a la acción que se ejercita (incidental o principal) y a los efectos de la resolución (efectos *ex nunc* y *ex tunc* e *inter partes* y *erga omnes*).

En el Tercer Capítulo se analizarán los controles de constitucionalidad vía acción en cuanto a sus efectos *erga omnes*, en particular la Controversia constitucional, la Acción inconstitucional y el Juicio de Amparo, poniendo énfasis en su operación en el ordenamiento jurídico mexicano tratándose de los efectos declarativos generales, sus condiciones, particularidades y restricciones.

Finalmente, en el Cuarto Capítulo del presente trabajo se deducirán principios comunes a la operación de las garantías constitucionales que expresan la complejidad de los efectos *erga omnes* y las reservas para que se actualice en pro de la seguridad jurídica. Siendo estos principalmente el aquí denominado principio de Racionalidad Relevante, el contramayoritario y el de no retroactividad.

Así, se determinará que el principio de no retroactividad revela la sobreposición que existe en el ordenamiento jurídico mexicano de la seguridad jurídica sobre otros principios como la libertad y la igualdad tratándose de los efectos generales de las sentencias derogatorias de la norma inconstitucional.

CAPÍTULO PRIMERO. ANÁLISIS TEÓRICO DE LAS NOCIONES DE CONSTITUCIÓN Y SUPREMACÍA CONSTITUCIONAL.

En lógica existen los “principios lógicos supremos”, a saber: i) principio de identidad o tautología y consiste en que todo enunciado es igual a sí mismo, ii) principio de no contradicción, que consiste en que una proposición es verdadero o falsa, pero no ambas cosas a la vez y es el fundamento de las verdades necesarias, iii) principio de tercero excluido que prescribe que dos juicios contradictorios no pueden ser simultáneamente falsos, y iv) el principio de razón suficiente que establece que todo lo que es tiene una razón de ser, que es el fundamento de las verdades contingentes y factuales.⁴

Estos principios serán la guía o eje a partir del cual estructuraremos algunos de nuestros argumentos y estarán presentes a lo largo de nuestra investigación.

Ahora bien, si se acepta que el juicio de amparo, la controversia y la acción de inconstitucionalidad son garantías procesales constitucionales,⁵ entonces para aproximarse a su naturaleza es necesario conceptualizar la norma protegida a través de esos mecanismos de defensa, así como su posición jerárquica en el sistema jurídico que justifica su supremacía y protección.

La constitución pues, crea esa garantía procesal y se protege a través de ella. La supremacía dota de autoridad al juicio de garantías para anular cualquier disposición inferior y contraria al código supremo. Existe pues una relación de interconexión entre constitución, supremacía y garantía procesal constitucional.

En este Capítulo se desarrollarán algunas nociones liberales (iusnaturalistas) y formalistas (iuspositivistas) de la Norma Suprema, para después abordar el concepto de supremacía como cualidad distintiva de aquella, su funcionamiento y su fundamento legal en el código supremo.

⁴ Díaz, Esthel, Módulo III “Lógica jurídica”, en Socorro, Juan Carlos, Cruceta, José Alberto (coord.), *Argumentación jurídica*, República Dominicana, Escuela Nacional de la Judicatura, 2010, p. 69-73.

⁵ En los términos señalados por Héctor Fix-Zamudio como instrumentos predominantemente de carácter procesal, Fix-Zamudio, Héctor, *Estudio de la Defensa de la Constitución en el Ordenamiento Mexicano*, México, Editorial Porrúa, 2005, p. 57.

1.1. Concepto de Constitución

Antes de realizar el ejercicio de aproximarse al concepto de constitución, se debe advertir, tal como se hace generalmente en toda obra de teoría constitucional como una especie de reserva al concepto que se exprese, que aquel participa de polémica y multivocidad debido a las posturas teóricas, metodológicas e ideológicas en las que se coloque el jurista. Por tanto, es necesario revisar diversas acepciones para evitar un contexto restringido.

Como lo expresa José Ramón Cossío Díaz:

“La expresión constitucionalidad puede ser utilizada para referirse: primero, a la cualidad de un objeto para ser considerado como constitucional; segundo, a la serie de situaciones o circunstancias que le confieren a algo la cualidad de constitucionalidad; tercero, a una situación específica que puede ser calificada de esa manera y, cuarto, a la caracterización que se haga de las funciones, fundamentos y fines de la Constitución a partir de cierto modelo de dominación política.”⁶

La dominación política actual es, de acuerdo con el exministro, del Estado constitucional, en donde la constitución ha evolucionado y ha dejado de ser un documento únicamente político para transformarse en uno normativo, por lo que puede ser incluso litigable y requiere la existencia de un órgano para administrar la constitución.⁷

En complemento a lo que indica Cossío Díaz pero en referencia a una concepción de liberal de mercado, Torres Maldonado expresa que el modelo económico puede determinar el modelo constitucional que se adopte en los diversos momentos históricos, por lo que “que aún las constituciones que han emergido de congresos constituyentes, no han sido, en realidad, productos de procesos democráticos [...]”

⁶ Cossío Díaz, José Ramón, “Supuestos de la constitucionalidad”, en *Hacia una nueva constitucionalidad*, México, Universidad Nacional Autónoma de México-Instituto de Investigaciones Jurídicas, 1999, p. 158.

⁷ *Ibidem*, pp. 158-163

sino impuestas [...]”⁸, así de acuerdo con este jurista, el modelo actual que es el “derecho constitucional de la globalización”.⁹

Es de advertirse que la conceptualización de constitución que se adopte en el presente trabajo deberá precisar **si se justifica o no la retroactividad en la sentencia del Juicio de Amparo, las controversias constitucionales y la acción de inconstitucionalidad con efectos *erga omnes***, ya que, si conviene un concepto de constitución determinada por una teoría principalista, detonará o no la operatividad de los efectos de la garantía constitucional hacia el pasado y en qué circunstancias.

La importancia dada a la constitución a partir del citado proceso posbélico ha sido como un límite al poder y como se dijo arriba, una norma ideal que busca la sociedad utópica de bienestar a través de ciertas directrices. En efecto, en los denominados Estados constitucionales de derecho, a la actitud negativa del Estado frente a las libertades de las personas se le ha sumado una acción de aquel para realizar los derechos fundamentales de sus gobernados, en el que “los deberes constitucionales se interpretarán como deberes abiertos que ordenan un cierto modo de acción estatal y un cierto proyecto de orden jurídico y cuyo cumplimiento requiere centralmente de desarrollo y de liberación”.¹⁰

Una primera aproximación en cuanto al término constitución con una analogía organicista, un compuesto de varios elementos de un ente o ser, la afirma Eduardo Pallares:

“el vocablo Constitución en su acepción más genérica y filosófica, significa la estructura interna de una cosa o de un ser vivo, el ordenamiento de sus elementos fundamentales. El concepto jurídico y el filosófico se dan las manos,

⁸ Torres Maldonado, Eduardo José, “La ingeniería jurídica de las constituciones, los modelos económicos y la evolución de derecho procesal constitucional”, en Ferrer Mac-Gregor, Eduardo (coord.), *Derecho Procesal Constitucional*, 4ª edición, México, Editorial Porrúa-Colegio de Secretarios de la Suprema Corte de Justicia de la Nación, A.C., 2003, t.1., p. 543.

⁹ *Idem*.

¹⁰ Aguiló Regla, Josep, “Sobre la constitución del Estado constitucional” *Doxa. Cuadernos de filosofía del derecho*, España, Universidad de Alicante, NÚM. 26, 2003, pp. 289-290, visible en: https://rua.ua.es/dspace/bitstream/10045/10077/1/doxa26_15.pdf, (11 de agosto de 2019).

puesto que Constitución Política refleja, a lo menos desde el punto de vista teórico, el ordenamiento jurídico de los elementos sociales de una nación.”¹¹

Aristóteles expresó que la Constitución era el ordenamiento de la ciudad con respecto a sus diversas magnitudes.¹² De esta manera, la función de la Constitución era organizar al gobierno.

Para Lasalle, la constitución es la suma de “los factores reales el poder que rigen una sociedad determinada.” Siendo aquellos “esa fuerza activa y eficaz que informa todas las leyes e instituciones jurídicas en la sociedad en cuestión, haciendo que *no puedan ser, en sustancia, más que tal como son.*”¹³ Lasalle los enuncia como la monarquía, la aristocracia, la gran burguesía, los banqueros, la conciencia colectiva y la cultura general, así como la pequeña burguesía y la clase obrera.¹⁴

Otra aproximación al concepto de Constitución puede ser el de Jellinek en cuanto señala que “TODA ASOCIACIÓN PERMANENTE necesita de un principio de ordenación conforme al cual se constituye y desarrolla su voluntad [...] una ordenación o estatuto de esta naturaleza es lo que se llama una constitución”.¹⁵ De ahí que norma suprema es considerada como el conjunto de normas *jurídicas* que dirigen una sociedad bajo su propia voluntad de modo que se garantice su permanencia mediante la armonización de los diferentes intereses de los grupos que componen el cuerpo social. Es la sociedad la que decide gobernarse y a través de que medio.

La ley cimera armoniza la diversidad, pero también promueve la unicidad evitando la destrucción de una colectividad en donde existen diferentes intereses. Cabe señalar que la ordenación constitucional es diferente a otro tipo de normas, toda vez que contiene (o pretender tenerlo) la ordenación de la pluralidad de toda una nación, en donde convergen diversos intereses y principios jurídicos, pero no deja de ser jurídica toda vez que comprende elementos del derecho, es decir, norma emitida

¹¹ Pallares, Eduardo, *¿Qué es una constitución?*, México, Editorial Fontamara, 2006, Colección Argumentos, p. 10.

¹² Aristóteles, *La política*, México, Porrúa, 1976, p. 203.

¹³ Lasalle, Ferdinand, *¿Qué es una Constitución?*, México, editorial Colofón, 2006, p. 11.

¹⁴ *Ibidem*, pp. 12-19.

¹⁵ Jellinek, Georg, *Teoría General del Estado*, México, Fondo de Cultura Económica, 2000, p. 457.

por un procedimiento establecido y observada por una generalidad de personas dentro de esa comunidad.

Tomando como referencia la distinción de concepciones de constitución realizada por Carl Schmitt, el concepto de aquella será acotado al de constitución en sentido absoluto o como norma de normas, entendida esta como una “*regulación legal fundamental [...] un sistema de normas supremas*”.¹⁶

El concepto de norma constitutiva comprende la “normación total de la vida del Estado, de la ley fundamental en el sentido de una unidad cerrada, de la >ley de leyes<. [Así] todas las otras leyes y normas tienen que poder ser referidas a esa *una* norma.”¹⁷ En este contexto, “el Estado se convierte en una ordenación jurídica que descansa en la constitución como norma fundamental”¹⁸ sin embargo, a diferencia de una concepción absoluta de esta posición, no se desestima el elemento real o factual consistente en la existencia política del Estado a la que hace alusión el jurista alemán¹⁹ o los valores contenidos en los mismos.

Cecilia Mora Donatto refiere que la fuerza normativa de la constitución se basa en el consentimiento de la sociedad, en la aceptación por parte de ésta de la constitución como el mejor instrumento para ordenar jurídicamente los conflictos políticos que en aquella se producen.²⁰

Así, para llegar a una posición ecléctica de norma suprema, se considera indispensable abordar los significados atendiendo a distintas posturas teóricas. Aunque si bien pueden existir diversos conceptos de constitución, a saber: constitución normativa, la cual se asocia con su eficacia; constitución nominal, la cual se refiere a que tenga validez independientemente de que se cumpla o no; constitución semántica, misma que es determinada por los detentadores del

¹⁶ Schmitt, Carl, *Teoría de la Constitución*, Madrid, Alianza Universidad, 1982, p. 40.

¹⁷ *Idem*.

¹⁸ *Idem*.

¹⁹ *Idem*.

²⁰ Mora-Donatto, Cecilia Judith, *El valor de la Constitución normativa*, México, UNAM, Instituto de Investigaciones Jurídicas, 2002, p. 10.

poder,²¹ este trabajo se abocará a la clasificación de concepciones formalistas y naturalistas.

Riccardo Guastini claramente distingue cuatro concepciones de constitución, a saber; i) ordenamiento jurídico de tipo liberal (con un corte iusnaturalista), ii) conjunto de normas fundamentales que caracterizan todo el sistema jurídico (con cualidades iuspositivistas), iii) un conjunto de normas con ese nombre y iv) conjunto de normas con ciertas características formales que la diferencian de otras normas.²²

De la distinción vertida por el jurista italiano desarrollando los significados i, ii y iv tratando de encasillar las ideas análogas de otros juristas. Excusándonos desde este momento por cualquier error, iniciaremos por extender la interpretación a sus ideas.

Es oportuno expresar que, si bien el concepto que alude a la constitución únicamente como conjunto de normas con ese carácter, es muy restringido debido a que no comprende ningún elemento que le atribuya a aquella otra característica distinta a la de un código normativo, también lo es que en la práctica es el más útil para enseñar las normas constitucionales. Siempre que se conceptualiza un objeto, es más fácil su entendimiento cuando se representa en referencia física o particular como la expresión: "Todo este documento o conjunto de normas agrupadas, es la constitución y consta de 136 artículos (en el caso de la Constitución Mexicana)". Así, toda norma que se encuentre dentro de ese documento tendrá el carácter de constitucional.

Asociar la constitución con conjunto de normas es acertado, pero teóricamente insuficiente ya que adolece de precisión al considerar como normas constitucionales a aquellas que no impactan esencialmente en la ordenación permanente de una sociedad y los derechos de los gobernados; y viceversa, se desestiman normas que no están contenidas de forma expresa en ese documento pero que determinan la

²¹ Moreno, Daniel, *Derecho constitucional mexicano*, 12ª edición, México, ed. Porrúa, S.A., 1993, pp. 17-23.

²² Guastini, Riccardo, "Sobre el concepto constitución", en Carbonell, Miguel (*comp.*), *Teoría de la Constitución. Ensayos Escogidos*, 4ª edición, México, Porrúa-UNAM, Instituto de Investigaciones Jurídicas, 2008, p. 94.

ordenación de un colectivo social. Máxime que, según veremos más adelante, la norma surge cuando se le da contenido a través de la interpretación, por lo que ese conjunto normativo que existe “en un libro o código” es el texto jurídico, mas no así la norma.

1.2. Concepto de constitución liberal

De acuerdo con esta concepción la definición de constitución material requiere la identificación de constitución con ciertos contenidos necesarios y no únicamente su calidad de *lex superior*.²³ Esta postura considera a la constitución como una norma que organiza a una sociedad política *liberal y garantista*.²⁴ Liberal en cuanto que ese grupo se reconoce un conjunto de derechos que intentan respetar la *autonomía* de los individuos. Garantista debido a que se protege la libertad mediante mecanismos de control frente al poder del Estado. Por consiguiente, dentro de una organización social determinada existe un marco normativo cuyo fin debe ser la libertad de los individuos y el medio es limitar al poder político del Estado para lograrlo.²⁵

El concepto asociado con la libertad deriva de las ideas generadas en la independencia de las Colonias Americanas, así como del contexto revolucionario francés y la materialización de sus ideales en la celebrada Declaración de los Derechos del Hombre y del Ciudadano de 1789.

Efectivamente, como lo señalan Fix-Zamudio y Salvador Valencia, existen diversos hechos y acontecimientos políticos que apuntalaron el concepto de constitución tal como: “la propia configuración del Estado moderno [...], las epopeyas que en el

²³ Aguiló Regla, Josep, “Interpretación constitucional. Algunas alternativas teóricas y una propuesta”, *Doxa. Cuadernos de filosofía del derecho*, España, Universidad de Alicante, núm. 35, 2012, p.252, visible en: <https://doxa.ua.es/article/view/2012-n35-interpretacion-constitucional-algunas-alternativas-teoricas-y-una-propuesta>, (7 de octubre de 2019).

²⁴ Guastini, Riccardo, "Sobre el concepto constitución" ..., *op. cit.*, p. 95.

²⁵ Para efectos de este trabajo se entiende por poder como “la facultad reconocida por el orden jurídico para que determinados individuos actualicen sobre otros los mandatos contenidos en las normas jurídicas bajo amenazas de coacción”; de Huerta, Carla, *Mecanismos constitucionales para el control político*, 2ª edición, México, UNAM, Instituto de Investigaciones Jurídicas, 2003, pp. 21-22.

terreno judicial y legislativo se realizaron en Inglaterra, la difusión de la filosofía de la Ilustración y el consecuente contractualismo que postuló [...]”²⁶

Las Colonias Americanas una vez lograda su independencia frente al Reino de Gran Bretaña en 1776, querían evitar reemplazar a un monarca supremo por un gobierno federal omnipotente que menoscabara la autonomía de las Colonias, pero también veían indispensable la unidad entre aquellas para evitar la recolonización por el reino de la isla europea. Una disyuntiva entonces; sufrir abusos de un ente dotado de poder desde dentro o desde afuera de la joven nación independiente.

Así lo hacía ver Hamilton destacando la importancia de la unión frente a otras potencias: “[...] hasta donde las violaciones deliberadas o accidentales de los tratados y el derecho de las naciones engendran las causas *justas* de las guerras, son menos de temer bajo un gobierno general que bajo menos fuertes y, en este aspecto, el primero favorece más la *seguridad* del pueblo. ”²⁷

Atentos a esta preocupación fueron emitidas distintas declaraciones de derechos que limitaran el poder del ente interno o local. “La Declaración de Derechos del Buen Pueblo de Virginia” de 12 de junio de 1776, representa un ejemplo determinante ya que la colectividad se reconoció como la fuente de todo poder público y una serie de derechos como la libertad, la igualdad y la cualidad innata de ser poseedores de derechos. Esta Declaración señala en el primero de sus artículos:

“I. Que todos los hombres son por naturaleza igualmente libres e independientes y tienen ciertos derechos innatos, de los que cuando entran en estado de sociedad, no pueden privar o desposeer a su posteridad por ningún pacto, a saber; el goce de la vida y de la libertad, con los medios para adquirir y poseer propiedad y de buscar y obtener la felicidad y la seguridad”

²⁶ Fix-Zamudio, Héctor y Valencia Carmona, Salvador, *Derecho Constitucional mexicano y comparado*, Novena edición, México, Editorial Porrúa, 2017, p. 48.

²⁷ Hamilton, A., Madison, J. y Jay, J., *El federalista*, trad. de Gustavo R. Velasco, 2ª edición en español, México, Fondo de Cultura Económica, 2001, p.11.

II. Que todo poder está investido en el pueblo, y consecuentemente deriva del pueblo; que los magistrados son sus administradores legales y sirvientes, y en todo momento responsables ante ellos.

III. Que el gobierno es, o debe ser, instituido para el beneficio común, protección y seguridad del pueblo, nación o comunidad; de todos los varios modos y formas de gobierno ese es el mejor, porque es capaz de producir el mayor grado de felicidad y seguridad y es el que más efectivamente previene del peligro de mala administración; y que, cuando un gobierno sea hallado inadecuado o contrario a estos propósitos, una mayoría de la comunidad tiene un indudable, inalienable e irrevocable derecho a reformarlo, alterarlo o abolirlo, del modo que se juzgue más conducente para el bienestar público.²⁸

En términos de Jellinek, estas declaraciones o *Bill of Rights*, “ha[n] sido el modelo que ha servido a la legislación constitucional para todos los actos posteriores de esta naturaleza”²⁹ ya que las constituciones han recogido estos principios rectores que además de organizar la colectividad y la designar a sus representantes, intentaron garantizar las conquistas sociales de libertades. Es dable afirmarlo ya que:

“En estos *Bill of Rights* no solo se consignan los derechos de la libertad individual, sino [...] también los principios de la soberanía popular, de la división de poderes, de la duración de las funciones públicas, la responsabilidad de los que desempeñaban esas funciones, así como la infinidad de principios de derechos, que sólo de una manera indirecta tienen relación con los derechos subjetivos.”³⁰

En primera instancia no fueron estipulados los derechos fundamentales en la Convención Constitucional de Filadelfia de 1787, sin embargo, decidieron más adelante contener el poder de la Federación y preservar la unidad con un catálogo

²⁸ *Declaración de Derecho del Buen Pueblo de Virginia de 1776*, visible en: <https://archivos.juridicas.unam.mx/www/bjv/libros/6/2698/21.pdf>, (6 de marzo de 2019).

²⁹ Jellinek, Georg, *Teoría General...*, *op. cit.*, p. 467.

³⁰ *Ibidem*, pp. 467-468.

de derechos previamente establecido por las Colonias a través de las enmiendas constitucionales aprobadas en 1789.

En el caso de Francia, con una Revolución detonada por el pensamiento racionalista del siglo XVIII y la materialización de las ideas de la ilustración generadas por grandes pensadores en la Declaración de los Derechos del Hombre y del Ciudadano de 1789, se buscaba cambiar el régimen monárquico existente pero también positivizar los derechos “naturales e inalienables” de los individuos.

Tal como lo expresa Jellinek, e independientemente del supuesto “plagio” de los revolucionarios franceses a las declaraciones de derechos de los independistas estadounidenses, la razón de las ideas análogas en ambas naciones de distintos continentes

“[...] se debió a la igualdad de las tendencias prácticas a que ambas naciones se inclinaban: fundación de una Comunidad democrática compuesta de individuos con iguales derechos, y en la cual todo el poder público nace del pueblo, y todos los agentes del poder son responsables, con más garantía de una esfera de libertad de esos individuos delimitada en ciertas direcciones [...]”³¹

Dicha Declaración, sin embargo, debió encontrar solidez y solemnidad a fin de evitar acciones del monarca contra el catálogo de derechos de los individuos, por ello fue necesario plasmarlo en una norma que vinculara al aparato estatal a su observancia; en la constitución francesa del 3 de septiembre de 1791. Esta norma suprema significó, en palabras de Ignacio Burgoa:

“[...] una estructura normativa de relaciones entre gobernantes y gobernados con un contenido eminentemente individualista y liberal. Individualista porque [...] consideraron al individuo como la base y fin esencial de la organización estatal; y liberal, en virtud de que el Estado y sus autoridades deberán asumir

³¹ Jellinek, Georg, *La Declaración de los Derechos del Hombre y del Ciudadano*, trad. de Adolfo Posada México, UNAM, Instituto de Investigaciones Jurídicas, 2003, p. 135.

una conducta de abstención en las relaciones sociales, dejando a los sujetos en posibilidad de desarrollar libremente su actividad”.³²

Por tal motivo, advierte Jellinek, el impacto de la constitución francesa fue muy grande debido a que fue paradigma de todas las constituciones que descansan sobre el principio democrático.³³

El concepto de Constitución liberal se actualiza en el ampliamente conocido artículo 16 que a la letra dice; “Toda la sociedad en la cual la garantía de los derechos no está asegurada ni la separación de poderes establecida, no tiene constitución.”³⁴

El mismo Jellinek al precisar que los elementos que debe contener la constitución en el derecho contemporáneo son los de organización del Estado, la competencia, y los fundamentos acerca del reconocimiento del derecho de los súbditos.³⁵

Para Manuel Aragón la Constitución liberal es la definición material de Constitución, ya que toda norma que dice ser constitucional debe tener “la doble y antigua pretensión de asegurar la estabilidad de la forma política y la libertad”,³⁶ por lo que será constitución la que:

“limitará el poder tanto para mantenerlo con una determinada estructura como para impedir que invada la autonomía individual. Más aún, ambos objetivos son indisociables, dado que la estructura misma ya no es fin sino un medio. [...] El único fin de la Constitución, es, pues, la libertad (la libertad en igualdad); la división de poderes es sólo una >forma< de asegurarla.”³⁷

Conforme a esta postura del jurista español, los derechos fundamentales y la división de poderes son elementos que forman parte del concepto constitución. Con

³² Burgoa O., Ignacio, *Derecho Constitucional Mexicano*, 20ª edición, México, Editorial Porrúa, 2010, p. 290.

³³ Jellinek, George, *Teoría General...*, *op. cit.*, p. 472.

³⁴ *Declaración Universal de los Derechos del Hombre y del Ciudadano*, visible en: <https://revistas-colaboracion.juridicas.unam.mx/index.php/derechos-humanos-emx/article/view/5120/4492>, (26 de abril de 2019).

³⁵ Jellinek, George, *Teoría General...*, *op. cit.*, p. 479.

³⁶ Aragón, Manuel, “La constitución como paradigma”, en Carbonell, Miguel (comp.), *Teoría de la Constitución. Ensayos Escogidos*, 4ª ed., México, Porrúa-Universidad Nacional Autónoma de México, Instituto de Investigaciones Jurídicas, 2008, p. 111.

³⁷ *Idem.*

los primeros se protege la libertad de los individuos frente al poder estatal y con la segunda se organiza el poder en distintos órganos a fin evitar la concentración y el poder absoluto. Constitución en este sentido es libertad frente al poder del Estado.

La idea liberal de Constitución, según afirma el propio Manuel Aragón, es la que representa la “Constitución de los modernos”, puesto que a partir de este concepto liberal “puede decirse que aparece la <verdadera> o <genuina> Constitución (así con mayúsculas) y su correspondiente y genuino <Estado constitucional>”.³⁸

De la tesis de Aragón se sigue qué, constitución es tal sí, y solo sí, es liberal. De tal modo que si existe un código supremo que no regule y proteja los derechos fundamentales que garanticen la autonomía de la persona frente al Estado, podrá ser una constitución, pero en el sentido antiguo o histórico, más no una “moderna”. *A contrario sensu*, si una constitución no es liberal, aún y cuando tenga el carácter de norma fundante de un sistema jurídico, no será constitución.

Habría que cuestionarse qué ocurriría en aquellos casos en que una norma fundamental no es *extremadamente* injusta, autoritaria o represora, sino que su contenido tiene regulaciones distintas a las de las democracias liberales a las que hace alusión Aragón. ¿Será constitución o únicamente es aplicable la fórmula para “normas fundantes extremadamente injustas”?

Supongamos que determinada comunidad se da una constitución bajo el procedimiento legalmente establecido en ese país e incluso, se somete la aprobación a una consulta popular en donde abrumadoramente se acepta. Sin embargo, esa norma invade parcialmente la libertad (sin llegar a extremos de afectar la dignidad) en pro de la seguridad de la sociedad, bajo la postura de Aragón no sería constitución aquella, lo que nos parece, difícil de sostener.

Peter Häberle expresa que el estado *constitucional* de derecho se caracteriza:

“[...] por la dignidad humana como premisa antropológica-cultural, por la soberanía popular y la división de poderes, por los derechos fundamentales y

³⁸ *Idem.*

la tolerancia, por la pluralidad de partidos y la independencia de los tribunales; hay buenas razones para caracterizarlo elogiosamente como democracia pluralista o como sociedad abierta [...]”³⁹

Por tanto, de acuerdo con Häberle, la concepción de constitución es el orden jurídico fundamental de un Estado y de la sociedad, el cual incluye a la sociedad constituida que comprende las estructuras fundamentales de la sociedad plural, la relación de los grupos sociales entre sí y de éstos con el ciudadano, la eficacia de los derechos fundamentales incluso frente a terceros, los principios del orden jurídico general o las instituciones para prevenir los abusos del poder como la división de poderes.⁴⁰

Una concepción de constitución como instrumento de limitación de poder la realiza Karl Loewenstein. En este tenor, expresa que “limitar el poder político quiere decir limitar a los detentadores del poder; esto es el núcleo de lo que en la historia antigua y moderna en la política aparece como constitucionalismo.”⁴¹ La constitución se convirtió así en el dispositivo fundamental para el control del proceso del poder,”⁴² toda vez que en la constitución se establece un sistema de reglas fijas destinada a limitar el poder.⁴³

Por tanto, el jurista alemán afirma que “el constitucionalismo moderno, es un producto de la ideología liberal”⁴⁴ y enuncia un mínimo de contenido que debe tener una constitución, a saber:⁴⁵

- División y diferenciación de las actividades estatales;
- Los frenos y contrapesos, *checks and balances*;
- Definición de tareas que impida el bloqueo de funciones entre los detentadores del poder. Sometiendo el proceso del poder a una dirección autocrática;

³⁹ Häberle, Peter, *El Estado constitucional*, trad. Héctor Fix-Fierro, México, UNAM, Instituto de Investigaciones Jurídicas, 2003, pp. 3-4.

⁴⁰ *Idem*.

⁴¹ Loewenstein, Karl, *Teoría de la constitución*, trad. de Alfredo Gallego Anabitarte, 2ª edición, Editorial Ariel, S.A., España, 1976, p. 29.

⁴² *Ibidem*, p. 150.

⁴³ *Idem*.

⁴⁴ *Ibidem*, p. 151.

⁴⁵ *Ibidem*, p. 153.

- Método racional de reforma constitucional con un procedimiento establecido;
- Reconocimiento expreso a la libertad de cada individuo y a la autodeterminación mediante la protección de los derechos fundamentales.

Manuel Aragón también acepta la idea de limitación de poder como idea fundamental, lo cual explica de la siguiente manera:

“Si la comunidad política ha de persistir es imprescindible que el poder tenga, al menos, la limitación mínima de no alcanzar a destruirla; si la comunidad política ha de persistir en una determinada forma política, ésta será también un límite infranqueable para el poder”.⁴⁶

Se puede insertar en este grupo de acepciones liberales, con un matiz del bien común, la concepción de Ignacio Burgoa.

Para el jurista mexicano el concepto de constitución se asocia con una norma primaria sobre la cual se constituye un Estado ya que es “el ordenamiento fundamental y supremo en que se proclaman los fines del Estado y se establecen las normas básicas a las que debe ajustarse su poder público de imperio para realizarlos”,⁴⁷ luego, esa comunidad se organiza políticamente a través del “orden jurídico primario fundamental” a fin de encomendarle al ente jurídico creado los aspectos vitales o básicos de su elemento humano o pueblo.⁴⁸

Los aspectos vitales los concretiza el bien común perseguido por el Estado, ya que esta doctrina representa la síntesis entre la postura liberal-individualista y el colectivismo. La finalidad del Estado pues “debe atender a las dos esferas reales que ineluctablemente se registran en la sociedad: la particular y la colectiva o de grupo.”⁴⁹

En este sentido el jurista mexicano arriba a la conclusión de que la constitución es el:

⁴⁶ Aragón, Manuel, *Estudios de derecho constitucional*, Madrid, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, 1998, p. 77.

⁴⁷ Burgoa O., Ignacio, *Derecho Constitucional...*, op. cit., p. 281.

⁴⁸ *Ibidem*, pp. 281-282.

⁴⁹ *Ibidem*, P. 293.

“ordenamiento fundamental y supremo del Estado que: a) *establece su forma y la de su gobierno*, b) *crea y estructura sus órganos primarios*; c) *proclama los principios políticos y socioeconómicos sobre lo que se basa la organización y teología estatales*, y d) *regula sustantivamente y controla adjetivamente el poder público del Estado en beneficio de los gobernados*.⁵⁰

Así, la sociedad se organiza políticamente a través de la constitución porque es el medio de alcanzar el bien común protegiendo la colectividad al ser lo más importante, pero sin menoscabar su libertad. Un sano equilibrio entonces entre lo colectivo y lo individual.

Para Jorge Carpizo, todo Estado tiene constitución física, puesto que “es el conjunto de relaciones que se verifican en esa comunidad, los actos que se realizan entre gobierno y gobernados y el logro de cierto orden que permite que se efectúen una serie de hechos que se reiteran”.⁵¹ Esta Constitución real o física de todo Estado, puede corresponder con la jurídica o no, sin embargo, esta última impulsa a la realidad para que se ajuste al mundo del deber ser. Por tanto, la constitución no es ser ni deber ni ser, “sino es ser deber ser”.⁵²

El autor de la obra *Estudios Constitucionales*, sigue señalando que la constitución material representa i) un catálogo de derechos oponibles al poder del Estado y ii) la distribución de competencias de sus órganos;⁵³ de esta guisa concibe a la ley superior desde el punto de liberal. Su concepto de constitución es tal, ya que incluye los elementos derechos fundamentales y división de poderes, pero adiciona otros del “neoconstitucionalismo” tales como la defensa frente al poder y, sobre todo, la de ser una norma colmada de valores que son tomados por el juzgador al momento de dictar una resolución.

Carla Huerta indica que la constitución *moderna* funge como elemento de cohesión y unidad de un Estado al normar su organización y funcionamiento, y como una

⁵⁰ *Ibidem*, P. 328.

⁵¹ Carpizo, Jorge, *Estudios Constitucionales*, 8ª edición, México, editorial Porrúa, 2008, pp. 42-43.

⁵² *Idem*.

⁵³ *Idem*.

norma que contiene los derechos de los individuos que les otorga.⁵⁴ Por tal motivo la conceptualiza “[...] como el ordenamiento jurídico que organiza y determina el ejercicio del poder político, garantizando así la libertad individual [...]”.⁵⁵

Adicionalmente, se puede incluir en la concepción liberal las ideas de la corriente jurídica denominada neo-constitucionalista. Efectivamente, Prieto Sanchís afirma que parece insuficiente la idea del Estado de Derecho Legislativo o el modelo del liberalismo económico derivado de las constituciones norteamericana y francesa, dado que “hoy por constitucionalismo no se entiende cualquier sistema político dotado de un texto más o menos solemne o rígido llamado Constitución o Ley Fundamental [...], ni siquiera cuando dicho texto diseña un régimen basado en la separación de poderes, el respeto a las libertades públicas o el gobierno representativo”,⁵⁶ para este autor el estado liberal más evolucionado o *constitucional* tiene como “rasgo más sobresaliente [...] la existencia de un procedimiento efectivo de control de constitucionalidad de las leyes.”⁵⁷

Para el jurista español, el concepto de constitución es determinado por el cambio del “antiguo” Estado liberal al Estado Constitucional, el cual, siguiendo a Robert Alexy, supone: los siguientes rasgos esenciales: “valor en vez de norma; ponderación en vez de subsunción; omnipresencia de la Constitución en vez de independencia del Derecho ordinario; omnipotencia judicial apoyada en la Constitución en vez de autonomía del legislador democrático dentro del marco de la Constitución.”⁵⁸

El mismo Prieto Sanchís afirma, en una interpretación sobre la teoría jurídica de Ferrajoli denominada *Principia Iuris*, que el núcleo del paradigma del constitucionalismo moderno es “la regulación no sólo del quién y del cómo se

⁵⁴ Huerta, Carla, *Mecanismos constitucionales para el control del poder político*, 2a.ed., México, UNAM, Instituto de Investigaciones Jurídicas, 2016, p. 57, visible en: <https://biblio.juridicas.unam.mx/bjv/detalle-libro/2749-mecanismos-constitucionales-para-el-control-del-poder-politico-3a-ed.>, (6 de febrero de 2019).

⁵⁵ *Ibidem*, p. 61.

⁵⁶ Prieto Sanchís Luis, *Constitucionalismo y Positivismo*, 4ª edición, México, Distribuciones Fontamara, S.A., 2012, p. 15.

⁵⁷ *Idem*.

⁵⁸ *Ibidem*, p. 16.

manda, sino también de qué puede o debe mandarse; no sólo normas de competencia y procedimiento, condicionantes de la vigencia de la ley, sino también normas sustantivas condicionantes de su validez”,⁵⁹ así, las constituciones modernas regulan la esfera de lo indecible (derechos fundamentales) la esfera de lo indecible que no se puede dejar de decidir (derechos fundamentales sociales) y la esfera de lo decible (autonomía privada como política).⁶⁰ Pareciera pues que ciertos derechos son inmutables para el derecho positivo porque se ha decidido ya que son inalienables a la persona.

Para José Gamas Torruco “La Constitución queda establecida como norma suprema a la cual ha de ajustarse todo el sistema político con salvaguarda del interés social. El poder, mediante la constitución, queda sujeto al derecho.”⁶¹

El mismo autor justifica esta idea de constitución como

“El rechazo al absolutismo condujo a la personificación jurídica del Estado; el temor al abuso del poder, al cuidado o establecimiento de órganos con competencia limitada y conexión social permanente a través de integración con base en elecciones; la pugna entre intereses nacionales y regionales a la estructura de dos órdenes coextensos con sometimiento ambos a la norma suprema; el establecimiento decidido de una zona de libertad individual, a los derechos subjetivos públicos y la preocupación porque todo esto se cumpliera, al control de la constitucionalidad.”⁶²

Conforme a lo anterior, la norma suprema regula la estructura y funcionamiento de los órganos detentadores de poder en su parte orgánica, por tanto, canaliza su

⁵⁹ Prieto Sanchís, Luis, “Principia iuris: una teoría del Derecho no (neo)constitucionalista para el Estado constitucional”, *Doxa. Cuadernos de filosofía del derecho*, España, Universidad de Alicante, núm. 31, 2008, p.327, visible en: <https://doxa.ua.es/article/view/2008-n31-principia-iuris-una-teoria-del-derecho-no-neoconstitucionalista-para-el-estado-constitucional>, (3 de noviembre de 2019).

⁶⁰ *Ibidem*, 328.

⁶¹ Gamas Torruco, José, *Derecho constitucional mexicano. Teoría de la constitución. Origen y desarrollo de las constituciones mexicanas. Normas e instituciones de la constitución de 1917*, México, Editorial Porrúa, 2001, p. 95.

⁶² *Idem*.

actuación para que se ajuste a derecho. Al normar todo acto del aparato estatal, se garantiza la libertad de los individuos.

1.3. Concepto de constitución como norma fundamental

La constitución como norma fundamental se puede referir al conjunto de normas que disciplinan i) la forma de Estado, ii) la forma de gobierno y, iii) la producción normativa.⁶³

Las dos primeras se identifican con la organización del poder político y la manera en que participan los órganos estatales en el ejercicio de dicho poder, respectivamente, en tanto que la producción normativa se relaciona con la función de crear derecho, esto es, con “las normas que confieren poderes normativos, que determinan las modalidades de formación de los órganos a los que los poderes son conferidos, que regulan los procedimientos de ejercicio de esos poderes, etcétera”.⁶⁴

Guastini advierte que este concepto trata de ser políticamente neutro, es decir, independiente a su *contenido moral*. Por tanto, aun y cuando no se expresen valores como la libertad, la democracia o la igualdad, la constitución es tal porque regula la producción normativa. Es la noción que adopta el positivismo jurídico.⁶⁵

Norberto Bobbio, al analizar los aspectos del positivismo refiere un tipo como un *modo de acercarse al estudio del derecho*, así, el científico del derecho respecto al objeto de estudio distingue entre el derecho real y el ideal, el “derecho como hecho y el derecho como valor”⁶⁶

⁶³ Guastini, Riccardo, “Sobre el concepto...”, cit. p. 96.

⁶⁴ *Idem*.

⁶⁵ *Ibidem*, p. 97.

⁶⁶ Bobbio, Norberto, *El problema del positivismo jurídico*; trad. Ernesto Garzón Valdés, Distribuciones Fontamara, Mexico, 1991, pp. 46 y 47.

De acuerdo con las posturas doctrinales naturalistas antes vistas, la regulación de la división de poderes y el *reconocimiento* de los derechos humanos es determinante para llamar a una norma constitución. Lo cual tiene un trasfondo significativo la segunda situación, ya que como lo afirma Eugenio Bulygin, el hecho de aceptar el *reconocimiento* de aquellos, es dar un tratamiento a esos *derechos morales* de una existencia independiente al derecho positivo, por lo que los hace un sistema moral objetivamente válido y accesible al conocimiento humano, lo cual se cuestiona por el jurista argentino, ya que les reconoce una función crítica y directiva al sistema jurídico, más no así una existencia universal y objetiva.⁶⁷

La crítica se dirige pues contra la postura que afirma la existencia de una moral objetiva que puede ser deducida racionalmente. Es decir, un jurista puede argumentar por qué el derecho fundamental a la vida es superior, en todo supuesto, a cualquier otro derecho fundamental y que además esta afirmación resulta aprehensible para cualquier persona. Lo que resulta falso que existen creencias diferentes tratándose de cada individuo e incluso sistema normativo.

Hans Kelsen el expositor más relevante del positivismo, sobre la acepción de constitución material, expresa que se refiere a “la norma o normas positivas que regulan la producción de las normas jurídicas generales”.⁶⁸ Es decir, la esencia de la constitución material *es regular la creación de otras normas*, por lo que esta representaría el primer acto fundante y generador de las cadenas normativas del sistema jurídico. Por tanto, afirma que el derecho “regula su propia creación en cuanto una norma jurídica determina la forma en que otra es creada, así como, en cierta medida, el contenido de la misma”.⁶⁹ El ejemplo de esta afirmación se encuentra en el artículo 135 de la Constitución de los Estados Unidos Mexicanos,

⁶⁷ Bulygin, Eugenio, “Sobre el status ontológico de los derechos humanos, *Doxa. Cuadernos de filosofía del derecho*, Alicante, España, 1987, núm. 4, pp. 81-82, visible en: <https://doxa.ua.es/article/view/1987-n4-sobre-el-status-ontologico-de-los-derechos-humanos>, (5 de agosto de 2019).

⁶⁸ Kelsen, Hans, *Teoría Pura del Derecho*, trad. de Roberto. J. Vernengo, 16ª edición México, Editorial Porrúa, 2017, p. 233.

⁶⁹ Kelsen, Hans, *Teoría General del Derecho y del Estado*, trad. de Eduardo García Máynez, México, Universidad Nacional Autónoma de México, 1979, p. 146.

en donde se regula el proceso legislativo para la creación de normas generales que derivan de dicha constitución.

Rolando Tamayo y Salmorán, conceptualiza la constitución como el “conjunto de normas que confieren facultades establecidas por el primer acto constituyente del orden jurídico. Esta definición puede incluir todos los tipos de constitución que existen y que es posible que existan.”⁷⁰

Dicha concepción además de intentar ser neutra, identifica cualquier ley fundante como el primer eslabón de la cadena normativa de un sistema jurídico y su función es determinar las pautas procedimentales y el contenido de las normas inferiores. Bajo esta idea ¿cuál es el objeto primario de la constitución? Crear y organizar a los poderes públicos supremos, dotándolos de competencia. Por tales razones, todo orden jurídico tiene constitución, ya que esta contiene las primeras condiciones de creación normativa.

Asimismo, el jurista mexicano considera que la constitución más que una “cosa” es una *función*, debido a que representa “el conjunto de normas que son establecidas en el primer acto creador del sistema, normas que determinan las formas y procedimientos de creación del orden jurídico”,⁷¹ independientemente del contenido que aquella señale esta es su función esencial.

Luigi Ferrajoli, con una postura flexible dentro de un positivismo incluyente, identifica de forma restringida el Estado constitucional de derecho o el constitucionalismo de dos formas:

“[...] el constitucionalismo, como *sistema jurídico*, equivale a un conjunto de límites y vínculos, no sólo formales sino también sustanciales, rígidamente impuestos a todas las fuentes normativas por normas *supraordenadas*; y, como teoría del Derecho, a una concepción de la validez de las leyes ligada ya no sólo a la conformidad de sus formas de producción con las normas

⁷⁰ Tamayo y Salmorán, Rolando, *Introducción al Estudio de la Constitución*, México, Distribuciones Fontamara, S.A., 1998, pág. 257.

⁷¹ *Idem*.

procedimentales sobre su formación, sino también a la coherencia de sus contenidos con los principios de justicia constitucionalmente establecidos”⁷²

Sin embargo, de forma más amplia el jurista italiano también realiza una distinción de lo que él denomina *constitucionalismo principialista* y el *constitucionalismo normativo o garantista*, de la siguiente manera:

“La primera orientación [*constitucionalismo principialista*] está caracterizada por la configuración de los derechos fundamentales como valores o principios morales estructuralmente distintos de las reglas, en cuanto dotados de una normatividad más débil, confiada no a la subsunción sino, más bien, a la ponderación legislativa y judicial. La segunda orientación [*constitucionalismo garantista*] se caracteriza, en cambio, por una normatividad fuerte, de tipo regulativo, es decir, por la tesis de que la mayor parte de (si no todos) los principios constitucionales y, en particular, los derechos fundamentales, se comportan como reglas, pues implican la existencia o imponen la introducción de las reglas consistentes en las prohibiciones de lesión u obligaciones de prestación, que son sus respectivas garantías.”⁷³

El jurista italiano considera el constitucionalismo garantista como una versión mejorada del positivismo (positivismo incluyente) ya que “completa tanto al positivismo jurídico como al Estado de Derecho: completa al positivismo jurídico porque positiviza no sólo el «ser» sino también el «deber ser» del Derecho; y completa al Estado de Derecho porque comporta la sujeción, también de la actividad legislativa, al Derecho y al control de constitucionalidad”⁷⁴

Luego, si bien Ferrajoli flexibiliza la postura positivista al considerar la constitución como medio para sujetar el poder al Estado de Derecho, destaca la importancia de la positivización. Característica que otorga seguridad y certeza a las decisiones

⁷² Ferrajoli, Luigi, “Constitucionalismo principialista y constitucionalismo garantista”, *Doxa. Cuadernos de filosofía jurídica*, España, Universidad de Alicante, núm. 34, 2011, p. 16, visible en: <https://doxa.ua.es/article/view/2011-n34-constitucionalismo-principialista-y-constitucionalismo-garantista>, (20 de noviembre de 2019).

⁷³ *Ibidem*, p. 21.

⁷⁴ *Ibidem*, p. 24.

judiciales, lo que implica un normativismo escalonado y más o menos, una exclusión a posturas principalistas implícitas o un derecho superior y diferente como propone el iusnaturalismo.

1.4. Constitución como norma con características formales

Tanto las posturas iusnaturalistas como iuspositivistas no difieren en la definición de constitución en sentido formal, ya que existe convención en entenderla como un conjunto de normas que comparten cualidades que las hace fundamentales y las diferencian frente a otras ordinarias del orden jurídico por su creación y su forma de modificación.

Efectivamente, la constitución formal es “el documento denominado >constitución< que [...] no solo contiene normas que regulan la legislación [...] sino también normas que se refieren a otros objetos políticamente importantes [que] no pueden ser modificadas o derogadas como simples leyes, sino sólo bajo condiciones más difíciles mediante un procedimiento especial”.⁷⁵

Esta concepción se actualiza tratándose de constituciones escritas y rígidas, ya que estas características le permiten diferenciarse de otras normas secundarias cuyo proceso de modificación es más flexible. Luego, se incluirán en el concepto de constitución formal a aquellas disposiciones que únicamente pueden ser derogadas o modificadas con un procedimiento especial.

En este sentido, cabe diferenciar la constitución rígida y escrita, de la flexible y consuetudinaria. La rigidez, resulta ser una condición para que se dé, según Guastini, la constitucionalización del derecho, entendida esta como la cualidad del código supremo de aplicarse o hacerse valer a través de todo el ordenamiento jurídico, pero esta es tal:

“si y solo sí, en primer lugar, es escrita; en segundo lugar, está protegida (o garantizada) contra la legislación <ordinaria>, en el sentido de que las normas

⁷⁵ Kelsen, Hans, *Teoría General del Estado*, trad. de Roberto. J. Vernengo, *cit.*, p. 233.

constitucionales no pueden ser derogadas, modificadas o abrogadas si no es mediante un procedimiento especial de revisión constitucional (más complejo respecto del procedimiento de formación de leyes).”⁷⁶

Para el jurista italiano, en la constitucionalización del derecho no es suficiente que la constitución sea escrita y exista un procedimiento especial para su revisión a fin para que se acentúe la constitucionalización del derecho, sino que, la rigidez debe consistir en la presencia de ciertos principios constitucionales que no pueden modificarse por procedimiento reformativo alguno.⁷⁷ En este caso, existe una esfera de derechos que no están dentro de la decisión de la sociedad y de los órganos constituidos, sino que son inmutables por encima de cualquier voluntad, incluso la de la mayoría.

El código supremo es fuente formal de un sistema jurídico, pero no cualquier fuente, sino suprema en razón de que difiere de otras, como la ley, por su proceso de formación y en “virtud de un régimen jurídico especial, de una fuerza <peculiar> que la pone <por encima> de otras leyes”⁷⁸ debido a que su proceso de modificación es diverso al procedimiento legislativo ordinario tratándose de constituciones rígidas.

En este tenor se puede afirmar que dentro de la dinámica que caracteriza al derecho es la norma más estática del sistema jurídico. En principio, exige cierta permanencia e inmutabilidad con un proceso de modificación más “estricto” a diferencia de otras normas del mismo ordenamiento. *La constitución es pues conservadora de libertades.*

Como resultado, la constitución establece una supralegalidad “protegida por su dificultad de reforma *vis á vis* la demás legislación (desde entonces: ‘legislación ordinaria’) y por los sistemas de control de la constitucionalidad de las leyes y de los actos de la administración, particularmente por vía jurisdiccional”.⁷⁹

⁷⁶ Guastini, Riccardo, “La >constitucionalización< del ordenamiento jurídico”, *Neoconstitucionalismo*, Madrid, Editorial Trotta, S.A., p. 50.

⁷⁷ *Ibidem*, p. 51.

⁷⁸ Guastini, Riccardo, “Sobre el concepto...”, *cit.*, p. 100.

⁷⁹ Tamayo y Salmorán, Rolando, *Introducción al Estudio...*, *cit.*, p. 266.

1.5. Concepto formalista o liberal

La discrepancia que existe entre el concepto material de constitución de corte formalista y el liberal, parte de la tesis de que la esencia de la Ley Címera radica en el proceso de creación de otras normas, y el otro considera como elemento sustancial, la libertad de los gobernados frente al poder estatal.

Cuando se modifica el modelo el Estado de un soberano que emite actos y mandatos con base en el derecho divino que le ha sido conferido, a un Estado de Derecho o legalista en donde la ley contiene la voluntad del pueblo, se exige que todo acto se fundamente en una norma emitida por el órgano con esa facultad. Por tanto, se rechaza una resolución o acto que no se apegue a lo que señale la norma por señalarse de subjetivistas o relativas. La afirmación bajo esta postura sería: Derecho es lo que dicta la ley.

El iuspositivismo pues, considera que el concepto de constitución es independiente de su contenido material ya que la función de la ley suprema es ser constitutiva de todo el orden jurídico, de conferir poderes normativos, punto de referencia de validez de toda norma o acto y, criterio pertenencia de las normas en un sistema jurídico.

La postura de considerar la constitución como un documento neutro es criticada y desestimada. Para Manuel Aragón las acepciones de constitución basadas únicamente en un significado formal con la intención de darle el carácter de neutral a la ley fundamental independientemente de su contenido, “se trata, sin duda, de posiciones explicables por la pura inercia histórica y por su desconexión con el movimiento más vivo y relevante que la afirmación y expansión del Estado Constitucional ha venido expandiendo”,⁸⁰ por tanto, las estima anacrónicas y fuera del contexto real que vive el Estado de Derecho, o como lo denomina, Estado Constitucional.

⁸⁰ Manuel, Aragón, “La constitución como...”, *cit.*, p. 113.

El mismo jurista español es absoluto al afirmar que la acepción de Constitución liberal es “el único concepto jurídico verdadero, es decir, el único que ha hecho de la Constitución auténtico derecho, o lo es igual, norma válida y eficaz.”⁸¹

Francisco Rubio Llorente expone que la desestimación del positivismo del concepto derivado del citado artículo 16 de la Declaración:⁸²

“No fue en realidad la necesidad de depurar la teoría del Estado de elementos metafísicos, sino la imposibilidad de acoger en la realidad germánica del siglo XIX el principio de soberanía popular, lo que obligó a relegar esas dos notas [los derechos fundamentales y la división de poderes] al limbo de lo metajurídico y a construir una noción de constitución en la que ésta no tenía más componente necesario que el de la disciplina de la producción del derecho [...]”

A esto responde haber encasillado al conjunto de derechos fundamentales en las partes “dogmáticas” del documento denominado Constitución.

Asimismo, Francisco Rubio Llorente, en un análisis crítico expresa que la noción positivista de relacionar la concepción de constitución únicamente con la regulación de la producción normativa es insuficiente porque desestima la relación *jurídica* que existe entre el Estado y los individuos. Así,

“Las instancias de poder son simples <órganos del Estado> y la relación entre éste y los ciudadanos será jurídica sólo en la medida en la que el Estado-soberano se autolimita por un acto libre de voluntad y les atribuya [...] un repertorio de derechos que les asegure un ámbito propio de libertad. Si lo hace, será Estado de derecho, y su constitución fuente del derecho en sentido propio, si no lo hace, su constitución no será fuente de derecho, porque, al no imponer limitaciones al Estado, no engendra derechos para los súbditos [...]”⁸³

⁸¹ *Ibidem*, p. 116.

⁸² Rubio Llorente, Manuel, “La constitución como fuente del derecho”, en Carbonell, Miguel (comp.), *Teoría de la Constitución, Ensayos Escogidos*, 4ª edición, México, Porrúa- Universidad Nacional Autónoma de México, Instituto de Investigaciones Jurídicas, 2008, p. 163.

⁸³ *Ibidem*, p. 161.

Esto significa que una nota característica de la ley cimera es ser fuente de derecho porque establece derechos y deberes, los primeros para los ciudadanos y los segundos para el Estado.

Por otro lado, Tamayo y Salmorán afirma que la dogmática constitucional ha introducido elementos “emocionales” que “incorpora al problema de creación del derecho cuando se trata del primer acto de creación del orden jurídico” como es la constitución.⁸⁴ Estos elementos se traducen en considerar en la definición de ley cimera valores tales como justicia, libertad o la *democracia*.

Para este jurista lo que hace a la constitución tal es ser la norma fundante del sistema jurídico y su función que permite identificar a los diferentes elementos que forman esa unidad normativa. La función de la constitución de un orden jurídico cualquiera “[...] consiste en otorgar poderes, investir o habilitar (*ermächtigen*) a ciertos individuos para que realicen actos jurídicos válidos (como la creación de normas jurídicas).”⁸⁵

Con base en los elementos aristotélicos del concepto (género, especie, diferencia específica, propio y accidente) se propone esta diferenciación del concepto liberal y formalista de Constitución, a saber:

	Constitución Liberal	Constitución Formalista
Género. Esencia común a varias especies.	Norma	Conjunto de normas
Especie. Esencia del ser.	Ley Suprema	Ley Suprema
Diferencia específica. Parte no común	Garantía de Derechos públicos subjetivos (libertad, vida, seguridad jurídica y propiedad) y organización de los poderes públicos.	Norma que permite crear otras normas del sistema.

⁸⁴ Tamayo y Salmorán, Rolando, *Introducción al Estudio...*, p. 257.

⁸⁵ *Ibidem*, p. 266.

Propio propiedad. Cualidad que acompaña necesariamente a la especie	o	División de poderes y garantía de Derechos	Ley suprema o Norma condicionante
Accidente. Cualidad contingente		Programa	Orden y sistema.

En el cuadro al conjuntar el género y la especie parece que es su carácter de “ley suprema”, o sea, constituir una norma que está por encima de otras normas del sistema. Sin embargo, también sobresalen la diferencia y la propiedad por su énfasis en los derechos y en la organización de los órganos del Estado, otros temas estructurales del constitucionalismo (como la división de poderes, la garantía de los Derechos, la creación normativa, la idea de programa y de orden y sistema).

1.6. Supremacía Constitucional

La supremacía de una norma ha existido en diversos y anteriores sistemas jurídicos. En la antigüedad ya existía una diferenciación entre norma constitucional y ordinaria.⁸⁶ Así en la antigua Grecia ya se distinguían “entre *nomos* (leyes constitucionales que se modificaban mediante procedimiento especial) y *pséfisma* (decretos y leyes secundarias), y los jueces no estaban obligados a resolver según los *psefismata* si eran contrarios a la *nomoi*”.⁸⁷

También en los Romanos, según lo afirma Jellinek, se distingue “entre Constitución del Estado y disposiciones legislativas particulares [...] Para referirse a la Constitución tienen ellos [los romanos] la expresión técnica *res publicam*

⁸⁶ Carpizo, Jorge, “La interpretación del artículo 133 constitucional”, *Boletín de Derecho Comparado*, México, núm. 4, 1969, p. 5, visible en: <https://revistas.juridicas.unam.mx/index.php/derecho-comparado/article/view/605/865>, (4 de abril de 2019).

⁸⁷ *Idem.*

⁸⁷ *Idem.*

constituere. El poder de modificar la Constitución ha sido atribuido, en los momentos culminantes de la historia romana, a magistrados extraordinarios con poder constituyente [...]”⁸⁸, por consiguiente, las ideas antiguas han influido a la modernidad para poder entender “el valor que tienen los principios constitucionales del Estado frente a las instituciones que se han desarrollado ya de acuerdo con estos principios”.⁸⁹

Como lo expresa Hector Fix-Zamudio y Salvador Valencia Carmona, la Constitución como idea de integración ha tenido diversos orígenes y ha tenido diversos sentidos, “así *politea* para los griegos, *constitutio* entre los romanos y tuvo el carácter de >pacto< entre poderes del medioevo, para adquirir su cabal sentido jurídico en la época moderna.”⁹⁰

Sin embargo, se encuentra esencialmente el antecedente más claro del reconocimiento de la ley fundamental frente a otras en las colonias norteamericanas. Para Jellinek:

“Mediante la transmisión de la doctrina calvinista de las comunidades eclesiásticas al Estado, y de la aplicación de la doctrina bíblica de la alianza entre Dios y su pueblo, nace entre los puritanos independientes la concepción de que la comunidad cristiana, así como el Estado, descansa sobre su *covenant*, sobre su contrato social, que necesita ser llevada a cabo por unanimidad por todos los miembros de la comunidad. Esta concepción fue llevada a la práctica inmediatamente, por los colonos americanos que acuerdan un contrato para la colonia, mediante el cual se prometen mutuamente fundar una comunidad, instituir la autoridad y obedecer a ésta.”⁹¹

Así, existieron documentos normativos o *cartas* que reconocían la supremacía de la ley inglesa tal como se señaló con anterioridad. En este sentido, como entes con cierta autonomía, podían expedir leyes siempre que no contravinieran en contenido

⁸⁸ Jellinek, George, Teoría General..., *cit.*, p. 458.

⁸⁹ *Idem.*

⁹⁰ Fix-Zamudio, Héctor y Valencia Carmona, Salvador, Derecho Constitucional mexicano, *Cit.*, p. 45.

⁹¹ Jellinek, George, Teoría General..., *cit.*, p. 458.

de la ley superior.⁹² Al independizarse las colonias americanas consideraron a sus constituciones respectivas como ley suprema.

Independizadas las colonias generaron cartas constitucionales basadas en el principio de supremacía popular y la división de poderes. Por estas razones, afirma Jellinek, “en estas constituciones [...] han de buscarse los modelos más antiguos de las europeas.”⁹³

Como ejemplo se encuentra la ya citada *Bill o Declaration of Rights* de Virginia de 12 de junio de 1776, en donde se consagraba un catálogo de derechos que procuraban la libertad de los individuos y la división de poderes. Por tales motivos afirma Cappelletti:

“más de medio siglo de historia americana y de inmediatos, unívocos precedentes estaban entonces [...] a las espaldas del *Chief Justice* John Marshall cuando él en 1803, también con la guía del artículo VI, cláusula 2ª, de la Constitución Federal de 1787, proclamó con voz clara” el principio de supremacía constitucional en el caso *Marbury contra Madison*.”⁹⁴

La materialización de la supremacía del código supremo inició con la Constitución de los Estados Unidos de América en su relación con otras leyes secundarias. Pero esto no fue así, hasta que aquella se convirtió en derecho aplicable en un caso concreto, ya que fue una necesidad que se presentó con la aparición de la constitución escrita y rígida,⁹⁵ esto es, la Constitución dejó de ser un documento político y programático, y se convirtió en norma.

Los antecedentes de la supremacía constitucional pueden ser distinguidos desde una vertiente política y otra jurídica, pero ambos radican esencialmente, tal como se señaló en párrafos anteriores, en la constitución de los Estados Unidos de América.⁹⁶

⁹² Jorge Carpizo, *Interpretación del artículo 133 constitucional*, cit. p. 5.

⁹³ Jellinek, George, *Teoría General...*, cit., p. 467.

⁹⁴ Mauro Cappelletti, *La justicia constitucional (Estudios de derecho comparado)*, México, Universidad Nacional Autónoma de México, 1987, p. 28.

⁹⁵ Tamayo y Salmorán, Rolando, *Introducción al Estudio...*, op. cit., p. 223.

⁹⁶ *Idem*.

Por lo que hace al origen político, se advierte que “la estructura federal vendría a reforzar la idea de la supremacía de la constitución [...] ya que la constitución fue considerada regla suprema en razón de haber adoptado la forma federal, cuyo elemento principal era el reparto de competencias.”⁹⁷ Así, dicha norma atribuyó competencias entre la Federación y Entidades Federadas, dándole así un carácter superior frente a otras disposiciones al ser la norma fundamente de atribuciones de todos los órganos creados.

Por su parte, el antecedente jurídico inmediato al estadounidense radica en la tradición judicial del *comon law* de Inglaterra, ya que se facultaba a los jueces para revisar que cualquier acto, incluso los del parlamento o del soberano, se ajustara a la *jurisdictio*.⁹⁸

También como lo expresa Eduardo Ferrer Mac-Gregor, en alusión al Juez Edward Coke en el caso del doctor Thomas Bonham, el juez presidente de la *Court of Common Pleas* (Tribunal de Agravios Civiles o Comunes), estableció un caso paradigmático toda vez que se inaplicó “una ley por contravenir los principios del *common law*, es decir, los principios superiores que se crean por la fuera de los precedentes de los tribunales.”⁹⁹

Domingo García Belaunde señala que “si bien es discutible que COKE haya creado el control de la constitucionalidad de las leyes, le dio sus elementos básicos y suministró a las colonias un sólido sustento jurídico, que, [...] contribuyó a crear las bases del Derecho Constitucional de los Estados Unidos [...]”¹⁰⁰

Conforme lo señala Rolando Tamayo esta idea de supremacía formada en la Constitución de los Estados Unidos de América, encuentra sus primeros visos en la

⁹⁷ *Idem*.

⁹⁸ *Ibidem*, 225.

⁹⁹ Ferrer Mac-Gregor, Eduardo, “El control difuso de convencionalidad en el Estado constitucional”, en Fix-Zamudio, Héctor y Valadés, Diego, *Formación y perspectivas del Estado en México*, México, Universidad Nacional Autónoma de México, Instituto de Investigaciones Jurídicas, 2016, p. 152.

¹⁰⁰ García Belaunde, Domingo, “De la jurisdicción constitucional al derecho procesal constitucional”, en Ferrer Mac-Gregor, Eduardo (coord.), *Derecho Procesal Constitucional*, 4ª edición, México, Editorial Porrúa-Colegio de Secretarios de la Suprema Corte de Justicia de la Nación, A.C., 2003, t.1., p. 304.

judicatura inglesa y en las acciones de grandes personajes como Sir Edward Coke,¹⁰¹ ya que:

“dentro de la tradición del common Law es función normal del juez decir y aplicar el derecho. Si la constitución es ley (esto es, derecho), corresponde normalmente al juez resolver todos los conflictos que surgen en razón de su aplicación (el rasgo, propio del inglés, de judge-made-law incluía, desde entonces, el de judge-made-constitutional law)”.¹⁰²

La aplicación del código supremo como norma fue causa creadora de la *judicial review* de los actos que aplican la constitución, ya que la revisión de otros ordenamientos jerárquicamente inferiores frente a aquella dio como resultado la formación de la idea supremacía de la constitución.¹⁰³

Si bien existieron antecedentes de la *judicial review* en los Estados Unidos previos al caso Marbury –Madison en los que se decretó la supremacía de las constituciones de los Estados Federados frente a las leyes ordinarias o de la Carta Magna respecto de las leyes de las Colonias, lo cierto es que fue la resolución de este célebre asunto el que determinó la supremacía constitucional, el control de constitucionalidad de todo acto de autoridad (aún la leyes) y el papel de los jueces en esta función tan relevante.¹⁰⁴

Para Tamayo y Salmorán, “la justicia constitucional no terminó con la decisión de Marbury vs. Madison”, sino que fue a través de la suma de distintos actos tal como: “la aparición de la Enmienda XIV de la Constitución de los Estados Unidos en (1868), su aplicación extensiva y la formación de los principios del *due process of law* y la consolidación de la *rule of reasonableness*” los que dieron origen al control de la constitucionalidad.¹⁰⁵

¹⁰¹ Tamayo y Salmorán, Rolando, *Introducción al Estudio...*, *op. cit.*, p. 233.

¹⁰² *Ibidem*, 239.

¹⁰³ *Ibidem*, 225.

¹⁰⁴ *Cfr.*, Eto Cruz, Gerardo, “John Marshal y la sentencia de Marbury vs. Madison”, en Ferrer MacGregor, Eduardo (coord.), *Derecho Procesal Constitucional*, 4ª edición, México, Editorial Porrúa-Colegio de Secretarios de la Suprema Corte de Justicia de la Nación, A.C., 2003, t.1., p. 37.

¹⁰⁵ Tamayo y Salmorán, Rolando, *Introducción al Estudio...*, *op. cit.*, 239.

El jurista mexicano concluye que la decisión de ese caso arrojó tres principios, a saber:¹⁰⁶

- El poder judicial como aplicador del derecho conoce de toda controversia que surja al respecto.
- Si la constitución es norma suprema de competencia, entonces ninguna norma puede en exceso o defecto contrariarla, y
- El control judicial es la única garantía de derechos humanos contra un acto.

Tal como se señaló líneas arriba el juicio de amparo, la controversia constitucional y la acción de inconstitucionalidad, son mecanismos constitucionales cuyo objeto es garantizar la supremacía de la norma fundamental en un sistema jurídico dado, que se cumpla y que los actos de cualquier autoridad se ajusten a la misma. ¿Cómo se logra esto? Negándole validez a todo acto que no esté conforme con el código supremo. ¿De dónde adquiere la autoridad para negarle validez al acto irregular? Precisamente de la supremacía constitucional.

Diversas acepciones de constitución se han vertido asociándola con la libertad, democracia, fuente de derecho, norma fundamental o su carácter formal, sin embargo, tal como lo señala Kelsen, “a través de las múltiples transformaciones que ha sufrido, la noción de constitución ha conservado un núcleo permanente: la idea de un principio supremo que determina por entero el orden estatal y la esencia de la comunidad constituida por ese orden.”¹⁰⁷

Independientemente del elemento teleológico que se describirá más adelante, se puede arribar a la convención de que la ley cimera es una de regla de competencia, lo que significa que los actos emitidos por cualquier autoridad cuyas facultades u obligaciones no deriven de ese código supremo, serán nulos.¹⁰⁸

¹⁰⁶ *Idem.*

¹⁰⁷ Kelsen, Hans, *La garantía jurisdiccional de la constitución (La Justicia Constitucional)*, trad. de Rolando Tamayo Salmorán, México, Instituto de Investigaciones Jurídicas, p. 20, visible en: <https://archivos.juridicas.unam.mx/www/bjv/libros/7/3187/16.pdf>, (5 de mayo de 2019).

¹⁰⁸ Tamayo y Salmorán, Rolando, *Introducción al Estudio...*, *cit.*, p 223.

Para Joel Carranco Zúñiga y Rodrigo Zerón de Quevedo la existencia del principio de Supremacía constitucional,

“se comprende en razón y como consecuencia necesaria del sistema constitucional, entendiéndose por tanto que la Constitución General de la República se representa como el documento solemne a través del cual, el pueblo (mediante sus representantes conformados en poder constituyente) ejerciendo su soberanía, plasma su voluntad de constituirse como Estado mexicano como ente jurídico real y con representación hacia el exterior.”¹⁰⁹

La idea de constitución se asocia con la de supremacía, ya que “de todas las características distintivas dadas a la constitución, la más señalada es que ésta –y éste es un principio universalmente admitido por la dogmática constitucional–, en tanto norma fundamental, es *norma suprema*”¹¹⁰.

Como lo hace ver Gamas Torruco, “Lo que hace superior a la Constitución sobre las demás normas del sistema es su carácter fundamental. La Constitución es fundamental porque sirve de principio, cimiento y apoyo al resto de las normas del orden, [d]e tal manera, el orden jurídico no puede concebirse como tal sin la existencia de la Constitución.”¹¹¹

Para Arteaga Nava “Es inherente al concepto de constitución el ser suprema; no puede ser de otra manera porque está llamada a constituir; para poder hacerlo requiere que en lo interior todo le esté subordinado y estructurado siguiendo sus lineamientos generales .”¹¹²

La ubicación de este principio de supremacía, de acuerdo con Arteaga Nava, “[...] se consigna de manera general de dos formas: una explícita en el art. 40, que dispone que es una ley fundamental, con todo lo que esto significa; la otra implícita,

¹⁰⁹ Carranco Zúñiga, Joel y Zerón de Quevedo, Rodrigo, *Amparo directo contra leyes*, 2ª. ed., México, Editorial Porrúa, 2002, p. 2.

¹¹⁰ *Ibidem*, p. 221.

¹¹¹ Gamas Torruco, José, *Derecho constitucional mexicano*, op. cit, p. 102.

¹¹² Arteaga Nava, Elisur, *Derecho constitucional*, 3ª ed., México, Oxford University Press, 2008, p. 16.

que se desprende del término que se utiliza para denominarla constitución; lo es porque constituye, faculta y limita.”¹¹³

Así también, conforme al mismo jurista, el principio de supremacía tiene otras manifestaciones adicionales

“[...] con base en los destinatarios y fines específicos; una, cuando se consigna considerando los poderes federales (art. 87, 97 y 128); otra, cuando se establece en función del orden normativo de los poderes locales (art. 41 y 133); y una más, cuando se desarrolla tomando en cuenta a los habitantes del país, sean nacionales o extranjeros (arts.17, 27, fracc. I y 136).”¹¹⁴

La supremacía hace a la Constitución un punto de partida en la creación de disposiciones jurídicas secundarias y otros actos que a su vez pueden generar otras normas. Cualquier unidad de normas, debe tener un punto de referencia, una base sobre la cual descansa todo el sistema normativo. Por ello la constitución “permite agrupar a todos los eventos [actos] jurídicos que condiciona y, por tanto, nos permite conocer y reconocer qué eventos jurídicos son entidades del mismo conjunto sistema (parcial o total) de eventos jurídicos”.¹¹⁵

Si entendemos el sistema jurídico como un conjunto o unidad de normas, estas deben agruparse en un lugar común y ser conformes a su origen.

La supremacía sobre otras normas otorga a la constitución además de su posición lógica en un sistema jurídico, también su función de creadora y limitante de otros actos. Norma suprema sería igual a norma creadora (constitutiva) y límite de otros actos que pretender ser jurídicos. De no ser así, se actualizaría la paradoja de la omnipotencia, donde la norma creada es superior a la creadora.

Luego, la colocación de la constitución en la jerarquía suprema dentro de un sistema jurídico le confiere tres cualidades, a saber; i) fuente de donde emanan otras

¹¹³ *Ibidem*, p. 15.

¹¹⁴ *Idem*.

¹¹⁵ Tamayo y Salmorán Rolando, “Los sistemas jurídicos y sus criterios de identidad”, *Boletín de Derecho Comparado*, México, número 19, 1979, p. 186, visible en: <https://revistas.juridicas.unam.mx/index.php/derecho-comparado/article/view/1047/1307>, (10 de julio de 2019).

normas, ii) límite que sirve como contención frente a los actos de poder, y III) criterio de pertenencia e identidad a un conjunto de normas. Se puede representar la idea en los siguientes términos:¹¹⁶

Sistema Jurídico A (SJA)		Acto válido
A1		
A 2		
A 3		
A 4		
A ≠ 4	Acto contrario en SJA	Acto Inválido
B2	Acto perteneciente al Sistema Jurídico B (SJB)	

En la representación anterior, la constitución representaría A1. Sin embargo, sus alcances no se limitan a ese acto, sino que se extiende a otros actos que la suceden como lo es A4. Así, debido a la supremacía o condicionante superior, A1 se constituye o crea a otros actos que la suceden A2, A3 y A4, toda vez que:

“los eventos jurídicos (leyes, testamentos, constituciones, sanciones, etc.) se encuentran de tal forma relacionados que para que el orden jurídico sea posible es necesario que las entidades que lo comprenden se produzcan o efectúen en un cierto orden que va de lo que podemos llamar eventos jurídicos condicionantes (v. gr. constitución, tratados, leyes, etc.) a los que denominaremos eventos jurídicos condicionados (sanciones, decisiones

¹¹⁶ Se ha basado el diagrama en las ideas de Tamayo y Salmorán, Rolando, *Los sistemas jurídicos y sus...*, cit., pp.223 a 226.

administrativas, etc.”), conexión sin la cual no es posible la creación *escalonada* (o bien, la estructura jerárquica) de los órdenes jurídicos.”¹¹⁷

La constitución representa una fuente en el sistema ya que al estar en la cima del sistema normativo toda disposición que nace de ella aquella condiciona su validez.

Asimismo, representa un límite y frontera. Lo primero debido a que los órganos de poder deben sujetarse a lo que establecen sus normas condicionantes que les otorgan facultades y competencia, es a lo que se llama principio de legalidad. Lo segundo porque distingue un conjunto normativo de otros sistemas jurídicos ya que toda norma jurídica que se origine fuera de sus límites, como B2, no pertenecerá al mismo orden y carecerá de validez dentro del mismo.

Pueden existir una cantidad extensa de actos y normas en la unidad comprendidas dentro del sistema jurídico, sin embargo, si estos traspasan la demarcación porque aquellos reúnen características ajenas a las normas condicionantes o primarias, ya no serán parte del orden jurídico determinado SJA sino del SJB.

El último caso se actualizaría cuando una autoridad administrativa de España emite un acto consistente en que los connacionales que vayan a viajar en su país soliciten y adquieran una visa para transitar de una región a otra. Distinta situación sería cuando una autoridad administrativa mexicana emite un acto análogo para sus gobernados ya que este sería nulo debido a que no se ajusta a las condiciones del A1.

Así lo expresa Carlos Arellano García al referirse a los límites espaciales del Juicio de Amparo, a saber:

Debemos admitir que las normas constitucionales y secundarias que regulan el juicio de amparo están hechas para regir en el territorio nacional, en virtud de que, más allá del ámbito espacial mexicano, se encuentran territorios

¹¹⁷ Tamayo y Salmorán, Rolando, *Los sistemas jurídicos y sus...*, op. cit., p 181.

extranjeros de países soberanos, en los que no cabe la aplicación de las normas jurídicas que regulan el amparo mexicano.¹¹⁸

Ambos supuestos comparten algo en común respecto al sistema jurídico mexicano: son inexistentes. Sin embargo, la diferencia radica en que la norma creadora (la constitución) es diferente, ya que en el primer ejemplo se pudiera nulificar por violar el derecho de tránsito contenido en el artículo 19 de la Constitución Española, y en el otro, correspondería conocer a una autoridad competente sobre la violación del artículo 11 de la Norma suprema mexicana.

Los actos jurídicos que preceden a la constitución A1, tales como las leyes reglamentarias, reglamentos o actos de aplicación, siempre otorgan las características que han de acompañar a los eventos jurídicos que los suceden (o aplican) para estos últimos puedan ser considerados como tales”,¹¹⁹ por lo que la creación, límites y frontera que otorga la posición jerárquica de la norma se manifiesta a través de los criterios de identidad que otorga la constitución.

Por otro lado, Jorge Carpizo señala la importancia de la supremacía, debido a que la Constitución:

“representa la unidad de un sistema normativo, y apuntala para los hombres a un cierto margen de seguridad porque éstos saben que ninguna ley o acto debe restringir la serie de derechos que la Constitución les otorga y que si tal cosa acontece existe un medio reparador de la arbitrariedad”¹²⁰

Atinadamente lo resalta el jurista mexicano, todo acto que pretenda tener validez dentro del sistema jurídico deberá ser consecuente con la ley cimera. Esto es, la supremacía de la constitución dota al orden jurídico nacional de seguridad. Puede ser este el motivo de que cualquier reforma determinante para el país, busca

¹¹⁸ Arellano, García, Carlos, “El juicio de amparo y los tratados internacionales”, en Ferrer MacGregor, Eduardo y González Oropeza, Manuel (Coord.), *El juicio de amparo. A 160 años de la primera sentencia*, México, UNAM, Instituto de Investigaciones Jurídicas, 2011, t. I., p. 270, visible en: <https://biblio.juridicas.unam.mx/bjv/detalle-libro/3065-el-juicio-de-amparo-a-160-anos-de-la-primera-sentencia-tomo-I>, (5 de enero de 2019).

¹¹⁹ Tamayo y Salmorán, Rolando, *Los sistemas jurídicos y sus...*, *op. cit.*, p 182.

¹²⁰ Carpizo, Jorge, “La interpretación del artículo 133...”, *cit.*, p. 5.

siempre estar en el código supremo aun y cuando su contenido pudiera estar únicamente en leyes reglamentarias, sobre todo en Latinoamérica. La seguridad que otorga la Ley Suprema.

La supremacía constitucional vendría a ser la cualidad de la norma de colocarse por encima de otras normas dentro un orden jurídico, esto es, de representar el principio rector de toda norma de derecho.

1.7. Breve análisis del artículo 133 constitucional

El artículo 133 de nuestra constitución se basó (o imitó) el análogo de la constitución de los Estados Unidos de América, en el artículo VI, cláusula segunda que señala:

“Clause 2: This Constitution, and the Laws of the United States which shall be made in Pursuance thereof; and all Treaties made, or which shall be made, under the Authority of the United States, shall be the supreme Law of the Land; and the Judges in every State shall be bound thereby, any Thing in the Constitution or Laws of any State to the Contrary notwithstanding.”¹²¹

De acuerdo con lo que afirma Arellano García “establecer la supremacía del derecho interno frente al derecho internacional entraña apegarse a la Teoría Monista Nacionalista [...]” por ello lo que señala la constitución norteamericana no es tal, sino que “debe evitarse la violación de las disposiciones constitucionales norteamericanas [...]”.¹²²

Sin embargo, de acuerdo con el mismo autor, este criterio no se ha seguido en México esta última interpretación sino la citada tesis monista.¹²³

¹²¹ Georgetown University, *United States Constitution, Political database of the americas*, visible en: <http://pdba.georgetown.edu/Constitutions/USA/usa1787.html>

¹²² Arellano García, Carlos, “El juicio de amparo y los tratados internacionales”..., *op. cit.*, p. 285, visible en: <https://biblio.juridicas.unam.mx/bjv/detalle-libro/3065-el-juicio-de-amparo-a-160-anos-de-la-primer-sentencia-tomo-i>, (16 de julio de 2019).

¹²³ *Ibidem*, p. 286.

Los antecedentes jurídicos antes señalados explican la supremacía de la Constitución mexicana fundada en ese enunciado jurídico.

Como lo expone Kelsen, “[...] la regularidad de los grados del orden jurídico inmediatamente subordinados a la Constitución, presupone, para ser resuelto, una noción clara de la Constitución. Únicamente la teoría de la estructura jerárquica (*stufenbau*) del orden jurídico [...] está en posibilidad de proporcionarla.”¹²⁴

Así, en el sistema jurídico mexicano se advierte unas gradas escalonadas en la estructuración de la normatividad. El artículo 133 de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos expresa dentro de ese escalonamiento la supremacía constitucional en los términos siguientes:

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

Luego, del ordenamiento jurídico se puede entender desde la estructura piramidal donde se coloca a la Constitución sobre todas las normas. Por ello, cualquier acto que emane de aquella deberá ser consecuente con la norma primaria.

Cabe señalar que para Jorge Carpizo, el principio de supremacía existiría aún y cuando no se señalará expresamente por el texto constitucional toda vez que “ella [la constitución] es la unidad de todo el sistema y si no fuera así se viviría la anarquía jurídica, pero si una ley o acto pudiera existir, tendríamos que concluir que existen dos órdenes jurídicos distintos sobre ese territorio o que esa norma no es la fundamental de ese estado”,¹²⁵ esto es, la supremacía está implícita en el funcionamiento del sistema, ya que al ser la norma creadora o base de toda

¹²⁴ Kelsen, Hans, *La garantía jurisdiccional...*, cit., p. 20.

¹²⁵ Carpizo, Jorge, “La interpretación del artículo 133...”, cit., p. 6.

normativa, se colige que sea superior a esta, sin embargo, tal como también lo afirma Carpizo, se considera que por razones de seguridad jurídica se indica indubitadamente en el texto jurídico constitucional.

Asimismo, señala el jurista mexicano basándose en la doctrina francesa relativa a la supremacía constitucional, que el principio de supremacía no se encuentra exclusivamente en el artículo 133, sino en diversos preceptos jurídicos.¹²⁶

En efecto, el principio de supremacía material, referente a los valores dominantes en una sociedad en un tiempo determinado y a la distribución de competencia, se advierte en los artículos 41 (distribución de competencia por la constitución federal), 128 (protesta de guardar la constitución) y 133. En tanto que la supremacía formal, relativa al proceso especial de modificación del texto normativo exclusivo de las constituciones escritas y rígidas, se actualiza en los artículos 135 (procedimiento para modificación o adición de la constitución) y 73 (facultades del Congreso de la Unión) constitucionales.¹²⁷

Para Jorge Carpizo, “del artículo 133, en conexión con otros artículos, especialmente el 16, el 103 y el 12, se desprende la jerarquía de las normas en el orden jurídico mexicano, a saber: I) Constitución federal, II) leyes constitucionales y tratados, III) derecho federal y local.”¹²⁸

La superioridad de la constitución en el sistema jurídico mexicano ha sido cambiante respecto a los tratados internacionales. Efectivamente, la estructura piramidal se vio modificada especialmente a partir de las reformas constitucionales de junio de 2011 colocando a los Tratados Internacionales al mismo nivel que la Constitución en materia de derechos humanos.

A eso le denomina Ferrer Mac-Gregor como la constitucionalización de los derechos humanos o bloque de constitucionalidad, el cual refiere que “una de las manifestaciones más claras sobre esta constitucionalización del derecho

¹²⁶ *Ibidem*, p. 17.

¹²⁷ *Idem*.

¹²⁸ Carpizo Jorge y Madrazo, Jorge, *Derecho constitucional*, México, UNAM, 1991, p. 14, visible en <https://biblio.juridicas.unam.mx/bjv/detalle-libro/289-derecho-constitucional>, (7 de agosto de 2019).

internacional lo constituye otorgar jerarquía constitucional a los tratados internacionales en materia de derechos humanos.”¹²⁹

Esta constitucionalización del derecho internacional también se advierte mediante la inclusión en las constituciones de los Estados de los principios *pro homine* y *pro libertatis* reconocidos en el artículo 29 del Pacto de San José y mediante la inclusión de cláusulas abiertas “de recepción de la normatividad convencional o cláusulas constitucionales para interpretar los derechos y libertades “de conformidad” con los instrumentos internacionales en la materia”.¹³⁰

Como corolario se exponen dos criterios jurisprudenciales recientes del Máximo Tribunal del Estado Mexicano, a saber:

TRATADOS INTERNACIONALES. CUANDO LOS CONFLICTOS SE SUSCITEN EN RELACIÓN CON DERECHOS HUMANOS, DEBEN UBICARSE A NIVEL DE LA CONSTITUCIÓN.¹³¹ Los tratados o convenciones suscritos por el Estado mexicano relativos a derechos humanos, deben ubicarse a nivel de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos, porque dichos instrumentos internacionales se conciben como una extensión de lo previsto en esa Ley Fundamental respecto a los derechos humanos, en tanto que constituyen la razón y el objeto de las instituciones. Por lo que los principios que conforman el derecho subjetivo público, deben adecuarse a las diversas finalidades de los medios de defensa que prevé la propia Constitución y de acuerdo con su artículo 133 las autoridades mexicanas deben respetarlos, por lo que bajo ninguna circunstancia pueden ser ignorados por ellos al actuar de acuerdo a su ámbito competencial.

En este criterio se refleja el empuje de los derechos humanos buscado colocar a estos en la máxima jerarquía de un orden normativo determinado. La cuestión es que muchos de esos derechos no son expresados por las Constituciones de los

¹²⁹ Ferrer Mac-Gregor, Eduardo, “El control difuso de convencionalidad en el Estado...”, *op. cit.*, p. 170.

¹³⁰ *Ibidem*, 172.

¹³¹ Tesis: XI.1o.A.T.45 K, Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta, Novena Época, Tomo XXXI, Mayo de 2010, p. 2079.

Estados, lo que trae consigo ese intento de universalización de los derechos fundamentales a través los instrumentos internacionales equiparado a estos jerárquicamente con las Leyes Fundamentales para que sean una extensión de esta última.

Sin embargo, el último criterio emitido por la Suprema Corte de Justicia de la Nación en la materia determinó, al menos de manera implícita, la supremacía de la ley cimera sobre los tratados internacionales, incluso tratándose de derechos humanos, en los términos siguientes:

DERECHOS HUMANOS CONTENIDOS EN LA CONSTITUCIÓN Y EN LOS TRATADOS INTERNACIONALES. CONSTITUYEN EL PARÁMETRO DE CONTROL DE REGULARIDAD CONSTITUCIONAL, PERO CUANDO EN LA CONSTITUCIÓN HAYA UNA RESTRICCIÓN EXPRESA AL EJERCICIO DE AQUÉLLOS, SE DEBE ESTAR A LO QUE ESTABLECE EL TEXTO CONSTITUCIONAL¹³². El primer párrafo del artículo 1o. constitucional reconoce un conjunto de derechos humanos cuyas fuentes son la Constitución y los tratados internacionales de los cuales el Estado Mexicano sea parte. De la interpretación literal, sistemática y originalista del contenido de las reformas constitucionales de seis y diez de junio de dos mil once, se desprende que las normas de derechos humanos, independientemente de su fuente, no se relacionan en términos jerárquicos, entendiendo que, derivado de la parte final del primer párrafo del citado artículo 1o., **cuando en la Constitución haya una restricción expresa al ejercicio de los derechos humanos, se deberá estar a lo que indica la norma constitucional, ya que el principio que le brinda supremacía comporta el encumbramiento de la Constitución como norma fundamental del orden jurídico mexicano, lo que a su vez implica que el resto de las normas jurídicas deben ser acordes con la misma, tanto en un sentido formal como material**, circunstancia que no ha cambiado; lo que sí ha evolucionado a raíz de las reformas constitucionales

¹³² Tesis: P./J. 20/2014, Gaceta del Semanario Judicial de la Federación, Décima Época, Libro 5, Tomo I , Abril de 2014, p . 202.

en comento es la configuración del conjunto de normas jurídicas respecto de las cuales puede predicarse dicha supremacía en el orden jurídico mexicano. Esta transformación se explica por la ampliación del catálogo de derechos humanos previsto dentro de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos, el cual evidentemente puede calificarse como parte del conjunto normativo que goza de esta supremacía constitucional. En este sentido, los derechos humanos, en su conjunto, constituyen el parámetro de control de regularidad constitucional, conforme al cual debe analizarse la validez de las normas y actos que forman parte del orden jurídico mexicano.

Del anterior criterio del Máximo Tribunal se colige lo siguiente:

- a. Que las normas de derechos humanos contenidas en la Constitución y en los tratados internacionales no se relacionan en términos jerárquicos sino complementarios;
- b. *Sin embargo*, cuando en la Constitución haya una restricción expresa al ejercicio de los derechos humanos, se deberá estar a lo que indica la norma constitucional a pesar de lo que señalan los tratados internacionales, y
- c. Que es la Constitución la que condiciona la validez de los Tratados Internacionales.

No existe duda en la jerarquía que tienen la Constitución y los acuerdos internacionales que *no regulen derechos humanos*. Colocándose a la primera por encima de los segundos.

La aparente incertidumbre surge en materia de derechos humanos, puesto que se deja ver una posible *complementación más que jerarquización*. No obstante, se clarifica plenamente esta situación cuando se concluye que es la constitución la que restringe a los tratados, debido a que la primera es la norma condicionante de por lo que la validez de estos se determinará por lo que señale el código supremo.

Así, conforme a la interpretación antes señalada del artículo 133 constitucional, se puede afirmar el siguiente escalonamiento: i) constitución, ii) tratados

internacionales (incluyendo en materia de derechos humanos), iii) leyes federales y locales (en un mismo nivel) y iv) reglamentos.

De no desprenderse ese orden en donde se pone a la norma suprema por encima de la normativa creada por esta, se actualizaría la citada paradoja de omnipotencia, esto es, la norma creadora sería condicionada por la norma creada, yendo así, en contra de esa jerarquización lógica del sistema jurídico.

Adicionalmente, un criterio para considerar a la Constitución por encima de toda norma jurídica y la cual no puede ser sujeta de un control materia de derechos humanos, es la improcedencia del Juicio de Amparo y del control difuso sobre el contenido de alguno de sus preceptos, ya que conforme a lo que ha decretado la Segunda Sala de Máximo Tribunal, las normas de la Ley Suprema son la fuente de todo el ordenamiento jurídico y deben considerarse inmunes a cualquier tipo de control jurisdiccional, a saber:

“CONTROL DE CONSTITUCIONALIDAD. NO PUEDE REALIZARSE RESPECTO DE LOS PRECEPTOS DE LA CONSTITUCIÓN POLÍTICA DE LOS ESTADOS UNIDOS MEXICANOS. ¹³³Los indicados preceptos no pueden ser sometidos a un análisis de regularidad constitucional a través del juicio de amparo, ni a un control difuso de constitucionalidad mediante alguno de los recursos establecidos en la Ley de Amparo, pues las normas que componen la Constitución General de la República constituyen la fuente de todo el ordenamiento jurídico y deben considerarse como mandatos inmunes a cualquier tipo de control jurisdiccional. Además, porque ni en la Carta Magna ni en la ley citada se establece que, a través del juicio de amparo, aquélla pueda sujetarse a control constitucional, sino únicamente las normas generales, actos u omisiones de la autoridad que violen los derechos humanos reconocidos y las garantías establecidas para su protección por la propia Constitución, así como por los tratados internacionales de los que el Estado Mexicano sea parte; sin que en el concepto normas de carácter general

¹³³ Tesis: 2a./J. 3/2014 (10a.), Gaceta del Semanario Judicial de la Federación, Décima Época, Libro 3, febrero de 2014, Tomo II, página: 938.

puedan entenderse incluidos los preceptos de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos, pues ésta es la Ley Suprema que da fundamento normativo al juicio de amparo; y aun cuando se aceptara que, en sentido lato, es una norma general, lo cierto es que no es posible, desde el punto de vista formal, considerar que viola derechos humanos, pues ello implicaría que la Norma Fundamental no es tal, en la medida en que el sistema de control constitucional que establece es capaz de invalidar su propio contenido, aunado a que no es jurídicamente admisible desarticular la interdependencia de las normas constitucionales, negando el principio de unidad de la Constitución.”

1.8. Conclusiones del apartado

Ambos frentes principales; positivista y naturalista, pueden ser complementarios. Por un lado, el concepto liberal no puede negar que la norma suprema sea tal debido a su colocación primaria dentro de un sistema jurídico, su carácter constituyente o *generador de otras normas*, así como la de distribución de competencia entre los órganos del Estado.

Se considera que el concepto positivista de constitución intenta dar certeza a la realización de los derechos fundamentales al considerar a la constitución o su interpretación como fuente de derecho positivo. Sería muy aventurado (para no expresar ilegal) fundar una resolución basada en la moral, ya que si bien pueden existir casos en donde se funde y motive una resolución en algún principio implícito, existe una exigencia de comprobación respecto al texto jurídico o a su interpretación en forma de precedente.

No tiene desperdicio la postura positivista de concebir a la constitución, toda vez que permite identificarla como norma y no solo como un documento programático, ya que un acto contrario a la misma será nulo porque toda norma secundaria es un acto condicionado en cuanto a su validez a la observancia de aquella. La concepción positivista de considerar a la constitución como fuente primaria de

derecho permite generar el *test* de reconocimiento de toda norma jurídica que, si bien puede adolecer del criterio de *pedigree* cuestionado por Dworkin, también genera seguridad jurídica en el ordenamiento jurídico de todo Estado al tener una norma de referencia que permita acreditar lo afirmado por un juez.

Se considera que el caso ideal es la fundamentación en la norma constitucional aun y cuando exista un ejercicio interpretativo. Veamos un ejemplo. El artículo 4 primer párrafo de la constitución señala que “El varón y la mujer son iguales ante la ley”. La norma surgida de la interpretación diría que son iguales frente a la ley siempre y cuando no existan causas para discriminar, como puede ser ciertos trabajos durante el embarazo, la calificación de delitos como feminicidios por motivos de odio, en donde la diferenciación es plenamente justificada. El ejercicio de comprobación en el texto jurídico, se considera, no sería dudoso. Se parte del texto y de ahí se da labor creativa del juez que puede basarse incluso, en precedentes que se encuentran en la jurisprudencia o en otros textos normativos.

Luego, la norma positiva genera mayor aceptación y confianza en que no existe una resolución “sacada de la manga” o del mundo de las ideas que solo los filósofos ilustrados a los que hace alusión Platón pueden acceder o el juez Hércules al que hace referencia Dworkin, situación que se expondrá más adelante en el análisis de la racionalidad relevante.

Por el otro lado, el concepto formalista tampoco puede desestimar el elemento histórico y humanista que determinó el surgimiento de este tipo de documentos (en EUA y Francia) y el fin de toda norma de derecho, el cual es intrínseco: La libertad y dignidad del individuo.¹³⁴ Por tanto, si se admite la naturaleza jurídica de la Constitución, compartirá la cualidad de su género que es el derecho. Sin que obste señalar que este trabajo no busca determinar cuáles valores son necesarios para lograr dicha autonomía y dignidad.

¹³⁴ Autonomía de la voluntad. 1. f. Der. Capacidad de los sujetos de derecho para establecer reglas de conducta para sí mismos y en sus relaciones con los demás dentro de los límites que la ley señala, visible en: <http://dle.rae.es/?id=4TsdBo>, (26 de abril de 2019).

Para Fix-Zamudio y Salvador Valencia el concepto actual de la constitución debe expresar tres órdenes a saber; el orden jurídico como cúspide de la pirámide normativa, el orden estatal a través de la cual la fuerza del Estado justifica la aplicación de su poder y en el orden político, en donde la sociedad que integra el estado, estampa las decisiones políticas fundamentales.¹³⁵

Para los citados autores las decisiones jurídicas fundamentales de la Constitución vigente son: “los derechos del hombre; la soberanía del pueblo; la democracia representativa; la división de poderes; el sistema federal; la institución municipal y el juicio de amparo. Tan grande es el valor de estas decisiones que en la doctrina hay una gran discusión en el sentido de se pueden o no reformadas.”¹³⁶

Ahora bien, cuál es la concepción contemporánea que se debe adoptar de constitucionalidad. Cossío Díaz da una aproximación al referirse que las diversas caracterizaciones que se ha dado a la constitución a través de la historicidad han sido las del modelo burgués con la pregonada de la libertad frente al absolutismo; el Estado de Derecho con intervención del Estado para moderar la libertades; el Estado Social y Democrático del Derecho como la síntesis de las anteriores etapas con la aceptación de sociedades plurales en las que se debe armonizar, y finalmente, el Estado constitucional, en donde la constitución, como se dijo, deja de ser un documento únicamente político y se transforma en uno normativo, por lo que puede ser litigable y requiere la existencia de un órgano para administrar la constitución.¹³⁷

Con base en lo expresado se pueden atribuir las siguientes cualidades a la Constitución:

- Unidad: En cuanto que es el péndulo del sistema jurídico. La norma fundamental que agrupa toda norma dentro del orden jurídico;

¹³⁵ Fix-Zamudio, Héctor y Valencia Carmona, Salvador, Derecho Constitucional mexicano..., *cit.*, pp. 51-53.

¹³⁶ *Idem.*

¹³⁷ Cossío Díaz, José Ramón, “Supuestos de la constitucionalidad”, *op. cit.*, pp. 158-163.

- Fuente de validez: Debido a que toda norma de un sistema jurídico nace de ella por lo que es condicionante de cualquier disposición jurídica que se pretenda aplicar;
- Suprema: Puesto que al ser norma condicionante de todas las normas ninguna puede ser contraria a la misma.
- Límite: Debido a que encausa el ejercicio del poder en el marco legal confiriendo competencia a todo órgano estatal y determina la pertenencia de una norma en el sistema jurídico, y
- La autonomía y dignidad como fin. Puesto que tiene con propósito garantizar la autonomía del individuo como toda norma jurídica.
- Efectiva. En cuanto se puede hacer valer mediante mecanismos procesales.

Si bien es cierto pueden existir otros elementos que integren al concepto constitución, también lo es que los expresados están presentes en la norma fundamental mexicana.

Es de especial interés, al menos para esta investigación, considerar la protección de la autonomía y la dignidad humana como una finalidad de la norma suprema, porque da lugar a preguntarse si este elemento teleológico forma parte del concepto esencial o material de constitución. Esto es, si el fin hace al concepto lo que es. Si la constitución es una norma que regula el procedimiento para la creación de otras normas sin importar el contenido que tenga o, por el contrario, para tener el carácter de norma fundamental es indispensable que tenga como finalidad la libertad de los individuos a través de la protección de sus derechos fundamentales.

Un ejemplo de esta afirmación donde la finalidad es parte de la esencia de algo es el concepto martillo. En efecto, este es una “herramienta de *percusión* compuesta de una cabeza, por lo común de hierro, y un mango, generalmente de madera”.¹³⁸ Cabe cuestionarse ¿si se elimina el fin percusión seguiría siendo martillo u otro tipo de herramienta? Del mismo modo ocurre con la Constitución, ya que si se desestima

¹³⁸ Diccionario de la Real Academia Española, visible en <https://dle.rae.es/martillo>, (14 de agosto de 2019).

la regulación de los derechos humanos que procura la libertad del individuo ¿seguiría siendo tal?

Para poder responder a este cuestionamiento se debe tener por verdadera la premisa de que la razón confiere libertad a toda persona, en cuanto que asume sus acciones y sus consecuencias. En efecto, tal como lo afirma Ignacio Burgoa “la libertad estriba en el orden de los medios y los fines, esto es, de la voluntad misma”.¹³⁹

El ser humano al ser racional es un fin en sí mismo. Un ser capaz de autodeterminarse sus propios fines u objetivos. Un ente “autoteleológico”.¹⁴⁰ Luego, el ser humano es intrínsecamente libre.

Karl Loewenstein, por su parte afirma que:

“En un sentido ontológico se deberá considerar como el *telos* de toda constitución la creación de instituciones para limitar y controlar el poder político. En este sentido, cada constitución presenta una doble significación ideológica: liberar a los destinatarios del poder del control social absoluto de sus dominadores, y asignarles una legítima participación en el proceso del poder.”¹⁴¹

Si el derecho es un producto del ser humano debido a que regula su conducta, la cual es libre, se colige que aquel tiene como fin proteger la libertad del hombre. Se regulan conductas para procurar la libertad entre individuos. Por consiguiente, la constitución al ser norma jurídica, busca procurar la autonomía y la dignidad de los individuos.

La libertad es la finalidad para la que está destinado su uso, o al menos históricamente así se ha venido asociando con la Carta Magna en Inglaterra, los *Bill of Rights* en las Colonias Estadounidenses y la Declaración de derechos en Francia.

¹³⁹ Burgoa, Ignacio, *Las Garantías Individuales*, 39ª edición, México, Editorial Porrúa, 2007, p. 14.

¹⁴⁰ *Ibidem*, p. 13.

¹⁴¹ Loewenstein, Karl, *Teoría de la constitución...*, *cit.*, p. 151.

No es accidental que la constitución mexicana regule los derechos fundamentales. Y aunque si bien, se pueda aceptar que el contenido de derechos (cuando no es radicalmente injusto) no hace a la norma fundante de un sistema jurídico, se debe afirmar, como lo expresa Gamas Torruco, que “la norma no puede separarse de la realidad que la origina y la conforma”.¹⁴²

Por otro lado ¿se puede descartar el concepto iuspositivista por completo? Se piensa que no. Volviendo a la analogía del martillo, la regulación de la producción normativa y la regulación de competencia representan las piezas componentes de la herramienta constitucional. Son elementos indispensables para llamar a un documento normativo constitución.

No se pierde de vista que, así como un martillo puede ser destinado para otros fines como para sacar un tornillo o como arma, así la herramienta llamada constitución puede ser destinada para otros objetos distintos a su fin. No obstante, no cambia el objetivo con el que se formó. Siguiendo las ideas del filósofo Samuel Ramos, existe una tendencia de las cosas creadas por el hombre de que una vez salidas de sus manos se hacen independientes de su autor, no responden a su versión original y amenazan a desnaturalizar a la misma humanidad.¹⁴³ Así, no solo las cosas pueden perder su fin, sino también el derecho positivo puede jugar un papel contra la existencia misma de la humanidad.

Sería difícil desvincular el concepto de constitución como norma fundamental y norma de tipo liberal, ya que el primero describe los elementos objetivos propios de una constitución, en tanto que el segundo toma en cuenta la finalidad de toda norma, puesto que si se afirma que la constitución es una norma de derecho, esta tiene como fin garantizar la autonomía del ser humano a través de la protección de los derechos fundamentales reconocidos por la CPEUM y de distintos medios de protección como puede ser la división de poderes.

¹⁴² Gamas Torruco, José, *Derecho constitucional mexicano, ...*, op. cit., p. 96.

¹⁴³ Ramos, Samuel, *El perfil del hombre y la cultura en México*, Espasa Libros, S.L.U., Barcelona, España, 2012, p. 104

En consecuencia, el concepto positivista debe considerar la voluntad cambiante de la asociación permanente (en términos de Jellinek). Dicha voluntad radica, conforme al contexto histórico de las constituciones francesa y estadounidense, en la concesión de ciertas libertades al individuo frente al poder. Ya que no ser así, la constitución sería un documento de naturaleza meramente procesal y formal, careciendo de la validez que vincule a los individuos a su cumplimiento.

Lo anterior nos lleva a inferir el concepto de constitución como la norma fundante de un sistema jurídico determinado, en cuanto que regula el proceso de creación de normas y otorga competencia a los órganos de poder para la generación de otros actos que integran una unidad o sistema y cuyo fin es la permanencia de la sociedad procurando la autodeterminación del individuo.

Verbigracia, el Juicio de Amparo protege ambas dimensiones de las acepciones; que la norma secundaria que se crea se ajuste al procedimiento de creación establecido por el código supremo, y que garantice la libertad del individuo.

Efectivamente, la Ley de Amparo, Reglamentaria de los artículos 103 y 107 de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos (en adelante Ley de Amparo) en su artículo 1, fracción I, señala que este es procedente contra

“normas generales, actos u omisiones de autoridad que violen los derechos humanos reconocidos y las garantías otorgadas para su protección por la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos, así como por los tratados internacionales de los que el Estado Mexicano sea parte;”

En este sentido, esta garantía constitucional protegerá las libertades de expresión, asociación, tránsito, reguladas por los artículos 6, 9 y 11, respectivamente, pero también que exista consecuencia entre la norma condicionante y condicionada, al exigir que cualquier acto de autoridad que pretenda aplicar la ley, funde y motive la causa legal del procedimiento en términos del artículo 16 de ese ordenamiento jurídico.

Se considera pues, que la postura liberal de constitución subsume la de norma fundamental o criterio positivista, ya que la norma suprema condiciona todo el

sistema normativo que emana de ella, sin embargo, adiciona que necesariamente debe existir como elemento teleológico de ese condicionamiento procurar la libertad del individuo frente al Estado, considerar los derechos fundamentales como principio y fin del código normativo que organiza al aparato estatal y armoniza las libertades de las personas.

Si asumimos este concepto ecléctico de la constitución, también implica hacerlo tratándose de la supremacía de esa norma. Entonces la ley suprema tiene ese carácter debido a un factor formal y material. El primero debido a su colocación en el sistema jurídico mexicano como fuente generadora de todas las normas y de asignación de competencia a los órganos del Estado que la aplican y a su vez generan otras normas. El segundo por el contenido de los derechos fundamentales y el principio de separación de poderes, elementos históricos que estuvieron presentes en la creación de las primeras cartas de derechos oponibles al poder del Estado y que en la actualidad son necesarios para evitar abusos o arbitrariedades fuera del orden jurídico establecido. Por consiguiente, todo acto debe estar apegado a una norma.

Dentro de los derechos fundamentales regulados por la constitución están, entre otros, los de libertad, igualdad y seguridad jurídica. Su interacción puede ser armónica pero también pueden oponerse. A través de estos derechos se busca que todo individuo realice, en la medida de lo posible, su autonomía. Por tanto, la resolución de conflictos entre derechos fundamentales debe buscar la misma, pero sin vulnerar la seguridad jurídica.

El catálogo de derechos fundamentales requiere de mecanismos que permitan nulificar las decisiones contrarias a la constitución a efecto de no quedar como un apartado de buenas intenciones del Estado frente a sus gobernados. Por tanto, los controles regulados por la constitución serán considerados y clasificados como elementos integrantes de la defensa de la constitución, poniendo especial énfasis en los controles correctivos y por órgano jurisdiccional.

CAPÍTULO SEGUNDO. LA DEFENSA DE LA CONSTITUCIÓN

En el presente capítulo se revisará el concepto de defensa de la constitución, así como las razones por las cuales es una parte indisoluble de la Ley Suprema ya que determina su eficacia, la limitación de las facultades de los órganos de poder y la materialización de los derechos fundamentales.

Adicionalmente, se analizará la defensa de la Constitución desde sus dos variantes: como mecanismo preventivo y como instrumento correctivo. Después se enfocará esencialmente en el aspecto procesal o en el nuevo concepto de garantía jurídica.

Finalmente, el presente trabajo abordará la clasificación de las garantías constitucionales del control jurisdiccional de la ley.

2.1. Concepto de defensa de la Constitución

Respecto al concepto de defensa, la Real Academia Española la define como “amparar, librar, proteger, mantener, conservar o sostener algo frente a un posible ataque o daño”.¹⁴⁴ Así, la defensa de un ejército o equipo tiene como principal objetivo conservar o proteger a esos jugadores de un daño o ataque. Esto es, intentan mantener la estabilidad de la formación y del marcador. Luego, la defensa es una contención o reacción contra una acción, por lo que se infiere que aquella es *reactiva más que activa o pasiva*.

Esta analogía permite perfilar una aproximación al concepto de defensa de la constitución, ya que se entiende como el conjunto de mecanismos cuyo objetivo es *conservar* la supremacía de la norma suprema frente a cualquier norma inferior o acto jurídico.

¹⁴⁴ Diccionario de la Real Academia Española, visible en: <http://dle.rae.es/?id=C1sjxz1>, (14 de agosto de 2019).

La supremacía constitucional y la defensa constitucional tienen un objetivo “*conservador*”. Para algunos autores como Néstor Pedro Sagüés, deberá tener ese carácter únicamente cuando el contenido de la constitución merezca conservarse. Esto se actualizará cuando preserve los derechos fundamentales, no así, cuando los restrinja.¹⁴⁵

La conservación de la constitución la realiza a través del control. El cual se entiende por Briseño Sierra como:

“[...] el resultado de la verificación de la correspondencia o disconformidad entre la situación combatida y la previsión legal (o constitucional). Verificar es examinar y confrontar, es compulsar y constatar, es operar con la concepción de los hechos que constituyen la situación jurídica impugnada y la concepción de la relación contenida en la norma aplicable.”¹⁴⁶

En efecto, cuando los actos de una autoridad son contrarios al contenido de la ley suprema, desconoce la jerarquía de esa norma, afecta el *status quo* de superioridad de la segunda frente a los primeros. La defensa de la Constitución esencialmente *contiene o reacciona* contra un acto irregular, lo impide, lo anula y reivindica la supremacía de la Constitución. Por tanto, la defensa de la Constitución tiene cualidades que la definen; *conserva, controla, contiene y reacciona*.

Así, la defensa de la constitución son los instrumentos procesales constitucionales que conservan las normas de la constitución frente a actos inferiores que no sean consecuentes, previenen su violación de cualquier autoridad o particulares que realicen actos equivalentes, reprimen su desconocimiento, y logran el desarrollo y la evolución de la constitución en la dimensión formal para permitir su adaptación a los cambios político-sociales, y en la real, o sea, en términos de transformación acordes con las normas programáticas de la propia constitución, es decir para que

¹⁴⁵ Sagüés, Néstor Pedro, “Los desafíos del derecho procesa constitucional”, en Ferrer Mac-Gregor, Eduardo (coord.), *Derecho Procesal Constitucional*, 4ª edición, México, Editorial Porrúa-Colegio de Secretarios de la Suprema Corte de Justicia de la Nación, A.C., 2003, t.1., p. 517.

¹⁴⁶ Briseño Sierra, Humberto, *El control constitucional de amparo*, México, Trillas, 1990, p. 20.

las normas constitucionales sean eficaces y se cumplan, funcionen armónicamente y se respeten los derechos.¹⁴⁷

Como antecedentes de los instrumentos procesales de defensa de la constitución con influencia en México, Ferrer Mac-Gregor identifica: i) las instituciones romanas *homine libere exhibendo* (antecedente del habeas corpus) y la *intercession tribunicia*, ii) los fueros aragoneses en donde le Justicia Mayor solicitada la exhibición y entrega de un proceso sujeto a un proceso para evitar la violencia contra él, iii) el *habeas corpus* consistente en un mandato tendente a la defensa de la libertad, iv) el “amparo colonial” mismo que era un interdicto que se hacía valer ante los virreyes o capitanes para la protección contra autoridades de un menor rango y v) el sistema americano de la revisión judicial de la inconstitucionalidad.¹⁴⁸

El estudio de los mecanismos de defensa de la Constitución está relacionado con la preocupación de los estudiosos de las ciencias del derecho y la política por controlar el poder del Estado a través de mecanismos jurídicos y/o políticos que ajusten la actuación de la autoridad a la ley.

La historia ha dejado basta evidencia de esa tendencia, tal vez inevitable, del abuso del poder por parte del emperador, monarca o el príncipe, el señor feudal, autoridades eclesiásticas, gobernantes del Estado y en general, de cualquier individuo u órgano con poder frente a otros. El antecedente más reciente y que generó nuevos diseños y estudios del control de la constitucionalidad, fue el establecimiento de regímenes totalitarios y nacionalismos exacerbados en estados europeos como Alemania, Italia, Francia y España, que acarrearón graves y generalizadas violaciones de derechos humanos en la segunda mitad del siglo XX, pero también grandes avances en la creación de Tribunales Constitucionales, la

¹⁴⁷ Cfr. Fix-Zamudio, Héctor, *Introducción al estudio de la defensa de la Constitución en el ordenamiento mexicano*, 2ª. ed., Cuadernos Constitucionales México-Centroamérica, UNAM-Corte de Constitucionalidad de Guatemala, 1998, p. 24, y Fix-Zamudio, Héctor, “Introducción al estudio de la defensa de la Constitución”, en *Boletín Mexicano de Derecho Comparado*, Año 1, Núm. 1, Enero-Abril de 1968, p. 89. Fix-Zamudio, Héctor, *Estudio de la Defensa de la Constitución en el Ordenamiento Mexicano*, México, Editorial Porrúa, 2005, p. 10.

¹⁴⁸ Ferrer Mac-Gregor, Eduardo, “Los Tribunales Constitucionales y la Suprema Corte”, *Derecho Procesal Constitucional*, México, Porrúa-Colegio de Secretarios de la Suprema Corte de Justicia de la Nación, 2003, t. I, pp. 237-238.

Defensa de la Constitución y en materia del Derecho Procesal Constitucional a fin de evitarlos o combatirlos.

Se les ha dado un rol tan importante a la defensa constitución y al papel de los órganos jurisdiccionales que realicen el control que los Tribunales Constitucionales que para autores como César Landa Arroyo “no se concibe contemporáneamente la existencia de esos Estados democráticos sin una jurisdicción constitucional,”¹⁴⁹ lo que sobra decir que nos parece darle un rol a la institución de la jurisdicción constitucional desmedida y apologizada, cuestión que no cabe discutir aquí sino expresar que en los países llamados democráticos convergen el papel de otras instituciones en la emisión de leyes, políticas públicas, procuración de justicia, etc.

Ahora bien, el estudio de la defensa de la constitución se realiza por el Derecho Procesal Constitucional. Su antecedente como disciplina, de acuerdo con Osvaldo Alfredo Gozaíni, se debe a la institucionalización, jurídicamente orgánica de las declaraciones de derechos humanos que dieron un tratamiento a los mismos sin nacionalidad y las organizaciones que nacen del derecho internacional indispensables para uniformar y regular, ha dado lugar a un estudio autónomo” del derecho procesal constitucional.¹⁵⁰

El Derecho Procesal Constitucional también tiene sus antecedentes en la *Habeas Corpus Amendment Act* de 26 de mayo de 1679, el primer instrumento en regular un proceso constitucional de protección de derechos humanos; el caso *Marbury v. Madison* de 24 de febrero de 1803 y la creación del Tribunal Constitucional Austriaco, que se atribuye a Hans Kelsen, el 1° de octubre de 1920. Tampoco podemos ignorar que se menciona a Hans Kelsen, Eduardo Couture, Piero Calamandrei y Mauro Cappelletti, como los autores que aportaron a la creación de

¹⁴⁹ Landa Arroyo, César, *Tribunal constitucional y estado democrático*, Perú, Pontificia Universidad Católica del Perú, Fondo Editorial, 1999, p. 29, visible en: <https://biblio.juridicas.unam.mx/bjv/detalle-libro/4430-influencia-extranjera-y-trascendencia-internacional-coleccion-inehrm>, (10 de febrero de 2019).

¹⁵⁰ Gozaíni, Osvaldo Alfredo, *El derecho procesal constitucional y los derechos humanos (vínculos y autonomías)*, México, Serie G., Estudios doctrinales, núm. 177, Universidad Nacional Autónoma de México, Instituto de Investigaciones Jurídicas, 1995, p. 78, visible en: <https://biblio.juridicas.unam.mx/bjv/detalle-libro/236-el-derecho-procesal-constitucional-y-los-derechos-humanos-vinculos-y-autonomias>, (10 de noviembre de 2019).

esta disciplina. Sin perjuicio de lo anterior, Ferrer Mac-Gregor, manifiesta respecto a dichos antecedentes que “es generalmente aceptado que el punto de partida fue la sentencia de la Suprema Corte norteamericana en *Marbury vs. Madison*”.¹⁵¹

En México, algunos juristas como Héctor Fix-Zamudio y Eduardo Ferrer Mc-Gregor, han denominado a la disciplina del derecho que tiene como objeto de estudio de las garantías de carácter procesal constitucional: *Derecho Procesal Constitucional*. El objeto de estudio de esta disciplina relacionado con la Teoría General del Proceso y el Derecho Constitucional, permitirá encaminar la descripción de las garantías constitucionales hacia el pronunciamiento de principios generales aplicables al control constitucional de las disposiciones generales.

Ferrer McGregor esgrime que, si bien era una disciplina existente, la detonación del derecho procesal constitucional en México se da a partir de las reformas constitucionales del artículo 105, con la introducción de la acción de inconstitucionalidad teniendo como modelo el sistema europeo, así como con la regulación de la controversia constitucional para la solución de conflictos competenciales.¹⁵²

Carlos M. Ayala Corao, expresa que el objeto del Derecho Procesal Constitucional es el estudio de “las previsiones adjetivas tendientes a garantizar la vigencia efectiva del ordenamiento constitucional y en especial de los derechos”.¹⁵³

Determinado el objeto de dicha disciplina jurídica ha lugar a revisar algunas concepciones de Derecho Procesal Constitucional.

Una definición de Derecho Procesal Constitucional Oswaldo Alfredo Gozaíni es:

¹⁵¹ Ferrer Mac-Gregor y Sánchez Gil, Rubén, *Efectos y contenidos de las sentencias en acción de inconstitucionalidad : análisis teórico referido al caso*, México, IIJ UNAM, 2009, p. 1

¹⁵² Ferrer Mac-Gregor, Eduardo (coord.), “Los Tribunales Constitucionales y la Suprema Corte”,..., *op. cit.*, p. 233.

¹⁵³ Ayala Corao, Carlos M., “Configuración del amparo como un derecho humano internacional: el aporte de México”, en Fix-Zamudio, Héctor y Ferrer Mac-Gregor, Eduardo (coord.), *Influencia extranjera y trascendencia internacional. Colección INEHRM*, México, Senado de la República, Universidad Nacional Autónoma de México, IIJ, 2017, p. 23, visible en: <https://biblio.juridicas.unam.mx/bjv/detalle-libro/4430-influencia-extranjera-y-trascendencia-internacional-coleccion-inehrm>, (7 de septiembre de 2019).

“una ciencia nueva que se explica a partir de la relación que existe entre Proceso y Constitución [...] se ocupa de las instituciones procesales (garantías jurisdiccionales) insertas en las Constituciones de cada Estado; de los procesos constitucionales; y de los principios y presupuestos fundamentales que todo proceso debe aplicar en las controversias entre partes.”¹⁵⁴

Por su parte, Fix-Zamudio lo define como la:

“disciplina jurídica que estudia los instrumentos establecidos en los diversos ordenamientos jurídicos para la resolución de los conflictos o controversias de carácter estrictamente constitucional, ya sea que dicha decisión se encomiende a tribunales especializados en sentido propio, o bien a los tribunales de mayor jerarquía o inclusive a los jueces ordinarios, al menos en sus primeras etapas.”¹⁵⁵

Juan Carlos Hitters lo conceptúa como el “Conjunto de preceptos que regulan el proceso constitucional, es decir, se ocupa de los engranajes adjetivos que hacen viables las garantías nacidas en los ordenamientos fundamentales.” ¹⁵⁶

El mismo autor manifiesta que el trabajo que han realizado los juristas para proteger los derechos fundamentales ha desarrollado la justicia constitucional. ¹⁵⁷ Por tanto, a partir de la Segunda Guerra Mundial, “se ha configurado una verdadera *constitucionalización* de algunas prerrogativas humanas [...] como la *dimensión constitucional de la justicia*, y que consiste en la afirmación e individualización de los requisitos mínimos e inderogables de equidad y del derecho [...]”¹⁵⁸

¹⁵⁴ Alfredo Gozaíni, Oswaldo, *Tratado de derecho procesal constitucional*, Tomo I, México, Editorial Porrúa, 2011, p. 3.

¹⁵⁵ Fix-Zamudio, Héctor, “Breves reflexiones sobre el concepto y el contenido del derecho procesal constitucional, en Ferrer Mac-Gregor, Eduardo (coord.), *Derecho Procesal Constitucional*, 4ª edición, México, Editorial Porrúa-Colegio de Secretarios de la Suprema Corte de Justicia de la Nación, A.C., 2003, t.1., p. 270.

¹⁵⁶ Hitters, Juan Carlos, “El derecho procesal constitucional”, en Ferrer Mac-Gregor, Eduardo (coord.), *Derecho Procesal Constitucional*, 4ª edición, México, Editorial Porrúa-Colegio de Secretarios de la Suprema Corte de Justicia de la Nación, A.C., 2003, t.1., p. 390.

¹⁵⁷ Hitters, Juan Carlos, *El derecho procesal constitucional*, p. 387

¹⁵⁸ *Idem*.

Ahora bien, la imperiosa necesidad de controlar el poder, ante las nefastas consecuencias de su abuso, ha ocupado a los operadores y estudiosos del Derecho en la creación de mecanismos que supervisen y fiscalicen el ejercicio de la potestad conferida por la sociedad para buscar la propia supervivencia del Estado.

Así como en la naturaleza encontramos defensas en los organismos vivos que buscan la protección y supervivencia de ese ente orgánico, como puede ser el sistema inmunológico y sus diferentes variantes de glóbulos blancos específicos que reaccionan para cada antígeno, así el Estado en su configuración, ha establecido sus propios mecanismos y controles para cada tipo de ilegalidad que además de procurar la libertad del individuo y la *contención* del poder como se expresó en el Capítulo anterior, buscan también, al menos de forma indirecta, procurar la supervivencia del aparato Estatal.

Los Estados actuales con el impacto masivo de las Tecnologías de la Información y de la Comunicación, cada vez soportan menos regímenes notoriamente dictatoriales o represores que restrinjan las libertades de sus gobernados y no existe al menos alternancia en el poder mediante procesos electorales democráticos (existiría incluso la ausencia de los mecanismos preventivos de defensa de la constitución a los que se hará alusión más adelante), ya que, aunque la “autoridad” se pueda mantener en el poder, el Estado convulsiona y se vuelve inestable. El aparato estatal “enferma”.

Aunque no es la regla general, algunos ejemplos recientes se advierten en las diversas manifestaciones del mundo árabe de 2010-2013, conocidas como “Primavera Árabe”. También hay hechos más conocidos por ser propios, en donde la negativa de las libertades de los individuos desestabilizó el aparato estatal detonando la Revolución Mexicana en 1910. Lo anterior, puede obedecer a una razón, un Platón en sus Diálogos la hace ver de forma clara; “es propio de la injusticia engendrar odios y disensiones dondequiera que se encuentre”.¹⁵⁹

¹⁵⁹ Platón, *La República o de lo justo. Diálogos*, 31ª ed., México, Porrúa, 2009, p. 23.

Las garantías constitucionales no solo intentan materializar los derechos de los individuos que componen una Estado, sino también buscan dar estabilidad y perdurabilidad a la voluntad comunitaria. Buscan darle “salud” a ese organismo social denominado Estado.

Por tal motivo, no ha sido coincidencia la creación de mecanismos defensivos que garanticen la protección de las libertades conferidas por la constitución, ya que las diversas declaraciones de derechos, a pesar de confirmar y reconocer un catálogo de derechos fundamentales oponibles al poder del aparato estatal, han sido vulneradas y desestimadas, como se ha indicado, en distintos momentos de la historia del Estado.

Tal como lo expresa el Héctor Fix-Zamudio

“existe un consenso en la doctrina en el de que no es suficiente que se expida un texto fundamental que contenga los principios, valores y normas que se consideran esenciales para la comunidad política en un momento determinado, sino que es indispensable, que el documento se transforme en un simple texto nominal, que éste tenga aplicación en la realidad, y si dicha aplicación no es efectiva, así sea de manera limitada, deben establecerse los mecanismos necesarios para que esta situación pueda corregirse y se restablezca el orden constitucional desconocido o violado”.¹⁶⁰

Por consiguiente, ante la insuficiencia de las conquistas sociales materializadas en las diversas declaraciones de derecho frente al poder y el abuso: ¿Cuál es la importancia de los mecanismos de defensa de la Constitución? En nuestra opinión, radica en que es la falange de defensa en esa constante lucha entre poder y libertad, ya que cuando el primero intenta restringir o atacar *injustificadamente* a la segunda, serán los medios de defensa de la Constitución los que entrarán en operación para reivindicar la autonomía de los individuos. Cuando estos también se desconozcan estaremos acercándonos a los límites de la dictadura.

¹⁶⁰ Fix-Zamudio, Héctor, *Estudio de la Defensa de la Constitución*, cit., p. 1.

2.2. Clasificación de la defensa de la Constitución atendiendo a los niveles de protección

Se propone una clasificación de la estructura de la defensa de la Constitución a partir de los distintos niveles de protección que van desde los preventivos en los cuales no existe una invalidación de la norma hasta la declaración de anulabilidad de la misma, a saber; i) normativo sustantivo, ii) normativo declarativo, iii) normativo político, y iv) normativo adjetivo. Los tres primeros pueden entrar en operación de forma simultánea y complementaria, en tanto que el cuarto se actualiza cuando se han traspasado los antecesores, esto es, de forma sucesiva.

Si bien son niveles de control diferentes, como se advertirá, la cualidad común en los cuatro niveles de defensa de la Constitución es que en el control o supervisión sobre el acto participa otra norma (sustantiva o adjetiva) de esa jerarquía, esto es, contenida en el texto del código supremo.

2.2.1. Normativo sustantivo

El primer nivel de defensa lo constituyen los propios derechos fundamentales del gobernado, mismos que se encuentran tutelados en el código supremo esencialmente en el apartado denominado “De los Derechos Humanos y sus Garantías”.

Efectivamente, si bien la constitución es un documento político, económico o social, también es una norma. Esto significa que *per se* debería ser cumplida por cualquier autoridad, puesto que toda norma contiene el deber jurídico de observancia. Las proposiciones jurídicas asentadas en la constitución representan una primera

barrera debido a su imperativo categórico¹⁶¹ que conlleva el enunciado jurídico y vincula a toda autoridad estatal.

Se puede admitir *prima facie* que dentro de la clasificación de las normas este nivel normativo de protección es imperfecto debido a que la vulneración de la misma no trae consigo la invalidación. Sin embargo, no se puede negar que las normas imperfectas prevén un caso fáctico que cumple con las características de haber sido emitidas por un órgano de poder y configura una norma jurídica que su incumplimiento puede generar responsabilidades administrativas.

Efectivamente, no es ocurrencia que la voluntad de una comunidad determinada esté establecida en una *norma jurídica* ya que aquella pudiera estar contenida en otra especie de código moral, social o estrictamente religioso como los Diez Mandamientos de la religión judeo-cristiana.

Al tener el carácter jurídico se busca que los actos de la autoridad estén conminados por una posible consecuencia o sanción ante el incumplimiento, si bien no se priva de validez a la norma, sí se podría incurrir en alguna responsabilidad administrativa en términos del Capítulo II “De las faltas administrativas graves de los Servidores Públicos” del Título Tercero de la Ley General de Responsabilidades Administrativas. Es a lo que Kelsen llama garantía jurisdiccional represiva personal.¹⁶²

Como lo expresa Daniel Márquez, “nuestro régimen jurídico pretende solucionar el tema de los límites a los detentadores del poder, estableciendo un conjunto de obligaciones que se imponen a quienes ingresan al servicio público.”¹⁶³

¹⁶¹ No debemos olvidar que para Immanuel Kant: El imperativo categórico sería aquel que representa una acción por sí misma como objetivamente necesaria, sin referencia a ningún otro fin. Sólo hay un imperativo categórico y dice así: obra sólo según aquella máxima que puedas querer que se convierta, al mismo tiempo, en ley universal (véase: Kant, Immanuel, Fundamentación de la Metafísica de las costumbres, p. 14, visible en: <http://www.philosophia.cl/biblioteca/Kant/fundamentacion%20de%20la%20metafisica%20de%20las%20costumbres.pdf>, (13 de abril de 2019).

¹⁶² Kelsen, Hans, *La garantía jurisdiccional...*, cit., p. 37

¹⁶³ Márquez, Daniel, “Responsabilidades de los servidores públicos”; en Valadés Diego y Carbonell, Miguel (Coords.) *Panorama del Derecho Constitucional Mexicano*, México, Editorial Porrúa-Instituto de Investigaciones Jurídicas UNAM, 2006, p. 121.

El mismo jurista señala que en el caso de México, “atendiendo al carácter de la norma constitucional como límite al poder, el título cuarto de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos [...] delinea el régimen de responsabilidades de los servidores públicos en México, y plasma los principios relacionados con la responsabilidad política, penal, civil y administrativa de éstos.”¹⁶⁴

En este sentido, la constitución puede dar directrices para su cumplimiento ya que, como norma señala hechos prohibidos, permitidos y obligatorios, como documento fundamental contiene los derechos público subjetivos, su garantía y las competencias de los órganos del Estado, por consiguiente no puede afirmarse que la norma suprema funciona del todo con base en el principio dinámico señalado por Kelsen, dado que la Ley Suprema no sólo regula la producción normativa sino que como el mismo jurista austriaco lo reconoce, puede tener un contenido de forma negativa (derechos humanos de libertad) o de forma positiva (derechos programáticos) y dotar de especificaciones a las normas jerárquicamente inferiores.¹⁶⁵ De ahí que es inaceptable la inobservancia del código supremo bajo el argumento que no existe una regulación de una conducta en el texto jurídico constitucional sino únicamente es una norma procedimental para la creación normativa.

Corolario de lo anterior resulta el artículo 16 primer párrafo de la CPEUM que señala expresamente que nadie puede sufrir actos de molestia, sino en virtud de mandamiento escrito de la autoridad competente en donde funde y motive la causa legal de su acción. Este contenido de naturaleza negativa para la autoridad, *por sí mismo* debería impedir el acto de molestia derivado de una visita de inspección administrativa sin la orden de comisión en donde se funde y motive el actuar de la autoridad, ya que le podría generar al órgano individuo de la administración pública responsabilidades.

No obstante, este imperativo resulta insuficiente aun y cuando existan posibles responsabilidades administrativas por este acto, por lo que la norma constitucional

¹⁶⁴ *Idem.*

¹⁶⁵ Kelsen, Hans, *Teoría Pura...*, cit., p. 146

suele requerir de otra norma del mismo nivel jerárquico para obtener su cumplimiento: i) una declaración de hacerla cumplir, ii) a través de principios políticos y jurídicos, o iii) a través de mecanismos preventivos y procesales que buscan dejar sin validez el acto ilegal que la infringe.

2.2.2. Declarativo normativo

El nivel denominado aquí declarativo normativo complementa el deber jurídico de observancia de la proposición constitucional. Su fundamento recae en el artículo 128 de la CPEUM y va más allá del deber jurídico de la norma, porque adiciona la protesta de los servidores públicos consistente en que deben cumplir y hacer cumplir la Constitución y las leyes que de ella emanen. Se advierte pues, que es un distinto nivel porque “declara el propósito de cumplir su deber”. Vincula al servidor público a la misma.

Cabe mencionar que la norma jurídica constitucional define en el artículo 1° de la CPEUM los sujetos obligados de ese documento, siendo tales todas las autoridades en el ámbito de sus competencias. Por consiguiente, resultaría innecesario el acto de protesta de cumplimiento de la Constitución, así como resulta innecesario que un particular proteste hacer cumplir la ley civil sustantiva en caso de querer elaborar un contrato de compraventa. Sin embargo, aquella busca reforzar a través de un acto solemne y formal el contenido constitucional. Pareciera únicamente una declaración solemne como la declaración de decir verdad ante la Biblia, sin embargo, su incumplimiento también puede aparejar responsabilidades administrativas.

Los niveles de protección represiva personal suelen ser insuficientes, ya que como lo señala también Kelsen atento a la historia constitucional, si bien puede existir una sanción de carácter administrativo para la autoridad involucrada, “no es en sí misma un medio muy eficaz [...] puesto que no atacan la fuerza obligatoria del acto

irregular, y en particular, la de la ley inconstitucional [...] ¹⁶⁶, es decir, de poco o nada sirve al particular que exista una sanción contra el servidor público involucrado si el acto que le afecta subsiste.

2.2.3. Político y normativo

Líneas arriba se afirmó que la constitución tiene un contenido que determina el contenido de las normas inferiores. En los enunciados jurídicos de la Ley Címera se estipulan algunos principios políticos-jurídicos que orientan las conductas de la autoridad, así como la estructura, funciones e interacción del Estado y de otros grupos y asociaciones no gubernamentales.

Se pudiera hablar de la Constitución como norma que regula la unidad política y ordenación social de un cierto Estado, ¹⁶⁷ puesto que la unidad a la que hace alusión Schmitt precisamente se da por la organización que contiene la constitución porque determina los principios políticos y jurídicos comunes de una sociedad.

En estos términos, a través de ese contenido del código supremo, han sido creados otros medios de defensa que coadyuvan en el cumplimiento preventivo de aquella y buscan que se materialicen los intereses de una ordenación social determinada. Tales principios pueden ser: el republicano, el federalismo, la división de poderes, la participación ciudadana, la democracia electoral, los principios de constitución escrita y rígida, supremacía constitucional, irretroactividad de la norma, no reelección, etc.

2.2.4. Normativo adjetivo

¹⁶⁶ Kelsen, Hans, *La garantía jurisdiccional...*, cit., p. 51.

¹⁶⁷ Schmitt, Carl, *Teoría de la Constitución*, cit., p. 40.

Los mecanismos procesales constitucionales son el cuarto nivel de defensa que entra en operación cuando los otros tres han sido traspasados. Su objetivo es negar validez al acto transgresor a la constitución a través de una resolución que deriva de un procedimiento legal, en el que intervienen distintas partes y en donde la obtención de una sentencia favorable implica la restitución del orden constitucional.

En los niveles anteriores de protección y contención se advierte su insuficiencia cuando una persona sufre un acto de privación con fundamento en una norma general retroactiva. En este caso los niveles 1, 2, y 3, han sido traspasados con un solo acto de autoridad, ya que se incumplió con la norma sustantiva como puede ser el derecho de propiedad, la declaración de hacerla cumplir y el principio jurídico de retroactividad, respectivamente.

La ley cimera sería únicamente *un documento de buenas intenciones* si no existieran otros mecanismos normativos procesales que reaccionaran contra el traspaso de su contenido y restituyeran en su derecho a los individuos, sin que obste que la creación de dichos medios procesales de defensa se da por hecho la indiferencia del individuo al cumplir con la regla que él mismo crea, sea gobernado o gobernante. Por tal motivo señala Kelsen que la constitución está verdaderamente protegida cuando “la anulación de los actos constitucionales es posible”.¹⁶⁸

Los cuatro niveles de protección propuestos de la Constitución se pueden representar de la siguiente manera:

Normativo Procesal (NPR)	Defensa de la Constitución
Normativo Político (NP)	
Normativo Declarativo (ND)	
Normativo Sustantivo (NS)	

En la interpretación del esquema se expresa con un primer nivel de defensa de la constitución NS, en donde están contenidos los derechos fundamentales que esencialmente contienen prohibiciones para el Estado frente a las libertades del particular. Después se encuentra el segundo nivel o ND referente a la protesta de

¹⁶⁸ Kelsen, Hans, *La garantía jurisdiccional...*, cit., p. 51.

todo servidor público de cumplir con su deber jurídico. Luego se expresa el NP como tercer nivel que contiene los principios políticos-jurídicos. Cabe señalar que el NS, ND, y NP puede interactuar de forma simultánea como mecanismos de defensa y tienen una naturaleza preventiva y de contención.

Finalmente se encuentra el cuarto nivel o NPR y se separa de los otros tres puesto que no actúa de forma simultánea sino sucesiva. Su naturaleza es correctiva y reactiva, dado que deja sin validez al acto que ha superado los otros tres niveles infringiendo la norma constitucional.

Tal como se indicó arriba, si bien son niveles diferentes, los cuatro participan de cualidades en común toda vez que los niveles NS, ND, NP y NPR son i) mecanismos de defensa de la constitución, ii) tienen una naturaleza normativa jurídica, ya que están contenidos en el código supremo y, sobre todo, iii) los cuatro niveles buscan proteger o garantizar la libertad del gobernado frente al poder estatal.

2.3. Otras clasificaciones de la defensa de la Constitución atendiendo a la naturaleza preventiva o correctiva

Para Kelsen las garantías de la regularidad pueden ser preventivas o represivas. De las últimas existe una subclasificación: personales u objetivas.¹⁶⁹ Las preventivas son aquellas que se anticipan a la realización de actos irregulares. Estas garantías se pueden ubicar en el primero, segundo y tercer nivel antes señalados como propuesta.

Las represivas “reaccionan contra el acto irregular una vez realizado, tienden a impedir la reincidencia en el futuro, a reparar el daño que se ha causado, a hacerlo desaparecer, y eventualmente, a reemplazarlo por un acto regular.”¹⁷⁰

¹⁶⁹ *Ibidem*, p. 34.

¹⁷⁰ *Idem*.

Las personales se refieren a la forma en que se constituye el Tribunal que conoce de la irregularidad (que también tiene el carácter preventivo), pero también a la sanción en el sujeto que emite el acto, como puede ser la responsabilidad administrativa, civil o penal.

Las objetivas, propiamente se refieren a la invalidación del acto que se emite puesto que objetivamente carece de consecuencia entre el acto superior y aquel como inferior. Para Kelsen, la garantía de la regularidad o de la constitución, actualiza la anulabilidad con limitados efectos retroactivos ya que se requiere de otro acto¹⁷¹, como es el pronunciamiento de los Tribunales Federales en el caso de México, para que se decrete la invalidez del acto por ser inconstitucional. El Juicio de Amparo, entre otros medios de control de constitucionalidad, se pudiera considerar como una garantía de la Constitución de esta naturaleza, puesto que, de concederse el amparo al agraviado, se deja sin efecto el acto que vulnera el derecho del gobernado, esto es, se anula.

En cuanto a la clasificación realizada por el jurista vienés, se pueden ubicar las garantías objetivas en el cuarto nivel señalado previamente, sin embargo, por lo que hace a las personales, aún y cuando exista la posibilidad de que el servidor público sea sancionado por incurrir en alguna responsabilidad, esto no basta para ser correctiva o reactiva, ya que más que anular el acto, únicamente sanciona a la autoridad responsable.

De forma más precisa a la propuesta en este trabajo, Héctor Fix-Zamudio al conceptualizar la defensa de la constitución clasifica la defensa al afirmar que:

“está integrada por todos aquellos instrumentos jurídicos y procesales que se han establecido tanto para conservar la normativa constitucional como para prevenir su violación, reprimir su desconocimiento y, lo que es más importante, lograr el desarrollo y evolución de las propias disposiciones constitucionales en un doble sentido; desde el punto de vista de la Constitución formal, a fin de lograr su paulatina adaptación a los cambios de la realidad político-social, y

¹⁷¹ *Ibidem*, p. 40.

desde la perspectiva de la Constitución real, su transformación de acuerdo con las normas programáticas de la propia carta fundamental.¹⁷²

Conforme a estas ideas, la defensa de la Constitución puede ser analizada desde dos categorías: atendiendo a su naturaleza preventiva o a la correctiva. Por un lado, los instrumentos protectores o preventivos de la Constitución, y por el otro, las garantías de la Constitución entendidas en su concepto procesal, respectivamente.

Respecto a los medios de protección, Fix-Zamudio los conceptualiza como:

“factores políticos, económicos, sociales y de técnica jurídica que han sido [...] incorporados a los documentos constitucionales con el propósito de limitar el poder y lograr que sus titulares se sometan [a] la propia carta fundamental”.¹⁷³ Esta clasificación de medios preventivos pudiera encuadrarse en el tercer nivel de defensa antes señalado.

El ejemplo más claro de esta categoría se encuentra en la división de poderes ya que como se señaló en el capítulo anterior, el principio fundamental asentado en el artículo 16 de la Declaración de los Derechos del Hombre y del Ciudadano, funge como contención frente al poder del Estado evitando la concentración y abuso que repercute en la esfera jurídica del gobernado, así como “evitar la concentración del poder mediante su limitación recíproca, que es la finalidad que le atribuyeron los promotores del principio: el inglés John Locke y Carlos Luis de Secondat, Barón de Montesquieu”.¹⁷⁴

Ahora bien, tratándose de las denominadas garantías constitucionales, son mecanismos esencialmente procesales que entran en operación cuando los elementos preventivos de la defensa de la Constitución son insuficientes. Su objeto será *fiscalizar* el cumplimiento de la conformidad entre las leyes secundarias y el código supremo. Se pueden encuadrar estos mecanismos dentro del cuarto nivel de defensa referido.

¹⁷² Fix-Zamudio, Héctor, *Estudio de la Defensa de la Constitución...*, cit., p. 10.

¹⁷³ *Ibidem*, p. 11.

¹⁷⁴ *Ibidem*, p. 13.

Debido a la naturaleza normativa de la constitución es eficaz siempre que se cumpla. Una forma de hacerlo es a través del control jurisdiccional mismo que es encomendado al Poder Judicial de la Federación (en el caso de México).

2.4. Concepto de garantía constitucional

El concepto de garantía constitucional ha venido evolucionado a partir de las declaraciones de derechos de las Colonias Americanas y de la Declaración de los Derechos del Hombre y del Ciudadano de 26 de agosto de 1789, ya que su paso ha sido de considerarse como los propios derechos fundamentales señalados en aquellos documentos, tal como la libertad, la igualdad y la propiedad, a mecanismos predominantemente de carácter procesal. E incluso como agentes de cambio constitucional puesto que pueden ir más allá, debido a que empujan o promueven el cambio del texto constitucional a fin de que se ajuste a la realidad.¹⁷⁵

Para efectos de este trabajo, cuando se haga referencia a las concepciones de diversos autores respecto de la garantía constitucional, mecanismo o control de la constitucionalidad, se entenderá como una herramienta procesal de tipo jurisdiccional para la defensa de los derechos conferidos por la Constitución.

Héctor Fix-Zamudio conceptualiza las garantías individuales como:

“los medios jurídicos, de naturaleza predominantemente procesal, que están dirigidos a la reintegración del orden constitucional, cuando éste ha sido desconocido o violado por los propios órganos de poder y los instrumentos protectores [preventivos] no han sido suficientes para lograr el respeto y el cumplimiento de las disposiciones constitucionales.”¹⁷⁶

¹⁷⁵ Fix-Zamudio, Héctor, *Estudio de la Defensa de la Constitución...*, cit., p. 57.

¹⁷⁶ *Ibidem*, p. 12.

Esta conceptualización les da a las referidas garantías una naturaleza procesal y correctiva, adicionando la cualidad de reivindicar el principio constitucional a través de la anulación del acto.

El antecedente de este concepto lo ubica Fix-Zamudio en la Revolución Francesa. En efecto “la idea de considerar a los derechos de las personas como garantías [...] fue una idea surgida entre los revolucionarios franceses para quienes la consagración de los derechos en un documento constitucional era un hecho de tal magnitud que era suficiente para lograr su eficacia [...]”¹⁷⁷

Por su parte, Tena Ramírez al referirse al control directo de la Constitución vía acción, expresa que es “llevar al conocimiento de un órgano especial, en una instancia también especial, las cuestiones que atañen a la defensa de la Constitución.”¹⁷⁸ Por lo tanto, con las ideas del constitucionalista mexicano se puede atribuir tres elementos a las garantías constitucionales, a saber; i) es una acción, ii) conocen órganos especiales como es el Poder Judicial de la Federación y iii) tienen procedimientos especiales puesto que son juicios ordinarios del derecho.¹⁷⁹

Para Hans Kelsen la garantía constitucional es la “garantía de la regularidad de las normas inmediatamente subordinadas a la Constitución [...]”¹⁸⁰, esto es, una herramienta del sistema jurídico que asegura la congruencia en cada uno de los eslabones de la cadena normativa del sistema.

El concepto del jurista austriaco otorga a las garantías de la constitución una función dentro de la estructura jerárquica del sistema jurídico. Aquella radicará en asegurar el ejercicio de las funciones estatales dentro de su competencia. Efectivamente, si las funciones se traducen en actos jurídicos o normas, el objeto de las garantías

¹⁷⁷ Fix- Zamudio, Héctor, *et. al.*, “Derechos fundamentales”, en Valadés Diego y Carbonell, Miguel (coord.), *Panorama del Derecho Constitucional Mexicano*, México, Editorial Porrúa-Instituto de Investigaciones Jurídicas UNAM, 2006, p. 6.

¹⁷⁸ Tena Ramírez, Felipe, *Derecho Constitucional Mexicano*, México, 28ª edición, México, Editorial Porrúa, 1994, p. 507.

¹⁷⁹ *Ibidem*, p. 517.

¹⁸⁰ Kelsen, Hans, *La garantía jurisdiccional...*, *cit.*, p. 15.

será que las normas o actos se ajusten a la norma condicionante, esto es, que cualquier acto administrativo, legislativo o judicial sea conforme a la Ley Suprema.

El concepto de garantía constitucional como regularidad del autor de *La Teoría Pura del Derecho* se basa en su Teoría del Sistema Jurídico. Para él todo “el orden jurídico constituye a la vez una producción de derecho, frente al grado inferior, y una reproducción del derecho, ante el grado superior”¹⁸¹. La constitución pues, otorga funciones a los órganos del Estado, regula el procedimiento para la creación de otras disposiciones secundarias y dota de contenido a las normas inferiores, por tanto la regularidad es “[...] la relación de correspondencia entre un grado inferior y un grado superior del orden jurídico.”¹⁸²

Carla Huerta, denomina control jurídico a la garantía constitucional y le otorga una doble función: i) fiscalizadora en cuanto que verifica que los actos de los órganos del Estado se ajusten a su competencia, y ii) correctiva puesto que anula el acto ilegal y sanciona al órgano infractor. Para la investigadora mexicana el control jurídico

“es el conjunto de medios que garantizan las limitaciones establecidas al ejercicio del poder; la forma en que se asegura la vigencia de la libertad y de los derechos fundamentales del ser humano. El control es, pues, un sistema de vigilancia que asegura la observancia del sistema jurídico.”¹⁸³

Cabe mencionar que para Huerta la garantía no es igual a control, porque:

“dado que <garantía> es un concepto más amplio que asegura el cumplimiento de obligaciones, normas o principios, y no se refiere exclusivamente a la observancia de limitaciones al poder político. Si control y garantía fuesen sinónimos, esto implicaría que la conducta que se pretende limitar no es realizable. Pero un sistema de control no puede garantizar que no se verifiquen conductas que se traduzcan en un ejercicio excesivo de atribuciones; sin embargo, sí puede desincentivar la realización de dichas

¹⁸¹ *Ibidem*, p. 14.

¹⁸² *Idem*.

¹⁸³ Huerta Ochoa, Carla, *Mecanismos constitucionales...*, cit. pp. 36-37.

conductas o de aquellas que se ejecutan sin competencia, y fincar responsabilidad e incluso resarcir el daño en ciertos casos.¹⁸⁴

Independientemente de esta distinción entre garantía y control de la investigadora mexicana, en el presente trabajo no se aplicará tal, sin perjuicio de que es acertada la afirmación ya que los tiempos en que actúan la primera y el segundo son distintos.

En el sentido que da Huerta, la garantía es la norma que obliga y orienta el cumplimiento, y su existencia es previa al acto de autoridad, en la clasificación propuesta se ubicaría en los niveles 1, 2 y 3. En tanto el control es la fiscalización y reacción de que el acto de autoridad no se apegó a la norma. Es posterior, siendo este el nivel 4 de la propuesta expuesta con antelación.

Después de revisar algunos conceptos de garantías constitucionales, se puede concluir que éstas son los mecanismos de contención, conservación, fiscalización y corrección que procuran la regularidad entre la Constitución y las normas inferiores lo cuales tiene una instancia particular de jurisdicción constitucional.

2.5. Clasificación de las garantías constitucionales frente a normas generales.

Como ya establecimos la idea de garantía constitucional, en este apartado solo destacaremos que en la clasificación de normas generales se mencionan leyes, reglamentos, y en lo general, disposiciones de carácter general que imponen obligaciones y confieren derechos de forma general y abstracta susceptibles de control de su constitucionalidad.

2.5.1. Órgano político o judicial

¹⁸⁴*Ibidem*, p. 29.

La presente variante se refiere a la naturaleza del órgano que conoce del acto constitucional, sea el Poder Ejecutivo, Legislativo o Judicial, es decir, al momento en que actúa dicho órgano frente a la norma general, de forma preventiva o correctiva, así como a la manera cómo se lleva el procedimiento para conocer de dicho acto.

2.5.1.1. Órgano Político

Tal como lo expresa Mauro Cappelletti, “por lo regular en estos sistemas de control, al ser anterior a la emanación y promulgación de la ley, es preventivo o sea interviene antes que la ley entre en vigor; y algunas veces se trata de un control que tiene como función meramente *consultiva*: esto es, la función de un mero parecer, no dotado de la fuerza vinculante definitivamente para los órganos legislativos y gubernativos”.¹⁸⁵

El ejemplo más distintivo de este tipo de control de la constitucionalidad de leyes es el de Francia. En efecto, desde la Constitución de 1958 se previó la existencia del *Conseil Constitutionnel*. Este órgano entre otras funciones tiene la del control de constitucionalidad de leyes.¹⁸⁶

Este tipo de control obedece a la idea de separación de poderes para evitar la interferencia del poder Judicial en el Legislativo. Las ideas Revolucionarias y la omnipotencia parlamentaria influyeron en la configuración de este control vía órgano político debido a que “organizar un control de la constitucionalidad de las leyes hubiera sido tanto como admitir que el legislador podía faltar a su misión y que la

¹⁸⁵ Mauro Cappelletti, *La justicia constitucional (Estudios de derecho comparado)*, México, Universidad Nacional Autónoma de México, 1987, p. 27.

¹⁸⁶ *Ibidem*, p. 28.

volunté générale, del cual él era órgano, sería susceptible de encontrar una censura”.¹⁸⁷

Para Cappelletti este tipo de control no es exclusivo de la idea de supremacía del poder legislativo sobre el judicial, sino también “a la negación de la >doctrina burguesa< de la separación de poderes, que se quieren reunidos en un único órgano supremo, de directa emanación popular”¹⁸⁸ tal como ocurrió en la Unión Soviética y otras naciones socialistas.

Para Carla Huerta el control judicial de la constitucionalidad preventivo puede ser realizado por órganos políticos, “y su principal efecto sería impedir que la ley, que contravenga formal o materialmente a la Constitución, entre en vigor, o bien que se modifique y pase de nuevo a discusión”.¹⁸⁹

La misma jurista le atribuye que el control se lleva por un órgano distinto al de los poderes legislativo, Ejecutivo o Judicial, la solicitud se realiza por otro órgano del Estado y no tiene la naturaleza de procedimiento contencioso.¹⁹⁰

La doctrina jurídica está de acuerdo que el Poder Legislativo es el menos indicado para realizar un control de este tipo por dos razones: i) incluso cuando el Poder Legislativo, al menos en México, se deposita en dos cámaras de representantes, puede estar viciado y no apreciar la inconstitucionalidad desde su óptica. Esto es, el mejor observador es el *auditor externo*, y ii) ya que este órgano del Estado actuaría como juez y parte en la resolución de la constitucionalidad de una ley.

En este sentido, Kelsen señala:

“Sería ingenuidad política contar con que el Parlamento anularía una ley votada por él en razón de que otra instancia la hubiera declarado inconstitucional. El órgano legislativo se considera en la realidad como un libre

¹⁸⁷ Tamayo y Salmorán, Rolando, *Introducción al Estudio...*, cit., p. 224.

¹⁸⁸ Mauro Cappelletti, *La justicia constitucional...*, cit., p. 31.

¹⁸⁹ Huerta, Carla, *Mecanismos constitucionales...*, cit., p. 161.

¹⁹⁰ Huerta, Carla, “El control de la constitucionalidad, análisis del artículo 105 constitucional”, *Boletín Mexicano de Derecho Comparado*, México, número 93, 1998, visible en: <https://revistas.juridicas.unam.mx/index.php/derecho-comparado/issue/view/102>, (9 de agosto de 2019).

creador del derecho y no como un órgano de aplicación el derecho vinculado a la Constitución, no obstante que lo está, teóricamente, bien que en una medida relativamente reducida.”¹⁹¹

En el caso de México, existió en su momento el órgano político de control de la constitución creado por las Sietes Leyes Constitucionales del 29 de diciembre de 1836, cuya cualidad determinante fue, en palabras de Ignacio Burgoa “la creación de un poder verdaderamente desorbitado llamado el <Supremo Poder Conservador>”.¹⁹²

Tal como lo señala Burgoa, este medio de control de la constitucionalidad política guarda algunas similitudes con el Juicio de Amparo debido a que son “medios de protección de un orden jurídico superior” ¹⁹³, sin embargo presentan marcadas diferencias, porque si bien el Supremo Poder Conservador podía tener efectos *erga omnes* “es patente la ausencia del agraviado, la carencia absoluta de la relación procesal”¹⁹⁴ y en especial el control de realiza por un órgano político.

El Supremo Poder Conservador, era árbitro de los tres Poderes de acuerdo con las Bases Orgánicas o la Constitución de las Siete Leyes.¹⁹⁵

Así, el artículo 4 de las citadas Base que expresaba:

“4° El ejercicio del supremo poder nacional continuará dividido en legislativo, ejecutivo y judicial, que no podrán reunirse en ningún caso ni por ningún pretexto. Se establecerá además un árbitro suficiente para que ninguno de los tres pueda traspasar el límite de sus atribuciones.”¹⁹⁶

2.5.1.2. Órgano judicial

¹⁹¹ Kelsen, Hans, *La garantía jurisdiccional...*, cit., p. 52.

¹⁹² Ignacio Burgoa, *El Juicio de Amparo*, 41ª edición, México, Porrúa, 2005, p. 106.

¹⁹³ *Ibidem*, p. 108.

¹⁹⁴ *Ibidem*, p. 108.

¹⁹⁵ Tena Ramírez, Felipe, *Leyes fundamentales de México 1808-1994*, decimoctava edición, México, editorial Porrúa, 1994, p. 202.

¹⁹⁶ *Ibidem*, p. 203.

A diferencia del control vía órgano político que encuentra su fundamento en la doctrina francesa del pacto social depositando la representatividad en el poder legislativo, al constituirse en el representante del pueblo, tiene prioridad sobre el poder judicial y no debe intervenir en el control de las leyes del primero, el control vía jurisdiccional encuentra su filosofía en el principio de equilibrio de poder o *check and balances* estadounidense.¹⁹⁷

De acuerdo con Humberto Suárez Camacho la diferencia con el control judicial con otro tipo de controles como el político es que:

“A diferencia del control político, cuya realización es voluntaria, al no existir obligación de realizarlo, pues depende de criterios de oportunidad y conveniencia, y es llevado a cabo por órganos no especializados, el control jurisdiccional depende de la individualización de la norma jurídica que resulte aplicable al caso y es de realización obligatoria, por un órgano técnico, imparcial e independiente vinculado por la garantía de petición de justicia.”¹⁹⁸

De acuerdo con Gamas Torruco, los medios jurídicos de control son: “el juicio de amparo, las controversias constitucionales, las acciones de inconstitucionalidad, el juicio para la protección de los derechos político y el juicio de impugnación de actos o declaraciones de las autoridades electorales de los estados”.¹⁹⁹

En el capítulo anterior se expresó que existen vestigios de la idea de supremacía de la constitución en civilizaciones antiguas como la griega, para ir evolucionando hasta llegar a la *judicial review* en colonias y lograr su consolidación en los Estados Unidos de América.

El control de la constitucionalidad vía jurisdiccional actúa de forma posterior a la irregularidad de un acto y su fin es dejar sin efecto la ley disconforme con el orden constitucional o privarla de validez para el caso concreto. Es decir, es una acción correctiva para dejar sin efectos objetivos al acto tildado de ilegal.

¹⁹⁷ Mauro Cappelletti, *La justicia constitucional...*, cit., p. 84.

¹⁹⁸ Suárez Camacho, Humberto, *El sistema de control constitucional mexicano*, editorial Porrúa, México, 2007, pp. 145-146.

¹⁹⁹ Gamas Torruco, José, *Derecho constitucional mexicano. op. cit.*, p. 960.

Ahora bien, independientemente de las razones que se han esgrimido por la doctrina constitucional para justificar la intervención del poder judicial en el control de la constitucionalidad, existen algunos temas que versan sobre la preparación de los jueces en su capacidad interpretativa y argumentativa, las cuales van más allá de las pretensiones de este trabajo, sin embargo, podemos manifestar tres razones generales en torno a este tema, a saber:

- La política; al conferir al Poder Judicial la última voz o la facultad de interpretar la constitución, se logra un equilibrio frente al Legislativo que crea las leyes y al Ejecutivo (que además de crear normas generales) las ejecuta;
- La histórica; debido al papel que han jugado los jueces en el *common law*, en donde han tenido la función normal interpretar y aplicar el derecho,²⁰⁰ en donde se encuentran ejemplos célebres como el del Sir Edward Coke y el *Justice Marshall*.

Cabe insistir que es en la *judicial review* donde surge la consolidación de la supremacía de la constitución sobre cualquier acto de autoridad. Por tanto, es la propia defensa de la misma por parte de los jueces, en donde se han configurado el alcance de la competencia del Poder Judicial respecto a la norma suprema y los otros órganos del Estado, y

- La competencial; tal como se señaló en el capítulo anterior, el fallo del *Justice Marshall* derivó, entre otros principios, en el consistente en que “el poder judicial conoce de todas las controversias que puedan plantearse en ocasión de la aplicación del derecho”²⁰¹, en ese sentido, la constitución, al ser norma, se dice y aplica por los jueces. Efectivamente, tal como lo afirma Rolando Tamayo, “cuando aparece la Constitución escrita [...] ésta es interpretada y aplicada por los tribunales puesto que corresponde naturalmente a la jurisdicción determinar cuál es el derecho [...]”²⁰².

²⁰⁰ Tamayo y Salmorán, Rolando, *Introducción al Estudio...*, cit., p. 225.

²⁰¹ *Ibidem*, p. 239.

²⁰² *Ibidem*, p. 225.

Como se advierte, esa facultad otorgada al poder judicial de interpretar las leyes se justifica por sus aspectos políticos, históricos y competenciales.

2.5.2. Atendiendo al tribunal que conoce del órgano judicial

Este criterio de clasificación atiende al aspecto cualitativo y cuantitativo de los tribunales que resuelven sobre la constitucionalidad de los actos. Se puede expresar que existe una competencia que otorga la facultad al poder judicial para cuidar que los actos de cualquier autoridad, sea ejecutiva, legislativa o judicial, se ajusten a la Constitución.

La susodicha facultad puede ser difusa o dispersa en cuanto que es conferida a cualquier juzgador u operador jurídico sin importar su jerarquía o materia. Por otro lado, puede ser concentrada o centralizada, cuando se concede a un segmento del poder judicial, en ambos casos surge del elemento pueblo en términos del artículo 39 de la CPEUM, pero toma diferentes direcciones en los órganos del Estado al dotarlos de poder.

La facultad o competencia de los órganos públicos se otorga, como se dijo anteriormente, por la constitución, y será esta la que determine a quién le corresponderá el control de la constitucionalidad. Luego, la clasificación relativa al órgano del Estado dependerá de que se ejerza dicho control por un órgano político o uno judicial en términos de la Ley Suprema.

2.5.2.1. El sistema difuso

Se está en presencia del control difuso cuando “el poder de control corresponde a todos los órganos judiciales de un ordenamiento jurídico dado, que lo ejercitan

incidentalmente, con ocasión de la decisión de las causas de su competencia”,²⁰³ esto se traduce en que cualquier órgano judicial, sin importar la instancia o su jurisdicción, están dotado de la competencia para dejar de aplicar las leyes o normas generales inconstitucionales en el caso concreto.

Este sistema difuso o americano de control lleva su denominación como resultado de su origen o formación. En efecto, el antecedente del control difuso de la constitucionalidad se encuentra en los Estados Unidos de América y su tradición judicial referente a que los jueces tienen la facultad de decir y aplicar el derecho, independientemente de la norma de que se trate. Ejemplo de esta clase de control se encuentra en el artículo 133 de la CPEUM antes analizado pero con variantes.

La lógica utilizada en este sistema, en palabras de Mauro Cappelletti, pareciera del todo sencilla: El juez está facultado para resolver conflictos normativos aplicando el principio *lex superior derogat lege inferiori*. La Constitución (como norma) puede entrar en conflictos normativos respecto a leyes inferiores. Por lo que, el juez al resolver conflictos normativos entre Constitución y normas inferiores debe aplicar el principio “*lex superior derogat lege inferiori*”.²⁰⁴ Esto significa que, cuando existe un conflicto entre la constitución y la norma inferior, debe prevalecer la primera.

No obstante, este tipo de control difuso puede generar ciertas dificultades, las cuales se traducen en cierta discrepancia o falta de uniformidad entre los distintos jueces, superiores o inferiores, federales o estatales, en los diversos criterios adoptados para dejar de aplicar o desaplicar una norma por considerarla inconstitucional. Problema que se resuelve en cierto grado en el sistema de fuentes vía la jurisprudencia.

Efectivamente, en la basta pluriculturalidad que tiene un país como México, pueden existir decisiones contradictorias entre un juez del Estado de Chihuahua y otro de la Ciudad de México. Verbigracia, hay un riesgo inevitable que para el primero la ley civil que aprueba la adopción por parejas del mismo sexo sea inconstitucional, en tanto que para el segundo no lo sea apeguándose a la interpretación realizada a los

²⁰³ Mauro Cappelletti, *La justicia constitucional...*, cit., p. 60.

²⁰⁴ *Ibidem*, p. 67.

artículos 1 y 4 de los CPEUM en correlación con el criterio jurisprudencial 2013531 relativo al derecho a la vida familiar de las parejas del mismo sexo.

Es por ello que, en países europeos hayan optado por otro sistema en donde la revisión de la constitucionalidad de una ley recaiga en un solo órgano y no así en varios.

2.5.2.2. El sistema concentrado

En este control de la constitucionalidad la competencia se atribuye a un órgano judicial solamente, esto es, se concentra la fiscalización de las leyes en un tribunal o juzgado el cual tiene la mayor jerarquía.

El diseño del control concentrado tiene su origen en la Constitución austriaca del 1 de octubre de 1920, a eso debe su denominación y dentro de los padres de este texto normativo se encuentra Hans Kelsen.

Como lo expresa Fix-Zamudio, este sistema denominado austriaco, surgió en la primera posguerra y fue

“orientado en el sentido de establecer un tribunal constitucional especializado, al cual debía atribuirse de manera exclusiva el conocimiento de decisión de las cuestiones constitucionales, es decir, el Tribunal o Corte Constitucional que fue implantado en las Cartas Fundamentales de Austria y Checoslovaquia.”²⁰⁵

Dicho control fue una respuesta al riesgo de la incertidumbre del control difuso americano, por lo que era indispensable crear un órgano análogo a la *Supreme Court* estadounidense para confiarle la compleja tarea del control de la

²⁰⁵ Fix-Zamudio, Héctor, *Los tribunales constitucionales y los derechos humanos*, México, Universidad Nacional Autónoma de México, Dirección General de Publicaciones, 1980, p. 21, visible en: <https://biblio.juridicas.unam.mx/bjv/detalle-libro/823-los-tribunales-constitucionales-y-los-derechos-humanos>, (11 de agosto de 2019).

constitucionalidad.²⁰⁶ Por estos motivos, encontramos en países europeos a partir de la segunda posguerra el:

“restablecimiento de la Corte Constitucional austriaca a partir de 1945, [y además] se crearon de acuerdo con el modelo kelseniano o continental europeo, cortes o tribunales constitucionales especializados en Italia (1948); República Federal de Alemania (1949); la antigua Yugoslavia (1963-1974), Portugal (1976-1982), España (1978); Turquía (1952-1961-1982); Bélgica, con el nombre peculiar de Tribunal de Arbitraje (1980-1989) [...].²⁰⁷

Francisco Fernández Segado señala que si bien la influencia del llamado modelo austríaco-kelseniano tuvo una gran influencia después de la segunda guerra mundial en los países de habla hispana, también:

“la preponderante influencia del control jurisdiccional de tipo norteamericano ha propiciado que, [...] los ordenamientos iberoamericanos hayan conservado, simultánea o paralelamente, la facultada de los jueces ordinarios, o e algunos de ellos al menos, de decidir con efectos ordinarios, esto es, *inter partes* sobre la constitucionalidad de las disposiciones legislativas en los casos concretos que han de conocer [...]”²⁰⁸

Para Mauro Cappelletti, la base filosófica del sistema difuso difiere del concentrado en cuanto que en el segundo vale más la doctrina de la supremacía constitucional, pero con una división de poderes “pura”, ya que se confiere a los jueces la facultad de no aplicar la ley, más no de eliminarla del sistema jurídico, puesto que esto implicaría una clara invasión en las facultades de poder Legislativo o Ejecutivo.²⁰⁹ Sin embargo, esto no es del todo absoluto debido a que en la última instancia en donde se resuelve la inconstitucionalidad de una ley, la Suprema Corte de ese país de América del Norte, la resolución que se adopte asume el carácter de *stare*

²⁰⁶ Mauro Cappelletti, *La justicia constitucional...*, cit., p. 73.

²⁰⁷ Fix-Zamudio, Héctor, *Estudio de la Defensa de la Constitución...*, cit., p. 7.

²⁰⁸ Fernández Sesgado, Francisco, “La jurisdicción constitucional en América latina” en Ferrer MacGregor, Eduardo (coord.), *Derecho Procesal Constitucional*, 4ª edición, México, Editorial Porrúa-Colegio de Secretarios de la Suprema Corte de Justicia de la Nación, A.C., 2003, t.1., p. 151.

²⁰⁹ Mauro Cappelletti, *La justicia constitucional...*, cit., p. 74.

decisis, lo que implica para efectos prácticos que la norma si bien se vigente, deje de ser positiva.

2.5.3. Atendiendo a la acción que se ejercita (modal)

Este tipo de clasificación se refiere a la forma en que el órgano jurisdiccional puede llegar a conocer del acto inconstitucional, esto es, la vía por la cual se lleva ante el juez el acto que se considera contrario a la Ley Suprema. En estos términos existen dos vías; la incidental y la principal (excepción y acción). Cabe señalar que atendiendo a la forma en que se lleva la acción, se advierte una diferencia entre los llamados sistemas americano y austriaco o europeo.

2.5.3.1. Vía incidental

En el sistema americano la vía es incidental puesto que conoce cualquier órgano judicial pero solo “en el curso y con ocasión de un <case or controversy> o sea de un concreto proceso común”²¹⁰, y siempre que la ley sea relevante para el caso concreto. Esta variante en el control de la constitucionalidad vía jurisdiccional deriva de otra, la del control difuso, dado que es facultad de todo juez, civil, penal o administrativo, decir el derecho. Luego, en los asuntos de su competencia pueden surgir situaciones incidentales que aquellos deben resolver, dentro de esto decir lo que expresa el enunciado jurídico constitucional.

Se plantea el siguiente caso hipotético: Una pareja de sexo femenino y que dicen ser concubinas, tienen un hijo en común. Sin embargo, se separan y ambas desean la guardia y custodia del menor por lo que llevan el asunto a dirimirse en juicio. En su demanda la madre biológica alega mejor derecho frente a la que fue su pareja

²¹⁰ *Ibidem*, p. 88.

puesto que ella lo concibió. El juez de lo familiar le concede la custodia ya que además de esta razón, considera que no existe vínculo familiar alguno entre la madre no biológica y el menor hijo en términos de la legislación civil.

Para tales efectos la parte afectada alega la inconstitucionalidad de la legislación civil puesto que el concepto familia expresado ahí es restrictivo y vulnera sus derechos de igualdad y el de libertad para efectos de tener una familia. En este supuesto se busca el control de la constitucional vía incidental, ya que la acción principal que se lleva ante el juez es de naturaleza civil, y la incidental o inconstitucional controvierte el contenido de la ley civil en cuestión porque su constitucionalidad es relevante para resolver el juicio sobre la guardia y custodia.

2.5.3.2. Vía principal

En la vía principal existe un “ex profeso y autónomo proceso constitucional instaurado *ad hoc* con ex profesa acción”,²¹¹ es decir, el juicio sobre la constitucionalidad de una ley se lleva de forma independiente a cualquier proceso y no necesariamente tiene que existir la relación entre la norma inconstitucional y la resolución de un caso concreto de una materia ordinaria.

Esta manera de accionar ante un juez constitucional deriva de la naturaleza del sistema austriaco o europeo, que concentra en un solo órgano las facultades para conocer sobre la constitucionalidad de una ley, así, existe un juicio independiente ante ese órgano judicial y que no fue remitido en razón de otro juicio civil, familiar, penal, etc.

El supuesto que ayuda a describir esta variante del control vía jurisdiccional es la acción de inconstitucionalidad regulada por el artículo 105, fracción II de la CPEUM, en materia de acciones de inconstitucionalidad ejercida por minorías parlamentarias, el Ejecutivo federal, partidos políticos, la Comisión Nacional de Derechos Humanos, el Instituto Nacional de Transparencia y la Fiscalía General de

²¹¹ *Idem.*

la República, puesto que es un medio de control concentrado y en vía principal (acción) por el que se conoce de la contradicción entre una norma de carácter general y la constitución.

En este procedimiento, dicha acción se presenta ante la Suprema Corte de la Justicia de la Nación de forma directa y autónoma ya que no existe ningún procedimiento ordinario o paralelo al de la vía principal. Para tal efecto se faculta a diversos órganos políticos para fungir como sujeto activo de la acción como pueden ser los órganos legislativo o ejecutivo.

Finalmente, se expresa la ventaja y desventaja que representa la vía principal como control de constitucionalidad de leyes frente a la vía incidental. La primera ventaja es que la interferencia del poder judicial en la ley emitida por el legislativo, únicamente es de forma accidental y se ajusta al caso concreto, descartando así la generación de inseguridad jurídica por las relaciones jurídicas afectadas.

Además, algunas leyes que pudieran ser inconstitucionales, pero al no estar relacionadas con un juicio ordinario ni ser determinantes para la solución de la controversia, no pueden ser sujetas del control de la constitucional.

En cuanto a las desventajas, destaca que al facultarse a distintos órganos políticos en interposición de acción se puede llegar al problema de politizar la justicia en razón de que se da juego al Poder Judicial para emitir opiniones sobre directrices políticas.²¹²

2.5.4. Atendiendo a los efectos de la resolución

En esta clasificación del control vía acción de la constitucionalidad de las leyes se revisarán los opuestos que tienen los efectos de la resolución del sistema americano

²¹² *Ibidem*, p. 97.

y europeo, a saber; efectos declarativos y constitutivos, retroactivos y pro futuro, e *inter partes* y *erga omnes*.

2.5.4.1. Efectos declarativos y constitutivos de la nulidad

En los efectos declarativos del sistema americano, una ley o norma general “en cuanto contraria a una *norma superior*, es considerada *absolutamente nula* [...] y por eso ineficaz; de donde el juez que ejercita el poder del control, no anula, sino meramente *declara una (preexistente) nulidad* de la ley inconstitucional”.²¹³ Esto es, la función del órgano judicial consiste en pronunciarse en el sentido de que una norma siempre fue inconstitucional por lo que al operador jurídico únicamente le corresponde expresarlo en razón de su función de decir el derecho.

Los efectos declarativos del sistema estadounidense buscan mantener el principio de división de poderes y así evitar una posible invasión de competencia del Judicial en el Legislativo. La declaración de inconstitucionalidad implica señalar que una norma emitida por el Legislativo adolecía de validez en razón a ser disconforme frente a la Ley Címera, mas no determinar o decretar la nulidad. Como resultado, se esquiva así una interferencia entre poderes al adoptar la máxima consistente en que no se deja sin validez una ley o un acto del órgano Legislativo que nunca existió.

El sistema europeo es marcadamente opuesto al visto con antelación ya que no se “declara una nulidad, sino *anula, casa* [...] una ley que, hasta el momento en el cual la pronunciación de la Corte no sea publicada, es *válida* y *eficaz* aun cuando inconstitucional.”²¹⁴, es decir, la anulabilidad se constituye, funda o establece por el órgano judicial. La norma tiene vida en el sistema jurídico e incluso da sus primeros pasos en él generando relaciones jurídicas, sin embargo, con posterioridad es eliminada del sistema debido a ser contradictoria con alguna proposición constitucional. A través de este sistema se pudiera decir que sí existe una

²¹³ *Ibidem*, p. 100.

²¹⁴ *Idem*.

intervención del Poder Judicial en el Legislativo puesto que se expulsa una ley que existe, sin embargo, en términos de Kelsen, la naturaleza de las funciones que ejerce el órgano judicial no es propiamente una función jurisdiccional, ya que “anular una ley equivale a establecer una norma general, puesto que la anulación de una ley tiene el mismo carácter de generalidad que su confección”, luego tiene un carácter de legislador negativo que se justifica en términos de la función del equilibrio constitucional.

2.5.4.2. Efectos *ex nunc* y *ex tunc*

El sistema americano, al tener efectos declarativos, esto es, que la nulidad fue preexistente al pronunciamiento del órgano judicial por lo que este solo lo manifestó o lo hace público, tiene efecto *ex tunc* o de forma retroactiva, ya que la norma no tuvo existencia en el ordenamiento jurídico.

El sistema austriaco, por su parte, “la pronunciación de la inconstitucionalidad opera *ex nunc* o directamente, *pro futuro*, siendo excluida por el contrario una retroactividad de la eficacia de la anulación.”²¹⁵

Relacionado con la anulación, “la Corte constitucional austriaca tiene, además, el poder discrecional de disponer que el anulamiento de la ley opere solamente a partir de una determinada fecha *sucesiva* da la publicación [...] de su publicación [...]”²¹⁶

2.5.5. Efectos *inter partes* y *erga omnes*

En el sistema estadounidense “la regla fundamental es que el juez debe limitarse a *no aplicar la ley inconstitucional en el caso concreto*”. Esto significa que sus efectos

²¹⁵ *Idem.*

²¹⁶ *Idem.*

se limitan al caso concreto que se resuelve. Es *inter partes* porque únicamente tiene impacto en la esfera jurídica de las partes en ese proceso específico.

Por lo que hace al europeo, los efectos del pronunciamiento de la inconstitucionalidad de una ley son *erga omnes*, lo que significa que “una vez dictada la resolución de inconstitucionalidad es quitada de en medio para todos, del mismo modo como si hubiera sido abrogada por una posterior”. En este sentido, los efectos de la resolución afectan incluso la esfera jurídica de las personas que no intervienen en el juicio en el que se sigue el asunto en cuestión.

Más adelante, en el capítulo siguiente, nos ocuparemos con mayor profundidad, de este argumento.

Cabe señalar que en la actualidad es difícil encontrar un sistema jurídico que adopte de manera pura uno de los dos sistemas antes descritos, ya que el componente híbrido es latente por cuestiones prácticas o fácticas. Así, como se mencionó líneas arriba el efecto *inter partes* del sistema americano ha adoptado cierto esquema del austriaco a través de la *stare decisis* que existe respecto al pronunciamiento de la Suprema Corte de Justicia estadounidense. Pero también en el sistema europeo se actualiza el corte ecléctico en la negativa de retroactividad en los efectos de la resolución de inconstitucionalidad. Efectivamente, con las reformas a la constitución austriaca de 1929, se estipuló que cuando el caso es conocido por la Corte Constitucional vía incidental y la resolución puede afectar “limitadamente al caso concreto, en ocasión de la cual haya surgido >en la vía de excepción< la cuestión de constitucionalidad [...]”²¹⁷

En estos términos, corresponde ver cómo han decantado estos elementos de los dos sistemas del control de la constitucionalidad en el ordenamiento jurídico mexicano para formar un sistema mixto que incluye cualidades de ambos.

2.6. El control de la constitucionalidad jurisdiccional en México

²¹⁷ *Ibidem*, p. 104.

México, como muchos países de América Latina, ha adoptado características tanto del sistema estadounidense como el austriaco, por estas razones se considera su control de la constitucionalidad como mixto o híbrido. Efectivamente, los distintos medios de defensa de la constitución contienen elementos de cada uno de aquellos como se expone a continuación.

En cuanto hace al órgano que conoce del control de la constitucionalidad de las leyes, se puede señalar que si bien en México tiene un ordenamiento jurídico en donde la defensa de la constitución se ejerce por órgano judicial, porque la Suprema Corte de Justicia de la Nación conoce en juicio de la controversia constitucional y de la acción de inconstitucionalidad de las normas generales a instancia de un órgano político, en términos del artículo 105, fracción I y II de la CPEUM, además como del control de constitucionalidad por normas generales o actos, en términos del artículo 103, fracciones I, II y III de la CPEUM. Por consiguiente, se introducen elementos del control por órgano político debido a que ejercicio de la excitativa para iniciar un procedimiento, en algunos casos, no deriva de un particular sino de un órgano público.

En el ámbito del control vía judicial, en México existe una fusión del sistema americano y el europeo puesto que la facultad para revisar la constitucionalidad de las normas recae sobre diversos tribunales del Poder Judicial de la Federación y no solo sobre un órgano *ex profeso* como pudiera ser la SCJN. Efectivamente, conforme al artículo 94, párrafos primero y décimo, 103 de la CPEUM corresponde a dichos tribunales conocer del Juicio de Amparo sobre normas generales, actos u omisiones de la autoridad, así como cuando exista invasión de competencia, que violen los derechos humanos reconocidos y las garantías otorgadas por la Constitución. Sin embargo, no ocurre lo mismo que en el sistema americano en donde cualquier juez tiene la facultad para pronunciarse sobre la constitucionalidad de una norma, sino únicamente los depositarios del Poder Judicial de la Federación.

En lo referente a la acción que se ejercita en el ordenamiento jurídico mexicano se puede impugnar la constitucionalidad de una norma vía principal o incidental, puesto que existe la posibilidad de acudir ante el órgano judicial directamente a través de

algunos medios como la acción de constitucionalidad o la controversia constitucional, o en su caso en un juicio de amparo que dirime una cuestión de constitucionalidad respecto de la norma que aplica al caso concreto.

CAPÍTULO TERCERO. ANÁLISIS DE LOS CONTROLES DE CONSTITUCIONALIDAD VÍA ACCIÓN EN CUANTO A SUS EFECTOS ERGA OMNES

En este capítulo se describirán brevemente las garantías constitucionales vía acción jurisdiccional en el sistema jurídico mexicano que pueden actualizar los efectos generales con motivo de sus resoluciones, a saber: Controversia Constitucional, la Acción de Inconstitucionalidad y el Juicio de Amparo.

En el capítulo se propone describir de forma breve los antecedentes y regulación de los mecanismos procesales de defensa de la Constitución, ya que las especificidades de cada constituye sólo parcialmente es el objeto de estudio del presente trabajo, lo que sí interesa de forma inmediata es el estudio de la naturaleza y de los efectos *erga omnes* de dichas garantías.

3.1. Controversia Constitucional

Tal como lo señala Héctor Fix-Zamudio esta garantía constitucional encuentra su antecedente inmediato en el artículo III, sección 2 de la Constitución Federal de los Estados Unidos de América.²¹⁸

Ese enunciado jurídico señala como supuesto para conocer, por parte del Poder Judicial de la Federación de ese país, las controversias que se presenten entre dos o más Estados, así como entre un Estado y los ciudadanos de otro, y entre ciudadanos de Estados diferentes.

De acuerdo con Suárez Camacho la controversia constitucional:

[...] es un medio de control concreto, que se puede convertir en abstracto, en el que se plantea la invasión de competencias constitucionales, por ello el actor

²¹⁸ Fix-Zamudio, Héctor, *Estudio de la Defensa de la Constitución...*, cit., p. 220.

debe tener interés legítimo que se traduce en la titularidad de la facultad competencial afectada [...] Puede plantearse contra normas o actos concretos respecto de su constitucionalidad. En principio, busca dar unidad y cohesión a los diferentes órdenes jurídicos parciales en cuanto a las relaciones de los poderes u órganos que los conforman, al existir en la Constitución facultades explícitas e implícitas que pueden ser interpretadas de manera errónea.”²¹⁹

En México en el texto original del artículo 105 de la Constitución de 1917 se señaló que correspondía a la Suprema Corte de Justicia de la Nación la facultad para

“conocer de las controversias que se susciten entre dos o más Estados, entre los Poderes de un mismo Estado sobre la constitucionalidad de sus actos, y de los conflictos entre la Federación y uno o más Estados, así como aquellas en que la federación fuese parte”.²²⁰

A pesar de la regulación de dicho control, en su nacimiento las diferencias de carácter jurídico que pudieran haberse resuelto por ese medio de defensa de la Constitución, se dirimieron por mecanismos políticos más que jurídicos, por lo que el Máximo Tribunal tuvo poco conocimiento de conflictos de esta naturaleza. Fue a partir de las reformas sustanciales de diciembre de 1994, en donde se regularon nuevos conflictos competenciales para resolverse a través de las controversias constitucionales, que cobró relevancia.²²¹

Así también lo deja ver Daniel Márquez Gómez, ya que a partir²²²

“de la década de los noventa se otorgaron facultades claras al Poder Judicial de la Federación para ser un efectivo guardián de la Constitución. Así, en el

²¹⁹ Suárez Camacho, Humberto, *El sistema de control constitucional mexicano*, editorial Porrúa, México, 2007, pp. 156.

²²⁰ Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos, visible en: http://www.diputados.gob.mx/LeyesBiblio/ref/cpeum/CPEUM_orig_05feb1917_ima.pdf, (23 de enero de 2018).

²²¹ Fix-Zamudio, Héctor, *Estudio de la Defensa de la Constitución*, pp. 73-74.

²²² Márquez Gómez, Daniel, “Comentario del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la Universidad Nacional de México. Justiciabilidad de las Cuestiones políticas. La acción de inconstitucionalidad 165/2007.” *Decisiones relevantes de la Suprema Corte de la Nación. Solución de cuestiones políticas por el Senado de la República*, México, Primera edición, Instituto de Investigaciones Jurídicas-Suprema Corte de Justicia de la Nación, p. 107.

artículo 105, fracciones I y II [...] se plasmaron las controversias constitucionales entre órganos del poder y las acciones de inconstitucionalidad, que tengan por objeto plantear la posible contradicción entre una norma general y la Constitución.”

José Ramón Cossío Díaz expresa que parte de los motivos para llevar a cabo la reforma presentada el 5 de diciembre de 1994 respecto a las controversias constitucionales era “la necesidad de alcanzar un renovado federalismo hacía necesario encontrar las vías adecuadas para resolver los conflictos que con la nueva dinámica se pudieran suscitar [...] también respecto a la división de poderes”.²²³

Ahora bien, el artículo 105 vigente de la CPEUM señala como supuestos para que conozca la Suprema Corte de Justicia de la Nación los conflictos competenciales que se pueden presentar entre:

- Los tres niveles de gobierno;
- Poder Ejecutivo y Legislativo;
- Una entidad federativa y otra;
- Dos municipios de diversos Estados;
- Dos Poderes de una misma entidad federativa, sobre la constitucionalidad de sus actos o disposiciones generales;
- Un Estado y uno de sus municipios, sobre la constitucionalidad de sus actos o disposiciones generales;
- Una entidad federativa y un Municipio de otra o una demarcación territorial de la Ciudad de México, sobre la constitucionalidad de sus actos o disposiciones generales,

²²³ Cossío Díaz, José Ramón, *Sistemas y modelos de control constitucional en México*, México, UNAM, Instituto de Investigaciones Jurídicas, 2013, p. 108, visible en: <https://biblio.juridicas.unam.mx/bjv/detalle-libro/3387-sistemas-y-modelos-de-control-constitucional-en-mexico-2a-ed>, (10 de agosto de 2019).

- Dos órganos constitucionales autónomos, y entre uno de éstos y el Poder Ejecutivo de la Unión o el Congreso de la Unión sobre la constitucionalidad de sus actos o disposiciones generales.

En el Capítulo Primero del presente trabajo se señaló que la Constitución es una norma que dota de competencia a los órganos del Estado, esto es, otorga facultades a los órganos estatales para la generación de otros actos o normas que integran una unidad o sistema jurídico. Luego, los supuestos que actualizan la Controversia Constitucional son la invasión de competencias entre poderes públicos por actos contrarios a la norma que los condiciona, por lo que esos actos serían inválidos en el sistema jurídico mexicano ya que va más allá de lo que expresa el acto previo y condicionante, que en este caso sería la norma fundamental.

Se puede concluir entonces que la Controversia Constitucional es una garantía de la constitucionalidad vía acción cuyo objeto es resolver la indeterminación de competencia que puede existir entre los órganos del estado al momento de emitir los actos que le atribuye la Constitución (norma condicionante suprema).

Cabe hacer ver que la invalidez de la norma o acto en este caso se da debido a su aspecto formal, es decir, atendiendo únicamente al órgano que la emite porque no está facultado por la norma suprema para hacerlo. Luego, la revisión que realice el Tribunal Constitucional no necesariamente entra al estudio del contenido material de la norma. No se determina si es la proposición “A” o “B”, por tanto, se puede adelantar que no existe un conflicto normativo material sino propiamente competencial o formal (el procedimiento de creación de normas).

Cuando existe un conflicto, por ejemplo, entre un Órgano Constitucional autónomo y el Congreso de la Unión, sobre la regulación de una materia a través de normas generales, se traduce en una indeterminación del órgano competente para generar ese acto. Debido a esa indeterminación competencial, el Tribunal Constitucional aplica el principio de no contradicción en el sentido de que, si el Órgano Constitucional Autónomo es competente para regular una materia, entonces no puede ser competente en el mismo rubro el Congreso de la Unión (situación aparte es tratándose de facultades concurrentes), esto es, la proposición A (el Órgano

Constitucional Autónomo es competente) no puede ser al mismo tiempo válida o inválida.

En la Ley Reglamentaria de las Fracciones I y II del Artículo 105 de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos (en adelante Ley Reglamentaria del Artículo 105), la Controversia Constitucional tiene la naturaleza de una relación jurídica procesal, toda vez que se dirime en forma de juicio, existe una *litis* entre las partes en el conflicto competencial y ambas están facultadas para instar, probar y alegar sobre la competencia materia de la controversia.

Lo anterior se advierte de las etapas de la controversia que esencialmente son la demanda, contestación, instrucción, alegatos y sentencia. Adicionalmente participan otras cuestiones incidentales que resuelven la representación de las partes, la suspensión del acto impugnado e incidentes de trámite.

Por lo que hace a las partes en juicio, el artículo 10 de ese ordenamiento jurídico señala i) al actor (entidad, poder y órgano que promueva la controversia), ii) el demandado (la entidad, poder u órgano que hubiere emitido y promulgado la norma general o pronunciado el acto), iii) el tercero interesado y el iv) Procurador General de la República.

Los plazos para la interposición de esta garantía constitucional están regulados por el artículo 21 de la Ley Reglamentaria en cuestión, señalando para actos y normas generales, treinta días a partir de que surta efectos la notificación o la fecha de su publicación, respectivamente, señalando así un límite temporal que evite la generación de relaciones jurídicas indeterminadas con base en un acto que puede ser declarado inválido.

Ahora bien, los efectos de la resolución de la Controversia como regla general son *inter partes* ya que el texto constitucional señala las condiciones para que la misma tenga efectos *erga omnes*, a saber:

- a. *En cuanto a la concurrencia del actor y demandado:*

Las relaciones están delimitadas por el papel que juegan las autoridades impulsando la acción de protección constitucional o reaccionando frente a esa solicitud de tutela, como se menciona en el cuadro siguiente:

ACTOR	DEMANDADO
Federación	Entidades federativas, Municipios o de las demarcaciones territoriales de la Ciudad de México
Entidades Federativas (comprendida la CDMX)	Municipios o de las demarcaciones territoriales de la Ciudad de México
Poder Ejecutivo y Legislativo Federales	Poder Legislativo y Ejecutivo Federales, respectivamente.
Poderes locales	Poderes locales

- b. *En relación con la materia:* Es indispensable que la *litis* sea sobre invasión de competencias derivadas de disposiciones generales o por actos que vulneren la competencia de los actores emitidas por los órganos señalados en la columna de demandados.

Por disposiciones generales en este rubro se entienden las normas generales que reúnen las características de generalidad, permanencia y abstracción. Así se comprenden: i) Tratados Internacionales, ii) Leyes Federales, iii) las Constituciones y leyes de las Entidades Federativas y el Distrito Federal, iv) lo Reglamentos Federales y Locales, y v) los acuerdos, decretos y todo tipo de resoluciones de carácter general y obligatoria.

Así lo afirma también el Pleno de la Suprema Corte de Justicia de la Nación en el criterio jurisprudencial Tesis: P./J. 84/2004, Registro 180432, al resolver que los Tratados Internacionales son normas que pueden ser consideradas para efectos de la impugnación vía Controversias Constitucionales ya que reúnen las cualidades de generalidad, permanencia y abstracción, como toda disposición general.

Como restricción al control vía Controversias Constitucionales, se encuentra las disposiciones de carácter general de materia electoral en términos de los artículos

105, fracción I y 19, fracción II, sin embargo, dichas disposiciones pueden ser impugnadas vía Acción Inconstitucional como se mencionará abajo.

- c. *En lo referente a un nivel relevante de racionalidad de la sentencia.* La invalidez de la norma será declarada cuando hubiere sido aprobada por una mayoría de por lo menos ocho votos, esto es, se pide una mayoría calificada tratándose de este tipo de acuerdos de invalidez con efectos generales.

En este trabajo se le denomina al “nivel relevante de racionalidad de la sentencia” al aspecto cuantitativo y cualitativo que tiene en cuenta el Tribunal Federal que se pronuncia sobre la invalidez de una norma.

Así, puede existir un nivel de racionalidad adecuado y medianamente relevante, como puede ser tratándose de un tribunal Unitario o un Colegiado, pero en este tipo de resoluciones en donde se resuelven situaciones sobre la constitucionalidad y los efectos de aquellas declaraciones, es indispensable un nivel de racionalidad relevante como acontece en la participación de la Suprema Corte debido a que i) está constituida por 11 miembros, ii) su jerarquía como máximo autoridad en la materia y iii) adicionalmente, para generar una declaratoria general de inconstitucionalidad, se requiere una mayoría calificada de 8 ministros de los 11 integrantes del Pleno de la SCJN. Sin embargo, es un tópico que se desarrollará con mayor amplitud cuando se analice los principios generales de las resoluciones con efectos generales.

De no actualizarse los anteriores supuestos las resoluciones tendrán efectos únicamente respecto de las partes en la controversia en términos del artículo 42, último párrafo de la Ley Reglamentaria de las Fracciones I y II del Artículo 105 de la CPEUM.

El artículo 45 de la Ley Reglamentaria citada, confiere a la Suprema Corte facultades discrecionales para determinar a partir de cuándo producirá sus efectos las sentencias que se emitan, es decir, existe una modulación en el tiempo atendiendo al contexto de la situación (política, económica, social, salubridad, etc.)

y limita la retroactividad de la resolución a la materia penal ajustándose a los principios de esta materia del Derecho.

La resolución de la Controversia constitucional se puede diferenciar de la sentencia del Juicio de Amparo con efectos *inter partes*, ya que en aquella será improcedente la acción cuando la norma o acto que se impugne haya cesado sus efectos debido a que su alcance no es retroactivo. Sin embargo, en este es indispensable que cesen sus efectos de manera absoluta, completa e incondicional, esto es, se restituye al agraviado el pleno goce de sus derechos *incluso con efectos retroactivos*.

En este tenor lo establece el criterio jurisprudencial P./J. 54/2001, Tomo XIII de fecha abril de 2001, página 882, sin que obste hacer la precisión que como lo afirma Rafael Coello Cetina, que la sentencia concesoria contra actos positivos de la autoridad, tiene tanto efectos hacia el pasado o *ex tunc* como hacia el futuro *ex nunc*.²²⁴

Por otro lado, en el ordenamiento jurídico mexicano el sistema de invalidez de la norma por ser contraria a la constitución puede afectar también a otras normas que estén interconectadas con la transgresora, sea de forma jerárquica, horizontal, sistemático y temporal. Por tanto, puede existir una invalidez directa e indirecta. La primera sería el acto que emite el órgano público, como una ley, la norma "A", en tanto que la segunda sería la invalidez de aquellas normas que correlacionan con la norma "A", como pueden ser el reglamento A1. Así lo ha interpretado en Pleno el Máximo Tribunal Constitucional:

“CONTROVERSIAS CONSTITUCIONALES Y ACCIONES DE INCONSTITUCIONALIDAD. CRITERIOS PARA DETERMINAR LA INVALIDEZ INDIRECTA DE LAS NORMAS.”²²⁵

Para declarar la invalidez de una norma jurídica puede acudir al modelo de "invalidación directa", en el

²²⁴ Coello Cetina, Rafael, “Los efectos de las sentencias concesorias contra leyes tributarias”, en Ferrer Mac-Gregor, Eduardo (coord.), *Derecho Procesal Constitucional*, 4ª edición, México, Editorial Porrúa-Colegio de Secretarios de la Suprema Corte de Justicia de la Nación, A.C., 2003, t.1., p. 651.

²²⁵ Tesis: P./J. 53/2010, Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta, Novena Época, Tomo XXXI, Abril de 2010, p. 1564.

cual el órgano constitucional decreta, mediante una resolución, que cierta norma o normas resultan inválidas por transgredir frontalmente el contenido de una norma constitucional o legal. Sin embargo, no es el único modelo, pues existe el de "invalidación indirecta", en el cual la invalidez de una norma o de un grupo de ellas se origina a partir de la extensión de los efectos de la invalidez de otra. Este modelo está previsto en el artículo 41, fracción IV, de la Ley Reglamentaria de las Fracciones I y II del Artículo 105 de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos. La condición necesaria para que se extiendan los efectos de invalidez de una norma declarada inválida es la relación de dependencia de validez entre esta norma y otra u otras del sistema, acorde con los siguientes criterios: a) jerárquico o vertical, según el cual la validez de una norma de rango inferior depende de la validez de otra de rango superior; b) material u horizontal, en el que una norma invalidada afecta a otra de su misma jerarquía debido a que ésta regula alguna cuestión prevista en aquélla, de suerte que la segunda ya no tiene razón de ser; c) sistemático en sentido estricto o de la "remisión expresa", el cual consiste en que el texto de la norma invalidada remite a otras normas, ya sea del mismo ordenamiento o de otro distinto; cuando remite expresamente, su aplicador debe obtener su contenido a partir de la integración de los diversos enunciados normativos que resulten implicados en la relación sistemática; de este modo, la invalidez de la norma se expande sistemáticamente por vía de la integración del enunciado normativo; d) temporal, en el que una norma declarada inválida en su actual vigencia afecta la validez de otra norma creada con anterioridad, pero con efectos hacia el futuro; y, e) de generalidad, en el que una norma general declarada inválida afecta la validez de la norma o normas especiales que de ella se deriven."

Así, el modelo de "invalidez directa" de las normas se puede expresar en los términos siguientes:

Invalidación directa	Una norma o normas son inválidas por violar frontalmente el contenido de una norma constitucional o legal.
----------------------	--

Invalidación indirecta	<p>La invalidez de una norma o de un grupo de ellas deriva de la extensión de los efectos de la invalidez de otra, con los criterios:</p> <p>a) Jerárquico o vertical: la validez de una norma de rango inferior depende de la validez de otra de rango superior; b) Material u horizontal: una norma invalidada afecta a otra de su misma jerarquía debido a que ésta regula alguna cuestión prevista en aquélla, por lo que la segunda no tiene razón de ser; c) Sistemático en sentido estricto o de la "remisión expresa", el cual consiste en que el texto de la norma invalidada remite a otras normas, ya sea del mismo ordenamiento o de otro distinto</p>
------------------------	--

Como se advierte, la invalidez directa e indirecta exige un nivel de racionalidad relevante de tipo cualitativo y cuantitativo superior al que se requiere para la invalidez directa. Por tal motivo la declaración de invalidez con efectos generales demanda un nivel de racionalidad relevante y sin la posibilidad de que exista, como regla general, **la retroactividad de las resoluciones ya que las consecuencias que se pueden generar pueden tener un “efecto dominó” o reacción en cadena.** Amén de las relaciones jurídicas que se creen por distintas normas interconectadas de forma directa.

Por supuesto, esta situación “relación indirecta” es debido a que todas las normas están interconectadas en un sistema jurídico a través de la constitución, sin embargo, la complementariedad puede o no existir, de no tener una relación directa se debe entender que son normas complementarias.

En general, la declaración de invalidez de las sentencias no tendrá efectos retroactivos. Sin embargo, en la materia penal por tratarse del derecho fundamental de la libertad, regirán los principios generales y disposiciones legales aplicables de esta materia. En este caso se advierte que *de forma expresa la CPEUM pondera el derecho humano de la libertad sobre otros como es la seguridad jurídica.*

No pasa desapercibido que las controversias constitucionales adoptan la postura a la que denominaremos “todo o nada” tratándose de los conflictos competenciales que versen sobre disposiciones generales de los Estados o de los Municipios

impugnadas por la Federación, de los Municipios impugnadas por los Estados, o en los casos a que se refieren los incisos c), h) y k) de la fracción I del artículo 105 constitucional. Esto es, si no existe la votación calificada antes señalada el asunto se archiva, pero adoptan la postura intermedia tratándose de cualquier otro caso tal como lo señala el último párrafo del artículo 42 de esa Ley, tendrán efectos *inter partes*.

3.2. Acción de Inconstitucionalidad

Este medio de control de la constitucionalidad no encuentra su antecedente en la Constitución de los Estados Unidos de América, sino como lo menciona Héctor Fix-Zamudio,

“esta institución surgió en el derecho constitucional europeo con el objeto de otorgar a las minorías parlamentarias la posibilidad de impugnar ante los organismos de justicia constitucional (cortes, tribunales constitucionales e inclusive el Consejo Constitucional Francés) las disposiciones legislativas aprobadas por la mayoría”²²⁶

Humberto Suárez Camacho expresa que la regulación de la acción inconstitucionalidad en el artículo 105 constitucional, “muestra que desde su diseño se limitaron varios de los elementos relevantes para que la AI [Acción inconstitucional] fuera utilizada efectivamente como medio de protección de las minorías”.²²⁷

Como lo menciona Alberto Abad Suárez Ávila:

²²⁶ *Estudio de la Defensa de la Constitución...*, cit., 1998, p. 232.

²²⁷ Suárez Ávila, Alberto Abad, “¿Para qué ha servido la acción de inconstitucionalidad (1995-2015)?”, en Ferrer Mac-Gregor, Eduardo Magaña de la Mora, et. al., *Derecho procesal constitucional en perspectiva histórica. A 200 años del Tribunal de Ario de Rosales* (coord.), México, Universidad Nacional Autónoma de México IIJ-Poder Judicial del Estado de Michoacán, 2018, t. 2, p. 327, visible en: <https://biblio.juridicas.unam.mx/bjv/detalle-libro/4737-derecho-procesal-constitucional-en-perspectiva-historica-a-200-anos-del-tribunal-de-ario-de-rosales-t-ii>, (15 de octubre de 2019)

“es un medio de control netamente abstracto, en el que los sujetos legitimados para ello [...] plantean que una norma general atenta contra las normas o principios constitucionales. El actor no debe tener un interés jurídico ni probar su demanda, puesta basta con que se oponga al respecto a la supremacía constitucional [...]”²²⁸

Ahora bien, el artículo 105, fracción II de la CPEUM señala que esta garantía constitucional tiene por objeto plantear la posible contradicción entre una norma de carácter general y la CPEUM, por tanto, se analiza el contenido de la proposición del texto constitucional frente a la interpretación de la norma que deriva de esta y que está condicionada.

Esta garantía constitucional es un control abstracto toda vez que no se requiere la existencia de un agravio directo a persona alguna, como lo expresa Carla Huerta, la legitimación es objetiva,²²⁹ puesto que el objeto que se defiende es la supremacía de la constitución frente a las normas secundarias independientemente de que pueda existir la vulneración de derechos de personas públicas o privadas, por tanto una aproximación a su concepto es entender esta garantía como el control de la constitucionalidad vía acción de carácter abstracto que verifica que las normas secundarias se ajusten a la norma que las condiciona.

Se puede considerar que la protección de los derechos fundamentales es de forma indirecta a través de la protección del derecho humano de la seguridad jurídica ya que si la norma impugnada aún no ha vulnerado la esfera de derechos de una persona, lo que se transgrede entonces en primera instancia es el principio de supremacía constitucional. *Luego, el objeto del principio de supremacía constitucional es proteger el derecho fundamental “secundario” de un Estado de Derecho como es la seguridad jurídica en pro de los derechos primarios como son la vida, autonomía y la igualdad.*

En lo que se refiere a los sujetos legitimados para intentar esta acción de tutela, la acción de inconstitucionalidad se puede juzgar como “antidemocrática” en el sentido

²²⁸ Suárez Camacho, Humberto, *El sistema de control constitucional mexicano, op. cit.*, p. 156.

²²⁹ Huerta Ochoa, Carla, *Mecanismos constitucionales para el control...*, *cit.*, p. 170.

que limita a ciertos órganos públicos el ejercicio de la acción como partes legitimadas, a saber: i) El equivalente al treinta y tres por ciento de los integrantes de la Cámara de Diputados o Senadores del Congreso de la Unión, en contra de leyes federales, y la última también en contra de tratados internacionales celebrados por el Estado Mexicano, ii) el Ejecutivo Federal, en contra de normas generales de carácter federal y de las entidades federativas, iii) el equivalente al treinta y tres por ciento de los integrantes de alguna de las Legislaturas de las entidades federativas en contra de las leyes expedidas por el propio órgano, iv) los partidos políticos en contra de leyes electorales federales o locales, y los partidos políticos con registro en una entidad federativa, exclusivamente en contra de leyes electorales expedidas por la Legislatura de la entidad federativa que les otorgó el registro, v) la Comisión Nacional de los Derechos Humanos, en contra de leyes de carácter federal o de las entidades federativas así como de tratados internacionales, vi) los organismos de protección de los derechos humanos equivalentes en las entidades federativas en contra de leyes expedidas por las Legislaturas, vii) el INAI y los organismos garantes equivalentes en las entidades federativas, y viii) el Fiscal General de la República respecto de leyes federales y de las entidades federativas, en materia penal y procesal penal, así como las relacionadas con el ámbito de sus funciones;

Sin embargo, el origen de la garantía como un medio de defensa de las minorías parlamentarias, la representación de la sociedad a través de sus gobernantes que están legitimados para ejercitar la acción, la falta de un agravio directo para su ejercicio, así como la existencia de un medio de defensa como el Juicio de Amparo, justifica, o en su caso atenúa, que este mecanismo de control de la constitucionalidad no legitime como parte a las personas del derecho privado. Esto es, se considera que no se priva a las minorías de las democracias²³⁰ de decidir sobre el destino de una ley de la cual pueden llegar a tener un interés legítimo o simple pero no directo o jurídico.

²³⁰ En el sentido estricto de forma de organización en el que las decisiones de la mayoría son adoptadas por la sociedad de un Estado.

La acción de inconstitucionalidad es el único mecanismo correctivo de control que se tiene sobre las leyes electorales, sin embargo, existe un mecanismo preventivo sobre esas leyes que complementa al control abstracto que se realice sobre la normativa electoral.

La Constitución en el artículo 105, fracción II, impone la obligación al Poder Legislativo y Ejecutivo de que las leyes electorales federal y locales se promulguen y publiquen por lo menos noventa días antes de que inicie el proceso electoral en que vayan a aplicarse y durante el mismo no podrá haber modificaciones legales fundamentales. Así, a través de una restricción temporal a la voluntad de esos poderes del Estado, se intenta dotar de mayor seguridad a un proceso electoral para evitar que exista un control sobre la norma general dentro de ese término.

El control sobre una norma impugnada genera ciertos visos de inseguridad jurídica, *a fortiori*, tratándose de la legislación electoral puede generar inestabilidad política-social. En efecto, pudiera darse que la ley electoral emitida antes de los noventa días del periodo electoral sea contraria a la Ley Fundamental y que la impugnación de esta norma se realice antes de los treinta días de su publicación. Para la investigadora Carla Huerta en este caso: ²³¹

[...] no se configura como limitación al procedimiento [de la acción de inconstitucionalidad], ya que [...] se puede o no declarar su nulidad antes de que se verifique el proceso. En el primer caso se deberá organizar el proceso electoral conforme a las disposiciones anteriores o bien posponerlo por la dificultad de implementar los cambios en corto tiempo. Si no se obtiene una resolución antes de que se inicie el proceso, implica que éste puede verificarse de conformidad con una disposición inconstitucional, lo cual podría traducirse en una violación de derechos fundamentales.

Por tanto, es viable realizar el control abstracto de la constitucionalidad de la norma electoral fuera del límite temporal señalado a los Poderes Legislativo y Ejecutivo.

²³¹ Huerta Ochoa, Carla, *Mecanismos constitucionales del control...*, cit., p. 171.

Una interpretación complementaria a la de Carla Huerta respecto a la operatividad de la acción de inconstitucionalidad es que el impedimento para realizar modificaciones sustanciales en la ley electoral cerca de las elecciones también aplica para el control que realice la Suprema Corte de Justicia de la Nación. Efectivamente, el impedimento al legislador y al ejecutivo de realizar modificaciones sustanciales tiene como objeto evitar la inseguridad en las reglas operativas del proceso electoral cuando las relaciones sociales de un Estado están tensas y desbordan las pasiones partidistas. Los últimos tres procesos electorales en México: 2006, 2012 y 2018, en los que se exaltaron los conflictos político-sociales entre los diversos seguidores y grupos partidistas, pueden confirmar esta afirmación.

Por consiguiente, si la CPEUM restringe a los dos poderes que gozan de representación realizar modificaciones sustanciales legales a las leyes electorales, por qué no hacer extensiva esa restricción a la Suprema Corte de Justicia que carece de dicha representación. Distintos argumentos que refutan el control contra mayoritario otorgado al poder judicial pudieran actualizarse, pero el presente trabajo no los pretende abordar ya que irían más allá de lo que busca esta interpretación alternativa.

Únicamente, a efectos de precisión, esta interpretación prioriza el ser sobre el deber ser, esto es, la “seguridad fáctica” sobre la seguridad jurídica, la real sobre la formal. Ya que, la norma goza de la presunción de ser conforme a derecho cumpliendo con los requisitos formales de ser emitida y publicada noventa días antes de los procesos electorales, por lo que sujetarla a un control de constitucionalidad podría dotar de mayor incertidumbre a la elección con tan poco margen para que se tome una resolución por el Poder Judicial Federal o incluso después de las elecciones.

Tal como lo señala Huerta Ochoa, se puede dar el caso de que la Suprema Corte emita su resolución sobre la inconstitucionalidad de la ley electoral después del proceso electoral. Esto implicaría que el mismo se llevaría bajo normas inconstitucionales –aunque amparadas bajo la presunción de legalidad— que pueden marcar con duda el resultado de las elecciones. Por consiguiente, una propuesta acertada sería ampliar la restricción temporal para realizar

modificaciones sustanciales a la normativa electoral de al menos el doble de tiempo, a efecto de establecer un límite temporal más amplio para los poderes ejecutivo y legislativo, y adicionalmente, impedir que el poder judicial pueda ser politice innecesariamente. Sería un claro ejemplo de la inconveniencia política, económica y social de los efectos retroactivos en una resolución.

En términos del artículo 60 de la Ley Reglamentaria de las Fracciones I y II del Artículo 105 de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos, el plazo para ejercitar la acción de inconstitucionalidad será de treinta días naturales contados a partir del día siguiente a la fecha en que la ley o tratado publicadas en el correspondiente medio oficial.

Tal como ocurre en el límite para la interposición de la demanda del Juicio de Amparo en donde se establece un plazo para impugnar un acto de autoridad, también tratándose de la acción de inconstitucionalidad de una norma se señala un límite temporal. Las razones obedecen al principio de seguridad jurídica, ya que sería inconveniente dejar un plazo amplio para interponer la impugnación debido a que el acto inválido pudiera generar otras relaciones jurídicas (sin perjuicio de la imposibilidad de los efectos retroactivos). Así se busca que un acto inválido genere la menor cantidad de relaciones jurídicas las cuales no podrán extinguirse por efectos retroactivos.

En términos del artículo 105, fracción II de la CPEUM la acción de inconstitucionalidad tiene efectos generales por regla general (de lo contrario se acuerda el archivo del asunto), siempre que exista un *Nivel relevante de racionalidad de la sentencia*.

Efectivamente, las resoluciones de la Suprema Corte de Justicia deberán ser aprobadas por una mayoría de cuando menos ocho votos. Como se señaló líneas arriba en lo referente a la Controversia Constitucional, al establecerse como requisito una mayoría calificada, el código supremo requiere un nivel relevante de racionalidad para resolver sobre la inconstitucionalidad de una norma, máxime cuando la norma goza de la presunción de ser válida.

Esta presunción de ser válida también se le puede advertir en la Ley Reglamentaria, ya que en el artículo 64, último párrafo de ese ordenamiento jurídico se señala que la admisión de una acción de inconstitucionalidad no dará lugar a la suspensión de la norma cuestionada, puesto que, al ser considerada válida, solo hasta que se dé la resolución que la declare inválida podrá suspender sus efectos de forma definitiva.

Una particularidad de las sentencias que se dicten en la acción de inconstitucional es que también adoptan la postura de “todo o nada”, es decir, o se declara la inconstitucionalidad de la norma por la votación de la mayoría calificada con efectos *erga omnes* o se desecha de plano en términos del artículo 72 de la Ley Reglamentaria citada.

Ahora bien, la Suprema Corte de Justicia de la Nación a través de un criterio jurisprudencial determinó claramente las diferencias entre la acción de inconstitucionalidad y la Controversia Constitucional, a saber:

CONTROVERSIAS CONSTITUCIONALES Y ACCIONES DE INCONSTITUCIONALIDAD. DIFERENCIAS ENTRE AMBOS MEDIOS DE CONTROL CONSTITUCIONAL.²³² Si bien es cierto que la controversia constitucional y la acción de inconstitucionalidad son dos medios de control de la constitucionalidad, también lo es que cada una tiene características particulares que las diferencian entre sí; a saber: a) en la controversia constitucional, instaurada para garantizar el principio de división de poderes, se plantea una invasión de las esferas competenciales establecidas en la Constitución, en tanto que en la acción de inconstitucionalidad se alega una contradicción entre la norma impugnada y una de la propia Ley Fundamental; b) la controversia constitucional sólo puede ser planteada por la Federación, los Estados, los Municipios y el Distrito Federal a diferencia de la acción de inconstitucionalidad que puede ser promovida por el procurador general de la República, los partidos políticos y el treinta y tres por ciento, cuando menos,

²³² Tesis: P./J. 71/2000, Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta, Novena Época, Tomo XII, agosto de 2000, p.965.

de los integrantes del órgano legislativo que haya expedido la norma; c) tratándose de la controversia constitucional, el promovente plantea la existencia de un agravio en su perjuicio en tanto que en la acción de inconstitucionalidad se eleva una solicitud para que esta Suprema Corte de Justicia de la Nación realice un análisis abstracto de la constitucionalidad de la norma; d) respecto de la controversia constitucional, se realiza todo un proceso (demanda, contestación de demanda, pruebas, alegatos y sentencia), mientras que en la acción de inconstitucionalidad se ventila un procedimiento; e) en cuanto a las normas generales, en la controversia constitucional no pueden impugnarse normas en materia electoral, en tanto que, en la acción de inconstitucionalidad pueden combatirse cualquier tipo de normas; f) por lo que hace a los actos cuya inconstitucionalidad puede plantearse, en la controversia constitucional pueden impugnarse normas generales y actos, mientras que la acción de inconstitucionalidad sólo procede por lo que respecta a normas generales; y, g) los efectos de la sentencia dictada en la controversia constitucional tratándose de normas generales, consistirán en declarar la invalidez de la norma con efectos generales siempre que se trate de disposiciones de los Estados o de los Municipios impugnados por la Federación, de los Municipios impugnados por los Estados, o bien, en conflictos de órganos de atribución y siempre que cuando menos haya sido aprobada por una mayoría de por lo menos ocho votos de los Ministros de la Suprema Corte, mientras que en la acción de inconstitucionalidad la sentencia tendrá efectos generales siempre y cuando ésta fuere aprobada por lo menos por ocho Ministros. En consecuencia, tales diferencias determinan que la naturaleza jurídica de ambos medios sea distinta.

Adicionalmente se puede señalar otra diferencia desde el análisis de los conflictos normativos que realiza Carla Huerta Ochoa. Para esta investigadora “un *conflicto normativo (sensu largo)* [...] se presenta cuando dos o más normas son formal y

materialmente incompatibles [...]”²³³ En este tenor, tratándose de la controversia constitucional y la acción inconstitucional existe un conflicto normativo *lato sensu* mas no así en *estricto sensu*. Efectivamente, en la primera existe un conflicto de carácter formal puesto que el conflicto deriva de la falta de competencia que emite el acto más esto no significa que el contenido del acto sea contrario al código supremo. En tanto que la segunda, en abstracto se puede determinar si la norma impugnada es conforme con la Constitución, [...] ya que las normas en conflicto no pueden ser satisfechas al mismo tiempo, dado que el cumplimiento de una produce necesariamente la desobediencia de la otra”²³⁴

3.3. El Juicio de Amparo

Como lo expresa Héctor Fix-Zamudio, en los antecedentes del juicio de amparo, existieron elementos internos y externos que influenciaron su desarrollo.²³⁵

De los Estados Unidos de América con la introducción de principios de la revisión judicial de las ideas de Alexis de Tocqueville y el *Habeas Corpus*, de España la concentración del juicio de amparo y de Francia con las declaraciones de derechos a las cuales se les denominó garantías individuales, así como de la casación francesa.²³⁶

Ignacio Vallarta manifiesta en relación con los antecedentes que “en México nunca ha existido el *habeas corpus* con el carácter que reviste en Inglaterra y en los Estados Unidos; sin embargo, hay en nuestra legislación nacional precedentes que

²³³ Huerta Ochoa, Carla, *Conflictos normativos*, Segunda Edición, UNAM, Instituto de Investigaciones Jurídicas, 2016, p. 52, visible en: <https://archivos.juridicas.unam.mx/www/bjv/libros/5/2485/5.pdf>, (6 de enero de 2018).

²³⁴ *Idem*.

²³⁵ Fix-Zamudio, Héctor, *Ensayos sobre el derecho de amparo*, México, Universidad Nacional Autónoma de México, Instituto de Investigaciones Jurídicas, 1993, p. 22., visible en: <https://biblio.juridicas.unam.mx/bjv/detalle-libro/911-ensayos-sobre-el-derecho-de-amparo>, (8 de septiembre de 2019).

²³⁶ *Ibidem*, pp. 23-24.

revelan las tentativas que se han hecho con más ó menos éxito, para asegurar los derechos del individuo contra los abusos del poder”.²³⁷

Sigue afirmando Vallarta que

“El *writ of habeas corpus* tiene como objeto proteger la libertad personal contra toda detención o prisión arbitrarias, cualquiera que sea la categoría de la autoridad que las haya ordenado, y aun cuando ellas no sean motivadas sino por el acto de un particular”. [en tanto que] El juicio de amparo es el proceso legal intentado para recuperar sumariamente cualquiera de los derechos del hombre consignados en la Constitución y atacados por una autoridad de cualquiera categoría que sea, ó para eximirse de la obediencia de una ley ó mandato de una autoridad que ha invadido la esfera federal ó local respectivamente.”²³⁸

Tratándose de los factores de carácter nacional, los antecedentes de esta reconocida institución mexicana se encuentran especialmente en el Proyecto de Constitución Yucateca de 1840. Su actor principal fue Manuel Crescencio Rejón, ya que como lo señala Ignacio Burgoa, el trabajo de aquel jurista yucateco:

“constituyó un progreso en el Derecho Público Mexicano [con] la creación del medio controlador o conservador del régimen constitucional o amparo, como él mismo llamó, ejercido por el Poder Judicial, con la ventaja de que dicho control se hacía extensivo a todo acto (lato sensu) anticonstitucional”²³⁹

Como atinadamente señala el jurista de la UNAM, los principios fundamentales de la procedencia del Juicio de Amparo de las Constituciones de 1857 y de 1917, siendo estos la instancia de la parte agraviada y la relatividad de las sentencias, encuentran su regulación y proyección en la Constitución del Estado de Yucatán.²⁴⁰

²³⁷ Vallarta L., Ignacio, *El juicio de amparo y el writ of habeas corpus. Ensayo crítico-comparativo sobre esos recursos constitucionales*, 4ª ed., México, editorial Porrúa, S.A., 1989,, pp. 30-31.

²³⁸ *Ibidem*, 38-39.

²³⁹ Burgoa O., Ignacio, *El juicio de amparo*, 41ª edición, México, Editorial Porrúa, 2005, p. 111.

²⁴⁰ *Ibidem*, p. 113.

Así, el principio de relatividad de las sentencias se contenía en el artículo 25 del Acta Constitutiva y de Reformas de 1847 cuya redacción respetó el proyecto de Mariano Otero y que expresaba que los tribunales se limitarían a impartir su protección en el caso particular sobre que verse el proceso, sin hacer ninguna declaración general respecto de la ley o del acto que lo motivare: ²⁴¹

Las garantías constitucionales (derechos fundamentales) representaron para Mariano Otero una condición social de los gobernados asociados en el pacto y el “*objeto primordial de las instituciones, y uno de los caracteres más señalado de la verdadera naturaleza de los gobiernos*” y al no poderse dejar a la discreción de los Estados los principios de libertad “la constitución actual *debe establecer las garantías individuales, y sobre bases de tal manera estables, que ninguno de los hombres que habiten en cualquiera parte del territorio de la República, sin distinción de nacionales y extranjeros, tengan que extrañar sobre este punto las mejores leyes de la tierra.*” ²⁴²

El voto particular del Mariano Otero arroja una preocupación por el respeto de las instituciones básicas y tradicionales del Estado Mexicano que él veía consagradas en la Constitución de 1824 como instrumento que organizó al México independiente y cuya legitimidad no era cuestionada, destacándose los derechos del ciudadano bajo la premisa que “*los pueblos se gobiernan por hábitos y las creencias, por la imaginación y las costumbres*”²⁴³, la organización de los poderes públicos, la formación de leyes, el sistema electoral y la indispensables regulación de las garantías individuales.

Por tales motivos, expresa Sergio Salvador Aguirre Anguiano, “el juicio de amparo, con justa razón, ha adquirido carta de ciudadanía mexicana, al haberse consignado por primera vez en la Constitución yucateca de 1841 (artículos 8º, 9º y 62) y por haber sido recogido posteriormente a nivel constitucional federal en su Acta de

²⁴¹ Acta Constitutiva y de Reformas, visible en: <http://www.ordenjuridico.gob.mx/Constitucion/1847.pdf>, (31 de mayo de 2019).

²⁴² Poder Judicial de la Federación, *La Suprema Corte de Justicia. Sus leyes y sus hombres*, visible en: [http://www.internet2.scjn.gob.mx/red/marco/PDF/C.%2018461855/b\)%20VOTO%20PARTICULAR%20M.%20OTERO%205%20abril%201847.pdf](http://www.internet2.scjn.gob.mx/red/marco/PDF/C.%2018461855/b)%20VOTO%20PARTICULAR%20M.%20OTERO%205%20abril%201847.pdf), p 131, (28 de mayo de 2019).

²⁴³ *Ibidem*, p. 129.

Reformas de 1847 (artículo 25) y luego en las Constituciones de 1857 (artículos 100 y 101), para después ser incluido en la Constitución vidente de 1917 (artículos 103 y 107).”²⁴⁴

El texto original de la Constitución de 1917 expresaba en su artículo 107:²⁴⁵

“Artículo 107. Todas las controversias de que habla el artículo 103 de esta Constitución, se seguirán a instancia de la parte agraviada, por medio de procedimientos y formas del orden jurídico que determinará una ley que se ajustará a las bases siguientes:

I. La Sentencia será siempre tal, que sólo se ocupe de individuos particulares, limitándose a ampararlos y protegerlos en el caso especial sobre el que verse la queja, sin hacer una declaración general respecto de la ley o acto que la motivare.

[...]”

También para Juventino V. Castro, es a Manuel Crescencio Rejón, como principal autor de la Constitución de Yucatán de 1841, a quien se debe la creación del medio de control de la constitucionalidad denominado por él mismo “amparo”, el cual estructuraba la defensa de la ley cimera frente a actos del poder ejecutivo y legislativo, otorgándole facultades para la revisión de los actos a los jueces de primera instancia contra cualquier funcionario, a los superiores de esos jueces contra los actos que correspondan al orden judicial y a la Corte Suprema de Justicia del Estado contra las leyes y providencias de la legislatura y el ejecutivo local, respectivamente. ²⁴⁶

²⁴⁴ Aguirre Anguiano, Sergio Salvador, Ferrer Mac-Gregor, “El juicio de amparo hoy”, en Eduardo y González Oropeza, Manuel (Coord.), *El juicio de amparo. A 160 años de la primera sentencia*, México, UNAM, Instituto de Investigaciones Jurídicas, 2011, t. I, p. 55., visible en: <https://biblio.juridicas.unam.mx/bjv/detalle-libro/3065-el-juicio-de-amparo-a-160-anos-de-la-primera-sentencia-tomo-i>, (10 de julio de 2019).

²⁴⁵ Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos, visible en: http://www.diputados.gob.mx/LeyesBiblio/ref/cpeum/CPEUM_orig_05feb1917_ima.pdf, consultada el 01/06/2019, (15 marzo de 2019).

²⁴⁶ Castro y Castro, Juventino V., *Garantía y Amparo*, 15ª edición, México, Editorial Porrúa, 2011, p. 342-343.

El marco general de la procedencia del Juicio de Amparo se señala en los artículos 103 fracciones y 107 de la CPEUM. Como regla general se puede expresar que procede contra cualquier acto de autoridad que cree situaciones jurídicas individuales o generales y que viole los derechos fundamentales reconocidos por la CPEUM y los tratados internacionales, esto es, en los términos propuestos por Crescencio Rejón.

Ahora bien, basándose en la síntesis del exministro Juventino Castro realiza de diversos conceptos de juristas como Ignacio L. Vallarta, Fix-Zamudio, Raúl Chávez Castillo e Ignacio Burgoa, se puede entender el Juicio de Amparo como un proceso, puesto que tiene etapas concatenadas y sistematizadas que buscan un fin, en este caso, la invalidación de un acto de autoridad inconstitucional.²⁴⁷

Como lo afirma el ex ministro de la Suprema Corte, fundándose en las ideas de Pallares, el proceso es continente de juicio y recurso, por lo que si bien este concepto es genérico también es más amplio y puede incluir a ambos.²⁴⁸

Gamas Torruco expresa en una definición amplia que:

“El amparo es un medio de control de la constitucionalidad en forma el juicio, promovido vía acción, cuyo titular es el presunto agraviado; su fin es otorgar a éste frente a las leyes o actos de autoridad que vulneren las garantías individuales o derechos fundamentales, que a su favor establece la Constitución, incluyendo las leyes o actos que provengan de invasiones de competencia respectivas entre Federación y estados.”²⁴⁹

Por su parte, Carlos Arellano García lo define como:

“El amparo mexicano es la institución jurídica por la que una persona física o moral, denominada quejosa, ejercita el derecho de acción ante un órgano de jurisdicción federal o local, para reclamar de un órgano del Estado federal, local o municipal, denominado >autoridad responsable<, un acto o ley que, el

²⁴⁷ *Ibidem*, p. 364.

²⁴⁸ *Ibidem*, p. 367.

²⁴⁹ Gamas Torruco, José, *Derecho constitucional mexicano, ...*, op. cit., p. 963.

citado quejoso estima, vulnera las garantías individuales o el régimen de distribución de competencial entre Federación, Estados o Distrito Federal, respectivamente, para que se le restituya o mantenga en el goce de sus presuntos derechos, después de agotar los medios de impugnación ordinarios.”²⁵⁰

Por tal razón, puede aproximarse una definición como el proceso constitucional mediante el cual se verifica y en su caso de anula, cualquier acto de autoridad que vulnere los derechos de fundamentales de una persona sobre los cuales tiene un interés directo o legítimo.

Debido a la pluralidad de actos sobre los cuales se puede interponer el Juicio de Amparo, esto es, a la amplitud de su esfera protectora, en términos de Héctor Fix-Zamudio, constituye la institución procesal más importante y relevante de las garantías individuales en el Sistema Jurídico Mexicano, pero también la más compleja procedimentalmente debido a que este Juicio además de proteger los derechos fundamentales consagrados en la ley fundamental del Estado Mexicano, es recinto de diversas formas de impugnar la invalidez de una norma.²⁵¹ En palabras de Ignacio Burgoa, se ha convertido en “un elemento jurídico de protección de *todo el orden establecido por la Ley Fundamental*”.²⁵²

Para Héctor Fix-Zamudio el Juicio de Amparo actualmente comprende cinco procedimientos procesales, a saber:²⁵³ i) como mecanismo de protección de la libertad personal con semejanzas con el *Habeas Corpus*, ii) como mecanismo para impugnar disposiciones de carácter general inconstitucionales o el *amparo contra leyes*, iii) para impugnar en último grado resoluciones judiciales o *amparo casación*, iv) *amparo administrativo*, como instrumento de protección cuando las resoluciones o actos de la autoridad no pueden impugnarse ante un Tribunal administrativo, y v), el *Amparo agrario*, contra resoluciones de la autoridad administrativa en materia agraria.

²⁵⁰ Arellano García, Carlos, *El juicio de amparo*, 12ª ed., México, editorial Porrúa, 2008, p. 337.

²⁵¹ Fix-Zamudio, Héctor, *Estudio de la Defensa de la Constitución. cit.*, p. 266.

²⁵² Burgoa O., Ignacio, *El juicio de...*, *cit.*, p. 143

²⁵³ Fix-Zamudio, Héctor, *Estudio de la Defensa de la Constitución. cit.*, p. 266.

Finalmente, a esta esta clasificación el exministro Juventino Castro²⁵⁴ añade el *amparo soberanía* o de invasión de esferas y el *amparo garantía* contra cualquier acto violario de los derechos fundamentales consagrados en la Constitución.

La multifuncionalidad que tiene el Juicio de Amparo para impugnar diversos actos de autoridad que vulneran derechos fundamentales impactó en la cantidad de asuntos que en su momento fueron atendidos por la Suprema Corte, sobre todo tratándose del juicio garantías en cuestiones de legalidad, por tal motivo, expresa Héctor Fix-Zamudio, vio disminuida la función de Tribunal Constitucional para convertirse en uno de legalidad o casación.

Sin embargo, con las reformas de 1988 y 1995, dicha Corte obtuvo el reconocimiento como la instancia Suprema tratándose de la interpretación de las disposiciones constitucionales.²⁵⁵

Humberto Suárez Camacho considera la finalidad del juicio de Garantías como:

“[...] la defensa de los derechos humanos previstos en la Constitución Federal para los gobernados e incluso para las personas morales oficiales, en este último supuesto cuando defienda sus intereses patrimoniales. Es un medio de control concreto en que se exige que el promovente tenga interés jurídico y aporte las pruebas necesarias para acreditarlo, siguiendo las reglas de la carga de prueba.”²⁵⁶

No obstante la complejidad procedimental del Juicio de Garantías en cuanto que puede existir distintos procesos para diversos actos a impugnar, el presente estudio tiene como objeto esencialmente el *amparo contra leyes*, ya que los efectos generales se pueden actualizar cumpliendo los supuestos que señala la Norma Fundamental y su ley reglamentaria.

El artículo 107, fracción I de la Ley de Amparo señala como supuesto de procedencia del Juicio de Amparo Indirecto el acto de autoridad que se traduzca en

²⁵⁴ Castro y Castro, *Juventino V., Garantías...*, cit., p. 387.

²⁵⁵ Fix-Zamudio, Héctor, *Estudio de la Defensa de la Constitución...*, cit., p. 274.

²⁵⁶ Suárez Camacho, Humberto, *El sistema de control constitucional mexicano, op. cit.*, p. 155.

normas generales que por su sola entrada en vigor o con motivo del primer acto de su aplicación *causen perjuicio a la persona*, en donde se incluyen de forma enunciativa y no limitativa: los tratados internacionales salvo aquellas disposiciones en que tales tratados reconozcan derechos humanos, leyes federales, constituciones o leyes de las Entidades Federativas y la Ciudad de México, reglamentos federales o locales, y toda disposición de carácter general.

En el Juicio de Amparo indirecto no existe un control abstracto de la norma porque es contraria a la Constitución o porque existe invasión de competencias que asigna la norma suprema, sino que es indispensable para efectos de la procedencia del juicio de garantías, la existencia de un agravio o perjuicio a persona alguna, ya sea con interés jurídico o legítimo, en términos del artículo 5, fracción I de la Ley de Amparo.

Si bien, la distinción entre el interés jurídico o legítimo no es parte del presente estudio, baste decir que la diferencia se advierte dependiendo de la *proximidad* en la cual se vulnera el derecho fundamental, sea de forma inmediata o mediata. En este sentido, esta garantía constitucional requiere para su procedencia, la violación de un derecho considerado por la Constitución como fundamental, es decir, regulado por la Constitución o los Tratados Internacionales, sea tratándose del control de la constitucionalidad o convencionalidad respectivamente.

Ahora bien, el artículo 107, fracción II de la CPEUM en correlación con la Ley de Amparo, regulan la procedencia de la declaración general de inconstitucionalidad cumpliéndose las siguientes condiciones:

- a. En juicios de amparo indirecto en revisión que resuelva la inconstitucionalidad de una norma general la Suprema Corte de Justicia de la Nación en términos del artículo 83 de la Ley de Amparo, sea en Pleno o una de las Salas (artículo 231 de la Ley de Amparo), el presidente respectivo de las últimas o de la Suprema Corte, lo informará a la autoridad emisora de la norma.

En este caso es indispensable que se resuelva dos veces y de forma consecutiva. Esto es, no basta que se determine la inconstitucionalidad de forma aislada, sino que requiere la reiteración del criterio, aunque sea de manera mínima, como ocurre en dos casos.

El aviso es meramente informativo ya que no existe una acción u acto ulterior por parte del máximo tribunal, únicamente se limita a que la autoridad que emite el acto *tome conocimiento*. Lo cual obedece a que dos resoluciones, aun siendo de ese tribunal, son insuficientes para determinar la invalidez de una norma con efectos generales, ya que es indispensable de otros precedentes que den *mayor racionalidad* a la resolución que invalide una norma. Máxime cuando existe la posibilidad de que se cambie de criterio.

- b. Cuando el pleno o las salas de la Suprema Corte de Justicia de la Nación establezcan jurisprudencia por reiteración en términos del artículo 216 de la Ley de Amparo, esto es, con tres criterios en el mismo sentido a las otras dos y se determine la inconstitucionalidad *de la misma norma* general, se notificará a la autoridad emisora en términos del tercer párrafo de la fracción II del artículo 107 de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos.

Asimismo, en términos del artículo 233 de la Ley de Amparo, los plenos de circuito podrán solicitar a la Suprema Corte de Justicia, por mayoría de sus integrantes, que inicie el procedimiento de declaratoria general de inconstitucionalidad, cuando existe jurisprudenciaderivada de amparos indirectos en revisión en la que se declare la inconstitucionalidad de una norma general.

En este último caso, se puede afirmar que el juicio de amparo tiene efectos entre partes porque en cada unos de los cinco criterios que se formaron se resolvió afectando la esfera jurídica de las partes el juicio el cual tiene el carácter de cosa juzgada por lo que a través de un acto subsecuente que ya no es un juicio, se determina la generalidad de los efectos, sin embargo la descripción de la naturaleza de ese acto va más allá de los fines de este

trabajo de investigación, cabe señalar en este momento que más que aplicar la norma al caso concreto como operador jurídico, pareciera un acto más administrativo que se rige por el principio de oportunidad.

- c. El aviso preventivo consiste en notificar al órgano emisor de la norma sobre la inconstitucionalidad de su acto y se le da un plazo de 90 días naturales para que modifique o derogue la norma declarada inconstitucional. Tratándose de los legislativos federal o local el cómputo se hará en los días útiles de los periodos ordinarios.

Se hace del conocimiento de la autoridad emisora la inconstitucionalidad de la disposición general a efecto de que la *modifique* o *derogue* so pena de declarar su invalidez.

Luego, la Constitución y la Ley de Amparo regulan el supuesto de que exista una *reconsideración* de la autoridad emisora en torno a la inconstitucionalidad de una norma, puesto que antes de decretar su inconstitucionalidad, se le otorga un plazo para que tenga la posibilidad de modificar el acto que crea situaciones jurídicas generales declarado inconstitucional.

Se puede afirmar que únicamente a través del aviso señalado en el artículo 107, fracción II de la Constitución, se actualiza la reconsideración de la autoridad, ya que la toma de conocimiento que se otorga cuando caen dos criterios en el mismo sentido, tal como se mencionó arriba, puede cambiar y no trae consecuencias para la citada autoridad emisora la inobservancia de la alerta.

- d. Si transcurrido el plazo de 90 días naturales no se modifica o deroga la norma constitucional, el pleno de la Suprema Corte de Justicia de la Nación emitirá la declaratoria general de inconstitucionalidad siempre que hubiera sido aprobada por mayoría de cuando menos ocho votos.

En este caso, al igual que las otras dos garantías constitucionales anteriores, se requiere una mayoría calificada para poder declarar con efectos generales una norma impugnada en cuanto a su constitucionalidad vía Juicio de Amparo. En caso contrario, únicamente tendrá efectos entre partes.

- e. En términos del artículo 234 de la Ley de Amparo, debido a una cuestión de seguridad jurídica, la declaratoria con efectos *erga omnes* no podrá modificar el sentido de la jurisprudencia que le da origen, ya que el asunto ya cuenta con el soporte racional de cinco discusiones previas por el pleno o las salas de la Suprema o los plenos de circuito, por lo que no se puede introducir un nuevo supuesto ya que requeriría nuevamente su discusión.
- f. La resolución que determine la declaratoria general de inconstitucionalidad también señalará la fecha a partir de la cual surtirá sus efectos y Los alcances y las condiciones de la declaratoria de inconstitucionalidad. Esto es, existe una modulación en el tiempo para disminuir los efectos.
- g. Como acaece en las dos garantías revisadas por una cuestión de seguridad jurídica, y en términos del artículo 234 de la Ley de Amparo, los efectos de las declaratorias no serán retroactivos salvo en materia penal.

Cabe señalar que ese mismo numeral establece que en términos del párrafo primero del artículo 14 de la Constitución, la susodicha declaratoria no tendrá efectos retroactivos salvo en materia penal. Sin embargo, se considera desafortunada esta redacción ya que este último artículo señala la prohibición de dar efectos retroactivos en perjuicio de persona alguna, excepto en la materia penal, no obstante queda pendiente el tema de la aplicación retroactiva de una norma benéfica.

Como pueden existir resoluciones que declaren inválida una norma de carácter civil o fiscal que beneficie a un número indeterminado de personas, en nuestra opinión

en este caso debería también otorgarse efectos generales a la declaratoria general de inconstitucionalidad bajo ciertas circunstancias y modulando sus efectos.²⁵⁷

- h. Finalmente, la declaratoria general de inconstitucionalidad deberá ser publicada para efectos vinculantes a terceros en el Diario Oficial de la Federación en términos del artículo 235 de la Ley de Amparo.

3.3.1. Breves antecedentes del principio de relatividad de la sentencia *inter partes*

Como lo señala Arellano García “El principio de relatividad de las sentencias de amparo se desarrolla dentro del principio general de derecho denominado *>res inter alios acta<* que limita los efectos jurídicos de los actos jurídicos a los sujetos que participaron en el correspondiente negocio jurídico”²⁵⁸

El impulsor de la celeberrima “fórmula otero” o de relatividad de las sentencias fue el jalisciense Mariano Otero. Esta manera en que operaran los efectos de la sentencia del Juicio de Amparo se encuentra inserta en los principios constitucionales de ese juicio de garantías y tiene como fuente principal las ideas expuestas por Alexis de Tocqueville.

²⁵⁷ Véase: Época: Novena Época, Registro: 177464, Instancia: Tribunales Colegiados de Circuito, Tipo de Tesis: Aislada, Fuente: Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta, Tomo XXII, Agosto de 2005, Materia(s): Administrativa, Tesis: I.13o.A.116 A, Página: 2014, rubro: RETROACTIVIDAD. NO ES APLICABLE ESE PRINCIPIO QUE RIGE COMO EXCEPCIÓN EN MATERIA PENAL A LAS SANCIONES ADMINISTRATIVAS, CUANDO LAS RESOLUCIONES QUE LAS IMPONGAN CONSTITUYEN COSA JUZGADA, YA QUE ELLO CONTRAVENDRÍA EL PRINCIPIO DE SEGURIDAD JURÍDICA CONTENIDO EN EL ARTÍCULO 14 DE LA CONSTITUCIÓN FEDERAL. *La Suprema Corte de Justicia de la Nación ha establecido la equiparación de las multas fiscales con las normas que imponen sanciones penales, para permitir la aplicación retroactiva de la norma más benéfica para el particular, de allí la determinación de que el principio de retroactividad que como garantía individual prevé el artículo 14 de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos, resulte aplicable tanto a las multas fiscales como a las sanciones administrativas.*

²⁵⁸ Arellano García, Carlos, El juicio de amparo, *op. cit.*, p. 394.

Esencialmente, la citada fórmula encuentra su inspiración en la obra *La democracia en América* y cuyas ideas vale la pena citar al referirse a las cualidades que tiene el poder judicial en los Estados Unidos de América, a saber:

“Los americanos han conservado en el poder judicial esos tres caracteres distintivos. El juez no puede sentenciar más que cuando hay litigio. Nunca se ocupa más que de un caso particular; y, para actuar, debe esperar siempre a que se le haya sometido un caso.”²⁵⁹

Al referirse en lo particular al principio de relatividad de las sentencias Tocqueville expresa:

El segundo carácter del poder judicial es el de pronunciarse sobre casos particulares, y no sobre principio generales. Que un juez, al resolver un problema particular, destruya un principio general, por la certidumbre de que, al estar cada una de las consecuencias de ese mismo principio afectada de la misma manera el principio se hace estéril, sigue estando en el círculo natural de la acción; pero si el juez ataca directamente al principio general, y lo destruye, sin tener a la vista un caso particular, se sale del círculo en que todos los pueblos se han puesto de acuerdo en encerrarle. se convierte en algo más importante, más útil que un magistrado, pero deja de representar al poder judicial.²⁶⁰

Esta afirmación sigue estando vigente en cuanto a la esencia, pero hay cuestiones accesorias que difieren. De acuerdo con Tocqueville, lo “normal” es que el pronunciamiento de nulidad sea con efectos particulares porque así una norma general deja producir sus efectos únicamente para las partes, existiendo plenamente para todos, pero sin surtir sus efectos para los afectados directamente. Sin embargo, cuando sale de la esfera de lo particular para afectar a lo general, se sale de ese papel y deviene en legislador. Lo anterior impacta en los principios

²⁵⁹ De Tocqueville, Alexis, *La democracia en América*, trad. de Amelié Cuesta, México, edit. Gernika, S.A., 1997, pp. 91-92.

²⁶⁰ *Ibidem*, p. 91.

generales, con lo que, en la opinión de Tocqueville se agravia a toda una colectividad que resulta afectada por la decisión de un solo juzgador.

En esa misma obra, el estudioso francés expresa que el juez americano se parece, pues, perfectamente a los magistrados de otras naciones. Sin embargo, está revestido de un inmenso poder político²⁶¹ La razón radica en que sus sentencias se basan en la constitución. El tribunal constitucional pues, es la voz de la interpretación de la constitución norma suprema frente a otras leyes ordinarias.²⁶²

Por eso afirma el autor de *La democracia en América* que:

“si el juez hubiese podido atacar las leyes de una forma teórica y general; si hubiese podido tomar la iniciativa y censurar al legislador, hubiese entrado en la escena política, convertido en el campeón o en el adversario de un partido, hubiese llamado a todas las pasiones que dividen al país a tomar parte en la lucha. Pero cuando el juez ataca una ley en un debate obscuro y en torno a una aplicación particular, limita, en parte, la importancia del ataque, ante las miradas del público. Su sentencia no tiene por finalidad más que castigar un interés individual; la ley no ha sido herida más que por casualidad [...] la ley así censurada no es destruida: su fuerza moral queda disminuida [...] solamente poco a poco, y bajo golpes repetidos de la jurisprudencia, sucumbe al fin.”²⁶³

Si bien se considera que el principio de relatividad de las sentencias queda vigente con los principios descritos por Tocqueville, y que se actualiza con la interpretación conforme (tema que se analizará más adelante), también se piensa que ha tenido una reformulación o modernización en las condiciones actuales.

Dicha modernización fue necesaria, porque como lo afirma Góngora Pimentel desde una visión de la práctica jurídica como otrora operador del derecho de juzgados

²⁶¹ *Ibidem*, p.92.

²⁶² *Idem*.

²⁶³ *Ibidem*, 95-96.

federales, “los golpes de la jurisprudencia fueron insuficientes en México, puesto que:

“Las leyes inconstitucionales no desaparecen. El Poder Legislativo no las deroga (si la inconstitucionalidad es parcial), ni las abroga (si la ley es totalmente contraria a la Constitución). Si se han dictado diversas ejecutorias de la Suprema Corte de Justicia o incluso formando jurisprudencia, la ley se continua aplicando. No hay respecto alguno ala finalidad del principio [sic]. Nunca lo ha habido, ni siquiera en los tiempos del ilustre [Ignacio] Vallarta.”²⁶⁴

Dentro de las cualidades asignadas al principio de la relatividad de las sentencias que destaca Arellano García está que:

“[...] al prohibirse que se haga una declaración general respecto a la ley o acto que la motivare, el legislador constitucional y el legislador ordinario, enfatizan límites a la sentencia para evitar que haya pugna entre el órgano de control y la autoridad responsable, tal como ocurría en los medios de control político, verbigracia, el Supremo Poder Conservador que había existido en las Leyes Constitucionales de 1836.”²⁶⁵

Así también le dan las siguientes cualidades Elías Mussi y Silva Ramírez:

“[...] el efecto de las sentencia[s] que otorga el amparo al quejoso, declarando inconstitucional una ley, no significa que la norma se derogue, salga del mundo jurídico, sólo se dejará de aplicar al gobernado que la impugnó y obtuvo el amparo, la ley tildada de inconstitucional sigue conservando su vigencia y fuerza material, por lo tanto se seguirá aplicando al grueso de la población, o que si lo hicieron, el juicio de garantías les fue sobreseído o negado [...]”²⁶⁶

²⁶⁴ Góngora Pimentel, Genaro, *Introducción al estudio del juicio de amparo*, 4ª ed. México, Ed. Porrúa, S.A., 1992, p. 465.

²⁶⁵ Arellano García, Carlos, *El juicio de amparo*, *op. cit.*, p. 395.

²⁶⁶ Elías Mussi, Edmundo y Silva Ramírez, Luciano, “La fórmula otero y la declaratoria general de inconstitucional en el juicio de amparo contra normas”, en Ferrer Mac-Gregor, Eduardo y González Oropeza, Manuel (Coord.), *El juicio de amparo. A 160 años de la primera sentencia*, México, UNAM, Instituto de Investigaciones Jurídicas, 2011, t. 2., p. 27, visible en: <https://biblio.juridicas.unam.mx/bjv/detalle-libro/3066-el-juicio-de-amparo-a-160-anos-de-la-primera-sentencia-tomo-ii>, (7 de octubre de 2019).

Cabe precisar que la denominación de la fórmula tiene su origen en la defensa que realizó en su momento el jurista jalisciense en su voto particular respecto a la conveniencia de los efectos relativos o entre partes de la sentencia de amparo en la Comisión integrada para la elaboración del proyecto de Constitución que terminaría en el Acta de Reformas de 1847.²⁶⁷

Los antecedentes en el derecho mexicano del amparo contra leyes se encuentran en la regulación de las facultades del Supremo Poder Conservador en la Constitución Centralista de 1836 en donde se confirió a aquel órgano la posibilidad de declarar la nulidad de las leyes contrarias a la Constitución en términos del artículo 12 de ese ordenamiento jurídico.²⁶⁸

Como lo señala Juventino Castro, frente al sistema de control con efectos *inter partes* de la sentencia del juicio de amparo impulsado por Mariano Otero, este jurista ideó un amparo contra leyes en el proyecto minoritario del Acta de Reforma de 1847 en los artículos 22, 23 y 24, creándose un sistema de control híbrido por el Congreso de la Unión respecto a las leyes de las Entidades Federativas y por la Suprema Corte frente a las leyes de aquel órgano depositario del poder legislativo federal.²⁶⁹

El Acta Constitutiva y de Reformas de 1847 prescribía:

Art. 22. Toda ley de los Estados que ataque la Constitución ó las leyes generales, será declarada nula por el Congreso; pero esta declaracion solo podrá ser iniciada en la Cámara de senadores.

Art. 23. Si dentro de un mes de publicada una ley del Congreso general, fuere reclamada como anti-constitucional, ó por el Presidente, de acuerdo con su ministerio, ó por diez diputados, ó seis senadores, ó tres Legislaturas, la suprema corte, ante la que se hará el reclamo, someterá la ley al ecsámen de las Legislaturas, las que dentro de tres meses, y precisamente en un mismo día, darán su voto.

²⁶⁷ Poder Judicial de la Federación, *La Suprema Corte de Justicia. Sus leyes y...*, cit., 129.

²⁶⁸ Castro y Castro, Juventino V., *Garantía...*, cit., p. 375.

²⁶⁹ *Ibidem*, p. 376.

Las declaraciones se remitirán á la suprema corte, y ésta publicará el resultado, quedando anulada la ley, si así lo resolviere la mayoría de las Legislaturas.

Art. 24. En el caso de los dos artículos anteriores, el Congreso general y las Legislaturas á su vez, se contraerán á decidir únicamente si la ley de cuya invalidez se trate es ó no anti-constitucional; y en toda declaración afirmativa se insertarán la letra la ley anulada y el testo de la Constitucion ó ley general á que se oponga.

Art. 25. Los tribunales de la Federacion ampararán á cualquiera habitante de la república en el ejercicio y conservacion de los derechos que le concedan esta Constitucion y las leyes constitucionales, contra todo ataque de los poderes legislativo y ejecutivo, ya de la Federacion, ya de los Estados; limitándose dichos tribunales á impartir su proteccion en el caso particular sobre que verse el proceso, sin hacer ninguna declaración general respecto de la ley ó del acto que lo motivare (sic).²⁷⁰

Lo anterior se refrenda en el voto particular de Marino Otero. De lo anterior se advierten tres fórmulas de inconstitucionalidad por órgano político: i) la general, que se iniciaba en la Cámara de Senadores y resolvía el Congreso de la Unión –posible explicación de la interpretación legítima del artículo 72, inciso f), de la Constitución federal, en materia de interpretación legítima—; otra mixta porque inicia por órgano administrativo o político y concluye en u órgano jurisdiccional, ii) la general por las legislaturas estatales a petición del presidente, su ministerio, seis senadores, diez diputados o tres legislaturas ante la Suprema Corte de Justicia de la Nación; y otra por órgano jurisdiccional, vía acción, como lo es el amparo: iii) interpuesta por el ciudadano ante los tribunales de la Federación.

Por tal motivo, manifiesta el exministro Castro, es entendible que Otero ideara los efectos *inter partes* del Juicio de Amparo tratándose del ejercicio de la garantía promovida por particulares y los efectos *erga omnes* tratándose de la garantía

²⁷⁰ Acta Constitutiva y de Reformas, visible en: <http://www.ordenjuridico.gob.mx/Constitucion/1847.pdf>, (31 de mayo de 2019).

constitucional ejercitada por algún órgano del estado contra leyes del Congreso de la Unión o las legislaturas de los Estados.²⁷¹

Encuentra cierta lógica en este sentido: los intereses particulares deben tener efectos únicamente respecto a las partes en que intervienen en el juicio y los intereses públicos, representados por los órganos del Estado, deben tener efectos generales ya que competen a toda la sociedad y no solo a los que son partes en el juicio.

Sin embargo, la operatividad de la fórmula Otero tal como la diseñó ese jurista no fue recogida por las Constituciones de 1857 ni el texto original de la de 1917, ya que dejaron a un lado lo relativo a la declaración de efectos generales a la sentencia de amparo. Por tanto, “solamente crea un amparo para obtener la no aplicación de las leyes por razones de constitucionalidad, pero sin tocar la vigencia y validez del ordenamiento legal que impunemente contradice la Constitución”²⁷²

El artículo 71, inciso f) del texto original de la CPEUM (el 72, inciso f) del texto vigente) expresaba que “En la interpretación, reforma o derogación de las leyes o decretos, se observarán los mismos trámites establecidos para su formación”.²⁷³

Para Daniel Márquez Gómez, en este supuesto puede existir un mecanismo de control de la constitucionalidad cuyos efectos derogatorios sean generales.²⁷⁴ Esta garantía constitucional sería *sui generis*, porque representaría un control por órgano político, pero con efectos correctivos, no preventivos. Sin embargo, faltaría precisar el alcance de esta facultad en el texto constitucional ya que la misma no se asocia con un mecanismo de anulación de la norma por su inconsistencia con la ley suprema, sino la derogación normativa por la emisión de otra norma.

No puede pasar desapercibido que es la vanguardia del citado Manuel Crescencio Rejón en la configuración del principio de relatividad de las sentencias la que abrió

²⁷¹ Castro y Castro, *Juventino V., Garantía...*, cit., p. 376.

²⁷² *Ibidem*, p. 377.

²⁷³ Constitución Política..., cit.

²⁷⁴ Entrevista al Dr. Daniel Márquez Gómez, catedrático e Investigador del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM, ubicado en Circuito, Mario de La Cueva s/n, C.U., 04510 Ciudad de México, CDMX, 3 de junio de 2019, a las 19:16 horas.

la brecha para que otros juristas como Mariano Otero configuraran los principios actuales del juicio de amparo. Relevante por ello resultan los motivos de exposición del proyecto de constitución de Rejón citados por Burgoa, a saber:

“[...] se da al Poder Judicial el derecho de censurar la legislación, también se le obliga a ejercerlo de una manera oscura y en casos particulares, ocultando la importancia del ataque a las iras de las facciones. Sus sentencias pues, como dice muy bien Tocqueville, no tenderán por objeto más que el descargar el golpe sobre un interés personal, y la ley sólo se encontrará ofendida por casualidad. De todos modos, la ley así censurada no quedará destruida: se disminuirá sí su fuerza moral, pero no se suspenderá su efecto material. Sólo perecerá por fin poco a poco y con los golpes redoblados de la jurisprudencia, siendo además fácil de comprender, que encargado al interés particular promover la censura de las leyes, se enlazará al proceso hecho que se siga a un hombre y habrá consiguientemente seguridad de que la legislación no sufrirá el más leve detrimento cuando se le deja expuesta por ese sistema a las agresiones diarias de los partidos. En fin, multiplicándose por el medio referido los fallos contra las leyes inconstitucionales, se harán estas ineficaces, teniendo las cámaras por lo mismo que derogarlas, y sacándose de consiguiente la ventaja de conservar el Código fundamental intacto, por un antemural el más fuerte que se ha levantado contra las tiranías de las asambleas legislativas.”²⁷⁵

Este diseño del juicio de garantías actualmente está vigente. En efecto, el funcionamiento de los efectos *erga omnes* del Juicio de Amparo con las reformas de junio de 2011 respeta los visionarios postulados de Rejón y Otero, ya que como se elaboró, el poder judicial no es protagonista ni confrontador frente al poder legislativo ya que actúa resolviendo por regla general el interés particular. Así, evita un enfrentamiento con el segundo al momento de revisar la constitucionalidad de una disposición general debido a que previo a entrar al estudio constitucional de la norma que puede derivar en su invalidez con efectos generales, los Tribunales

²⁷⁵Burgoa O., Ignacio, *El juicio de...*, cit., p. 113.

Federales resuelven anulando únicamente el caso particular sin afectar un número indeterminado de relaciones jurídicas creadas por la norma inconstitucional, dejándola de aplicar al caso concreto. Solo mediante la consistencia de criterios, es posible plantear la posible inconstitucionalidad general. Esto es, un criterio de inconstitucionalidad no representa ninguno.

Para Cossío Díaz la citada reforma del 6 de junio de 2011:²⁷⁶

“implicó un ajuste al modelo general de control de la constitucionalidad en nuestro país por dos motivos; por haber modificado el objeto de control de la constitucionalidad al haber pasado de la protección de las garantías individuales al de los derechos humanos de fuente constitucional y convencional, y por haber establecido la posibilidad de los efectos generales de las sentencias exceptuando en materia tributaria.”

Sin embargo, como lo expresa Héctor Fix-Zamudio, su regulación se hizo con de manera reservada ya que si bien dicha reforma obedeció a un principio de igualdad de las personas

“en los preceptos mencionados [del artículo 107 constitucional] se dispone que esta declaración general no tiene aplicación tratándose de leyes tributarias, lo que corresponde a una tradicional oposición de la Secretaría de Hacienda a esta declaración general de las leyes fiscales, debido a que en su criterio, afecta la facultad recaudatorio del Gobierno Federal y las Entidades Federativas [...]”²⁷⁷

Aunado a lo anterior, existen avisos previos al legislativo, considerado el representante del pueblo a través de cual se da sus normas, antes de declarar la

²⁷⁶ Cossío Díaz, José Ramón, *Sistemas y modelos de control constitucional en México... op. cit.*, p. 125-126.

²⁷⁷ Fix-Zamudio, Héctor, “Las reformas constitucionales mexicanas de junio de 2011 y sus efectos en el sistema interamericano de derechos humanos”, en Ferrer Mac-Gregor, Eduardo y González Oropeza, Manuel (Coord.), *El juicio de amparo. A 160 años de la primera sentencia*, México, UNAM, Instituto de Investigaciones Jurídicas, 2011, t. I., p. 432, visible en: <https://biblio.juridicas.unam.mx/bjv/detalle-libro/3065-el-juicio-de-amparo-a-160-anos-de-la-primera-sentencia-tomo-i>, (5 de octubre de 2019).

invalidez de una norma, por lo que el poder judicial concede a aquel la posibilidad de reconsiderar a ese representante antes de invalidar su acto.

Sin embargo, una interpretación alternativa a la configuración actual del principio de relatividad de las sentencias por obedecer al principio de división de poderes y evitar la confrontación entre los mismos, es visualizar su funcionamiento actual atendiendo a la coordinación y complementación.

Así, el funcionamiento del juicio de amparo indirecto contra disposiciones generales inconstitucionales tiene entre otros objetos, dotar de mayor racionalidad a la norma general con la revisión realizada por el poder judicial y los avisos al poder legislativo. Existe una especie de *reenvío y una comunicación* entre ambos poderes cuya finalidad es obtener una nueva revisión sobre el acto legislativo previo a considerar su inconstitucionalidad.

En efecto, Juventino Castro expresa que “la verdadera esencia de la teoría de Montesquieu llamada de la *trilogía de poderes* no consiste en enfrentar, separar o dividir los poderes [...] sino en un equilibrio”.²⁷⁸ Se piensa entonces, que debe existir una división de poderes en los términos establecidos por Montesquieu en *El espíritu de las leyes*,²⁷⁹ sin embargo, la interpretación que da el exministro es que más que generarse invasión de competencia a través del control abstracto de la constitucionalidad por parte del Poder Judicial en la del Legislativo, las funciones de verificación redundan en los llamados *check and balances* o equilibrios entre los poderes, limitándose recíprocamente en beneficio de la libertad de la persona.

Se considera pues, que el principio de relatividad de las sentencias es completamente vigente ya que se reformuló su operación al generar diversas reglas que restringen los efectos *erga omnes*. Más allá, se puede argumentar que es justificable y sigue respondiendo a las causas de su implementación.

²⁷⁸ Castro y Castro, Juventino V., *Garantía cit.*, p. 342-408.

²⁷⁹ Montesquieu, *El espíritu de las leyes*, versión de Siro García del Mazo, Madrid, Librería de Victoriano Suárez, 1906, pp. 227-228.

CAPÍTULO CUARTO. PRINCIPIOS COMUNES Y PROPIOS DEL CONTROL JURISDICCIONAL DE LAS DISPOSICIONES GENERALES: LA RETROACTIVIDAD COMO LÍMITE A LOS EFECTOS *ERGA OMNES*

La regulación en el sistema jurídico mexicano del control de la constitucionalidad vía acción con efectos *erga omnes* puede deducir principios generales que agrupan sus características. La determinación de esos principios otorga una mejor comprensión del alcance y funcionamiento de los mecanismos de derogación de disposiciones generales análogamente a lo que acaece cuando para crear un concepto se parte del género para después determinar la especie y el accidente. Así también, permite señalar mejoras regulatorias que den más equidad sin dejar a un lado la seguridad jurídica.

En consecuencia, la intención de precisar los principios comunes de los efectos *erga omnes* en las declaraciones de inconstitucionalidad es: i) determinar cómo opera realmente y ii) para determinar cómo puede operar de acuerdo con las posibilidades reales.

A continuación, se propondrán principios generales de las garantías constitucionales que se perciben más importantes tratándose de las declaraciones con efectos *erga omnes*, a saber:

- i) El “Principio de Racionalidad Relevante de la Sentencia” con efectos *erga omnes* en estricto sentido, el cual se asocia con un *plus* de racionalidad que deben tener las sentencias con efectos derogatorios generales por su impacto jurídico en el ámbito cualitativo y cuantitativo. Este principio de relaciona con la cantidad y cualidad de los jueces que integran el Tribunal.
- ii) Principio contramayoritario, puesto que la declaración general de inconstitucionalidad anula la norma emitida por el Legislativo, incluso en contra de la opinión de la mayoría que es representada democráticamente (en términos electorales). Cabe hacer la advertencia

que este trabajo no realiza el juicio sobre la conveniencia o inconveniencia de la decisión contramayoritaria, sino únicamente sobre la condición de racionalidad que debe existir para que la decisión del Tribunal se justifique, y,

- iii) El principio de no retroactividad como límite de los efectos derogatorios, privilegiándose los efectos *pro futuro* en observancia a la seguridad jurídica que se sobrepone a otros principios como la igualdad jurídica y la libertad.

4.1. Principio de Racionalidad Relevante de la Sentencia con efectos erga omnes.

En capítulos anteriores ya nos hemos referido a diversos aspectos de la constitución, su defensa y el control de constitucionalidad con énfasis en los efectos *erga omnes*, destacamos en el Capítulo III, al describir los mecanismos de control de la constitucionalidad, el principio al que se denominó de “*Racionalidad Relevante*”.

Como destacamos al inicio de esta investigación, el principio de razón suficiente demanda que todo lo que es, tiene una razón de ser o explicación suficiente.

Se entiende por razón “el argumento o demostración que se aduce en apoyo de algo”.²⁸⁰ En filosofía se alude a la “razón práctica” como la capacidad de los argumentos o inferencias demostrativas, considerados en su aplicación a la tarea de prescribir o seleccionar la conducta.²⁸¹

Así, es “razonable” lo que está basado en la razón, la lógica o la conveniencia, con la pretensión de que existe una justificación o adecuación de lo expresado con la

²⁸⁰ Diccionario de la Lengua Española de la Real Academia Española, visible en: <http://dle.rae.es/?id=VFawIYq>, (18 de mayo de 2018).

²⁸¹ Audi, Robert (ed.), Diccionario Akal de Filosofía, trad. Humberto Marraud y Enrique Alonso, Madrid, Akal, 2004, p. 824.

realidad. Para efectos jurídicos, lo expresado por el operador jurídico en sus decisiones con la norma que le sirve de fundamento. Lo relevante sobresale por su importancia o significado.

El presente trabajo adopta un concepto de racional o razonable con una justificación material más que formal, ya que puede considerarse que un argumento resulta aceptable o proporcional frente al hecho jurídico, como es la norma, en la cual la lógica formal parece insuficiente. Desafortunadamente, y es de decirse desde este momento, que esa lógica material a la que hace alusión el jurista de Alicante, no deja de tener puntos débiles que se refieren a la subjetividad y relatividad en las resoluciones de los jueces. Reconocerlas esas debilidades no deben desestimarlas sino buscar los mecanismos para alcanzar, en la medida de lo posible, la objetividad.

De acuerdo con Atienza, permitiría distinguir entre la lógica formal o deductiva y la lógica material o informal, ya que como indica aquel jurista “justificar una decisión en un caso difícil significa algo más que efectuar una operación deductiva consistente en extraer una conclusión a partir de premisas normativas y fácticas”.²⁸²

Luego, tratándose de la justificación en estos mecanismos de control de la constitucionalidad la justificación, por ejemplo, de un caso difícil o de ponderación, la lógica material cobra vigencia por lo que se ajustaría a este tipo de razonamiento.

Cuando existe una adecuación entre los hechos y la norma, se debe convenir que toda resolución jurisdiccional debidamente fundada y motivada es razonable. Sin embargo, por las características especiales de *textura abierta*²⁸³ del lenguaje jurídico, en donde impactan temas como la polisemia, la vaguedad y la ambigüedad, que se trasladan al lenguaje constitucional, exigirá una racionalidad más allá de lo ordinario. Deberá ser *relevantemente razonable*.

²⁸² Atienza, Manuel, *Las Razones Del Derecho. Teorías de la argumentación jurídica*. México, Universidad Nacional Autónoma de México, Instituto de Investigaciones Jurídicas, 2005, p.7.

²⁸³ Cfr. Hart, Herbert L. A., *El concepto del derecho*, trad. Genaro R. Carrió, Buenos Aires, ed. Abeledo-Perrot, 1961, p. 159.

Por tanto, el **Principio de Racionalidad Relevante es el nivel de justificación que exige una resolución judicial por su impacto en la sociedad y por la indeterminación de la norma jurídica.**

La complejidad del razonamiento judicial al entender el derecho como una práctica social compleja, es explicada Jesús Vega, al comparar las teorías del positivismo, normatividad y teoría de la Argumentación, a saber:

“[...] la práctica judicial conecta entre sí partes o segmentos de la práctica jurídica (las prácticas legislativas o productoras de normas generales en sentido amplio, incluyendo la constitución y la actividad reglamentaria) con partes o segmentos de la práctica social (casos o situaciones particulares de la vida social, económica, política, etc.) a propósito de los cuales se trata de decidir o resolver controversias con arreglo a aquellas normas generales y sus razones inspiradoras.²⁸⁴

Por tal motivo, conceptualiza la función de decir el derecho como una interpretación entre lo indicado por el legislador y las prácticas sociales de la siguiente forma:

“Así se entiende que la jurisdicción ha de ser una práctica de rango justificativo: el deber de motivación presupone que la aplicación es el resultado de una inferencia práctica en la que el juzgador, al identificar e interpretar la regla aplicable, entronca con esas razones no meramente instrumentales de la decisión legislativa como exigencia necesaria para fundar su propia decisión. La racionalidad de «decir el Derecho» se vincula a un juicio de corrección diferido o distanciado que presupone los valores de independencia e imparcialidad, en el sentido no ya solo de excluir la arbitrariedad (la práctica de seguir uniforme e igualmente reglas formalizadas previas) sino también de garantizar a su través la justicia material, es decir, el logro real reiterado en la práctica de ciertos valores sustantivos.”²⁸⁵

²⁸⁴ Vega, Jesús, “Límites de la jurisdicción, concepciones del Derecho y activismo judicial, *Doxa. Cuadernos de filosofía del derecho*, España, Universidad de Alicante, núm. 41, 2018, p. 132, visible en: <http://rua.ua.es/dspace/handle/10045/78847>, (7 de septiembre de 2019).

²⁸⁵ *Ibidem*, 133.

La racionalidad tiene condiciones previas que deben destacarse. León Olivé, expresa que la objetividad es la aceptabilidad racional. Para que exista tal, es indispensable que los miembros de una comunidad, al que llama epistémica (basándose en Luis Villoro en su obra *Creer, Saber, Conocer*), compartan un marco conceptual, valores, conocimientos e ideas comunes.²⁸⁶ Debe pues, existir un conocimiento y sentimientos comunes.

En cuando a la aceptabilidad del auditorio el mismo jurista expresa que “la objetividad se refiere, pues, a la posibilidad de reconocimiento público, en una comunidad determinada, de que hay una situación de hecho”.²⁸⁷ Por tanto, desde esta perspectiva, “lo que es un saber objetivo en una sociedad, para una comunidad epistémica, puede no serlo para otra distinta, en otras condiciones, con diferente tecnología, creencias y valores, quizá con diferentes relaciones sociales.”²⁸⁸

Esto cobra relevancia cuando se advierte el argumento de autoridad que se escucha en la comunidad de juristas litigantes y doctrinarios al señalar sobre una cuestión de derecho, “lo ha dicho la corte” o “ya lo resolvió la corte” para terminar, triunfalmente una discusión sobre un caso polémico, incluso cuando existe una disconformidad generalizada tanto en los abogados litigantes y en la propia sociedad con conocimientos básicos de derecho, al afirmar que las resoluciones son injustas, ilegales, incompletas o incoherentes. La propia SCJN en México expresa ese aforismo como símbolo de incuestionabilidad en la decisión.

La disconformidad implica falta de objetividad o racionalidad, toda vez que lo dicho por la “Corte” no se ajusta a los hechos.

Luego, cabe preguntarse pues, si las resoluciones de la Suprema Corte de Justicia de la Nación están dotadas más de autoridad (por su nivel jerárquico, su manera de integrarse con la intervención del Ejecutivo y el Legislativo, su cantidad, la forma de operar, etc.) o por la racionalidad (objetividad de sus resoluciones).

²⁸⁶ Olivé, León, Racionalidad y legitimación política, *Doxa. Cuadernos de filosofía del derecho*, Alicante, España, 1987, núm. 4, p. 132, visible en: <https://doxa.ua.es/article/view/1987-n4-racionalidad-y-legitimacion-politica>, (10 de septiembre de 2019).

²⁸⁷ *Idem*.

²⁸⁸ *Idem*.

Es fácil tener una objetividad, por ejemplo, respecto a la discriminación por causas justificadas entre el hombre y la mujer con fundamento en el artículo 4 de la CPEUM. Sin embargo, no existe racionalidad generalizada sobre cuándo inicia la vida de acuerdo con la constitución mexicana, en qué circunstancias debe prevalecer la libertad de expresión o el derecho a la intimidad, sobre la absoluta prevalencia del derecho a la vida sobre el derecho a la libertad religiosa, etc.

La dificultad del consenso fáctico, hace ver Atienza, radica:

“en el hecho de que en la construcción de acuerdos juegan siempre un papel los prejuicios sociales, el nivel de información del auditorio, la distinta habilidad argumentativa de quienes sostienen una y otra opinión y en general, una serie de circunstancias de factores <espúreos>, que hacen que no pueda identificarse sin más <opinión mayoritaria> y <opinión razonable>” (sic).²⁸⁹

Por tanto, el jurista de Alicante, afirma que es mejor apelar a un consenso de tipo ideal o “racional” que se traduce, en el precedente o resoluciones anteriores que permitan, en los fundamentos legales esgrimidos y condiciones fácticas consideradas, para al menos de manera primaria, orientar la decisión del juez hacia una *pretensión* de objetividad. En este sentido, en la discrepancia entre decidir sobre la opción A o B, los puntos de acuerdo entre las diferentes posturas nos pueden hacer ver los fundamentos aplicables.²⁹⁰ Se trata pues, de generar un punto de partida.

Aulus Arnio, expresa en relación con el auditorio a quien va dirigido el discurso que:

“En la interpretación jurídica no sólo es significativa la relación entre el que emite el texto (es decir, el legislador) y el que lo interpreta (es decir, el juez o funcionario). También tiene que tenerse en cuenta la relación que el intérprete tiene con los otros miembros del auditorio de la interpretación o comunidad

²⁸⁹ Atienza, Manuel, “Para una razonable definición de lo <razonable>”, *Doxa. Cuadernos de filosofía del derecho*, Alicante, España, 1984, núm. 4, pp.197-198, visible en: <https://doxa.ua.es/article/view/1987-n4-para-una-razonable-definicion-de-razonable>, (2 de noviembre de 2019).

²⁹⁰ *Ibidem*, p. 199.

jurídica [...] tiene que llegar [el intérprete] a un nivel de *aceptabilidad general* al atribuir un significado a un parte del texto jurídico.”²⁹¹

Lo anterior, obedece a que el derecho es “un medio autorizado del poder social”.²⁹² Sin embargo, no deja de expresar el mismo jurista finlandés que ese auditorio es una ideal de razonabilidad que no existe y que sirve para criterio para “sopesar las diversas interpretaciones alternativas”.²⁹³

En este tenor, Arnio expresa que “la pretensión de racionalidad en la interpretación no implica, sin embargo, que cada uno y cualquiera que se ajuste a los principios de razonabilidad deba aceptar racionalmente los mismos resultados de la interpretación”,²⁹⁴ por lo que se inclina a no tener la única respuesta correcta, sobre todo en los casos difíciles.

Hay situaciones que hacen relevantemente razonable (al menos formalmente) una sentencia anulatoria con efectos *erga omnes* de la Suprema Corte respecto a otro tipo de sentencias de los Tribunales Federales. Ya que, si bien estas últimas son razonables, no están revestidas de elementos adicionales como i) la cantidad de jueces que integran el órgano jurisdiccional, ii) la forma en que actúa colegiadamente, iii) la cantidad de votos que requiere cada resolución, iv) la naturaleza del órgano jurisdiccional, y iv) la argumentación que debe contener la resolución para que sea aceptable o proporcionada.

Esquemáticamente se pueden representar de la siguiente manera:

Principio de Racionalidad Relevante		
<i>Aspecto cuantitativo</i>	<i>Aspecto cualitativo</i>	
Forma de integración del órgano jurisdiccional	Funciones del órgano jurisdiccional	Características del acto del órgano jurisdiccional

²⁹¹ Arnio, Aulis, “Sobre la ambigüedad semántica en la interpretación jurídica”, *Cuadernos de filosofía del derecho*, Alicante, España, núm. 4, 1987, p. 114, visible en: https://rua.ua.es/dspace/bitstream/10045/10903/1/Doxa4_07.pdf, (19 de noviembre de 2019).

²⁹² *Idem*.

²⁹³ *Ibidem*, p. 116.

²⁹⁴ *Ibidem*, p. 115.

<ul style="list-style-type: none"> • Cantidad de jueces • Forma en que actúa colegiadamente (Pleno). • Votación 	Naturaleza del órgano jurisdiccional.	Motivación, fundamentación y argumentación.
--	---------------------------------------	---

Por método, en este Capítulo se abordarán primero los elementos más simples a los más complejos que integran el denominado principio de racionalidad relevante. Esto es, de los elementos cuantitativos (integración y cantidad de votos del órgano jurisdiccional), a los cualitativos (la naturaleza de sus funciones y características del acto del órgano jurisdiccional). Después se desarrollarán otros principios como son el contramayoritario y no retroactividad, los cuales se complementarán con aquel.

En el caso del Sistema Jurídico Mexicano los tres controles de la constitucionalidad antes señalados: controversias constitucionales, acciones de inconstitucionalidad y el juicio de amparo en la declaración general de inconstitucionalidad, participan del denominado principio de racionalidad relevante en el aspecto *cuantitativo* en cuanto que:

- Participa un órgano colegiado que numéricamente es el de mayor tamaño actuando en Pleno o en Salas. Respecto a las últimas, se integran cada una por 5 ministros, bastando la presencia de cuatro para funcionar conforme al artículo 15 de la Ley Orgánica del Poder Judicial de la Federación.
- La resolución para dejar sin efectos las disposiciones generales contrarias a la Constitución tiene que ser determinada en Pleno, esto es, con la concurrencia de 10 ministros y el presidente de la Suprema Corte de Justicia.
- La votación de la Suprema Corte de Justicia tiene que ser calificada, es decir, 8 ministros de un total de 11. Lo que implica un umbral de votos superior a una mayoría simple para aprobar una decisión.

Las tres características anteriores, blindan, al menos *a priori*, a la resolución con efectos generales, frente a la univocidad e incertidumbre. A continuación, se señalarán aspectos generales.

4.1.1. Cantidad de jueces en la Suprema Corte de Justicia de la Nación

La estructura del tribunal constitucional en México como órgano colegiado obedece a la razón de dotar de una mayor racionalidad su resolución al momento de determinar la invalidez de la norma. La estructura de órganos plurales para toma de decisiones no es propia del Derecho, pero ha cobrado mayor relevancia al momento de dotar de significado a los enunciados jurídicos ambiguos o en conflicto. Por tanto, la integración colegiada de los Tribunales Constitucionales es generalmente aceptada.

Ciertamente, más personas generan distintos puntos de vista, lo que permite evitar la univocidad. Sin embargo, diversidad de opiniones genera multivocidad, pero es un riesgo que se acepta si se conviene que el objetivo de las decisiones colegiadas es encontrar el acuerdo proporcional en la argumentación. El órgano colegiado robustece la decisión frente a la mayoría e intenta reducir la indeterminación de la norma.

Destaca entre los órganos colegiados jurisdiccionales la Suprema Corte por su naturaleza y jerarquía, pero también por el *número de ministros* que integran dicho órgano jurisdiccional del Estado. El legislador federal buscó fortalecer las decisiones del tribunal jerárquicamente superior dotándolo de un número mayor de miembros frente a otros juzgados. Por tanto, si se admite otra interpretación respecto a la composición del Tribunal Constitucional, la Suprema Corte en México es jerárquicamente superior a la de otros juzgados por una situación *normativa* (porque así lo señala el sistema jurídico mexicano) y, además, por una apariencia sociológica de *mayoría* frente a otros juzgados federales y colegiados. “Es la mayoría, por eso pueden tener razón”.

La racionalidad relevante que se genera a través de la cantidad de ministros o jueces que integran la Suprema Corte de Justicia de la Nación es presente en el derecho comparado. En España el artículo 159 de su Constitución señala 12 miembros del Tribunal Constitucional Español. En Estados Unidos de América la Constitución no especifica el número de miembros que debe tener la Corte Suprema, sin embargo, actualmente son nueve en términos del *Judiciary Act of 1869*.²⁹⁵ En el caso de Francia el Consejo Constitucional estará compuesto por nueve miembros en términos del artículo 56 de su Constitución. Finalmente, en Italia la integración del Tribunal será de 15 miembros con fundamento en el artículo 115 de su constitución.

Como se señaló líneas arriba, una cantidad mayor de individuos implica, *a priori*, mayor racionalidad en la decisión que se adopte. Si a esto se suma que son personas especializadas en la materia jurídica y la actividad jurisdiccional, así como que tiene un nombramiento especial revestidos por una propuesta del Presidente de la República al Senado en términos del artículo 96 de la CPEUM, se considera que se incrementa el nivel de racionalidad que puede existir tratándose de un órgano jurisdiccional compuesto por uno o tres jueces.

La hipótesis de “mayoría igual a racionalidad no es absoluta”, ya que también un número desproporcionado de jueces puede generar descontrol y desacuerdo en la toma de una decisión. Por ello, diversos Tribunales Constitucionales buscan un número adecuado en una media entre 9 y 15 (conforme a los ejemplos señalados arriba). Un número impar para evitar empates.

4.1.2. Actuación en Pleno del Tribunal Constitucional

²⁹⁵ *Debates on the Federal Judiciary: A Documentary History* (Vol. I: 1787–1875), visible en: <https://www.fjc.gov/content/debates-federal-judiciary-documentary-history-volume-i-1787%E2%80%931875>, consultada el 6 de febrero de 2019.

El Pleno de la Suprema Corte de Justicia de la Nación se compone de la totalidad de los ministros que la integran, siendo once en términos de los artículos 94, tercer párrafo, de la CPEUM y el 4° de la Ley Orgánica del Poder Judicial de la Federación.

El último de los preceptos señala que basta la presencia de *siete* ministros para que pueda funcionar por regla general. Sin embargo, tratándose de la Controversia Constitucional, la Acción de Inconstitucionalidad y el Juicio de Amparo cuyas resoluciones tengan efectos *erga omnes* en su declaración de nulidad de disposiciones generales inconstitucionales, se requerirá la presencia de al menos *ocho ministros* en términos de los artículos 4° y 7° del último de los ordenamientos jurídicos. Luego, la exigencia de racionalidad es superior.

Consecuentemente, los asuntos que son competencia del Pleno de la Suprema Corte son de mayor relevancia frente a los otros que son revisados en las Salas de dicho órgano jurisdiccional. Así se advierte de la lectura del artículo 10, fracciones I y XI, de la Ley Orgánica del Poder Judicial de la Federación, destacándose la función de conocer de las Controversias Constitucionales, la Acción de Inconstitucionalidad y procedimientos de declaratoria general de inconstitucionalidad.

Como se expresó líneas arriba, en la declaración de efectos generales en el juicio de Amparo puede ser conocido por el pleno o las salas de la Suprema Corte dentro de la etapa de los avisos realizados a la autoridad emisora del acto, pero para efecto de declarar la inconstitucionalidad de la disposición general con efectos generales, es indispensable la concurrencia del pleno de la Suprema Corte en términos del artículo 4, 10 fracción IX de la citada ley y del 232 de la Ley de Amparo.

4.1.3. La mayoría calificada en la votación sobre los efectos generales

Como se indicó en el Capítulo Tercero, tratándose de este tipo de resoluciones de invalidez con efectos generales es indispensable que el acuerdo sea aprobado por una mayoría de por lo menos ocho votos, esto es, se pide una mayoría calificada.

La mayoría calificada demanda un *nivel de acuerdo* más elevado que una mayoría simple. Esto es así, ya que tratándose de un caso que involucre la anulabilidad de una norma con efectos generales requiere un margen más amplio de votación de dos a uno. Esto es, un tres a uno que se refleja en una votación de ocho ministros que coincidan con la inconstitucionalidad de una norma general.

Se requiere entonces, un nivel de racionalidad relevante proporcionado por la mayoría calificada en la votación del Máximo Tribunal, que permita “superar” la presunción de que el acto, supongamos del legislativo, se ajusta a la Constitución.

Los tres anteriores criterios parten de la fórmula: “a más personas, más racionalidad”.

4.1.4. La naturaleza del Tribunal constitucional

Este es el primero de los elementos cualitativos del principio de racionalidad relevante. Se ubicaría en una de las ópticas de la naturaleza jurídica del Tribunal Constitucional a la que Eduardo Ferrer Mac-Gregor hace alusión; la del funcionamiento del tribunal.²⁹⁶ La relativa a la organización se consideró por esta investigación como elemento cuantitativo.

Señala el miembro de la Corte Interamericana de Derechos Humanos que el Tribunal Constitucional es “el órgano jurisdiccional de mayor jerarquía que posee la función esencial y exclusiva de establecer la interpretación final de las disposiciones de carácter fundamental [...] donde podemos ubicar a la Suprema Corte de Justicia de México [...] debido a las reformas constitucionales de 1987, 1994 y 1999”.²⁹⁷

La Suprema Corte de Justicia de la Nación al ser el máximo órgano jurisdiccional en México para aplicar e interpretar la norma fundamental en términos de los

²⁹⁶ Ferrer Mac-Gregor, Eduardo, “Los Tribunales Constitucionales y la Suprema Corte”, ..., *op. cit.*, p. 242.

²⁹⁷ *Idem.* Cabe expresar que el jurista señala las ópticas forma y material, pero por cuestiones de claridad a la propuesta del presente trabajo se expresará tal como se señala.

artículos 94, párrafo 10 de la CPEUM, 10 y 21 de la Ley Orgánica del Poder Judicial de la Federación, tiene el carácter de Tribunal Constitucional. Es por ello pertinente la afirmación del jurista mexicano en el sentido de que los países que adoptaron el sistema americano, el órgano jurisdiccional de mayor jerarquía es análogo a un tribunal constitucional.²⁹⁸

Por tanto, se actualiza del nivel relevante de racionalidad cuando la Suprema Corte conoce del Juicio de Amparo con efectos generales, las controversias y las Acciones de inconstitucionalidad, debido a que esos procesos constitucionales son extraordinarios o especiales frente a los que son competencia de otros tribunales que integran el Poder Judicial de la Federación en términos del citado artículo 94 de la CPEUM, puesto que se ajusta a la definición del integrante de la Corte Interamericana de Derechos Humanos, a saber:

“[...] altos órganos judiciales o jurisdiccionales situados dentro o fuera del poder judicial, independientemente de su denominación, cuya función material esencialmente consiste en la resolución de los litigios o conflictos derivados de la interpretación o aplicación directa de la normativa constitucional”.

Finalmente, cabe adicionar una característica más de Peter Häberle de la naturaleza del Tribunal Constitucional, y es que también es considerado por el jurista alemán como un Tribunal Social. Lo anterior, toda vez que la integración del tribunal constitucional responde no sólo a elementos técnicos que se les debe pedir a los ministros, sino a elementos sociales y a la pluralidad de los mismos. Así “la elección de los jueces constitucionales del espectro de todos los partidos [...], inserta de un modo efectivo al pluralismo en el proceso constitucional (y ejerce una influencia sobre él).”²⁹⁹ Por tanto, dice el jurista, el tribunal constitucional es un tribunal social más que estatal, por lo que a través de sus decisiones se abre a la variedad de ideas e intereses se retroalimenta con la sociedad.³⁰⁰

²⁹⁸ *Idem*, p. 242.

²⁹⁹ Häberle, Peter, “La jurisdicción constitucional institucionalizada”, en Ferrer Mac-Gregor, Eduardo (coord.), *Derecho Procesal Constitucional*, 4ª edición, México, Editorial Porrúa-Colegio de Secretarios de la Suprema Corte de Justicia de la Nación, A.C., 2003, t.1., p. 374.

³⁰⁰ *Ibidem*, 375.

Queda pues claro que la integración del Tribunal es diferente por su integración, forma de elección, número y características formales que lo hacen diverso cualitativa y cuantitativamente.

4.1.5. Características de la sentencia del órgano jurisdiccional

Este es el segundo elemento cualitativo y el requisito especial que configura el denominado Principio de Racionalidad Relevante referente a las cualidades que debe tener el acto o la resolución para que sea razonable. Más de lo ordinario.

Se ha señalado líneas arriba que los actos de los juzgados federales y los locales son también razonables. Incluso deben aplicar herramientas jurídicas que les da la misma norma para justificar sus decisiones tales como la motivación y la fundamentación.

Sin embargo, en las resoluciones con efectos derogatorios generales el nivel de justificación que exige una resolución judicial por la relevancia del impacto jurídico y por la indeterminación de la norma jurídica es más alto, ya que inclusive pueden ir en contra de un convencionalismo social o de una decisión del legislador, que de acuerdo a la teoría clásica de la división de poderes, tiene la representación directa de la sociedad.

4.1.5.1. Indeterminación normativa e interpretación constitucional

Es oportuno distinguir, como lo hace Letizia Gianformaggio el concepto de interpretación. Existe la interpretación de derecho en el sentido de responder qué es derecho, cuál es el derecho y qué dice o prescribe el derecho.³⁰¹ Se considera

³⁰¹ Gianformaggio Letizia, "Lógica y argumentación en la interpretación jurídica o tomar a los juristas intérpretes en serio", *Doxa. Cuadernos de filosofía del derecho*, España, Universidad de Alicante,

para efectos de esta investigación que la indeterminación normativa se da especialmente en lo que prescribe o dice el texto constitucional por lo que nos avocaremos a continuación a dicho concepto.

Para el jurista Eduardo García Maynez “interpretar es desentrañar el sentido de una expresión. Se interpretan las expresiones, para descubrir lo que significan La expresión es un conjunto de signos; por ello tiene significación.”³⁰²

De acuerdo con Rolando Tamayo y Salmorán interpretación provienen del latín *interpretatio*, a su vez del verbo *interpretor* que significa agente o intermediario. Por ello “el intérprete comunica a los demás [...] el significado que se atribuye a ciertas cosas, signos o acontecimientos.”³⁰³

Rolando Tamayo en una concepción de interpretar endiente:

“el acto de dotar de significado, mediante un lenguaje, a ciertos objetos: signos, fórmulas o eventos, [...] de esta manera quien inquiera por el significado de ciertos signos, fórmulas o acontecimientos y dé respuesta al respecto se encuentra, en realidad, está *asignando* un significado a tales objetos.”³⁰⁴

El mismo jurista concluye que la jurisprudencia “es justamente la actividad que consiste en <encontrar> y aplicar las reglas de la interpretación del lenguaje del derecho,”³⁰⁵ situación que aumenta la complejidad de dar significado si se considera que “el lenguaje en el que el derecho se formula se distingue claramente del

núm. 4, 1987, pp. 88-89, visible en: <https://doxa.ua.es/article/view/1987-n4-logica-y-argumentacion-en-la-interpretacion-juridica-o-tomar-a-los-juristas-interpretes-en-serio>, (5 de noviembre de 2019).

³⁰² García Máynez, Eduardo, *Introducción al estudio del derecho*, 55ª ed., México, Editorial Porrúa, 2003, p. 325.

³⁰³ Tamayo y Salmorán, Rolando, “La interpretación constitucional (la falacia de la interpretación cualitativa)”, en Ferrer Mac-Gregor, Eduardo (coord.), *Derecho Procesal Constitucional*, 3ª edición, México, Porrúa-Colegio de Secretarios de la Suprema Corte de Justicia de la Nación, A.C., 2002, t. III, p. 2834.

³⁰⁴ Tamayo y Salmorán, Rolando, “Introducción a la ciencia del derecho y a la interpretación jurídica. La jurisprudencia romana”, *Boletín de derecho comparado*, México, núm. 39, 1980, p. 837, visible en: <https://revistas.juridicas.unam.mx/index.php/derecho-comparado/issue/view/48>, (7 de agosto de 2019).

³⁰⁵ *Idem*.

lenguaje común (del cual toma su vocabulario) en la medida en que se interpreta y se reformula según un metalenguaje diferente al del lenguaje común”³⁰⁶.

El filósofo afirma que la interpretación jurídica se puede referir a la asignación de un *significado jurídico* a hechos u objetos ya conocidos como derecho.³⁰⁷

Cabe hacer ver la apreciación que realiza Joseph Raz ya que la respuesta qué es la interpretación se asocia con la pregunta qué es el derecho.³⁰⁸ Por tanto la concepción del derecho que se tenga, iusnaturalista o positivista (principalmente) determinará qué se entiende por interpretación.

De acuerdo con Guastini la interpretación jurídica denota “la actividad de averiguar o decidir el significado de algún documento o texto jurídico, o bien, el resultado o producto de esa actividad: el significado mismo. El jurista italiano hace una distinción entre enunciado jurídico y norma. Siendo el primero el texto jurídico y la segunda, una vez que se le da significado o se interpreta, así:

“[...] el modo de expresarse normalmente, según el cual la interpretación tiene como objeto *normas*, es correcto a condición de que, en este contexto, por <norma> se entienda (como a veces se concibe) un *texto* normativo. Pero ese modo de hablar es incorrecto, desviante, si por <norma> se entiende (como sucede comúnmente) no ya el texto normativo, sino el *significado* que contiene. En tal caso, la norma constituye no el objeto sino el producto de la actividad interpretativa.”³⁰⁹

De conformidad con Domingo García Belaunde, “la interpretación en sentido amplio es buscar en sentido de una norma para poder aplicarla”.³¹⁰ De acuerdo con lo afirmado con este autor, el ejercicio interpretativo actualmente tiene complicaciones

³⁰⁶ *Idem*.

³⁰⁷ Tamayo y Salmorán, Rolando, “La interpretación constitucional...”, *op. cit.*, p. 2838.

³⁰⁸ Raz, Joseph, “La intención en la interpretación”, trad. De Juan José Moreso y Pablo E. Navarra, *Doxa. Cuadernos de filosofía del derecho*, España, Universidad de Alicante, núm. 20, 1997, p. 200, visible en <https://doxa.ua.es/issue/view/1997-n20> (17 septiembre de 2019).

³⁰⁹ Guastini, Riccardo, *Estudios sobre la interpretación jurídica*, trad. de Marina Gascón y Miguel Carbonell, México, UNAM, Instituto de Investigaciones Jurídicas, 2016.

³¹⁰ García Belaunde, Domingo, “La interpretación constitucional como problema”, en Ferrer MacGregor, Eduardo (coord.), *Derecho Procesal Constitucional*, 3ª edición, México, Editorial Porrúa-Colegio de Secretarios de la Suprema Corte de Justicia de la Nación, A.C., 2002, t.III.

toda vez que la lógica formal con el *modus ponens*, no responde a las necesidades actuales de la interpretación porque existen fundamentos extra-lógicos.³¹¹

¿En dónde radica la problemática? García Belaunde expresa que todo proceso interpretativo inicia de un texto como lenguaje. Ese lenguaje es el que se usa de forma natural e incluso de forma científica. Sin embargo, en el mundo normativo (moral, religioso, jurídico) el lenguaje natural se presta a confusiones.³¹²

Para Juan B. Etcheverry ante la insuficiencia del derecho para dar una respuesta a lagunas, indeterminaciones o antinomias “el operador jurídico encargado de dirimir dicha cuestión debe decidir con base en argumentos o razones que vas más allá de los que proveen las normas positivas”.³¹³

Por tal motivo, manifiesta el jurista que “[...] el lenguaje jurídico [...] posee núcleos de significado claro [...] en los que existe un acuerdo general sobre la aplicabilidad de un término, y zonas de penumbra en las que se experimentan los límites de la orientación que el lenguaje general puede proporcionar”.³¹⁴

En el caso de las antinomias los criterios de prelación de temporalidad, especialidad y jerarquía no logran resolver conflictos de derechos fundamentales,³¹⁵ de ahí entonces la dificultad que tiene el texto normativo constitucional.

Carlos Massini expresa que interpretación jurídica es el “proceso cognoscitivo –y al resultado de ese proceso- a través del cual se aprehende la significación preceptiva de un texto jurídico-normativo [...]”, sigue diciendo el jurista que la interpretación “es descubrir, en un enunciado normativo determinado, cuál es la norma jurídica que

³¹¹ *Idem*.

³¹² *Ibidem*, 2674.

³¹³ Etcheverry, Juan B., “Causas y naturaleza de la discrecionalidad judicial en la interpretación y aplicación de derecho”, en Cianciardo Juan (coord.), *Constitución, Neoconstitucionalismo y Derechos. Teoría y aplicaciones en la interpretación de derechos fundamentales*, México, ed. Porrúa-IMDPC, 2012, p. 92.

³¹⁴ *Ibidem*, p. 94.

³¹⁵ *Idem*.

con él significa, i.e., la norma-proposición lógica adecuada a la resolución de un caso práctico, en especial el práctico-jurídico.”³¹⁶

La evolución de la interpretación (no solo la constitucional) parte desde una especie de fe ciega en el legislador de modo de *limitar* al juez únicamente a aplicarla como una especie de operador mecánico después de la Revolución Francesa, después a interpretar en casos excepcionales y de integración del derecho cuando existía una laguna o indeterminación, hasta la etapa que considera a los jueces con la facultad de interpretar aún en casos en que no exista duda o incertidumbre.³¹⁷

Es ya conocido que existen ciertos casos que demandan una fundamentación y motivación más allá de lo ordinario; la interpretación de conceptos constitucionales ambiguos o derechos fundamentales en conflicto. Verbigracia de los primeros al definir desde qué momento inicia la vida. Los segundos, en el conflicto de dos derechos humanos como pueden ser la libertad religiosa frente a la integridad física de una persona. Este último caso utiliza adicionalmente otras técnicas argumentativas como la ponderación.

Se explicarán brevemente la fundamentación y motivación como herramientas jurídicas esenciales que dan certeza a los actos de los juzgados con algunos ejemplos cuando se involucra la interpretación directa de un precepto constitucional y del cual conoce la Suprema Corte de Justicia en términos del artículo 10 fracciones I, II y III de la Ley Orgánica del Poder Judicial de la Federación.

El citado artículo 16 de la CPEUM señala la obligación de toda autoridad de fundar y motivar su actuar a fin de estar en posibilidad de afectar o intervenir la esfera jurídica de cualquier persona.

³¹⁶ Massini Contreras, Carlos, “La teoría de derecho natural y la interpretación jurídica”, en Cianciardo Juan (coord.), *Constitución, Neoconstitucionalismo y Derechos. Teoría y aplicaciones en la interpretación de derechos fundamentales*, México, ed. Porrúa-IMDPC, 2012, p. 71.

³¹⁷ Fix-Zamudio, Héctor, “Lineamientos esenciales de la interpretación constitucional”; en Ferrer MacGregor, Eduardo (coord.), *Derecho Procesal Constitucional*, 3ª edición, México, Editorial Porrúa-Colegio de Secretarios de la Suprema Corte de Justicia de la Nación, A.C., 2002, t. III, pp. 2763-2768.

Por fundar se entiende la obligación de cualquier autoridad de señalar los preceptos de derecho en los cuales basa su resolución. Por su parte, motivar, conforme al criterio Jurisprudencial de la Segunda Sala del máximo tribunal constituye expresar “[...] las razones particulares o causas inmediatas que se haya tenido en consideración la autoridad para la emisión del acto; siendo necesario, además, que exista adecuación entre los motivos aducidos y las normas aplicables, es decir, que en el caso concreto se configuren las hipótesis normativas.”³¹⁸ Esto es, el conjunto circunstancias de hecho que justifican porqué se ajusta al precepto de derecho.

Para que una norma sea válida se debe justificar en términos de Rodolfo L. Vigo, toda vez que:

“una norma jurídica es válida cuando ella cuenta con razones suficientes que la justifican y, por ende, la tornan obligatoria a dicha norma, por lo que sus destinatarios deben aplicarla o cumplirla, o de lo contrario asumir — justificadamente— las consecuencias previstas para su incumplimiento. Justificar la norma es fundamentarla o motivarla de manera que gracias a esas razones que la respaldan, se puede comprender lo en ella se ha dispuesto u ordenado”.³¹⁹

El uso de las herramientas jurídicas es análogo entre los juzgados locales, federales y el Tribunal Constitucional, ya que como se indicó consiste en precisar el precepto legal aplicable al caso concreto y dar los motivos y consideraciones que se tomaron en cuenta para indicar ese enunciado jurídico. Consideraciones mínimas de cualquier resolución jurisdiccional.

Sin embargo, refiriéndose a cuestiones en la que exista la violación o interpretación directa de un derecho fundamental, la labor del juez constitucional de emitir sentencias demanda un ejercicio de la actividad jurisdiccional más relevante para justificar sus resoluciones.

³¹⁸ Semanario Judicial de la Federación, Séptima Época, Volumen 97-102, Tercera Parte, p. 143.

³¹⁹ Vigo, Rodolfo L., “Una teoría de la validez jurídica” *Doxa. Cuadernos de Filosofía del Derecho*, España, Universidad de Alicante, núm. 39, 2016, p. 102, visible en: https://rua.ua.es/dspace/bitstream/10045/60158/6/Doxa_39_07.pdf, (10 de agosto de 2019).

No es casualidad que al Máximo Tribunal se le reserve el ejercicio de aquellas facultades relacionadas con la revisión de las sentencias de órganos jurisdiccionales con competencia constitucional, en términos de los artículos 10, fracción III y 21, fracción II, inciso a) y III inciso a) de la Ley Orgánica del Poder Judicial de la Federación, debido al nivel de indeterminación que existe en el lenguaje utilizado en la constitución y la relevancia del alcance de la resolución.

Por tanto, el tratamiento que le otorga el sistema jurídico mexicano al Tribunal Constitucional es una especie de “[...] cúspide reflexiva que se encarga de las tareas de autocontrol”³²⁰, sin embargo, depende de qué tipo de autoridad formal o moral se quiera considerar, ya que, en el segundo caso, se piensa, se cae en una especie de falacia de referencia a la autoridad equivocada.

Luego, se puede afirmar que a mayor indeterminación del texto jurídico mayor nivel de racionalidad se le exige al juzgador.

Raúl Canosa Usera afirma, que el pluralismo axiológico que existe en las constituciones “conduce así a constituciones abiertas donde lo único absoluto acaso sea la apertura constante y necesaria”³²¹ por lo que el Tribunal Constitucional debe limitarse a “mantener abierto el marco constitucionalmente fijado y garantizar margen suficiente a las mayorías sucesivas para que éstas desarrollen la Constitución según sus opciones programáticas”:³²² Sin embargo, ese ejercicio interpretativo no está exento de polémica de que “el máximo intérprete de la Constitución se convierta en amo de la constitución.”³²³

Por tanto, de acuerdo con Canosa Usera, la tensión de las relaciones entre el tribunal constitucional y legislador democrático se puede controlar mediante el “*self*

³²⁰ Habermas, Jürgen, *Facticidad y Validez*, trad. de Manuel Jiménez Redondo, Madrid, Ed. Trotta, 998, p. 313.

³²¹ Canosa Usera, Raúl, “Interpretación constitucional y voluntad democrática”, en Ferrer MacGregor, Eduardo (coord.), *Derecho Procesal Constitucional*, 3ª edición, México, Editorial Porrúa-Colegio de Secretarios de la Suprema Corte de Justicia de la Nación, A.C., 2002, t.III, p. 2063.

³²² *Idem.*

³²³ *Idem.*

restraint, el autocontrol del tribunal, es decir, la deliberada tendencia [...] a dejar margen al legislador para que con libertad desarrolle la Constitución”.

Jorge Ulises Carmona Tinoco destacando las cualidades diversas de los jueces de los tribunales constitucionales respecto de los ordinarios manifiesta que “una de las preocupaciones [es] contar con jueces verdaderamente preparados en todos los sentidos, que posean la habilidad necesaria para desentrañar de la mejor manera el sentido y alcance de los preceptos constitucionales [...]”.³²⁴ Lo anterior obedece no solo porque la norma constitucional se encuentra en la cúspide los sistemas normativos sino por la generalidad y abstracción que muchas veces admiten diversos sentidos.³²⁵

Por tanto, el mismo Carmona Tinoco expresa que la naturaleza de las normas constitucionales son *sui generis* frente a otras ordinarias, por tanto, la labor del juez constitucional también se vuelve diferente frente a los jueces ordinarios. Así, en “la aplicación de la Constitución el juez goza, como en ningún otro caso, de un amplio margen para decidir, permitiéndole una labor interpretativa e integrativa extensa y dinámica.”³²⁶

Luego, las funciones del juez constitucional son: la i) orientación (en cuanto genera pautas y criterios”, ii) actualización (ajusta la norma a la realidad social), iii) función de control (verifica que los actos de las diversas autoridades se ajusten al marco constitucional).³²⁷

De acuerdo con Francisco Fernández Sessgado, el texto constitucional tiene particularidades que realizarían la aplicación de las mismas especial. En este tenor destaca: i) la constitución es una norma programática y con fines políticos, ii) es la norma suprema por lo que su interpretación impacto a todas las normas

³²⁴ Carmona Tinoco, Jorge Ulises, “Algunos aspectos sobresalientes de la interpretación constitucional” en Ferrer Mac-Gregor, Eduardo (coord.), *Derecho Procesal Constitucional*, 3ª edición, México, Editorial Porrúa-Colegio de Secretarios de la Suprema Corte de Justicia de la Nación, A.C., 2002, t.III, p. 2624.

³²⁵ *Ibidem*, p. 2626.

³²⁶ *Ibidem*, p 2633.

³²⁷ *Ibidem*, pp. 2640-2648.

jerárquicamente inferiores, y iii) el sesgo político imprime en el texto normativo opciones valorativas y axiológicas.³²⁸

Peter Häberle en la exposición sobre un nuevo método de interpretación afirma que:

“[...] desde un punto de vista técnico, al Constitución no se interpreta sencillamente como cualquier otra ley. [...] exige una aplicación adecuada y >especial< de los métodos de los métodos de interpretación. Toda pretensión de una Constitución y de los múltiples modos de entenderla tiene efecto también sobre la elección del método. Precisamente porque no está determinado *cuáles* de los cuatro [literal, histórico, sistemático y teleológica] o cinco métodos se interrelacionan, ni el modo en que lo hacen, se requieren directivas suficientes a las cuales pueda recurrir el juez constitucional, pero también la doctrina que prepara el terreno.”³²⁹

En este tenor, Häberle alude a las directivas de justicia social y el bien común, y como doctrina los fines u objetivos del Estado para realizar una interpretación adecuada.³³⁰

De acuerdo con Habermas plantea la importancia de la justificación moral de las sentencias de los jueces y realiza una crítica al formalismo del derecho de la siguiente manera:

“una dominación ejercida en las formas del derecho positivo, obligadas siempre a justificarse, debe su legitimidad al contenido moral implícito de las cualidades formales del derecho. Pero el formalismo del derecho no debe pensarse en términos excesivamente concretistas ligados a determinados rasgos semánticos, sino que la fuerza legitimadora la tiene los procedimientos

³²⁸ Fernández Sesgado, Francisco, “Reflexiones en torno a la interpretación de la constitución”, en Ferrer Mac-Gregor, Eduardo (coord.), *Derecho Procesal Constitucional*, 3ª edición, México, Editorial Porrúa-Colegio de Secretarios de la Suprema Corte de Justicia de la Nación, A.C., 2002, t. III, p. 2714-2716..

³²⁹ Häberle, Peter, “Métodos y principios de la interpretación constitucional. Un catálogo de problemas”; trad. de Héctor Fix-Fierro, en Ferrer Mac-Gregor, Eduardo (coord.), *Derecho Procesal Constitucional*, 3ª edición, México, Editorial Porrúa-Colegio de Secretarios de la Suprema Corte de Justicia de la Nación, A.C., 2002, t. III, p.2746.

³³⁰ *Idem*.

que institucionalizan exigencias de fundamentación y justificación y la vía por la que se procede al desempeño argumentativo de tales exigencias y requisitos.”³³¹

Destacándose por el jurista alemán que el núcleo de la racionalidad recae, además de la fundamentación y justificación, en la imparcialidad en la aplicación de las normas. Por tanto, como lo afirma Kaarlo Tuori en una interpretación de Habermas, la aplicación del derecho requiere un desarrollo constructivo el cual puede entenderse como un discurso práctico institucionalizado.³³²

Las posturas anteriores de diversos juristas se inclinan por el hecho de que la interpretación de la constitución y del tribunal constitucional, es especial y *sui generis*. Que sale, muchas veces, del alcance de los jueces ordinarios. Sin embargo, existe también el otro lado de inclinación de posturas doctrinales que afirman que la interpretación de la constitución no es especial.

Rolando Tamayo en otra idea de interpretación indica que es el que realiza el órgano aplicador, con un carácter *subjetivo* más o menos *arbitrario*.³³³ Por tanto,

“el órgano aplicador, de entre todas las significaciones que es posible hacer, escogerá un significado (el <conveniente>, el <conforme con la voluntad del legislador>, el <just[o]>, el <viable>), siguiendo para ello ciertos <métodos> (el <exegético>, el <histórico>, el <científico>) o haciendo caso omiso a ellos. Así pues, el significado que se le da al lenguaje jurídico dependerá de la cultura, de los sentimientos, instintos, credo político o religión, del órgano que interpreta”.³³⁴

³³¹ Habermas, Jürgen, “¿Cómo es posible la legitimidad por vía de legalidad?”, trad. de Manuel Jiménez Redondo, *Doxa. Cuadernos de filosofía del derecho*, España, Universidad de Alicante, núm. 5, 1988, p. 38, visible en: <https://doxa.ua.es/article/view/1988-n5-como-es-posible-la-legitimidad-por-via-de-legalidad>, (15 de septiembre de 2019).

³³² Tuori, Kaarlo, “Ética discursiva y legitimidad del Derecho”, trad. de Josep Aguiló Regla, *Doxa. Cuadernos de filosofía del derecho*, España, Universidad de Alicante, núm. 5, 1988, p. 38, visible en: <https://doxa.ua.es/article/view/1988-n5-etica-discursiva-y-legitimidad-del-derecho>, (20 de octubre de 2019).

³³³ Tamayo y Salmorán, Rolando, “La interpretación constitucional...”, *op. cit.*, p. 2842.

³³⁴ *Idem*.

De ahí la falacia cualitativa a la que Rolando Tamayo alude cuando afirma que se quiere distinguir la interpretación constitucional de la de los jueces ordinarios, toda vez que:

“[...] no obstante que, el proceso de creación del Derecho, todas las etapas del condicionamiento sucesivo de los materiales jurídicos funcionan exactamente igual, el constitucionalismo tradicional considera que la *constitución* (i.e. n1) es un <derecho diferente>, <cualitativamente distinto>, <superior> y que, en consecuencia se aplican (o deben aplicarse) de manera muy diferente a como se aplica el [r]esto del derecho.”³³⁵

Por ello, Tamayo indica, de forma disruptiva a las ideas antes expuestas, que los jueces no requieren una capacidad o sensibilidad especial como “oráculos” ni que la labor interpretativa sea diferente a la ordinaria, sino que su labor, como la de cualquier juez, es aplicar la norma. Lo que necesariamente requiere la interpretación.

Para Riccardo Guastini las peculiaridades (más que problemáticas) de la interpretación constitucional se pueden referir a los siguientes supuestos;³³⁶

- Los agentes de la interpretación; En el caso en estudio, se refiere a un tribunal especial como el único competente para realizar la interpretación constitucional.
- Las técnicas interpretativas; En este caso dependerá si se busca la voluntad del legislador o de los contratantes (constitución derivada de una asamblea nacional), si se realiza una interpretación liberal, no literal o evolutiva.
- Problemas de la interpretación; Se plantea si se puede modificar la constitución y de qué forma, el reconocimiento o creación de derechos, si los

³³⁵ *Ibidem*, p. 2861.

³³⁶ Guastini, Riccardo, ¿Peculiaridades de la interpretación constitucional?, trad. de Miguel Carbonell, en Ferrer Mac-Gregor, Eduardo (coord.), *Derecho Procesal Constitucional*, 3ª edición, México, Editorial Porrúa-Colegio de Secretarios de la Suprema Corte de Justicia de la Nación, A.C., 2002, t. III, p. 2694.

derechos programáticos pueden invalidar normas ordinarias y los límites lógicos explícitos de reforma.

En conclusión, pareciera que Guastini no advierte diferencia en cuanto a la interpretación del juez ordinario.

Existen pues posturas que expresan una diferencia entre la interpretación constitucional y la ordinaria. Otras que niegan tal hecho, aunque parecen ser las menores.

Hay una conformidad en cuanto que formalmente existe una diferencia formal puesto que el órgano como máxima instancia que realiza la interpretación constitucional es el tribunal constitucional. Las disconformidades en la diferencia material parecieran injustificadas porque lo cierto es que no se advierte ningún otro texto normativo con conceptos ambiguos e indeterminados que le permiten al juzgado un campo más amplio de creación, aunque pueda estar acotado con criterios jurisprudenciales u otras normas secundarias que desarrollaron el concepto. Luego, *la diferencia radica en el objeto a interpretar más que en el agente que interpreta.*

Resulta ilustrador el caso del año 2007 en donde se declaró la constitucionalidad de los artículos 144, 145, 146 y 147 del Código Penal para el Distrito Federal, y adiciones a los artículos 16 bis 6 y 16 bis 8 de la Ley de Salud para el Distrito Federal, por virtud de los cuales se despenalizó del aborto en la Ciudad de México antes de la décima segunda semana de gestación.

En este caso la consideración de los ministros se pudo “explicar” considerando móviles psicológicos o circunstancias ideológicas de los propios jueces. Expresando su parecer o la interpretación propia ajena al ordenamiento jurídico.³³⁷ No obstante, la justificación para que fuera apegada a derecho se dio fundándose en preceptos legales constitucionales tales como el 1 (Derecho fundamentales de igualdad y no ser discriminado), 4, primero y segundo párrafo (igualdad de la mujer y el hombre),

³³⁷ El ejemplo se basa en las ideas de Manuel Atienza relativo a la resolución del juez de alimentar contra su voluntad a los presos de GRAPO. Atienza, Manuel, Las Razones Del Derecho. Teorías de la argumentación jurídica. México, UNAM, 2005, p. 4.

así como párrafo tercio (derecho a la salud), 14 (exacta aplicación de la ley penal), 6 y 24 (objeción de conciencia) y 123 (libertad del trabajo de la mujer).³³⁸

Hay un elemento a destacar; si bien existe el señalamiento de los artículos del texto constitucional, las premisas indicadas por la Suprema Corte no están claramente reflejadas en aquel. En efecto, se puede advertir en los fundamentos constitucionales referidos por el jurista Jorge Carpizo en cuanto que la premisa mayor se deduce de enunciados jurídicos en los que *expresamente* no se señala nada relativo al concepto de vida,³³⁹ la concepción, la libertad de la mujer para decidir sobre su cuerpo o la igualdad laboral de la misma frente al hombre, etc.

Por tanto, las razones aducidas por la autoridad jurisdiccional tienen que ser más persuasivas y mejor justificadas, sobre todo porque en este tipo de casos existe una labor *claramente* creativa por parte del juzgador en la definición de *conceptos constitucionales indeterminados*. Así como lo expresa también Jorge Carpizo “los tribunales constitucionales trabajan con principios y conceptos constitucionales indeterminados de valor y, a veces, dichos principios y conceptos no son explícitos, pero son susceptibles de ser extraídos de otros que sí lo son”.³⁴⁰

Efectivamente el concepto constitucional de la vida no está determinado en el texto constitucional. Es un derecho indeterminado por su incompletitud, vaguedad y la ambigüedad, que necesita ser interpretado para conocer sus alcances a través de la aplicación por parte, en este caso, del máximo órgano constitucional.³⁴¹

Luego, la sentencia de la Suprema Corte de la Nación no realizó una conceptualización de la vida. Evitó pronunciarse sobre cuándo inicia el derecho

³³⁸ Sin entrar a detalle en cada uno de los fundamentos ya que no es parte de este trabajo, básicamente los preceptos constitucionales citados son con base en las ideas del Jorge Carpizo, en su obra Carpizo, Jorge y Valadés, Diego, *Derechos humanos, aborto y eutanasia*, “La interrupción del embarazo antes de las doce semanas”, 2ª ed., México, UNAM, p. 16, visible en: <https://biblio.juridicas.unam.mx/bjv/detalle-libro/2841-derechos-humanos-aborto-y-eutanasia-2a-ed>.

³³⁹ *Idem*, p. 16, (10 de julio de 2019).

³⁴⁰ Carpizo, Jorge, “El tribunal constitucional y el control de la reforma constitucional”, *Boletín Mexicano de Derecho Comparado*, México, núm. 125, p. 755, 2009, visible en: <https://revistas.juridicas.unam.mx/index.php/derecho-comparado/article/view/4123/5330>, (5 de agosto de 2019).

³⁴¹ Tamayo y Salmorán, Rolando, “Interpretación jurídica”, en Cáceres Enrique, Flores Imer B. (Cord.) *Problemas contemporáneos de la filosofía del derecho*, UNAM, 2005, p. 858.

fundamental a la vida (independientemente de que no fuera un derecho absoluto). De haberlo hecho, la argumentación para interpretar el concepto de derecho fundamental a la vida exige una racionalidad relevante que permita aceptar un tema moralmente sensible que incluso puede *ir en contra de la idea o precepción general de una sociedad determinada*.

Aunado a los conceptos jurídicos indeterminados Ferrer Mac-Gregor advierte que:

“en las Constituciones se encuentran otros que no sólo carecen de significado inmediatamente claro y cierto, sino que su naturaleza misma los hace de difícil aplicación, por ser ésta disputada en su extensión y características [como] los <conceptos esencialmente controvertidos> (como <dignidad> y <libertad>, etcétera), que tienen un carácter valorativo y desempeñan una <función social dialéctica>, en pocas palabras éstos representan ideas que califican lo <correcto> en la dirección política de la convivencia social”.³⁴² .

La idea de conceptos esencialmente controvertidos (CEC) la explica Marisa Iglesias Vila, siguiendo las ideas de Gallie, considerándolos i) evaluativos; toda vez que siempre presentan una dimensión valorativa, ii) complejos; en cuanto que son bienes sociales a los que se atribuye diversas caracterizaciones, iii) de carácter argumentativo; en cuanto que se requiere una justificación sobre el significado atribuido y iv) dialécticos; puesto que se utiliza para discutir cuestiones sobre su trascendencia social.³⁴³

Ahora bien, la dificultad a que se enfrenta la acción de fundar y motivar son también los llamados por la doctrina “casos difíciles”. Manuel Atienza los distingue en el sentido de que los simples se pueden justificar partiendo de:

“[...] una premisa normativa y una premisa fáctica a una conclusión normativa.
En los casos jurídicos simples o rutinarios puede considerarse que la labor

³⁴² Ferrer Mac-Gregor y Sánchez Gil, Rubén, *Efectos y contenidos de las sentencias en acción de inconstitucionalidad: análisis teórico referido al caso*, México, IJ UNAM, 2009, p. 2.

³⁴³ Iglesias Vila, Marisa, “Los conceptos esencialmente controvertidos en la interpretación constitucional”, *Doxa. Cuadernos de filosofía del derecho*, Alicante, España, núm. 23, 2000, pp. 80-87, visible en: <https://doxa.ua.es/article/view/2000-n23-los-conceptos-esencialmente-controvertidos-en-la-interpretacion-constitucional> (20 de noviembre de 2019).

argumentativa del juez se reduce a efectuar una inferencia de este tipo [...]. Pero, naturalmente, además de casos simples hay también casos difíciles (de los que se ocupa especialmente la teoría de la argumentación jurídica), esto es, supuestos en que la tarea de establecer la premisa fáctica y/o la premisa normativa exige nuevas argumentaciones que pueden o no ser deductivas [...]³⁴⁴

A este tipo de conflictos también se les denomina dilemas morales, de lo cual puede aceptarse como concepción de acuerdo con Guillermo Lariguet “i) el conflicto no tiene resolución racional posible, por ejemplo, por los valores o principios sin considerador mutuamente inderrotables o incomparables o ii) el conflicto podría ser resuelto eligiendo uno de los principios, pero esta elección entrañaría el sacrificio o pérdida moral.”³⁴⁵

Alexy al respecto expresa:

“Los casos difíciles se producen cuando el derecho positivo —entendido como las razones autoritativas o basadas en fuentes de validez jurídica— permite más de una decisión. La decisión a tomarse en tal esfera «abierta» es una decisión sobre una cuestión normativa que no puede basarse en normas de derecho positivo, pues si pudiera basarse en tales normas, no sería una decisión de esfera «abierta». Si no se basa en alguna norma en absoluto, sería una decisión meramente arbitraria, una decisión que estaría en contradicción con la pretensión de corrección, por ello debe basarse en otros criterios normativos.”³⁴⁶

³⁴⁴ Atienza, Manuel. *Las razones del...*, cit., p. 25.

³⁴⁵ Lariguet, Guillermo, “Conflictos trágicos y Derecho: posibles desafíos”, *Doxa. Cuadernos de filosofía del derecho*, Alicante, España, núm. 27, 2004, p. 318, visible en: <https://doxa.ua.es/article/view/2004-n27-conflictos-tragicos-y-derecho-posibles-desafios>, (15 de octubre de 2019).

³⁴⁶ Alexy, Robert, “El No Positivismismo Incluyente”, trad. de María Claudia Quimbayo, *Duarte Doxa. Cuadernos de filosofía del derecho*, España, Universidad de Alicante, N.36, 2013, p. 19, visible en: <https://doxa.ua.es/article/view/2013-n36-el-no-positivismo-incluyente> (7 de septiembre de 2019).

Esos criterios normativos de acuerdo con Alexy versan sobre principios de compensación y distribución de justicia, esto es, criterios morales.³⁴⁷

Resulta más persuasiva una resolución que parte de una premisa mayor establecida meridianamente por un enunciado jurídico que realizar una labor interpretativa más amplia para poder establecerla. Se puede advertir un caso simple tratándose de la inconstitucionalidad de un acto por la inexacta aplicación de la ley en violación de los artículos 16 y 14 de la CPEUM en los términos siguientes:

- Premisa mayor: Toda autoridad debe fundar y motivar su actuar al momento de emitir un acto de molestia o privación en términos de los artículos 14 y 16 de la CPEUM.
- El acto “A” de la autoridad judicial no fundó ni motivó su resolución condenatoria puesto que omitió señalar *todos* los fundamentos de derecho en los cuales se apoya su resolución.
- La resolución judicial “A” es inconstitucional por no fundar ni motivar su resolución en términos de los artículos 14 y 16 Constitucional.

En este ejemplo, la premisa mayor, está determinada sin perjuicio de la labor interpretativa “menor” que debe realizar el juzgador.

Veamos un ejemplo visto con antelación en donde la labor del juez es más creativa.

- Premisa mayor: El hombre y la mujer son iguales frente a la ley, siempre que no haya causas justificadas para diferenciar en términos de los artículos 1 y 4 de la CPEUM.
- El acto “A” de la autoridad legislativa da un tratamiento diverso a los homicidios de mujeres puesto que considera que existen causas justificadas para distinguir ya que se comenten homicidios contra las mujeres por razones de odio tal como se ha demostrado en diversos estudios.

³⁴⁷ *Idem.*

- La ley “A” es constitucional porque cumple con lo establecido por los artículos 1 y 4 citados.

En este caso si bien la premisa normativa se interpreta para considerar la excepción “siempre que no existan causas justificadas”, se considera generalmente aceptable ya que no se advierte argumentos que puedan desvirtuar la interpretación dada al texto jurídico porque existen elementos factuales como estadísticas históricas delictivas contra la mujer por el hecho de ser tal.

Un ejemplo más:

- Premisa mayor: El derecho a la vida se protege implícitamente en términos de los artículos 1 y 4 de la CPEUM por lo que es un derecho básico y esencial e incluso no es necesario que esté expresamente establecido.
- El acto “A” de la autoridad legislativa despenaliza el aborto en la CMDX toda vez que existen causas sociales de salud pública y científicas respecto a la condición biológica del feto antes de las 12 semanas.
- La ley “A” es constitucional porque cumple con lo establecido en los artículos 1 y 4.

En este caso, suponiendo que la Suprema Corte mexicana se hubiera pronunciado sobre a partir de cuándo existe el derecho a la vida de forma clara, existen algunas cuestiones que pueden al menos generar un grado mayor inconformidad, a saber: i) pareciera que el derecho acepta una graduación de la persona al conceder derechos hereditarios al feto (aun y cuando se sujete a la condición de que nazca vivo) o protegerlo, en menor grado, que una persona privada de la vida cuando se castiga penalmente en caso de realizar un aborto no consentido, ii) existe el criterio científico que indica que antes de las 12 o 13 semanas el feto no alcanza el desarrollo de la corteza cerebral, por lo que no puede ser considerado como individuo o persona, pero realizando el caso más dramático, supongamos que existen casos en que un feto alcanza la madurez a las 11 u 11.5 semanas, aun así se aceptó este hecho por el legislador y por la Suprema Corte, ya que acepta que

(al menos en la Ciudad de México), se sobrepone la libertad de decidir sobre su cuerpo por la mujeres a la viabilidad del producto de la concepción cuya personalidad es graduada. Es decir, ya es que el feto “no es un individuo completamente” porque se gradúa su calidad de persona por el derecho, la libertad de la mujer precede.

Del anterior razonamiento se deduce que, el Tribunal Constitucional enfrenta, en estos casos una doble dificultad; definir en concepto esencialmente controvertido y ponderarlo frente a otros derechos.

Ahora bien, en el caso de conceptos jurídicos constitucionales la interpretación del juez tiene un rol más creativo. Tal como lo señala Kelsen:

“[...] La norma de rango superior no puede determinar en todos los sentidos el acto mediante el cual se aplica. Siempre permanecerá un mayor o menor espacio de juego para la libre discrecionalidad, de suerte que la norma de grada superior tiene, con respecto del acto de aplicación a través de la producción de normas o de ejecución, el carácter de un marco que debe llenarse mediante ese acto. Hasta la orden más minuciosa tiene que dejar al ejecutor una cantidad de determinaciones [...]”³⁴⁸

Únicamente cabría distinguir entre la indeterminación intencional y la no intencional. La primera es por voluntad de la autoridad y la segunda por circunstancias de ambigüedad de los conceptos “ya que el sentido lingüístico de la norma no es unívoco; el órgano que tiene que aplicar la norma encuentra varios significados”.³⁴⁹

En el multicitado ejemplo, es indispensable determinar qué es la vida a fin de establecer la premisa mayor. En la interpretación constitucional la indeterminación de la norma es mayor. Debe ser relevantemente razonable a efecto de “cercar” la incertidumbre que puede generar. Entra en juego una mayor discrecionalidad del Juzgador y se maximiza si de interpretar normas generales se trata porque la labor del juez deja ser discreta como cuando deja de aplicar al caso concreto una norma

³⁴⁸ Kelsen, Hans, *Teoría Pura...*, *cit.*, p. 350.

³⁴⁹ *Ibidem*, 351.

que considera inconstitucional. La labor jurisdiccional del juez se vuelve protagonista al dejar sin efectos generales la una norma general. Por tanto, el nivel de racionalidad debe ir más allá de lo ordinario, convencer, persuadir. Ser proporcional.

Como la intención de este trabajo no es fijar los requisitos que debe reunir una resolución con efectos derogatorios generales para que sea relevantemente razonable ya que se considera que amerita un trabajo más amplio, baste decir, en palabras de Kelsen, que se debe emitir dentro del “marco argumentativo” ya que i) corresponde a alguno de los significados lingüístico de la norma, ii) se ajusta a la voluntad o a la expresión del legislador, iii) exista armonía o sistematicidad en el orden jurídico (el autor Vienés habla de correspondencia entre una de las normas que se contradicen o que el acto implique la eliminación de ambas normas contradictorias).³⁵⁰ Adicionalmente podemos agregar; iv) haya consistencias con los *precedentes* emitidos a través de la jurisprudencia o se ajusten a los principios generales de derecho y v) se ajuste a los principios generales del derecho y responde a los valores actuales de un grupo determinado.

Ante las múltiples opciones que existen dentro del referido marco, puede haber diversas respuestas para el caso concreto. Por ello Kelsen sigue diciendo que “la interpretación de una ley no conduce necesariamente a una decisión única, como si se tratara de la única correcta, sino posiblemente a varias, todas la cuales [...] tienen el mismo valor, aunque sólo una de ellas se convertirá en derecho positivo en el acto del órgano de aplicación de derecho, en especial, en el acto del tribunal”.³⁵¹

Esa discrecionalidad puede ser reducida mas no eliminada a través de la argumentación del órgano jurisdiccional, justificando así el acto frente a la norma con las herramientas como la motivación y la fundamentación, como claramente lo ha señalado la Primera Sala de la SCJN.³⁵²

³⁵⁰ *Idem.*

³⁵¹ *Idem.*

³⁵² Tesis 1a./J. 1/2006, Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta, Novena Época, Tomo XXIII, Febrero de 2006, p. 357.

El Principio de racionalidad relevante puede relacionarse con otros principios ya que la racionalidad de los actos o las sentencias con efectos generales va más allá de criterios estándares a efecto de superar a lo que la doctrina denomina los principios contramayoritario y de irretroactividad normativa, mismos que derivan también de la regulación de los controles de constitucionalidad.

Como lo expresa Robert Alexy, el problema de la estructura abierta del derecho es la inclusión o no de la moral, en la interpretación de esos conceptos abiertos ya que “frecuentemente son decididos sobre la base de fundamentos morales.”³⁵³

La integración plural del Tribunal a la que hace alusión Häberle, la intervención de otros Poderes como el Legislativo y Ejecutivo y, la indeterminación normativa que se intenta justificar con argumentaciones no verificables con el derecho positivo para el auditorio, pueden inyectar a la labor del tribunal de desconfianza e incertidumbre, ya que se considera que en ocasiones, las resoluciones están dotadas de contextos político por el grupo gobernante en el poder, por lo que se recurre para justificar la racionalidad de las resoluciones a una falacia ***ad verecundiam moral***.

4.1.5.1.1. La falacia *ad verecundiam moral*

La falacia *ad verecundiam* la definen Copi y Carl Cohen como aquella “en que la conclusión se basa en el juicio de una supuesta autoridad que no tiene legitimidad para reclamar su conocimiento como experto en la materia en cuestión”³⁵⁴, así, para efectos de esta investigación la denominaremos de *apelación inapropiada a la autoridad moral o falacia ad verecundiam moral*.

Esta falacia surge cuando la argumentación para fundamentar la precedencia de un derecho fundamental sobre otro (como la vida del feto y la libertad de la mujer para

³⁵³ Alexy, Robert, “Derecho y moral. Reflexiones sobre el punto de partida de la interpretación constitucional”, trad. de Eduardo R. Soderó, en Ferrer Mac-Gregor, Eduardo (coord.), *Interpretación Constitucional*, México, Editorial Porrúa, 2005, p. 4.

³⁵⁴ Copi, Irving M. y Cohen, Carl, *Introducción a la lógica*, trad. Taylor & Francis Group, 2ª ed., México, editorial Limusa, S.A. de C.V., 2017, p. 173.

decidir sobre su cuerpo) se basa en la supuesta autoridad *moral* del Tribunal Constitucional.

Si alguien manifiesta que es conforme derecho dicha precedencia porque la Suprema Corte tiene las facultades para tal efecto conforme al derecho positivo mexicano, se considera que estaría en lo correcto.

Sin embargo, si alguien atribuye a ese Tribunal la autoridad moral para pronunciarse al respecto, se estaría en un entramado complicado, puesto que concede a la citada corte facultades intelectuales para reconocer la objetividad de la moral mexicana, *i.e.*, se considera que se actualiza la falacia de *apelación inapropiada a la autoridad moral*. Es por ello que resulta tan incómoda para muchos juristas la expresión “ya lo ha dicho la Corte” que es repetida contantemente.

Esta afirmación tiene sustento en la práctica. Si estadísticamente se revisa las opiniones a favor y en contra sobre la constitucionalidad del aborto o el matrimonio del mismo sexo en la Ciudad de México en el año 2007 (46 diputados votaron a favor en apoyo a la moción presentada por el izquierdista Partido de la Revolución Democrática, 19 lo han hecho en contra del Partido Acción Nacional y uno se ha abstenido), puede advertirse la discrepancia de pareceres en la Asamblea de la Ciudad de México, en la sociedad en donde los Abogados Católicos entregaron a la Asamblea 36.000 firmas de ciudadanos que pedían un referéndum antes de legislar sobre el aborto SCJN y en la misma Corte en donde la votación se presentó por mayoría de ocho votos de los Ministros se resolvió declarar infundadas las acciones de inconstitucionalidad y reconocer la validez de los artículos 144, 145, 146 y 147 del Código Penal para el Distrito Federal, y que la resolución se publique en el Semanario Judicial de la Federación, por lo que no existió una unanimidad respecto a la constitucionalidad del aborto.³⁵⁵ Sin que obste señalar que se arguyeron más cuestiones morales que jurídicas.

Pareciera pues, que no existe una moral que objetivamente pueda ser conocida por el intelecto por la unanimidad de las personas sino por la *mayoría*, ya que depende

³⁵⁵ Exp. 147/2007, Acción de Inconstitucionalidad, *Sección de Trámite de Controversias Constitucionales y de Acciones de Inconstitucionalidad*, pp. 207-2008.

de dos o más grupos que subjetivamente piensan que es lo correcto o lo justo, ya que la constitucionalidad de una norma se da por la imposición de la autoridad que le confiere el derecho positivo a la Suprema Corte, más no así por la autoridad moral que puede tener, incluso con los argumentos más convincentes y con un auditorio predispuerto.

No debe incomodar la aceptación que el Tribunal constitucional resuelve los conflictos entre derechos fundamentales con base en un criterio de autoridad formal concedida por el derecho positivo por la legitimidad que le es otorgada por la norma. Así, el sistema democrático electoral permite que de forma indirecta se nombren los ministros integrantes de la Suprema Corte por los representantes del Ejecutivo y Legislativo elegidos de forma directa, por lo que ahí, es donde se puede encontrar claramente la legitimidad objetiva.

Ferrajoli, al criticar la postura del neoconstitucionalismo tendente a conectar a la moral con el derecho, expresa:

“Así pues, esta tesis descansa en la idea de que existe, no una pluralidad de concepciones morales y políticas diversas y a veces en conflicto, sino *la* moral; y que ésta se identifica, en todo o en parte, con el conjunto o con la mayor parte de los valores establecidos por las actuales constituciones democráticas. Por tanto, para quienes sostienen esta idea, los principios formulados en nuestras constituciones —la igualdad, la libertad, los derechos fundamentales— no son simplemente valores de justicia que ellos comparten y defienden con firmeza, sino principios y contenidos de justicia «verdaderos» y, en algún sentido de la palabra, «objetivos». Así, la conexión entre derecho y moral que teorizan, se resuelve en un tendencial iusnaturalismo conjugado con esa variante del legalismo ético que es el constitucionalismo ético”³⁵⁶

³⁵⁶ Ferrajoli, Luigi, “El constitucionalismo entre principios y reglas”, *Doxa. Cuadernos de Filosofía del Derecho*, España, Universidad de Alicante, núm. 34, 2011, p. 794, visible en: <https://doxa.ua.es/article/view/2012-n35-el-constitucionalismo-entre-principios-y-reglas>, (10 de octubre de 2019).

Por tanto, el mismo jurista identifica cuatro posturas que se pueden asumir respecto a la objetividad de la moral, a saber:

[...] dos concepciones metaéticas diversas, no siempre claramente distinguidas en el debate filosófico-moral: aa) la concepción ontológica del que considera que existe un mundo objetivo de valores morales respecto del cual una tesis moral puede ser calificada de verdadera o falsa, y ab) la concepción racionalista de quien considera que los juicios morales pueden ser tenidos como verdaderos o como falsos según cuenten o no con una justificación adecuada fundada en principios morales asumidos como objetivamente válidos. Por otra parte, existen también dos concepciones diversas del anti-objetivismo moral: ba) la concepción escéptica del que entiende que los juicios morales no son argumentables racionalmente, al ser fruto de opciones subjetivas y emotivas ni verdaderas ni falsas; bb) la concepción racionalista de quien considera que, en último término, los juicios morales no son ni verificables ni refutables, aunque sí argumentables racionalmente a partir de asunciones que son el fruto de opciones subjetivas que, siendo argumentables, no son ni verdaderas ni falsas.”

Bajo las ideas de Ferrajoli, situándose en las posturas ab y bb y descartando las aa y bb, se confirma que se debe argumentar de forma racionalmente relevante a efecto de convencer al auditorio, o en su caso, que la imposición de la mayoría tampoco se convierta en arbitrariedad, sin que cause controversia que la decisión adoptada por el Tribunal Constitucional deriva de la mayoría y que debe ser aceptable más que verdadera.

Otra crítica al respecto puede ser una utopía o un exceso de racionalismo en la ideología imperante en el denominado “Estado Constitucional de Derecho”, considerando las ideas de Samuel Ramos al definir el utopismo como “un racionalismo exagerado, la creencia de que la realidad se somete los dictados de la

razón”,³⁵⁷ toda vez que se aspira a materializar mediante el derecho constitucional el Estado ideal con la realización de la libertad, igualdad y la seguridad jurídica.

Sin embargo, para Mauro Barberis el papel del nuevo constitucionalismo (que diferencia del neoconstitucionalismo) ha dado objetivación a valores subjetivos a través del proceso de abstracción como la justicia, la libertad y la solidaridad que se han determinado por la labor de los Tribunales Constitucionales en la labor de aplicación de las declaraciones de derechos en el nuevo constitucionalismo posbélico, por lo que el orden de los principios es objetivo por una razón localizable.³⁵⁸ Por ello la jurisprudencia constitucional:

“[...] usa tales documentos como un menú tendencialmente completo del que extraer principios para cada caso que pueda presentarse; principios tanto explícitos, es decir, expresamente formulados en el documento, pero también implícitos, reconstruidos por los propios intérpretes. A unos u otros, según qué prevalezca o no en el balance, se atribuye luego carácter fundamental, supremo o último”³⁵⁹

Joseph Raz, manifiesta incluso la insuficiencia de su doctrina de la autoridad ya que en la práctica jurídica la interpretación originaria no existe o bien es imposible, ya que:

“proporciona el fundamento (la teoría de la autoridad) para el papel de la interpretación conservante en la aplicación del derecho [pero] en la práctica de la aplicación del derecho no alcanza, y donde la interpretación conservante es o bien imposible o injustificada. La cuestión de porqué y cuándo deben los tribunales usar interpretaciones innovadoras en tanto que [es el] modo moralmente correcto de decir casos aún debe ser respondida. Después de

³⁵⁷ Ramos, Samuel, *El perfil del hombre y la cultura en México...*, cit., p. 134.

³⁵⁸ Barberis, Mauro, “Pluralismo de los valores, nuevo constitucionalismo y balance libertad-seguridad”, *Doxa. Cuadernos de Filosofía del Derecho*, España, Universidad de Alicante, núm. 39, 2016, pp. 268-273, visible en: <https://doxa.ua.es/article/view/2016-n39-pluralismo-de-los-valores-nuevo-constitucionalismo-y-balance-libertad-seguridad>, (10 de octubre de 2019).

³⁵⁹ *Ibidem*, p. 273.

todos [sic], cuando las decisiones de los tribunales son innovadoras (i.e. no están basadas en el respeto a la autoridad), ¿por qué deben ser interpretativas?”³⁶⁰

Existe pues una desconfianza en el tribunal constitucional en cuanto la labor creativa que tenga a desarrollar, sobre todo en los casos difíciles, porque aquella puede ir más allá de una interpretación conservando del texto original o incluso de los motivos para la creación de la norma, para incluso plantear dejar de llamarlo interpretación ya que no parte de un texto o contexto.

En consecuencia, si se admite que no existe la única respuesta correcta sino que pueden existir diversas, en parte, es reconocer que la labor del juez constitucional es limitada ya que no le es posible acceder a esa moral objetiva que le indique cuál es la respuesta moralmente correcta sino la elección de las más aceptables, situación que es aceptada en la práctica jurídica porque la resolución deriva por una autoridad dada por el derecho positivo que funda y motiva sus razones en el ordenamiento jurídico.

4.2. Principio Contramayoritario

Este principio se refiere al cuestionamiento que se hace al Poder Judicial de tener la atribución de controlar los actos de otros poderes (legislativo y ejecutivo) cuya designación ha sido, como en el caso de México, mediante un proceso democrático de elección directa. No obstante, si bien en otros trabajos representa una crítica al “gobierno de los jueces”, para los propósitos de esta investigación únicamente implica la sobreposición de la estricta aplicación de la norma suprema sobre los actos del legislador o del ejecutivo como representante directo de cierta mayoría de votantes y la racionalidad requerida para tal efecto.

³⁶⁰ Raz, Joseph, “La intención en la interpretación”..., *cit.*, p. 233.

Por tanto, no es el objetivo de este trabajo desarrollar el tema del principio contramayoritario. Únicamente se expresarán algunas ideas que permitirán llegar a la conclusión que es indispensable un discurso argumentativo relevantemente razonable en las resoluciones de los jueces constitucionales a efecto de superar la decisión adoptada por la mayoría a través de la ley.

Para Habermas, la crítica al control de la constitucionalidad se hace esencialmente al control abstracto de las normas frente al principio de la división de poderes ya que “la colisión entre las funciones del Tribunal Constitucional y lo que se diría habrían de ser funciones del legislador legitimado democráticamente sólo se agudiza en el ámbito del control abstracto de normas”.³⁶¹

Paradójicamente, el elemento analizado previamente que se consideró parte del principio de racionalidad relevante por la participación de la mayoría calificada del Tribunal Constitucional, en este caso, la idea de mayoría, puede restar legitimidad política a las resoluciones con efectos generales derogatorios de las leyes debido a que la generalidad de la sociedad que se representa a través del Poder Legislativo demandaría por sí misma legitimidad ajena a cualquier tipo de control.

En consecuencia, las resoluciones que dejan sin efectos una norma emitida por el Poder Legislativo, exige una mayor racionalidad a la ordinaria, de modo que “supere” argumentativamente la legitimidad política de la decisión de la representación de la mayoría justificando la aplicación de la ley. **La razón sobre la mayoría, rezaría la fórmula.**

La crítica al principio contramayoritario no tiene únicamente como objetivo el control del Poder Judicial sobre el Poder Legislativo, ya que es justificable dentro de la Ciencia Política los equilibrios y balances a través de un control entre los distintos poderes. Se apunta también contra la *labor creativa* de los jueces en la interpretación de normas con estructura de principios que en algunos casos no encuentran su fundamento en el significado lingüístico de la norma, la voluntad del legislador, sistematicidad del orden jurídico ni a los precedentes.

³⁶¹ Habermas, Jürgen, *Facticidad...*, cit., p. 314.

En efecto, Habermas señala que: “[...] todo orden jurídico que se justifica a partir de principios, depende de una interpretación constructiva [...] va más allá de una interpretación del texto de la ley y ha menester, por tanto, de una justificación externa [...]”³⁶², es decir, existe una labor creativa de los jueces que encuentra su fundamento, afirma Sustain citado por Habermas, en otros hechos que no es el enunciado jurídico como son la “historia legislativa, el propósito de la leyes, y la razón práctica de un punto de vista u otro”. No obstante, en algunos casos ni si quiera se puede encontrar el fundamento en aquellos tres elementos, por lo se puede generar ambigüedad, lagunas, superinclusividad y subinclusividad en los criterios adoptados por los Jueces en sus resoluciones.

Por tal motivo el mismo filósofo alemán se pregunta si la aplicación de las “normas de fondo” o la interpretación constructiva “no abre al Tribunal constitucional la puerta para una creación del derecho de inspiración política, que, conforme a la lógica de la división de poderes, habría de quedar reservada al legislador democrático”;³⁶³ En estos casos, el juez constitucional deja de ser un legislador negativo para convertirse en un legislador positivo. Se torna difusa la división entre la anulación y confección de leyes a la que hace distinción Kelsen.³⁶⁴

Prieto Sanchís, explicando la postura de Habermas sobre la justicia constitucional y el actuar del tribunal constitucional, manifiesta que:

[...] en la tensión entre los derechos y la democracia, o también entre la concepción liberal y una republicana, de la comunidad política, quienes se sitúan en posiciones más próximas a la primera de las posibilidades enunciadas suelen ver con simpatía el establecimiento de restricciones al principio de la mayoría en nombre de la autonomía y de las libertades del individuo; mientras como Habermas, prefieren la segunda tiende a subrayar

³⁶² *Ibidem*, p. 326.

³⁶³ *Idem*.

³⁶⁴ Kelsen, Hans, La garantía jurisdiccional..., *cit.* p. 56.

los aspectos de la legitimidad vinculados al sistema democrático de producción de leyes, postergando las formas de control [...]”³⁶⁵

Para Prieto Sanchís, la censura de Habermas se centra en “la ponderación de bienes como forma de encarar conflictos entre derechos o principios constitucionales. Haciéndose eco de toda una literatura jurídica que identifica ponderación con libre creación, entiende [Habermas] que la consideración de los derechos fundamentales como bienes o valores que han de ser ponderados en el caso concreto convierte al Tribunal en un negociador de valores” en donde cobra primacía los argumentos funcionalistas sobre los normativos.³⁶⁶

En este tenor, lo hace ver Andrés Bordalí Salamanca toda vez que la complejidad de la función de juez constitucional lo hace acercarse a resoluciones políticas más que jurisdiccionales. Así, manifiesta el jurista chileno:

“La tarea del juez es compleja ya que, sin duda, tiene un margen de libertad en la aplicación del derecho; la norma previamente establecida no determina por completo el acto jurisdiccional. Desde este punto de vista, la decisión judicial supone una decisión en algún sentido libre, y tales actos han sido tradicionalmente considerados como políticos, en contraposición a los jurisdiccionales, que parecen normativamente predeterminados o programados”³⁶⁷

Por tanto, los tribunales constitucionales “resuelven cuestiones manifiestamente cargadas de política, en comparación con los que resuelven los tribunales ordinarios”³⁶⁸

Bordalí Salamanca sigue diciendo que esa aparente problemática contramayoritaria (según el autor aparente porque las mayorías parlamentarias no representa la

³⁶⁵ Prieto Sanchís, “Tribunal constitucional y positivismo jurídico” en Ferrer Mac-Gregor, Eduardo (coord.), *Derecho Procesal Constitucional*, 4ª edición, México, Editorial Porrúa-Colegio de Secretarios de la Suprema Corte de Justicia de la Nación, A.C., 2003, t.1., p. 455.

³⁶⁶ *Ibidem*, 456.

³⁶⁷ Bordalí Salamanca, Andrés, “La función judicial de defensa del orden constitucional”, en Ferrer Mac-Gregor, Eduardo (coord.), *Derecho Procesal Constitucional*, 4ª edición, México, Editorial Porrúa-Colegio de Secretarios de la Suprema Corte de Justicia de la Nación, A.C., 2003, t.1, p. 11.

³⁶⁸ *Idem*.

mayoría de la sociedad), puede ser resuelta mediante i) una integración imparcial e independiente del tribunal constitucional, ii) la actuación a petición de parte del agraviado, iii) por medio del proceso legalmente establecido mediante la estructura dialéctica de igualdad de las partes o contradictorio, y iv) con la fundamentación en el orden jurídico vigente y la publicidad de sus fallos.³⁶⁹

En el mismo sentido, Boris Barrios González señala que las funciones del tribunal constitucional, muchas veces va más allá de un legislador negativo en los términos indicados por Kelsen, por tanto:

“Cuando un tribunal o corte en función de control constitucional [...] actúa como legislador negativo y resolviendo demandas decide que la norma enjuiciada está o no ajustada a la constitución, nos encontramos frente a una <sentencia declarativa>; pero es que hoy la función jurisdiccional de quien ejerce el control constitucional debe decidir en función de garantizar la eficacia de las normas constitucionales, y en ocasiones es insuficiente la mera declaratoria de inconstitucionalidad o constitucionalidad de un texto normativo, por lo que se hace necesario que el juez *rebase* el papel del legislador negativo y entre a realizar <modulaciones constitucionales>.”³⁷⁰

Para Javier Tajadura Tejada, la posición del tribunal constitucional como legislador negativo es insuficiente, toda vez que:

“[...] es un dato incontrovertible el hecho de que las denominadas sentencias aditivas han permitido la extensión de derechos sociales, porque mediante la interpretación constitucional añaden nuevos sectores o nuevos derechos al

³⁶⁹ *Ibidem*, pp. 14-16.

³⁷⁰ Barrios González, Boris, “La evolución del constitucionalismo y las modulaciones constitucionales”, en Ferrer Mac-Gregor, Eduardo Magaña de la Mora, *et. al.* (coord.), *Derecho procesal constitucional en perspectiva histórica. A 200 años del Tribunal de Ario de Rosales*, México, Universidad Nacional Autónoma de México IIJ-Poder Judicial del Estado de Michoacán, 2018, t. I, pp. 47-48, visible en: <https://biblio.juridicas.unam.mx/bjv/detalle-libro/4736-derecho-procesal-constitucional-en-perspectiva-historica-a-200-anos-del-tribunal-de-ario-de-rosales-t-i>, (7 de agosto de 2019).

contenido de las leyes”, poniendo énfasis así en una renovada teoría de la división de poderes.³⁷¹

Ante ese escenario, el discurso argumentativo-creativo del Tribunal Constitucional debe ser racionalmente relevante a efecto de evitar incertidumbre en la anulación de la norma general y si bien no puede existir una regulación específica para cada caso concreto que oriente el criterio del citado Tribunal deben existir los elementos jurídicos para poder afirmar que la sentencia del juez se ajusta a la norma.

Como lo expresa Habermas, “los complejos pasos de una interpretación constructiva no pueden, ciertamente, normarse en términos de derecho procedimental; pero están sujetos al control que representa la racionalidad procedimental de un discurso de aplicación jurídicamente institucionalizado.”³⁷² Es decir, a pesar de que la norma tenga la estructura de un principio, existen criterios o pautas normativas generales que acotan y orientan la labor creativa del juez constitucional como los expresados por el artículo 14 de la CPEUM al indicar que las resoluciones de los jueces se fundamentarán en la literalidad de la norma, su interpretación jurídica (criterios emanados de los tribunales facultados que pueden fungir como precedentes) y finalmente los principios generales de derecho.

El principio contramayoritario genera también muchos opositores argumentando la trascendencia de la revisión judicial. Sin embargo, los pasos previos regulados para poder llegar a la sentencia con efectos generales en el Juicio de Amparo, infiere la observancia que realiza la Constitución y la Ley Reglamentaria de Amparo al principio contramayoritario en los términos expuestos por dos motivos:

1. El primero, como se expresó en el capítulo anterior, para que una norma sea derogada es indispensable que existan una serie de precedentes en el mismo sentido (5 casos). Por tanto, existe la continuidad en el criterio. Así se genera mayor racionalidad al poderse verificar que el criterio del juzgador es

³⁷¹ Tajadura Tejeda, Javier, “Retos y desafíos del derecho procesal constitucional en los umbrales del tercer milenio: reflexiones desde una perspectiva europea”, en Ferrer Mac-Gregor, Eduardo (coord.), *Derecho Procesal Constitucional*, 4ª edición, México, Editorial Porrúa-Colegio de Secretarios de la Suprema Corte de Justicia de la Nación, A.C., 2003, t.1., p. 533.

³⁷² Habermas, Jürgen, *Facticidad...*, cit., p. 334.

conforme a derecho. Así, se puede dar una lectura hacia atrás a la resolución emitida por el Tribunal para comprobar su secuencia. Que no exista espontaneidad sino continuidad.

2. El segundo porque la existencia de los “avisos preventivos” al Poder legislativo de que su acto es posiblemente inconstitucional a fin de que los reconsidere y modifique, permite i) evitar un enfrentamiento entre poderes, ii) otorgarle su lugar a la decisión de la mayoría representada en el Legislativo, iii) una especie de diálogo “de ida y vuelta” entre los Poderes de la Unión para que exista la modificación a la norma sin necesidad de realizar la derogación normativa y iv) una *vacatio legis*

Por otro lado, de cierto modo la interpretación conforme que realiza el Tribunal Constitucional, implícita al control jurisdiccional de las normas generales, es *la observancia al principio mayoritario*. Efectivamente, como lo señala Arturo Zaldívar, dicha interpretación es la aceptación de una presunción de constitucionalidad de los actos del legislador y únicamente debe anularse en caso extremo buscando así, que, dentro de las ramificaciones del tronco de interpretaciones, se elija la que se ajuste a la Constitución.³⁷³

Así lo expresa también la Primera Sala de la SCJN en su criterio 1a./J. 37/2017, afirmando que la declaración de inconstitucionalidad únicamente debe darse cuando exista una *clara incompatibilidad o una contradicción insalvable* entre la ley y la Constitución, encontrando su fundamento en el principio de seguridad jurídica y en la *legitimidad democrática del legislador* al existir una intensa presunción de validez.³⁷⁴

De acuerdo con José Afonso Da Silva [...] en la interpretación conforme a la Constitución, el objetivo principal no es interpretar a la propia Constitución sino a las

³⁷³ Zaldívar Lelo De Larrea, Arturo, *Hacia una nueva Ley de Amparo*, México, Universidad Nacional Autónoma de México, Instituto de Investigaciones Jurídicas, 2016, p 126, visible en: <https://biblio.juridicas.unam.mx/bjv/detalle-libro/297-hacia-una-nueva-ley-de-amparo-1a-reimp>, (15 de abril de 2019).

³⁷⁴ Tesis: 1a./J. 37/2017, Gaceta del Semanario Judicial de la Federación, Décima Época, t. I, mayo de 2017, p. 239.

leyes infraconstitucionales, razón por la cual no puede considerarse como un principio de interpretación constitucional”.³⁷⁵

Ahora bien, el mismo jurista brasileño manifiesta que la justificación de este tipo de interpretación se centra en la presunción de constitucionalidad de las leyes y así, “si hay al menos dos interpretaciones posibles para un dispositivo legal y sólo una de ellas garantiza su constitucionalidad, ésta es la que debe prevalecer, pues confirmaría la presunción de constitucionalidad de las leyes”.³⁷⁶

José Miguel Cabrales Lucio expresa que la interpretación conforme también puede obedecer a un respeto que implica la denominada *dignidad de la ley* por su origen.

“La ley aparece en el escenario del control constitucional revestida de una dignidad debido a que es emitida por el órgano que está en mejor posición institucional para expresar la voluntad popular, de hecho la expresión (recientemente acuñada por Waldron) de la *dignidad de la ley* tiene su fundamento histórico en las ideas de Blackstone de la supremacía parlamentaria de la Gran Bretaña. [...] La característica democrática de la ley hace especial su naturaleza en relación con actos como reglamentos o disposiciones normativas de rango inferior”³⁷⁷

Por tal motivo si existen diversas interpretaciones que se puede deducir de un texto constitucional se debe adoptar la interpretación que deja a salvo la constitucionalidad del acto del legislador a efecto de evitar un conflicto que pudiera ser cuestionado, entre otras situaciones, porque que actualiza el principio contramayoritario.

³⁷⁵ Da Silva, José Afonso, “La interpretación conforme a la Constitución. Entre la trivialidad y la centralización judicial”, *Cuestiones Constitucionales Revista Mexicana de Derecho Constitucional*, México, número 12, Enero-Junio 2005, p. 4., visible en: <https://revistas.juridicas.unam.mx/index.php/cuestiones-constitucionales/article/view/5723/7504>.

³⁷⁶ *Ibidem*, pp. 9-10.

³⁷⁷ Cabrales Lucio, José Miguel, “Panorama general de los antecedentes remotos de la esencia del control constitucional de la ley”, en Ferrer Mac-Gregor, Eduardo Magaña de la Mora, *et. al* (coord.), *Derecho procesal constitucional en perspectiva histórica. A 200 años del Tribunal de Ario de Rosales*, México, Universidad Nacional Autónoma de México IIJ-Poder Judicial del Estado de Michoacán, 2018, t. I, p 135, visible en: <https://biblio.juridicas.unam.mx/bjv/detalle-libro/4736-derecho-procesal-constitucional-en-perspectiva-historica-a-200-anos-del-tribunal-de-ario-de-rosales-t-i>, (8 de septiembre de 2019).

4.3. Principio de Irretroactividad de los efectos de las sentencias

Así, llegamos al tema central de nuestra investigación. Precisar si es posible que las declaraciones con efectos *erga omnes* con efectos retroactivos sean jurídica y fácticamente posibles, incluso sin reforma constitucional alguna en el sistema jurídico mexicano.

Se tendrá pues el siguiente método para abordar las conclusiones, i) analizar diversos conceptos de retroactividad, ii) la manera en que operan los controles de constitucionalidad en observancia a la no retroactividad, iii) la diferenciación entre regla y principios, así como diversas posturas doctrinarias a fin de proponer un tratamiento jurídico con la norma de seguridad jurídica, iv) el tratamiento dado en el derecho comparado y v) las problemáticas y posibles alternativas que permitan la retroactividad en pro de la igualdad y la libertad únicamente en casos relevantes, modulados y acotados.

La retroactividad es una situación que se actualiza cuando una norma tiene validez sobre hechos que ocurrieron antes de su inicio de vigencia. La regla general, en consonancia con la *seguridad jurídica*, es la restricción de los efectos de la norma hacia el pasado en los ordenamientos jurídicos. La excepción entonces es la retroactividad y la ultra-actividad.

Los controles de constitucionalidad regulan la no retroactividad tratándose de sus resoluciones con efectos generales. Por tanto, es oportuno analizar en qué consiste aquella, así como su regulación en el sistema jurídico mexicano a fin de precisar el principio común de irretroactividad y seguridad que comparten las garantías constitucionales.

Para Rafael De Pina la retroactividad es la “eficacia excepcionalmente reconocida a la ley en virtud del cual puede afectar a hechos, actos o situaciones jurídicas ocurridos o creados con anterioridad al momento de la iniciación de vigencia”³⁷⁸

Humberto Briseño Sierra expresa que “la retroactividad está considerada doctrinalmente como la sumisión a la nueva ley, de todos o parte de los efectos de una relación jurídica, nacida al imperio de una ley anterior”.³⁷⁹ Sigue diciendo Briseño Sierra, que la cuestión jurídica de la retroactividad se centra en los efectos, o mejor dicho “[...] en las consecuencias de aplicar la ley a los posibles o actuales efectos de las relaciones constituidas anteriormente”.³⁸⁰

Carla Huerta expresa que la retroactividad es “[...] la situación específica en que una norma puede tener eficacia respecto de actos sucedidos previamente a su expedición, esto es, una forma extraordinaria de operación de la norma en el tiempo.”³⁸¹ De lo que se sigue que es una excepción a la regla de vigencia que tiene su fundamento, esta última, en el principio de seguridad jurídica.

Tratándose de la regulación en el sistema jurídico mexicano el principio de irretroactividad es recogido expresamente por el artículo 14 primer párrafo constitucional, a saber: “A ninguna ley se dará efecto retroactivo en perjuicio de persona alguna”. Por ley debe entenderse toda norma jurídica de carácter general que cree situaciones jurídicas generales, independiente del órgano que la emita. Luego, pueden estar comprendidos las leyes, reglamentos, acuerdos, decretos, todo tipo de resoluciones de carácter general y obligatoria. Incluso la jurisprudencia que emiten los jueces al interpretar el texto jurídico. Cabe señalar que es conforme derecho la aplicación retroactiva de ley benéfica en beneficio que opera en materia penal y el principio hermenéutico de derechos humanos pro persona.³⁸²

³⁷⁸ De Pina, Rafael y De Pina Vara, Rafael, *Diccionario de Derecho*, 34ª edición, Editorial Porrúa, México, 2005, p. 444.

³⁷⁹ Briseño Sierra, Humberto, *El control constitucional de amparo*, *cit.*, p. 308.

³⁸⁰ *Ibidem*, p. 309.

³⁸¹ Huerta, Carla, “Teoría del derecho. Cuestiones Relevantes.” *Irretroactividad en la Constitución*, p. 221, visible en: <https://archivos.juridicas.unam.mx/www/bjv/libros/5/2389/19.pdf>, (10 de julio de 2019).

³⁸² Tesis: PC.I.P. J/43 P, *Gaceta del Semanario Judicial de la Federación*, Décima Época, Tomo II, Abril de 2018, p.1317.

Es oportuno expresar unas ideas en cuanto a la jurisprudencia. Es una norma jurídica de carácter general integrada de distintas resoluciones de los juzgados federales (sea por reiteración o contradicción). No puede modificar otro criterio anterior a de la misma naturaleza,³⁸³ sin embargo, la operatividad de la retroactividad jurisprudencial funciona de forma distinta a la de la ley.

La jurisprudencia se integra por criterios emitidos en las resoluciones de que emiten la Suprema Corte de Justicia de la Nación y los tribunales colegiados de circuito, pero como se indicó arriba, no todas sus resoluciones tienen este carácter ya que es indispensable que reúnan las condiciones legales de las figuras de la reiteración y contradicción señaladas en los artículos 215, 216 y 217 de la Ley de Amparo.

En términos del citado artículo 217, último párrafo de la Ley de Amparo, la retroactividad de la jurisprudencia se actualiza cuando se resuelve un caso concreto conforme a un criterio que al momento de fallar le resultaba obligatorio tanto al operador jurídico que resuelve en primera instancia como al juzgador de segunda instancia ante la que se impugna la sentencia, pero el segundo resuelve el mismo asunto aplicando una jurisprudencia que modificó la primera.³⁸⁴

Fuera del anterior supuesto la jurisprudencia será la interpretación que los referidos tribunales hacen de la ley, por lo que no constituye una norma jurídica nueva sino la interpretación de la misma. Por tanto, no viola la garantía de irretroactividad de la ley.³⁸⁵

Ahora bien, la restricción de retroactividad de los controles de constitucionalidad estudiados se establece expresamente por los artículos 105 penúltimo párrafo de la Constitución Mexicana; 234 de la Ley de Amparo; 45 y 73 de la Ley Reglamentaria de las fracciones I y II del artículo 105 de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos.

³⁸³ Tesis: IV.1o.P.C.9 K, *Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta*, Novena Época, Tomo XI, Marzo de 2000.

³⁸⁴ Tesis: II.1o.T.2 K, *Semanario Judicial de la Federación*, Décima Época, 02 de mayo de 2014 12:05 horas.

³⁸⁵ Tesis: P./J. 145/2000, *Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta*, Novena Época, Tomo XII, Diciembre de 2000, p 16.

Es oportuno señalar que de acuerdo con Briseño Sierra:

“[...] la elevación del principio de retroactividad tiene lugar en el periodo de las codificaciones, por lo que las constituciones americanas representan su más acabada consagración, que sin eliminar totalmente la retroactividad, sobre todo cuando esté en discusión un interés llamado social, tiende a proteger el derecho individual, tal como se mira en el artículo 14, segundo párrafo de la constitución.”³⁸⁶

Sin embargo, como el mismo Briseño Sierra lo afirma, la doctrina moderna y la jurisprudencia ya no dan un tratamiento de “super ley” ya que la retroactividad incluso se puede graduar en distintos grados.³⁸⁷

Por otro lado, las resoluciones de los órganos judiciales federales pueden tener efectos restitutorios como en el Juicio de amparo con efectos *inter partes*, debido a que se restablecen las cosas al estado que guardaban antes de la violación. Los efectos del acto impugnado deben quedar destruidos de manera absoluta, completa e incondicional. **Existe una especie de anulabilidad del acto con efectos retroactivos.**

Respecto a la diferencia teórica entre la nulidad y la anulabilidad. En el primer caso es innecesario otro acto jurídico para dejar sin validez el hecho contrario a derecho, esto es, la invalidez es *a priori* porque ese hecho nunca existió en el Sistema Jurídico. De lo que se sigue que las cosas se volverán al estado que guardaban antes de la emisión de ese hecho (no jurídico) ya que los efectos que se produjeron nunca existieron.

En tanto, que en la segunda sí existe un acto de invalidación por parte de una autoridad por lo que la declaratoria de invalidez es *a posteriori*, sin que se retrotraigan los efectos porque el acto dejó de existir a partir de la declaración de nulidad de la autoridad.³⁸⁸

³⁸⁶ Briseño Sierra, Humberto, *El control constitucional de amparo*, cit., p. 310.

³⁸⁷ *Idem*.

³⁸⁸ Kelsen, Hans, *La garantía jurisdiccional...*, cit., p. 37.

En los tres controles de constitucionalidad estudiados es indispensable la emisión de un acto jurisdiccional para invalidar el acto y sus efectos son hacia el futuro (excepto en el juicio de amparo con efectos *inter partes*). En el juicio de garantías en su declaratoria general de inconstitucionalidad, así como en la acción de inconstitucionalidad y la controversia constitucional, sus efectos no serán restitutorios puesto que únicamente dejan de producirse los efectos del acto impugnado a partir de la declaratoria del órgano jurisdiccional.

En consecuencia, no puede hablarse de una nulidad sino de una anulabilidad.

La justificación de la restricción de los efectos retroactivos de las resoluciones generales de invalidez se explica por Kelsen, debido a que:

“El ideal de la seguridad jurídica exige que, en general, no se atribuya efecto alguno a la anulación de una norma general irregular más que por futuro, es decir, a partir de la anulación. Inclusive, es necesario pensar en la posibilidad de no permitir la entrada en vigor de la anulación sino hasta la expiración de un cierto plazo [...]”³⁸⁹

El sistema jurídico mexicano adopta este ideal de seguridad jurídica en el control de la constitucionalidad con efectos *erga omnes*. Por lo que, las declaraciones de invalidez de las resoluciones que se emitan en la controversia constitucional, la acción de inconstitucionalidad y el juicio de amparo (*erga omnes*), *no tendrá efectos retroactivos*, salvo en materia penal, en la que regirán los principios generales y disposiciones legales aplicables de esta materia.

La excepción en materia penal infiere que de forma expresa la CPEUM pondera el derecho humano de la libertad sobre el de la seguridad jurídica. Por tanto, desde este momento se puede convenir que en ciertos casos regulados por el derecho positivo se permite a los órganos jurisdiccionales federales que se resuelva de la manera más equitativa evitando el perjuicio proveniente del cambio en la normatividad,³⁹⁰ esto es, con efectos retroactivos, como por ejemplo, en la

³⁸⁹*Ibidem*, p. 44.

³⁹⁰ Huerta Ochoa, Carla, *Mecanismos constitucionales para el control...*, cit., p. 221.

declaratoria de invalidez decretada contra una norma local que reguló en arraigo en materia penal en donde adquiere efectos retroactivos.³⁹¹

De los fundamentos de derecho positivo vistos no solo deriva el principio común de restricción hacia el pasado en la operatividad de la eficacia en las resoluciones de esta naturaleza, sino también, *una ponderación superior de la seguridad jurídica frente a otros derechos fundamentales*.

Las declaraciones generales de constitucionalidad en el sistema jurídico mexicano tienen un efecto hacia el futuro debido a que “la Constitución limita su propia reivindicación en el tiempo. Prohíbe a la Suprema Corte de Justicia de la Nación incidir en el pasado, delimitando negativamente el ámbito de corrección de sus sentencias [...]”³⁹², por consiguiente, el principio de irretroactividad se actualiza en cuanto que los efectos de este tipo de declaraciones son pro futuro o *ex nunc*.

Como lo afirma García Sarubbi “[...] la declaratoria de inconstitucionalidad sólo podría tener [...] efectos para el futuro, sin poder alterar las consecuencias jurídicas provocadas en el pasado, esto es, antes de la promoción del juicio [...]”.³⁹³

La CPEUM al regular los efectos *ex nunc* o “desde ahora” y descartando así los *ex tunc* o “desde siempre”, “pondera por regla general” (aunque pareciera contradictoria esta afirmación (ya que es propio de las reglas) la seguridad jurídica (S) frente a otros derechos fundamentales como la igualdad frente a la ley (I) o la libertad (L) como se advierte con los siguientes ejemplos:

- i) S vs I. Una norma estatal restringe el acceso a los servicios de salud pública de un Estado a personas homosexuales. Se reportaron 50 casos en donde se les negó dicho derecho de seguridad social. Vía juicio de amparo o acción de inconstitucionalidad se declara la contrariedad a la

³⁹¹ Tesis: P./J. 34/2014, Gaceta del Semanario Judicial de la Federación, Décima Época, Tomo I, Mayo de 2014, p. 270.

³⁹² García Sarubbi, David, “La difícil relación entre una declaratoria de inconstitucionalidad erga omnes y sus efectos prácticos en México” *Cuestiones Constitucionales Revista Mexicana de Derecho Constitucional*, núm. 23, julio-diciembre 2010, p. 65, visible en: <https://revistas.juridicas.unam.mx/index.php/cuestiones-constitucionales/article/view/5931/7872>, (1 de enero de 2019).

³⁹³ *Idem*, p. 65.

Ley Suprema. Toda vez que no tiene efectos retroactivos la declaración de inconstitucionalidad, los afectados por la norma impugnada deben soportar el daño causado anterior a la resolución como pueden ser los gastos de los servicios hospitalarios privados que debieron erogar.

- ii) S vs L. Con fundamento en una ley federal que restringe la libertad de expresión vía Twitter diversos juzgados de primera instancia condenaron a una indemnización monetaria a personas que hicieron crítica a una acción de gobierno que imponía en las escuelas primarias una clase sobre religión católica, toda vez que se consideró que no ejercieran su libertad de expresión. Posteriormente, en otro sexenio, en asuntos con idénticos supuestos de hecho en un juicio de amparo contra leyes, dicha legislación fue declarada inconstitucional. Sin embargo, los 100 individuos que realizaron las publicaciones tienen que soportar el daño sufrido por una ley declarada inconstitucional.

Tres características se pueden determinar de dichos ejemplos, i) que hay un número específico de afectados, ii) que soportaron un daño por una norma y iii) que dicha norma era evidentemente (extremadamente) inconstitucional (el primero más que el otro). Dichos supuestos serán importantes para nuestras conclusiones.

A fin de generar una posibilidad de dar un tratamiento diferente a la regla estricta de prohibición de retroactividad de las declaraciones generales es importante distinguir los dos tipos de normas que la dogmática jurídica ha desarrollado en diversa literatura al respecto; las reglas y los principios. En este tenor, la naturaleza de los derechos fundamentales es de principios y los principios son mandatos de optimización.³⁹⁴ A continuación se expresarán diversas concepciones y diferencias entre estos dos tipos de reglas.

³⁹⁴ Bernal Pulido, Carlos, "Los derechos fundamentales y la teoría de los principios: ¿es la teoría de los principios la base para una teoría adecuada de los derechos fundamentales de la Constitución Española?", *Doxa. Cuadernos de Filosofía del Derecho*, Alicante, España, núm. 30, 2007, p. 274, visible en: https://rua.ua.es/dspace/bitstream/10045/13135/1/DOXA_30_35.pdf, (15 de agosto de 2019).

De acuerdo con Robert Alexy, jurista alemán que ha desarrollado la teoría principalista basándose en las ideas de Ronald Dworkin en su diferenciación de las reglas y principios bajo la postura *todo o nada* en su obra *El modelo de las reglas*,³⁹⁵ expresa la distinción entre principio y reglas:

“La base de la teoría de principios es la distinción teórica entre reglas y principios. Las reglas son normas que requieren estar determinadas. Son mandatos definitivos. Su forma de aplicación es la subsunción. Por el contrario, los principios son mandatos de optimización. De por sí, estos exigen «que algo sea realizado en la mayor medida posible dentro de las condiciones fácticas y jurídicas existentes». Además de las reglas, las posibilidades jurídicas están determinadas esencialmente por los principios en oposición. Por tal razón, los principios, considerados cada uno de ellos por separado, siempre se componen simplemente de mandatos *prima facie*. La determinación del grado apropiado de satisfacción de un principio en relación con aquello exigido por otros principios se logra a través de la ponderación. Así, la ponderación es la forma específica de aplicación de los principios.”³⁹⁶

Luego, la optimización es la idea principal para la operatividad de los principios. Robert Alexy expone tres sub-principios que son parte determinante en la operatividad fáctica y jurídica, a saber:

“Los principios de idoneidad y necesidad se refieren a la optimización en relación con las condiciones fácticas. Esta optimización relativa a las posibilidades fácticas existentes consiste en evitar costos evitables. Costos que, sin embargo, son inevitables cuando hay principios que colisionan. Entonces la ponderación se hace necesaria. La ponderación es objeto del tercer sub-principio del principio de proporcionalidad, específicamente del principio de proporcionalidad en sentido estricto.

³⁹⁵ Lozada, Alí, “El postpositivismo de la «optimización»: sobre el concepto de principio jurídico de R. Alexy”, *Doxa. Cuadernos de Filosofía del Derecho*, Alicante, España, núm. 39, 2016, p. 228, visible en https://rua.ua.es/dspace/bitstream/10045/60163/6/Doxa_39_12.pdf, (13 de octubre de 2019).

³⁹⁶ Alexy, Robert, “Principios formales” trad. del original inglés de María Claudia Quimbayo Duarte, *Doxa. Cuadernos de filosofía jurídica*, Universidad de Alicante, España, núm. 37, 2014, p. 17, visible en: <https://doxa.ua.es/article/view/2014-n37-principios-formales>, (20 de octubre de 2019).

Este principio expresa lo que significa la optimización en relación con las condiciones jurídicas. Lo cual es idéntico a la regla que podría llamarse «la ley de la ponderación».³⁹⁷

Para realizar la ley de ponderación, el mismo Alexy expresa que “cuanto mayor es el grado de insatisfacción o detrimento de un principio, tanto mayor debe ser la importancia de satisfacción del otro”³⁹⁸

Cabe señalar que el jurista Alemán a diferencia de Dworkin, indica que la teoría de los principios por sí sola no está en condiciones de sostener la tesis de la única respuesta correcta, máxime si se considera el criterio de optimización que puede variar, en cada caso, el grado de cumplimiento.³⁹⁹ Por ello adopta una teoría débil de los principios en el sentido que no es posible llegar a una sola respuesta correcta pero sí es posible una definición racionalmente fundamentada.⁴⁰⁰

Basándose en las ideas de Alexy, Arturo Muñoz Aranguren expresa que la ponderación es la operación que realiza el juez “tras la constatación de la existencia de una colisión entre derechos, el examen de la intensidad y trascendencia con la que cada uno de ellos resulta afectado, con el fin de elaborar una regla que permita, dando preferencia a uno u otro, la resolución del caso mediante su subsunción en ella.”⁴⁰¹

Juan Ruiz Manero en su defensa sobre la obra publicada con Manuel Atienza, *Las piezas del Derecho*, precisa que existe una diferenciación entre principio y reglas y una subclasificación entre principios programáticos y en estricto sentido.⁴⁰² De

³⁹⁷ *Idem.*

³⁹⁸ *Idem.*

³⁹⁹ Alexy, Robert, “Sistema jurídico, principios jurídicos y razón práctica”, trad. de Manuel Atienza, *Doxa. Cuadernos de filosofía del derecho*, España, Universidad de Alicante, núm. 5, 1988, p. 139-151, visible en: https://rua.ua.es/dspace/bitstream/10045/10871/1/Doxa5_07.pdf, (7 de noviembre de 2019).

⁴⁰⁰ *Ibidem*, 149.

⁴⁰¹ Muñoz Aranguren, Arturo, “Abuso del derecho y ponderación de derechos”, *Doxa. Cuadernos de filosofía del derecho*, Alicante, España, 2018, núm. 41, p. 36, visible en: <https://doxa.ua.es/issue/view/2018-n41>, (5 de octubre de 2019).

⁴⁰² Atienza, Manuel y Ruiz Manero, Juan, “Sobre principios y reglas”, *Doxa. Cuadernos de filosofía del derecho*, Alicante, España, núm. 10, 1991, p. 105, visible en: https://rua.ua.es/dspace/bitstream/10045/10763/1/doxa10_04.pdf, (8 de noviembre de 2019).

acuerdo con este jurista, puede suceder que las condiciones de aplicación de un principio en estricto sentido estén indeterminadas, sin embargo, una vez que se actualizan, se debe realizar su cumplimiento (al igual que las reglas) toda vez que no existen condiciones jurídicas o fácticas que modulen o condicionen su cumplimiento. Los ejemplos anteriormente citados, serían principios programáticos, toda vez que el cumplimiento podría depender, por ejemplo, de condiciones económicas para resarcir el daño.⁴⁰³

Luigi Ferrajoli, en una crítica a la diferenciación realizada por Ruiz Manero, realiza la distinción siguiente:

“Entiendo por «reglas» aquellas normas respecto de las cuales son configurables la violación y la observancia: entendidas en este sentido, entran dentro de ellas también la mayor parte de los derechos fundamentales y el principio de igualdad, que, por ello, he llamado «principios regulativos». Entiendo, por el contrario, por «principios directivos» o «directrices», aquellas normas respecto de las cuales no son configurables actuaciones o violaciones específicas consistentes en comportamientos determinados”⁴⁰⁴

Así se diferencia su postura, dice el jurista italiano, de otros principalistas como “de la forma todo-o-nada según la tesis de Dworkin, su realizabilidad o no realizabilidad según la noción de Alexy, su forma cerrada y no abierta según la definición sugerida por Atienza y Ruiz Manero, su referencia a supuestos de hecho subsumibles en ellas según la noción propuesta por Zagrebelski”⁴⁰⁵

⁴⁰³ Ruiz Manero, Juan, “Principios, objetivos y derechos: otra vuelta de tuerca”, *Doxa. Cuadernos de filosofía del derecho*, Alicante, España, núm. 28, 2005, p. 343, visible en: <https://doxa.ua.es/article/view/2005-n28-principios-objetivos-y-derechos-otra-vuelta-de-tuerca> (10 de agosto de 2019).

⁴⁰⁴ Ferrajoli, Luigi, “Dos concepciones de los principios. Una respuesta a Juan Ruiz Manero”, *Doxa. Cuadernos de filosofía del derecho*, Alicante, España, núm. 36, 2013, p. 562, visible en: <https://doxa.ua.es/article/view/2013-n36-dos-concepciones-de-los-principios-una-respuesta-a-juan-ruiz-manero> (10 de agosto de 2019).

⁴⁰⁵ *Idem*.

Para Ferrajoli, las reglas señalan expresamente el comportamiento calificado deónticamente, mientras que en los principios se indican fines, los valores y las opciones ético-políticas que el ordenamiento trata de perseguir.⁴⁰⁶

Carsten Bäcker, expresa que la distinción entre principios y reglas no radica en su optimización, sino en la derrotabilidad. Así:

“las reglas jurídicas siempre presentan la capacidad de admitir excepciones, esto es, son derrotables. Por el contrario, los principios son mandatos de optimización que no admiten excepciones. Dicho de otra forma, las circunstancias de casos futuros en conjunto con otras condiciones, por ejemplo, principios que compiten entre sí (*competing principles*), se encuentran ya implicados en el concepto de optimización y por tanto constituyen una parte integral de la aplicación del principio mismo.⁴⁰⁷

Paolo Comanducci afirma que para poder distinguir entre una regla y un principio hace falta la configuración de las normas, es decir, son textos jurídicos ya interpretados.⁴⁰⁸ La diferenciación también de ambos tipos de normas se puede dar atendiendo a si su diferenciación es cognoscitiva o discrecional y, atendiendo a la tesis de separación fuerte o débil entre principios y reglas. La primera en que las normas nacen siendo principios o reglas, en tanto que la segunda, depende de la interpretación y aplicación, y así un principio puede ser hoy aplicado como tal y mañana, en un caso diverso, como regla.⁴⁰⁹

De este modo, el momento de la distinción se dará al dar significado al texto jurídico.

⁴⁰⁶ *Ibidem*, p. 563.

⁴⁰⁷ Bäcker, Carsten, “Reglas, principios y derrotabilidad”, trad. Francisco J. Campos Zamora, *Doxa. Cuadernos de filosofía jurídica*, España, Universidad de Alicante, núm. 37, 2014 p. 34, visible en: https://rua.ua.es/dspace/bitstream/10045/53977/1/Doxa_37_02.pdf, (20 de agosto de 2019).

⁴⁰⁸ Comanducci, Paolo, “Principios jurídicos e indeterminación del derecho”, *Doxa. Cuadernos de filosofía del derecho*, España, Universidad de Alicante, Vol. 2, núm. 21, 1998, pp. 92-94, visible en: https://rua.ua.es/dspace/bitstream/10045/10350/1/doxa21-2_07.pdf, (5 de agosto de 2019).

⁴⁰⁹ *Idem*.

La relación que existe entre principios e indeterminación *ex ante*, de acuerdo con Comanducci, obedece a que no existe una normal objetiva y que tampoco existe un sistema integrado de moral y derecho.⁴¹⁰

Lo relevante de la configuración de principios, destaca Comanducci, más que perseguir la seguridad jurídica (como parece creer Dworkin), persigue también:

“[...] la adecuación del derecho a los cambios sociales, la toma de decisiones <al por mayor>, el proporcionar pautas generales a los órganos inferiores, el establecer objetivos de reforma social, la delegación del poder de determinar el contenido del derecho, o sea, generalmente, la étero y/o atribución de los jueces de una parte del poder normativa, etc.”⁴¹¹

Las ideas de Robert Alexy pueden dar luz sobre esta “superioridad” de la seguridad jurídica debido a que la regulación en el texto constitucional mexicano se trata de una “regla de validez estricta” lo que implica que cuando se actualiza el supuesto de hecho surge obligatoria y definitivamente la consecuencia jurídica.⁴¹² Por lo que “a diferencia de lo que normal y necesariamente sucede con otros derechos fundamentales, no tiene lugar ponderación alguna. La mera subsunción basta para establecer definitivamente el resultado.”⁴¹³

La construcción del diseño *ex nunc* responde a la tradición del sistema europeo de control de la constitucionalidad ya que le da el carácter a la jurisdicción constitucional de “legislador negativo” en los términos señalados por Kelsen, debido a que por un lado el legislador tiene una labor creativa que se vincula a la Constitución en cuanto al procedimiento y ciertos principios y por el otro la jurisdicción tiene la función de anular y limitadamente crear, pero está absolutamente determinada por aquélla. Así, existe un equilibrio entre los poderes.

⁴¹⁰ *Ibidem*, p. 103.

⁴¹¹ *Ibidem*, p. 104.

⁴¹² Alexy, Robert, “Derecho injusto, retroactividad y principio de legalidad penal: la doctrina del Tribunal Constitucional Federal alemán sobre los homicidios cometidos por los centinelas del muro de Berlín”, trad. de A. Daniel Oliver-Lalana, *Doxa. Cuadernos de filosofía del derecho*, Alicante, España, núm. 23, 2000, p. 36, visible en: <https://doxa.ua.es/article/view/2000-n23-derecho-injusto-retroactividad-y-principio-de-legalidad-penal-la-doctrina-del-tribunal-constitucional-federal-aleman-sobre-los-homicidios-cometidos-por-los-centinelas-del-muro-de-berlin> (20 de noviembre de 2019).

⁴¹³ *Idem*.

Se admite un acto que tiene un espacio temporal inatacable por el legislador negativo o la jurisdicción.

Al equilibrio político o la horizontalidad entre los órganos del Estado que se busca con los actos que tienen un espacio temporal inatacable de la jurisdicción constitucional, se adiciona la importancia que tiene en el ordenamiento jurídico mexicano la seguridad jurídica con relación a las declaraciones de nulidad con efectos *erga omnes*. Sin embargo, desde la Dogmática Jurídica y en específico la ley de colisión de principios desarrollada ampliamente por Robert Alexy y relevante en la jurisdicción constitucional, habría que plantearse si este funcionamiento puede ser cuestionado en tanto que “la tutela del principio de seguridad jurídica se realiza a costa de la plena reivindicación de los principios sustantivos que dicha declaratoria ha detectado como vulnerados”.⁴¹⁴

En la *Teoría de los Derechos Fundamentales* se afirma la tesis que existe una diferencia cualitativa entre principios y normas, como se expresó líneas arriba. La naturaleza de los derechos fundamentales se encuadraría en los primeros debido a que son mandatos de optimización cuya realización depende de factores jurídicos y económicos. Esto es, se cumplen en la medida en que es posible, “están caracterizados por el hecho de que pueden ser cumplidos en diferente grado y que la medida debida de su cumplimiento no sólo depende de las posibilidades reales sino también de las jurídicas”.⁴¹⁵

De lo que se sigue que no son absolutos pues dependen de cómo se presenten los supuestos de hecho ya que bajo ciertas circunstancias que no siempre son idénticas, uno de los principios precede al otro. Así también, no les aplica un criterio de validez debido a que en una posible colisión ambos son válidos, pero es mediante la *ponderación* por la cual se determina cuál precede al otro en una dimensión de pesos.

De las ideas del jurista doctrinario del principalismo, se infiere que no existe una jerarquía absoluta entre los diversos derechos fundamentales que señalan las

⁴¹⁴ García Sarubbi, David, “La difícil relación entre una declaratoria...”, *cit*, p. 75.

⁴¹⁵ Alexy, Robert, *Teoría de los Derechos...*, *op. cit.*, p. 86.

constituciones de los Estados modernos, debido a que ninguno se sobrepone sobre otros *a priori*, sino que, dependiendo del caso concreto, uno u otro derecho “vencerá” o se impondrá para materializarse. Así, por ejemplo, atendiendo a los supuestos fácticos el derecho a la libertad de creencia religiosa puede sobreponerse sobre la vida, pero en otras circunstancias se impondrá el segundo sobre el primero.

La constitución mexicana y sus leyes reglamentarias acotan *ex nunc* los efectos de los controles de la constitucionalidad sobre normas generales observando un principio de seguridad en las relaciones jurídicas generadas por aquellas que pueden tener implicaciones sociales y económicas de permitirse los efectos retroactivos.

Esta restricción a los efectos hacia el pasado permite afirmar que en este caso la seguridad jurídica no opera *prima facie*, porque incluso la salvedad en materia penal respecto a la retroactividad y la excepción vista en materia administrativa, al estar definido el resultado de la posible colisión por el texto del código político, se regula la articulación del funcionamiento. Luego, no puede hablarse de una ley de colisión entre principios en donde atendiendo a los supuestos de hecho cualquiera puede preceder al otro.

De acuerdo con García Sarubbi, sería indispensable convenir una modificación a la regulación actual para que el derecho de seguridad jurídica pueda ceder en ciertas circunstancias de colisión frente a otro derecho fundamental (el cual tiene la estructura de principio).⁴¹⁶ La seguridad jurídica no estaría aislada, sino que interactúa con otros.

En la regulación mexicana de los controles de constitucionalidad no existe a lo que Alexy denomina “*relación de precedencia condicionada*”⁴¹⁷ ya que la solución de la colisión no depende del caso concreto porque el código constitucional no concede flexibilidad en la colisión de la seguridad jurídica frente a la igualdad frente a la ley.

⁴¹⁶ García Sarubbi, David, “La difícil relación entre una declaratoria...”, *op. cit.*, p. 77.

⁴¹⁷ Alexy, Robert, *Teoría de los Derechos Fundamentales...*, *op. cit.*, p. 92.

Se afirmó arriba que en el sistema jurídico mexicano existe en materia penal la sobreposición de la libertad sobre la seguridad jurídica y se puede concluir que responde a la **afectación meridianamente grave a un derecho fundamental por excelencia, la libertad**. Sin embargo, cabe plantearse si puede haber otros derechos humanos que para diversos individuos sean tan importantes como la igualdad y la seguridad social para ser atendido en un hospital.

Es claro que dejar la puerta abierta a la retroactividad de las sentencias a efecto de impulsar, por ejemplo, el derecho fundamental de igualdad, generaría la indeseable inseguridad jurídica que impediría en algunos casos realizar aquél u otros derechos fundamentales. *A priori* se puede afirmar que se justifica buscando un ideal de equidad, sin embargo, en la práctica puede generar irrupciones en el sistema generando inestabilidad en las relaciones jurídicas de los particulares y un desequilibrio en los poderes estatales.

Por ello cabe indagar cómo opera en otros sistemas jurídicos y si es posible que opere en México. De las ideas anteriores, hay que convenir, que si se da un tratamiento diferente a la regla estricta que restringe la retroactividad sería posible aplicar los efectos retroactivos mediante un ejercicio de optimización.

En Italia se ha buscado modular el impacto de las resoluciones con efecto *erga omnes* al incidir lo mínimo sobre las opciones políticas ya decididas por el legislador, en el pasado cercano respetando las condiciones económicas, financieras y jurídicas del Estado.⁴¹⁸

En este contexto, el artículo 136 de la Constitución de la República Italiana establece:

“Articolo 136

⁴¹⁸ GROPPI TANIA, ¿Hacia una justicia constitucional "dúctil"? "Tendencias recientes de las relaciones entre Corte Constitucional y jueces comunes en la experiencia italiana", en Ferrer MacGregor, Eduardo (coord.), *Derecho Procesal Constitucional*, 4ª edición, México, Editorial Porrúa-Colegio de Secretarios de la Suprema Corte de Justicia de la Nación, A.C., 2003, t.1., p. 351.

Quando la Corte dichiara l' illegittimità costituzionale di una norma di legge o di atto avente forza di legge, la norma cessa di avere efficacia dal giorno successivo alla pubblicazione della decisione.

La decisione della Corte è pubblicata e comunicata alle Camere ed ai Consigli regionali interessati, affinché, ove lo ritengano necessario, provvedano nelle forme costituzionali.⁴¹⁹

Sin embargo, existe una problemática al otorgar efectos retroactivos a las sentencias. La experiencia Italiana, como lo afirma Groppi, hace ver dicha situación.

La jurista italiana expresa que incluso la manipulación de los efectos retroactivos por el tribunal constitucional ha tenido resultados infructuosos,⁴²⁰ y esto obedece a que “toda decisión de anulamiento, eliminando las normas constitucionales, crea un vacío, una laguna que puede proyectarse en el tiempo [...]”.⁴²¹ Que esa proyección se extienda al pasado, pareciera, al menos, jurídicamente correcta, pero práctica o fácticamente inviable.

La misma jurista afirma aun dando una solución que implique el anulamiento de una norma con la sustitución de otra que sí sea constitucional:

“[...] no cierra el problema de constitucionalidad sino que lo abre, arrancando un proceso interpretativo creativo para reparar la constitucionalidad violada. Es solamente a través de la acción del circuito Corte-jueces-parlamento, del resultado de la acción conjunta, como se supera la inconstitucionalidad. Y no por medio de la acción solitaria de la Corte.”⁴²²

Como solución, la jurista italiana advierte la existencia de formas de control de la constitucionalidad que *eviten* la nulidad en *abstracto* de la norma, mediante decisiones de la Corte Constitucional *suavicen el* enfrentamiento directo con el

⁴¹⁹ Costituzione della Repubblica Italiana, Senato della Repubblica, visible en: <http://www.senato.it/1024>, (7 agosto 2019).

⁴²⁰ Groppi, Tania, GROPPI TANIA, ¿Hacia una justicia constitucional "dúctil"? ..., cit., p. 351.

⁴²¹ *Idem*.

⁴²² *Idem*.

poder legislativo y los jueces comunes (el control se realiza de forma incidental), a saber: i) las sentencias aditivas de principio y ii) la interpretación conforme.⁴²³

La primera como una invitación a proveer sobre la base de ciertos principios y únicamente actuar cuando no exista otra opción sin afectar la *discrecionalidad del legislador*. La segunda, como antes se expresó, si el enunciado jurídico admite varias interpretaciones, considerar la norma (resultado de la interpretación) que sea conforme a la constitución. Es decir, realizar la interpretación conforme.⁴²⁴

Resulta pertinente el razonamiento que realiza Prieto Sanchís sobre la concepción de Kelsen del tribunal constitucional, en el sentido que “un Tribunal respetuoso con el legislador no podía desarrollar un género de actividad que irremediamente había de interferir en el ámbito de la discrecionalidad legislativa”. Entendida esta como la facultad que tiene el legislador de generar una norma sujetándose únicamente al procedimiento para la generación de una norma, más no así a un texto normativo en particular como lo hace el citado tribunal.⁴²⁵

En el caso de Italia, se puede obtener la modulación **hacia el pasado** deseada, a través de la aplicación de la restricción temporal utilizada en el tribunal constitucional italiano en dos tipos de sentencias con efectos *erga omnes* y retroactivos. En la primera los efectos de la declaración de inconstitucionalidad se producen tan solo a partir de la constatación de hechos, como puede ser que a través de nuevos criterios constitucionales se declaró la constitucionalidad de un acto. En la segunda la temporalidad de la retroactividad depende de la valoración de otros derechos fundamentales que se pueden afectar en donde se opta por una ponderación de derechos fundamentales en conflicto. Así existe un acotamiento del tiempo a partir del cual surtirá efectos nulidad con efectos retroactivos.⁴²⁶

En el caso de Alemania como lo señala Francisco José Eguiguren Praeli:

⁴²³ *Idem*.

⁴²⁴ *Ibidem*, pp.352-358.

⁴²⁵ Prieto Sanchís, “Tribunal constitucional y positivismo jurídico”, cit., p. 463.

⁴²⁶ Brust, Léo, *La sentencia constitucional en Brasil*, tesis de doctorado, España, Universidad de Salamanca, 2011, p. 112, visible en <https://dialnet.unirioja.es/servlet/tesis?codigo=42597>, (21 de noviembre de 2019).

“la Constitución permite declarar nula la ley inconstitucional, lo que otorga efectos retroactivos a la sentencia del TC. Dado que esta situación podría generar muchos problemas y riesgos, por la gran cantidad de situaciones o relaciones suscitadas mientras la norma estaba vigente (con mayor razón si la ley es relativamente antigua) el TC Alemán ha buscado encontrar caminos menos “traumáticos” para la solución de la inconstitucionalidad detectada. Cabe mencionar que la ley sobre el TC establece (en su artículo 79) una forma concreta de restringir los efectos retroactivos de la sentencia, disponiendo que salvo en materia penal (que puede dar lugar a la reapertura del procedimiento) la declaración de una norma inconstitucional como nula no permite alterar los fallos que ya no pueden ser impugnados”⁴²⁷

El mismo autor expresa en alusión a la Constitución Colombiana, citando a Eduardo Cifuentes Muñoz, que la Corte Constitucional de Colombia si bien considera la resolución *erga omnes* con efectos retroactivos, esto nada más acaece en casos arbitrarios.⁴²⁸

Aunque el mismo Cifuentes Muñoz manifiesta que existe la tendencia de la Corte Colombiana de evitar las sentencias retroactivas aun con modulación de los efectos temporales como acaece en Italia toda vez que:

“En lugar de declarar de manera absoluta la inconstitucionalidad de una ley, si ella admite una interpretación en la que pueda sustentarse su constitucionalidad, ha preferido dictar, en muchas ocasiones, un fallo interpretativo.”⁴²⁹

⁴²⁷ Eguiguren Praeli, Francisco José, “Los efectos de las sentencias sobre inconstitucionalidad del Tribunal Constitucional”, en Vega Gómez, Juan y Corzo Sosa, Edgar, (coord.), *Tribunales y justicia constitucional. Memoria del VII Congreso Iberoamericano de Derecho Constitucional*, México, IJ UNAM, Serie doctrina jurídica, Núm. 108, p. 188, consultada en <https://biblio.juridicas.unam.mx/bjv/detalle-libro/343-tribunales-y-justicia-constitucional>, (7 de agosto de 2019).

⁴²⁸ *Idem*.

⁴²⁹ Cifuentes Muñoz, Eduardo, “La justicia constitucional en Colombia”, *Anuario Iberoamericano de Justicia Constitucional*, núm. 1, 1997, pp. 67 a 88, visible en: <https://dialnet.unirioja.es/ejemplar/132855>, (12 de septiembre de 2019).

Tratándose de Portugal, Léo Brust en su trabajo de investigación sobre las sentencias de los tribunales constitucionales, expresa:

“El sistema portugués acepta tres formas de limitar los efectos temporales de las decisiones del TC. La primera de ellas es la inconstitucionalidad sobrevinida del precepto legal, en función de un precepto constitucional surgido posteriormente (art. 282º, nº 2 CRP). Se trata de un caso especial, porque este artículo no da margen de elección al TC, pues determina que el efecto retroactivo se detenga exactamente en la fecha en que fue promulgada la nueva Constitución o en la que surgió el nuevo precepto a través de revisión constitucional. La segunda es la sentencia limitativa en sentido estricto (art. 282º, nº 4 CRP), que permite efectivamente al TC la ponderación de los efectos erga omnes, ex tunc y de reviviscencia de los preceptos eventualmente derogados. Y la tercera es la sentencia de mera incompatibilidad para tratados internacionales ratificados por Portugal (art. 277º, nº 2 CRP).”⁴³⁰

En Brasil la modulación de los efectos tiene una variante más a los casos de Italia y Portugal, ya que como lo indica el profesor de la Universidad de Salamanca, el Tribunal Constitucional limita la retroactividad de dos maneras:⁴³¹

- i) *Retroactividad mitigada*; conservando intactos los efectos *ex tunc*, pero restringiendo los efectos de la declaración al mantener algunas situaciones creadas por la norma inconstitucional por razones de seguridad jurídica.
- ii) *Sentencia de retroactividad parcial*; consiste en la declaración de inconstitucionalidad con efectos retroactivos a una fecha posterior a la de la entrada en vigor de la norma impugnada y anterior a la de la sentencia.

Dos conclusiones, se obtienen del tratamiento dado por los Tribunales Constitucionales a las declaratorias generales *ex tunc*:

⁴³⁰ Brust, Léo, La sentencia constitucional en Brasil..., *cit.*, p. 231.

⁴³¹ *Ibidem*, p.542.

- i) No se actualiza la nulidad absoluta puesto que las normas impugnadas en ningún caso son nulificadas desde el día siguiente de su publicación, y,
- ii) La más relevante para el presente trabajo, es posible la retroactividad de la nulidad modulando los efectos en el tiempo o parcializando la impugnación, esto es, segmentando o ponderando la constitucionalidad e inconstitucionalidad.

Ahora bien, habría que preguntarse si el texto constitucional requeriría una modificación para operar de esa manera. Se considera que preferentemente sí, ya que como el mismo Alexy lo advierte, se puede abrir la puerta al “remolino de las omnipresentes ponderaciones del Derecho Constitucional”, por lo que es indispensable diferenciar entre “validez incondicionalmente absoluta y relativa”, estableciendo que el carácter absoluto de la restricción a la retroactividad puede situarse bajo una reserva de ponderación⁴³² para que no se abra la puerta a la ponderación sobre la subsunción en supuestos normativos claros.

Es oportuno hacer ver la advertencia que realiza Marina Velasco sobre el abuso de la ponderación cuando no existe conflicto o existe uno aparente. En este tenor, indica que:

[...] hay una gran diferencia entre hablar de un conflicto entre derechos y hablar de un conflicto entre pretensiones de derecho. Al fin y al cabo, que se trate de un verdadero conflicto de derechos es algo que tendría que ser mostrado. Cuando aceptamos que dos derechos están en conflicto ello implica que aun cuando un derecho pueda al final no ser reconocido o garantizado, era de todos modos un derecho real que estaba en juego, y no solamente una pretensión que tenía que ser considerada para determinar qué derechos había en juego. Para la perspectiva teleológica todo lo que aparece como un conflicto entre derechos es un conflicto entre derechos. El problema de aceptar que todo lo que aparece como un conflicto es un conflicto no es solamente que

⁴³² Alexy, Robert, “Derecho injusto, retroactividad y principio de legalidad penal ...”, *op. cit.*, p. 215.

muchos conflictos entre derechos puedan venir a revelarse como aparentes, sino también que puede haber más derechos en juego en la situación que se está juzgando, derechos que simplemente se pasan por alto por atenerse al conflicto entre dos derechos tal como aparece configurado en el inicio.⁴³³

Por ello la misma jurista manifiesta que el operador jurídico debe de forma primaria resolver el caso que se le presente de acuerdo con la perspectiva deontológica (reglas) y de forma secundaria la teleológica (principios).⁴³⁴ Los derechos pues, “funcionan como restricciones laterales (*side constraints*) para las acciones teleológicas; establecen límites deontológicos a la persecución de lo bueno”⁴³⁵

Aquí entra en juego la teoría de los derechos adquiridos, ya que, de acuerdo con la jurista brasileña, es indispensables actualizar el supuesto de la norma para que se un derecho real que estaba en juego y no así una pretensión, como puede resultar el caso indicado por García Sarubbi sobre las pensiones negadas a un grupo determinado de personas.⁴³⁶

No obstante, de acuerdo con la práctica jurídica también pudiera operar sin reforma alguna al texto constitucional. En el análisis que realiza Robert Alexy sobre la resolución del Tribunal Constitucional Federal alemán sobre los homicidios cometidos por los centinelas del muro de Berlín, el jurista alemán expresa que bajo la “Fórmula de Radbruch” (el derecho extremadamente injusto no es derecho) se cambia pues, un tratamiento de validez absoluta o estricta del artículo 103 párrafo 2 de la Ley Fundamental a un tratamiento relativo. De tal modo que:

“La solución del Tribunal Constitucional Federal para por circunscribir la validez estricta de la prohibición de retroactividad – que también designa como <absoluta> y más en detalle caracteriza como <formalización estricta>- al <supuesto común> o <normal> en el que imperan la democracia y la división

⁴³³ Velasco, Marina, “Conflictos entre derechos y ponderación. Por qué los jueces no deberían abandonar la perspectiva deontológica”, *Doxa. Cuadernos de filosofía del derecho*, España, Universidad de Alicante, núm. 39, 2016, p. 313, visible en: https://rua.ua.es/dspace/bitstream/10045/60167/6/Doxa_39_16.pdf, (15 de septiembre de 2019).

⁴³⁴ *Ibidem*, p. 315.

⁴³⁵ *Idem*.

⁴³⁶ García Sarubbi, David, “La difícil relación entre una declaratoria...”, *cit*, p. 65.

de poderes y rigen los derechos humanos. Bajo estas condiciones, habría que contar fundamentalmente con que el derecho penal satisfaga las exigencias de la justicia material. [...] De donde surge, entonces, un conflicto entre el mandato de justicia material del Estado de Derecho y la <prohibición absoluta de retroactividad del art. 103.2 de la Ley Fundamental. A juicio de este Tribunal, este conflicto se resuelve cuando aquel Estado dicta un <derecho estatal extremadamente injusto>, <tipificando supuestos de hecho penales para las violaciones criminales más graves [...]>.”⁴³⁷

Al respecto, el artículo 103.2 de la Ley Fundamental de Alemania tiene una prohibición análoga a la que existe en el artículo 14 de la constitución mexicana, a saber:

“Artículo 103

(2) Un acto sólo podrá ser penado si su punibilidad estaba establecida por ley anterior a la comisión del acto.”⁴³⁸

En ambos textos constitucionales la retroactividad es considerada como regla en los preceptos señalados ya que, entre otras características, es mayor su grado de determinación, bajo casi nulas circunstancias es precedido por otro, tiene un “mandato definido” y su única “relación de precedencia condicionada” es en materia penal tratándose del principio de libertad.

Sin embargo, la seguridad jurídica puede ser tratada como una regla o como principio.⁴³⁹ Al menos así lo deja ver la resolución del Tribunal Constitucional Alemania al amparo de la “Fórmula Radbruch” (el derecho extremadamente injusto no es derecho) al declarar los efectos retroactivos de una norma en contra del texto expreso por la misma constitución alemana.

⁴³⁷ Alexy, Robert, “Derecho injusto, retroactividad y principio de legalidad penal ...”, *op. cit.*, p. 215

⁴³⁸ Ley Fundamental de la República Federal de Alemania, trad. de Ricardo García Macho y Karl-Peter Sommermann, visible en <https://www.btg-bestellservice.de/pdf/80206000.pdf>, (20 de noviembre de 2019).

⁴³⁹ Alexy, Robert, *Teoría de los Derechos Fundamentales*, trad. de Carlos Bernal Pulido, 2ª ed. al castellano, Madrid, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, 2007, p. 106.

Sin embargo, se advirtió en esa aspiración un intento de considerar a la justicia como si fuera absoluta y unívoca para toda la sociedad y como si la aplicación sin proporcionalidad no generara consecuencias sociales, económicas y jurídicas desagradables, por ejemplo, al aceptar la retroactividad *absoluta* de una declaración general de inconstitucionalidad. Se ignoraría pues, esa conceptualización dada por Sócrates a Trasímaco en su diálogo sobre la justicia, al definirla como lo que le corresponde a cada uno *según sus circunstancias*,⁴⁴⁰ es decir, debe buscar ser proporcional atendiendo al contexto de cada uno de los casos y de acuerdo (en la mayor manera posible) a lo que señala el derecho positivo. Es decir, se considera poco objetiva, en los tiempos de tanta y variada normatividad, una resolución que no se fundamente en una norma positiva (o su interpretación), al menos por analogía o mayoría de razón.

Se debe ser cuidadoso de no asumir una teoría principalista que caiga en un iusnaturalismo criticable por su subjetivismo, toda vez que en una diferenciación entre principios y reglas, se puede “abrir la puerta de par en par” a la moral en la conceptualización del derecho y al posible “talón de Aquiles”; la relatividad, teniendo una concepción que considera un mundo objetivo de valores morales que puede ser calificados de verdaderos o falsos sin apoyo en una norma positiva.

Esta concepción nos parece desproporcionada, ya que de ser así, una moral objetivamente válida, se admitiría una postura de la única respuesta correcta ya que puede ser verificable y comprobable en una norma moral de referencia. Se concibe pues, un concepto de constitución que no desvirtuó su naturaleza histórica como norma oponible al poder del Estado, pero también, como una norma referencial a las resoluciones que se emitan.

El anterior caso, deja una conclusión determinante, y no es que los efectos *erga omnes* pueden ser retroactivos interpretando de forma distinta los artículos 105 penúltimo párrafo de la Constitución Mexicana; 234 de la Ley de Amparo; 45 y 73 de la Ley Reglamentaria de las fracciones I y II del artículo 105 de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos, sino que, en casos en donde existe una

⁴⁴⁰ Platón, *La República o de lo justo. Diálogos...*, cit., p. 20.

violación grave, clara y determinada a los derechos humanos, *sería conforme a derecho*, dar una predominancia a la igualdad o la libertad sobre otros derechos.

Se considera que, jurídicamente queda resuelto que es justificable que en ciertos supuestos la seguridad jurídica en la que esencialmente se sustenta la irretroactividad de las declaraciones generales de nulidad, debe ceder a otros derechos fundamentales como la igualdad frente a ley o la libertad, cuando las violaciones a los derechos fundamentales son extremadamente graves y evidentes.

El primer caso en donde se niega el servicio de salud a una persona por su preferencia sexual nos parece evidente. El segundo caso en donde se sanciona por emitir la opinión en la red social puede tener variantes; si el lenguaje con el que se condujo es respetuoso, si se emitieron calumnias o desinformación, si las condiciones sociales vigentes en ese momento eran diversas a las actuales por lo que interpretar hechos del pasado conforme al presente, pueden incurrir en una falacia, etc.

El mayor temor (o evasión) a la aplicación retroactiva son la posibilidad económica para la realización de los derechos. Verbigracia, en materia tributaria conforme al artículo 107 de la CPEUM puesto que afecta la facultad recaudatoria del Gobierno Federal y las Entidades Federativas, exponiendo a un riesgo los servicios públicos.

La problemática que se puede generar con la aplicación retroactiva de los efectos generales de una declaratoria de inconstitucionalidad, además de la incertidumbre en las relaciones jurídicas, es la misma que hacer ver José Ramón Cossío en la realización de los derechos fundamentales sociales en su artículo “Problemas para la exigibilidad de los derechos sociales en México”, ya que su existencia queda condicionada a la de recursos económicos.⁴⁴¹

Así, el problema que destaca el ex ministro es que “la solución programática consiste en que vaciamos el sentido de supremacía constitucional, porque el

⁴⁴¹ Cossío Díaz, José Ramón, “Problemas para la exigibilidad de los derechos sociales en México” en Fix-Zamudio, Héctor y Valadés, Diego, *Formación y perspectivas del Estado en México*, México, UNAM, Instituto de Investigaciones Jurídicas, 2016, p. 133, visible en: <https://archivos.juridicas.unam.mx/www/bjv/libros/6/2873/8.pdf>, (5 de agosto de 2019).

contenido de los derechos sociales no queda determinado por la Constitución, sino que se define en el Presupuesto de Egresos [...]"⁴⁴²

Se considera que esta problemática se solventaría en los ejemplos citados en donde era oponible la Seguridad Jurídica frente a la Igualdad y la libertad, puesto que se expresó un número determinado de personas que no es desproporcional para poder resarcir los daños con recursos públicos. Sin embargo ¿Qué ocurriría si es un número mayor de miles o millones? En ese caso se pudiera graduar la cantidad del daño a resarcir o la fecha a partir de cuándo se declaró la inconstitucionalidad como vimos en el caso de Brasil en este tipo de sentencias. Luego, el criterio de optimización resulta relevante para tratar de resarcir el daño en la medida de lo posible.

Se determina que la modulación del tiempo de los efectos *erga omnes* con efectos retroactivos en las sentencias y de la segregación del contenido inconstitucional, en supuestos *claros y evidentes, controlados, modulados y restringidos*, en donde el número de relaciones jurídicas afectadas puedan ser medibles o estimadas, así como el impacto social, económico y político sea el mínimo, da lugar a dar retroactividad a las declaraciones generales de inconstitucionalidad con efectos retroactivos tratándose de la nulidad de una norma extremadamente injusta.

⁴⁴² *Ibidem*, 134.

CONCLUSIONES

Primera.- Se determinó que la definición de constitución depende de la conceptualización que se haga del derecho. Si se adopta una concepción liberal, se inclinará a un iusnaturalismo que afirma que el derecho es, sí y sólo sí, es justo. Por tanto, la constitución debe ser justa o aspirar a realizar ese valor u otros valores como la libertad y la igualdad. Por otro lado, si se adopta una definición formal o positivista se expresará que la constitución es la norma fundamental y la cúspide lógica del sistema jurídico independientemente de su contenido.

En estos términos se pudo concluir que la definición que demanda el iusnaturalismo de la constitución debe considerar a la persona con autonomía, libertad y un ser autoteleológico, ya que ese marco jurídico debe permitirle realizarse con plenitud y dignidad. Una constitución que no considere estos elementos es, de acuerdo con esta postura, un documento normativo, mas no una constitución *moderna*.

La investigación arrojó que, para el iusnaturalismo o la corriente liberal, una constitución (al menos las modernas) debe regular la división de poderes a fin de fraccionar el poder y, sobre todo, un catálogo de derechos que proteja la libertad de los individuos. Ese catálogo de derechos son los mínimos de libertad que deben existir con la tendencia a incrementarlos de acuerdo con la evolución del Estado Constitucional de Derecho que adiciona obligaciones de hacer al aparato estatal.

Se demostró que los antecedentes históricos de los textos normativos denominados Cartas, parecen darle la razón a la corriente liberal en cuanto a que el fin de toda constitución debe ser la limitación del poder dividiéndolo en diversos poderes y creando una esfera del individuo inviolable que se traduce en el citado catálogo de derechos para aspirar a la realización de la libertad. La experiencia de la concentración de poder y el absolutismo parece irrefutable. Es el derecho y la constitución el instrumento para contener y proteger a la persona.

Por el otro lado, se expuso la corriente positivista y su influencia en el concepto de constitución al tratar de formar una definición neutra u objetiva, que afirma si bien la constitución puede regular la división de poderes y el catálogo de derechos, estas

condiciones no son lo propio de la constitución, sino conferir facultades y competencia a los órganos del Estado. La estructura lógica del sistema jurídico permite una mayor comprensión, pero también una mayor seguridad del origen de una norma, esta estructura considera la constitución como el acto límite y delimitante de otros actos.

Por lo anterior, el presente trabajo obtuvo la construcción de un concepto ecléctico de constitución a efecto de que permitiera incluir elementos materiales y formales del ordenamiento jurídico mexicano. Así, se expuso un concepto de constitución que considera a la misma como la norma a partir de la cual se crea todo el ordenamiento jurídico privilegiando la seguridad jurídica, como fuente de derecho y fuente de validez general, pero también como una norma de corte liberal, que contiene derechos fundamentales de una sociedad a partir de los cuales se desarrolla la persona y se oponen como defensa a la autoridad. Es decir, se determinó que así como los elementos formales son esenciales para llamar a una norma "constitución", la finalidad (la libertad) es también básica para considerarla con tal.

Con lo anterior, se logró el objetivo de considerar una estructura normativa que termina jerárquicamente en la constitución, por lo que ninguna otra norma debe estar encima de aquella so pena de ser nula. Pero también la existencia de un catálogo de derechos humanos oponibles a la autoridad, creando la posibilidad, incluso que, en pro de la persona, se sobrepongan los derechos básicos como la libertad y la igualdad a otros derechos fundamentales operativos como la seguridad jurídica, pero sólo en determinadas circunstancias para no dejar a un lado la seguridad jurídica.

Logramos precisar los alcances de la supremacía constitucional en cuanto a que se determinó que es una cualidad propia y distintiva de la constitución la cual funciona como criterio lógico en el sistema jurídico mexicano, límite a los actos del poder, criterio de pertenencia para otras normas y de seguridad jurídica para las relaciones jurídicas creadas.

Alcanzamos el objetivo de describir que en pro de la seguridad jurídica los sistemas jurídicos como el mexicano, adoptan un sistema escalonado para otorgar jerarquía a cada una de las normas, condicionándose cada una de las normas en una cadena normativa, hasta llegar a la cúspide que representa la constitución.

Se dedujo que tanto el iusnaturalismo como el positivismo reconocen la supremacía constitucional como una cualidad propia de la constitución desde sus antecedentes hasta nuestros tiempos. Sin embargo, la separación de las teorías se da sobre cuál es el motivo de la supremacía constitucional, una cualidad formal o material, es decir, su colocación en el sistema jurídico como fuente creadora de toda norma o los derechos fundamentales que contiene.

Se concluyó que el contenido de derechos fundamentales y de la organización del Estado colocan a la constitución como norma suprema.

El objetivo alcanza de generar un concepto ecléctico de constitución permite la operatividad de los principios como mecanismos contingentes para dirigir la norma jurídica hacia la idea de justicia, por ello la aceptación de una constitución liberal parece irrefutable en los tiempos modernos ya todo jurista ha sido instruido por la firme convicción de que el derecho tiene que aspirar a la justicia. No obstante, la problemática detectada de acuerdo con el trabajo de investigación es que se puede incurrir en el error de considerar a toda norma moral que no es objetivamente aprehensible como derecho.

La teoría principalista en boga en las facultades de derecho y dogmática constitucional, puede llegar a confundir los conceptos. En la actualidad todo estudiante de derecho afirma con la plena convicción, en cualquier debate sobre qué es el derecho o si cierto caso se resolvió conforme a derecho, “que la justicia prevalece sobre la ley” y rezan con valentía y arrojo el mandamiento de Couture que “en caso de conflicto entre el derecho y la justicia, deberán optar por la segunda”. Esta aspiración no es inadecuada sino todo lo contrario, debe ser el objetivo máximo de toda fuente, operador y sujeto de derecho, sin embargo, el trabajo de investigación determinó que el abuso del uso de principios puede incurrir en una resolución subjetiva o relativa.

Por tanto, es determinante considerar un concepto de constitución proporcional entre el criterio formal que da seguridad jurídica y uno material que aspire a decisiones más justas.

Destacamos que no es imposible considerar que existan principios morales objetivamente válidos, pero que, debemos ponernos de acuerdo en los mismos, situación que será posible, tal vez, con la universalización de las diversas culturas.

Segunda.- Concluimos que el concepto de defensa tiene un objetivo conservador de aquellos aspectos importantes como los derechos fundamentales y la división de poderes.

Se identificó la influencia de diversas instituciones que configuraron la defensa de la constitución mexicana. Por ello fue posible advertir que las experiencias recogidas del derecho extranjero y nacional fueron determinantes para la formación de instituciones jurídicas que buscan conservar el marco jurídico, previenen su incumplimiento y nulifican los actos que contrarían al mismo.

Se logró el objetivo de analizar el sistema de control de constitucionalidad del sistema jurídico mexicano del cual se dedujo que el sistema por el que se decanta nuestra constitución es el realizado por el órgano judicial.

Los motivos pueden encontrarse en la correspondencia de las funciones del órgano judicial ya que le corresponde a este la solución de conflictos al aplicar la norma de derecho al caso concreto (ideas ya expuestas desde Sir Edward Coke en el caso de *El Bonham's Case*), pero también a un equilibrio de los Poderes de la Unión al dejarle al Legislativo la creación de la norma y al Ejecutivo la fuerza material para ejecutarla. La evolución de la *judicial review* parecen dar la razón a estas afirmaciones.

Se realizó el objetivo de exponer los diversos sistemas de control de la constitucionalidad, determinando que la estructuración jurídica que tiene el ordenamiento jurídico mexicano es un híbrido entre el sistema americano y europeo del control de la constitucionalidad puesto que adopta elementos de ambos.

En este tenor, atendiendo a los efectos de la resolución, se precisó que la regulación que conforma el sistema de control de la constitucionalidad con efectos *erga omnes* es sin efectos retroactivos o *ex nunc*, privilegiando los efectos constitutivos de la anulabilidad sobre los declarativos, en pro de la seguridad jurídica al “casar” la ley o acto inconstitucional sin modificar relaciones jurídicas pasadas.

Se alcanzó el objetivo de clasificar de la defensa de la constitución atendiendo a los niveles de protección hasta llegar a la garantía constitucional, considerándola como un mecanismo de naturaleza procesal que permite fiscalizar el cumplimiento de la constitución y la nulidad de los actos contrarios a la misma.

Este objetivo de proponer un modelo de clasificación deduce controles de la constitucionalidad que se clasifica en normativo sustantivo, declarativo normativo, político normativo y normativo adjetivo. Lo anterior permite afirmar que dichos medios van incrementando el nivel de protección, de carácter solemne, sanciones al servidor público hasta la anulación del acto inconstitucional.

Desafortunadamente para el imperativo categórico se acreditó que el sistema de control más efectivo es el normativo adjetivo, ya que de poco sirve que existan consecuencias como el señalamiento oficial (como las declaraciones de derechos humanos) o la responsabilidad administrativa de la autoridad, si el acto violatorio de derechos sigo subsistiendo.

Por tanto, la clasificación propuesta hace ver el inevitable desconocimiento de la norma o el abuso de poder de los servidores públicos y las personas en general, así como la necesidad de existencia de mecanismos anulatorios de los actos ilegales o inconstitucionales. Por ello, la regulación constitucional de controles como instituciones fiscalizadoras es *desafortunadamente necesaria*. Luego, se puede afirmar que la norma constitucional desde su creación, paradójicamente prevee su incumplimiento por lo que requiere la regulación de mecanismos que anulen los actos contrarios a la misma. Se afirma pues, la importancia de las garantías constitucionales para la defensa de la constitución y la insuficiencia de la norma *per se* como criterio de conducta.

Tercera.- Al realizar el objetivo de analizar el control de la constitucionalidad en el ordenamiento jurídico mexicano se describió que los controles de constitucionalidad que operan con una declaración con efectos *erga omnes* son el Juicio de Amparo, la Controversia constitucional y la Acción de inconstitucionalidad. Así también se logró precisar que su operatividad tiene particularidades ya que el ordenamiento jurídico mexicano regula un nivel de racionalidad más elevado para las resoluciones de este tipo a diferencia de lo que acaece en las resoluciones con efectos *inter partes*.

Revisando los antecedentes de la llamada “fórmula otero” advertimos que está vigente y responde a necesidades del equilibrio de poderes. La vigencia se aprecia en la regulación constitucional de los efectos *erga omnes* del juicio de amparo puesto que para que se pueda dar la declaración general es indispensable una serie de diálogo entre el Poder Judicial y el Legislativo, así como consideraciones para este último. Ese diálogo acota de forma razonable la operación de los efectos generales de las sentencias ya que da oportunidad al legislativo de reconsiderar con una especie de advertencia.

La declaración general de la nulidad es la última opción. Por tanto, las ideas de Tocqueville sobre el análisis del funcionamiento del Poder Judicial en la nación norteamericana siguen estando vigentes.

Uno de los resultados de la investigación fue que, contrario a lo que se argumentó en su momento por la doctrina constitucional, en el sentido que era poco democrática la fórmula Otero, puesto que impedía a las personas afectadas en sus derechos fundamentales y que no ejercitaron el juicio de amparo oportunamente, beneficiarse de la sentencia, es que esa fórmula no debe desaparecer, sino que debe actualizarse, ya que los efectos *inter partes* como regla general buscan generar la menor inestabilidad normativa, con la afectación al principio de división de poderes que se pueda dar por la salida de una norma del sistema jurídico mexicano. Lo que exige el diálogo entre poderes y la consecuencia en los criterios de la Corte para estar en posibilidad de anular una norma jurídica de forma general.

Luego, deducimos que a pesar de las diferentes argumentaciones sobre la defensa de control de la constitucionalidad con efectos *erga omnes*, en la práctica se advierte un respeto al Poder Legislativo al visualizarlo como el representante directo de la sociedad, por lo que el Judicial, evita en la mayoría de los casos generar el posible conflicto entre poderes. Por ello, la regulación de los efectos generales actúa más como recomendación que como una reconvención al creador de la ley.

Cuarta.- Se alcanzó el objetivo de deducir principios comunes del análisis de garantías constitucionales con declaraciones generales de invalidez, siendo estos los principios de racionalidad relevante, contramayoritario y el de no retroactividad, teniendo cada uno de ellos particularidades que resaltan la complejidad de los efectos anulatorios *erga omnes*.

El principio de racionalidad relevante se asoció con el nivel de aceptabilidad que deben contar las resoluciones con efectos generales por el impacto social, económico y jurídico de dichas sentencias.

También se analizaron cualidades del Tribunal Constitucional que difieren del resto de los tribunales ordinarios, desde las cuantitativas por la manera en que se integra, hasta las cualitativas por las características que tienen sus resoluciones. Se concluyó pues, que existe se demanda una racionalidad diferente entre el tribunal constitucional y los tribunales ordinarios.

En torno a las características de las resoluciones, se dedujo que el nivel de indeterminación del texto normativo constitucional es mayor al que existe en otras normas secundarias lo que hace más compleja la función judicial de la interpretación. Destacando que la existencia de conceptos esencialmente controvertidos incrementa el esfuerzo argumentativo de los jueces para estar en posibilidad de tener un nivel de aceptabilidad mayor frente a la sociedad.

Al lograr el anterior objetivo, nos permite afirmar que existen herramientas para aceptar una resolución como objetiva, siendo la fundamentación y la motivación, sin embargo, muchas veces ante los principios como tipo de norma jurídica, muchas

veces aquellas herramientas no se pueden utilizar de forma ordinaria para poder llegar a una sentencia aceptable, máxime cuando el texto constitucional.

Se destacó que los derechos fundamentales tienen la misma estructura que los principios por lo que la labor del juez constitucional necesariamente demanda un nivel de racionalidad por encima de lo ordinario, máxime que el nivel de aceptabilidad en este rubro, debe ser mayor por el impacto que tiene en la sociedad una resolución que anule una norma con efectos generales.

Se pudo deducir que la disconformidad que pueda existir sobre una interpretación normativa no desestima que sea racional, ya que basta con que sea aceptable en su generalidad. Luego, el argumento último se convierte en de la mayoría. Es decir, en algunos casos es insuficiente el discurso argumentativo más desarrollado y completo, por lo que, al final la decisión se basa en una situación mayoritaria y en una idea de autoridad por el derecho positivo.

En el análisis de la interpretación constitucional y del contraste entre los que afirman particularidades especiales de la interpretación constitucional y de los que la niegan, advertimos que sí existen particularidades en el lenguaje que se interpreta más que en los sujetos, esto deriva de la ambigüedad del texto normativo constitucional y de los posibles conflictos entre derechos fundamentales.

Del trabajo de investigación se advirtió la existencia de una falacia denominada *ad verecundiam moral*, misma que consiste en atribuirle al tribunal constitucional la autoridad moral para decidir sobre la interpretación de un concepto esencialmente controvertido o al momento de ponderar un derecho sobre otro. Aquí se realiza la crítica a un falso argumento de autoridad moral que reza “lo ha resuelto la corte” y “la Corte tiene la última palabra”. Se destacó que esta situación puede resolverse cuando se acepta que la autoridad formal de la Suprema Corte deriva del derecho positivo, lo que la descarta como el oráculo que pueda decidir sobre la supuesta objetividad de los valores.

El trabajo arrojó que contrario a lo que se puede argumentar, la práctica judicial muestra que en el Poder Judicial se respeta el principio mayoritario y se evita incurrir

en una contramayoría. -, a través de la interpretación conforme. Así, el diálogo que existe entre los poderes Judicial y Legislativo previo a realizar la nulidad general y la interpretación conforme a la constitución, evitan el conflicto entre los poderes, aceptando, que la voluntad de la sociedad en general se manifiesta a través del órgano legislativo.

Quinta.- Logramos precisar en torno al principio de no retroactividad, que tratándose de la regulación de los efectos generales de las garantías constitucionales en el sistema jurídico mexicano se sobrepone la seguridad jurídica sobre otros principios como la igualdad y la libertad jurídicas, toda vez que se afirma que la incertidumbre que se puede generar con los efectos retroactivos de una norma es causa suficiente y válida para evitarlo.

Sin embargo, se expuso que existen excepciones en materia penal y administrativa en donde el citado principio de no retroactividad cede ante derechos como la libertad, por lo que se deja ver un pequeño resquicio que afirma que por cuestiones de dignidad humana es posible que se actualice la retroactividad normativa.

En consecuencia, advertimos la existencia de una línea de investigación para que se determinen las circunstancias espaciales, temporales, sociales, económicas y jurídicas en las que es posible que la retroactividad de los efectos derogatorios generales se presente en el ordenamiento jurídico mexicano.

Así, alcanzamos nuestro objetivo de acreditar que el tratamiento que da la norma constitucional mexicana a la seguridad jurídica es de regla absoluta y no relativa tratándose de la regulación de las sentencias con efectos generales derogatorios de acuerdo con los artículos artículos 105 penúltimo párrafo de la Constitución Mexicana; 234 de la Ley de Amparo; 45 y 73 de la Ley Reglamentaria de las fracciones I y II del artículo 105 de la CPEUM.

Además, la investigación arrojó que en la práctica constitucional, este tratamiento de regla absoluta puede ser modificado como regla relativa cuando se está en la presencia de un “derecho extremadamente injusto” (fórmula Radbruch) incluso aunque esté expresamente restringido.

Para tal supuesto, la teoría principalista permite justificar la posibilidad de que ocurra atendiendo a sus criterios de optimización para verificar la viabilidad de que se realice un derecho fundamental como puede ser la igualdad o la libertad, en la medida de lo posible, esto es, atendiendo a criterios fácticos como los económicos y sociales. Pero como se expresó, sería conveniente una modificación al texto constitucional para no abrir la puerta a la incertidumbre jurídica.

También destacamos que en el derecho comparado existe la posibilidad de dar efectos retroactivos a la sentencia con efectos generales, pero con variantes como: i) modular la nulidad en el tiempo, ii) ponderando qué cuestiones pueden ser anuladas de acuerdo con los perjuicios que pueden existir por la incertidumbre jurídica generada al eliminar una norma o iii) segmentando la parte que puede ser anulada, sin embargo, no se trata de imitar sin verificar las condiciones propias del sistema jurídico mexicano, sino de plantear la posibilidad especificando en qué condiciones puede operar dicha retroactividad y especificando claramente los supuestos normativos de su procedencia.

Con todo lo anterior acreditamos nuestra hipótesis al destacar que la regulación de los efectos generales de la retroactividad en el ordenamiento jurídico mexicano, muestra que la seguridad jurídica se sobrepone a la libertad e igualdad ante la ley.

BIBLIOGRAFÍA

Aguirre Anguiano, Sergio Salvador, “El juicio de amparo hoy”, en Ferrer Mac-Gregor, Eduardo y González Oropeza, Manuel (Coord.), *El juicio de amparo. A 160 años de la primera sentencia*, México, Universidad Nacional Autónoma de México, Instituto de Investigaciones Jurídicas, 2011, t. I., visible en: <https://biblio.juridicas.unam.mx/bjv/detalle-libro/3065-el-juicio-de-amparo-a-160-anos-de-la-primera-sentencia-tomo-i>.

Alexy, Robert, *Teoría de los Derechos Fundamentales*, trad. de Carlos Bernal Pulido, 2ª ed. al castellano, Madrid, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, 2007.

-----, *Teoría de los derechos fundamentales*, Madrid, Centro de Estudios Constitucionales, 1993.

-----“Derecho y moral. Reflexiones sobre el punto de partida de la interpretación constitucional”, trad. de Eduardo R. Soderó, en Ferrer Mac-Gregor, Eduardo (coord.), *Interpretación Constitucional*, México, Porrúa, 2005.

Alfredo Gozáini, Oswaldo, *Tratado de derecho procesal constitucional*, Tomo I, México, Porrúa, 2011.

Aragón, Manuel, “La constitución como paradigma”, en Carbonell, Miguel (comp.), *Teoría de la Constitución, Ensayos Escogidos*, 4ª ed., México, Porrúa-Universidad Nacional Autónoma de México, Instituto de Investigaciones Jurídicas, 2008, p. 111.

-----*Estudios de derecho constitucional*, Madrid, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, 1998.

Arellano García, Carlos, *El juicio de amparo*, 12ª ed., México, editorial Porrúa, 2008.

-----“El juicio de amparo y los tratados internacionales”, en Ferrer Mac-Gregor, Eduardo y González Oropeza, Manuel (Coord.), *El juicio de amparo. A 160 años de la primera sentencia*, México, UNAM, Instituto de Investigaciones Jurídicas, 2011, t. I., visible en: <https://biblio.juridicas.unam.mx/bjv/detalle-libro/3065-el-juicio-de-amparo-a-160-anos-de-la-primera-sentencia-tomo-i>.

Aristóteles, *La política*, México, Porrúa, 1976.

Arteaga Nava, Elisur, *Derecho constitucional*, 3ª ed., México, Oxford University Press, 2008.

Atienza, Manuel, *Las Razones Del Derecho. Teorías de la argumentación jurídica*. México, Universidad Nacional Autónoma de México, Instituto de Investigaciones Jurídicas, 2003.

Audi, Robert (ed.), *Diccionario Akal de Filosofía*, trad. Humberto Marraud y Enrique Alonso, Madrid, Akal, 2004.

Ayala Corao, Carlos M., “Configuración del amparo como un derecho humano internacional: el aporte de México”, en Fix-Zamudio, Héctor y Ferrer Mac-Gregor, Eduardo (coord.) *Influencia extranjera y trascendencia internacional*. México, Senado de la República-Universidad Nacional Autónoma de México, Instituto de Investigaciones Jurídicas, 2017, visible en: <https://biblio.juridicas.unam.mx/bjv/detalle-libro/4430-influencia-extranjera-y-trascendencia-internacional-coleccion-inehrm>.

Barrios González, Boris, “La evolución del constitucionalismo y las modulaciones constitucionales”, en Ferrer Mac-Gregor, Eduardo Magaña de la Mora, et. al. (coord.), *Derecho procesal constitucional en perspectiva histórica. A 200 años del Tribunal de Ario de Rosales*, México, Universidad Nacional Autónoma de México IIJ-Poder Judicial del Estado de Michoacán, 2018, t. I, visible en: <https://biblio.juridicas.unam.mx/bjv/detalle-libro/4736-derecho-procesal-constitucional-en-perspectiva-historica-a-200-anos-del-tribunal-de-ario-de-rosales-t-i>.

Bordalí Salamanca, Andrés, “La función judicial de defensa del orden constitucional”, en Ferrer Mac-Gregor, Eduardo (coord.), *Derecho Procesal Constitucional*, 4ª edición, México, Editorial Porrúa-Colegio de Secretarios de la Suprema Corte de Justicia de la Nación, A.C., 2003, t.1.

Briseño Sierra, Humberto, *El control constitucional de amparo*, México, Trillas, 1990.

Brust, Léo, *La sentencia constitucional en Brasil*, tesis de doctorado, España, Universidad de Salamanca, 2011.

Burgoa O., Ignacio, *Derecho Constitucional Mexicano*, 20ª ed., México, Editorial Porrúa, 2010.

-----*El juicio de amparo*, 41ª ed., México, Editorial Porrúa, 2005.

-----*Las Garantías Individuales*, 39ª ed., México, Editorial Porrúa, 2007.

Cabralles Lucio, José Miguel, “Panorama general de los antecedentes remotos de la esencia del control constitucional de la ley”, en Ferrer Mac-Gregor, Eduardo Magaña de la Mora, et. al. (coord.), *Derecho procesal constitucional en perspectiva histórica. A 200 años del Tribunal de Ario de Rosales*, México, Universidad Nacional Autónoma de México IIJ-Poder Judicial del Estado de Michoacán, 2018, t. I, visible en: <https://biblio.juridicas.unam.mx/bjv/detalle-libro/4736-derecho-procesal-constitucional-en-perspectiva-historica-a-200-anos-del-tribunal-de-ario-de-rosales-t-i>.

Canosa Usera, Raúl, “Interpretación constitucional y voluntad democrática”, en Ferrer Mac-Gregor, Eduardo (coord.), *Derecho Procesal Constitucional*, 3ª edición, México, Editorial Porrúa-Colegio de Secretarios de la Suprema Corte de Justicia de la Nación, A.C., 2002, t. III.

Carmona Tinoco, Jorge Ulises, “Algunos aspectos sobresalientes de la interpretación constitucional” en Ferrer Mac-Gregor, Eduardo (coord.), *Derecho Procesal Constitucional*, 3ª edición, México, Editorial Porrúa-Colegio de Secretarios de la Suprema Corte de Justicia de la Nación, A.C., 2002, t.III.

Carpizo, Jorge, *Estudios Constitucionales*, 8ª edición, México, editorial Porrúa, 2008.

Carpizo Jorge y Madrazo, Jorge, *Derecho constitucional*, México, Universidad nacional Autónoma de México, 1991.

Carpizo, Jorge y Valadés, Diego, “Derechos humanos, aborto y eutanasia”, *La interrupción del embarazo antes de las doce semanas*, 2ª ed., México, UNAM, <https://biblio.juridicas.unam.mx/bjv/detalle-libro/2841-derechos-humanos-aborto-y-eutanasia-2a-ed>.

Carranco Zúñiga, Joel y Zerón de Quevedo, Rodrigo, *Amparo directo contra leyes*, 2ª. ed., México, Editorial Porrúa, 2002.

Castro y Castro, Juventino V., *Garantía y Amparo*, 15ª edición, México, editorial Porrúa, 2011.

Coello Cetina, Rafael, “Los efectos de las sentencias concesorias contra leyes tributarias”, en Ferrer Mac-Gregor, Eduardo (coord.), *Derecho Procesal Constitucional*, 4ª edición, México, Porrúa-Colegio de Secretarios de la Suprema Corte de Justicia de la Nación, A.C., 2003, t.1.

Copi. Irving M. y Cohen, Carl, *Introducción a la lógica*, trad. Taylor & Francis Group, 2ª ed., México, editorial Limusa, S.A. de C.V., 2017, p. 173.

Cossío Díaz, José Ramón, *Sistemas y modelos de control constitucional en México*, México, Universidad Nacional Autónoma de México, Instituto de Investigaciones Jurídicas, 2013, visible en: <https://biblio.juridicas.unam.mx/bjv/detalle-libro/3387-sistemas-y-modelos-de-control-constitucional-en-mexico-2a-ed>

-----“Supuestos de la constitucionalidad”, en *Hacia una nueva constitucionalidad*, México, Universidad Nacional Autónoma de México, Instituto de Investigaciones Jurídicas, 1999.

----- “Problemas para la exigibilidad de los derechos sociales en México” en Fix-Zamudio, Héctor y Valadés, Diego, *Formación y perspectivas del Estado en México*, México, UNAM, Instituto de Investigaciones Jurídicas, 2016, visible en: <https://archivos.juridicas.unam.mx/www/bjv/libros/6/2873/8.pdf>.

De Pina, Rafael y De Pina Vara, Rafael, *Diccionario de Derecho*, 34ª edición, Editorial Porrúa, México, 2005.

Díaz, Esthel, Módulo III “Lógica jurídica”, en Socorro, Juan Carlos, Cruceta, José Alberto (coords.), *Argumentación jurídica*, República Dominicana, Escuela Nacional de la Judicatura, 2010.

Eguiguren Praeli, Francisco José, “Los efectos de las sentencias sobre inconstitucionalidad del Tribunal Constitucional”, en Vega Gómez, Juan y Corzo Sosa, Edgar, (coord.), *Tribunales y justicia constitucional. Memoria del VII Congreso Iberoamericano de Derecho Constitucional*, México, IIJ UNAM, Serie doctrina jurídica, núm. 108., <https://biblio.juridicas.unam.mx/bjv/detalle-libro/343-tribunales-y-justicia-constitucional>

Elías Mussi, Edmundo y Silva Ramírez, Luciano, “La fórmula otero y la declaratoria general de inconstitucional en el juicio de amparo contra normas”, en

Ferrer Mac-Gregor, Eduardo y González Oropeza, Manuel (Coord.), *El juicio de amparo. A 160 años de la primera sentencia*, México, UNAM, Instituto de Investigaciones Jurídicas, 2011, t. 2, visible en: <https://biblio.juridicas.unam.mx/bjv/detalle-libro/3066-el-juicio-de-amparo-a-160-anos-de-la-primera-sentencia-tomo-ii>.

Etcheverry, Juan B., “Causas y naturaleza de la discrecionalidad judicial en la interpretación y aplicación de derecho, en Cianciardo, Juan (coord.), *Constitución, Neoconstitucionalismo y Derechos. Teoría y aplicaciones en la interpretación de derechos fundamentales*, México, ed. Porrúa-IMDPC, 2012.

Eto Cruz, Gerardo, “John Marshal y la sentencia de Marbury vs. Madison”, en Ferrer Mac-Gregor, Eduardo (coord.), *Derecho Procesal Constitucional*, 4ª edición, México, Editorial Porrúa-Colegio de Secretarios de la Suprema Corte de Justicia de la Nación, A.C., 2003, t.1.

Fernández Ssegado, Francisco, “La jurisdicción constitucional en América latina” en Ferrer Mac-Gregor, Eduardo (coord.), *Derecho Procesal Constitucional*, 4ª edición, México, Editorial Porrúa-Colegio de Secretarios de la Suprema Corte de Justicia de la Nación, A.C., 2003, t.1.

-----“Reflexiones en torno a la interpretación de la constitución”, en Ferrer Mac-Gregor, Eduardo (coord.), *Derecho Procesal Constitucional*, 3ª edición, México, Editorial Porrúa-Colegio de Secretarios de la Suprema Corte de Justicia de la Nación, A.C., 2002, t. III.

Ferrer Mac-Gregor, Eduardo, “Los Tribunales Constitucionales y la Suprema Corte”, *Derecho Procesal Constitucional*, México, Editorial Porrúa-Colegio de Secretarios de la Suprema Corte de Justicia de la Nación, A.C. 2003, t. I.

-----“El control difuso de convencionalidad en el Estado constitucional”, en Fix-Zamudio, Héctor y Valadés, Diego, *Formación y perspectivas del Estado en México*, México, Universidad Nacional Autónoma de México, Instituto de Investigaciones Jurídicas, 2016.

Ferrer Mac-Gregor y Sánchez Gil, Rubén, *Efectos y contenidos de las sentencias en acción de inconstitucionalidad: análisis teórico referido al caso*, México, Universidad Nacional Autónoma de México, IIJ, 2009.

Fix-Zamudio, Héctor, “Introducción al Estudio de la Defensa de la Constitución en el Ordenamiento Mexicano”, Cuadernos Constitucionales México-Centroamérica, México, 2ª edición, Universidad Nacional Autónoma de México-Corte de Constitucionalidad de Guatemala, 1998.

-----*Ensayos sobre el derecho de amparo*, México, Universidad Nacional Autónoma de México, Instituto de Investigaciones Jurídicas, 1993.

-----*Estudio de la Defensa de la Constitución en el Ordenamiento Mexicano*, México, editorial Porrúa, 2005.

----- “Las reformas constitucionales mexicanas de junio de 2011 y sus efectos en el sistema interamericano de derechos humanos”, en Ferrer Mac-Gregor, Eduardo y González Oropeza, Manuel (Coord.), *El juicio de amparo. A 160 años de la primera sentencia*, México, UNAM, Instituto de Investigaciones Jurídicas, 2011, t. I., visible en: <https://biblio.juridicas.unam.mx/bjv/detalle-libro/3065-el-juicio-de-amparo-a-160-anos-de-la-primera-sentencia-tomo-i>

-----*Los tribunales constitucionales y los derechos humanos*, México, Universidad Nacional Autónoma de México, Dirección General de Publicaciones, 1980, <https://biblio.juridicas.unam.mx/bjv/detalle-libro/823-los-tribunales-constitucionales-y-los-derechos-humanos>.

-----“Breves reflexiones sobre el concepto y el contenido del derecho procesal constitucional, en Ferrer Mac-Gregor, Eduardo (coord.), *Derecho Procesal Constitucional*, 4ª edición, México, Editorial Porrúa-Colegio de Secretarios de la Suprema Corte de Justicia de la Nación, A.C., 2003, t.1.

-----“Lineamientos esenciales de la interpretación constitucional”; en Ferrer Mac-Gregor, Eduardo (coord.), *Derecho Procesal Constitucional*, 3ª edición, México, Editorial Porrúa-Colegio de Secretarios de la Suprema Corte de Justicia de la Nación, A.C., 2002, t. III.

Fix-Zamudio, Héctor y Valencia Carmona, Salvador, *Derecho Constitucional mexicano y comparado*, 9ª ed., México, editorial Porrúa, 2017.

Gamas Torruco, José, *Derecho constitucional mexicano. Teoría de la constitución. Origen y desarrollo de las constituciones mexicanas. Normas e instituciones de la constitución de 1917*, México, Editorial Porrúa, 2001.

García Belaunde, Domingo, “De la jurisdicción constitucional al derecho procesal constitucional”, en Ferrer Mac-Gregor, Eduardo (coord.), *Derecho Procesal Constitucional*, 4ª edición, México, Editorial Porrúa-Colegio de Secretarios de la Suprema Corte de Justicia de la Nación, A.C., 2003, t.1.

-----“La interpretación constitucional como problema”, en Ferrer Mac-Gregor, Eduardo (coord.), *Derecho Procesal Constitucional*, 3ª ed., México, editorial Porrúa-Colegio de Secretarios de la Suprema Corte de Justicia de la Nación, A.C., 2002, t.III.

García Máynez, Eduardo, *Introducción al estudio del derecho*, 55ª ed., México, Editorial Porrúa, 2003.

Góngora Pimentel, Genaro, *Introducción al estudio del juicio de amparo*, 4ª ed. México, editorial Porrúa, 1992.

Gozaíni, Osvaldo Alfredo, El derecho procesal constitucional y los derechos humanos (vínculos y autonomías), México, Universidad Nacional Autónoma de México, Instituto de Investigaciones Jurídicas, 1995, visible en: <https://biblio.juridicas.unam.mx/bjv/detalle-libro/236-el-derecho-procesal-constitucional-y-los-derechos-humanos-vinculos-y-autonomias>

Groppi, Tania, “¿Hacia una justicia constitucional "dúctil? Tendencias recientes de las relaciones entre Corte Constitucional y jueces comunes en la experiencia italiana”, en Ferrer Mac-Gregor, Eduardo (coord.), *Derecho Procesal Constitucional*, 4ª edición, México, Editorial Porrúa-Colegio de Secretarios de la Suprema Corte de Justicia de la Nación, A.C., 2003, t.1.

Guastini, Riccardo, “La >constitucionalización< del ordenamiento jurídico”, *Neoconstitucionalismo*, 4ª ed., Madrid, Editorial Trotta, S.A., 2009.

-----“Sobre el concepto constitución”, en Carbonell, Miguel (*comp.*), *Teoría de la Constitución. Ensayos Escogidos*, 4ª edición, México, Porrúa- Universidad Nacional Autónoma de México, Instituto de Investigaciones Jurídicas, 2008.

-----*Estudios sobre la interpretación jurídica*, trad. de Marina Gascón y Miguel Carbonell, México, Universidad Nacional Autónoma de México, Instituto de Investigaciones Jurídicas, 2016.

-----¿Peculiaridades de la interpretación constitucional?”, trad. de Miguel Carbonell, en Ferrer Mac-Gregor, Eduardo (coord.), *Derecho Procesal Constitucional*, 3ª edición, México, Editorial Porrúa-Colegio de Secretarios de la Suprema Corte de Justicia de la Nación, A.C., 2002, t.III.

Häberle, Peter, “La jurisdicción constitucional institucionalizada”, en Ferrer Mac-Gregor, Eduardo (coord.), *Derecho Procesal Constitucional*, 4ª edición, México, Editorial Porrúa-Colegio de Secretarios de la Suprema Corte de Justicia de la Nación, A.C., 2003, t.1.

-----*El Estado constitucional*, trad. de Héctor Fix-Fierro, México, Universidad Nacional Autónoma de México, Instituto de Investigaciones Jurídicas, 2003.

----- “Métodos y principios de la interpretación constitucional. Un catálogo de problemas”, trad. de Héctor Fix-Fierro, en Ferrer Mac-Gregor, Eduardo (coord.), *Derecho Procesal Constitucional*, 3ª edición, México, Editorial Porrúa-Colegio de Secretarios de la Suprema Corte de Justicia de la Nación, A.C., 2002, t. III,

Habermas, Jürgen, *Facticidad y Validez*, trad. de Manuel Jiménez Redondo, Madrid, Ed. Trotta, 1998.

Hamilton, A., Madison, J. y Jay, J., *El federalista*, trad. de Gustavo R. Velasco, 2ª edición en español, México, Fondo de Cultura Económica, 2001.

Hart, Herbert L. A., *El concepto del derecho*, trad. Genaro R. Carrió, Buenos Aires, ed. Abeledo-Perrot, 1961.

Hitters, Juan Carlos, “El derecho procesal constitucional”, en Ferrer Mac-Gregor, Eduardo (coord.), *Derecho Procesal Constitucional*, 4ª edición, México, Editorial Porrúa-Colegio de Secretarios de la Suprema Corte de Justicia de la Nación, A.C., 2003, t.1.

Huerta, Carla, “Teoría del derecho. Cuestiones Relevantes”, Serie Doctrina Jurídica, Núm. 461, México, UNAM-IIJ, 2009, <https://archivos.juridicas.unam.mx/www/bjv/libros/5/2389/19.pdf>

-----*Mecanismos constitucionales para el control del poder político*, 3ª edición, México, UNAM, Instituto de Investigaciones Jurídicas, 2010, visible en: <https://biblio.juridicas.unam.mx/bjv/detalle-libro/2749-mecanismos-constitucionales-para-el-control-del-poder-politico-3a-ed>.

-----*Conflictos normativos*, Segunda Edición, México, Universidad Nacional Autónoma de Instituto de Investigaciones Jurídicas, 2016, <https://archivos.juridicas.unam.mx/www/bjv/libros/5/2485/5.pdf>.

Jellinek, Georg, *La Declaración de los Derechos del Hombre y del Ciudadano*, México, Universidad Nacional Autónoma de México, Instituto de Investigaciones Jurídicas, 2003.

-----Teoría General del Estado, México, Fondo de Cultura Económica, 2000.

Kant, Immanuel, *Fundamentación de la Metafísica de las costumbres*, visible en: <http://www.philosophia.cl/biblioteca/Kant/fundamentacion%20de%20la%20metafisica%20de%20las%20costumbres.pdf>.

Kelsen, Hans, *La garantía jurisdiccional de la constitución (La Justicia Constitucional)*, trad. de Rolando Tamayo Salmorán, Serie Ensayos Jurídicos, número 5, México, Instituto de Investigaciones Jurídicas, 2001, <https://archivos.juridicas.unam.mx/www/bjv/libros/7/3187/16.pdf>.

-----Teoría Pura del Derecho, trad. de Roberto. J. Vernengo, 16ª edición México, Editorial Porrúa, 1991.

-----Teoría General del Derecho y Estado, trad. de Eduardo García Máynez, México, Universidad Nacional Autónoma de México, 1979.

Lasalle, Ferdinand, *¿Qué es una Constitución?*, México, editorial. Colofón, 2006.

Landa Arroyo, César, *Tribunal constitucional y estado democrático*, Perú, Pontificia Universidad Católica del Perú, Fondo Editorial, 1999.

Loewenstein, Karl, *Teoría de la constitución*, trad. de Alfredo Gallego Anabitarte, 2ª edición, Editorial Ariel, S.A., España, 1976.

Márquez Gómez, Daniel, “Comentario del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la Universidad Nacional de México. Justiciabilidad de las Cuestiones políticas. La acción de inconstitucionalidad 165/2007” *Decisiones relevantes de la Suprema Corte de la Nación. Solución de cuestiones políticas por el Senado de la República*, México, Primera edición, Instituto de Investigaciones Jurídicas-Suprema Corte de Justicia de la Nación.

-----“Responsabilidades de los servidores públicos”; en Valadés Diego y Carbonell, Miguel (Coords.) *Panorama del Derecho Constitucional Mexicano*, México, Editorial Porrúa-Instituto de Investigaciones Jurídicas UNAM, 2006.

Massini Contreras, Carlos, “La teoría de derecho natural y la interpretación jurídica”, en Cianciardo Juan (coord.), *Constitución, Neoconstitucionalismo y Derechos. Teoría y aplicaciones en la interpretación de derechos fundamentales*, México, ed. Porrúa-IMDPC, 2012.

Mauro Cappelletti, *La justicia constitucional (Estudios de derecho comparado)*, México, Universidad Nacional Autónoma de México, 1987.

Montesquieu, *El espíritu de las leyes*, versión de Siro García del Mazo, Madrid, Librería de Victoriano Suárez, 1906.

Mora-Donatto, Cecilia Judith, *El valor de la Constitución normativa*, México, UNAM, Instituto de Investigaciones Jurídicas, 2002.

Moreno, Daniel, *Derecho constitucional mexicano*, 12ª edición, México, ed. Porrúa, S.A., 1993.

Pallares, Eduardo, *¿Qué es una constitución?*, México, Editorial Fontamara, 2006.

Platón, *La República o de lo justo. Diálogos*, 31ª ed., México, Porrúa, 2009.

Prieto Sanchís Luis, *Constitucionalismo y Positivismo*, 4ª edición, México, Distribuciones Fontamara, S.A., 2012.

-----“Tribunal constitucional y positivismo jurídico” en Ferrer Mac-Gregor, Eduardo (coord.), *Derecho Procesal Constitucional*, 4ª edición, México, Editorial Porrúa-Colegio de Secretarios de la Suprema Corte de Justicia de la Nación, A.C., 2003, t.1.

Ramos, Samuel, *El perfil del hombre y la cultura en México*, Espasa Libros, S.L.U., Barcelona, España, 2012.

Rubio Llorante, Manuel, “La constitución como fuente del derecho”, en *Teoría de la Constitución, Ensayos Escogidos*, comp. Miguel Carbonell, 4ª ed., México, Porrúa-Universidad Nacional Autónoma de México, Instituto de Investigaciones Jurídicas, 2008.

Sagüés, Néstor Pedro, “Los desafíos del derecho procesal constitucional”, en Ferrer Mac-Gregor, Eduardo (coord.), *Derecho Procesal Constitucional*, 4ª edición, México, Editorial Porrúa-Colegio de Secretarios de la Suprema Corte de Justicia de la Nación, A.C., 2003, t.1.

Schmitt, Carl, *Teoría de la Constitución*, Madrid, Alianza Universidad, 1982, p. 40.

Suárez Camacho, Humberto, *El sistema de control constitucional mexicano*, editorial Porrúa, México, 2007.

Suárez Ávila, Alberto Abad, “¿Para qué ha servido la acción de inconstitucionalidad (1995-2015)?”, en Ferrer Mac-Gregor, Eduardo Magaña de la Mora, *et. al.*, *Derecho procesal constitucional en perspectiva histórica. A 200 años del Tribunal de Ario de Rosales* (coord.), México, Universidad Nacional Autónoma de México, IIJ-Poder Judicial del Estado de Michoacán, 2018, t. 2, visible en: <https://biblio.juridicas.unam.mx/bjv/detalle-libro/4737-derecho-procesal-constitucional-en-perspectiva-historica-a-200-anos-del-tribunal-de-ario-de-rosales-t-ii>

Tamayo y Salmorán Rolando, *Introducción al Estudio de la Constitución*, México, Distribuciones Fontamara, S.A., 1998.

-----“Interpretación jurídica”, en Cáceres Enrique, Flores Imer B. (coord.) *Problemas contemporáneos de la filosofía del derecho*, Universidad Nacional Autónoma de México, Instituto de Investigaciones Jurídicas, 2005.

-----“La interpretación constitucional (la falacia de la interpretación cualitativa)”, en Ferrer Mac-Gregor, Eduardo (coord.), *Derecho Procesal Constitucional*, 3ª edición, México, Porrúa-Colegio de Secretarios de la Suprema Corte de Justicia de la Nación, A.C., 2002, t. III.

Tajadura Tejeda, Javier, “Retos y desafíos del derecho procesal constitucional en los umbrales del tercer milenio: reflexiones desde una perspectiva europea”, en Ferrer Mac-Gregor, Eduardo (coord.), *Derecho Procesal Constitucional*, 4ª edición, México, Editorial Porrúa-Colegio de Secretarios de la Suprema Corte de Justicia de la Nación, A.C., 2003, t.1.

Tena Ramírez, Felipe, *Derecho Constitucional Mexicano*, México, 28ª edición, México, Editorial Porrúa, 1994.

-----*Leyes fundamentales de México 1808-1994*, 18ª ed., México, Porrúa, 1994.

De Tocqueville, Alexis, *La democracia en América*, trad. de Amelié Cuesta, México, edit. Gernika, S.A., 1997.

Torres Maldonado, Eduardo José, “La ingeniería jurídica de las constituciones, los modelos económicos y la evolución de derecho procesal constitucional”, en Ferrer Mac-Gregor, Eduardo (coord.), *Derecho Procesal Constitucional*, 4ª edición, México, Editorial Porrúa-Colegio de Secretarios de la Suprema Corte de Justicia de la Nación, A.C., 2003, t.1.

Vallarta L., Ignacio, *El juicio de amparo y el writ of habeas corpus. Ensayo crítico-comparativo sobre esos recursos constitucionales*, 4ª ed., México, editorial Porrúa, S.A., 1989.

Zaldívar Lelo De Larrea, Arturo, *Hacia una nueva Ley de Amparo*, México, UNAM, Instituto de Investigaciones Jurídicas, 2016, visible en: <https://biblio.juridicas.unam.mx/bjv/detalle-libro/297-hacia-una-nueva-ley-de-amparo-1a-reimp>.

HEMEROGRAFÍA

Aarnio, Aulis, “Sobre la ambigüedad semántica en la interpretación jurídica”, trad. de José Pedro Úbeda, *Cuadernos de filosofía del derecho*, España, Universidad de Alicante, núm. 4, 1987, visible en: https://rua.ua.es/dspace/bitstream/10045/10903/1/Doxa4_07.pdf.

Aguiló Regla, Josep, “Interpretación constitucional. Algunas alternativas teóricas y una propuesta”, *Doxa. Cuadernos de filosofía del derecho*, España, Universidad de Alicante, núm. 35, 2012, visible en: <https://doxa.ua.es/article/view/2012-n35-interpretacion-constitucional-algunas-alternativas-teoricas-y-una-propuesta>.

-----“Sobre la constitución del Estado constitucional” *Doxa. Cuadernos de filosofía del derecho*, España, Universidad de Alicante, núm. 26, 2003, visible en: https://rua.ua.es/dspace/bitstream/10045/10077/1/doxa26_15.pdf.

Alexy, Robert, “Derecho injusto, retroactividad y principio de legalidad penal: la doctrina del Tribunal Constitucional Federal alemán sobre los homicidios cometidos por los centinelas del muro de Berlín”, trad. de A. Daniel Oliver-Lalana, *Doxa. Cuadernos de filosofía del derecho*, España, Universidad de Alicante, núm. 23, 2000, visible en: <https://doxa.ua.es/article/view/2000-n23-derecho-injusto-retroactividad-y-principio-de-legalidad-penal-la-doctrina-del-tribunal-constitucional-federal-aleman-sobre-los-homicidios-cometidos-por-los-centinelas-del-muro-de-berlin>.

-----“Principios formales”, trad. del original inglés de María Claudia Quimbayo Duarte, *Doxa. Cuadernos de filosofía jurídica*, Universidad de Alicante, España, núm. 37, 2014, visible en: <https://doxa.ua.es/article/view/2014-n37-principios-formales>.

-----“El No Positismo Incluyente”, trad. de María Claudia Quimbayo, *Doxa. Cuadernos de filosofía del derecho*, España, Universidad de Alicante, núm. 36, 2013, visible en: <https://doxa.ua.es/article/view/2013-n36-el-no-positivismo-incluyente>.

-----“Sistema jurídico, principios jurídicos y razón práctica”, trad. de Manuel Atienza, *Doxa. Cuadernos de filosofía del derecho*, España, Universidad de

Alicante, núm. 5, 1988, visible en:
https://rua.ua.es/dspace/bitstream/10045/10871/1/Doxa5_07.pdf.

Atienza, Manuel, “Para una razonable definición de lo <razonable>”, *Doxa. Cuadernos de filosofía del derecho*, Alicante, España, 1984, núm. 4, visible en:
[https://Doxa. Cuadernos de filosofía del derecho. .ua.es/article/view/1987-n4-para-una-razonable-definicion-de-razonable](https://Doxa.Cuadernos.de.filosofia.del.derecho.ua.es/article/view/1987-n4-para-una-razonable-definicion-de-razonable).

Atienza, Manuel y Ruiz Manero, Juan, “Sobre principios y reglas”, *Doxa. Cuadernos de filosofía del derecho*, Alicante, España, núm. 10, 1991, visible en:
https://rua.ua.es/dspace/bitstream/10045/10763/1/doxa10_04.pdf.

Bäcker, Carsten, “Reglas, principios y derrotabilidad”, trad. Francisco J. Campos Zamora, *Doxa. Cuadernos de filosofía jurídica*, España, Universidad de Alicante, núm. 37, 2014, https://rua.ua.es/dspace/bitstream/10045/53977/1/Doxa_37_02.pdf.

Barberis, Mauro, “Pluralismo de los valores, nuevo constitucionalismo y balance libertad-seguridad”, *Doxa. Cuadernos de Filosofía del Derecho*, España, Universidad de Alicante, núm. 39, 2016, visible en:
<https://doxa.ua.es/article/view/2016-n39-pluralismo-de-los-valores-nuevo-constitucionalismo-y-balance-libertad-seguridad>.

Bernal Pulido, Carlos, “Los derechos fundamentales y la teoría de los principios: ¿Es la teoría de los principios la base para una teoría adecuada de los derechos fundamentales de la Constitución Española?”, *Doxa. Cuadernos de Filosofía del Derecho*, Alicante, España, núm. 30, 2007, visible en:
https://rua.ua.es/dspace/bitstream/10045/13135/1/DOXA_30_35.pdf.

Bobbio, Norberto, “El problema del positivismo jurídico”, trad. Ernesto Garzón Valdés, Distribuciones Fontamara, Mexico, 1991.

Bulygin, Eugenio, “Sobre el status ontológico de los derechos humanos”, *Doxa, Cuadernos de filosofía del derecho*, Alicante, España, 1987, núm. 4, pp. 79-84, visible en: <https://doxa.ua.es/article/view/1987-n4-sobre-el-status-ontologico-de-los-derechos-humanos>.

Carpizo, Jorge, “La interpretación del artículo 133 constitucional”, *Boletín Mexicano de Derecho Comparado*, México, núm. 4, 1969, visible en: <https://revistas.juridicas.unam.mx/index.php/derecho-comparado/article/view/605/865>.

-----“El tribunal constitucional y el control de la reforma constitucional”, *Boletín Mexicano de Derecho Comparado*, México, núm. 125, 2009, visible en: <https://revistas.juridicas.unam.mx/index.php/derecho-comparado/article/view/4123/5330>.

Cifuentes Muñoz, Eduardo, “La justicia constitucional en Colombia”, *Anuario Iberoamericano de Justicia Constitucional*, núm. 1, 1997, pp. 67 a 88, visible en: <https://dialnet.unirioja.es/ejemplar/132855>.

Comanducci, Paolo, “Principios jurídicos e indeterminación del derecho”, *Doxa. Cuadernos de filosofía del derecho*, España, Universidad de Alicante, Vol. 2, núm. 21, 1998, visible en: https://rua.ua.es/dspace/bitstream/10045/10350/1/doxa21-2_07.pdf.

Da Silva, José Afonso, “La interpretación conforme a la Constitución. Entre la trivialidad y la centralización judicial”, *Cuestiones Constitucionales. Revista Mexicana de Derecho Constitucional*, México, núm. 12, enero-junio, 2005, visible en: <https://revistas.juridicas.unam.mx/index.php/cuestiones-constitucionales/article/view/5723/7504>.

“Declaración de los derechos del hombre y del Ciudadano”, *Revista Derechos humanos*, visible en: <https://revistas-colaboracion.juridicas.unam.mx/index.php/derechos-humanos-emx/article/view/5120/4492>.

Ferrajoli, Luigi, “Dos concepciones de los principios. Una respuesta a Juan Ruiz Manero”, *Doxa. Cuadernos de filosofía del derecho*, Alicante, España, núm. 36, 2013, visible en: <https://doxa.ua.es/article/view/2013-n36-dos-concepciones-de-los-principios-una-respuesta-a-juan-ruiz-manero>.

-----“Constitucionalismo principialista y constitucionalismo garantista”, *Doxa. Cuadernos de filosofía jurídica*, España, Universidad de Alicante, núm. 34, 2011, visible en: <https://doxa.ua.es/article/view/2011-n34-constitucionalismo-principialista-y-constitucionalismo-garantista>.

-----“El constitucionalismo entre principios y reglas”, *Doxa. Cuadernos de Filosofía del Derecho*, España, Universidad de Alicante, núm. 34, 2011, visible en: <https://doxa.ua.es/article/view/2012-n35-el-constitucionalismo-entre-principios-y-reglas>, visible en: <https://doxa.ua.es/article/view/2012-n35-el-constitucionalismo-entre-principios-y-reglas>.

García Sarubbi, David, “La difícil relación entre una declaratoria de inconstitucionalidad *erga omnes* y sus efectos prácticos en México” *Cuestiones Constitucionales Revista Mexicana de Derecho Constitucional*, núm. 23, julio-diciembre, 2010, visible en: <https://revistas.juridicas.unam.mx/index.php/cuestiones-constitucionales/article/view/5931/7872>.

Gianformaggio, Letizia, “Lógica y argumentación en la interpretación jurídica o tomar a los juristas intérpretes en serio”, *Doxa. Cuadernos de filosofía del derecho*, España, Universidad de Alicante, núm. 4, 1987, pp. 88-89, visible en:

<https://doxa.ua.es/article/view/1987-n4-logica-y-argumentacion-en-la-interpretacion-juridica-o-tomar-a-los-juristas-interpretetes-en-serio>.

Habermas, Jürgen, “¿Cómo es posible la legitimidad por vía de legalidad?”, *Doxa. Cuadernos de filosofía del derecho*, España, Universidad de Alicante, núm. 5, 1988, visible en: <https://doxa.ua.es/article/view/1988-n5-como-es-posible-la-legitimidad-por-via-de-legalidad>.

Huerta, Carla, “El control de la constitucionalidad, análisis del artículo 105 constitucional”, *Boletín Mexicano de Derecho Comparado*, México, número 93, 1998, visible en: <https://revistas.juridicas.unam.mx/index.php/derecho-comparado/issue/view/102>.

Iglesias Vila, Marisa, “Los conceptos esencialmente controvertidos en la interpretación constitucional”, *Doxa. Cuadernos de filosofía del derecho*, Alicante, España, núm. 23, 2000, visible en: <https://doxa.ua.es/article/view/2000-n23-los-conceptos-esencialmente-controvertidos-en-la-interpretacion-constitucional>.

Lariguet, Guillermo, “Conflictos trágicos y Derecho: posibles desafíos”, *Doxa. Cuadernos de filosofía del derecho*, Alicante, España, núm. 27, 2004, visible en: <https://doxa.ua.es/article/view/2004-n27-conflictos-tragicos-y-derecho-posibles-desafios>.

Lozada, Alí, “El postpositivismo de la «optimización»: sobre el concepto de principio jurídico de R. Alexy”, *Doxa. Cuadernos de Filosofía del Derecho*, Alicante, España, núm. 39, 2016, visible en: https://rua.ua.es/dspace/bitstream/10045/60163/6/Doxa_39_12.pdf.

Muñoz Aranguren, Arturo, “Abuso del derecho y ponderación de derechos”, *Doxa. Cuadernos de filosofía del derecho*, Alicante, España, 2018, núm. 41, visible en: <https://doxa.ua.es/issue/view/2018-n41>.

Olivé, León, “Racionalidad y legitimación política”, *Doxa. Cuadernos de filosofía del derecho*, Alicante, España, 1987, núm. 4, visible en: <https://doxa.ua.es/article/view/1987-n4-razionalidad-y-legitimacion-politica>.

Prieto Sanchís Luis, “*Principia iuris*: una teoría del Derecho no (neo)constitucionalista para el Estado constitucional”, *Doxa. Cuadernos de filosofía del derecho*, España, Universidad de Alicante, núm. 31, 2008, visible en: <https://doxa.ua.es/article/view/2008-n31-principia-iuris-una-teoria-del-derecho-no-neoconstitucionalista-para-el-estado-constitucional>

Raz, Joseph, “La intención en la interpretación”, trad. De Juan José Moreso y Pablo E. Navarra, *Doxa. Cuadernos de filosofía del derecho*, España, Universidad de Alicante, núm. 20, 1997, visible en: <https://doxa.ua.es/issue/view/1997-n20>.

Ruiz Manero, Juan, *Principios, objetivos y derechos: otra vuelta de tuerca*, *Doxa. Cuadernos de filosofía del derecho*, Alicante, España, núm. 28, 2018, 2005, visible en: <https://doxa.ua.es/article/view/2005-n28-principios-objetivos-y-derechos-otra-vuelta-de-tuerca>.

Sieckmann, Jan (ed.), *La Teoría Principalista de los Derechos Fundamentales. Estudios sobre la Teoría de los Derechos Fundamentales de Robert Alexy*, España, Marcial Pons, 2011.

Tamayo y Salmorán Rolando, “Los sistemas jurídicos y sus criterios de identidad”, en *Boletín mexicano de derecho comparado*, núm. 19, 1974, visible en: <https://revistas.juridicas.unam.mx/index.php/derecho-comparado/issue/view/32>.

-----“Introducción a la ciencia del derecho y a la interpretación jurídica. La jurisprudencia romana”, *Boletín de derecho comparado*, México, núm. 39, 1980, p.

837, visible en: <https://revistas.juridicas.unam.mx/index.php/derecho-comparado/issue/view/48>.

Tuori, Kaarlo, “Ética discursiva y legitimidad del Derecho”, trad. de Josep Aguiló Regla, *Doxa. Cuadernos de filosofía del derecho*, España, Universidad de Alicante, núm. 5, 1988, visible en: <https://doxa.ua.es/article/view/1988-n5-etica-discursiva-y-legitimidad-del-derecho>.

Vega, Jesús, “Límites de la jurisdicción, concepciones del Derecho y activismo judicial”, *Doxa. Cuadernos de filosofía del derecho*, España, Universidad de Alicante, núm. 41, 2018, visible en: <http://rua.ua.es/dspace/handle/10045/78847>.

Velasco, Marina, “Conflictos entre derechos y ponderación. Por qué los jueces no deberían abandonar la perspectiva deontológica”, *Doxa. Cuadernos de filosofía del derecho*, España, Universidad de Alicante, núm. 39, 2016, visible en: https://rua.ua.es/dspace/bitstream/10045/60167/6/Doxa_39_16.pdf.

Vigo, Rodolfo L., “Una teoría de la validez jurídica” *Doxa. Cuadernos de Filosofía del Derecho*, España, Universidad de Alicante, núm. 39, 2016, p. 102, visible en: https://rua.ua.es/dspace/bitstream/10045/60158/6/Doxa_39_07.pdf.

LEYES

Acta Constitutiva y de Reformas.

Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos.

Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos, visible en: http://www.diputados.gob.mx/LeyesBiblio/ref/cpeum/CPEUM_orig_05feb1917_ima.pdf.

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

Ley Reglamentaria de las fracciones i y ii del artículo 105 de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos.

Ley Fundamental de la República Federal de Alemania, trad. de Ricardo García Macho y Karl-Peter Sommermann, visible en: <https://www.btg-bestellservice.de/pdf/80206000.pdf>.

Georgetown University, *United States Constitution, Political database of the americas*, visible en: <http://pdba.georgetown.edu/Constitutions/USA/usa1787.html>.

Costituzione della Repubblica Italiana, Senato della Repubblica, visible en: <http://www.senato.it/1024>, (7 agosto 2019).

JURISPRUDENCIA

Tesis 1a./J. 1/2006, Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta, Novena Época, Tomo XXIII, Febrero de 2006, p. 357.

Tesis: 1a./J. 37/2017, Gaceta del Semanario Judicial de la Federación, Décima Época, t. I, mayo de 2017, p. 239.

Tesis: II.1o.T.2 K, Semanario Judicial de la Federación, Décima Época, Registro 2006361, 02 de mayo de 2014 12:05 h

Tesis: IV.1o.P.C.9 K, Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta, Novena Época, Tomo XI, Marzo de 2000.

Tesis: P./J. 145/2000, Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta, Novena Época, Registro: 190663, Tomo XII, Diciembre de 2000.

Tesis: P./J. 20/2014, Gaceta del Semanario Judicial de la Federación, Décima Época, Libro 5, Tomo I , Abril de 2014.

Tesis: P./J. 34/2014, Gaceta del Semanario Judicial de la Federación, Décima Época, Tomo I, Mayo de 2014.

Tesis: P./J. 53/2010, Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta, Novena Época, Tomo XXXI, Abril de 2010.

Tesis: P./J. 71/2000, Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta, Novena Época, Tomo XII, agosto de 2000.

Tesis: XI.1o.A.T.45 K, Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta, Novena Época, Tomo XXXI, Mayo de 2010.

Tesis 1a./J. 8/2017 (10a.), Gaceta del Semanario Judicial de la Federación, Décima Época, Libro 38, Enero de 2017.

Tesis: I.13o.A.116, Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta, Novena Época, Tomo XXII, Agosto de 2005.

Tesis: PC.I.P. J/43 P, Gaceta del Semanario Judicial de la Federación, Décima Época, Tomo II, Abril de 2018, p.1317.

Exp. 147/2007, Acción de Inconstitucionalidad, *Sección de Trámite de Controversias Constitucionales y de Acciones de Inconstitucionalidad*, pp. 207-2008.

DICCIONARIO

Diccionario de la Lengua Española de la Real Academia Española.

OTRAS FUENTES DE INFORMACIÓN

Declaración de Derecho del Buen Pueblo de Virginia de 1776, visible en: <https://archivos.juridicas.unam.mx/www/bjv/libros/6/2698/21.pdf>, (6 de marzo de 2019).

Debates on the Federal Judiciary: A Documentary History (Vol. I: 1787–1875).

Poder Judicial de la Federación, *La Suprema Corte de Justicia. Sus leyes y sus hombres*, visible en: [http://www.internet2.scjn.gob.mx/red/marco/PDF/C.%2018461855/b\)%20VOTO%20PARTICULAR%20M.%20OTERO%205%20abril%201847.pdf](http://www.internet2.scjn.gob.mx/red/marco/PDF/C.%2018461855/b)%20VOTO%20PARTICULAR%20M.%20OTERO%205%20abril%201847.pdf).