



**UNIVERSIDAD NACIONAL AUTÓNOMA DE MÉXICO**

---

**FACULTAD DE DERECHO**

**SEMINARIO DE DERECHO CONSTITUCIONAL**

**HACIA UNA PROBLEMATIZACIÓN DEL NUEVO  
SISTEMA DE PRECEDENTES EN MÉXICO: RETOS Y  
OPORTUNIDADES PARA LA IMPARTICIÓN DE  
JUSTICIA EN MATERIA CONSTITUCIONAL**

**TESIS**

QUE PARA OBTENER EL TÍTULO DE

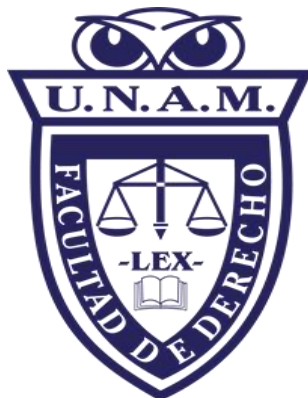
**LICENCIADO EN DERECHO**

**PRESENTA**

**RUBÉN YABZEL RIVERA HERNÁNDEZ**

**ASESOR**

**DR. IMER BENJAMÍN FLORES MENDOZA**



**CIUDAD UNIVERSITARIA, CIUDAD DE MÉXICO**

**ENERO DE 2023**



Universidad Nacional  
Autónoma de México



**UNAM – Dirección General de Bibliotecas**  
**Tesis Digitales**  
**Restricciones de uso**

**DERECHOS RESERVADOS ©**  
**PROHIBIDA SU REPRODUCCIÓN TOTAL O PARCIAL**

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

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



**FACULTAD DE DERECHO  
SEMINARIO DE DERECHO CONSTITUCIONAL  
OFICIO FDER/SDC/003/2023  
ASUNTO: Aprobación de tesis**

**M. EN C. IVONNE RAMÍREZ WENCE  
DIRECTORA GENERAL DE ADMINISTRACIÓN ESCOLAR  
DE LA UNIVERSIDAD NACIONAL AUTÓNOMA DE MÉXICO  
Presente**

Por este conducto le informo que RUBÉN YABZEL RIVERA HERNÁNDEZ, con número de cuenta 312029087, concluyó la tesis intitulada “HACIA UNA PROBLEMATIZACIÓN DEL NUEVO SISTEMA DE PRECEDENTES EN MÉXICO: RETOS Y OPORTUNIDADES PARA LA IMPARTICIÓN DE JUSTICIA EN MATERIA CONSTITUCIONAL”, bajo la asesoría del DR. IMER BENJAMÍN FLORES MENDOZA. Este trabajo de investigación demuestra la capacidad de su autor para aplicar los conocimientos adquiridos durante la Licenciatura en Derecho y cumple con los requisitos establecidos en la normativa universitaria, por lo que en términos de lo establecido en los artículos 18, 19, 20, 26 y 28 del Reglamento General de Exámenes y con fundamento en el artículo 10 del Reglamento para el Funcionamiento de los Seminarios de la Facultad de Derecho, se aprueba este trabajo de investigación para su presentación al jurado respectivo.

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

**Atentamente  
“POR MI RAZA HABLARÁ EL ESPÍRITU”  
Ciudad Universitaria, Cd. Mx., a 25 de enero de 2023**

**EL DIRECTOR DEL SEMINARIO**  
  
**DR. RODRIGO BRITO MELGAREJO**



**FACULTAD DE DERECHO**  
SECRETARÍA GENERAL

*“Logic and history, and custom and utility, and the accepted standards of right conduct, are the forces which singly or in combination shape the progress of the law. Which of those forces shall dominate in any case must depend largely on the comparative importance of the social interests that will be thereby promoted or impaired.”*

BENJAMIN CARDOZO, *The Nature of the Judicial Process*

*“Sé igual al promontorio contra el que sin interrupción baten las olas. Él permanece quieto mientras que en su derredor sucumben las aguas que bullen.”*

MARCO AURELIO, *Meditaciones*

## AGRADECIMIENTOS

A mi madre María Antonia Hernández Medina y a mi padre Rubén Rivera Valencia, por el esfuerzo incansable, la fe inextinguible y el apoyo incondicional. A ustedes debo no sólo haber culminado este trabajo, sino también los valores, principios y pautas que informan mi vida y mi carácter, entre innumerables cosas más. Gracias por su infinito amor, paciencia y confianza. Gracias a mi hermano Omar Felipe Rivera Arellano por su apoyo y enseñanzas.

A mi abuela Delfina Medina Arellano y mi abuelo José Martín Guadalupe Hernández Portillo, autores de las más entrañables memorias de mi infancia, por el cariño y los cuidados primordiales. Gracias por su amor inagotable que me acompaña cada día. Gracias también a mis tías Delfina, María del Carmen y Patricia Hernández Medina y a mi prima Lizbeth Arely González Hernández.

Gracias a la Universidad Nacional Autónoma de México y a quienes la sustentan por la formación profesional que recibí y por concederme algunas de las más significativas experiencias de vida. A mis profesores y amigos de la Escuela Nacional Preparatoria 2 “Erasmus Castellanos Quinto” y de la Facultad de Derecho.

Agradezco a mi asesor y mentor el doctor Imer B. Flores por los amables consejos, la atenta consideración y el gran compromiso moral y académico. También a los doctores Diego López Medina y Yenny Andrea Celemín Caicedo por compartir conmigo sus valiosas reflexiones y enseñanzas. Gracias a mis colegas y amigos del Observatorio de Legislación y Adjudicación del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM: René Hernández, Gustavo Escalante, Samantha Rodríguez, Daniel Tenorio, Sócrates Osorio y Óscar Jaime. En particular, gracias a Juan Antonio Rojas Benítez y a Edgardo Santiago Ocampo Pérez por sus consejos, compañerismo y amistad durante la consecución de éste y otros procesos.

A mis amigos, especialmente a Jorge González Palomares, por ser guía y consejero, y a Alexis Geovanni Garcés Valdivia, por la amistad más longeva y sincera. Gracias a Aylene Delgado, Sergio Galván, Abril López, Kenia Márquez, Cinthya Ruiz y Raquel Villegas. A las personas que me han acompañado y a quienes permanecen.

Esta investigación fue realizada gracias al Programa de Apoyo a Proyectos de Investigación e Innovación Tecnológica (PAPIIT) de la UNAM, en el marco del Proyecto AG300922 “Los problemas del Estado constitucional y democrático de derecho”. Agradezco a la DGAPA-UNAM la beca recibida.

## ÍNDICE

<b>INTRODUCCIÓN</b> .....	1
<i>Planteamiento del problema</i> .....	1
<i>Hipótesis</i> .....	2
<i>Justificación</i> .....	2
<i>Preguntas de investigación</i> .....	3
<i>Objetivo general</i> .....	3
<i>Objetivos específicos</i> .....	3
<b>CAPÍTULO I. FUNDAMENTOS DE LA JURISDICCIÓN CONSTITUCIONAL</b> .....	5
1.1. Introducción.....	5
1.2. ¿De qué hablamos cuando hablamos de justicia constitucional? .....	5
1.3. Preliminares. Una aproximación al concepto de justicia.....	6
a) Aristóteles y la justicia como punto medio .....	6
b) La noción de justicia en Kelsen.....	8
1.4. El concepto de constitución: aspectos esenciales. ....	10
1.5. Estudio sobre dos principios del constitucionalismo.....	12
a) Sobre el significado, origen y justificación de la supremacía constitucional .....	12
<i>Sr. Edward Coke y el Dr. Bonham's Case</i> .....	13
<i>John Marshall y la doctrina de la judicial review</i> .....	15
b) El principio de división de poderes .....	19
<i>La división de poderes como principio político</i> .....	19
<i>La división de poderes como principio jurídico</i> .....	23
1.6. La justicia constitucional: elementos de análisis.....	25
a) Objeto y propósito de la justicia constitucional.....	25
<b>CAPÍTULO II. ASPECTO ORGÁNICO DE LA JURISDICCIÓN CONSTITUCIONAL. ANÁLISIS ESTRUCTURAL DEL PODER JUDICIAL DE LA FEDERACIÓN</b> .....	29
2.1. Introducción.....	29
2.2. Elementos para el análisis de la jurisdicción constitucional en su aspecto orgánico ...	30
a) Antecedentes históricos del control de constitucionalidad.....	30
b) Modelos de control jurisdiccional de la constitución.....	33
<i>Modelo de control difuso</i> .....	33
<i>Modelo de control concentrado</i> .....	34
<i>Modelos mixtos o híbridos</i> .....	35
c) Kelsen y el control concentrado de constitucionalidad: la anulación de la norma constitucional.....	36
2.3. Estructura orgánica y funcionamiento de la jurisdicción constitucional en México ...	40
a) Suprema Corte de Justicia de la Nación .....	43
<i>Funcionamiento de la Corte en Pleno</i> .....	44
<i>Funcionamiento de la Corte en Salas</i> .....	47
b) Plenos Regionales.....	48
c) Tribunales Colegiados de Circuito .....	49
d) Tribunales Colegiados de Apelación.....	50
e) Juzgados de Distrito.....	51

2.4. Medios de control de la constitucionalidad en México .....	51
a) Juicio de amparo .....	52
<i>Declaratoria general de inconstitucionalidad</i> .....	54
b) Controversia constitucional.....	54
c) Acción de inconstitucionalidad .....	55
<b>CAPÍTULO III. ANÁLISIS TEÓRICO-CONCEPTUAL DEL PRECEDENTE JUDICIAL</b> .....	56
3.1. Introducción.....	58
3.2. Sobre las tradiciones jurídicas romano-germánica y el <i>common law</i> : características, diferencias y similitudes .....	59
a) Distinción entre tradición jurídica y sistema jurídico.....	59
b) Tradición jurídica romano-germánica .....	60
c) Tradición jurídica del <i>common law</i> .....	63
3.3. Elementos teórico-conceptuales para el estudio del precedente judicial.....	67
a) Concepto de precedente.....	67
b) Principios del precedente judicial.....	68
c) Elementos que integran el precedente judicial: <i>ratio decidendi</i> y <i>obiter dicta</i> ....	71
d) Identificación de la <i>ratio decidendi</i> .....	73
e) Autoridad del precedente: precedente vertical, horizontal y autoprecedente .....	75
f) Cambio e inaplicación del precedente: distinción y revocación .....	76
3.4. La conformación de una doctrina de precedentes en América Latina.....	78
3.5. <i>Excursus</i> . El problema de la legitimidad democrática del control jurisdiccional de la constitución.....	82
a) El debate Kelsen-Schmitt .....	83
b) Generalidades del debate estadounidense .....	88
c) La función y legitimidad de los tribunales constitucionales en la actualidad.....	90
<b>CAPÍTULO IV. ANÁLISIS DEL SISTEMA DE JURISPRUDENCIA POR PRECEDENTES EN MÉXICO: RETOS Y OPORTUNIDADES PARA LA IMPARTICIÓN DE JUSTICIA EN MATERIA CONSTITUCIONAL</b> .....	95
4.1. Introducción.....	95
4.2. Breve recuento del sistema de integración de la jurisprudencia en México.....	95
4.3. La reforma judicial de 2021.....	101
a) Modificaciones y adiciones a la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos.....	102
b) Modificaciones y adiciones legislativas .....	104
<i>Ley Orgánica del Poder Judicial de la Federación</i> .....	104
<i>Ley de Carrera Judicial del Poder Judicial de la Federación</i> .....	105
<i>Ley de Amparo</i> .....	106
c) El Acuerdo General Plenario 1/2021 .....	109
4.4. Reflexión en torno a los retos y oportunidades para la impartición de justicia en materia constitucional a partir de la reforma judicial de 2021 .....	110
<b>CONCLUSIONES GENERALES</b> .....	117
<b>FUENTES DE INFORMACIÓN REFERIDAS</b> .....	121

## INTRODUCCIÓN

### *Planteamiento del problema*

El 11 de marzo de 2021 fue publicado el “Decreto por el que se declaran reformadas y adicionadas diversas disposiciones de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos, relativos al Poder Judicial de la Federación”, el cual trajo consigo diversos cambios relativos a la conformación orgánica y funciones institucionales de dicho Poder. La llamada Reforma Judicial de 2021 introdujo también una serie de modificaciones a diversas disposiciones legislativas, las cuales fueron publicadas en el Diario Oficial de la Federación mediante el “Decreto por el que se expide la Ley Orgánica del Poder Judicial de la Federación y la Ley de Carrera Judicial del Poder Judicial de la Federación; se reforman, adicionan y derogan diversas disposiciones de la Ley Federal de los Trabajadores al Servicio del Estado, Reglamentaria del Apartado B) del artículo 123 Constitucional; de la Ley Federal de Defensoría Pública; de la Ley de Amparo, Reglamentaria de los artículos 103 y 107 de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos; de la Ley Reglamentaria de las fracciones I y II del artículo 105 de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos y del Código Federal de Procedimientos Civiles” del 7 de junio del mismo año.

Uno de los cambios más relevantes que esta reforma supuso fue la incorporación de un sistema de creación de jurisprudencia por precedentes, el cual consiste en que los criterios interpretativos emitidos por el Pleno y las Salas de la Suprema Corte de Justicia de la Nación, sentados en sus resoluciones decididas por una mayoría calificada de ocho o cuatro votos, respectivamente, son obligatorios para todas las instancias jurisdiccionales del Poder Judicial de la Federación y para los poderes judiciales de cada Estado de la República, sin que sea necesaria su reiteración.

Consecuentemente, esta reforma entraña importantes desafíos de orden institucional, puesto que su adecuada instrumentación requerirá conocer con detalle la institución del precedente, la cual ha estado asociada con la tradición jurídica del *common law*. Para México, los principios de este sistema no son del todo desconocidos, pues nuestro sistema de jurisprudencia, si bien distinto en diversos aspectos, incorporaba desde tiempo atrás una noción de precedente vinculante. Lo que resulta novedoso en esta reforma es la adopción del marco conceptual y metodológico que está en la base de la institución jurídica del precedente, entendida no sólo desde el punto de vista del *common law*, sino también desde el punto de



vista de otros sistemas de tradición civilista que han incorporado este mecanismo en sus prácticas institucionales. En ese sentido, considero que la reforma inscribe a México en un proceso que durante las últimas décadas ha podido observarse en algunos países de Latinoamérica —v. gr. Colombia, Costa Rica, Brasil—, que es el de la adaptación del precedente en la práctica jurídica-institucional de sistemas de derecho asociados con la tradición jurídica romano-germánica. Éste es un aspecto importante que será considerado en el desarrollo de la presente investigación.

Finalmente, considero que el propósito principal de esta reforma consiste en propiciar una mejor sistematización de los criterios jurisprudenciales, además de facilitar el dinamismo en la toma de decisiones, sobre todo las de la Suprema Corte de Justicia de la Nación, en el marco de un contexto global donde el papel de los tribunales constitucionales ha adquirido, de manera creciente, mayor relevancia en el funcionamiento de las democracias constitucionales. Por ello, estimo necesario revisar algunos aspectos del constitucionalismo para comprender por qué es importante que las decisiones de los tribunales constitucionales revistan cierto grado de autoridad. Es decir, estudiar su función en el marco del paradigma de la división de poderes y la supremacía constitucional.

### ***Hipótesis***

La hipótesis de la cual parto es que la adopción e instrumentación de un sistema de creación de jurisprudencia por precedentes en México entraña múltiples desafíos, los cuales incluyen la creación de nuevas normas, instituciones y procedimientos y, en ciertos aspectos, la modificación y adecuación de los ya existentes. Del mismo modo, conlleva una serie de cambios estructurales y culturales relacionados con la educación jurídica, la comprensión del sistema de fuentes en derecho y la interacción de los operadores jurídicos. En ese tenor, la introducción de un nuevo sistema de precedentes requiere de un alto grado de especialización, comprensión y conocimiento del tema, especialmente por parte de los operadores jurídicos encargados de dar seguimiento a la reforma.

### ***Justificación***

Por lo antes expuesto, la justificación de este trabajo de investigación consiste en la necesidad y oportunidad de realizar un análisis del nuevo sistema de creación de jurisprudencia por precedentes y su relación con el funcionamiento de la justicia

constitucional en México que dé cuenta de los retos y oportunidades que han de enfrentar dichos operadores, en particular la Suprema Corte de Justicia de la Nación. Dada la relevancia y relativa novedad del sistema de precedentes en México, es necesario ampliar y difundir la literatura que existe respecto al tema, con el fin de generar puntos de apoyo para la reflexión e instrumentación sustentada del mismo.

### ***Preguntas de investigación***

El trabajo de investigación busca resolver las siguientes cinco preguntas:

- 1) ¿En qué consiste la jurisdicción constitucional y cómo es su funcionamiento en México?
- 2) ¿Cuáles son las características de la institución del precedente judicial surgida en el *common law*?
- 3) ¿Cómo ha sido adaptada la institución del precedente en algunos países de Latinoamérica cuyos sistemas jurídicos derivan primordialmente de la tradición jurídica romano-germánica?
- 4) ¿En qué consiste el nuevo sistema de creación de jurisprudencia por precedentes en México?
- 5) ¿Cuáles son los retos y oportunidades que surgen ante la instrumentación de un sistema de creación de jurisprudencia por precedentes?

### ***Objetivo general***

Con el propósito de responder estas preguntas, propongo como objetivo general de investigación *analizar el nuevo sistema de precedentes en México y su relación con el funcionamiento de la justicia constitucional en México, con la finalidad de señalar los diferentes desafíos y oportunidades que deben afrontar y aprovechar los operadores jurídicos encargados de su instrumentación para garantizar la impartición de justicia en materia constitucional.*

### ***Objetivos específicos***

Asimismo, propongo algunos objetivos específicos por capítulo. El primer capítulo tiene como objetivo estudiar los fundamentos de la jurisdicción constitucional a través del reconocimiento de algunos conceptos y principios fundamentales, particularmente el principio de división de poderes y el principio de supremacía constitucional. El segundo,

desarrollar los aspectos estructural, orgánico y procedimental de la jurisdicción constitucional tanto a nivel teórico, por medio del estudio de los tipos de control constitucional, como a nivel práctico, mediante el estudio del Poder Judicial de la Federación en México. Del mismo modo, recapitula algunos de los procedimientos de salvaguarda de la Constitución con que contamos en México, específicamente el juicio de amparo, la controversia constitucional, la acción de inconstitucionalidad y el mecanismo de declaratoria general de inconstitucionalidad.

En el tercer capítulo, el objetivo es realizar un análisis teórico-conceptual del precedente con el propósito de conocer las características de las tradiciones jurídicas romano-germánica y del *common law*, así como sus similitudes y diferencias, particularmente en lo relativo a los mecanismos de conformación del derecho jurisprudencial. De la misma forma, presenta las características, principios, elementos, tipologías, dimensiones y excepciones en la aplicación del precedente judicial a la luz de la teoría que existe respecto al tema. Adicionalmente, estudia el fenómeno de adopción del precedente judicial, particularmente en materia constitucional, en algunos países de América Latina, así como sus repercusiones en el desarrollo jurídico-institucional y político de los mismos. Finalmente, el tercer capítulo incluye también un breve *excursus* de un tópico que considero crucial para el estudio de este tema, que es el de la problemática de la legitimidad de la jurisdicción constitucional.

Por último, en el cuarto capítulo destaco algunos aspectos del sistema de jurisprudencia que ha existido en México y estudio los aspectos normativos de la reciente reforma judicial de 2021. El objetivo consiste en analizar la institución del sistema de creación de jurisprudencia por precedentes en México a partir del camino trazado por las reformas constitucionales y legislativas, así como por los acuerdos plenarios de la Suprema Corte de Justicia de la Nación. Para concluir, expondré algunas reflexiones sobre los que considero son —y cuáles serán— los principales retos y oportunidades que debe enfrentar el Poder Judicial de la Federación en el marco de esta reforma, específicamente la Suprema Corte de Justicia de la Nación, en lo que respecta a la impartición de justicia en materia constitucional.

## CAPÍTULO I. FUNDAMENTOS DE LA JURISDICCIÓN CONSTITUCIONAL

### 1.1. Introducción

Con el propósito de sentar las bases para una comprensión integral del precedente judicial en materia constitucional, el presente capítulo estará dedicado al estudio de algunos fundamentos de la jurisdicción constitucional en general. Resultaría difícil comprender adecuadamente el funcionamiento del precedente judicial constitucional en su contexto institucional sin antes realizar algunas precisiones sobre éste. En ese tenor, este capítulo tiene un carácter introductorio en el marco de mi investigación.

Para lograr el cometido, el capítulo estará estructurado de la siguiente manera: primero, adelantaré una hipótesis sobre los elementos que considero integran una definición de justicia constitucional. Luego, repasaré los conceptos de justicia y constitución, en un esfuerzo por aproximarme a su significado y con ello orientar el uso de dichos conceptos en el desarrollo de este trabajo de investigación. Posteriormente, haré una revisión de los que considero dos principios fundamentales del constitucionalismo para comprender el funcionamiento de los tribunales constitucionales y con ello también la función del precedente judicial como mecanismo de organización de sus decisiones: la división de poderes y la supremacía constitucional. Finalmente, desarrollaré algunos elementos para el análisis de la justicia o jurisdicción constitucional y haré particular énfasis en el balance de continuidad y cambio que supone su ejercicio, tema que considero está también en el centro de la justificación para el uso del precedente.

### 1.2. ¿De qué hablamos cuando hablamos de justicia constitucional<sup>1</sup>?

Para efectuar el análisis de una institución jurídica estimo necesario contar con elementos que permitan dar cuenta de su origen y funcionamiento. Así pues, observo, en primer lugar,

---

<sup>1</sup> Es posible que el término “garantía jurisdiccional de la constitución”, atribuido a Hans Kelsen, sea el más desprovisto de ambigüedades semánticas. Lo cierto es que los términos “justicia constitucional” o “jurisdicción constitucional” son de uso común incluso en el ámbito especializado en la materia (véase, por ejemplo, Fix-Zamudio, Héctor, *Introducción al estudio de la defensa de la constitución en el ordenamiento mexicano*, 2ª edición, México, UNAM, Instituto de Investigaciones Jurídicas, Corte de Constitucionalidad de Guatemala, 1998, p. 65, quien incluso habla propiamente del *derecho procesal constitucional*). Dadas las particulares consecuencias que produce el análisis de los conceptos aludidos, he optado por esta denominación, si bien en adelante podría emplear alguna otra de las mencionadas en idéntico sentido.

que el concepto de *justicia constitucional* tiene un carácter *complejo* —en tanto que correlaciona dos conceptos fundamentales para la teoría jurídica y política— y además *compuesto*, en tanto que el adjetivo “constitucional” define y destaca una característica del primer elemento: “justicia”. Para proceder a dicho análisis, describiré estos elementos brevemente, por separado, para después observar su interacción e implicaciones en un solo concepto.

En principio, adelantaría una hipótesis sobre los aspectos que dicho concepto abarca. Así, la justicia constitucional funciona institucionalmente a partir de: 1) la existencia de un objeto que defender, *i.e.* una constitución —en sentido formal y material—, lo que incluye ciertas razones por las cuales defender dicho objeto, *v. gr.* la conservación del ordenamiento jurídico con base en una comprensión específica de la organización política; 2) la conformación y legitimación de órganos cuya competencia es definida de manera previa al surgimiento de una controversia; 3) delimitación de materias y situaciones normativas respecto a las cuales es ejercida; y 4) el establecimiento de mecanismos y procedimientos específicamente diseñados para ejercer la defensa de ese objeto. En ese sentido, la enumeración de estos elementos consistirá en una metodología, sobre todo con un propósito expositivo y de síntesis, para el estudio de dicha institución. En este primer capítulo me concentraré en desarrollar el primer punto, mientras que los puntos 2) a 4) los trataré en el capítulo siguiente.

### **1.3. Preliminares. Una aproximación al concepto de justicia**

#### **a) Aristóteles y la justicia como punto medio**

La idea de justicia es una inquietud que remonta a tiempos remotos. Aristóteles de Estagira (384 a. C.-322 a. C.), por ejemplo, la definía como “un valor cívico” y como el “orden de la comunidad civil”<sup>2</sup>; distinguía así entre la justicia para consigo —a la que en términos absolutos denominaba *virtud*— y la justicia *para-con-otro*, a la que calificaba como “un bien ajeno”. La justicia *para-con-otro* no es sino el resultado de ejercitar “la virtud perfecta”, en tanto que “quien la posee puede conducirse virtuosamente con otros y no solo consigo mismo”; es en fin “la práctica de la virtud total para con otro”<sup>3</sup>. Esta noción de justicia posee

---

<sup>2</sup> Aristóteles, *Política*, trad. de Manuela García Valdés, Madrid, Editorial Gredos, 1988, Biblioteca Clásica Gredos, núm. 116, p. 53.

<sup>3</sup> Aristóteles, *Ética a Nicómaco*, trad. de José Luis Calvo Martínez, Alianza Editorial, 2005, Clásicos de Grecia y Roma, pp. 155, 157.

un carácter universal que, de acuerdo con Enrique Serrano, “se refiere fundamentalmente al conjunto de leyes que representan los muros espirituales de la *polis* y en las que se condensa el bien común”<sup>4</sup>.

Para el estagirita “lo justo” es equiparable a “lo legal y lo igualitario”. La justicia como ejercicio de la virtud posee la nota característica de ser “una mediedad”<sup>5</sup>: “puesto que lo igual es término medio, lo justo sería un cierto término medio”. Lo importante, por supuesto, es que cierta mediedad lo es respecto “*de ciertos términos*” y que la idea de que algo sea justo e igualitario quiere decir que es también proporcional para efectos de una noción distributiva de la justicia<sup>6</sup>, como una primera forma de justicia particular<sup>7</sup>.

En el caso de la justicia conmutativa, como segunda forma particular de justicia, las razones de peso parten menos de la proporcionalidad —geométrica— que de un equilibrio entre pérdida y ganancia —aritmético—<sup>8</sup>. La justicia conmutativa está centrada en las transacciones y en las reglas que rigen el intercambio de bienes en una comunidad política, así como en la función de rectificar las desigualdades ahí donde las reglas de intercambio sean transgredidas. Del pensamiento aristotélico resulta interesante que, ante la necesidad de equilibrar los intereses que en juego, aparezca la figura del juez como la “justicia dotada de vida”<sup>9</sup>. El juez es representado por Aristóteles como un restaurador de la igualdad, como un representante del “término medio virtuoso”<sup>10</sup>; en síntesis, como el ejecutante de un “acto de justicia”<sup>11</sup> en tanto que, a través de su mediación, restablece el orden igualitario de las cosas ante la perpetración de un acto injusto.

Cabe señalar que las modernas concepciones de la justicia constitucional, como explicaré más adelante, retoman la figura del juzgador como un tercero investido con autoridad —con

---

<sup>4</sup> Serrano, Enrique, “La teoría aristotélica de la justicia”, *Isonomía. Revista de Teoría y Filosofía del Derecho*, México, núm. 22, 2005, p. 127.

<sup>5</sup> Aristóteles, *Ética...*, *cit.*, p. 166.

<sup>6</sup> *Ibidem*, p. 159.

<sup>7</sup> Serrano, Enrique, *op. cit.*, p. 139.

<sup>8</sup> Aristóteles, *Ética...*, *cit.*, p. 160.

<sup>9</sup> *Ibidem*, p. 161. Es una curiosidad lingüística que, en lengua inglesa, el apelativo de los miembros de una corte judicial sea el de *justice*, en tanto que deja entrever una concepción cultural y retórica del juzgador como “la justicia personificada”. Esta referencia recuerda también a la aseveración de Calamandrei respecto a que “el juez es el derecho hecho hombre”, en Calamandrei, Piero, *Elogio de los jueces escrito por un abogado*, trad. de Santiago Sentis e Isaac J. Medina, Madrid, Editorial Reus, 2009, p. 35.

<sup>10</sup> Serrano, Enrique, *op. cit.*, p. 148.

<sup>11</sup> Aristóteles, *Ética...*, *cit.*, p. 170.

base en criterios de legalidad y legitimación— encargado de ejercer las funciones de garantía que establece la propia constitución. En este sentido, al interpretar y aplicar el derecho constitucional, los jueces llevan a cabo, en un sentido amplio, un acto de justicia.

### **b) La noción de justicia en Kelsen**

El concepto aristotélico de justicia, visto desde una óptica relativista, tiene el problema de dotar de un peso específico a los valores que determinan la virtud y sus correspondientes vicios. El jurista austríaco Hans Kelsen expone dicho problema al caracterizar a la jerarquía de valores como el resultado de un juicio subjetivo que, como tal, no está sujeto a un sistema de comprobación objetiva con carácter científico. La doctrina del punto medio aristotélico recién referida, particularmente en relación con la idea de justicia, fue uno de los puntos discutidos por Hans Kelsen al dilucidar su propia noción de justicia<sup>12</sup>.

De acuerdo con Kelsen, la descripción geométrica de Aristóteles tiene la dificultad de presuponer la definición previa de los extremos y, con ello, también del punto medio. En su opinión, el hecho de considerar determinado valor como “virtuoso” corresponde con una concepción de moralidad particular —la imperante en la época que vivió el estagirita—, la cual dependería de los designios de la autoridad del orden social. Por lo tanto, si bien tácitamente, para Aristóteles lo injusto es idéntico a aquello que lo es también para el derecho positivo y la moral. En ese tenor, la doctrina del punto medio, dice Kelsen, tiene el inconveniente de ser tautológica, si bien reconoce su valor como doctrina teórico-política.

En particular, sobre la idea de justicia en Kelsen es posible distinguir, por lo menos, dos concepciones: una *concepción relativa* y una *concepción científica*. El autor enuncia que no existe un método racional para distinguir en términos absolutos lo justo de lo injusto, en tanto que la idea de “justicia absoluta configura una perfección suprema irracional”<sup>13</sup>, y que los valores morales son relativos; empero, por otra parte, no duda en afirmar su propia concepción de justicia. En su opinión, la paz constituye el bien supremo, por lo que justicia significa para Kelsen, desde un punto de vista relativo, “aquello bajo cuya protección puede florecer la ciencia, la verdad y la sinceridad. Es la justicia de la libertad, la justicia de la paz, la justicia de la democracia, la justicia de la tolerancia.”<sup>14</sup>.

---

<sup>12</sup> Kelsen, Hans, *¿Qué es la justicia?*, 8ª edición, México, Gernika, 2012, p. 73-77.

<sup>13</sup> *Ibidem*, p. 86.

<sup>14</sup> *Ibidem*, p. 92.

Además, afirma que “justicia es felicidad social”<sup>15</sup> y que un orden social es justo en tanto que “regula la conducta de los hombres en una forma satisfactoria para todos, es decir, de tal modo que todos encuentren en él su felicidad”. Asimismo —y quizás esta afirmación oscile entre sus convicciones personales y su punto de vista como científico del derecho— admite que un orden jurídico que cuenta con la capacidad de establecer compromisos entre intereses contrapuestos puede aspirar a tener una existencia más duradera<sup>16</sup>.

Con respecto a la *concepción científica* de la justicia cabe decir que ésta es para Kelsen un concepto equiparable al de legalidad en la medida en que “sólo en el sentido de legalidad puede el concepto de justicia entrar en el ámbito de la ciencia jurídica”<sup>17</sup>. Señala el autor que “justicia significa subsistencia de un orden jurídico a través de una consciente aplicación del mismo”<sup>18</sup>. Una aplicación consciente y, agregaría, también consistente.

Respecto a dicha concepción científica nos interesa la estrecha relación que guarda con la noción de *igualdad* pues “«justo» es que una regla general sea efectivamente aplicada en aquellos casos en que, de acuerdo con su contenido, debe aplicarse”, mientras que “«injusto» sería que la regla fuese aplicada en un caso y dejase de aplicarse en otro similar”<sup>19</sup>. En tanto que una conducta esté apegada a las determinaciones del derecho, ello la convertirá en legal y, en consecuencia, justa.

Así pues, del pensamiento kelseniano recupero la idea de igualdad formal en tanto constituye un elemento útil para comprender cómo las instituciones, en este caso la adjudicación tanto ordinaria como constitucional, deben estar basadas en el reconocimiento de las personas como sujetos de derecho que merecen, en principio, recibir un trato igualitario; esto es, que si la constitución o la ley enuncian la igualdad formal como un principio del ordenamiento, corresponde pues a los operadores jurídicos garantizar que, en los asuntos particulares propios de su competencia, dicho principio sea efectivamente observado.

---

<sup>15</sup> Kelsen, Hans, *Teoría general del derecho y del Estado*, trad. de Eduardo García Máynez, 3ª edición, México, Universidad Nacional Autónoma de México, 2014, Colección Textos Universitarios, p. 7.

<sup>16</sup> *Ibidem*, p. 16.

<sup>17</sup> *Ibidem*, p. 17.

<sup>18</sup> *Ibidem*, p. 16.

<sup>19</sup> *Idem*.



#### 1.4. El concepto de constitución: aspectos esenciales

Constitución es un concepto con diversas acepciones. Quizá la más ampliamente difundida en la doctrina jurídico-política es la que le caracteriza como un instrumento para limitar el ejercicio del poder público. Karl Loewenstein, por ejemplo, reconoce como finalidad de toda constitución la creación de instituciones que limiten y controlen el poder político —digamos, de manera efectiva en tanto que *constituciones normativas*<sup>20</sup>—. La constitución como garantía del control político aseguraría así, en un primer momento, la libertad de las personas frente al ejercicio del poder y, en un segundo momento, la participación de éstas en dicho proceso<sup>21</sup>.

Loewenstein, quien sigue a Wheare, refiere una serie de elementos que constituirían el mínimo irreductible de una constitución, a saber: 1) diversificación de las funciones estatales y distribución de las mismas en diferentes órganos; 2) limitación horizontal del poder político; 3) mecanismos de solución individual a cargo de cada uno de los poderes públicos ante el surgimiento de un *impasse* decisonal; 4) un método de reforma constitucional; y 5) el reconocimiento de “ciertas esferas de autodeterminación individual”, *i.e.* derechos fundamentales<sup>22</sup>. Esto implica que toda constitución debe contar con mecanismos de control efectivo que funcionen tanto al interior de las ramas del poder público —*control intraorgánico*—, como al exterior, al estar ellas correlacionadas —*control interorgánico*—. Más adelante profundizaré en las implicaciones de este *sistema de pesos y contrapesos*.

Así, reconozco que la constitución puede ser comprendida mediante la identificación de ciertas características esenciales. Riccardo Guastini señala con acierto que el estatus normativo de una constitución es definido a partir de su contenido. Para este autor la constitución es, la mayor parte de las veces<sup>23</sup>, un documento normativo que recoge la mayor parte de normas materialmente constitucionales, es decir de normas fundamentales, de un ordenamiento determinado. Dichas normas fundamentales son: 1) aquellas que determinan

---

<sup>20</sup> Loewenstein, Karl, *Teoría de la constitución*, trad. de Alfredo Gallego Anabitarte, 2ª edición, Madrid, Editorial Ariel, 1976, p. 217.

<sup>21</sup> *Ibidem*, p. 151.

<sup>22</sup> *Ibidem*, p. 153.

<sup>23</sup> Guastini reconoce que es posible que haya casos en que las normas materialmente constitucionales no estén contenidas en un código único sobre la materia constitucional, es decir, en una constitución en sentido formal. Considera particularmente el caso del Reino Unido.

las relaciones entre Estado y ciudadano; 2) las normas que rigen la producción del derecho; 3) las normas que determinan la organización del poder político<sup>24</sup>.

La existencia de una constitución presupone entonces, en un sentido liberal, la delimitación de las relaciones entre los ciudadanos y el Estado, así como la estructura orgánica de éste. La historia del constitucionalismo, dice Loewenstein, es, además de la búsqueda del hombre político por limitar el poder absoluto, un esfuerzo —sin duda, racional— por “establecer una justificación espiritual, moral o ética de la autoridad, en lugar del sometimiento ciego a la facilidad de la autoridad existente”.<sup>25</sup> Al respecto, cabe también referir como documento histórico imprescindible a la Declaración de los Derechos del Hombre y del Ciudadano de 1789, la cual establecía, en su artículo 16, que “una sociedad en la que no esté establecida la garantía de los Derechos, ni determinada la separación de los poderes, carece de Constitución.”<sup>26</sup>

Nada impide, desde luego, que a través de la constitución sea posible determinar el contenido de las leyes con base en los valores y principios que correspondan a cada sociedad. Guastini remarca la posibilidad de que las constituciones cuenten con normas “de principio”, las cuales incluyen fundamentalmente el contenido axiológico que informa al ordenamiento jurídico, además de normas “programáticas”, las cuales contienen pautas para la elaboración de leyes y, eventualmente, de políticas públicas para la consecución de determinados fines económicos o sociales. Para ciertas posturas teórico-normativas, empero, el contenido sustantivo de una constitución representa un elemento contingente, dado que la función principal de la constitución no es sino dotar de una estructura formal al ordenamiento, más allá del contenido que ésta disponga.

La posibilidad de que la constitución informe sustantivamente el contenido de las disposiciones legislativas y, en general, de toda norma cuya validez dependa de ella es contemplada también por Hans Kelsen. Para el autor austriaco existen fundamentalmente dos nociones de constitución: formal y material. La constitución en sentido formal, por un lado,

---

<sup>24</sup> Guastini, Riccardo, “Sobre el concepto de Constitución”, trad. de Miguel Carbonell, *Cuestiones Constitucionales. Revista Mexicana de Derecho Constitucional*, México, núm. 1, julio-diciembre de 1999, p. 164-165.

<sup>25</sup> Loewenstein, *op. cit.*, p. 150.

<sup>26</sup> El histórico documento está disponible en idioma español, en la página oficial del consejo constitucional francés: <[www.conseil-constitutionnel.fr/es/declaracion-de-los-derechos-del-hombre-y-del-ciudadano-de-1789](http://www.conseil-constitutionnel.fr/es/declaracion-de-los-derechos-del-hombre-y-del-ciudadano-de-1789)>, [consulta: 2 de febrero, 2022].

es un documento que contiene ciertas disposiciones jurídicas, las cuales sólo pueden ser modificadas a partir de ciertas prescripciones especiales. En sentido material, por otro lado, la constitución consiste en aquellos preceptos que regulan la creación de normas jurídicas generales. Es en este punto donde Kelsen reconoce que la constitución material, además de determinar los órganos y procedimientos encargados y provistos para la creación de normas, puede también “hasta cierto grado, [determinar] el contenido de leyes futuras”<sup>27</sup>.

Por supuesto que la declaración anterior presupone que la constitución es el eje normativo del ordenamiento jurídico y, con ello, el punto más alto en la comprensión de validez jurídica como una concatenación jerárquica de normas. Con base en la teoría kelseniana, la Constitución debe ser protegida de las inconsistencias que puedan surgir a partir de los actos de creación y aplicación que derivan de ella, esto es, que los preceptos constitucionales deben prevalecer frente a eventuales contradicciones con otras normas. A continuación, explicaré algunas nociones elementales en torno a qué significa, de dónde proviene y por qué es justificable contar con un principio de supremacía constitucional.

## **1.5. Estudio sobre dos principios del constitucionalismo**

### **a) Sobre el significado, origen y justificación de la supremacía constitucional**

El principio de supremacía constitucional puede ser estudiado a partir de sus distintas dimensiones, a saber, histórica, política, jurídica e incluso lógica. La propuesta de Kelsen recién introducida, sobre la constitución como “base del orden jurídico nacional”<sup>28</sup>, posee un carácter de eminente concatenación lógica, de acuerdo con la teoría del autor que comprende al orden jurídico como una jerarquía de normas donde cada acto de creación del derecho consiste a su vez en un acto de aplicación en relación con la norma que le precede. No obstante, aun antes de la insigne teoría kelseniana, la noción de supremacía constitucional surgió en el contexto de circunstancias histórico-políticas particulares. Al respecto cabe recordar algunos momentos clave para comprender el desarrollo de dicha institución.

---

<sup>27</sup> Kelsen, Hans, *Teoría general...*, cit., p. 148.

<sup>28</sup> *Ibidem*, p. 307.

### *Sir Edward Coke y el Dr. Bonham's Case*

Sir Edward Coke (1552-1634) fue un célebre jurista británico, recordado por haber emprendido una lucha incansable desde las cortes del reino de Inglaterra en contra de las prerrogativas regias para crear y modificar el derecho consuetudinario al libre arbitrio del monarca y, con ello, en contra de la máxima *princeps legibus solutus est*<sup>29</sup>. En 1610, durante su encargo como *Chief Justice* de la *Court of Common Pleas* (1606-1613), Coke dictó sentencia sobre uno de los casos que más interés han despertado entre los estudiosos del constitucionalismo: el *Dr. Bonham's Case*, también recordado como el *Case of the College of Physicians*. Sobre los hechos de este caso, cabe destacar lo siguiente<sup>30</sup>:

- 1) El Colegio de Médicos de Inglaterra fue una institución creada en 1518, durante el reinado de Enrique VIII. Dicha institución buscaba alentar el desarrollo de la ciencia médica y la formación de profesionales en aquel país. Contaba con facultades extraordinarias que incluso aumentaron con el paso de los años, pues, además de otorgar licencias para el ejercicio de la profesión a personas que, aun sin estudios universitarios, contaran con experiencia práctica en el campo, fue también habilitado para sancionar —con penas pecuniarias y hasta corporales— a quienes ejercieran la medicina sin contar con licencia, o bien, a quienes la ejercieran con una mala praxis.
- 2) El Dr. Thomas Bonham era un médico egresado de la Universidad de Cambridge y asociado a la *Barber-Surgeon's Company*. A Bonham le fue negado el acceso a una licencia para poder administrar “*internal remedies*”, tras ser rechazado por el Comité de Censores del Colegio al rendir ante ellos un examen. Además, al conocer los censores que Thomas Bonham había ejercido la medicina sin una licencia emitida por el Colegio, le fue impuesta una multa pecuniaria, misma que rehusó pagar. Ante la

---

<sup>29</sup> Jones, Gareth H., “Sir Edward Coke”, *Encyclopedia Britannica* [en línea], enero 2022, <<https://www.britannica.com/biography/Edward-Coke>>, [consulta: 14 de febrero, 2022].

<sup>30</sup> Recupero la descripción de los hechos a partir de los textos de Rey Martínez, Fernando, “Una relectura del *Bonham's Case* y de la aportación de Sir Edward Coke a la creación de la *judicial review*”, en Ferrer MacGregor, Eduardo y Zaldivar Lelo de Larrea, Arturo, *La ciencia del derecho procesal constitucional. Estudios en homenaje a Héctor Fix-Zamudio en sus cincuenta años como investigador del derecho, t. I, Teoría general del derecho procesal constitucional*, México, UNAM-Marcial Pons-Instituto Mexicano de Derecho Procesal Constitucional, 2008, Doctrina Jurídica, núm. 436, pp. 854-860; y de Fernández Segado, Francisco, “Sir Edward Coke, el *Bonham's Case* y la *Judicial Review*”, *Revista de las Cortes Generales*, núm. 88, abril de 2013, pp. 34-40.

negativa, Bonham fue puesto en prisión por desacato; sin embargo, pronto obtuvo un *habeas corpus* ante la corte del *common pleas* —entonces presidida por Edward Coke—, recurso que le colocaría en inmediata libertad.

- 3) Ante el otorgamiento del *habeas corpus* hubo una importante resistencia por parte de los miembros del Colegio, a quienes les preocupaba que fuera cuestionada su autoridad. La respuesta contra Bonham fue planteada judicialmente por vía del *King's Bench*, a cargo del procurador Sir Henry Hobart. La resolución de dicho tribunal fue condenar a Bonham al pago de 60 libras por el ejercicio ilícito de la medicina. Bonham, al rehusar pagar nuevamente, fue encarcelado por decisión del *College*.
- 4) Paralelamente al proceso seguido en su contra por vía del *King's Bench*, Bonham planteó ante el tribunal de las causas comunes una demanda contra el Colegio por prisión injustificada (*false imprisonment*) por una cuantía de 100 libras; no obstante, durante el trámite de dicho proceso fue condenado por la resolución previamente referida. Tuvo que esperar un año hasta que la resolución del tribunal presidido por Coke resolviese en su favor.

Sobre el caso, es de gran relevancia la argumentación de Coke sobre la aparente contradicción de una disposición legislativa —en primera instancia creada no a través de un *statute* parlamentario, sino por medio de una *royal charter*— y el principio de que nadie puede ser juez y parte en su propia causa (*aliquis non debet esse iudex in propria causa*) como parte del derecho del reino. La sanción de naturaleza pecuniaria no podía tener como emisor y beneficiario al propio *College of Physicians*, en tanto que “Los censores no pueden fungir como jueces, ministros y partes. Aparece en nuestros libros que, en muchos casos, el *common law* debe controlar las leyes del parlamento y, en ocasiones, juzgarlas enteramente inválidas: a saber, cuando éstas sean contrarias al bien y sentido comunes, inconsistentes o imposibles de ejecutar”. Este principio, señala Yale, sería también empleado por Coke como una forma de “decirle frontalmente al rey que el soberano no podía juzgar personalmente en un asunto que lo involucrase a él y a sus súbditos”<sup>31</sup>.

Además de ello, tal como señalan Rey Martínez y Fernández Segado, Coke distingue entre la sanción de naturaleza pecuniaria derivada de la práctica ilícita y la sanción corporal

---

<sup>31</sup> Yale, David, “*Iudex in propria causa: an historical excursus*”, *The Cambridge Law Journal*, vol. 33, núm. 1, abril de 1974, p. 83.

derivada de la práctica negligente: en principio, la pena de prisión sólo podía ser impuesta en contra del médico con mala praxis —de acuerdo con la interpretación de Coke de las facultades concedidas por el rey al *College* en dos cláusulas separadas—, mas no por la práctica no autorizada por el Colegio. En tal sentido, Coke establece con claridad la proporción de la pena conforme al acto perpetrado<sup>32</sup>.

Ciertamente sería difícil afirmar que, a partir de la interpretación del *Chief Justice* Coke, surgiera por vez primera la figura de la *judicial review* con base en la existencia de una norma fundamental<sup>33</sup>; sin embargo, queda claro que, si bien en Inglaterra no existía entonces y no existe ahora un único código en materia constitucional, la argumentación del célebre jurista es útil para comprender cómo los jueces pueden determinar que una norma es contraria a ciertas disposiciones jurídicas fundamentales. En este caso, con base en el entendimiento de que las pautas de la razón práctica son tan relevantes como la fuerza de los precedentes y las disposiciones legislativas, provengan éstas del parlamento o incluso del rey.

### ***John Marshall y la doctrina de la judicial review***

El caso *Marbury v. Madison*, cuya sentencia data del año 1803, es recordado por ser el primero en el que la Corte Suprema de los Estados Unidos fijó los alcances de su interpretación de la Constitución. Es por ello que este caso es conocido por sentar las bases para el establecimiento formal de la *judicial review*. No puede negarse la importancia que ha tenido dicha figura tanto en el estudio de la teoría como en la praxis constitucional, en tanto es, junto con el modelo kelseniano de control concentrado de constitucionalidad, el modelo más influyente y replicado de control constitucional a nivel mundial.

Los hechos del caso *Marbury v. Madison* son bien conocidos. El profesor estadounidense John Vile los resume de manera breve y muy esclarecedora:

---

<sup>32</sup> Rey Martínez, Fernando, *op. cit.*, p. 859.

<sup>33</sup> Considero importante recordar, sobre este punto, el carácter consuetudinario del derecho inglés, así como la particularidad de su Constitución no codificada. Es cierto que la figura de la *judicial review* tuvo su origen, en su sentido moderno, en el constitucionalismo estadounidense, con base en la existencia de una constitución escrita y rígida; no obstante, la alusión a principios, como en este caso el de *aliquis non debet esse iudex in propria causa*, corresponde, desde mi perspectiva, a una noción bastante amplia de los elementos que conforman el sentido de *lo jurídico*; por un lado, el derecho estatutario y los precedentes judiciales; por otro lado, la razón práctica y el sentido común. La argumentación de Coke posee, en este sentido, un ímpetu racionalista incontestable en contra del poder absoluto.

En cumplimiento con la *Judiciary Act* de 1801, el Presidente John Adams firmó una comisión para habilitar a William Marbury como juez de paz en el condado de Washington D.C. El sello de los Estados Unidos estaba adherido a dicha Comisión, pero nunca llegó a manos de Marbury. James Madison, Secretario de Estado entrante en el gobierno de Jefferson —quien era más un republicano demócrata que un Federalista—, rehusó entregar la comisión. Marbury acudió directamente a la Corte Suprema a solicitar un *writ of mandamus* a fin de requerir al Secretario de Estado Madison la entrega de la comisión correspondiente. La *Judiciary Act* de 1789, en su sección 13, facultaba a la Suprema Corte a fin de proveer dichos *writs of mandamus*.<sup>34</sup>

La respuesta planteada por el juez Marshall, quien era entonces presidente de la Corte Suprema de los Estados Unidos, reconoció que el actor tenía un derecho a recibir dicha comisión. Sin embargo, señaló también que la Corte no contaba con facultades para emitir un *mandamus* dirigido al secretario Madison, en tanto que una facultad de esta naturaleza consistía en un acto de jurisdicción originaria. Dichos actos estaban contemplados sólo respecto a un número específico de circunstancias contenidas en el artículo III de la constitución estadounidense. Al encontrarse dicha facultad en la *Judiciary Act* de 1789, pero no en el referido artículo III, Marshall determinó que el supuesto contenido en dicha ley excedía los límites fijados por la constitución<sup>35</sup>.

En la argumentación de Marshall sobre este asunto destaca un postulado que resulta muy similar al razonamiento de Edward Coke en el *Bonham's Case* antes referido:

*The question whether an act repugnant to the Constitution can become the law of the land is a question deeply interesting to the United States, but, happily, not of an intricacy proportioned to its interest. It seems only necessary to recognize certain principles, supposed to have been long and well established, to decide it.*<sup>36</sup>

El término *repugnant* —en un sentido semejante al caso resuelto por el jurista inglés en 1610— significa que una disposición es inconsistente en relación con el ordenamiento<sup>37</sup>; en

---

<sup>34</sup> Vile, John, *Essential Supreme Court decisions. Summaries of leading cases in U.S. constitutional law*, Maryland, Rowman & Littlefield Publishers, 2010, p. 105. La traducción que ofrezco es propia.

<sup>35</sup> *Ibidem*, p. 106.

<sup>36</sup> *Marbury v. Madison*, 5 U.S. (1 Cranch) 137 (1803), p. 176, “La cuestión de si una ley que contraviene a la Constitución puede convertirse en el derecho del país es un planteamiento sumamente interesante para los Estados Unidos, aunque, por fortuna, no de una dificultad proporcional a su interés. Tan solo parece necesario reconocer ciertos principios, que suponemos amplia y efectivamente establecidos, para decidirlo”.

<sup>37</sup> Rey Martínez, Fernando, *op. cit.* p. 862, nota al pie 32.

este caso, con la Constitución. La respuesta al cuestionamiento de la cita no admitía, para Marshall, posiciones intermedias: “*The constitution is either a superior, paramount law, unchangeable by ordinary means, or it is on a level with ordinary legislative acts, and, like other acts, is alterable when the legislature shall please to alter it*”<sup>38</sup>. Elegir la segunda alternativa habría significado afirmar que las constituciones escritas son “absurdos intentos del pueblo para limitar un poder que es por naturaleza ilimitado”. En ese tenor, contradecir el principio de que la Corte observe la Constitución como norma suprema es lo mismo que decir “que las cortes deben cerrar los ojos ante la Constitución y mirar únicamente al derecho”<sup>39</sup>.

Es ciertamente interesante que Marshall sugiriera un orden de prelación respecto a la relevancia de los elementos que integran el derecho supremo del país. Cabe recordar la redacción del artículo VI, párrafo segundo, del texto original de la Constitución de los Estados Unidos de América de 1787, la cual señala:

*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.*<sup>40</sup>

La disposición de estos elementos es remarcada por el juez estadounidense cuando precisa que:

*It is also not entirely unworthy of observation that, in declaring what shall be the supreme law of the land, the Constitution itself is first mentioned, and not the laws of the United States generally, but those only which shall be made in pursuance of the constitution, have that rank.*<sup>41</sup>

---

<sup>38</sup> *Ibidem*, p. 177, “La constitución es, ya una norma superior, suprema, inmodificable por medios ordinarios; o bien, está en el mismo nivel que la legislación ordinaria y, como otras leyes, puede ser alterada cuando la legislatura así lo desee.”

<sup>39</sup> *Ibidem*, p. 178. Precisaría que la referencia es al derecho estatutario.

<sup>40</sup> Constitución de los Estados Unidos de América, <<https://www.archives.gov/founding-docs/constitution-transcript>> , [consulta: 20 de marzo, 2022] “Esta Constitución y las Leyes de los Estados Unidos que sean creadas conforme a ella; y todos los tratados hechos o por hacer, bajo la Autoridad de los Estados Unidos, serán el Derecho supremo del territorio; y los Jueces en cada Estado estarán sujetos a éste, sin importar las disposiciones en contrario que estipulen las Constituciones o las Leyes de cada Estado”.

<sup>41</sup> *Marbury v. Madison*, *op. cit.*, p. 180, “No es enteramente fútil señalar que, al declarar el derecho supremo del país, la Constitución en sí es mencionada en primer lugar; y no las leyes de los Estados



Es decir, que la conformidad de la legislación ordinaria en relación con la Constitución es un requisito mismo de su validez y, por lo tanto, de su reconocimiento como parte del derecho de la unión. Ahora bien, es cierto que muchos de los argumentos de Marshall sobre la supremacía de la Constitución provenían tanto de los argumentos discutidos durante el periodo constituyente, como de la experiencia constitucional de algunos estados como Kentucky y Virginia<sup>42</sup>. Resulta de particular interés referir a *The Federalist Papers*, específicamente al número 78, en el que Alexander Hamilton esgrimía argumentos como el de la “constitución limitada” que no podía ser algo más que “aquella que contuviera ciertas excepciones a la autoridad legislativa”. Desde el 28 de mayo de 1788, día en que fue publicado dicho número, Hamilton anticipaba que “ningún acto legislativo contrario a la constitución podía ser válido”; más aún, afirmaba que:

*It is far more rational to suppose that the courts were designed to be an intermediate body between the people and the legislature, in order, among other things, to keep the latter within the limits assigned to their authority. The interpretation of the laws is the proper and peculiar province of the courts. A constitution is, in fact, and must be regarded by the judges as, a fundamental law.*<sup>43</sup>

Así, es posible afirmar que la argumentación de Marshall —y en buena medida sus conclusiones sobre el papel de la Corte Suprema en la interpretación de la Constitución— retoma gran parte de las ideas que sustentaron el proceso constituyente en Estados Unidos. El resultado de su decisión, claramente, no fue favorable para William Marbury, aunque es cierto que poco o nada hubiera podido hacer la Corte Marshall ante la negativa del Ejecutivo encabezado por Thomas Jefferson pues, en palabras de Hamilton, el Poder Judicial no poseía —y a mi juicio, sigue sin poseer— *el poder de la espada ni del tesoro*, como sí lo poseen el

---

Unidos en general, sino únicamente aquellas que sean aprobadas conforme a la constitución podrán gozar de dicho rango”.

<sup>42</sup> Roberto Gargarella hace referencia a resoluciones tomadas en sede legislativa en el año de 1798, mismas que surgieron para contrarrestar las Leyes de Extranjeros y de Sedición, así como otras normas que fueron declaradas inconstitucionales, con particular referencia a la primera enmienda de la Constitución en comentario. Véase: Gargarella, Roberto, *La justicia frente al gobierno. Sobre el carácter contramayoritario del poder judicial*, prólogo de Cass Sunstein, Quito, Corte Constitucional para el Periodo de Transición, 2011, p. 61.

<sup>43</sup> Hamilton, Alexander et al., *The Federalist papers*, Edición, introducción y notas de Lawrence Goldman, Nueva York, Oxford University Press, 2008, Oxford World’s Classics, p. 381.

Ejecutivo y Legislativo, respectivamente; en cambio, este caso dispuso una oportunidad única para definir el poder de los jueces en ese contexto: el de interpretar la Constitución<sup>44</sup>.

Cabe señalar que los argumentos de Marshall han sido ampliamente cuestionados por la doctrina constitucionalista contemporánea. Sobre todo, ha sido puesto en duda que el poder de decidir sobre el significado de la constitución recaiga en unos pocos jueces que no son, por regla general, elegidos mediante el voto popular. El “carácter contramayoritario” de la jurisdicción constitucional será un tema al que me referiré más adelante, al tratar el problema de la legitimidad del control judicial de la constitucionalidad.

### **b) El principio de división de poderes**

Hablar del principio de división de poderes resulta importante no sólo para explicar los fundamentos del Estado Constitucional de Derecho, sino también para comprender el papel que desempeñan los tribunales constitucionales en la actualidad, como explicaré más adelante. Comenzaría por decir que, desde mi punto de vista, a partir de la revisión de la literatura disponible sobre el tema, el principio de división de poderes, en el contexto de las funciones institucionales, tiene un sentido tanto político como jurídico, en tanto que es empleado con el objeto de *desconcentrar* y *distribuir* el poder, por un lado, y de *organizar* las competencias que derivan de su ejercicio, por otro lado. En este espacio desarrollaré el tema en uno y otro sentido al referirme a algunos de los textos clásicos que han sido escritos en torno al tema.

#### ***La división de poderes como principio político***

En un sentido político, considero que la división de poderes *desconcentra* en la medida que impide que el poder sea acaparado y ejercido por una sola persona o por un grupo de personas. Este aspecto, cabe señalar, es uno de los temas que más han preocupado al pensamiento político liberal. Como ejemplo, cabe rememorar la afirmación de Karl Loewenstein de que “allí donde el poder está distribuido, el dominio está limitado y esta limitación trae consigo restricción y control”<sup>45</sup>. La idea de *distribución*, luego, presupone que

---

<sup>44</sup> En la actualidad, reconocería que la tarea de interpretar las disposiciones constitucionales es de todas las autoridades que formen parte del Estado, en el marco de sus distintos ámbitos de aplicación y competencias.

<sup>45</sup> Loewenstein, Karl, *op. cit.*, p. 150.

las competencias, una vez desconcentradas, son reasignadas en el marco de contextos institucionales específicos, como veremos más adelante.

En el plano teórico moderno<sup>46</sup> la cuestión de la separación de poderes fue tratada por el médico y filósofo inglés John Locke en su célebre *Segundo tratado sobre el gobierno civil*, publicado en 1689. A partir de la premisa de que el establecimiento del gobierno está cimentado sobre la base de un interés común, es decir el de asegurar “la paz, seguridad y bien común del pueblo”, Locke desarrolla una división tripartita del poder al interior de la *commonwealth* o Estado, a partir del reconocimiento de un poder legislativo —al cual designa como poder supremo—, un poder ejecutivo y un poder federativo<sup>47</sup>.

Es importante destacar que Locke, si bien reconocía al legislativo como el poder supremo del Estado, no concedía que éste ejerciera un poder arbitrario. Al contrario, señaló una serie de limitaciones al ejercicio de dicho poder con base en una serie de principios que la legislatura debía mantener incólumes: 1) Las leyes deben ser generales, abstractas y, en cuanto tales, declaradas formalmente mediante un procedimiento de promulgación; 2) Las leyes deben ser redactadas con el único fin de servir al bien común. Ninguna legislatura puede agravar la situación de las personas más allá de como éstas hubieran podido encontrarse en un estado de naturaleza, es decir, en una situación de igualdad y libertad frente a otros “en tanto que nadie puede transferir a otro más poder del que tiene; y nadie tiene un poder absoluto arbitrario sobre sí mismo, o sobre otro, para destruir su propia vida, o tomar la vida o propiedad de algún otro”<sup>48</sup>; 3) La legislatura no puede tomar en todo o en parte la propiedad de ningún hombre sin su consentimiento. El establecimiento de gravámenes a la propiedad sólo puede ser resultado del consenso del pueblo, expresado por él o por sus representantes; y 4) El poder de creación de las leyes no puede ser transferido a otras manos que no sean las de la persona u órganos designados por el pueblo para tal efecto<sup>49</sup>.

En principio, los poderes ejecutivo y federativo estarían subordinados al legislativo como poder supremo elegido por el pueblo, en tanto que el propio gobierno subsista; sin embargo,

---

<sup>46</sup> Es conocido, en el pensamiento clásico, el planteamiento de Aristóteles sobre el gobierno mixto y la división del poder. Véase Aristóteles, *Política*, cit., p. 260.

<sup>47</sup> Locke, John, *Two treatises of government and a letter concerning toleration. Essay concerning the true original, extent, and end, of civil government*, ed. de Ian Shapiro, New Haven, Yale University Press, 2003, pp. 164-171.

<sup>48</sup> *Ibidem*, p. 159.

<sup>49</sup> *Ibidem*, pp. 158-163.

el legislativo es también un poder fiduciario en tanto que “permanece en el pueblo el poder supremo de remover o alterar el legislativo” cuando éste ha actuado en contra de su confianza. Esto significa que el poder del pueblo es el verdadero poder supremo, aunque no puede tener lugar bajo ninguna forma de gobierno, sino cuando el gobierno en sí ha sido disuelto<sup>50</sup>.

El poder ejecutivo, por un lado, como encargado de hacer cumplir las leyes, siempre debe estar en funciones en tanto que “no siempre hay necesidad de crear nuevas leyes, pero siempre es necesario aplicar las leyes que se han hecho”; el poder federativo, por otro lado, está encargado del manejo de la seguridad y el interés público del Estado entendido éste como “un solo cuerpo en estado de naturaleza frente a otros Estados o personas fuera de la comunidad”, es decir, tiene “el poder de hacer la guerra y la paz, de establecer ligas y alianzas y de realizar tratos con todas las comunidades fuera del Estado”<sup>51</sup>.

En el mismo sentido, es igualmente relevante el conocido planteamiento de Charles-Louis de Secondat, Barón de La Brède y de Montesquieu, quien en su obra *Del espíritu de las leyes* —publicada en la Francia de 1748, en pleno periodo de la Ilustración— destacaba la importancia de esta *desconcentración*. Afirmaba que “todo se habría perdido si el mismo hombre, la misma corporación de próceres, la misma asamblea del pueblo ejerciera los tres poderes: el de dictar las leyes; el de ejecutar las resoluciones públicas y el de juzgar los delitos o los pleitos entre particulares.”<sup>52</sup>. De esta manera, reitero que la idea de acaparamiento del poder era una preocupación constante entre los pensadores del liberalismo político.

En Estados Unidos, cuarenta años más tarde, Alexander Hamilton, en defensa de un modelo federal de Estado, recuperaba las ideas de Montesquieu —a quien incluso llama el oráculo de la materia— respecto a la idea de concentración de poder. Coincidió con él en que la acumulación de los poderes del Estado en manos de unos pocos, sin importar su origen —hereditario, autoimpuesto o por elección—, no podía ser concebido sino como la verdadera definición de tiranía<sup>53</sup>.

Por su parte, James Madison, coautor con Hamilton y Jay de *The Federalist papers*, aseguraba, por un lado, que la división del poder no implica necesariamente que las secciones

---

<sup>50</sup> *Ibidem*, p. 166

<sup>51</sup> *Ibidem*, pp. 164-165.

<sup>52</sup> Montesquieu, Charles-Louis de Secondat, *Del espíritu de las leyes*, estudio preliminar de Daniel Moreno, México, Porrúa, 1980, Colección Sepan Cuántos..., p. 104.

<sup>53</sup> Hamilton, Alexander *et al.*, *The Federalist papers*, Edición, introducción y notas de Lawrence Goldman, Nueva York, Oxford University Press, 2008, Oxford World's Classics, p. 239.

que lo integran estén completamente desvinculadas una de otra y que, por otro lado, la sola desconcentración del poder no basta para evitar su eventual ejercicio despótico. Al respecto, cita a Thomas Jefferson quien, en su célebre texto *Notes on the State of Virginia*, refiriera que “un ciento y setenta y tres déspotas serían con toda seguridad tan opresivos como uno solo” y que, con la redacción de la Constitución de Virginia, pretendía establecerse un gobierno “no sólo fundado en principios de libertad, sino en el que los poderes estén de tal manera *divididos y equilibrados* entre sendas magistraturas que ninguno pueda traspasar los límites jurídicos sin ser efectivamente supervisado y restringido por los otros.”<sup>54</sup>.

En este sentido, Madison afirma que la mejor manera de evitar “una concentración gradual de distintos poderes en un mismo departamento consiste en dar a quienes administran cada uno de ellos los *medios constitucionales necesarios* y motivos personales para resistir la intrusión de los otros. La provisión de defensa debe en este caso, como en todos los demás, ser proporcional al riesgo de ataque”<sup>55</sup>. La doctrina de los *checks and balances* surge como un mecanismo de respuesta ante el problema de que “si los hombres fueran ángeles, ningún gobierno sería necesario. Si los ángeles gobernasen a los hombres, no serían necesarios controles internos o externos sobre el gobierno.”<sup>56</sup>.

En relación con los dispositivos propuestos por Madison para controlar al gobierno cabe recordar lo siguiente: en el caso del poder judicial, es importante, por un lado, que existan métodos de selección que aseguren la aptitud de los miembros que lo integran y, por otro lado, dado el carácter vitalicio de sus puestos, que dichos miembros sean independientes respecto a la autoridad que les designe; al poder legislativo —al que considera como el departamento más fuerte en un régimen republicano— es necesario dividirlo en dos diferentes ramas, sujetas a distintos mecanismos de elección y de acción, como una manera de “debilitarlo”. Para el caso del ejecutivo, al que considera un poder más débil respecto del anterior, propone el ejercicio de la facultad de veto, misma que puede ser reforzada por la intermediación de la rama menos poderosa del departamento más fuerte, esto es, el senado<sup>57</sup>.

---

<sup>54</sup> *Ibidem*, pp. 247-248.

<sup>55</sup> *Ibidem*, p. 257.

<sup>56</sup> *Idem*.

<sup>57</sup> *Ibidem*, pp. 258-266.

Respecto a estos mecanismos, por supuesto, subyace el principio del federalismo como un mecanismo de doble acción para garantizar los derechos de las personas.

### *La división de poderes como principio jurídico*

En un sentido jurídico, la división de poderes es un principio de *organización* de las funciones del Estado, que entra en juego una vez que el poder político ha sido adecuadamente *desconcentrado y distribuido*. En relación con este planteamiento, Hans Kelsen afirma que “la doctrina de los tres poderes del Estado es la doctrina de las diferentes etapas de creación y aplicación del orden jurídico nacional”<sup>58</sup>. Desde mi perspectiva, dicho proceso de creación y aplicación del derecho es en tal medida complejo que necesita de una distribución funcional que le permita ser —además de sistemáticamente coherente— eficiente. Es por ello que el principio de división de poderes es usado tanto para evitar la concentración indebida del poder político, ejercido a través de las funciones del Estado, como para construir y reconstruir el derecho mismo:

En la medida en que los llamados poderes ejecutivo y judicial consisten en la creación de normas individualizadas sobre la base de normas generales, y en la ejecución final de las individualizadas, el poder legislativo, por una parte, y los poderes ejecutivo y judicial por la otra, solamente representan diferentes etapas del proceso por el cual el orden jurídico nacional es —de acuerdo con sus propias prescripciones— creado y aplicado. *Este es el proceso por el cual el derecho, o lo que es igual, el Estado, se recrea a sí mismo permanentemente.*<sup>59</sup>

El planteamiento de Kelsen me permite concluir que las funciones del Estado —y, por ende, del poder—, son interdependientes. Al ser el derecho una construcción conjunta, el poder público que lo informa y que existe a partir de él debe ser dividido para evitar concentraciones que a la postre puedan resultar contraproducentes, con el fin de hacer más eficiente la creación y aplicación de las normas. El poder es dividido a fin de facilitar su desempeño y mejorar los resultados de su ejercicio, mas no debe olvidarse que el proceso de reconstrucción continua al que está sometido el derecho es por definición un proceso que involucra a todos los poderes del Estado, y aun a la sociedad en su conjunto.

---

<sup>58</sup> Kelsen, Hans, *Teoría general del derecho y del Estado*, trad. de Eduardo García Máynez, 3ª edición, México, UNAM, 2014, Textos Universitarios, p. 306.

<sup>59</sup> *Idem*. Énfasis añadido.

Si bien Kelsen reconoce que el funcionamiento de un sistema de restricciones al poder es compatible con el principio de legalidad que sustenta a las democracias modernas, no obstante, afirma también que el principio de división de poderes no es en esencia democrático. Lo que sí es democrático, puntualiza, es que todo poder proviene del pueblo y que sus representantes, ahí donde la democracia directa no es posible, deben ser electos por éste y, por lo tanto, son jurídicamente responsables ante él<sup>60</sup>. Para Kelsen la democracia implica la búsqueda pacífica del consenso en condiciones de igualdad, las cuales son provistas por medio de un sistema de reglas procedimentales y a través del reconocimiento de las minorías políticas y sus derechos<sup>61</sup>.

Me parece importante recordar que, si bien es cierto que la formulación de la doctrina de *checks and balances* tiene la nota de estar pensada desde una lógica de lo antagónico o lógica agonal<sup>62</sup> —como señala el profesor Roberto Gargarella—, en tanto que asume que las personas que integran los departamentos del poder a menudo tienen intereses contrapuestos y hasta espurios, la idea de división de poderes tiene como propósito final organizar las tareas del Estado y como tal, favorecer que el derecho sea resultado tanto de un ejercicio deliberativo como colaborativo de las personas que lo crean y aplican<sup>63</sup>. A propósito de dicha premisa, me parece acertada la opinión del profesor Imer B. Flores quien, en relación con el tema de la separación de poderes y su relación con la dicotomía legalismo-constitucionalismo, señala:

*In the traditional legalist archetype, separation of powers overemphasizes dominance of legislative over judiciary and predominance of politics over law. In order to re-balance the interactions judiciary-legislative and law-politics, we must re-assemble an alternate*

---

<sup>60</sup> *Ibidem*, p. 335.

<sup>61</sup> Vinx, Larx, *The guardian of the constitution. Hans Kelsen and Carl Schmitt on the limits of constitutional law*, Cambridge, Cambridge University Press, 2015, p. 15.

<sup>62</sup> Gargarella, Roberto, “El nuevo constitucionalismo dialógico frente al sistema de los frenos y contrapesos”, en Gargarella, Roberto (comp.), *Por una justicia dialógica. El Poder Judicial como promotor de la deliberación democrática*, Buenos Aires, Siglo XXI editores, 2014, Derecho y Política, p. 122.

<sup>63</sup> Dabin, Jean, *Doctrina general del Estado. Elementos de filosofía política*, trad. de Héctor González Uribe y Jesús Toral Moreno, México, UNAM, Instituto de Investigaciones Jurídicas, 2018, Serie Doctrina Jurídica, núm. 123, p. 297: “La verdad es que el principio de separación de los poderes, dentro de una concepción racional, no destruye en modo alguno las relaciones entre *órganos* o *poderes*, que pueden llegar hasta una colaboración más o menos íntima en cuanto al ejercicio de los actos de una misma función.”.

*comprehension where both relations are symmetrical. Separation of powers does not necessitate domination or preponderance. On the contrary, a sense of equilibrium and a weighing scale, namely a constitutionalist prototype with checks and balances, is required.*<sup>64</sup>

Así, una comprensión constitucionalista de la división de poderes y de la doctrina de *checks and balances* implica considerar que, en tanto que los tres órganos del gobierno son partícipes del proceso de creación y aplicación del derecho —con una diferencia que es sólo de grado, tal como refiere Kelsen—, los poderes públicos deben ser reconocidos más como colaboradores en la búsqueda de un mismo objetivo, que como contendientes con intereses contrapuestos. La separación de poderes, señala Hans Kelsen, indica una división de los mismos: un reparto de poder que permita efectuar un control recíproco entre quienes lo ejercen, más no un aislamiento recíproco; en esta premisa descansa “la función del equilibrio constitucional”<sup>65</sup>.

## **1.6. La justicia constitucional: elementos de análisis**

Hasta este momento he revisado los conceptos *justicia* y *constitución* respectivamente a fin de aproximarme a algunas nociones elementales que involucran el uso de dichos conceptos por separado, así como dos de los principios del constitucionalismo que considero fundamentales para comprender el funcionamiento de los tribunales constitucionales en el marco de un Estado Constitucional y Democrático de Derecho, con el propósito de acercarme a una comprensión integral del precedente judicial. A partir de este punto, comenzaré a desarrollar la hipótesis que propuse en el punto 1.2. para definir el concepto de *justicia constitucional*. Una vez realizado el examen de los elementos de análisis propuestos para este capítulo, proseguiré en un segundo capítulo a referir el aspecto orgánico de la justicia constitucional, así como a las instituciones y procedimientos que integran la justicia constitucional en México.

### **a) Objeto y propósito de la justicia constitucional**

---

<sup>64</sup> Flores, Imer B., “The quest for jurisprudence: constitutionalism v. legalism”, en Wintgens, Luc J. (ed.), *The theory and practice of legislation. Essays in jurisprudence*, Gran Bretaña, Ashgate, 2005, Serie Applied Legal Philosophy, p. 39.

<sup>65</sup> Kelsen, Hans, *La garantía jurisdiccional de la constitución*, trad. de Rolando Tamayo y Salmorán, México, Instituto de Investigaciones Jurídicas, 2016, Ensayos Jurídicos, núm. 5, p. 55.



Tal como he estudiado, la palabra “constitución” es un concepto con distintas acepciones y que ha sido explicado desde diferentes perspectivas teóricas. Fundamentalmente, considero que la idea de constitución alude a la necesidad de limitar el poder político con el fin de organizar su funcionamiento en la vida institucional de cada sociedad y de garantizar los derechos de las personas que forman parte de ella. Hablar pues de una defensa de la constitución implica considerar ciertos mecanismos creados específicamente para asegurar que los principios de supremacía constitucional y división de poderes, así como la garantía de los derechos, sean respetados.

A propósito de los elementos que componen la defensa constitucional, el profesor Héctor Fix-Zamudio señala lo siguiente:

La defensa de la constitución 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 la 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 desde la perspectiva de la Constitución real, es decir, su transformación de acuerdo con las normas programáticas de la propia carta fundamental.<sup>66</sup>

Así, para el autor existen, por un lado, los *mecanismos de protección de la constitución*, los cuales comprenden una serie de factores políticos, jurídicos, económicos y sociales cuya función es limitar el poder y garantizar su ejercicio armónico, equilibrado y permanente; y, por otro lado, las *garantías constitucionales*, las cuales son medios jurídico-procesales de carácter predominantemente correctivo que buscan reintegrar el orden constitucional ante eventuales violaciones perpetradas por los titulares del poder público. Cabe resaltar que dichas garantías tienen, además de una faceta conservadora o de preservación, una faceta dinámica, ya que constituyen mecanismos que permiten ajustar la constitución ante los eventuales cambios sociales<sup>67</sup>.

---

<sup>66</sup> Fix-Zamudio, Héctor, *Introducción al estudio de la defensa de la constitución en el ordenamiento mexicano*, México, UNAM, Corte de Constitucionalidad de Guatemala, 1998, p. 24, 55.

<sup>67</sup> Flores recupera la categorización de Fix-Zamudio y propone una reelaboración interesante en términos de *garantías constitucionales estructurales* y *garantías constitucionales procedimentales*. Véase Flores, Imer B., “Derecho y poder en la defensa e ingeniería de la Constitución”, *Boletín Mexicano de Derecho Comparado*, Núm. 92, enero de 1998, pp. 347-348.

Uno de los grandes aportes de esta definición, considero, es que vincula al ejercicio de la jurisdicción constitucional con los conceptos de cambio social, evolución y desarrollo de las disposiciones constitucionales y conservación del orden constitucional. El autor reconoce que una verdadera defensa de la constitución es la que puede lograr un acercamiento entre la constitución en sentido formal —es decir como documento o código escrito— y la constitución real. La dinámica de la protección constitucional es entonces la de un intercambio dialéctico constante: con el ideal de conservación normativa-constitucional, por un lado, y el ideal de cambio y adaptación, por otro lado.

Esta dialéctica cambio-continuidad expresa un problema por demás interesante para el desempeño de la defensa de la constitución: por un lado, la idea de “conservación del *nómos*” implica que los aspectos esenciales de la “norma de duración” que es la constitución permanecerán incólumes al paso del tiempo y a los riesgos del conflicto<sup>68</sup>; por otro lado, la exigencia de que la constitución sea un instrumento útil para atender las demandas sociales presentes según el contexto implica que ella debe estar sujeta a los ajustes que sean necesarios. La Constitución, explica Imer B. Flores, “no está acabada ni es perfecta sino inacabada y perfectible” por lo que es necesario adaptarla mediante, al menos, dos vías posibles: 1) el mecanismo de reformas de la constitución, si es que ésta lo establece; o 2) las interpretaciones, más o menos incluyentes de los acuerdos políticos, que sobre la propia constitución planteen los órganos competentes<sup>69</sup>.

La justicia constitucional persigue, por lo tanto, la efectiva realización de las disposiciones constitucionales en la realidad a través de un manejo equilibrado entre las necesidades sociales y la consistencia normativa. Es pertinente señalar que la labor de quienes la ejercen no puede ser el proceso y resultado de una actividad automática, sino lo contrario: la interpretación de la constitución es una actividad tanto creativa cuanto integrativa<sup>70</sup>, en la

---

<sup>68</sup> Zagrebelsky, Gustavo y Marcenò, Valeria, *Justicia Constitucional. Vol. 1. Historia, principios e interpretaciones*, trad. de César E. Moreno More, Puno, Zela, 2018, p. 24.

<sup>69</sup> Flores, Imer B., “La dialéctica cambio-permanencia constitucional: a propósito del anteproyecto de texto reordenado y consolidado de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos”, en Serna de la Garza, José María y de los Santos Olivo, Isidro (coords.), *La dinámica del cambio constitucional en México*, México, UNAM, Instituto de Investigaciones Jurídicas-Instituto Iberoamericano de Derecho Constitucional, 2018, Versión de Autor, núm. 13, p. 226.

<sup>70</sup> En relación con el tema de la actividad judicial como labor interpretativa-argumentativa, véase Flores, Imer B., “Los modelos de interpretación jurídica: El debate Hart-Dworkin”, en Cruz Parceró, Juan Antonio y Flores, Imer B., *Teoría de la argumentación jurídica*, México, UNAM, Tirant lo Blanch, 2021, pp. 37, 44, 55-56.

medida que la dinámica social a menudo requiere ajustar el contenido de las normas constitucionales.

Dichos ajustes, señala Flores, pueden ser el resultado de procesos complejos de reforma en aquellas constituciones que son escritas y rígidas, pero también pueden llevarse a cabo a partir de mecanismos más prácticos y dinámicos como la interpretación judicial de las normas en los casos concretos. La jurisdicción —cuyo papel estudiaré más a detalle en el siguiente capítulo— posee ese carácter dinámico en la medida en que su tarea consiste en dirimir conflictos como resultado de intereses en disputa; la recurrencia de esta clase de conflictos requiere de una interpretación y hasta reinterpretación constante no sólo de las normas constitucionales, sino, en general, de todas las normas que integran el sistema en tanto que éstas deben guardar coherencia entre sí y respecto a la Constitución.

Los jueces, al estar en contacto con situaciones concretas, están a cargo de materializar las normas constitucionales en casos particulares donde la interpretación de un concepto puede ser problemática, pues, contrario a las disposiciones legislativas ordinarias, las constituciones suelen estar cargadas de una fuerte significación político-simbólica. En el discurso sobre los alcances de los derechos humanos, por ejemplo, son frecuentes las referencias a elementos axiológicos abstractos, y por ello altamente indeterminados, tales como “dignidad humana”, “libre desarrollo de la personalidad” o “interseccionalidad” que a veces pueden incluso ser contradictorios<sup>71</sup>. Así, la tarea de los órganos encargados de ejercer la jurisdicción constitucional consiste en atribuir un significado determinado o determinable a dichos valores o conceptos de acuerdo con su contexto de aplicación en los casos concretos, así como favorecer su armonización en congruencia con las disposiciones constitucionales.

En síntesis, podría afirmar que la labor de interpretación tiene un claro matiz de precisión: actúa donde la mera extracción gramatical del sentido normativo no es suficiente para comprender su contexto de aplicación. Es así que la jurisdicción constitucional está dirigida a 1) preservar la coherencia del sistema normativo —bajo la premisa de la constitución como norma cúspide—; 2) precisar técnicamente el contenido de la constitución; y 3) garantizar la estabilidad del régimen jurídico-político-institucional, sin menospreciar el cambio social.

---

<sup>71</sup> Saba, Roberto, “Dilemas supremos: ¿Qué, cuándo y cuánto decidir?”, *Revista del Centro de Estudios Constitucionales*, México, año VI, núm. 10, enero-junio de 2020, p. 85.

## **CAPÍTULO II. FUNCIONAMIENTO ORGÁNICO DE LA JURISDICCIÓN CONSTITUCIONAL. ANÁLISIS ESTRUCTURAL DEL PODER JUDICIAL DE LA FEDERACIÓN**

### **2.1. Introducción**

El presente capítulo está dividido en dos partes. En la primera de ellas expondré algunos elementos que considero esenciales para el estudio de la jurisdicción en su aspecto orgánico. Para tal efecto, repasaré en primer lugar algunos antecedentes históricos sobre el control de constitucionalidad, con un énfasis particular en los antecedentes del caso mexicano —específicamente el caso del *supremo poder conservador* y los orígenes del juicio de amparo—. En segundo lugar, describiré las características de los principales modelos de control jurisdiccional de la constitución, esto es, los modelos concentrado y difuso, del mismo modo que expondré algunos ejemplos de los modelos de tipo mixto o híbrido, los cuales reúnen una o más características de ambos modelos principales. Para concluir con la primera parte de este capítulo, haré un breve repaso de la teoría kelseniana del control concentrado de constitucionalidad, pues considero que dicha teoría ha tenido una gran influencia en la comprensión de las tareas que desempeñan los tribunales constitucionales en la actualidad. Me concentraré en describir lo que para Kelsen constituye la anulación de normas inconstitucionales, así como la función de legislador negativo que ejercen los tribunales constitucionales.

La segunda parte del capítulo estará dedicada al estudio orgánico-estructural del Poder Judicial de la Federación en México. El propósito de realizar este estudio es conocer las funciones de control de constitucionalidad que ejercen los órganos de dicho Poder con la finalidad de vincularlas con la descripción teórica realizada en la primera parte del capítulo. Además, estudiar las funciones y facultades de dichos órganos —muchas de las cuales fueron modificadas por la reforma— permitirá contextualizar adecuadamente los diferentes cambios que en materia de fijación y modificación de la jurisprudencia tuvieron lugar a partir de la misma, los cuales revisaré en el último capítulo. Finalmente haré una breve referencia a los que considero los mecanismos de control de la constitucionalidad en México más importantes para efectos de la presente investigación: el juicio de amparo —con alusión al mecanismo de declaratoria general de inconstitucionalidad—, la controversia constitucional y la acción de inconstitucionalidad.

## 2.2. Elementos para el análisis de la jurisdicción constitucional en su aspecto orgánico

### a) Antecedentes históricos del control de constitucionalidad

La concepción de un control constitucional ejercido a través de medios jurisdiccionales es sin duda una invención del pensamiento moderno ilustrado<sup>72</sup>; sin embargo, algunos otros tipos de controles pueden rastrearse en épocas anteriores de la historia humana a manera de antecedentes. En la antigua Grecia, por ejemplo, la institución de los éforos en la constitución de Lacedemonia fungía como una magistratura política encargada de mantener los límites al poder de la nobleza y preservar el contenido de las normas fundamentales. Los éforos —a la manera de los *kósmoi* en Creta o la magistratura de los Ciento Cuatro en Cartago<sup>73</sup>— eran elegidos de entre los ciudadanos, es decir, conformaban una magistratura elegida de manera democrática<sup>74</sup>. Aristóteles, sin embargo, llegó a criticar dicha institución, pues en muchas ocasiones el poder que ejercían llegaba a tornarse despótico<sup>75</sup>.

En el mismo sentido, ha sido ampliamente discutido por la doctrina que los griegos distinguían entre las normas que informaban el orden social, es decir las *nomoi* o leyes fundamentales, y las normas —decretos— que provenían de las decisiones de la asamblea, llamadas *psefismata*. Incluso son frecuentemente citados los procedimientos de *nomotheia*, mediante el cual era ejercido una especie de control *ex ante* de la nueva legislación, a fin de que ésta fuera conforme con las leyes fundamentales previas<sup>76</sup>, así como la *grafé paranómon*, una acción pública de ilegalidad que era interpuesta contra la persona que hubiese propuesto un decreto contrario a la ley fundamental<sup>77</sup>.

Existen algunos otros ejemplos, usualmente mencionados: la *intercessio* tribunicia en la República Romana, la cual era aplicada en favor de las clases populares. Incluso en la época moderna puede mencionarse la propuesta para un jurado constitucional de Emmanuel J. Sieyès, la cual, en opinión de Zagrebelsky y Marcenò, constituía un término medio entre el control político y el poder judicial. Este jurado constitucional constituía una versión

---

<sup>72</sup> Zagrebelsky, Gustavo y Marcenò, Valeria, *op. cit.*, p. 28.

<sup>73</sup> Aristóteles, *Política, cit.*, pp. 134, 139.

<sup>74</sup> *Idem*, p. 108.

<sup>75</sup> *Idem*, p. 128.

<sup>76</sup> Véase Zagrebelsky, Gustavo y Marcenò, Valeria, *op. cit.*, pp. 22-23; también Fix-Zamudio, Héctor, *op. cit.*, pp. 16-17.

<sup>77</sup> Cappelletti, Mauro, *La justicia constitucional (estudios de derecho comparado)*, prólogo de Héctor Fix-Zamudio, México, UNAM-Facultad de Derecho, 1987, p. 47.

prototípica de control concentrado de constitucionalidad, misma que, sin embargo, no pudo ser materializada debido a la razón legalista imperante en Francia durante el siglo XVIII.

En el caso particular de México es recordada —aunque no muy célebremente— la institución del Supremo Poder Conservador, el cual fue un órgano de control político concentrado de constitucionalidad, instituido durante la vigencia de las Leyes Constitucionales de 1836, mismas que establecieron un régimen centralista de gobierno. Dicho Poder Conservador fue erigido como un cuarto poder capaz de controlar la constitucionalidad de los actos del resto de los poderes del Estado: el encargo de sus miembros era el de *sostener el equilibrio constitucional* entre los poderes sociales, a través del mantenimiento o, en su caso, restablecimiento del orden constitucional quebrantado. Tal era su poder que incluso estaba reconocido constitucionalmente que ninguno de sus miembros podía ser reconvenido o juzgado por sus opiniones; más aún, que el Poder Conservador no era responsable de sus operaciones sino “ante dios y la opinión pública”<sup>78</sup>.

Dado que sus amplias facultades comenzaron a ser un obstáculo para los intereses del Poder Ejecutivo encabezado por Antonio López de Santa Anna<sup>79</sup>, el Supremo Poder Conservador fue disuelto en 1841 y con éste lo fueron también las citadas Leyes Constitucionales; no obstante, considero que constituye un antecedente importante al establecer un recuento de los diversos métodos de control constitucional surgidos entre la aparición de la *judicial review* estadounidense y el modelo kelseniano de control constitucional.

Con todo, la más importante y original aportación mexicana al derecho constitucional y a la historia de la defensa de la constitución es el juicio de amparo. Dicha institución, a decir de Andrés Lira, tenía sus raíces en una figura conocida como “interdicto de amparo” que, durante la época colonial, era un recurso solicitado ante la justicia real por los grupos desprotegidos<sup>80</sup>. Como una garantía jurisdiccional, no obstante, fue concebida por Manuel

---

<sup>78</sup> *Leyes Constitucionales de la República Mexicana*, 1836, arts. 9, 12 y 17, <<https://museodelasconstituciones.unam.mx/wp-content/uploads/2019/02/Leyes-Constitucionales-de-la-Repu%CC%81blica-Mexicana-1836.pdf>>. [consulta: 12 de abril, 2022].

<sup>79</sup> Pablo Mijangos y González refiere un caso interesante de 1840 en que el Supremo Poder Conservador, por instancia de la Corte Suprema, anuló un decreto presidencial que ordenaba desacatar las resoluciones de aquél, en Mijangos y González, Pablo, *Historia mínima de la Suprema Corte de Justicia de México*, México, El Colegio de México, 2019, Historias mínimas, p. 30.

<sup>80</sup> Citado por Pablo Mijangos y González, *ibidem*, p. 34.

Crescencio Rejón, quien la incorporaría en la Constitución de Yucatán de 1841. El artículo 62 de dicha norma señalaba que era competencia de la Suprema Corte de aquel estado amparar en el goce de sus derechos a los que le pidieran protección contra las leyes y decretos de la legislatura, o contra las providencias del gobernador, que fueran contrarias al texto literal de la Constitución. En ambos casos la Corte debía limitarse a reparar el agravio en la parte en que la Constitución hubiese sido violada.

En el ámbito federal, el amparo vio la luz gracias a los esfuerzos de Mariano Otero quien, en su voto particular de abril de 1847, a propósito de las discusiones sobre la reinstauración de la Constitución de 1824 y del federalismo tras la caída del régimen centralista, señaló que “la Constitución [debía] 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”. A este respecto, propuso que fuera una ley posterior, aunque “general y de un carácter muy elevado” la que detallara el contenido de los derechos individuales y asegurara su inviolabilidad<sup>81</sup>.

Las ideas de Otero fueron finalmente plasmadas en el artículo 25 del Acta Constitutiva y de Reformas, el cual señalaba:

Los tribunales de la Federación ampararán a cualquiera habitante de la República, en el ejercicio y conservación de los derechos que le concedan esta Constitución y las leyes constitucionales, contra todo ataque de los poderes legislativo y ejecutivo, ya de la Federación, ya de los Estados, limitándose dichos tribunales 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.

Es así que al amparo surgió como un mecanismo para la protección de los derechos individuales ante los embates de los poderes legislativo y ejecutivo, distinguible, aunque complementario, del procedimiento para la declaración de nulidad de leyes anti-constitucionales del orden estatal, el cual estaba previsto por dicha Acta Constitutiva y de Reformas<sup>82</sup>. La cuestión del amparo judicial, tan importante para el desarrollo subsecuente

---

<sup>81</sup> Otero, Mariano, “Voto particular donde se fundamentan sus aportaciones para la instrumentación del Juicio de Amparo, 5 de abril de 1847”, en Cámara de Diputados, *Obras completas de Mariano Otero. Legado jurídico, político y diplomático*, intr. de Brasil Alberto Acosta Peña, México, Consejo Editorial de la H. Cámara de Diputados, LXIV Legislatura, 2019, p. 430-431.

<sup>82</sup> *Ibidem*, p. 32; y Acta Constitutiva y de Reformas de 1847, artículos 22-23.

del constitucionalismo mexicano, sería planteada unos años más tarde —en 1869— en la resolución del amparo Vega, mismo que, pese a generar un fuerte conflicto político entre la Corte y el Congreso por subsistir en el fondo la cuestión de quién debía ser el órgano competente para declarar la inconstitucionalidad de las leyes, a la luz del artículo 8 de la entonces Ley de Amparo y del artículo 101 de la Constitución de 1857, fungió como un precedente hito para la sucesiva procedencia del amparo en el marco de negocios judiciales<sup>83</sup>.

#### **b) Modelos de control jurisdiccional de la constitución**

Respecto a la defensa de la constitución basada en un control jurisdiccional pueden referirse dos modelos principales: el control difuso y el control concentrado. Ambos con particularidades histórico-políticas, que de alguna manera ya he adelantado, así como con diferencias y semejanzas. Cabe mencionar que la doctrina también ha reconocido la existencia de modelos mixtos, mismos que incorporan una o más características de cada uno de los modelos en comento. Sobre esta última clasificación haré alguna mención particular.

##### ***Modelo de control difuso***

El sistema de control difuso es típicamente asociado con el ejercicio de la *judicial review* estadounidense, a la cual he hecho referencia en mi explicación del principio de supremacía de la constitución. Ahora bien, con base en lo sustentado por Mauro Cappelletti, el modelo de control difuso posee las siguientes particularidades:

- 1) En el aspecto subjetivo —al que llamaré orgánico—, el conocimiento de cuestiones de constitucionalidad corresponde a todos los órganos que integran el aparato jurisdiccional de un Estado, a saber: jueces de primera instancia, jueces superiores, estatales y federales.
- 2) En el aspecto modal —al que llamaré de vía procedimental—, el ejercicio del control difuso es puesto en acción a través de la vía incidental (*per incidens*), es decir, sólo en ocasión de que el tribunal conozca de un caso concreto, y sólo en tanto que el examen de constitucionalidad de la ley aplicada a aquél sea relevante para su decisión.

---

<sup>83</sup> Cabrera Acevedo, Lucio, *La Suprema Corte de Justicia. La república y el imperio*, México, Suprema Corte de Justicia de la Nación, 1988, pp. 204-206.



- 3) Respecto al efecto de los pronunciamientos, las normas consideradas por su intérprete como inconstitucionales, en tanto contrarias a una norma superior (*lex superior derogat legi inferiori*), son declaradas como absolutamente nulas, es decir, el juez, en su interpretación, declara una nulidad preexistente; además, en principio, la interpretación que lleva a cabo el juez es válida únicamente para el caso concreto (*inter partes*), si bien el sistema de impugnaciones y la regla del *stare decisis* vuelven vinculantes las decisiones tomadas por los tribunales superiores, especialmente la Suprema Corte<sup>84</sup>.

### ***Modelo de control concentrado***

En este apartado referiré algunas de las características del modelo de control concentrado de constitucionalidad, a reserva de que en el siguiente punto explique las particularidades de la exposición teórica de Hans Kelsen, a propósito de un texto específico. Al respecto, recupero nuevamente los criterios de clasificación de Cappelletti:

- 1) En relación con el aspecto orgánico, este modelo implica que la competencia para resolver sobre cuestiones de constitucionalidad recae sobre un único órgano jurisdiccional: el tribunal o corte constitucional.
- 2) Respecto a la vía procedimental, el control concentrado opera, en principio, mediante la vía de acción; es decir: a partir de un recurso especial, creado ex profeso, y a partir de una legitimación especial, es posible poner en marcha el ejercicio de la jurisdicción constitucional.
- 3) En relación con los efectos del pronunciamiento, la nota característica de este modelo es su carácter constitutivo: hasta el momento en que la resolución del tribunal constitucional es publicada, entonces la ley puede considerarse como inválida. Una vez que es publicada dicha resolución, entonces la declaración de inconstitucionalidad surge efectos generales (*erga omnes*)<sup>85</sup>.

En principio, los órganos legitimados por la Constitución austriaca de 1920 para ejercer la acción especial de inconstitucionalidad eran únicamente el gobierno federal, cuando era

---

<sup>84</sup> Cappelletti, Mauro, *op. cit.*, pp. 67-68, 88-89, 100.

<sup>85</sup> *Ibidem*, p. 90-93, 99-100.

menester pedir el control de las leyes de los *Länder*, y por parte de éstos al tratarse del control de leyes federales. Sin embargo, en 1929 fue publicada una ley de reforma constitucional que dotó con legitimación a dos órganos judiciales ordinarios: la Corte Suprema para las causas civiles y penales, y la Corte Suprema para las causas administrativas. Esta reforma condujo a que el original sistema concentrado admitiera una vía de excepción, razón por la cual, con razón, Cappelletti afirma que el modelo austríaco terminó por constituir un modelo de carácter híbrido desde el punto de vista modal, es decir, de la vía de procedimiento<sup>86</sup>.

### ***Modelos mixtos o híbridos***

El paulatino acercamiento entre modelos ha dado pie a la existencia de formas mixtas, sobre todo en países que, en razón de sus particulares circunstancias históricas y políticas, diseñaron sus sistemas de control de constitucionalidad a partir de procesos de imitación o recepción. Un ejemplo claro es América Latina, en donde existen diferentes variantes y combinaciones entre modelos<sup>87</sup>.

Es posible referir el caso de Uruguay en donde, por un lado, existe una Suprema Corte de Justicia que encabeza el Poder Judicial y ejercita un control de constitucionalidad concentrado, por vía de acción, con base en la competencia originaria que le otorga la Constitución de aquel país. Por otro lado, la misma Constitución admite una vía de excepción, la cual puede oponerse en cualquier procedimiento judicial y que tiene como resultado que las actuaciones sean elevadas ante la Suprema Corte. Cabe destacar que el fallo que emita la Corte sobre determinado asunto sólo tiene efectos entre las partes<sup>88</sup>.

Otro ejemplo que puede mencionarse es el que una Corte Suprema está a cargo del ejercicio del control de constitucionalidad y donde existe un control mixto es el de Brasil. En aquel país, es el Supremo Tribunal Federal el órgano designado para conocer de las acciones directas de inconstitucionalidad, si bien lo es también para decidir sobre las acciones de habeas-corporis y habeas-data en el ámbito de su competencia, así como para revisar las

---

<sup>86</sup> *Ibidem*, p. 90.

<sup>87</sup> Highton, Elena, “Sistemas concentrado y difuso de control de constitucionalidad”, en Bogdandy, Armin von, Ferrer Mac-Gregor Eduardo y Morales Antoniazzi, Mariela, *La justicia constitucional y su internacionalización. ¿Hacia un ius constitutionale commune en América Latina?*, México, UNAM, Max-Planck-Institut für Ausländisches Öffentliches Recht und Völkerrecht, Instituto Iberoamericano de Derecho Constitucional, 2010, Doctrina Jurídica, núm. 569, pp. 118-119.

<sup>88</sup> Constitución de la República del Uruguay, artículos 256-259

decisiones que, en relación con dichas acciones y con las de mandato de seguridad y mandato constitucional, denieguen los tribunales superiores<sup>89</sup>. Señala Highton que todo juez en Brasil puede apreciar la cuestión constitucional en forma incidental en los casos concretos, aun cuando no hubiese sido planteada por alguna de las partes, lo que evidencia la mixtura en el tipo de control<sup>90</sup>.

Existen, no obstante, otros países latinoamericanos en donde han sido instituidos, propiamente, tribunales constitucionales. Ejemplo de ello es el caso de Colombia, donde la Corte Constitucional —que forma parte de la rama judicial— está encargada de decidir específicamente sobre aspectos tales como la inconstitucionalidad contra actos de reforma a la Constitución promovidos por los ciudadanos, la constitucionalidad de las convocatorias a referendos o a asambleas constituyentes, demandas de inconstitucionalidad promovidas por los ciudadanos en contra de leyes por vicios en el procedimiento de su formación o por su contenido material, la revisión de decisiones judiciales relacionadas con la acción de tutela para la protección de derechos constitucionales, así como decidir definitivamente sobre la exequibilidad de los tratados internacionales y leyes que los aprueben, es decir, sobre la conformidad de éstos con la Constitución<sup>91</sup>. Las decisiones de la Corte Constitucional producen efectos generales y cosa juzgada constitucional<sup>92</sup>. De acuerdo con este contexto, puede afirmarse que Colombia mantiene un sistema de control concentrado.

El caso particular de México puede considerarse también como una combinación entre los diferentes modelos de control de constitucionalidad, difuso y concentrado. Los análisis doctrinarios, por un lado, y la evaluación que sobre dichos conceptos ha realizado la Suprema Corte, por otro lado, han dado lugar a conclusiones muy interesantes que abordaré en un apartado posterior.

### **c) Kelsen y el control concentrado de constitucionalidad: la anulación de la norma inconstitucional**

Me parece apropiado ofrecer una breve explicación sobre el origen del control concentrado de constitucionalidad, dada la influencia y relevancia que, junto al

---

<sup>89</sup> Constitución de la República Federal de Brasil, artículos 92, 101-103.

<sup>90</sup> Highton, *op. cit.*, p. 121-122.

<sup>91</sup> Constitución Política de la República de Colombia, artículo 241.

<sup>92</sup> Highton, *op. cit.*, p. 124.

estadounidense, ha tenido dicho modelo en la configuración de diversos sistemas de control de constitucionalidad. La defensa de un modelo de control concentrado de constitucionalidad basado en la garantía jurisdiccional es atribuida al jurista austríaco Hans Kelsen. En el texto *La garantía jurisdiccional de la constitución*, publicado en 1929, el autor expone una serie de argumentos para sostener por qué es pertinente que un órgano especializado, organizado en forma de tribunal, sea el encargado de garantizar la observancia de la constitución, a partir de la anulación de las normas generales consideradas inconstitucionales.

Kelsen basa su argumentación en la teoría de la jerarquía normativa (*stufenbaulehre*). Para el autor austriaco, la unidad normativa implica que la creación de una norma de grado inferior está determinada por otra superior, la cual está a su vez determinada por una de grado más alto<sup>93</sup>; esto significa que cada acto de creación es al mismo tiempo un acto de aplicación del derecho<sup>94</sup>: “Constitución, ley, reglamento, acto administrativo y sentencia, acto de ejecución, son simplemente los estadios típicos de la formación de la voluntad colectiva en el Estado moderno.”<sup>95</sup>. La distinción entre los procesos de creación y aplicación tiene un carácter relativo en tanto que la diferencia entre los diversos actos del estado es, en realidad, una de carácter gradual<sup>96</sup>. Esta cuestión implica, sin embargo, que “a cada grupo en que se desciende, la relación entre libertad y limitación se modifica en favor del segundo término: la parte de la aplicación aumenta, la de libre creación disminuye”<sup>97</sup>.

El autor denomina *regularidad* a la relación de correspondencia que guardan las normas inferiores respecto a las superiores. Es así que la justicia constitucional es un mecanismo diseñado para “asegurar el ejercicio regular de las funciones estatales”. En principio, la jurisdicción constitucional debe estar dedicada a preservar la regularidad de los actos *inmediatos* a la constitución, es decir, leyes y reglamentos derogativos de leyes (decretos-ley). No obstante, en casos excepcionales puede examinar actos *mediatos* respecto de la constitución —como los reglamentos complementarios—, así como la conformidad de leyes y decretos con los tratados internacionales en la medida en que sea reconocida su

---

<sup>93</sup> Kelsen, Hans, *Teoría general...*, *cit.*, p. 146.

<sup>94</sup> *Idem*, p. 158.

<sup>95</sup> Kelsen, Hans, *La garantía jurisdiccional de la constitución*, trad. de Rolando Tamayo y Salmorán, México, Instituto de Investigaciones Jurídicas, 2016, Ensayos Jurídicos, núm. 5, p. 13.

<sup>96</sup> Kelsen, Hans, *Teoría general...*, *cit.*, p. 319.

<sup>97</sup> Kelsen, Hans, *La garantía jurisdiccional...*, *cit.* p. 14.

competencia y, en general, con el derecho internacional cuando éste ha sido reconocido como parte del derecho del Estado<sup>98</sup>.

Kelsen reconoce diversos tipos de garantías de regularidad: una primera clasificación de garantías que pueden ser *preventivas* —las cuales advierten la realización de actos irregulares, tales como organización en forma del tribunal del órgano que crea el derecho y la independencia del mismo respecto a otros órganos del Estado— o *represivas* —reactivas contra el acto irregular: buscan impedir la reincidencia futura, desaparecer y reparar el daño causado y, eventualmente, remplazarlo por un acto regular—<sup>99</sup>. Luego, un segundo grupo de garantías que pueden ser *personales* —la organización en forma de tribunal es también una garantía personal, así como lo son las responsabilidades civiles o penales fincadas a los órganos que cometen actos irregulares— u *objetivas* —la nulidad y la anulabilidad del acto irregular—. La justicia constitucional consiste, a decir del autor, en una *garantía represiva-objetiva* en tanto que su propósito es condenar la comisión de un acto irregular por medio del mecanismo específico de la anulabilidad<sup>100</sup>.

La principal función de un tribunal constitucional consiste así en anular el acto reputado de inconstitucional. Señala el autor que “La anulabilidad del acto irregular significa la posibilidad de hacerlo desaparecer con sus consecuencias jurídicas”. La anulación de la norma inconstitucional es, al mismo tiempo, “la garantía principal y la más eficaz de la constitución”<sup>101</sup>. En términos prácticos, las sentencias que emita el tribunal constitucional deben contar con “fuerza anulatoria”<sup>102</sup> en tanto que “[u]na Constitución a la que le falta la garantía de la anulabilidad de los actos inconstitucionales no es plenamente obligatoria en su sentido técnico”.

El autor tiene claro que “sería una ingenuidad política esperar que el órgano creador de la ley, es decir el Parlamento, anulara una ley en razón de que otra instancia la hubiese declarado inconstitucional.”. Señala que “es un órgano diferente a él [al parlamento], independiente de él y, por consiguiente, también de cualquier otra autoridad estatal, al que es necesario encargar la anulación de los actos inconstitucionales —esto es, a una jurisdicción o tribunal

---

<sup>98</sup> *Ibidem*, p. 27.

<sup>99</sup> *Ibidem*, p. 34.

<sup>100</sup> Kelsen, Hans, “The nature and development of constitutional adjudication”, en Vinx Larx, *op. cit.*, p. 76.

<sup>101</sup> *Ibidem*, pp. 42, 49.

<sup>102</sup> *Ibidem*, p. 82.

constitucional—.”<sup>103</sup>. Además, enfatiza en que la afirmación de que los jueces son independientes implica que éstos “están sujetos únicamente a las leyes y no a las órdenes o instrucciones de órganos superiores, judiciales o administrativos”<sup>104</sup>.

De acuerdo con Kelsen, el tribunal constitucional, a pesar de tener el carácter de un órgano jurisdiccional en tanto que órgano independiente, no crea, en el proceso de anulación de una ley, una norma jurídica individual tal como lo haría cualquier órgano jurisdiccional. Por el contrario, “la anulación de una ley tiene el mismo carácter de generalidad que su confección”, si bien es una “confección con signo negativo”<sup>105</sup>. El argumento usado por Kelsen para distinguir la función del tribunal constitucional de la función del legislador es que el carácter de libre creación que reviste a la legislación no está presente en el proceso de anulación. Señala que “la actividad del legislador negativo, esto es, la actividad de la jurisdicción constitucional, [...] está absolutamente determinada por la Constitución”<sup>106</sup>. Esto es así en la medida en que el poder legislativo “nunca tiene un monopolio para la creación de normas generales, sino, cuando más, una posición de privilegio [...]”<sup>107</sup>.

Anular un acto irregular no implica necesariamente producir efectos retroactivos. De acuerdo con el autor, sería admisible, en todo caso, establecer una retroactividad limitada a aquellos asuntos en los que, aun cuando los hechos tuvieran lugar durante la vigencia de la norma anulada, no existiese, hasta el momento de la anulación, una decisión tomada por alguna autoridad pública. En otras palabras: establecer efectos retroactivos únicamente para aquellos casos en los que no exista una resolución firme con base en una norma declarada inconstitucional; fuera de ese escenario, los efectos de la anulación son siempre *pro futuro*. Puntualiza además que la anulación de una norma puede ser parcial o total, según lo disponga el propio tribunal constitucional<sup>108</sup>.

La cuestión de la actividad que ejercen los tribunales constitucionales como legisladores negativos es de sumo interés para los propósitos de esta investigación. Kelsen especifica que la función legislativa de los tribunales tiene verificativo cuando alguna de sus decisiones, en un caso concreto, adquiere fuerza de precedente para la resolución de casos posteriores y

---

<sup>103</sup> *Ibidem*, p. 52.

<sup>104</sup> Kelsen, Hans, *Teoría general...*, cit, p. 326.

<sup>105</sup> Kelsen, Hans, *La garantía jurisdiccional...*, cit., p. 54.

<sup>106</sup> *Ibidem*, pp. 56-57.

<sup>107</sup> Kelsen, Hans, *Teoría general...*, cit., p. 323.

<sup>108</sup> Kelsen, Hans, *La garantía jurisdiccional...*, cit., p. 87.

similares<sup>109</sup>. Asimismo, admite que las decisiones que revistan este carácter están al mismo nivel de las normas que proceden del poder legislativo. Además insiste en que la instauración de una única instancia central suprema facilita un sistema de anulación total, que termina por ser más consistente y eficiente que un sistema de anulación limitada al caso concreto<sup>110</sup>.

Cabe mencionar algunas cuestiones elementales que plantea el autor respecto a la organización del órgano encargado de ejercer la jurisdicción constitucional, a saber: 1) un número de miembros no muy elevado, dada la naturaleza técnica del órgano; 2) un procedimiento de elección basado en la cooperación conjunta del ejecutivo y el legislativo. En relación con sus procedimientos, señala que estos pueden ejercitarse a través de diversas vías, por ejemplo: 1) mediante una acción popular; 2) a instancia de una minoría parlamentaria; o 3) de manera *ex officio*, por iniciativa de la propia Corte o de un fiscal especializado. Finalmente, señala que los procedimientos del tribunal constitucional deben ser, en principio, orales y públicos, además de que, para que surtan efectos, sus resoluciones deberán ser publicadas en la gaceta oficial.

### **2.3. Estructura orgánica y funcionamiento de la jurisdicción constitucional en México**

Una vez que he descrito algunas generalidades de los tipos de control jurisdiccional de constitucionalidad, aprovecharé el siguiente apartado para explicar el funcionamiento orgánico de la justicia constitucional en México. En primer lugar, diría que México cuenta con un *control mixto de constitucionalidad*, en tanto que incorpora elementos tanto del sistema difuso como del concentrado.

Del primero, porque todos los jueces del Estado mexicano —y en general todas las autoridades en el ámbito de sus competencias, tal como señala el artículo 1 de la Constitución— están obligados a ejercer un control difuso *ex officio* de constitucionalidad y de convencionalidad en materia de derechos humanos esto es, que los órganos jurisdiccionales que en principio no ejercen un control *centralizado* para declarar la

---

<sup>109</sup> Kelsen, Hans, *Teoría general...*, cit., p. 322.

<sup>110</sup> Kelsen, Hans, *La garantía jurisdiccional...*, cit., pp. 43-44; también *Teoría general...*, cit., p. 318. La virtud del sistema concentrado de control de constitucionalidad es la posibilidad de anular una norma con efectos generales. El sistema difuso-americano, no obstante, también permite una anulación con efectos *erga omnes* de acuerdo con las reglas del *stare decisis*, tal como observa Cappelletti (*vid. supra*, p. 33). En el fondo, considero, existe un planteamiento de eficiencia y consistencia que es común a ambos sistemas, mismo que revisaré en el segundo capítulo de este trabajo.

inconstitucionalidad de una norma, si pueden, no obstante, desaplicarla en tanto que vulnere los derechos humanos<sup>111</sup>. Como antecedentes de este control, cabe referir el reconocimiento que México ha hecho de la jurisdicción y vinculatoriedad de la jurisprudencia<sup>112</sup> de la Corte Interamericana de Derechos Humanos y, en lo subsecuente, la reforma constitucional en materia de derechos humanos del 2011, la resolución del expediente varios 912/2010 relativo al cumplimiento de la sentencia de la Corte Interamericana *Radilla Pacheco vs. México*, la reforma a la Ley de Amparo del año 2013, así como la resolución de la contradicción de tesis 293/2011, todos los cuales han permitido conformar un estándar jurisdiccional sobre el concepto de *parámetro de regularidad constitucional*<sup>113</sup>.

Del segundo, en tanto que los órganos del Poder Judicial de la Federación tienen la atribución para conocer de cuestiones de constitucionalidad mediante vías directas de control, con la posibilidad de declarar la invalidez con efectos generales de una norma inconstitucional si son satisfechos los requisitos que establece la Constitución y las leyes reglamentarias<sup>114</sup>. En el caso de la Corte, ésta tiene competencia para conocer de las acciones

---

<sup>111</sup> Dondé, Javier, “Comentarios al expediente varios 912/2010”, en Salazar Ugarte, Pedro, Niembro Ortega, Roberto y Alonso Beltrán, Carlos Ernesto (coords.), *Diez sentencias emblemáticas de la Suprema Corte*, México, UNAM, Instituto de Investigaciones Jurídicas, Doctrina Jurídica, núm. 858, p. 55. Respecto a la desaplicación de normas en el ejercicio del control difuso, véase la Tesis 1ª. CCLXXXIX/2015 (10ª.), *Semanario Judicial de la Federación*, Décima Época, t. II, octubre de 2015, p. 1647: “por razón de su función, por decisión propia y prescindiendo de todo argumento de las partes, el juzgador [ordinario] puede desaplicar la norma que a su criterio no sea acorde con la Constitución o con los tratados internacionales en materia de derechos humanos.”

<sup>112</sup> Tesis P./J. 21/2014 (10a.), *Semanario Judicial de la Federación*, Décima Época, t. I, abril de 2014, p. 204.

<sup>113</sup> Tesis P./J. 20/2014 (10a.), *Semanario Judicial de la Federación*, Décima Época, t. I, abril de 2014, p. 202, “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”. Al respecto, véase igualmente el párrafo 31 de la resolución del expediente varios 912/2010, *Semanario Judicial de la Federación*, Novena Época, t. I, p. 313.

<sup>114</sup> Desde mi punto de vista, los órganos que ejercen un *control concentrado de constitucionalidad en sentido fuerte*, por los efectos de sus resoluciones, son aquellos enunciados en el título cuarto, capítulo I de la Ley de Amparo, a saber: la Suprema Corte, los plenos regionales y los tribunales colegiados de circuito. Afirmo esto en virtud de que son los únicos órganos que pueden establecer jurisprudencia —por precedentes, por reiteración o por contradicción de criterios, según sea el caso— con efectos generales, máxime que la Corte puede emitir declaratorias generales de inconstitucionalidad y declaraciones de invalidez que incluso trascienden la esfera de la organización judicial. Añadiría que los tribunales colegiados de apelación y los juzgados de distrito realizan un *control concentrado de constitucionalidad en sentido débil* pues, aunque ambos órganos conocen del amparo indirecto, los efectos de sus resoluciones no poseen, en principio, alcances generales. Agradezco a mi asesor el Dr. Imer B. Flores sus comentarios sobre este particular.



abstractas de inconstitucionalidad, de las controversias constitucionales sobre conflictos competenciales entre los órganos constitucionalmente legitimados, así como la potestad de ejercer su facultad de atracción para el conocimiento del juicio de amparo y sus distintos medios de impugnación; en el caso de los Tribunales Colegiados de Circuito, éstos tienen amplias competencias para conocer del juicio de amparo y sus medios de impugnación, así como la posibilidad de emitir jurisprudencia por reiteración de criterios; finalmente, los Plenos Regionales son órganos encargados de armonizar los criterios de interpretación de los Tribunales Colegiados de Circuito adscritos a su región, mediante el establecimiento de jurisprudencia por contradicción<sup>115</sup>.

Para efectos de esta investigación, me interesa explicar algunos puntos clave sobre el funcionamiento orgánico del Poder Judicial de la Federación, sobre todo porque, a raíz de la reforma constitucional de marzo de 2021 y la correspondiente publicación de una nueva Ley Orgánica del 7 de junio de 2021, su composición cambió y con ello la denominación y facultades de algunos órganos. En principio, señalaría que el Poder Judicial de la Federación, de acuerdo con el artículo 94 de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos, está depositado en una Suprema Corte de Justicia, un Tribunal Electoral, Plenos Regionales, Tribunales Colegiados de Circuito, Tribunales Colegiados de Apelación y Juzgados de Distrito.

En el presente análisis, dado el carácter de los objetivos y el alcance del trabajo, me concentraré particularmente en describir las funciones de la Corte, los nuevos Plenos Regionales —antes Plenos de Circuito—, los Tribunales Colegiados de Circuito, los Tribunales Colegiados de Apelación —antes Tribunales Unitarios de Circuito— y los

---

<sup>115</sup> A pesar de que la distinción entre control difuso y concentrado —y con ello sus implicaciones— ha sido ampliamente estudiada por la doctrina, lo cierto es que sus particularidades son todavía motivo de interesantes discusiones en sede adjudicativa. Como ejemplo de ello, la reciente resolución del Pleno de la Corte en la contradicción de tesis 351/2014, en la que fueron delimitados los alcances del control *ex officio* de constitucionalidad que ejercen los órganos del Poder Judicial de la Federación. Véase al respecto la Tesis P./J. 2/2022 (11a.), *Semanario Judicial de la Federación*, Undécima Época, t. I, p. 7, así como la correspondiente versión taquigráfica de la sesión del Pleno del 28 de septiembre de 2021, en la que incluso es motivo de discusión la precisión terminológica de los conceptos de control difuso y control concentrado, particularmente en los argumentos del ministro Láynez Potisek (pp. 28-35).

Juzgados de Distrito, específicamente en lo que atañe a su desempeño en el ejercicio del control de constitucionalidad<sup>116</sup>.

#### **a) Suprema Corte de Justicia de la Nación**

La Suprema Corte de Justicia de la Nación (SCJN) es el órgano cúspide del sistema jurisdiccional mexicano, pues constituye la última instancia, u órgano de cierre, para resolver sobre cuestiones de legalidad y de constitucionalidad. Esto quiere decir que sus resoluciones no son impugnables ni recurribles por medios jurisdiccionales<sup>117</sup>. Está integrada por once miembros, ministros y ministras, quienes duran en su encargo 15 años, y funciona en la forma de tribunal pleno y en salas. La primera sala está dedicada a resolver sobre asuntos civiles y penales, mientras que la segunda sobre asuntos administrativos y laborales.

El Pleno resuelve por unanimidad o por mayoría de votos. Existen algunos casos en que es necesaria una mayoría calificada de ocho votos —*v.gr.* para que una resolución en una controversia constitucional surta efectos *erga omnes*, o para sentar jurisprudencia por precedentes, como detallaré más adelante—. En los casos en que no pueda alcanzarse la mayoría en la votación de un asunto, el ministro presidente turnará a otro ministro a fin de que formule un proyecto de resolución que tome en cuenta las exposiciones hechas en la discusión. De existir empate, la votación será programada para una sesión posterior, al cabo de la cual, de no alcanzarse la mayoría, aplicará la regla señalada anteriormente. En caso de persistir el empate, el ministro presidente tendrá voto de calidad<sup>118</sup>.

La Corte funciona anualmente en dos periodos ordinarios —primer día hábil de enero al último día hábil de la primera quincena de julio; y primer día hábil de agosto al último día hábil de la primera quincena de diciembre—, con la posibilidad de tener periodos extraordinarios aun en periodo de receso. En la discusión de los asuntos jurisdiccionales, las

---

<sup>116</sup> Cabe señalar que los órganos del Poder Judicial de la Federación comparten algunas atribuciones no jurisdiccionales, tales como el conocimiento de excusas, impedimentos y recusaciones, y la imposición de correcciones disciplinarias a abogados, procuradores y litigantes en los casos en que falten al respeto a los miembros del Poder Judicial (facultad que, en principio, comparten la corte y los colegiados de circuito).

<sup>117</sup> El recurso de reclamación procede únicamente contra los acuerdos de trámite dictados por el presidente de la Corte o por los presidentes de sus Salas, pero dichos acuerdos claramente no constituyen resoluciones definitivas. Al respecto, véanse los artículos 104 a 106 de la Ley de Amparo, así como 51 a 54 de la Ley Reglamentaria de las Fracciones I y II del artículo 105 de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos.

<sup>118</sup> LOPJF, artículo 7.

sesiones de la Corte son, de manera general, públicas. No obstante, el Pleno puede disponer cuándo las sesiones deban ser privadas.

### ***Funcionamiento de la Corte en Pleno***

En relación con sus atribuciones en materia de control de constitucionalidad — particularmente en lo concerniente a las controversias constitucionales, las acciones de inconstitucionalidad y el juicio de amparo<sup>119</sup>— el Pleno de la Suprema Corte conoce de los siguientes asuntos:

- 1) Como he mencionado, de manera exclusiva de las controversias constitucionales y de las acciones de inconstitucionalidad<sup>120</sup> referidas en el artículo 105, fracciones I y II de la CPEUM. Como ejemplos de dichas garantías procedimentales, pueden mencionarse algunos casos recientes de suma relevancia como la controversia constitucional 121/2012, cuya resolución fue publicada en el Diario Oficial de la Federación el 25 de marzo del 2022, la cual versa sobre un conflicto de límites territoriales entre los Estados de Chiapas y Oaxaca; y la acción de inconstitucionalidad 139/2019, en cuya resolución la Corte invalidó el segundo párrafo del artículo 24 de la Ley Federal de Austeridad Republicana, el cual establecía una restricción expresa, por un periodo de 10 años, a los funcionarios de mando superior que desearan laborar en empresas respecto de la cuales hubieran tenido información privilegiada durante el ejercicio de su cargo.
- 2) De los medios de impugnación establecidos en la Ley de Amparo, en los casos en que ejercite su facultad de atracción<sup>121</sup>; es decir, de los recursos de revisión, queja,

---

<sup>119</sup> El artículo 10 contempla otras atribuciones, tales como la revisión de constitucionalidad de la materia de las consultas populares; la revisión de los decretos de restricción o suspensión de derechos humanos y garantías; del recurso de revisión en materia de seguridad nacional que interpone la Consejería Jurídica del Gobierno en contra de las resoluciones del INAI; del recurso de revocación contra resoluciones de la Comisión de Conflictos Laborales del Poder Judicial de la Federación en los conflictos de trabajo suscitados entre la Corte y sus servidores públicos; de los juicios de anulación de la declaratoria de exclusión de los Estados del Sistema Nacional de Coordinación Fiscal y de los juicios sobre cumplimiento de los convenios de colaboración celebrados por el Gobierno Federal con los gobiernos estatales —en estos dos últimos procedimientos, son empleadas las reglas aplicables a las controversias constitucionales—.

<sup>120</sup> LOPJF, artículo 10, fracción 1.

<sup>121</sup> LOPJF, artículo 10, fracción II; también, Ley de Amparo, artículos 40, 80, 80 bis; y 81, fracción 2.

reclamación y, tratándose del cumplimiento de sentencia, el de inconformidad. Aunque el artículo 80 bis de la Ley de Amparo —adicionado en la reforma de 7 de junio de 2021— señala específicamente que la Corte puede conocer de cualquier medio de impugnación en la materia, lo cierto es que el grueso de los asuntos de que conoce la Corte, a través de la interposición de recursos, son el *amparo en revisión* y el *amparo directo en revisión*<sup>122</sup>.

- 3) Del recurso de revisión contra sentencias pronunciadas en la audiencia constitucional por los juzgados de distrito o los tribunales colegiados de apelación —esto es del *amparo en revisión*— en los casos en que en la demanda de amparo hubieran sido impugnadas normas generales por estimarlas directamente violatorias de la Constitución y subsista, tras la resolución, el problema de constitucionalidad<sup>123</sup>.
- 4) Del recurso de revisión en amparo directo —procedimiento conocido como *amparo directo en revisión*— contra las sentencias que resuelvan sobre la constitucionalidad de normas generales, establezcan la interpretación directa de algún precepto constitucional u omitan decidir sobre estas cuestiones en tanto hubieren sido planteadas. Ello cuando, a su juicio, el asunto revista un especial interés en materia constitucional o de derechos humanos y sin poder comprender materia distinta que las cuestiones propiamente constitucionales<sup>124</sup>.
- 5) De los procedimientos de declaratoria general de inconstitucionalidad que resulten de los juicios de amparo en revisión que conozca la Suprema Corte, previa notificación a la autoridad emisora de la norma, y una vez que venza el plazo de 90 días naturales, establecido por el artículo 107, fracción II, párrafo 3º de la CPEUM, sin que haya sido superado el problema de inconstitucionalidad<sup>125</sup>.

---

<sup>122</sup> De acuerdo con la estadística judicial publicada por la Suprema Corte, en el año 2019 ingresaron 9273 asuntos de amparo directo en revisión y 1156 de amparo en revisión; estos números contrastan con los 156 asuntos sobre recursos de queja y los 76 recursos de inconformidad del mismo año. No obstante, puede observarse una tendencia al alza en el ingreso de recursos de reclamación desde 2013 hasta 2020, así como una tendencia a la baja en el ingreso de recursos de inconformidad. <<https://www.scjn.gob.mx/pleno/estadistica-judicial>> [consulta 11 de mayo, 2022].

<sup>123</sup> LOPJF, artículo 10, fracción 3; y Ley de Amparo, artículo 83.

<sup>124</sup> LOPJF, artículo 10, fracción 4.

<sup>125</sup> LOPJF, artículo 10, fracción 5; y Ley de Amparo, artículos 231-235.

- 6) De las denuncias de contradicción de criterios<sup>126</sup> sustentadas por las salas de la propia Corte, por el Tribunal Electoral, por los Plenos Regionales, o por Tribunales Colegiados de Circuito pertenecientes a distintas regiones.
- 7) De la aplicación de la fracción XVI del artículo 107 de la Constitución, relativo al incumplimiento de las sentencias de amparo<sup>127</sup>, excepto del incidente de cumplimiento sustituto, del cual conoce el órgano que haya emitido la sentencia de amparo.
- 8) Como he mencionado en el numeral dos y en la nota al pie número ciento diecisiete, del recurso de reclamación contra las providencias o acuerdos del Presidente o la Presidenta de la Suprema Corte de Justicia de la Nación, dictados durante la tramitación de los asuntos jurisdiccionales de la competencia del Pleno, con excepción del auto que deseche el recurso de revisión en amparo directo<sup>128</sup>.

Adicionalmente, el artículo 11 de la citada Ley Orgánica del Poder Judicial de la Federación otorga al Pleno de la Corte algunas otras atribuciones, de entre las cuales destacan las siguientes:

- 1) Nombrar a tres consejeras o consejeros del Consejo de la Judicatura Federal, por mayoría de al menos ocho votos, de entre las y los magistrados de circuito y las y los jueces de distrito ratificados conforme al artículo 97 de la CPEUM<sup>129</sup>.
- 2) Determinar, mediante acuerdos generales, la competencia por materia de las Salas y el sistema de distribución de asuntos que éstas deban conocer<sup>130</sup>.

---

<sup>126</sup> Son sujetos con legitimación para realizar las denuncias de contradicción de criterios entre: 1) las Salas de la Corte: las ministras y los ministros, los plenos regionales, los tribunales colegiados de circuito y sus integrantes, las magistradas y magistrados de los tribunales colegiados de apelación, las juezas y jueces de distrito, el Fiscal General de la República, el Ejecutivo Federal por conducto de la Consejería Jurídica del Gobierno, o las partes en los asuntos que motivaron la contradicción; 2) el Pleno o Salas de la Corte y las Salas del Tribunal Electoral: por las ministras y los ministros, por las salas, o por las partes en el asunto de origen; 3) los plenos regionales: los mismos órganos señalados en el numeral 1) de esta nota; 4) los tribunales colegiados de circuito de diferentes regiones: los mismos órganos señalados en el numeral 1), con la particularidad de que, respecto a los colegiados de circuito, éstos deben ser aquellos que hayan sustentado los criterios en contradicción. Respecto a estas reglas de legitimación cabe decir que no han sido correctamente armonizadas las disposiciones reglamentarias con las disposiciones constitucionales. *Cfr.* CPEUM, artículo 107, fracción 13; LOPJF, artículo 10, fracción 6; Ley de Amparo, artículos 226 y 227.

<sup>127</sup> Sobre las reglas para el cumplimiento y ejecución de sentencias de amparo, véase además el título tercero, artículos 192 a 214 de la ley de la materia.

<sup>128</sup> LOPJF, artículo 10, fracción 13.

<sup>129</sup> LOPJF, artículo 11, fracción 2.

<sup>130</sup> LOPJF, artículo 11, fracción 6.

- 3) Remitir asuntos para su resolución a los plenos regionales o a los tribunales colegiados de circuito, con la posibilidad de que éstos puedan hacer del conocimiento de la Corte cuando estimen que un asunto remitido debe ser resuelto por el propio Pleno<sup>131</sup>.
- 4) Resolver sobre las solicitudes de resolución prioritaria a instancia del presidente de alguna de las cámaras del congreso o del ejecutivo federal a través del consejero jurídico del gobierno, tal como lo establece el artículo 94 de la CPEUM<sup>132</sup>.
- 5) Especial mención merece la atribución que tiene el Pleno de la Corte para reglamentar la compilación, sistematización y publicación de las ejecutorias, tesis y jurisprudencias, así como de las sentencias en contrario que las interrumpan. Asimismo, es tarea de la Corte llevar un control sobre la estadística e informática judicial. Al discutir el capítulo cuatro de la presente investigación haré un recuento de las modificaciones que han sufrido las normas relativas a la sistematización de la jurisprudencia, en particular desde las reformas de 1994 y hasta las reformas recientes en materia de jurisprudencia por precedentes<sup>133</sup>.

### ***Funcionamiento de la Corte en Salas***

Cada una de las salas está integrada por cinco ministras o ministros, aunque basta la presencia de cuatro de ellos para que puedan funcionar. Las salas de la Corte tienen la facultad de conocer, de oficio o a petición del tribunal colegiado de apelación, del Ejecutivo Federal o del Fiscal General de la República en los asuntos en los que intervenga el Ministerio Público, de los recursos de apelación contra sentencias dictadas por jueces de distrito en las controversias ordinarias en que la Federación sea parte y que por su interés y trascendencia así lo ameriten<sup>134</sup>. Si bien la facultad de conocer de los recursos de apelación corresponde, en principio, a los Tribunales Colegiados de Apelación, como señalaré más adelante.

En términos generales y con las mismas reglas, las salas de la Corte comparten atribuciones con el Pleno. Al igual que éste, conocen: 1) sobre los medios de impugnación del amparo en los casos que ejerciten su facultad de atracción; 2) del amparo en revisión; del

---

<sup>131</sup> LOPJF, artículo 11, fracción 9.

<sup>132</sup> LOPJF, artículo 11, fracción 10.

<sup>133</sup> LOPJF, artículo 11, fracción 15.

<sup>134</sup> LOPJF, artículo 21, fracción 1. Sobre este punto, la ley orgánica establece una serie de reglas específicas para el ejercicio de la facultad de atracción en controversias ordinarias, véase: LOPJF, artículos 121-123.

3) amparo directo en revisión; 4) del amparo directo; 5) de los recursos de reclamación contra los acuerdos de trámite dictados por su presidente; y 6) de las denuncias de contradicción de criterios que sustenten los Plenos Regionales o los Tribunales Colegiados de Circuito pertenecientes a distintas regiones.

#### **b) Plenos Regionales**

En virtud de las citadas reformas, los Plenos Regionales sustituyen a los Plenos de Circuito, los cuales fueron creados con la reforma de 2011 como una forma de facilitar las labores de armonización de criterios jurisprudenciales a través de la división del trabajo. Así, corresponde a los plenos regionales decidir, en el marco de una contradicción de criterios entre tribunales colegiados de circuito de una misma región, cuál debe ser el criterio que prevalezca. Su integración consta de tres magistradas o magistrados de circuito ratificados; el cargo tiene una duración de tres años y puede ser prorrogado por un periodo igual.

Las denuncias sobre contradicción de criterios pueden ser interpuestas por los tribunales colegiados de circuito, el Fiscal General de la República en asuntos en materia penal y procesal penal, las y los jueces de distrito, las partes en los asuntos que los motivaron o el Ejecutivo Federal por conducto de la Consejería Jurídica<sup>135</sup>. La Constitución prevé la posibilidad de una eventual contradicción de criterios entre plenos regionales, por lo que establece que, previa denuncia de las ministras y los ministros de la Corte, de los propios plenos regionales, o de los órganos mencionados en el enunciado anterior, la Corte, en Pleno o Salas, tendrá que decidir sobre el criterio que deba prevalecer para efecto de fijar la jurisprudencia. Asimismo, los plenos regionales tienen la atribución de solicitar a la Suprema Corte que inicie el procedimiento de declaratoria general de inconstitucionalidad cuando, dentro de su región, hubiese sido emitida una jurisprudencia derivada de amparos indirectos en revisión en la que sea declarada la inconstitucionalidad de una norma general<sup>136</sup>.

En opinión de José Antonio Caballero, la adecuación de estos órganos, de tener una adscripción por circuito a tener una adscripción regional, permite que la resolución de las contradicciones tenga efecto en un ámbito espacial más amplio. No obstante, señala que dicha reforma es una más de las numerosas soluciones parciales que, desde 1951 con la creación

---

<sup>135</sup> CPEUM, artículo 107, fracción 13.

<sup>136</sup> LOPJF, artículo 42, fracción 3.

de los tribunales de circuito, han sido aprobadas con objeto de disminuir la carga de trabajo de la Corte<sup>137</sup>. Finalmente, un aspecto de interés consiste en que será el Consejo de la Judicatura el órgano que, mediante la emisión de acuerdos generales, establezca la circunscripción de los plenos regionales, los cuáles agruparán varios circuitos<sup>138</sup>.

### c) Tribunales Colegiados de Circuito

Los Tribunales Colegiados de Circuito fueron creados mediante la reforma de 19 de febrero de 1951 y su función principal fue y ha sido hasta ahora la de ayudar a combatir el rezago en los asuntos que, en principio, correspondían ser admitidos por la Suprema Corte<sup>139</sup>. Actualmente constituyen uno de los órganos más importantes del Poder Judicial de la Federación en razón del vasto número de asuntos de los cuáles conocen<sup>140</sup> y de las atribuciones que la Constitución y la Ley Orgánica de la materia les confieren.

El número, división de los circuitos, competencia territorial y especialización por materia, con fundamento en el artículo 94 de la Constitución, está establecido por el Acuerdo General 3/2013 del Pleno del Consejo de la Judicatura Federal (relativo a la determinación del número y límites territoriales de los circuitos judiciales en que está dividida la República Mexicana; y al número, a la jurisdicción territorial y especialización por materia de los tribunales de circuito y de los juzgados de distrito), el cuál será actualizado en lo sucesivo en virtud del cambio de denominación de los tribunales unitarios.

En materia de control de constitucionalidad, los Tribunales Colegiados de Circuito poseen amplias facultades para el conocimiento de los juicios de amparo directo contra resoluciones definitivas en las materias penal, administrativa, civil-mercantil y laboral, emitidas por autoridades locales —del orden común en asuntos penales y civiles-mercantiles— o federales. La Ley Orgánica además establece la posibilidad de que sean establecidos

---

<sup>137</sup> Caballero Juárez, José Antonio, *La reforma judicial de 2021. ¿Hacia dónde va la justicia?*, México, UNAM, Instituto de Investigaciones Jurídicas, 2021, Serie Estudios Jurídicos, núm. 360, pp. 43-46.

<sup>138</sup> CPEUM, artículo 94, párrafo séptimo.

<sup>139</sup> Fix-Zamudio, Héctor, *El poder judicial en el ordenamiento mexicano*, México, Fondo de Cultura Económica, 1996 (2003, 3ra reimpr.), Obras de política y derecho, p. 157.

<sup>140</sup> Suprema Corte de Justicia de la Nación, *Anexo Estadístico 2020. Panorama Nacional: Tribunales Colegiados de Circuito*, Dirección General de Estadística Judicial, p. 1: “Los tribunales colegiados de circuito durante el año estadístico 2020, recibieron 243,919 asuntos y resolvieron 277,426, lo que se traduce en una productividad del 113% para este periodo.”.



tribunales colegiados de circuito especializados, en relación con las materias generales mencionadas.

De la misma manera, son competentes para conocer de los recursos de queja, revisión, reclamación contra los acuerdos de trámite dictados por su presidente, y del recurso de inconformidad en el periodo de ejecución de sentencias. Particularmente, conocen del recurso de revisión respecto a las sentencias de amparo dictadas por jueces de distrito o por tribunales colegiados de apelación, así como de las sentencias dictadas por la persona superior del tribunal responsable, es decir, del recurso de revisión contra las resoluciones y sentencias definitivas del Tribunal de Justicia Administrativa, en los supuestos y con las reglas que contempla el artículo 63 de la Ley Federal del Procedimiento Contencioso Administrativo.

#### **d) Tribunales Colegiados de Apelación**

La denominación de los Tribunales Unitarios de Circuito ha pasado a ser la de Tribunales Colegiados de Apelación, en razón de que su composición cambió: de estar integrados por un solo magistrado o magistrada, ahora estarán integrados por tres de ellos. Con esta modificación, la composición de los colegiados de circuito, los plenos regionales y los colegiados de apelación ha sido homologada en tanto dichos órganos cuentan con el mismo número de miembros<sup>141</sup>.

En términos de control constitucional, los tribunales colegiados de apelación son competentes para conocer del amparo —indirecto— promovido en contra de actos de otros órganos de su misma naturaleza, siempre y cuando dichos actos no constituyan sentencias definitivas; respecto a las resoluciones definitivas en materia de amparo resueltas por los colegiados de apelación procede, como he dicho, el recurso de revisión a cargo de un tribunal colegiado de circuito.

En términos de control de legalidad, los colegiados de apelación constituyen la segunda instancia para resolver, en los juicios ordinarios federales, sobre los recursos de apelación y de denegada apelación<sup>142</sup>. Contra la sentencia definitiva de un tribunal colegiado de apelación, cuando actúe como tribunal de segunda instancia, sería procedente el amparo directo, del cual conocería, en principio, un tribunal colegiado de circuito. Finalmente, los

---

<sup>141</sup> LOPJF, artículo 25.

<sup>142</sup> LOPJF, artículo 35, fracciones 2 y 3.

tribunales colegiados de apelación son competentes para conocer de las controversias suscitadas entre las y los jueces de distrito sujetos a su jurisdicción, excepto en los juicios de amparo.

#### **e) Juzgados de Distrito**

Los Juzgados de Distrito son la puerta de entrada a la jurisdicción federal en México para determinados asuntos. En materia de jurisdicción ordinaria federal, la especialización de los juzgados está dividida en materia penal, civil y mercantil. En materia de control constitucional, su especialización está dividida en: 1) amparo en materia penal; 2) amparo en materia civil; 3) materia administrativa; 4) materia de trabajo.

Sobre los juzgados de distrito especializados en materia de amparo cabría destacar que son los órganos que mayores atribuciones concentran para el conocimiento del juicio de amparo indirecto pues, como hemos visto, los colegiados de apelación únicamente son competentes para conocer del amparo indirecto promovido contra órganos de su misma naturaleza<sup>143</sup>. En ese sentido, corresponde a los juzgados de distrito conocer del juicio de amparo contra normas generales; contra actos en juicio cuyos efectos sean de imposible reparación, o que afecten a personas extrañas dentro o fuera de aquél; contra actos u omisiones fuera de juicio o después de concluido; contra actos u omisiones que provengan de autoridades distintas de los tribunales judiciales, administrativos o del trabajo; y de las denuncias por incumplimiento de la declaratoria general de inconstitucionalidad en la materia de su competencia —penal, administrativa, civil, de trabajo—. Tienen también la facultad de denunciar las contradicciones de criterios ante el Pleno y las Salas de la Suprema Corte, así como ante los plenos regionales. Las y los jueces de distrito conocen además del incidente de cumplimiento sustituto<sup>144</sup>.

#### **2.4. Medios de control de la constitucionalidad en México**

A continuación, referiré algunas cuestiones elementales sobre las *garantías procedimentales* de la constitución, es decir, sobre los medios de control de la constitucionalidad. Al respecto, Héctor Fix-Zamudio señala que la jurisdicción constitucional puede ser de tres formas

---

<sup>143</sup> LOPJF, artículo 36.

<sup>144</sup> CPEUM, artículo 107, fracción VII; LOPJF, artículos 56-62; Ley de Amparo, artículo 107.

distintas: 1) jurisdicción constitucional de la libertad; 2) jurisdicción constitucional orgánica; 3) jurisdicción constitucional transnacional<sup>145</sup>.

Para efectos del presente estudio, me interesa sobre todo desarrollar las primeras dos formas<sup>146</sup>. En primer lugar, señala Fix, la jurisdicción constitucional de la libertad —definición debida a Mauro Cappelletti— “comprende el estudio de los instrumentos [...] para la tutela de los derechos fundamentales de la persona humana en sus dos dimensiones inseparables: individual y social” e incluye tanto los instrumentos procesales como otros mecanismos de protección de derechos humanos. Como parte de este rubro, respecto a México, considero al juicio de amparo, la declaratoria general de inconstitucionalidad, las acciones de inconstitucionalidad y controversias constitucionales —cuando en el fondo son resueltas cuestiones de derechos humanos—, las recomendaciones que realiza la Comisión Nacional de Derechos Humanos y el juicio para la protección de los derechos político-electorales. En segundo lugar, la jurisdicción constitucional orgánica “es aquella dirigida a la protección diversa de las disposiciones y principios constitucionales que consagran las atribuciones de los diversos órganos del poder”. En este rubro considero a las controversias constitucionales, las acciones de inconstitucionalidad, el juicio político y el juicio de revisión constitucional electoral.

En interés del presente estudio, en el siguiente apartado referiré algunas generalidades en relación con tres de los mecanismos referidos: 1) el juicio de amparo —con alguna referencia a la declaratoria general de inconstitucionalidad—; 2) las acciones de inconstitucionalidad; y 3) las controversias constitucionales. Lo anterior únicamente con fines expositivos, sin el ánimo de ser exhaustivos.

#### **a) Juicio de amparo**

El juicio de amparo es un medio de control de la constitucionalidad cuyo objeto es la protección de los derechos humanos y sus garantías, contenidos tanto en la Constitución

---

<sup>145</sup> Fix-Zamudio, Héctor, *El poder judicial en el ordenamiento...*, cit., p. 26.

<sup>146</sup> Es importante señalar que el uso de esta distinción persigue únicamente fines pedagógicos, pues, en los hechos, las diferencias entre jurisdicción orgánica y jurisdicción constitucional de la libertad no son del todo definitivas, en tanto que el deber de respeto y garantía de los derechos humanos implica que un examen de constitucionalidad de esta naturaleza pueda realizarse en cualquiera de los mecanismos mencionados. Al respecto, véase el artículo 71 de la Ley Reglamentaria de las fracciones I y II del artículo 105 de la CPEUM.

como en los tratados internacionales de los que México es parte. Los efectos de su concesión, de acuerdo con el artículo 77 de la ley en la materia, consisten en restituir al quejoso, titular del derecho afectado, en el goce del derecho violado, cuando el acto reclamado sea de carácter positivo; si éste es de carácter negativo, en obligar a la autoridad responsable a respetar el derecho que en cuestión y a cumplir lo que el mismo exija.

De acuerdo con la vía para su tramitación el amparo puede ser directo o indirecto. El amparo directo, también llamado amparo de una sola instancia o amparo judicial, es procedente contra resoluciones definitivas dictadas por tribunales judiciales, administrativos, agrarios o del trabajo. El amparo indirecto, llamado bi-instancial, procede contra normas generales; contra actos u omisiones cometidos dentro, fuera o después de concluido el juicio; contra actos u omisiones de autoridades administrativas; contra actos de autoridad que no tenga el carácter de sentencias definitivas; así como contra actos en el procedimiento que sean de imposible reparación.

Intervienen en este juicio las siguientes partes: 1) el quejoso, que puede ser cualquier persona física o moral que aduzca tener un derecho subjetivo, y con ello un interés jurídico o legítimo en interponer tal juicio. Pueden revestir tal carácter los servidores públicos de la federación, estados y municipios cuando la norma general, acto u omisión, afecten su patrimonio respecto de las relaciones jurídicas en que mantengan un plano de igualdad con los particulares; 2) la autoridad responsable, la cual dicta, ordena, ejecuta o trata de ejecutar el acto que crea, modifica o extingue situaciones jurídicas en forma unilateral y obligatoria; que omite llevar a cabo el acto que, de realizarse, crearía, modificaría o extinguiría dichas situaciones jurídicas; y 3) los terceros interesados, que son aquellas persona para quien resulta jurídicamente conveniente la subsistencia del acto reclamado, por ejemplo: la contraparte del quejoso cuando el acto reclamado provenga de una controversia jurisdiccional, las víctimas u ofendidos, el indiciado en un proceso penal o incluso el Ministerio Público.

Los principios constitucionales que rigen a este juicio están contenidos en el artículo 107 de la CPEUM. El amparo es un mecanismo que funciona *a instancia de parte*, al ser promovido por aquella persona que aduzca ser titular de un derecho y cuya esfera jurídica sea vulnerada en forma directa, o bien que posea interés legítimo individual o colectivo. Los efectos de las sentencias de amparo son *relativos* en tanto que, en principio, sólo repercuten

en la esfera jurídica de las personas que intervienen en su tramitación. Asimismo, es un juicio que procede sólo cuando han sido *agotados todos los recursos ordinarios* en la materia que corresponda y cuya *prosecución* corre a cuenta de los órganos que la Constitución y las leyes facultan expresamente para ello.

### ***Declaratoria general de inconstitucionalidad***

Respecto al juicio de amparo opera una figura de incorporación relativamente reciente en el ordenamiento jurídico mexicano: la declaratoria general de constitucionalidad. Dicha figura está instituida en la fracción II del artículo 107 de la CPEUM, y regulada en el título cuarto, capítulo VI de la Ley de Amparo. El procedimiento consiste en lo siguiente: cuando en los juicios de amparo indirecto en revisión la Suprema Corte, ya sea el pleno o alguna de sus salas, sienta jurisprudencia y con ello determina la inconstitucionalidad de una norma general, es procedente que su Presidente notifique tal determinación a la autoridad emisora de la norma. A partir de la notificación, es computado un plazo de 90 días naturales al término de los cuales, de no ser superado el problema de inconstitucionalidad mediante, por ejemplo, una reforma legislativa, la Corte podrá emitir, siempre y cuando cuente con una mayoría de ocho votos, una declaratoria general de inconstitucionalidad la cual, como su nombre lo indica, surte efectos *erga omnes* a partir del momento de su publicación. La declaratoria general de inconstitucionalidad es al juicio de amparo lo que la declaratoria de invalidez es a las controversias constitucionales y las acciones de inconstitucionalidad.

### **b) Controversia constitucional**

Es un mecanismo de control de la constitucionalidad cuyo objeto es resolver las controversias de índole competencial que, sobre la constitucionalidad de normas generales, actos u omisiones, surjan entre los órganos del Estado constitucionalmente legitimados, con el propósito de preservar el principio de división de poderes contenido en el artículo 40 de la Constitución. Como he mencionado, las controversias constitucionales y las acciones de inconstitucionalidad son de competencia exclusiva de la Suprema Corte de Justicia de la Nación.

El artículo 105, fracción I de la CPEUM establece los asuntos en los que proceden las controversias constitucionales, a partir de la enunciación de supuestos de conflicto entre los sujetos legitimados. En primer lugar, dichos sujetos son: la Federación, las Entidades

Federativas, los Municipios y alcaldías de la Ciudad de México, el Ejecutivo Federal, el Congreso de la Unión, las cámaras que lo integran y su comisión permanente, los Poderes de las Entidades Federativas y los órganos constitucionales autónomos tanto federales como locales. En segundo lugar, los supuestos de controversia planteados por la Constitución y la ley pueden darse entre: 1) la Federación y una entidad federativa o municipio; 2) el Ejecutivo Federal y el Congreso de la Unión, cualquiera de las cámaras que lo integran o la comisión permanente; 3) una entidad federativa y otra; 4) dos municipios de distintos Estados; 5) entre dos poderes de una misma entidad federativa; 6) entre un Estado y uno de sus municipios; 7) entre una entidad federativa y un municipio de otra o una demarcación territorial de la Ciudad de México; 8) entre dos Órganos Constitucionales Autónomos de una entidad federativa, y entre uno de éstos y el Ejecutivo o Legislativo de dicha entidad; y 9) entre dos Órganos Constitucionales Autónomos federales, y entre estos y el Ejecutivo Federal o el Congreso.

### **c) Acción de inconstitucionalidad**

Es un mecanismo de control de la constitucionalidad de carácter abstracto, es decir que no implica la existencia de una controversia *inter partes*, cuyo objeto es plantear posibles contradicciones entre una norma de carácter general y la Constitución; a diferencia del juicio de amparo, inclusive las de carácter electoral. La acción abstracta de inconstitucionalidad es uno de los mecanismos de control constitucional más noveles en el derecho mexicano, pues a diferencia de las controversias constitucionales, más longevas, que existían desde la Constitución de 1824 y cuya regulación ha cambiado paulatinamente, la incorporación de dichas acciones tuvo lugar hasta la reforma judicial de 1994.

El ejercicio de control abstracto de constitucionalidad es procedente para examinar, en general: 1) leyes federales; 2) tratados internacionales celebrados por el Estado mexicano; 3) leyes estatales; y, en particular: 4) leyes electorales, locales o federales; 5) leyes federales, locales y tratados internacionales que vulneren derechos humanos; 6) leyes federales, locales y tratados internacionales que vulneren el derecho al acceso a la información pública y la protección de datos personales; 7) leyes federales y locales en materia penal y procesal penal. La Constitución señala que el plazo para ejercitar dichas acciones es de 30 días posteriores a la fecha de publicación de la norma. De acuerdo con la fracción II del artículo 105 de la Constitución, los sujetos legitimados para su ejercicio son:

- 1) El equivalente al 33% de los integrantes de la Cámara de Diputados, en contra de leyes federales.
- 2) El equivalente al 33% de los integrantes del Senado, en contra de leyes federales o de tratados internacionales celebrados por el Estado mexicano.
- 3) El Ejecutivo federal, por conducto del Consejero Jurídico del Gobierno, contra normas generales tanto federales como estatales.
- 4) El equivalente al 33% de los integrantes de alguna de las legislaturas de las entidades federativas contra leyes expedidas por el propio órgano.
- 5) Los partidos políticos con registro ante el INE, por conducto de sus dirigencias nacionales, contra leyes electorales federales o locales; y los partidos políticos con registro en una entidad federativa, a través de sus dirigencias, sólo contra leyes electorales expedidas por la legislatura de la entidad federativa en que les fue otorgado el registro.
- 6) La CNDH, contra leyes federales o de las entidades federativas, así como de tratados internacionales, celebrados por el ejecutivo y ratificados por el senado, que vulneren los derechos humanos reconocidos por la Constitución y los tratados de los que México sea parte. Igualmente, las comisiones estatales contra leyes expedidas por las legislaturas.
- 7) El INAI, contra leyes federales, locales y tratados internacionales que vulneren el derecho al acceso a la información pública y la protección de datos personales. Asimismo, los órganos garantes equivalentes en las Entidades Federativas, contra las leyes de las legislaturas, y
- 8) El Fiscal General de la República respecto a leyes federales y de las entidades federativas en materia penal y procesal penal, así como las relacionadas con el ámbito de sus funciones.

Como he adelantado, respecto a las controversias constitucionales y acciones de inconstitucionalidad opera una figura conocida como declaratoria de invalidez. Dicha declaratoria es consecuencia de la determinación que tome la Corte en la sentencia emitida respecto a los asuntos sometidos a su consideración. Esto significa que, cuando en una sentencia la Corte determine la invalidez de una norma general, los efectos de dicha determinación son de carácter general, pues además éstos afectan a todas aquellas normas

cuya validez dependa de la propia norma invalidada. Para que dicha declaratoria surta efectos respecto a las normas impugnadas es requerida una mayoría calificada de ocho votos.

Hasta aquí concluye el análisis de la estructura orgánica del Poder Judicial de la Federación en México y con ello el primer bloque de este trabajo de investigación, el cual estuvo dedicado a describir los fundamentos de la jurisdicción constitucional. Una vez que han sido estudiadas las nociones elementales de dicha figura y repasados los aspectos estructurales, tanto orgánicos como procedimentales, del caso mexicano, es posible adentrarse en el estudio de la figura del precedente judicial. Los siguientes dos capítulos tendrán una metodología parecida a la que seguí en los primeros. En primer lugar, realizaré un análisis teórico-conceptual sobre el precedente judicial (tercer capítulo) que incluirá además un breve *excursus* sobre el problema de la legitimidad de la jurisdicción constitucional, aspecto que considero de sumo interés para entender la dinámica de aplicación del precedente y su relación con la dimensión de autoridad formal y real de la jurisprudencia. Posteriormente correlacionaré dichos aspectos teóricos con la reforma judicial que tuvo lugar en México en el año 2021, especialmente en lo relativo a la introducción del sistema de creación de jurisprudencia por precedentes obligatorios. Lo anterior me permitirá realizar un análisis de dicha reforma, así como una reflexión en torno a algunos de los que considero retos y oportunidades cruciales para la impartición de justicia en materia constitucional en el marco de la misma.



## CAPÍTULO III. ANÁLISIS TEÓRICO-CONCEPTUAL DEL PRECEDENTE JUDICIAL

### 3.1. Introducción

En el presente capítulo expondré un sustento teórico para el estudio del nuevo sistema de jurisprudencia por precedentes en México. Para lograrlo, explicaré brevemente algunas de las características, diferencias y similitudes entre la tradición jurídica romano-germánica y el *common law*, particularmente en lo que atañe a sus sistemas de fuentes. En el mismo sentido, describiré cómo es que en la práctica las diferencias entre una y otra tradición han decrecido y cómo es que ciertos mecanismos, en principio representativos de una de ellas, han sido adaptados en las prácticas jurídicas de sistemas originalmente asociados a otra

Posteriormente, precisaré algunas cuestiones conceptuales en torno a la institución jurídica del precedente. Para ello, utilizaré referentes teóricos tanto de países pertenecientes a la tradición del *common law* como de países propios de la tradición romano-germánica, lo que me permitirá apreciar notas características en torno a los procesos de adaptación que dicho concepto ha tenido en los sistemas asociados con el derecho civil, particularmente, aunque no de forma exclusiva, en la región de América Latina. Estudiaré la definición del concepto de precedente, los principios que rigen su aplicación (igualdad ante la ley, seguridad jurídica, coherencia decisional, certeza, fiabilidad y predictibilidad), el fundamento de su vinculatoriedad y autoridad (precedente vinculante y precedente persuasivo), su tipología (precedente vertical y horizontal), los elementos que lo conforman y los procedimientos para diferenciarlos y extraerlos (*ratio decidendi* y *obiter dicta*), así como las excepciones prácticas para justificar su inaplicación en casos concretos (*distinguishing* y *overruling*).

Hacia el final de este apartado haré una reflexión sobre el contexto de aplicación del precedente en algunos países de América Latina. Esta sección permitirá dar cuenta de las particularidades que han existido en los procesos de adaptación de esta institución, así como del surgimiento de una disciplina de precedentes adaptada a las necesidades contemporáneas de estos países, misma que está en proceso de consolidación y que cuenta con un número creciente de acercamientos teórico-conceptuales que permiten considerar la viabilidad de una teoría del precedente para América Latina. Finalmente, incluyo un breve *excursus* de un tópico que considero crucial para el estudio de este tema, que es el de la problemática de la legitimidad de la jurisdicción constitucional.

## 3.2. Sobre las tradiciones jurídicas romano-germánica y el *common law*: características, diferencias y similitudes

### a) Distinción entre tradición jurídica y sistema jurídico

Merryman y Pérez-Perdomo distinguen entre tradición y sistema jurídico. Por un lado, el concepto de tradición jurídica integra una concepción cultural, históricamente condicionada, sobre la naturaleza, función, organización y operación del derecho en el marco de un contexto sociopolítico determinado. La idea de tradición entrelaza concepciones sobre las características que informan los procesos de creación, aplicación y enseñanza del derecho. En general suelen identificarse dos tradiciones predominantes en el mundo occidental: la tradición romano-germánica y la tradición del *common law*. El concepto de sistema jurídico, por otro lado, consiste en “un conjunto operativo de instituciones, procedimientos y reglas legales” y es, en tanto ello, sólo “una expresión parcial” de la cultura a la que pertenece<sup>147</sup>. En este sentido, la noción de sistema jurídico alude, en principio, a la forma de organización del derecho en una comunidad determinada. Dada la proliferación del Estado como modelo de organización política, es razonable suponer que “hay tantos sistemas legales como Estados y organizaciones”, aunque creo que la expresión es igualmente útil para referir el derecho de comunidades que preservan formas de organización distintas a la estatal.

En ese sentido es posible, por ejemplo, identificar al sistema jurídico mexicano y distinguirlo de otros sistemas jurídicos nacionales como el colombiano o el chileno, sistemas respecto a los cuales, no obstante, es posible reconocer numerosas similitudes en tanto que provienen de la tradición jurídica romano-germánica, también llamada europea-continental o simple y llanamente de derecho civil. También es posible mencionar al sistema jurídico inglés, el australiano y el estadounidense, los cuales forman parte de la tradición jurídica del *common law*, misma que es traducida como tradición de derecho común y a veces también, de manera impropia, como tradición de derecho consuetudinario<sup>148</sup>.

---

<sup>147</sup> Merryman, John Henry y Pérez-Perdomo Rogelio, *La tradición jurídica romano-canónica*, trad. de Eduardo Suárez y José María Imaz, México, Fondo de Cultura Económica, 2015, Breviarios del Fondo de Cultura Económica, pp. 13-14.

<sup>148</sup> Es interesante la observación que hace Diego López Medina acerca de la identificación usualmente recurrente en los países de tradición romano-germánica del derecho jurisprudencial con la expresión “derecho consuetudinario”. Propone que el equívoco proviene quizás de la antigua concepción inglesa de que el derecho del pueblo era manifestado a través de las decisiones judiciales. Sin embargo,

En el siguiente apartado daré cuenta brevemente de las características de cada una de las tradiciones mencionadas con el propósito de identificar las diferencias más sustanciales, pero también de advertir las semejanzas que paulatinamente comienzan a ser más numerosas. Por lo pronto, adelantaría que uno de los elementos de distinción más recurrentes es el sistema de fuentes: mientras que la noción de legalidad predomina en la tradición romano-germánica, la noción de creación judicial del derecho es preponderante en la tradición del *common law*.

#### **b) Tradición jurídica romano-germánica**

David y Jauffret-Spinozi denominan romano-germánica a la tradición jurídica surgida en Europa continental durante el siglo XIII, el cual está caracterizada por tener un franco raigambre histórico en el derecho romano y en la posterior adaptación que de éste hicieron los pueblos germanos conquistadores durante los siglos siguientes a la caída del imperio romano de oriente. De acuerdo con estos autores, es una tradición ampliamente difundida en el mundo entero, que ha proliferado sobre todo en los países de América Latina, África y algunos países orientales, como Japón e Indonesia<sup>149</sup>. Su amplia difusión, afirman, posee un fuerte nexo de causalidad con los procesos de colonización y, sobre todo, con la técnica jurídica de la codificación, misma que gozó de gran fecundidad durante el siglo XIX. Otro autor, George Mousourakis, explica que al referir a los sistemas de derecho civil como una sola familia jurídica, el énfasis está puesto en que, a pesar de que existen diferencias entre contextos nacionales, éstos poseen una unidad fundamental. Si bien es complejo atribuir una nota de homogeneidad a la tradición jurídica romano-germánica, como señala el autor, pues cada sistema atribuye particularidades específicas a dicha tradición a fin de conformar su derecho interno, es posible destacar algunas características consustanciales a una gran parte de los países adscritos a esta tradición<sup>150</sup>.

---

puntualiza que la acepción contemporánea de *common law* da cuenta en realidad de una tradición cuya nota distintiva es el derecho de origen jurisprudencial. Para hablar de derecho consuetudinario la expresión correcta es la de *customary law*. (Véase López Medina, Diego Eduardo, *El derecho de los jueces. Obligatoriedad del precedente constitucional, análisis de sentencias y líneas jurisprudenciales y teoría del derecho judicial*, 2ª ed., Colombia, Legis, 2006, p. 293, nota al pie núm. 57).

<sup>149</sup> David, René y Jauffret-Spinozi, Camille, *Los grandes sistemas jurídicos contemporáneos*, trad. de Jorge Sánchez Cordero, 11ª edición, México, UNAM, Instituto de Investigaciones Jurídicas, 2010, p. 21.

<sup>150</sup> Mousourakis, George, *Comparative law and legal traditions. Historical and contemporary perspectives*, Cham, Springer, 2019, p. 238.

Entre las características comunes que Mousourakis propone para estos sistemas cabe mencionar: 1) la prevalencia de fuentes escritas (códigos, leyes, decretos y ordenanzas) por encima de fuentes como la costumbre o la jurisprudencia; 2) la codificación del derecho, como producto de las ideas racionalistas que prevalecieron en Europa entre los siglos XVIII y XIX, pero cuyas raíces pueden encontrarse en los esfuerzos codificadores de Justiniano durante el siglo VI; 3) un predominio del derecho privado en la construcción de conceptos y principios del derecho; 4) una marcada distinción entre derecho público y privado, así como un fenómeno de especialización entre ramas de derecho privado, tales como el derecho civil y el derecho del comercio, que no existe propiamente en los países del *common law*, 5) una clara diferenciación entre derecho sustantivo y derecho procesal; 6) un procedimiento inquisitorial en la toma de decisiones jurisdiccionales; 7) que el razonamiento jurídico es esencialmente deductivo: el derecho es más bien “descubierto” en lugar de “creado”; 8) el estudio del derecho es una empresa esencialmente intelectual, que apunta hacia el establecimiento de principios, categorías generales y conceptos. El estudio de casos es útil para entender la práctica del derecho, pero no su esencia; y 9) las contribuciones de los doctrinarios gozan de un innegable prestigio: la enseñanza jurídica en las universidades toma la forma de panorámicas o introducciones generales a los diversos campos del derecho: “en los sistemas civilistas, la fuente principal del conocimiento jurídico ha sido siempre el libro de texto, más que el libro de casos”<sup>151</sup>.

De entre estas características me interesa resaltar una: la prevalencia de la legislación como fuente de derecho respecto de otras fuentes como la jurisprudencia y la costumbre. Dicha característica es destacable en virtud de que la teoría la reconoce como una nota distintiva respecto a la jerarquía de fuentes que mantiene el *common law*, tradición en la que la principal fuente de derecho puede hallarse en los criterios vinculantes derivados de las resoluciones judiciales emitidas por los órganos facultados para emitirlas, con base en la doctrina de *stare decisis et quieta non movere* (atenerse a lo decidido), como desarrollaré más adelante. Si bien es cierto que históricamente ha existido dicha prevalencia, David y Jauffret-Spinosi reconocen que “aun preconizando una nueva técnica, la de la codificación,

---

<sup>151</sup> *Ibidem*, pp. 242-246.

nunca se llegó al extremo de confundir al derecho con la ley y que sólo a través del estudio de las leyes se pudiera acceder al conocimiento del derecho”<sup>152</sup>.

La exaltación de lugar primordial con que ha sido identificada la ley es comprensible a partir de diferentes fenómenos históricos como la revolución francesa, la noción de “voluntad general” de Jean Jacques Rousseau durante la época de la ilustración y el proceso de codificación sucesivo en Europa —que tuvo lugar primero en Francia a raíz del código Napoleón, y luego en otros países tales como Austria, Suiza, Alemania y hasta Rusia— La premisa fundamental de los países de tradición civilista consistía en que la ley era un producto de la convicción del pueblo erigida a través de sus representantes. La idea de que la ley constituía un todo coherente, claro y completo implicaba que la labor de los jueces era simplemente la de aplicar lo dicho en la ley, con una posibilidad de interpretar que era más bien residual<sup>153</sup>.

Lo cierto es que no todo en la historia de la tradición romano-germánica ha sido el culto reverencial a la ley o el código. Prueba de ello son las ideas plasmadas por el jurista francés François Géný en su *Méthode d'interprétation et sources en droit privé positif*, publicado en el año 1919. Crítico de sus coetáneos, el connotado antiformalista y partidario de la libre investigación científica en el derecho sostenía que era necesario “renunciar a encontrar en la ley escrita una fuente completa y suficiente de soluciones jurídicas”<sup>154</sup> en tanto que no era posible satisfacer las necesidades concretas de la vida jurídica sólo a través de la misma, pues dichas necesidades tienen un carácter complejo, dinámico y variado que en ocasiones termina por escapar a la “fórmula rígida del texto legal”. Hace falta un intermediario, señala, que sea capaz de “adaptar esta fórmula a las situaciones y circunstancias para las cuales está escrita. Este intermediario es precisamente el intérprete del derecho y, particularmente en los litigios concretos, el juez”. En ese sentido, la labor del legislador no puede ser otra que determinar “líneas generales de un cuadro jurídico dado” mientras que el juzgador, como aplicador —e intérprete— debería “llenarlo según los detalles de los casos concretos”<sup>155</sup>.

---

<sup>152</sup> David, Rene y Jauffret-Spinozi, Camille, *op. cit.*, p. 73

<sup>153</sup> Un ejemplo son las reglas de interpretación de los contratos, que no de la ley, que incluía el código civil de Napoleón, retomadas en buena medida del trabajo realizado por Robert Pothier en su *Traité des Obligations* de 1761.

<sup>154</sup> Géný, Francois, *Método de interpretación y fuentes en derecho privado positivo*, prólogo de Raymundo Saleilles, 2ª edición, Madrid, Reus, 1925, p. 194.

<sup>155</sup> *Ibidem*, p. 202.

### c) Tradición jurídica del *common law*

En 1066, la conquista normanda en Inglaterra dio como resultado el fenecimiento paulatino de la organización tribal de los pueblos de origen germano —los cuales habían ocupado el territorio tras el cese de la dominación romana— para dar paso a un sistema de organización feudal instaurado por Guillermo el Conquistador, vencedor de la batalla de Hastings. Con el paso del tiempo, la Corona inglesa tuvo necesidad de afianzar su poder y uno de sus ejes de acción tuvo que ver con la administración de justicia, misma que había sido impartida hasta entonces por cortes locales (*Hundred Courts*) y por las cortes señoriales emergentes. El rey Enrique II (1154-1189) dividió el territorio en circuitos regionales y envió a jueces para que, en su representación, resolvieran controversias con base en las costumbres locales. La labor de estos jueces de circuito —y de la *curia regis* que fue dividida posteriormente en tres cortes diferentes: *common pleas*, *court of appeals* y *king's bench*— consistió en unificar los usos locales, a través de su validación o repudio, lo que dio paso al surgimiento de un único derecho basado en la uniformidad de las costumbres y de conformación jurisdiccional: el *common law*<sup>156</sup>.

La tradición jurídica del *common law* fue ampliamente difundida en el mundo gracias al colonialismo y al fenómeno de la recepción. Es la tradición seguida por los sistemas miembros de la *Commonwealth* británica, tales como Australia o Canadá, y por otros países como Estados Unidos, India, Sudáfrica, India y Singapur. Sobre ella, señala Mousourakis que “es típicamente identificada como un derecho casuístico, un cuerpo de principios jurídicos desarrollado por medio de decisiones judiciales [...]. Mientras que el derecho legislado deriva de los actos de un Parlamento, el *common law* está hecho por los jueces: deriva de las cortes que aplican los principios desarrollados en casos pasados que involucran situaciones fácticas similares”<sup>157</sup>. En ese tenor, toma sentido la afirmación hecha por Duxbury: “*Case law, we might say, unlike statute law, tends to be analogized rather than interpreted*”<sup>158</sup>, aunque tendría que puntualizar que el razonamiento *per analogiam* constituye en rigor un método de interpretación.

---

<sup>156</sup> Mousourakis, George, *op. cit.*, p. 253-255; Lewis, Andrew D. E., “*Common law*”, *Encyclopedia Britannica* [en línea, agosto 2022], <<https://www.britannica.com/topic/common-law>>.

<sup>157</sup> Mousourakis, George, *op. cit.*, p. 252.

<sup>158</sup> Duxbury, Neil, *The nature and authority of precedent*, Cambridge, Cambridge University Press, 2008, p. 59.

David y Jauffret-Spinosi sostienen que es un derecho de carácter eminentemente jurisprudencial. Esto implica que los criterios jurisdiccionales no están reducidos al ámbito de aplicación de la ley, como puede ser el caso de los sistemas civilistas tradicionalmente considerados, sino que tiene lugar también en el proceso de creación del derecho. Señalan que “[l]a obligatoriedad de observar las reglas que han sido creadas por los jueces (*stare decisis*) y de respetar los precedentes judiciales, es el fundamento de un sistema de derecho jurisprudencial”<sup>159</sup>. Sin embargo, apuntan que la regla del precedente no tuvo lugar en Inglaterra sino hasta la primera mitad del siglo XIX, cuando fue impuesta a los jueces la obligación de “observar las reglas de derecho creadas por sus predecesores”.

Sobre este último particular, el autor Neil Duxbury propone que el afianzamiento de la doctrina del *stare decisis* en Inglaterra está asociado con ciertos cambios en la manera en que eran llevados los juicios durante el siglo XVI. Explica que durante esa época las partes involucradas comenzaron a formular alegatos antes de la celebración de las audiencias, por lo que la discusión de los argumentos referidos a dichos alegatos era atendida de manera posterior a la emisión del veredicto. En la medida en que los jueces comenzaron a producir decisiones razonadas, señala el académico inglés, el derecho casuístico comenzó a tomar la forma de precedente judicial. Asegura que este proceso estuvo acompañado por el establecimiento de reportes judiciales, el uso de técnicas estenográficas a cargo de quienes reportaban las decisiones y, por supuesto, por la institucionalización de una estructura judicial de apelación jerárquica<sup>160</sup>. David y Jauffret-Spinosi sostienen también que existió una relación de causalidad entre el fortalecimiento del *common law* y el reconocimiento de la autoridad del precedente durante la época de los Tudor, en la que el sistema tradicional del *common law* —que por entonces había adquirido un tinte bastante formalista— competía con la jurisdicción de *equity*, la cual era ejercida bajo la prerrogativa real por el canciller del reino y que tenía un fuerte sustento en el derecho canónico<sup>161</sup>.

Considero que el afianzamiento de la regla del precedente en los sistemas del *common law* durante la época moderna corresponde con el ideal racionalizador en que estuvo basado el pensamiento de la ilustración. Tanto el fenómeno de la codificación como la regla del

---

<sup>159</sup> David, René y Jauffret-Spinosi, Camille, *op. cit.*, p. 265.

<sup>160</sup> Duxbury, Neil, *op. cit.*, p. 25.

<sup>161</sup> David, René y Jauffret-Spinosi, Camille, *op. cit.*, p. 221-225.

precedente persiguieron un mismo propósito, el de dar coherencia y sistematicidad a la fuente jurídica que, por razones histórico-políticas dadas, según el contexto, tenía prevalencia. Por un lado, si lo relevante era proteger la ley como una manifestación de la voluntad general del pueblo, entonces era necesario ordenarla y blindarla contra toda posible interpretación supuestamente malintencionada de los jueces, quienes habían sido considerados como funcionarios más bien tiránicos hasta antes de la revolución francesa; por otro lado, si lo relevante era dotar de autoridad al derecho de creación jurisprudencial cuya conformación remontaba a una tradición seguida durante siglos, entonces lo pertinente era ordenarlo y establecer las reglas necesarias para asegurar su observancia.

En Estados Unidos, el profesor Roscoe Pound reflexionaba en su *The spirit of the common law*, sobre los nuevos alcances que la doctrina de creación del derecho asociada al *common law* comenzaba a tener durante la primera mitad del siglo XX. De acuerdo con Pound, la influencia del *common law* podía ser atribuida a una doctrina de precedentes que combinaba el ideal de certeza con un poder de crecimiento. La certeza es guiada por la analogía, mientras que el crecimiento está asegurado en tanto que el principio que guía un caso no es fijado autoritativamente de una vez y para siempre, sino que es descubierto de forma gradual mediante un proceso de inclusión y exclusión de nuevos casos.<sup>162</sup> Así lo reconocería también el juez Benjamin Cardozo al reconocer en el proceso judicial, tan importante en la historia del *common law* que “*logic, and history, and custom, and utility, and the accepted standards of right conduct, are the forces which singly or in combination shape the progress of the law*”<sup>163</sup>.

Pound reconoce dos doctrinas fundamentales del *common law* en sentido moderno, a saber, la doctrina de precedentes y la doctrina de supremacía del derecho, detrás de las cuales yace el mismo espíritu: el seguimiento de la razón por encima del capricho o la arbitrariedad. La doctrina de precedentes conlleva que las causas deben ser juzgadas mediante principios alcanzados inductivamente a partir de la experiencia judicial del pasado, no de la deducción de reglas establecidas arbitrariamente por la voluntad de un soberano. Señala pues que “es la razón y no la voluntad arbitraria lo que constituye el fundamento último de una decisión”<sup>164</sup>.

---

<sup>162</sup> Pound, Roscoe, *The spirit of the common law*, Lincoln, University of Nebraska, 1921, p. 182.

<sup>163</sup> Cardozo, Benjamin, *The nature of the judicial process*, New Haven, Yale University Press, 1921, The Storrs Lectures Series, p. 112.

<sup>164</sup> *Idem*.



Así, el autor postula que la doctrina del *common law* es una doctrina de “razón aplicada a la experiencia” y que por tanto asume que la experiencia es el fundamento más satisfactorio para establecer estándares de acción y principios decisionales.

Si bien la tradición del *common law* ha sido identificada como una que da prevalencia a las decisiones jurisdiccionales a fin de formar un canon jurisprudencial que sea útil para la resolución de casos futuros, lo cierto es que paulatinamente ha habido un acercamiento entre dicha tradición y la tradición del derecho civil. Este acercamiento ha dado lugar a que el *common law* no sea ya la única tradición en que un mayor peso o importancia es asignado a las decisiones judiciales. En México, en el año de 1956, el profesor Luis Recaséns Siches postuló su *lógica de lo razonable* como método de interpretación, a fin de comprender el funcionamiento del derecho en su aspecto práctico y contencioso, como una especie de contrapartida al mito de que una lógica formal, matemática o de lo *racional* era suficiente para comprender el funcionamiento y aplicación del derecho en todos sus niveles.

El profesor Recaséns explicaba que “[...] la lógica tradicional es meramente enunciativa del ser y del no ser, pero no contiene puntos de vista de valor ni estimaciones sobre corrección de fines, ni sobre congruencia entre medios y fines, ni sobre eficacia de los medios en relación con un determinado fin”<sup>165</sup>. Por el contrario, la *lógica de lo razonable* debe estar circunscrita a las condiciones sociales bajo las cuales están hechas y funcionan las normas jurídicas, además de estar dirigida por la experiencia tanto individual como sociohistórica. Esto condujo a que el autor planteara diferentes *razones de adecuación* entre los que consideró factores determinantes, es decir, entre las condiciones de la realidad social y los medios, fines y valores que fueran importantes en términos de conveniencia, eficacia y corrección ética<sup>166</sup>. La aportación del profesor Recaséns Siches me parece de suma relevancia para reafirmar que la creación del derecho en sede judicial no consiste en una actividad mecánica, sino en una eminentemente argumentativa. En el siguiente apartado profundizaré en algunas de estas nociones, a propósito del estudio del precedente judicial, no únicamente desde la perspectiva del *common law*, sino también a la luz de la doctrina de países de tradición civilista.

---

<sup>165</sup> Recaséns Siches, Luis, “El logos de “lo razonable” como base para la interpretación jurídica”, *Revista de Filosofía Diánoia*, vol. 2, núm. 2, 1956, p. 44.

<sup>166</sup> Recaséns Siches, Luis, “The logic of the reasonable as differentiated from the logic of the rational (human reason in the making and the interpretation of the law)”, en Newman, Ralph A. (ed.), *Essays in Jurisprudence in Honor of Roscoe Pound*, Indianapolis, Bobbs-Merrill, 1962, pp. 215-216.

### 3.3. Elementos teórico-conceptuales para el estudio del precedente judicial

#### a) Concepto de precedente

En lenguaje común, la palabra *precedente* alude a un hecho acaecido de manera anterior al punto de enunciación y esta es quizá la acepción más intuitiva. De manera común, las personas hablan de precedente para referir ciertos sucesos que constituyen puntos de inflexión para el entendimiento de un fenómeno o para la resolución de un problema. El sustantivo tiene cierto carácter transversal en lo que al tiempo refiere: un hecho ocurrido en el presente constituye un punto de referencia para el futuro; ante la inminencia del futuro, el hecho presente se convierte pronto en un referente pretérito.

En el ámbito del derecho, el concepto es útil para referir determinaciones que, en ciertos contextos decisionales y satisfechos ciertos requisitos o reglas institucionales, constituyen una pauta a seguir: referentes que por su relevancia o trascendencia no pueden ser simplemente desatendidos. Neil MacCormick y Robert Summers lo explican sintéticamente: “*precedents are prior decisions that function as models for later decisions*”<sup>167</sup>. El *quid* de la cuestión es definir en qué medida puede una decisión tomada en el pasado orientar, controlar o hasta definir el sentido de una cuestión futura. Al respecto, la pregunta de Frederick Schauer parece muy oportuna: “*Can decisions really be controlled by the past and responsible to the future, or are appeals to precedent just so much window dressing, masking what is in reality a decision made for today only?*”<sup>168</sup>. Además, un fundamento de razón práctica vinculada con la experiencia es consustancial a la idea de precedente, tal como señalan MacCormick y Summers: “*applying lessons of the past to solve problems of present and future is a basic part of human practical reason*”, y en el mismo sentido Schauer: “*In countless instances, out of law as well as in, the fact that something was done before provides, by itself, a reason for doing it that way again*”.

Como he señalado, la teoría del *case law* fundada en el derecho anglosajón tiene como principal fuente a las decisiones judiciales. En ese sentido, Raimo Siltala explica que un precedente está analíticamente integrado por dos elementos: la *ratio decidendi* y los *obiter dicta*. Define a la *ratio* como el elemento vinculante de una decisión previa confrontado con

---

<sup>167</sup> MacCormick, Neil y Summers, Robert, *Interpreting precedents. A comparative study*, Londres, Routledge, 2016, p. 1.

<sup>168</sup> Schauer, Frederick, “Precedent”, *Stanford Law Review*, vol. 39, núm. 3, febrero de 1987, p. 571.

la discreción de un tribunal subsecuente. Dicha confrontación suscita la posibilidad de extender el impacto normativo de un caso anterior más allá de la *res judicata* o de los hechos originalmente decididos por un tribunal en primera instancia. En cambio, continua, por *obiter dicta* entendemos el contexto argumentativo que da sustento a la *ratio decidendi*. Señala el autor que la distinción entre *ratio* y *obiter*, así como el grado de vinculación normativa adscrita a la *ratio* constituyen el núcleo de la doctrina del *stare decisis*<sup>169</sup>. En los siguientes apartados revisaré los principios que informan al precedente judicial y explicaré con mayor detalle los conceptos de *ratio decidendi* y de *obiter dicta*.

### **b) Principios del precedente judicial**

Algunos principios pueden ser enunciados en torno al valor del precedente. Dichos principios, considero, dan cuenta de la utilidad de su uso como técnica para la estructuración de las decisiones judiciales. Neil MacCormick, insigne jurista inglés, señala que existen diversas razones para justificar la adherencia a una disciplina de precedentes. La primera de ellas es una razón de justicia (a la cual es posible llamar de *igualdad jurídica*), por la cual “si es debido tratar los casos similares de manera igual y los casos diferentes de manera distinta, cada nuevo caso que pueda ser asimilado a casos anteriores deberá ser decidido, cuando menos en principio, en forma análoga a dichos otros casos”<sup>170</sup>.

Enseguida, el autor adelanta una segunda razón que designa como de *coherencia* y *consistencia* —y que podría también denominar como de *coherencia decisional*—, según la cual las decisiones judiciales deben ser tomadas con independencia de variaciones insustanciales que pudieran suscitarse en los patrones decisionales que existan entre un tribunal y otro, pues “la consistencia a través del tiempo y a través de los asuntos importa por el bien del derecho y por el bien de la justicia”<sup>171</sup>. Estimo que esta idea de consistencia y coherencia tiene un fuerte vínculo con la *certeza* esperada por los destinatarios de la regla que emana de una sentencia. En ese aspecto, aprecio la idea de certeza mayormente vinculada con el principio de seguridad jurídica.

---

<sup>169</sup> Siltala, Raimo, *A theory of precedent. From analytical positivism to a post-analytical philosophy of law*, Oxford y Portland, Oregon, Hart Publishing, 2000, p. 65.

<sup>170</sup> MacCormick, Neil, *Rhetoric and the rule of law. A theory of legal reasoning*, Oxford, Oxford University Press, 2005, p. 143.

<sup>171</sup> *Ibidem*, p. 157.

Finalmente, MacCormick destaca como una tercera razón la “economía del esfuerzo”, misma que consiste en que, una vez que ha sido tomada una decisión respecto a un asunto, sobre la base de una argumentación sólida y suficiente, deja de ser necesario discutir nueva y reiteradamente sobre el mismo asunto, siempre y cuando no surja alguna circunstancia por la que merezca la pena realizar alguna reconsideración<sup>172</sup>. La consideración respecto a dicha “economía del esfuerzo” es también denominada como precedente de descongestión<sup>173</sup> o incluso como una razón instrumental de seguimiento. De acuerdo con el autor Neil Duxbury, el precedente puede constituir un atajo o vía rápida para la solución de controversias en instancias judiciales en la medida en es considerado como una “respuesta hallada”; sin embargo, admite que este uso del precedente podría conducir a decisiones precipitadas por parte de los tribunales, decisiones que podrían errar al distinguir entre los hechos de caso a caso y, con ello, perder la oportunidad de discutir el fondo sobre cuestiones de principio.

*A precedent, in other words, might be followed because it is a ready-made answer to a problem that has already been litigated. The reason for following the precedent in this instance is instrumental: the precedent is a shortcut which saves today's court the cost of considering the problem afresh. Using precedents as shortcuts has its hazards. A court might settle on an applicable precedent too readily, failing to see that the case in hand is significantly different from the earlier one or involves deeper issues of principle.*<sup>174</sup>

Adicionalmente, es destacable la afirmación de MacCormick sobre el valor autoritativo de las decisiones judiciales recolectadas en los *law reports*, pues reconoce que, si bien dichos reportes poseen autoridad por sí mismos, lo hacen de manera distinta a las leyes o estatutos, en los que cada palabra forma parte del derecho legislado. En el mismo sentido, explica que las decisiones de cortes superiores, como contenedoras presumiblemente de las mejores razones de justificación, forman parte esencial del repositorio argumentativo que deben poseer los abogados<sup>175</sup>.

En un sentido similar al de MacCormick, Robert Alexy suscribe que el fundamento del uso de precedentes es el *principio de universabilidad*. En tanto que no existen dos casos

---

<sup>172</sup> *Ibidem*, p. 143.

<sup>173</sup> López Medina, Diego, *Eslabones del derecho. El deber de coherencia con el precedente judicial*, Colombia, Legis, 2016, p. 120.

<sup>174</sup> Duxbury, Neil, *op. cit.*, p. 26.

<sup>175</sup> MacCormick, Neil, *op. cit.*, p. 143.

enteramente iguales, señala el autor, la cuestión fundamental es la de determinar la relevancia de las diferencias. Además, habría que considerar que la valoración de las que pudieron ser consideradas como circunstancias relevantes puede cambiar con el paso del tiempo, razón por la cual dos casos que en principio son similares podrían ser resueltos en sentido diverso en el estudio de un asunto según las circunstancias de modo, tiempo y lugar. Alexy enfatiza que una disciplina de respeto a los precedentes debería admitir la posibilidad de separarse de éstos, siempre que quien desee apartarse de él pueda aducir razones suficientes para ello. Asegurar la estabilidad de una doctrina jurisprudencial contribuye así a la seguridad del orden jurídico en tanto que otorga fiabilidad a la aplicación del derecho. Finalmente, el jurista alemán propone dos reglas generales para el uso de precedentes: 1) cuando pueda citarse un precedente en favor o en contra de una decisión debe hacerse —es decir, que el precedente debe ser tomado en cuenta como una fuente de derecho—; y 2) quien quiera apartarse de un precedente, asume la carga de la argumentación<sup>176</sup>.

El principio de coherencia decisional tiene además una implicación de previsibilidad que está vinculada con la idea de certeza, a la que ya he hecho mención. Tal como señala Michele Taruffo, en la medida en que los ciudadanos tienen la capacidad de prever el sentido de una resolución judicial, ellos adquieren una garantía adicional para la resolución del conflicto<sup>177</sup>. Considero que esta afirmación tiene eco en los argumentos del juez Oliver Wendell Holmes Jr., para quien el derecho consiste en “las profecías acerca de lo que los tribunales harán en concreto”<sup>178</sup>. Estimo que esta concepción debe ser entendida en su justo contexto —como la opinión de un alto juez del *common law* cercano al realismo jurídico— en el sentido de que un elemento de previsibilidad es inherente al funcionamiento del derecho y con ello al principio de seguridad jurídica.

Para ahondar en el tema de la coherencia y consistencia, el profesor Ronald Dworkin, ilustre jurista estadounidense, proponía una teoría del *derecho como integridad* según la cual “una proposición jurídica es verdadera en tanto que incluye o deriva de los principios de justicia, imparcialidad y debido proceso que proveen la mejor interpretación constructiva de

---

<sup>176</sup> Alexy, Robert, *Teoría de la argumentación jurídica. La teoría del discurso racional como teoría de la fundamentación jurídica*, Lima, Palestra, 2007, pp. 376-383.

<sup>177</sup> Taruffo, Michele, “El precedente judicial en los sistemas de civil law”, *Revista Ius et Veritas*, Lima, núm. 45, diciembre de 2012, p. 91.

<sup>178</sup> Holmes, Oliver Wendell, *La senda del derecho*, Buenos Aires, Abeledo-Perrot, 1959, p. 21.

las prácticas jurídicas de una comunidad”<sup>179</sup>. En el ámbito de la jurisdicción, el principio de integridad “requiere a los jueces identificar que tanto los derechos como los deberes jurídicos son creados por un solo autor —la comunidad personificada— y que expresan una concepción coherente de justicia e imparcialidad”. Es por ello que cuando un juez señala que determinado principio es consustancial al derecho lo que hace realmente, dice el autor, es una *propuesta interpretativa*, la cual implica considerar que dicho principio está ajustado y es justificable en razón de las prácticas jurídicas de una comunidad política<sup>180</sup>.

El famoso concepto de la *novela en cadena* —que relaciona la labor de interpretación en el derecho con la interpretación literaria— es útil para comprender cómo los jueces contribuyen de manera directa a la creación de una obra conjunta —el canon jurisprudencial—, a manera de autores, pero también como críticos sensibles del trabajo realizado previamente<sup>181</sup>. Las conclusiones postinterpretativas sentadas en las decisiones de los jueces, señala Dworkin, deben provenir de un ejercicio interpretativo que vincule y justifique tanto como sea posible las decisiones presentes con las del pasado en tanto que “[e]l derecho como integridad pide a los jueces asumir, tanto como sea posible, que el derecho está estructurado por un conjunto coherente de principios de justicia, imparcialidad y debido proceso, y les pide hacer valer dichos principios en los casos por venir a fin de que la situación individual de las personas sea imparcial y justa en relación con los mismos estándares (interpretativos)”<sup>182</sup>.

### **c) Elementos que integran el precedente judicial: *ratio decidendi* y *obiter dicta***

Como he indicado, el análisis del precedente puede ser realizado a la luz de dos componentes: *ratio decidendi* y *obiter dicta*. Para ser más específicos, el aspecto que resulta vinculante para efecto de ser utilizado como referencia para la resolución de casos futuros puede encontrarse en la *ratio*. La *ratio decidendi* no es sino la razón —o razones— que subyace a lo decidido, esto es, el criterio decisorio sin el cual no es posible entender el resultado jurídico de una decisión judicial y que por su trascendencia constituye el elemento obligatorio del precedente. Los *obiter dicta* son un elemento secundario. Su identificación es

---

<sup>179</sup> Dworkin, Ronald, *Law's empire*, Cambridge, Harvard University Press, 1986, p. 225.

<sup>180</sup> *Ibidem*, p. 228.

<sup>181</sup> *Ibidem*, p. 229.

<sup>182</sup> *Ibidem*, p. 243.

necesaria a fin de distinguir las razones indispensables que contiene la *ratio* de las razones subsidiarias o complementarias que contiene el *gratis dictum*. Las razones que contienen los *obiter dicta* son, por definición, de carácter indicativo o persuasivo.

Al respecto pueden ser expuestas algunas definiciones teóricas. Los profesores Cross y Harris señalan que la *ratio* “es cualquier regla de derecho que haya sido implícita o explícitamente considerada por el juez como necesaria para llegar a su conclusión, teniendo en cuenta la línea de razonamiento adoptada por dicho juez, o por la parte correspondiente de las indicaciones dada a él por el jurado”<sup>183</sup>. Neil Duxbury distingue, de una manera práctica, a la *ratio* como la razón para decidir (*reason for deciding*) y a los *obiter* como observaciones tangenciales (*tangential observations*) provistas por los jueces normalmente en el proceso de toma de decisiones<sup>184</sup>. El profesor Guillermo Vázquez Robles, por su parte, explica que “[e]l núcleo del precedente lo constituye el criterio de interpretación sustentado por el órgano jurisdiccional [...]. Dicho criterio de interpretación (o *ratio decidendi*) es el *núcleo argumentativo del precedente* y es algo distinto a una mera opinión jurídica”<sup>185</sup>.

La distinción entre *ratio* y *obiter* es un lugar común en la teoría inglesa del precedente, y también es la distinción más usual en la teoría iberoamericana del precedente. En los Estados Unidos, el manejo de los conceptos es un tanto diferente. La autora Ana Laura Magaloni explica, por ejemplo, la distinción entre *holding*, *dicta* y *rationale*. Es llamado *holding* “la regla o principio que establece el tribunal para decidir el caso”. En ese sentido, *holding* es un concepto equivalente al de *ratio decidendi*. *Dicta*, como he expuesto, son “las consideraciones jurídicas que no son necesarias para fundamentar la decisión alcanzada” cuyo valor es meramente indicativo o persuasivo en tanto que no hay un deber de “darles autoridad en la resolución de futuras disputas”<sup>186</sup>. Por último, el *rationale* constituye las razones que dan sustento a la subregla pronunciada en el *holding*. Dichas razones, señala Magaloni, son de fundamental importancia en la comprensión del precedente constitucional,

---

<sup>183</sup> Cross, Rupert y Harris, J. W., *El precedente en el derecho inglés*, Madrid, Marcial Pons, 2012, p. 96, citado por Fernando Quinche en Quinche Ramírez, Manuel Fernando, *El precedente judicial y sus reglas*, Colombia, Legis, 2020, p. 26.

<sup>184</sup> Duxbury, Neil, *op. cit.*, p. 26.

<sup>185</sup> Vázquez Robles, Guillermo Gabino, *Artesanos de certezas. Un modelo teórico sobre el discurso jurisprudencial*, Tesis de doctorado, Universidad Nacional Autónoma de México, 2012, p. 95.

<sup>186</sup> Magaloni Kerpel, Ana Laura, *Derecho constitucional en movimiento. El precedente judicial norteamericano*, 2ª. ed., México, Suprema Corte de Justicia de la Nación, 2021, p. 153.

en tanto que son utilizadas para la formulación de la doctrina vinculante de los tribunales constitucionales<sup>187</sup>.

La abundancia textual que caracteriza al derecho jurisprudencial, según señala Diego López Medina, hace que buena parte de las decisiones estén revestidas por los más diversos argumentos. El reto del juzgador que tiene frente a sí el deber de decidir es el de determinar con precisión cuáles son los argumentos esenciales que lo instan a que dicha decisión esté orientada en un sentido u otro. Más aún, todo juzgador posterior que deba decidir sobre la base de una línea jurisprudencial, la cual tiene como presupuesto el haber sido construida paulatinamente, tiene el deber de decidir el caso concreto sin soslayar aquello que fuera decidido en el pasado y que pueda por analogía ser aplicado en el asunto en cuestión. En el siguiente apartado describiré algunas particularidades relacionadas con la identificación de la *ratio*.

#### **d) Identificación de la *ratio decidendi***

El problema de la identificación de la *ratio* tiene profundas raíces en la tradición angloamericana. De acuerdo con el profesor López Medina, es posible identificar dos principales abordajes teóricos en el marco de esta discusión. El primero tiene que ver con una concepción formalista-textualista, la cual asume que es posible encontrar la *ratio* “en los argumentos explícitos que hizo el juez en su sentencia anterior y que eran necesarios para justificar el fallo”. Dicha concepción admite que de las razones que justifican las decisiones deben comprenderse con un cierto grado de abstracción, al tiempo que deben aparecer literalmente en el cuerpo de las sentencias. Esta concepción de la *ratio* habría sido defendida por autores como el jurista inglés John Austin (1790-1859) y por el estadounidense John Chipman Gray (1839-1915).

Frente a la concepción tradicional, surgirían a principios del siglo XX en los Estados Unidos dos vertientes de origen realista: una hermenéutico-reconstructiva —de carácter moderado, defendida por autores como Arthur Goodhart— y una plenamente realista —de carácter radical, defendida por autores como Jerome Frank—. La principal diferencia entre ambas es que, mientras que la postura moderada pretendía reconstruir el concepto de *ratio* como algo más que las razones textuales de las decisiones pronunciadas por los jueces

---

<sup>187</sup> *Ibidem*, p. 154.



anteriores, la postura radical estimaba imposible hallar una sola verdadera *ratio decidendi*, y con ello asumía también que los precedentes son en realidad lo que las cortes deciden que sean, como una forma de manipular las decisiones previas<sup>188</sup>.

La postura de Goodhart, defendida en su artículo de 1930 *Determining the Ratio Decidendi of a Case*, ha sido una de las más influyentes en la teoría del precedente hasta la actualidad. De acuerdo con este autor estadounidense, el principio de un caso puede encontrarse al tomar en cuenta los hechos respecto de los cuales un juez resuelve un asunto determinado<sup>189</sup>. Es decir, que los hechos de un asunto dado constituyen un aspecto esencial al momento de fallar un asunto subsiguiente, en tanto que la regla para aplicar un precedente tiene un fuerte sustento en el argumento de analogía fáctica. La tarea de los jueces es, por tanto, determinar los hechos materiales, relevantes del asunto sometido a su conocimiento, a fin de distinguirlos de los hechos inmateriales, es decir, que no son relevantes<sup>190</sup>. En este sentido, explica el profesor López Medina, la doctrina del precedente para Goodhart “[s]e trata de un sistema de decisiones concretas que puede ser racionalmente reconstruido siempre y cuando las nuevas razones expliquen y justifiquen de manera adecuada los casos ya fallados”<sup>191</sup>.

Considero que las ideas de Goodhart están en el centro de la tipología expuesta por el doctor López para comprender la autoridad que reviste la jurisprudencia. De acuerdo con el profesor colombiano, la citas a un precedente pueden ser consideradas de mayor tecnicidad cuando refieren a la “analogía fáctica existente entre los hechos del caso anterior y los hechos del caso presente”, siempre que sean satisfechas tres condiciones: 1) que exista una auténtica analogía fáctica; 2) que la *ratio* sea identificada correctamente; y 3) cuando no existan razones para fallar en un sentido diferente<sup>192</sup>. En ese sentido, señala que existe una disciplina de precedente vinculante cuando los asuntos previos que puedan considerarse análogos ejercen una *fuerza gravitacional* sobre los nuevos, fuerza que los juzgadores están obligados

---

<sup>188</sup> López Medina, Diego, *El derecho de los jueces. Obligatoriedad del precedente constitucional, análisis de sentencias y líneas jurisprudenciales y teoría del derecho judicial*, 2ª ed., Colombia, Legis, 2006, pp. 231-236.

<sup>189</sup> Goodhart, Arthur, “Determining the Ratio Decidendi of a Case”, *Yale Law Journal*, vol. 40, núm. 2, diciembre de 1930, p. 182.

<sup>190</sup> *Ibidem*, p. 169.

<sup>191</sup> López Medina, Diego, *El derecho de los jueces...*, *cit.*, p. 241.

<sup>192</sup> *Ibidem*, p. 113.

a considerar, pues como también reconoce Neil Duxbury “[j]udges deciding the same case will often disagree about the extent to which particular precedents have gravitational force over that case, but they will nevertheless recognize that gravitational force is a quality that precedents possess”<sup>193</sup>. Destaca el profesor López que la analogía es estricta en la medida en que es aplicada en decisiones sucesivas y reiteradas. Un segundo nivel de analogía, al que el autor denomina *permissiva* y que yo considero mayormente creativa, está presente en las *sentencias fundadoras de línea*. Finalmente, el profesor López identifica en un nivel menormente técnico a las citas de jurisprudencia basadas en referentes conceptuales comunes o aquellas citas que son simplemente retóricas, cuyo valor difícilmente puede ser algo más que un “soporte secundario de la argumentación”<sup>194</sup>.

#### **e) Autoridad del precedente: precedente vertical, horizontal y autoprecedente**

En relación con su grado de autoridad, el precedente puede ser clasificado como persuasivo o vinculante. En términos generales, un precedente persuasivo es aquel que sirve como referencia para el juzgador, sin que exista una regla expresa que le obligue a observarlo para la resolución de un caso concreto. En contraposición, el precedente vinculante es aquel que, de acuerdo con las normas y restricciones institucionales, funge como referente para la resolución de casos futuros y es de observancia obligatoria para la judicatura.

En todo caso el precedente puede ser vinculante en un sentido vertical en tanto que, de acuerdo con la gradación jerárquica de un sistema de tribunales, los tribunales inferiores o de primera instancia deben atender a lo resuelto por los tribunales superiores, sean estos estrictamente constitucionales o aquellos considerados como tribunales de cierre. Así lo considera Michele Taruffo al afirmar que “[e]l precedente vertical se relaciona principalmente con las sentencias de los tribunales supremos, ya que considera que estas influyen en las decisiones de los tribunales inferiores”<sup>195</sup>.

Es posible hablar de precedente horizontal en dos escenarios particulares: cuando un órgano supremo decide con base en sus propias determinaciones previas (autoprecedente), o cuando existe una pluralidad de órganos supremos que observan mutuamente los fallos que

---

<sup>193</sup> Duxbury, Neil, *op. cit.*, p. 60.

<sup>194</sup> López Medina, Diego, *El derecho de los jueces...*, *cit.*, pp. 112-118.

<sup>195</sup> Taruffo, Michele, *Aspectos del precedente judicial*, México, Consejo de la Judicatura del Estado de Nuevo León, 2018, p. 15.

han emitido (esto puede observarse en países donde existe más de un órgano de cierre, como en Colombia en donde tienen una Corte Constitucional, una Corte Suprema, que es el órgano de cierre para los asuntos civiles y penales, y un Consejo de Estado, que es el órgano de cierre para los asuntos contenciosos administrativo)<sup>196</sup>.

Asimismo, pienso que podríamos hablar de precedente horizontal al discutir sobre los fallos emitidos por la Corte Interamericana de Derechos Humanos, al menos en su relación con los tribunales mexicanos, pues si bien existe una obligación expresa de atender los criterios emitidos por aquel organismo, la Suprema Corte de México guarda la competencia para aplicar los criterios que resulten ser más favorables para la protección de los derechos humanos.

#### **f) Cambio e inaplicación del precedente: distinción y revocación**

Como ha sido expuesto, la regla general para la aplicación del precedente implica la existencia de una similitud fáctica entre el asunto previo y el subsecuente. En los Estados Unidos —según explica John M. Walker, Jr., juez federal de aquel país—, deben ser satisfechos dos requisitos para considerar a una decisión previa como precedente vinculante: por un lado que, en relación con el caso presente, el caso previo debe dirigir las mismas cuestiones jurídicas a los hechos similares, razón por la cual el grado de similitud entre un caso y otro suele ser un punto crucial en la fijación de la *litis*; por otro lado, que la decisión controlante debe haber sido emitida por el mismo tribunal o uno de mayor jerarquía al que debe decidir en el caso presente.

La adherencia a una disciplina de precedentes o *stare decisis*, señala el autor, asegura que las transformaciones en el derecho tengan lugar de manera gradual, al tiempo que asegura la legitimidad del debido proceso en tanto que los principios del orden normativo están sentados en el derecho mismo, y no en las arbitrariedades de los individuos<sup>197</sup>. Por supuesto, reconoce el autor, siempre existe un riesgo de que existan precedentes de lábil fuerza argumentativa. Lo cierto es que también existe la posibilidad de que el propio derecho —recordemos lo dicho por Kelsen— termine por depurar este tipo de decisiones, a través de mecanismos

---

<sup>196</sup> López Medina, Diego, *Eslabones del derecho...*, cit., p. 27.

<sup>197</sup> Walker, John M. Jr., “The role of precedent in the United States: How do precedents lose their binding effect?” *Stanford Law School China Guiding Cases Project* [en línea], 2016, pp. 2-3, <<http://cgc.law.stanford.edu/commentaries/15-John-Walker>>, [consulta: 17 de junio, 2022].

legislativos, de reforma constitucional o incluso por los propios tribunales que juzgan en determinado sentido.

El punto a destacar de este apartado es que, ahí donde existan razones para resolver de manera diferente un asunto presente en relación con uno pasado, tendrá que hacerse; sin embargo, es necesario que la tarea de distinción esté justificada mediante argumentos suficientes. Respecto al precedente pueden realizarse las siguientes maniobras: 1) seguimiento (*following*); 2) distinción (*distinguishing*); 3) ampliación (*broadening*), 4) estrechamiento (*narrowing*); y, en casos excepcionales, 5) revocación (*overruling*)<sup>198</sup>. En las siguientes líneas me concentraré en explicar en qué consisten las operaciones de distinción y revocación, que son las que estimo elementales al hablar de apartamiento del precedente.

La operación de *distinguir* tiene lugar cuando el juzgador determina que una subregla sentada en una decisión previa no puede ser aplicada en la decisión presente, aun cuando existan circunstancias aparentemente similares. Joseph Raz explica que distinguir puede significar simplemente la no aplicación de una norma, por un lado, pero también es posible distinguir una norma modificándola en relación con el caso concreto. Señala también que “*distinguir* es una facultad de desarrollar el derecho aun cuando se deciden casos regulados, incluso por tribunales que no tienen el poder de anular decisiones”<sup>199</sup>. En ese sentido, explica que distinguir conlleva crear derecho, si bien de una forma limitada, y siempre que concurren las siguientes condiciones: “1) la norma modificada tiene que ser la norma establecida en el precedente, limitada —y no extendida— por la adición de una ulterior condición para su aplicación, y 2) la norma modificada tiene que ser de forma tal que justifique el orden establecido en el precedente”<sup>200</sup>. Distinguir, por lo tanto, implica introducir una *nueva restricción* en situaciones fácticas similares, restricción que debe ser plenamente justificada.

La llamada revocación u *overruling* es una operación de uso excepcional pues implica establecer una nueva subregla que supere a una anterior por sobrevenir cambios en el derecho o en las circunstancias fácticas. De acuerdo con Raz:

Si todo tribunal está facultado para anular cualquier decisión de cualquier otro tribunal, siempre que considere que es lo mejor que puede hacerse, entonces el sistema jurídico no reconoce la

---

<sup>198</sup> López Medina, Diego, *El derecho de los jueces...*, cit., p. 237.

<sup>199</sup> Raz, Joseph, *La autoridad en el derecho. Ensayos sobre derecho y moral*, trad. de Rolando Tamayo y Salmorán, 2ª edición, México, UNAM, Instituto de Investigaciones Jurídicas, 1985, p. 234.

<sup>200</sup> *Ibidem*, pp. 234-235.

fuerza obligatoria de los precedentes. Los precedentes son obligatorios únicamente cuando los tribunales no tienen la facultad de anularlos siempre que lo deseen. [...] anular (*overruling*) es como una decisión pronunciada en una disputa no regulada y es diferente a *distinguir*.<sup>201</sup>

En tal sentido, afirmo que este mecanismo es extraordinario en razón de que el cambio jurisprudencial, por definición, es necesariamente gradual y paulatino. Es una condición de seguridad jurídica, como he puntualizado, que las decisiones en el derecho mantengan cierto grado de estabilidad por razones de orden y estructura. Las razones para justificar los cambios jurisprudenciales pueden variar según la comprensión de cada contexto institucional.

El profesor Diego López, por ejemplo, hace una comparación entre la doctrina de la Corte Constitucional colombiana y la Corte de los Estados Unidos, en tanto que las razones que justifican el cambio jurisprudencial para una y otra son distintas. En el caso de la Corte colombiana, las circunstancias que deben ocurrir son las siguientes: 1) sólo la Corte Constitucional tiene la facultad de modificar su jurisprudencia constitucional vinculante; 2) el tribunal debe aportar razones de peso que primen sobre los criterios utilizados para decidir un caso en el pasado, sino además sobre las condiciones de seguridad jurídica e igualdad que informan un sistema de disciplina de precedente, es decir, que el cambio jurisprudencial reporte un mayor beneficio a la justicia, que haga valer el costo que implica ir en desmedro de la seguridad jurídica. En el caso de la Corte de Estados Unidos, el profesor identifica cuatro condiciones: 1) el error doctrinario en la formulación del precedente; 2) cambios en las circunstancias fácticas en que es aplicado el precedente; 3) por un cambio en la comprensión de las reglas del derecho o los hechos sociales; y 4) por la concurrencia en mayor o menor grado de los factores anteriores<sup>202</sup>.

### **3.4. La conformación de una doctrina de precedentes en América Latina**

En años recientes, ha sido patente la adecuación de sistemas de precedente en América Latina con diferentes grados de reconocimiento de la autoridad y valor del derecho de origen judicial lo cual, considero, guarda una estrecha relación con la cada vez más creciente influencia de los tribunales constitucionales en la región como órganos del Estado encargados de garantizar los derechos de las personas. En este apartado mencionaré algunos ejemplos a fin de reforzar

---

<sup>201</sup> *Ibidem*, p. 239.

<sup>202</sup> López Medina, Diego, *El derecho de los jueces...*, cit., pp. 262-265.

el argumento de que dar coherencia, consistencia y autoridad a las decisiones judiciales, en particular aquellas tomadas por las altas cortes, es necesario para una comprensión integral del funcionamiento del derecho en la actualidad.

Para empezar, mencionaría el caso de Colombia, en donde han sido realizados importantes avances en la materia desde la última década del siglo XX, época de la que data su Constitución vigente. Sobre este particular, diría que la Corte Constitucional ha fungido como un actor importante en la redefinición del valor de la jurisprudencia en el sistema de fuentes del derecho al crear, en la esfera de su competencia y a través de sendas resoluciones —v.gr. T.123/95, C-37/96, SU-47/99 y muy especialmente la C-836/01—<sup>203</sup>, una doctrina del precedente judicial vinculante. Ello a pesar de las resistencias planteadas en un principio por el poder legislativo (Ley 270/96) y por algunos sectores de la academia jurídica colombiana que estaban más cerca de una concepción tradicionalista del sistema de fuentes, como refiere el profesor Diego López.

Hoy puede decirse que en Colombia existe una disciplina de precedentes de perfilamiento fuertemente jurisdiccional, misma que ha sido reforzada en años recientes por un poder legislativo cada vez más abierto y comprensivo del cambio de paradigma en la comprensión de las fuentes del derecho, a fin de tratar de resolver problemas como la congestión de asuntos, particularmente en la esfera contencioso administrativa (leyes 1395/2010 y 1437/2011) y a través de la redefinición del antiquísimo concepto de “doctrina probable” en el Código General del Proceso, como señala el profesor López Medina<sup>204</sup>. Más aún, señala que:

[E]l desarrollo de los últimos años en el derecho colombiano muestra que ya existe la expectativa social de que las interpretaciones jurisprudenciales serán tenidas en cuenta de manera seria en la decisión de los casos y que la coherencia decisional es un elemento *de iure* en la resolución de litigios dentro del Estado de Derecho.<sup>205</sup>

La experiencia colombiana respecto a este tema en los años recientes demuestra, de acuerdo con Diego López, dos cuestiones importantes: por un lado, que, junto a las reglas de creación y cambio en el precedente, es necesario contar con un sistema efectivo que sancione

---

<sup>203</sup> López Medina, Diego, *Eslabones del derecho...*, cit., p. 24.

<sup>204</sup> *Ibidem*, p. 18.

<sup>205</sup> *Ibidem*, p. 76.

la inaplicación injustificada del precedente, sin perder el justo balance con el principio de independencia judicial; y, por otro lado, que la disciplina del precedente puede ser útil no sólo para ordenar la jurisprudencia constitucional, sino también para facilitar la resolución de asuntos en la jurisdicción ordinaria<sup>206</sup>.

Si bien Colombia es un país pionero en este particular, no es el único caso donde existe una doctrina de precedente vinculante. Es posible mencionar algunos casos más como el de Costa Rica, que desde 1989 cuenta con una Ley de la Jurisdicción Constitucional, la cual determina en su artículo 13 que “[l]a jurisprudencia y los precedentes de la jurisdicción constitucional son vinculantes erga omnes, salvo para sí misma.”; es decir, Costa Rica otorga una gran fuerza de obligatoriedad a sus precedentes. Cabe señalar que dicho artículo además ha sido interpretado en numerosas ocasiones, pues cuenta hasta 2021 con 26 comentarios jurisprudenciales.

Asimismo, está el caso de Ecuador que, en la Ley Orgánica de Garantías Jurisdiccionales y Control Constitucional en su artículo 2, numeral 3, determina que “los parámetros interpretativos de la Constitución fijados por la Corte Constitucional en los casos sometidos a su conocimiento tienen fuerza vinculante. La Corte podrá alejarse de sus precedentes de forma explícita y argumentada garantizando la progresividad de los derechos y la vigencia del estado constitucional de derechos y justicia.”, con lo cual fija no sólo la regla de precedente vinculante sino también el deber argumentativo de justificar el apartamiento del precedente.

Un caso más, el de Bolivia, que incluso cuenta con un Código Procesal Constitucional; el artículo 15 de esta disposición determina la vinculatoriedad de las *razones jurídicas de la decisión* en las resoluciones emitidas por el Tribunal Constitucional Plurinacional. Expresa que dichas razones, en tanto constituyen jurisprudencia vinculante, son obligatorias no sólo para los tribunales que integran el poder judicial de aquel país, sino también para el resto de los órganos del poder público, como la legislatura, e incluso para los particulares. Es decir, es una disposición que, de manera similar a Costa Rica, determina la vinculatoriedad *erga omnes* de la jurisprudencia.

Para finalizar, expondré el caso de Brasil. En este país de Suramérica fue aprobada una enmienda constitucional en el año 2004 (*Emenda Constitucional N° 45/2004*), la cual

---

<sup>206</sup> *Ibidem*, p. 113.

adicionó el artículo 103-A a la Constitución de la República. Dicho artículo instituye la figura de la *súmula vinculante* la cual consiste en un método de unificación de la jurisprudencia del que dispone el Supremo Tribunal Federal, a través del cual elabora resúmenes de la jurisprudencia reiterada, los cuales adquieren el carácter de subregla y, por lo tanto, una vez publicada, la *súmula* vincula a las autoridades jurisdiccionales y ejecutivas de todos los niveles de gobierno en el país (*i.e.* municipal, estatal y federal). La *súmula* puede ser revisada, modificada o incluso cancelada a solicitud de los sujetos legitimados —*v.gr.* el Presidente de la República, las mesas del Senado Federal y de la Cámara de Diputados y el Procurador Federal de la República— por la correspondiente ley reglamentaria (Ley N° 11,417/2006). Las *súmulas* poseen la estructura de un enunciado normativo, por ejemplo: “El cobro de derechos de matrícula en las universidades públicas viola lo dispuesto en el art. 206, IV, de la Constitución Federal.” (*súmula vinculante* 12) o “No corresponde al Poder Judicial, que no tiene función legislativa, aumentar los salarios de los servidores públicos sobre la base de la isonomía.” (*súmula vinculante* 37) y están disponibles en formato electrónico, acompañadas de los respectivos debates de su aprobación<sup>207</sup>.

Las anteriores referencias a países donde actualmente funciona un sistema de precedente, con mayor o menor grado de vinculatoriedad, permiten concluir que la adopción de dicho sistema en la región constituye una práctica jurídica recurrente. Considero que el reconocimiento actual de la supremacía constitucional —la cual ha derivado en el fenómeno de *constitucionalización del ordenamiento jurídico*— y de las Cortes o Tribunales Constitucionales como órganos racionalizadores del derecho y garantes, como en principio todas las autoridades pero en alguna medida con una mayor carga de responsabilidad dada su tarea de resolver controversias y pacificar el conflicto, de la protección de los derechos de las personas, ha propiciado la necesidad de que estos órganos cuenten con mecanismos de orden y coherencia decisional que les permitan reforzar la autoridad y legitimidad de sus decisiones. La doctrina contemporánea reconoce al respecto que la legitimidad de la jurisdicción constitucional depende en buena medida de los argumentos vertidos en sus decisiones. Puntualizaría en que dichas decisiones no sólo deben ser comprensibles en términos de calidad argumentativa, sino que, en el marco de un análisis dinámico como el

---

<sup>207</sup> Las *súmulas* emitidas por el Tribunal Supremo de Brasil pueden encontrarse en el siguiente enlace: <<https://portal.stf.jus.br/textos/verTexto.asp?servico=jurisprudenciaSumulaVinculante>>.



que propone Diego López Medina<sup>208</sup>, dichos argumentos deben mantener un grado de conexión a fin de que ser consistentes no únicamente en términos unidireccionales (sentencias) sino también en términos pluridireccionales (líneas jurisprudenciales).

### **3.5. *Excursus*. El problema de la legitimidad democrática del control jurisdiccional de la constitución**

Argumentar el carácter del precedente judicial —en el caso específico, el de tipo constitucional— como una fuente formal de derecho implica: 1) reconocer la autoridad de los tribunales constitucionales como órganos capaces no sólo de aplicar sino también de crear derecho; 2) identificar y comprender el valor y trascendencia jurídico-política de sus decisiones como medios para el fortalecimiento del Estado Democrático y Constitucional de Derecho. A mitad de camino entre la autoridad creadora de los tribunales constitucionales y el alcance tanto formal como material de su jurisprudencia es posible hallar un problema extensamente debatido por la teoría del derecho constitucional: el de la legitimidad democrática del control jurisdiccional de la constitución.

En este apartado desarrollaré un breve estudio sobre la legitimidad de la jurisdicción constitucional con la intención de vincular dicha figura con el análisis del precedente judicial. Sostengo que el uso de una disciplina de precedentes está estrechamente vinculado con el afianzamiento de la solidez institucional de los tribunales constitucionales: entre más estables, coherentes y razonables sean las decisiones judiciales, en relación con criterios vinculantes previos y con los materiales jurídicos en general, mayor solidez y fiabilidad política tendrán dichos tribunales.

Este problema ha estado presente desde el surgimiento y consolidación de la *judicial review* en Estados Unidos, aunque también fue discutido —si bien con distintos matices y en un contexto diferente— por Hans Kelsen y Carl Schmitt durante la segunda y tercera década del siglo XX; y así ha continuado con distintas implicaciones hasta nuestros días pues, como veremos más adelante, si bien el debate no versa ya sobre si es viable o no la adjudicación constitucional, sí trata ciertas cuestiones específicas, *v. gr.* la compatibilidad de ésta con la democracia representativa contemporánea —y hasta participativa o deliberativa— y la

---

<sup>208</sup> López Medina, Diego, *El derecho de los jueces...*, *cit.*, p. 139 *et passim*.

redefinición constante de sus límites en relación con la actividad del legislador —y hasta del gobierno, *v.gr.* en la aportación de elementos para el diseño de políticas públicas<sup>209</sup>—.

En ese orden de ideas, en el presente apartado expondré las principales directrices que han orientado estos debates, con el propósito de vincular la explicación teórica clásica con aquella referida al papel que desempeñan los tribunales constitucionales en la actualidad. Comenzaré con los dos planteamientos que, considero, expresan las principales inquietudes que han tenido lugar en el debate europeo y estadounidense, respectivamente: 1) si es necesario que exista un *guardián* encargado de preservar la constitución de la inestabilidad que puede causar el desacuerdo político característico de las sociedades pluralistas, ¿debe tal guardián revestir el carácter de un órgano jurisdiccional imparcial e independiente? ¿O bien el de un dictador plenipotenciario que, en circunstancias extraordinarias, sea el único capaz de hacer valer el derecho por encima de la crisis política?; y 2) ¿es posible que un grupo de jueces que no han sido electos mediante el voto popular tenga el poder de inaplicar, con efectos particulares o incluso generales, las normas promulgadas por las asambleas legislativas e incluso los actos del poder ejecutivo, órganos generalmente electos por vía popular?

#### **a) El debate Kelsen-Schmitt**

En este apartado me concentraré en exponer algunos elementos que permitan responder a la primera pregunta. Para tal efecto diré algunos antecedentes respecto al debate gestado en Europa durante las primeras décadas del siglo XX sobre la viabilidad —o inviabilidad— de una jurisdicción constitucional especializada. Como he referido, los principales protagonistas de esa discusión fueron el austríaco Hans Kelsen y el alemán Carl Schmitt, especialmente entre los años 1929 y 1932, con la publicación de *La garantía jurisdiccional de la constitución* (1929), a cargo de Kelsen, las respuestas de Schmitt reunidas después en *El guardián de la constitución* (1931) y la réplica de Kelsen en *¿Quién debe ser el guardián de la constitución?* (1931).

Respecto a los autores es posible señalar, por un lado, que Kelsen había participado como redactor de la Constitución austriaca de 1920 y fungido como juez constitucional de la Corte Constitucional de aquel país entre 1920 y 1930. De la mano del jurista vienés, Austria pasó

---

<sup>209</sup> Bernal Pulido, Carlos, “En torno a la legitimidad de la jurisdicción constitucional y la objetividad en el control de constitucionalidad de las leyes”, *Revista Derecho del Estado*, núm., 7, diciembre de 2009, p. 124.

a ser el primer país de Europa en institucionalizar el control concentrado de constitucionalidad. Schmitt, por otro lado, escribió algunas de sus obras más influyentes durante la segunda década del siglo XX, tales como *Crisis del parlamentarismo* (1923), *Teoría de la Constitución* (1927) y el *Concepto de lo político* (1927-1932), en las cuales plasmó algunas de sus ideas más importantes en torno a la crítica del liberalismo político, los principios que dan sustento a las constituciones democráticas y la propensión de las sociedades humanas a identificarse mutuamente como enemigos y con ello mantener una posibilidad latente de conflicto<sup>210</sup>.

En relación con el contexto histórico-político-jurídico, vale la pena destacar algunos acontecimientos. El primero de ellos data del 4 de noviembre de 1925, cuando el Tribunal Supremo (*Reichsgericht*) de la República de Weimar reconoció mediante un fallo histórico la facultad de las Cortes del *Reich* para cuestionar la constitucionalidad de las leyes nacionales; con ello, realizó una interpretación extensiva del artículo 13 de la Constitución de Weimar, el cual sólo refería a la revisión de constitucionalidad respecto a las leyes de los Länder y la respectiva conformidad de éstas con las leyes del Reich<sup>211</sup>. Sin embargo, en los hechos, el ejercicio de esta revisión jurisdiccional amplificada era significativamente limitado en comparación con la *judicial review* de la *Supreme Court* estadounidense, puesto que la legislatura alemana (*Reichstag*) contaba con amplias facultades para realizar enmiendas constitucionales —en virtud del artículo 76 de la Constitución de aquel Estado— y con ello podía superar con relativa facilidad las decisiones judiciales que fueran opuestas<sup>212</sup>. Esta resolución propició una amplia discusión respecto a los alcances que podían tener las sentencias del Tribunal Supremo en el contexto de una revisión jurisdiccional acotada.

El segundo acontecimiento, ocurrido en el año de 1932, fue un conflicto entre los gobiernos de Prusia y de la federación alemana que devino en el llamado Golpe de Estado de Prusia (*Preussenschlag*), a partir de la emisión de un decreto federal, el 20 de julio de dicho año, para suspender al ejecutivo prusiano y poner al gobierno de dicha región en manos del Reich. El pretexto para emitir tal decreto fue un enfrentamiento entre grupos nazis,

---

<sup>210</sup> McCormick, John P., “Carl Schmitt”, *Encyclopedia Britannica* [en línea], julio 2022, <<https://www.britannica.com/biography/Carl-Schmitt>>, [consulta: 13 de julio, 2022].

<sup>211</sup> Polakiewicz, Jörg, “El proceso histórico de la implantación de los derechos fundamentales en Alemania”, *Revista de Estudios Políticos*, núm. 81, julio-septiembre de 1993, p. 35.

<sup>212</sup> Blachly, Frederick F. y Oatman, Miriam E., “Judicial review of legislative acts in Germany”, *The American Political Science Review*, vol. 21, núm. 1, febrero de 1927, p. 118.

comunistas y autoridades policíacas —conocido como el domingo sangriento de Altona (*Altonaer Blutsonntag*)<sup>213</sup>— que había tenido lugar el 17 de julio, durante la campaña electoral previa a las elecciones para renovar al poder legislativo, y que había resultado en la muerte de 18 personas. Sin embargo, la causa real de la intervención era de índole política: disputar el control de Prusia —el estado más grande de la república— a los socialdemócratas, a fin de poner a dicho estado al mando de la autoridad federal, más afín al conservadurismo<sup>214</sup>.

Ante los embates del gobierno federal encabezado por el canciller Von Papen, la representación del gobierno prusiano acudió ante el Tribunal de Justicia para cuestiones del Estado (*Staatsgerichtshof*) a fin de poner en entredicho la legalidad del decreto del *Reich*. La cuestión jurídica disputada era que, si bien era cierto que el artículo 48 de la Constitución de Weimar permitía al Presidente del Reich tomar las medidas indispensables para restaurar el orden público y la seguridad en aquellos casos donde hubiesen sido perpetrados, también lo era que el gobierno de la federación había excedido sus facultades al apoderarse de todas las competencias y deponer a los ministros de la administración del gobierno prusiano. Así, el 25 de octubre de 1932, el *Staatsgerichtshof* determinó a través de un fallo que el gobierno prusiano no había incumplido sus deberes en términos del primer párrafo del artículo 48; no obstante, también reconoció que la intervención del gobierno federal había estado justificada en tanto que su propósito había sido el de restaurar el orden público, en términos del segundo párrafo del artículo en comento<sup>215</sup>.

Dicho fallo fue, al igual que la sentencia de noviembre de 1925, motivo de diferentes interpretaciones y críticas. La discusión más importante versó sobre los alcances y competencia del *Staatsgerichtshof* para dirimir conflictos entre los *Länder* y el *Reich*, así como respecto al tema más amplio de determinar la inconstitucionalidad de normas locales o federales. Además, fue discutida la necesidad (o no) de que Alemania optara por un Tribunal Constitucional al estilo de Austria. Estoy de acuerdo con Vinx, quien admite que el *Preussenschlag* fue un evento crucial no sólo para la caída de la república de Weimar y el

---

<sup>213</sup> Der "Preußenschlag" (Weimarer Republik, 1918-1933), Sitio oficial del *Archivo de la República Federal de Alemania* [en línea] <[https://weimar.bundesarchiv.de/WEIMAR/DE/Content/Dokumente-zur-Zeitgeschichte/1932-07-20\\_preussenschlag.html](https://weimar.bundesarchiv.de/WEIMAR/DE/Content/Dokumente-zur-Zeitgeschichte/1932-07-20_preussenschlag.html)>, [consulta: 16 de julio, 2022].

<sup>214</sup> Vinx, Lars, *op. cit.*, p. 1.

<sup>215</sup> *Ibidem*, p. 4.

ascenso al poder del Partido Nazi, sino que fue la culminación de dos debates teóricos en aquella época: el primero, relativo a la naturaleza y límites de los “poderes de emergencia” conferidos por el artículo 48 de la Constitución de Weimar; el segundo, el relativo a la legitimidad y viabilidad de la adjudicación constitucional<sup>216</sup>.

Expuestos estos referentes contextuales, expondré la posición tanto de Kelsen como Schmitt respecto al valor y deseabilidad de la jurisdicción constitucional. Por un lado, Schmitt reputaba inconcebible que un órgano de naturaleza judicial —cuya actividad por antonomasia era la de subsumir de forma determinada y medible los hechos en la norma según las circunstancias de cada caso concreto— fuese capaz de llevar a cabo el control de constitucionalidad. Para este autor, en la llamada jurisdicción constitucional no existe un proceso de subsunción sino únicamente una comparación entre normas para calificar la validez de una respecto de la otra; dicha actividad, empero, no constituye una función propiamente adjudicativa<sup>217</sup>. Además, dado que una nota característica de las normas constitucionales es su vaguedad y textura abierta<sup>218</sup>, las decisiones de un tribunal constitucional devendrían políticas al interpretar la constitución, en tanto que “*all adjudication is bound to norms and the possibility of adjudication ends as soon as the content of the norms themselves starts to get unclear and disputed.*”<sup>219</sup>, lo que significaría “cambiar la posición constitucional del juez” en detrimento de la función legislativa ejercida por el parlamento<sup>220</sup>.

Cabe señalar que Carl Schmitt había fungido como perito en favor del gobierno alemán durante el juicio de Leipzig en 1932. En su exposición final ante la *Staatsgerichtshof*, Schmitt expresó que el presidente del Reich era el auténtico *guardián político de la constitución*, es decir el defensor de la constitución en tanto que entidad política, y ejecutor de *decisiones esencialmente políticas* en el uso de la discreción que le confería la propia constitución<sup>221</sup>. Así también lo reconoció en su texto de 1931, al señalar que sólo un *poder político neutro*,

---

<sup>216</sup> *Ibidem*, p. 5.

<sup>217</sup> Bernal Pulido, *op. cit.* p. 122.

<sup>218</sup> Vinx, Lars, “Introduction”, en Vinx, Lars, *op. cit.* p. 21.

<sup>219</sup> Schmitt, Carl, “The guardian of the constitution”, en Vinx, Lars, *op. cit.*, p. 87. “Toda adjudicación está sujeta a normas. La posibilidad de adjudicar concluye tan pronto como el contenido de las normas comienza a ser confuso y controvertible”.

<sup>220</sup> *Ibidem*, p. 108.

<sup>221</sup> Schmitt, Carl, “Closing statement before the *Staatsgerichtshof* in Leipzig”, en Vinx, Lars, *op. cit.* p. 226.

situado no por encima sino a un lado de los otros poderes, pero con competencias particulares y oportunidad de incidencia, mediador, capaz de decidir sobre los márgenes de una situación de excepcionalidad (tales como la imposibilidad de conformar mayorías políticas en el congreso o ante el conflicto social), sería capaz de restaurar el orden jurídico ante una situación de inestabilidad política<sup>222</sup>.

Kelsen, por su parte, estaba convencido de que la diferencia entre legislación y adjudicación era, como he enfatizado, una de grado. Señalaba además que toda decisión judicial es, en cierta medida, tanto discrecional cuanto política, por lo que la cuestión relevante era contestar “*whether it is useful to assign the function of guaranteeing the constitution to courts in this way, and, if not, whether it would be better to take away their right of review. One will look in vain for a clear answer to this question in C.S. writings.*”<sup>223</sup>. Kelsen defendía la idea de decisión judicial constitutiva por encima de la imagen del juez automático dedicado únicamente a buscar y encontrar el derecho antecedente a su decisión<sup>224</sup>. Además, refutaba el argumento de Schmitt relativo a las características de la subsunción, pues ni toda adjudicación “ordinaria”, a saber, penal, civil o administrativa, podía estar libre de disputas respecto al significado de las normas, ni toda adjudicación constitucional debía ser necesariamente el resultado de interpretar normas cuyo contenido y significado hubiera sido puesto en duda<sup>225</sup>. Más aún, el autor reconoce que la adjudicación usualmente tiene lugar donde las normas comienzan a ser confusas o controvertidas: en la medida en que tanto las normas constitucionales como las ordinarias pueden estar sujetas a dudas respecto de su contenido, la jurisdicción constitucional no posee menos carácter adjudicativo que el resto de los tribunales.

Adicionalmente, para Kelsen, la posición de Schmitt sobre el supuesto poder neutro del ejecutivo resultaba una opinión ideológicamente autocrática, pues excluía la posibilidad deliberativa que ofrece la democracia para la búsqueda constante del consenso político entre diferentes grupos, los cuales tienen, en principio, la posibilidad de participar en el juego de

---

<sup>222</sup> Schmitt, Carl, “The guardian...” *cit.*, en Vinx, Lars, *op. cit.* p.151, 156-158, 171-172.

<sup>223</sup> Kelsen, Hans, “Who ought to be the guardian of the constitution?”, en Vinx, Lars, *op. cit.* p. 180. “Si es útil asignar la función de garantía de la constitución a las cortes de esta manera y, en caso de que no, si sería mejor remover su derecho de revisión. Uno buscaría en vano una respuesta clara en los escritos de Carl Schmitt”.

<sup>224</sup> *Ibidem*, p. 189, y Kelsen, Hans, *Teoría general...*, *cit.*, p. 160.

<sup>225</sup> Kelsen, Hans, “Who ought to be...”, *cit.*, p. 186.

la política en igualdad de condiciones. En su opinión, la aplicación del derecho constitucional debe pacificar el conflicto político. Esto significaba sujetar, en la medida de lo posible, las disputas políticas a las reglas del propio derecho constitucional. Si bien Kelsen estimaba legítimo establecer límites a la *judicialización de la política*, creía que un órgano independiente e imparcial, con una naturaleza jurisdiccional, sería capaz de preservar tanto las reglas del procedimiento que dan sustento a la democracia, como los derechos, particularmente los de las minorías que estaban al margen de las mayorías parlamentarias<sup>226</sup>.

En relación con los argumentos expuestos, ciertamente soy aún al argumento kelseniano de someter el conflicto político a las reglas del derecho. Con todo, admito que la preocupación de Schmitt, a pesar de los matices autocráticos de su propuesta, es razonable en la medida en que los jueces constitucionales corren el riesgo, incluso en nuestros días, de extralimitar sus competencias en detrimento de las facultades que corresponderían, en principio, al legislador o al ejecutivo. Es así que ante la pregunta planteada sobre quién debe ser el *guardián de la constitución*<sup>227</sup>, sostengo que el arreglo institucional que asigna tal competencia a un cuerpo imparcial, independiente y colegiado de personas ha probado ser el de mayor utilidad. En todo caso, considero que los arreglos institucionales y las instituciones en sí no deben ser veneradas como imágenes votivas, sino que deben ser cuestionadas razonablemente, así como perfiladas y reajustadas, de ser necesario, de acuerdo con los cambios sociales, políticos, jurídicos, culturales y económicos.

#### **b) Generalidades del debate estadounidense**

En el caso del control difuso, cuyo origen data de la resolución del juez Marshall que he expuesto previamente, el problema ha sido planteado desde diferentes perspectivas, aunque una de las objeciones más antiguas es la siguiente: ¿por qué unos pocos jueces, que no han sido electos mediante el voto popular, tienen el poder de decidir sobre cuestiones que atañen a las competencias de otras ramas del gobierno o, incluso, a los derechos fundamentales de las personas? Pareciera que la problemática puede ser explicada a partir de una firme creencia

---

<sup>226</sup> Vinx, Lars, *op. cit.*, pp. 14-15.

<sup>227</sup> La constitución mexicana señala que todas las autoridades, en el ámbito de sus competencias, deben cumplir con la obligación general de respeto y garantía de los derechos humanos. El tribunal constitucional, *i.e.* la Suprema Corte de Justicia de la Nación, ejerce en particular la tarea de interpretar y aplicar la norma constitucional en casos concretos que versen sobre la protección de derechos humanos, la distribución de competencias y el control abstracto de normas generales.

en que el órgano encargado de ejercer este control puede ser un contrapeso de las decisiones políticas tomadas por mayorías políticas que a veces pueden ser avasallantes, tal como explicaba Alexander Hamilton en *The Federalist LXXVIII*. Lo anterior implica que es constitucional e institucionalmente aceptable que un órgano como la Suprema Corte sea el encargado de proteger las decisiones fundamentales del Estado, su núcleo, de los ánimos políticos contingentes.

Uno de los autores que han sido referentes en esta discusión a nivel teórico es Alexander Bickel, quien en su texto *The Least Dangerous Branch. The Supreme Court at the Bar of Politics*, señalaba que la revisión judicial puede ser reputada como no democrática en tanto que el acto de declarar la inconstitucionalidad de una ley o de un acto de gobierno implicaría frustrar la voluntad de los representantes electos por una mayoría predominante, es decir, de los miembros del Congreso o del titular del Ejecutivo. Responder a esta objeción, consideraba, es preponderante, por encima del problema de que los jueces constitucionales no sean elegidos a través del voto popular<sup>228</sup>.

Después de Bickel, la discusión en torno al citado problema ha sido continuada por diversos profesores estadounidenses. Un referente de la segunda mitad del siglo XX es Ronald Dworkin, quien defendía una idea asociativa de la democracia por encima de una idea puramente mayoritaria. Dworkin tuvo un nutrido debate con el neozelandés Jeremy Waldron, quien a su vez sostenía que la revisión judicial de la legislación es, *prima facie*, contraria al principio de división de poderes<sup>229</sup>. Otro de los teóricos importantes es John Hart Ely, quien sostenía que el ejercicio de la *judicial review* era justificado en tanto podía garantizar la igualdad procedimental de todos los ciudadanos.

En nuestra opinión, el debate estadounidense en materia de legitimidad de la jurisdicción constitucional, que pervive hasta la fecha, tiene sentido en tanto que el mecanismo de reforma de su constitución es uno de carácter rígido y el poder de su Corte Suprema manifiesto. La

---

<sup>228</sup> Bickel, Alexander, *The Least Dangerous Branch. The Supreme Court at the Bar of Politics*, 2ª edición, New Haven, Yale University Press, 1962, pp. 16-23.

<sup>229</sup> Para conocer un poco más sobre este interesante debate, sugiero la lectura de los siguientes textos: Dworkin, Ronald, "Introduction: The Moral Reading and the Majoritarian Premise", en Dworkin, Ronald, *Freedom's law. The moral reading of the American constitution*, Nueva York, Oxford University Press, 1996, pp. 1-38, y Waldron, Jeremy, "La esencia del argumento contra el control judicial de la constitucionalidad", en Waldron, Jeremy, *Contra el gobierno de los jueces. Ventajas y desventajas de tomar decisiones por mayoría en el Congreso y en los tribunales*, Buenos Aires, Siglo XXI editores, Derecho y Política, 2018, pp. 55-123.



mística en torno a la pervivencia secular de la Constitución de los Estados Unidos vuelve especialmente relevante la opinión de los jueces de la Corte Suprema de aquel país en asuntos de trascendencia política-social, pues modificar sus resoluciones mediante reformas constitucionales, en los casos en que sea considerado que su decisión fue equivocada, es sumamente complejo. En los hechos, es incluso más factible, aunque no menos complicado a nivel técnico y también político, que la propia corte revoque sus propios precedentes y con ello modifique sus líneas jurisprudenciales. Un ejemplo reciente ha sido el fallo *Dobbs v. Jackson Women's Health Organization*, el cual revocó la histórica decisión vertida en las sentencias *Roe v. Wade* y *Casey v. Planned Parenthood*, las cuales garantizaban el derecho a interrumpir el embarazo hasta antes de las 12 semanas de gestación.

Como una nota complementaria a lo anterior puedo decir que, en el caso de México, en contraste, han existido 253 decretos de reforma de la Constitución, según la información del sitio web de la Cámara de Diputados, desde su promulgación en febrero de 1917. Considero, por lo tanto, que en nuestro país no resulta una cuestión política tan relevante dudar de la legitimidad de un órgano como la Suprema Corte, al menos no de la misma manera en que es cuestionada la legitimidad de una Corte como la estadounidense. Esto es así en tanto que la modificación de los preceptos constitucionales por parte del legislativo mexicano —a veces llamado *constituyente permanente*, denominación que da una idea de la concepción tenida respecto a las modificaciones constitucionales— es más factualmente recurrente. Así, lo que resulta más urgente discutir es cómo la acción de la Suprema Corte puede encauzar el complejo proceso de consolidación de la democracia. Esto implica estudiar el papel que desempeña la Corte en nuestro país, tanto en el plano jurídico como político, y analizar cómo pueden sus decisiones contribuir al fortalecimiento del estado democrático de derecho.

### **c) La función y legitimidad de los tribunales constitucionales en la actualidad**

La instauración de la revisión judicial o de una jurisdicción constitucional responde a arreglos institucionales que parten de circunstancias histórico-políticas determinadas. Respecto a América Latina, por ejemplo, suscribo la idea de que el establecimiento de la revisión judicial responde a complejos fenómenos de imitación y recepción que sin duda tienen una fuerte raigambre histórica y hasta de proximidad geográfica. México, tanto como Brasil, Uruguay o Colombia, incorporan en buena medida elementos tanto del modelo

estadunidense como del modelo europeo continental, sin soslayar aportaciones tan originales como el juicio de amparo mexicano al que ya he hecho referencia.

En este orden de ideas, si la existencia y funcionamiento de un tribunal constitucional forma parte de un arreglo institucional aceptable, como un *recurso* capaz de contribuir al sostenimiento del Estado de Derecho y a la consolidación de la democracia, lo correcto es plantear qué puede hacer dicho tribunal para desempeñar sus funciones, lo que implica mantener un compromiso institucional con la ciudadanía. En este caso, suscribo la posición de que los criterios para determinar el grado de legitimidad de un tribunal constitucional no tienen por qué ser necesariamente los mismos que validan, por ejemplo, la legitimidad política de las asambleas legislativas o del poder ejecutivo. No obstante, sí creo que todas las ramas del gobierno mantienen un grado de compromiso y responsabilidad política para con la ciudadanía que les designa directa —a través del sufragio— o indirectamente —mediante el cumplimiento de los preceptos constitucionales que señalan las vías de designación de los ministros, por ejemplo—.

Roberto Saba, jurista bonaerense, explica algunos elementos que deben ser considerados al momento de discutir sobre la legitimidad de un tribunal constitucional en el contexto del derecho constitucional contemporáneo:

La autoridad y legitimidad de los tribunales constitucionales dependen de otros factores, fundamentalmente: del prestigio y trayectoria de sus integrantes; del mecanismo participativo y transparente de designación (pero no de un mecanismo de elección popular); de la capacidad de los magistrados para mantener su independencia y la percepción de que son independientes; *de la solidez de los argumentos en los cuales fundan sus decisiones*; del *carácter público y universalizable de las razones en las que fundan sus sentencias*; del *grado de consenso que se dé entre los miembros del tribunal en torno a su lectura e interpretación de la Constitución*, entre otros.<sup>230</sup>

De las consideraciones planteadas por este autor, estimo especialmente relevantes las referidas a la solidez argumentativa, al carácter público y universalizable de las razones en que basan de sus decisiones, así como aquellas referidas al grado de consenso sobre la interpretación constitucional, el cual es producto de la deliberación y de una toma de decisiones colegiada. La solidez argumentativa puede ser constatada a partir de la calidad

---

<sup>230</sup> Saba, Roberto, “Dilemas supremos...”, *cít.*, p. 105. Énfasis añadido.

técnica de las sentencias, mientras que el carácter público y universalizable de las razones requiere de los jueces constitucional cierto grado de consciencia política y de conocimiento sobre el contenido que informa la *razón pública* de la comunidad. Por lo tanto, tiene que ver con la comprensión de la constitución misma y de los temas que son relevantes para el debate público. Estos elementos determinan, a mi modo de verlo, que todo el canon jurisprudencial termina por ser un *corpus* susceptible de evaluación. Ello nos permite a su vez continuar el argumento introducido en la primera parte de este capítulo: *entre más consistente sea el canon jurisprudencial de un tribunal constitucional, mayor será su grado de legitimidad*. La consistencia, tanto en un nivel de significado, como de correlación y coherencia con decisiones pasadas, depende en buena medida del conocimiento sobre el funcionamiento y utilidad del precedente constitucional.

Adicionalmente, reconoce el autor que, a partir de su función de intérpretes autorizados, los jueces constitucionales tienen una “función docente hacia la ciudadanía”, en la medida en que sus decisiones perfilan el significado de los preceptos constitucionales y proporcionan con ello a la comunidad política un punto fijo institucional que da cuenta de su significado. Buena parte de esta idea sobre de la Corte como educadora política fue planteada por John Rawls:

Se espera que los magistrados recurran a los valores políticos de la concepción pública de la justicia, siempre que la Constitución misma invoque expresa o implícitamente esos valores, como lo hace, por ejemplo, en una declaración de derechos que garantiza el ejercicio libre de cualquier religión o la protección de las leyes para todos. El papel de la Suprema Corte en esto es parte de lo público de la razón, y un aspecto del papel más amplio, educativo, de la razón pública.<sup>231</sup>

En *Liberalismo político*, el filósofo de Harvard reconoce que el papel de la Corte Suprema es el de ser la intérprete judicial más alta de la Constitución, mas no el de la intérprete última. De acuerdo con el autor, el poder más alto y supremo es ejercido por las tres ramas del gobierno, en el contexto de relaciones institucionales específicamente delimitadas y con responsabilidades frente al pueblo que les elige o, en su caso, que por virtud de su poder constituyente les asigna determinadas funciones. En Estados Unidos, algunas de las críticas recurrentes a la revisión judicial refieren precisamente que la función de la Corte como

---

<sup>231</sup> Rawls, John, *Liberalismo político*, trad. de Sergio Madero Báez, México, Fondo de Cultura Económica, 2015, p.175

intérprete no está explícita en el texto de la Constitución. Algunas de las respuestas a estas críticas están encaminadas a superar las interpretaciones textualistas de la misma y a preferir, en su lugar, interpretaciones integrales o teleológicas que consideren los objetivos que persigue la Constitución en su conjunto.

Asimismo, define el papel de la Suprema Corte como un *recurso institucional* cuya función es proteger la ley suprema frente a los embates legislativos de mayorías transitorias con base en la aplicación de la razón pública, a la que define como “la razón de ciudadanos en pie de igualdad que, como cuerpo colectivo, ejercen el poder político final y coercitivo unos sobre otros, al poner en vigor las leyes y al hacer enmiendas a su Constitución”<sup>232</sup>. Para Rawls, la importancia del ideal de la razón pública es que permite a los ciudadanos establecer “elementos constitucionales esenciales” —los cuales corresponden, en términos generales, con la estructura del gobierno, el proceso político y con algunos derechos y libertades que el autor considera imprescindibles— con base en “verdades llanas de aceptación generalmente aceptadas o disponibles, en general, para todos los ciudadanos”<sup>233</sup> con el fin de establecer bases de justificación razonables para la discusión pública de cuestiones políticas. Así pues, el argumento de Rawls estriba en que la actuación de la Corte Suprema no será antimayoritaria en la medida en que sus decisiones estén de acuerdo con la Constitución misma, sus enmiendas y las interpretaciones que sobre ella hayan sido ordenadas políticamente, es decir, conforme a los criterios decisorios que conforman precedentes jurídicamente obligatorios.

Los planteamientos de Rawls y Saba permiten concluir que entre más sólida sea la argumentación de un tribunal constitucional, mayor será su grado de legitimidad frente a la ciudadanía que, si bien no participa directamente en la elección de sus miembros, si lo hace indirectamente al elegir a aquellas personas que intervendrán en su designación —en el caso de Estados Unidos, como en el de México, a través de la propuesta de una terna por el ejecutivo para su designación por el senado— y que, como tal, puede reclamar el ejercicio de la responsabilidad institucional por parte de dicho tribunal.

Finalmente pienso, en línea con las consideraciones de Bernal Pulido, que uno de los retos más importantes para los tribunales constitucionales en la actualidad consiste en perfilar sus

---

<sup>232</sup> *Ibidem*, p. 161

<sup>233</sup> *Ibidem*, p. 168.

funciones respecto a los límites que guarda con las otras ramas del poder público. Un ejemplo reciente en México, digno de mención, es la cuestión sobre la inconvencionalidad de la figura de la prisión preventiva oficiosa. A grandes rasgos, el problema ha consistido en que la norma constitucional que prevé dicha figura no corresponde con los compromisos internacionales consignados por México respecto a los derechos establecidos por la Carta de San José; más aún, la figura es contraria al estándar jurisprudencial que la Corte Interamericana de Derechos Humanos ha establecido respecto a la convencionalidad de medidas cautelares en materia penal. La Corte enfrenta así la disyuntiva de seguir su propia jurisprudencia (CT 93/2011) y asumir el compromiso internacional en lo que a la mayor protección de derechos concierne, o procurar el respeto al principio orgánico de división de poderes en tanto que, en rigor, no cuenta con facultades expresas para inaplicar, ni mucho menos derogar, una disposición constitucional. Así, es posible afirmar que el tema sobre la legitimidad de la jurisdicción es de notable vigencia, puesto que, en la práctica, no todas las preguntas han encontrado debida respuesta.

## **CAPÍTULO IV. ANÁLISIS DEL SISTEMA DE JURISPRUDENCIA POR PRECEDENTES EN MÉXICO: RETOS Y OPORTUNIDADES PARA LA IMPARTICIÓN DE JUSTICIA EN MATERIA CONSTITUCIONAL**

### **4.1. Introducción**

Este último capítulo estará dedicado al análisis del nuevo sistema de creación de jurisprudencia por precedentes a la luz de la reforma del 2021. Con el propósito de ofrecer una explicación integral, el capítulo está dividido en tres partes. La primera de ellas está enfocada en hacer un breve recuento sobre la integración del sistema de jurisprudencia en México a partir de identificar cómo ha sido regulada por diferentes ordenamientos, específicamente leyes, reglamentos y acuerdos generales, desde la segunda mitad del siglo XIX hasta la fecha.

La segunda parte busca explicar los cambios que la reforma judicial de marzo de 2021 trajo consigo. Para ello, expondré los cambios constitucionales y legislativos que tuvieron lugar a partir de dicha reforma y referiré el inicio de la undécima época del Semanario Judicial de la Federación. En este apartado, vincularé los conceptos revisados en el segundo capítulo con los cambios normativos que correspondan en un esfuerzo por contrastar el desarrollo teórico con la adaptación práctica.

Finalmente, ofreceré algunas reflexiones sobre los que considero los retos más importantes que la citada reforma judicial ha traído consigo, a saber: la dificultad interpretativa de identificar la *ratio decidendi* para los juzgadores, así como su uso y continuidad por los operadores jurídicos; los retos de la enseñanza del derecho vinculada con los precedentes judiciales y la posibilidad de que el Poder Judicial, a la luz de lo observado en esta reforma, tenga formalmente la capacidad de presentar iniciativas de reforma en las materias que lo involucren.

### **4.2. Breve recuento del sistema de integración de la jurisprudencia en México**

Tal como señala Camilo Saavedra, en México la integración de la jurisprudencia ha estado siempre vinculada al juicio de amparo<sup>234</sup>. Durante el siglo XIX fueron promulgados sendos

---

<sup>234</sup> Saavedra Herrera, Camilo Emiliano, “El poder de la jurisprudencia. Un análisis sobre el desarrollo y funcionamiento del precedente judicial en México”, en Bernal Pulido, Carlos, Camarena González, Rodrigo y Martínez Verástegui, Alejandra (coords.) *El precedente en la Suprema Corte de Justicia de la Nación*, Centro de Estudios Constitucionales-Suprema Corte de Justicia de la Nación, Ciudad

ordenamientos que sentaron las primeras reglas jurisprudenciales con base en la Constitución de 1857. Para empezar, la *Ley Orgánica de Procedimientos de los Tribunales de la Federación, que exige el artículo 102 de la Constitución Federal, para los juicios de que habla el artículo 101 de la misma*, considerada como la primera ley de amparo y publicada en 1861, estableció las primeras reglas que ordenaban la publicación obligatoria de las sentencias. La sección I de dicha ley, específicamente el artículo 12, determinaba la obligación de publicar la sentencia y comunicar de manera oficial su emisión ante el gobierno del Estado para efecto de exigir la responsabilidad a que hubiera lugar. Adicionalmente, la sección IV de dicha ley, amén de establecer la relatividad de los efectos de las sentencias de amparo, en el artículo 31, determinaba también que las sentencias de todas las instancias debían publicarse en los periódicos, en el artículo 32.

Posteriormente, en 1869, fue publicada la *Ley Orgánica Constitucional sobre el Recurso de Amparo* —conocida como la segunda ley de amparo—, la cual, en su artículo 28, facultaba a los tribunales para “fijar derecho público” con base en la Constitución, las leyes y los tratados internacionales como regla suprema de conducta, aunque también establecía expresamente, en su artículo 8, la improcedencia del amparo en negocios judiciales. Esta figura fue empero combatida desde la Suprema Corte durante la resolución del amparo Vega, como lo señalé en el segundo capítulo. Tras la emisión de esta ley, fue creado por decreto de Benito Juárez, el 8 de diciembre de 1870, el Semanario Judicial de la Federación.

Después, en 1882, fue publicada una tercera ley de amparo, que llevó por nombre *Ley Orgánica de los artículos 101 y 102 de la Constitución Federal del 5 de febrero de 1857*. Esta tercera ley, impulsada por el insigne jurista mexicano Ignacio Vallarta, sentó las bases para la creación de jurisprudencia por reiteración con base en la doctrina francesa de la *jurisprudence constante*<sup>235</sup> y con ello fue introducida la conocida regla de las cinco ejecutorias uniformes. Lo cierto es que esta ley determinaba todavía de manera rígida la

---

de México, 2018, p. 297 *et passim*. La exposición que hago en este apartado retoma gran parte del recuento histórico hecho por el profesor Saavedra en el texto citado, quien a su vez recapitula los trabajos de Lucio Cabrera y Manuel González Oropeza sobre la materia. He procurado complementarlo en los espacios en los que lo he considerado posible.

<sup>235</sup> Para ahondar en el tema de la doctrina de la *jurisprudence constante*, sugiero la consulta del siguiente texto: Camarena González, Rodrigo, “From *jurisprudence constante* to *stare decisis*: the migration of the doctrine of precedent to civil law constitutionalism”, *Transnational Legal Theory*, vol. 7, núm. 2, 2016, pp. 257-286.

relatividad de los efectos en las sentencias de amparo, pero ya consideraba, como parte del parámetro para la fijación de derecho público, la interpretación de la Constitución que realizara la Suprema Corte a través de sus ejecutorias.

En el mismo sentido, esta ley estableció la obligación de que la Corte debía exponer en sus sentencias las razones que daban sustento a los criterios derivados de la interpretación constitucional, además de que debían manifestarse por escrito los desacuerdos de las minorías, de acuerdo con el artículo 41, y que los jueces inferiores, en su interpretación del texto constitucional, debían atender “al sentido [del texto constitucional] que le hayan dado las ejecutorias de la suprema corte y las doctrinas de los autores”, según señalaba el artículo 34. En esta ley subsistió la obligación de publicar las sentencias —con sus respectivos votos minoritarios, si era el caso— en el “periódico oficial del poder judicial federal”. Es destacable el establecimiento de sanciones para aquellos jueces que concedieran amparos en contra de lo establecido por la Constitución o por la interpretación que de ésta hubiese fijado la Corte en, como he dicho, “por lo menos [...] cinco ejecutorias uniformes”, según señalaba el artículo 70.

El profesor Camilo Saavedra puntualiza en que las circunstancias políticas del *fin de siècle* repercutieron en la comprensión del alcance de la jurisprudencia. Explica que el *Código de Procedimientos Federales de 1897* eliminó de las reglas para el establecimiento de la jurisprudencia el apartado referido a la *fijación del derecho público* por parte del Poder Judicial. No fue sino hasta 1908 que, a raíz de la promulgación del *Código Federal de Procedimientos Civiles* fue restituida la posibilidad de que la Corte emitiera jurisprudencia por reiteración<sup>236</sup>. Creo que este punto permite poner en contexto la comprensión de la Corte como una rama del poder público independiente y con capacidad de incidencia en la toma de decisiones. Una corte o tribunal constitucional que no cuente con la capacidad de *fijar derecho público* —sin que sea importante la formulación concreta de esta frase como sí la idea fundamental que expresa— está en condición de *nulla potestas*. Nuevamente, reconocer la autoridad formal de sus decisiones permite también reconocer su posición como tomador de decisiones en el marco de un Estado Constitucional y Democrático de Derecho. Al respecto, yo no me considero un defensor de la supremacía judicial, sino de la supremacía constitucional. Cada una de las ramas del poder público, en el marco de sus competencias,

---

<sup>236</sup> Saavedra Herrera, Camilo Emiliano, “El poder de la jurisprudencia...”, *cit.*, pp. 303-304.



tiene que poseer la autoridad formal suficiente, y materialmente real, para hacer valer la Constitución. Para ello, la división de poderes debe ser comprendida en un contexto institucional de prácticas y hábitos cooperativos, sin que ello implique desconocer la existencia de controles interorgánicos cuya aplicación debería ser, considero, subsidiaria.

Durante el siglo XX y tras la promulgación de la Constitución de 1917, el sistema de jurisprudencia comenzó a consolidarse paulatinamente. En 1919 fue publicada la *Ley Reglamentaria de los artículos 103 y 104 de la Constitución*, misma que reconoció en su artículo 148 la obligatoriedad de la jurisprudencia por reiteración —“cinco ejecutorias no interrumpidas por otra en contrario”— emitida por la Suprema Corte para los tribunales federales y locales. Además, reconocía el deber de seguimiento que, respecto a su propia jurisprudencia, tenía que respetar la Corte. Este deber no era —como no es tampoco ahora— una regla irrefutable, puesto que era posible contrariar la jurisprudencia siempre que existieran razones para ello, mismas razones que tenían que referir necesariamente, según el artículo 149, a las que fueran consideradas al momento de establecer la jurisprudencia rebatida.

En ese mismo año, el 1 de mayo de 1919, fue expedido el *Reglamento para el Departamento de Jurisprudencia, Semanario Judicial y Compilación de Leyes de la Suprema Corte de Justicia de la Nación*, el cual estableció una serie de reglas para la elaboración de sumarios de las ejecutorias de la Corte. Específicamente, el artículo 8 señalaba que “[e]l sumario de cada ejecutoria se hará de una manera concisa, exacta y clara, que fije todas y cada una de las *tesis jurídicas* sentadas por la Suprema Corte, en la ejecutoria a que el sumario se refiera, para que pueda servir de base a la formación del índice”. Es aquí donde aparece por primera vez, al menos en los registros consultados, la definición de *tesis jurídica*, que a la postre derivaría en el concepto más específico de *tesis de jurisprudencia*. En relación con este *índice general de la jurisprudencia de la Suprema Corte*, el artículo 9 señalaba los requisitos mínimos que debía contener cada una de las entradas que fueran agregadas, a saber:

un encabezamiento conciso y claro que dé exacta idea de la materia jurídica a que se refieren las ejecutorias [1], correspondientes a la letra del índice, que encabezará cada uno de los esqueletos, procurando que la redacción sea, al mismo tiempo que breve, suficientemente clara, para que pueda ser de gran utilidad práctica [2]; y, en seguida, se anotarán las fechas de expedición de las respectivas ejecutorias [3], los nombres de los quejosos [4], los de las autoridades responsables

[5] y, sirviéndose de abreviaturas, la indicación del lugar en donde puede encontrarse la ejecutoria [6].

Estos requerimientos muestran, por un lado, un claro perfil de ordenamiento lexicográfico<sup>237</sup>, que tenía, por otro lado, una clara pretensión de utilidad práctica para los postulantes y todo aquel interesado en que un asunto fuera resuelto en determinado sentido. Esta observación nos permite reforzar el argumento de que es necesario que las resoluciones tengan un orden a fin de contar con coherencia decisional, no sólo para el mejor entendimiento que del derecho pueda tener la sociedad en su conjunto, sino también para reforzar el grado de autoridad de un órgano creador y aplicador de normas como el Poder Judicial y en específico de la Corte. Recordemos en este punto al profesor Lon L. Fuller quien en el texto *La moral del derecho*, en referencia a las leyes, precisaba que: “[d]ebería darse[les] [...] la publicación adecuada a fin de que puedan ser criticadas públicamente, incluyendo la crítica que indique que no son la clase de leyes que no deban ponerse en vigor a menos que su contenido pueda ser efectivamente transmitido a aquellos que están sujetos a las mismas”<sup>238</sup>. La jurisprudencia, igual que las leyes, debe ser justamente cuestionada y reajustada según las necesidades jurídico-institucionales y sociales.

Para 1936 fue publicada una nueva ley de amparo (*Ley Orgánica de los artículos 103 y 107 de la Constitución Federal de 1936*) —misma que estuvo vigente hasta el año 2013, si bien tuvo numerosas reformas— la cual confirió a las Salas de la Corte la facultad de establecer jurisprudencia por reiteración, de acuerdo con el artículo 193, párrafo segundo, al tiempo que extendió la vinculatoriedad de la jurisprudencia a las juntas de conciliación y arbitraje y mantuvo la posibilidad de que la Corte contrariara su propia jurisprudencia, según señalaban los artículos 194 y 195.

En 1951 fue publicado un decreto de reformas a diversas disposiciones de la ley de amparo que dio paso a la creación de los Tribunales Colegiados de Circuito, a los cuales delegó la Corte competencias para conocer del juicio de amparo a fin de disminuir el rezago de los asuntos sometidos a su conocimiento. Por virtud de esta reforma, en los artículos 195 y 195 bis de la citada ley, fue introducido el mecanismo gradual de denuncia por contradicción de

---

<sup>237</sup> Respecto a esta observación sobre el perfilamiento lexicográfico de las sentencias me considero en deuda con el profesor Diego López Medina, para quien el tema, particularmente en el contexto del desarrollo del sistema de jurisprudencia en México, reviste el mayor interés.

<sup>238</sup> Fuller, Lon, *La moral del derecho*, trad. de Francisco Navarro, México, Trillas, 1967, p. 62.

critérios, en el que era competencia de las Salas de la Corte resolver las contradicciones de tesis entre Tribunales Colegiados de Circuito, y del Pleno resolver las contradicciones entre las Salas.

En relación con el uso del término “tesis” para referir a los criterios jurídicos contenidos en la jurisprudencia, como puntualiza Camilo Saavedra y como hemos constatado en la revisión hecha en este apartado, comenzó por ser un concepto usado en las prácticas de la Corte (1919), y que tendría su correlato legislativo hacia 1951, al referir al concepto de “tesis contradictorias” en el contexto del párrafo anterior. Lo cierto es que el término *tesis jurisprudencial* no aparecería sino hasta la publicación del decreto de reformas a la ley de amparo del 16 de enero de 1984. El artículo 194 bis de la Ley de Amparo quedaría como sigue: “En los casos previstos por los artículos 192 y 193, el Pleno, la Sala o el Tribunal Colegiado respectivo, aprobarán la *tesis jurisprudencial* y ordenarán su publicación en el Semanario Judicial de la Federación”<sup>239</sup>. La Ley de Amparo de 1936, hoy abrogada, tuvo así diversas modificaciones durante el siglo XX que perfilaron progresivamente el sistema de creación, modificación e interrupción de la jurisprudencia.

Para el año de 1994 tuvo lugar una gran reforma del Poder Judicial de la Federación. En virtud de ella, fue conferida la facultad a los Tribunales Colegiados de Circuito para poder emitir jurisprudencia a través del mecanismo de reiteración, el cual hasta ese momento sólo había sido competencia de la Corte. Asimismo, fueron introducidas las acciones abstractas de inconstitucionalidad, mismas que fueron reglamentadas en conjunto con las controversias constitucionales a través de la Ley Orgánica de las fracciones I y II del artículo 105 de la Constitución. Un aspecto de sumo interés respecto a esta reforma es que fue expresamente señalado en la citada ley reglamentaria la obligatoriedad de las razones que motivaran las sentencias emitidas tanto en el conocimiento de acciones como de controversias. Es interesante también que, aunque pretendía suprimirse la regla de emitir tesis en lo que respecta a dichos mecanismos, la fuerza de la tradición permitió que continuara su emisión. Fue hasta el año 2016, por medio del “Instrumento Normativo aprobado por el Pleno de la Suprema Corte de Justicia de la Nación el cuatro de abril de dos mil dieciséis, por el que se modifican los puntos tercero, fracciones I, inciso E), y II, inciso B), cuarto, párrafo último, y

---

<sup>239</sup> Saavedra Herrera, Camilo Emiliano, “El poder de la jurisprudencia...”, *cit.*, p. 312.

décimo; y se adiciona una fracción VI al punto quinto, del Acuerdo General 19/2013, de veinticinco de noviembre de dos mil trece, del Pleno de la Suprema Corte de Justicia de la Nación, por el que se regula la difusión del Semanario Judicial de la Federación vía electrónica, a través de la página de Internet de este Alto Tribunal” que la publicación de tesis en acciones y controversias fue definitivamente eliminada en el Semanario Judicial de la Federación.

En el año 2013 surgió una nueva ley de amparo, misma que reglamentó tres mecanismos de creación jurisprudencial: reiteración, contradicción y sustitución. Por medio del Acuerdo General Plenario 19/2013, la Suprema Corte de Justicia determinó que la denominación del *Sistema de Jurisprudencia y Tesis Aisladas IUS* sería sustituido por la de *Semanario Judicial de la Federación*, para ser publicado éste, en adelante, únicamente en formato electrónico. Del mismo modo, especificaba la información que debía contener el sistema en relación con las tesis jurisprudenciales y aisladas entre los que es posible mencionar el número de registro digital, la materia sobre la que versaba la tesis, órgano emisor, época, tipo de asunto, nombre del promovente, del ponente, del secretario proyectista, del encargado del engrose, la votación realizada por el órgano emisor, así como los datos de publicación de las ejecutorias.

### **4.3. La reforma judicial de 2021**

El 12 de febrero de 2020 fue presentado un documento titulado “Reforma con y para el Poder Judicial”. Este documento insistía en la necesidad de replantear sendos aspectos institucionales del Poder Judicial de la Federación a fin de robustecer su funcionamiento y eficacia. Entre los aspectos considerados destacaban el mejoramiento en el sistema de carrera judicial, el fortalecimiento de la defensoría pública, la reorientación de las políticas del Consejo de la Judicatura en materia de adscripciones, reincorporación y ratificación de juzgadores, una reestructuración orgánica del Poder Judicial, así como una serie de modificaciones encaminadas a “apuntalar el rol de la Suprema Corte como tribunal constitucional”. Entre estas modificaciones destaca, desde luego, la modificación al sistema de jurisprudencia para introducir, de manera formal, la figura de precedente respecto a los criterios jurisprudenciales sentados por la Suprema Corte.

Dicho documento fue planteado como algo más que una exposición de motivos, pues contenía una serie de propuestas concretas para realizar diversas modificaciones

constitucionales y legislativas. En buena medida, esta propuesta contó con el impulso del ministro presidente en turno, Arturo Zaldívar, para quien la agenda de reforma a la justicia era una cuestión prioritaria. El hecho de que la reforma fuese aprobada respecto a la mayoría de los puntos planteados desde el inicio por el Poder Judicial pone sobre la mesa, desde mi punto de vista, la necesidad de contar con un mecanismo formal para efecto de que la Suprema Corte pueda presentar formalmente iniciativas de ley y de reforma. Lo anterior no es una mera ocurrencia, sino que es un mecanismo institucional que está presente en otras latitudes. El ejemplo inmediato es el caso de Colombia, en donde la Corte Constitucional tiene la competencia para presentar iniciativas de ley, en los asuntos que le conciernen.

La reforma judicial fue finalmente publicada en el Diario Oficial de la Federación el 11 de marzo de 2021. Tal como señala José Antonio Caballero, su aprobación no estuvo exenta de controversia, en tanto que incluía una reserva en el artículo décimo tercero transitorio con el objeto de ampliar el plazo de encargo del presidente de la Suprema Corte<sup>240</sup>. No obstante, el artículo fue finalmente declarado inconstitucional a partir de la revisión de la acción de inconstitucionalidad 95/2021 y su acumulada 105/2021, por sentencia de la propia Corte publicada el 18 de febrero de 2022 en el Diario Oficial de la Federación<sup>241</sup>. En el presente apartado me concentraré en describir y analizar las principales modificaciones que trajo consigo la reforma, particularmente en lo que concierne a los cambios en el sistema de jurisprudencia, a fin de correlacionar los conceptos revisados en el segundo capítulo del presente trabajo con los cambios tanto constitucionales, como legislativos y de normatividad interna que tuvieron lugar. En el mismo sentido, explicaré algunos de los retos que en mi opinión deberá enfrentar el sistema de justicia y los operadores jurídicos para la instrumentación correcta de esta reforma.

#### **a) Modificaciones y adiciones a la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos<sup>242</sup>**

---

<sup>240</sup> Caballero Juárez, José Antonio, “La reforma judicial de 2021. ¿Hacia dónde va la justicia?”, *Revista Nexos* (versión electrónica), [consulta: 5 de octubre, 2022].

<sup>241</sup> La sentencia puede consultarse en el siguiente enlace: <[https://www.dof.gob.mx/nota\\_detalle.php?codigo=5643239&fecha=18/02/2022#gsc.tab=0](https://www.dof.gob.mx/nota_detalle.php?codigo=5643239&fecha=18/02/2022#gsc.tab=0)>.

<sup>242</sup> Los artículos constitucionales que sufrieron modificaciones fueron los siguientes: 94, 97, 99, 100, 105, 107. En el apartado en cuestión reviso los que considero más importantes para efectos de este estudio.

Las reformas al artículo 94 constitucional incluyeron cambios en la denominación y conformación de algunos de los órganos del Poder Judicial de la Federación. Así los Plenos de Circuito pasaron a ser sustituidos por los Plenos Regionales y los Tribunales Unitarios pasaron a ser Tribunales Colegiados de Apelación. Además, ahora es reconocido a nivel constitucional que el funcionamiento y competencia de la Corte —y del resto del Poder Judicial de la Federación— serán regidos no sólo por las leyes, sino también por lo que dispongan los acuerdos generales que dicte el Pleno de la Suprema Corte.

En tal sentido, las modificaciones a este artículo resultan fundamentales en tanto que fue adicionado un párrafo que determina la obligatoriedad de las *rationes decidendi* derivadas de las ejecutorias de la Corte —tanto en Pleno como en Salas— en donde hubiese sido alcanzada la mayoría calificada de ocho o cuatro votos, respectivamente. La adición incorpora un párrafo décimo segundo que indica lo siguiente:

Las razones que justifiquen las decisiones contenidas en las sentencias dictadas por el Pleno de la Suprema Corte de Justicia de la Nación por mayoría de ocho votos, y por las Salas, por mayoría de cuatro votos, serán obligatorias para todas las autoridades jurisdiccionales de la Federación y de las entidades federativas.

Enseguida continúo con el artículo 99 constitucional, mismo que está referido al Tribunal Electoral del Poder Judicial de la Federación. El cambio en este artículo consistió en sustituir el término *tesis* por el de *criterio* por cuanto respecta a la hipótesis normativa de contradicción entre los criterios sustentados por dicho Tribunal y los criterios sustentados por las Salas o el Pleno de la Suprema Corte. En adelante, muchos de los cambios legislativos también incluyeron esta modificación.

El siguiente artículo que comentaré será el 107. Este artículo reviste el mayor interés en tanto que está referido al juicio de amparo, el cual está directamente vinculado con la creación de jurisprudencia por precedente. La primera modificación puede encontrarse en el segundo párrafo de la fracción II el cual determina que, al resolver sobre la inconstitucionalidad de una norma general en un juicio de amparo indirecto en revisión, la Corte deberá informar a la autoridad emisora de la norma *sub examine*. En la versión anterior, dicho aviso debía ser emitido al revisarse la inconstitucionalidad de una norma por segunda ocasión. Este cambio es plenamente razonable en razón de la supresión de la jurisprudencia por reiteración para el caso de la Suprema Corte. El ajuste también tiene correlato en el tercer párrafo de la citada

fracción II, en tanto que describe el procedimiento para realizar la declaratoria general de inconstitucionalidad como resultado de la determinación de inconstitucionalidad de una norma general a partir del establecimiento de jurisprudencia por reiteración —para el caso de los Tribunales Colegiados de Circuito— o por precedentes —para el caso de la Corte—.

En relación con el mismo artículo, hubo una modificación importante en la fracción IX. Dicha fracción está referida al conocimiento del recurso de revisión en amparo directo. La norma vigente, además de contener los tres supuestos normativos en que procede dicho recurso —1) en contra de sentencias que resuelvan sobre la inconstitucionalidad de normas generales, 2) que establezcan la interpretación directa de un precepto constitucional, o 3) omitan decidir sobre tales cuestiones cuando hubieran sido planteadas—, sustituye el enunciado “siempre que fijen un criterio de importancia y trascendencia, según lo disponga la Suprema Corte de Justicia de la Nación, en cumplimiento de los acuerdos generales del Pleno.” por el siguiente: “siempre que a juicio de la Suprema Corte de Justicia de la Nación el asunto revista un interés excepcional en materia constitucional o de derechos humanos.”. Además, no es posible impugnar el auto de desechamiento de este recurso.

En general puede hablarse de algunas modificaciones relativas a la armonización del ordenamiento en relación con las denominaciones de los órganos del Poder Judicial y a la congruencia con la interpretación de los valores políticos de igualdad que ha sostenido la Suprema Corte. Por lo tanto, las competencias antes regladas para los Tribunales Unitarios de Circuito y Plenos de Circuito pasan ahora a ser las competencias de los Tribunales Colegiados de Apelación y los Plenos Regionales. Asimismo, ahora los preceptos constitucionales refieren a Ministros y Ministras, Magistrados y Magistradas, Jueces y Juezas, Secretarios y Secretarías.

#### **b) Modificaciones y adiciones legislativas**

##### ***Ley Orgánica del Poder Judicial de la Federación***

Respecto a las modificaciones legislativas realizadas por virtud del “Decreto por el que se expide la Ley Orgánica del Poder Judicial de la Federación y la Ley de Carrera Judicial del Poder Judicial de la Federación; se reforman, adicionan y derogan diversas disposiciones de la Ley Federal de los Trabajadores al Servicio del Estado, Reglamentaria del Apartado B) del artículo 123 Constitucional; de la Ley Federal de Defensoría Pública; de la Ley de

Amparo, Reglamentaria de los artículos 103 y 107 de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos; de la Ley Reglamentaria de las fracciones I y II del artículo 105 de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos y del Código Federal de Procedimientos Civiles”, en lo que respecta al tema del precedente, es necesario hacer hincapié en tres ordenamientos principales: la Ley Orgánica del Poder Judicial de la Federación, la Ley de Carrera Judicial del Poder Judicial de la Federación y la Ley de Amparo.

Por un lado, el Capítulo VII de la nueva Ley Orgánica está referido a la jurisprudencia en el aspecto orgánico-estructural, es decir, determina quién puede emitir jurisprudencia y bajo qué reglas, y en específico indica, en el artículo 158, que es la Coordinación de Compilación y Sistematización de Tesis el órgano competente para compilar, sistematizar y publicar las tesis y jurisprudencias emitidas por los órganos del Poder Judicial de la Federación.

Señala que el titular de esta dependencia deberá satisfacer los requisitos exigidos para ser secretario o secretaria general de acuerdos y tendrá el personal subalterno que fije el presupuesto. Asimismo, en el artículo 159, reitera la responsabilidad de la Corte para realizar con oportunidad las tareas relativas a la difusión de las tesis y jurisprudencias emitidas por los órganos del Poder Judicial de la Federación. Respecto a esta última parte, aunque no lo distingue expresamente, entiendo que por “tesis” refiere al concepto de tesis aislada.

Otra modificación importante en el marco de esta nueva Ley Orgánica es que ahora la jurisprudencia del Pleno de la Suprema Corte será obligatoria para el Tribunal Electoral, según está establecido en el artículo 217. Ello sin que medien las condiciones que contemplaba el artículo 235 de la versión anterior de dicha ley, es decir “cuando [la jurisprudencia del Pleno] se refiera a la interpretación directa de un precepto de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos, y en los casos en que resulte exactamente aplicable.”.

### ***Ley de Carrera Judicial del Poder Judicial de la Federación***

La nueva Ley de Carrera Judicial del Poder Judicial de la Federación determina en el título tercero, capítulo único, referido a la Escuela Federal de Formación Judicial, específicamente en el artículo 56 que los programas que dicha escuela imparta tendrán como objetivo fortalecer los conocimientos de los integrantes del PJJ, a fin de que llevar a cabo un adecuado



desempeño de la función judicial. La fracción III de dicho artículo está referida precisamente al establecimiento de cursos y programas que permitan “reforzar, actualizar y profundizar los conocimientos respecto del ordenamiento jurídico positivo, doctrina y jurisprudencia”. En ese sentido, me parece que es posible observar una clara preocupación al interior del Poder Judicial por reforzar la capacitación de sus integrantes, cuestión que sin duda es necesaria para la correcta instrumentación de la reforma, particularmente en lo que concierne a la materia de precedente.

### ***Ley de Amparo***

Finalmente, mencionaré los cambios en la Ley de Amparo, los cuales contienen modificaciones sustanciales en relación con el Título Cuarto referido a la Jurisprudencia y Declaratoria General de Inconstitucionalidad. En principio, fue eliminada la posibilidad de establecer jurisprudencia por medio de la figura de la sustitución. Actualmente el artículo 215 señala que la jurisprudencia puede establecerse por medio de tres mecanismos: 1) por precedentes obligatorios; 2) por reiteración, y 3) por contradicción. El artículo 16 determina los órganos facultados para establecer jurisprudencia. En el caso de la jurisprudencia por precedentes obligatorios, ella es facultad exclusiva de la Suprema Corte de Justicia de la Nación, funcione en Pleno o en Salas. La reiteración ahora será facultad de los Tribunales Colegiados de Circuito (aunque también subsiste dicha figura para los criterios jurisprudenciales emitidos por el Tribunal Federal Electoral). Finalmente, sentar jurisprudencia por contradicción es de conocimiento de la Suprema Corte y de los Plenos Regionales.

En relación con la jurisprudencia emitida por la Suprema Corte, el artículo 217 señala ahora que ésta será obligatoria “para todas las autoridades jurisdiccionales de la Federación y de las entidades federativas”, a diferencia de la versión anterior de dicho artículo que establecía un listado de los órganos vinculados por la jurisprudencia. Además, este mismo artículo introduce que, *prima facie*, la jurisprudencia de la Corte no es obligatoria para sí misma. Esta excepción implica que la Corte estaría en posibilidad de modificar su jurisprudencia, incluso cuando el Pleno o las Salas tengan una integración distinta a la que en un inicio dio lugar a la emisión de un criterio con base en una interpretación dada. La

única limitación sería que el cambio de criterio depende de la solidez argumentativa de las razones aportadas por las y los ministros en la discusión constitucional.

El artículo 218 de la Ley de Amparo introduce nuevos requisitos para la fijación de criterios relevantes por medio de tesis. Además, integra una adición que determina que las tesis deberán incorporar “las razones de la decisión, esto es, los hechos relevantes, el criterio jurídico que resuelve el problema abordado en la sentencia y una síntesis de la justificación expuesta por el tribunal para adoptar ese criterio.”. De acuerdo con las fracciones I a V del citado artículo, las tesis deberán contener: 1) rubro: permitirá identificar el tema de la tesis; 2) narración de los hechos: descripción breve de los hechos relevantes que dieron lugar al criterio fijado para resolver el caso; 3) criterio jurídico: reflejará la respuesta jurídica para resolver el problema de derecho planteado ante el órgano jurisdiccional; 4) justificación: exposición de los argumentos construidos por el órgano jurisdiccional en la emisión de la sentencia a fin de sostener el criterio jurídico adoptado en dicha resolución, y 5) datos de identificación del asunto: incluye el número de tesis, órgano emisor y las votaciones emitidas para aprobar el asunto y, en su caso, en relación con el criterio sustentado en la tesis. Finalmente, este artículo adiciona un párrafo final en el cual señala que “Las cuestiones de hecho y de derecho que no sean necesarias para justificar la decisión, en ningún caso deberán incluirse en la tesis”. Este enunciado normativo, infiero, es una exclusión manifiesta de los *obiter dicta* en la formulación de las tesis.

El artículo 221, mismo que refería al deber que tenían las partes de expresar los datos de identificación y publicación al invocar la jurisprudencia, fue derogado. En este punto cabe recordar que desde (...) la jurisprudencia es vinculante sin importar si los postulantes citan la jurisprudencia en sus recursos o no. Ahora, el capítulo II del citado Título Cuarto, pasó de denominarse “Jurisprudencia por Reiteración de Criterios” a “Jurisprudencia por Precedentes Obligatorios”. El artículo 222 refiere respecto al Pleno de la Suprema Corte, de forma consistente con el párrafo décimo segundo del artículo 94 constitucional adicionado en esta reforma, lo siguiente:

Las razones que justifiquen las decisiones contenidas en las sentencias que dicte el Pleno de la Suprema Corte de Justicia de la Nación, constituyen precedentes obligatorios para todas las autoridades jurisdiccionales de la Federación y de las entidades federativas cuando sean tomadas

por mayoría de ocho votos. Las cuestiones de hecho o de derecho que no sean necesarias para justificar la decisión no serán obligatorias.

Del mismo modo constituyen precedente obligatorio, para todas las autoridades jurisdiccionales federales y estatales, las razones contenidas en las sentencias dictadas por las salas de la Corte, siempre y cuando sean tomadas por una mayoría de cuatro votos. Luego, como he mencionado, la jurisprudencia por reiteración —ahora regulada en el capítulo III del mismo Título— mantiene la regla tradicional formada en la doctrina de la *jurisprudence constante* para la jurisprudencia fijada por los tribunales colegiados de circuito (cinco sentencias no interrumpidas por otra en contrario). Finalmente, las reglas sobre la creación de jurisprudencia por contradicción están ahora reguladas en el capítulo IV, artículos 225 a 227. Cabe destacar que fue sustituida la denominación “contradicción de tesis” por “contradicción de criterios”, y que fueron hechos los ajustes necesarios de acuerdo con los cambios en la denominación de los tribunales colegiados de apelación y los plenos regionales.<sup>243</sup>

Respecto a la interrupción de la jurisprudencia, ahora regulada en el capítulo V, artículos 228 a 229, cabe mencionar que fue incorporado expresamente un enunciado normativo que fija la autoridad de los precedentes al señalar en el artículo 228 que “[l]os tribunales no estarán obligados a seguir sus propias jurisprudencias. Sin embargo, para que puedan apartarse de ellas deberán proporcionar argumentos suficientes que justifiquen el cambio de criterio. En ese caso, se interrumpirá la jurisprudencia y dejará de tener carácter obligatorio”. Esta norma permite dar cuenta de que en México funciona un *sistema de precedente horizontal fuertemente persuasivo* y de *precedente vertical vinculante*, es decir que, en términos de *autoprecedente* no hay una obligación estricta de seguir en todos los casos un criterio sostenido de manera previa. En mi opinión, este mecanismo permite cierto margen de operatividad para que el juzgador pueda llevar a cabo las maniobras de cambio y anulación cuando lo considere necesario.

Sin embargo, es cierto que el segundo párrafo del artículo en comentario resulta confuso en tanto que establece que “los tribunales de que se trata estarán vinculados por sus propias jurisprudencias en los términos antes descritos, incluso cuando éstos se hayan emitido con

---

<sup>243</sup> En relación con las reglas de jerarquización para la denuncia en los casos de contradicción de criterios, véase la nota número 126 del presente trabajo.

una integración distinta”. En mi opinión, habría sido más adecuado mantener únicamente el primer párrafo y que el enunciado normativo señalara que los tribunales *sí* están vinculados por su propia jurisprudencia, siempre y cuando no existan razones suficientes para modificar el criterio de interpretación según las circunstancias de hecho y derecho de las cuales conozcan en los casos concretos.

### **c) El Acuerdo General Plenario 1/2021**

Tras la aprobación de la reforma constitucional del Poder Judicial de la Federación el 11 de marzo de 2021, fue publicado, el 8 de abril del mismo año, el Acuerdo General Plenario número 1/2021 por el que da inicio la undécima época del Seminario Judicial de la Federación. El considerando tercero refiere algunas de las razones que motivan el cambio de época entre las que destacan, para efecto de nuestro estudio, las siguientes: 1) el establecimiento de la jurisprudencia por precedentes que emitan el Pleno y las Salas de la Suprema Corte de Justicia de la Nación, y 2) el conocimiento de la declaratoria general de inconstitucionalidad a partir de un precedente establecido por la Suprema Corte, al determinar en un amparo indirecto en revisión la inconstitucionalidad de una norma general.

Al respecto, el considerando octavo señala que desde el Acuerdo General Plenario 17/2019 había sido establecida una nueva metodología para elaborar las tesis de jurisprudencia y aisladas. Dicho acuerdo preveía en su artículo 39 que “(...) La tesis hace referencia al criterio jurídico para un caso concreto. La tesis debe ser redactada con estructura de una regla compuesta por un supuesto de hecho que describa las circunstancias fácticas que constituyen el campo de aplicación de la regla y una consecuencia jurídica donde se establezca la solución normativa.”. Considero que este es un punto relevante en la medida en que permite constatar que había existido cambios al interior del Poder Judicial que de manera paulatina impulsaron un cambio en la manera de integrar la jurisprudencia.

Es igualmente importante referir el contenido del considerando noveno, el cual establece la permanencia de las tesis como un mecanismo que permite la divulgación de los criterios aprobados por la Corte, sin contar los derivados de acciones de inconstitucionalidad y controversias constitucionales, respecto a los cuales el sistema de tesis fue eliminado desde 2016. Este punto plantea el cuestionamiento de si eventualmente el sistema de tesis jurisprudenciales y aisladas para el control de constitucionalidad concreto efectuado

mediante el juicio de amparo será igualmente proscrito. Lo cierto es que existe un fuerte arraigo jurídico-cultural en relación con el uso de las tesis para la sistematización y difusión de los criterios jurisprudenciales, por lo que ello representará un reto interesante en el futuro.

En relación con los puntos contenidos en el Acuerdo, me parece importante destacar el primero, mismo que señala el inicio de la undécima época el primero de mayo de dos mil veintiuno. El segundo, que reitera la vinculatoriedad de la jurisprudencia por precedentes establecida a través de la reforma constitucional y de las correlativas modificaciones legislativas. El sexto, que desarrolla los datos señalados en el artículo 218 de la Ley de Amparo en relación con la información que deben contener de las tesis jurisprudenciales y aisladas publicadas en el Semanario Judicial de la Federación, a saber: el número de registro digital, el número de identificación, el tipo de tesis (jurisprudencial o aislada), la materia jurídica, el órgano emisor, la época a la que pertenece, tipo y número de asunto así como los datos del promovente y de los funcionarios judiciales involucrados (ponente, secretario proyectista, encargado de engrose, disidentes, ausentes), fecha de la ejecutoria, la votación emitida, fecha y hora de ingreso de las tesis y las sentencias al Semanario Judicial de la Federación, así como las notas que indiquen la fecha de publicación y de aplicación obligatoria de las tesis jurisprudenciales, además de las que señalen la Secretaría General de Acuerdos y la Dirección General de la Coordinación de Compilación y Sistematización de Tesis.

#### **4.4. Reflexión en torno a los retos y oportunidades para la impartición de justicia en materia constitucional a partir de la reforma judicial de 2021**

Para finalizar este capítulo —y con ello el presente trabajo de investigación—, tras haber repasado algunas cuestiones elementales para el estudio de la jurisdicción constitucional y vincularlas primero con un análisis teórico-conceptual del precedente, para luego relacionarlo con el aspecto práctico de aplicación en México a la luz de la reforma judicial del 2021, procederé a realizar una breve reflexión sobre los que considero serán los retos que deberán enfrentar los operadores jurídicos para la adecuada instrumentación de esta reforma, además de las oportunidades que ofrece la misma para replantear la comprensión del papel que deben desempeñar los tribunales constitucionales —en el caso de México, la Suprema Corte— en el marco del paradigma contemporáneo del Estado Constitucional y Democrático

de Derecho. En este espacio de ninguna manera pretendo ofrecer soluciones definitivas, sino únicamente destacar y problematizar algunos aspectos que considero deben ser puestos a discusión.

El primero y más evidente de los retos lo constituye el proceso de transición que ahora tiene lugar en el Poder Judicial de la Federación. Por un lado, están los desafíos de índole práctica que implican las modificaciones orgánico-estructurales, por ejemplo, en términos de asignación de personal. En segundo lugar, respecto al tema que nos ocupa, la cuestión de instrumentar dinámicas propias de una disciplina de precedentes en las prácticas institucionales. No considero que el problema haya sido transitar de un sistema de establecimiento de *tesis* a un sistema de identificación de *rationes decidendi* en el texto de las sentencias. Desde mi punto de vista, el sistema de tesis podría permanecer como una herramienta útil para la difusión y divulgación de los criterios sentados por los órganos del Poder Judicial de la Federación y, de cualquier modo, la tarea de establecer e interpretar criterios claramente razonados tendría que subsistir.

Michael Negrete, en un reciente trabajo publicado por el Instituto de Investigaciones Jurídicas, considera este problema al señalar que:

[L]a decisión de mantener las tesis de jurisprudencia es inconsistente con el tratamiento que la Corte ha dado a los precedentes emanados de las AI y CC [...]. Se estima que lo coherente sería que, por analogía, dicha metodología se aplicara también a los nuevos precedentes emanados del juicio de amparo.<sup>244</sup>

Lo cierto es que, en el caso de las acciones de inconstitucionalidad y de las controversias constitucionales, la eliminación del sistema de tesis fue paulatino, pues desde las reformas de 1994-1995 había sido considerado el cambio de paradigma para que las razones de las sentencias fueran los criterios vinculantes. Así creo que tendría que serlo, en todo caso, respecto al juicio de amparo en virtud de las recientes reformas y la introducción del sistema de precedente para ese mecanismo de control de constitucionalidad.

Me parece que no ha sido un desacierto mantener el sistema de tesis en este proceso de transición. Más aún, gracias al análisis teórico que hicimos sobre el control concentrado y

---

<sup>244</sup> Negrete Cárdenas, Michael Rolla, *El precedente judicial en la jurisprudencia de la Suprema Corte de Justicia de la Nación. Un estudio crítico con motivo de la reforma judicial 2021*, México, UNAM, Instituto de Investigaciones Jurídicas, Serie Doctrina Jurídica, núm. 270, 2022, p. 103.

difuso, podríamos considerar que, en lo sucesivo, el sistema de tesis —al menos como orden vinculante— podría no ser necesario para el órgano encargado de ejercer el *control concentrado de constitucionalidad en sentido fuerte*, es decir, para la Suprema Corte de Justicia de la Nación. En lo relativo al resto de los tribunales, considero, el sistema podría continuar en tanto ha probado ser muy efectivo como método de sistematización y difusión de los criterios. En general no creo que sean sistemas incompatibles, más bien en la práctica tendrán que vincularse, por un lado, el uso correcto de las tesis como mecanismos de difusión y divulgación y, por otro lado, aplicarse una verdadera práctica interpretativa de las sentencias.

Lo anterior, considero, conlleva una serie de retos tanto para la Suprema Corte como para el resto de los órganos jurisdiccionales. Incluso para abogados, juristas, así como para los docentes y estudiantes de la profesión jurídica. Para el caso de la Corte, identifico cuatro retos principales. En primer lugar, enfrenta el reto de ser más selectiva respecto a los asuntos de los cuáles conoce: en la medida en que reduzca el número de sus asuntos, disminuirá su rezago y con ello será posible que concentre sus esfuerzos en ejercer su función pedagógica mediante la selección de asuntos que tengan un alto impacto en relación con los valores de la comunidad política. En segundo lugar, enfrenta el reto de establecer mecanismos de diálogo y deliberación en el desarrollo de las actividades tanto de las Salas como del Pleno, los cuales le permitan también transparentar los procesos decisionales y con ello fortalecer la autoridad de sus decisiones. En tercer lugar, en relación con el punto anterior, la Corte tendrá que redoblar esfuerzos para comunicar mejor la metodología y resultados de sus decisiones no sólo al resto de los órganos jurisdiccionales del país, sino incluso a otras esferas del poder público. En cuarto y último, la dinámica interpretativa de los precedentes implica que la Corte emita resoluciones más concisas, más breves y con ello más contundentes. Es evidente que ciertos asuntos, por las especificidades técnicas de la materia con la que están relacionados, vuelven muy difícil que la resolución pueda ser breve. En ese sentido, creo que es útil que los ministros hagan un esfuerzo por identificar las subreglas en sus sentencias al vincular claramente los hechos materia del asunto con las consideraciones de derecho que permiten justificar el sentido de la decisión.

Un ejemplo reciente de este último punto que comento es la ejecutoria del amparo directo 9/2021, cuya resolución data del 29 de septiembre de 2021, en la que fue ponente el ministro

Juan Luis González Alcántara y Carrancá. En ese asunto, la Primera Sala ejerció su facultad de atracción para conocer del amparo directo en cuestión. Las circunstancias fácticas de este asunto estaban relacionadas con el divorcio de una pareja. En el respectivo convenio de divorcio fue establecido un derecho de usufructo respecto a un inmueble en favor de la quejosa, derecho que estaba sujeto a la condición resolutoria de que ella no podía recibir “visitas masculinas” ni contraer nuevas nupcias, pues de ocurrir esto ella perdería el derecho de uso y habitación. Al final, con base en la consideración de que existen socialmente “asimetrías de poder” y que es deber de la Corte proteger derechos constitucionales y convencionales tales como el de la libre determinación o el libre desarrollo de la personalidad —el cual, por cierto, ha tenido un alto grado de perfilamiento jurisdiccional—, fue concedido el amparo a la quejosa y con ello declarada nula la citada condición resolutoria para efecto de ser inaplicable por la autoridad responsable. La resolución, que además cuenta con un sumario del *iter* procesal vinculado con los hechos materia del asunto, consta únicamente de 27 fojas.

En el caso del resto de los órganos jurisdiccionales, considero que deben redoblar esfuerzos por conocer de primera mano los criterios emitidos por la Suprema Corte. En todo caso, en relación con el párrafo anterior, el esfuerzo de comunicación tiene que contar con la participación tanto de la Corte como del resto de los órganos jurisdiccionales. Para el caso de los postulantes, es necesario que ellos empiecen a considerar el estudio de las sentencias, en particular las de la Corte, como parte de su “cantera” de argumentos. Para efectos de que el sistema de precedentes adquiera el tinte dinámico que le caracteriza es necesario que haya tanto estímulos de entrada como respuestas de salida. El sistema en todo caso será construido paulatinamente por la labor que realizan los operadores, no por la sola entrada en vigor de la reforma.

Otro tema pendiente es el de la enseñanza del derecho. Éste es tema de preocupación común entre los estudiosos del tema del precedente. Esto es porque, tal como revisamos en el capítulo III, la concepción tradicional de los sistemas que pertenecen a la tradición jurídica de derecho romano-germánico ha sido la prevalencia de la ley y la identificación de la jurisprudencia como una fuente meramente auxiliar. Por lo tanto, es necesario encaminarse hacia la transformación de esta concepción en interés de fortalecer la sistematicidad del



derecho mismo, pues, tal como señalaba Kelsen, la actuación de las tres ramas del poder público forma parte del proceso de creación permanente del derecho.

Los métodos son conocidos. En principio, me parece que la labor emprendida por la Corte en la elaboración de cuadernos de jurisprudencia es un esfuerzo bastante útil de correlación de las resoluciones. Luego será necesario que en las escuelas de derecho comiencen a estudiarse con mayor profundidad las sentencias judiciales, particularmente las de la Suprema Corte. Más aún, los métodos de enseñanza deben ser consistentes con una comprensión integral de las fuentes del derecho. De acuerdo con autores como Sandra Gómora<sup>245</sup> o Michael Negrete me parece que es útil incorporar en la enseñanza del derecho el método de estudio de casos y análisis de sentencias. Pero no debe perderse de vista que el canon jurisprudencial debe ser estudiado de manera sistemática, por lo que analizar la jurisprudencia desde un punto de vista dinámico es fundamental.

Me parece que es todavía muy pronto para discutir sobre la vinculatoriedad de la jurisprudencia en sedes distintas a la jurisdiccional. Por ello considero importante evaluar el funcionamiento del nuevo sistema de precedentes y realizar ajustes en los años venideros en los aspectos en que sea necesario. Sólo en la medida en que los cambios implementados demuestren ser beneficiosos, creo que podríamos pensar en dotar a la jurisprudencia constitucional de un mayor grado de autoridad. Ahora, es también cierto que, ya que será posible emitir declaratorias generales de inconstitucionalidad con relativa mayor facilidad, en tanto fue eliminado el requisito de reiteración, presumimos que este mecanismo será utilizado con mayor frecuencia. Lo cierto es que, en la práctica, las resoluciones de la Corte deben gozar del mismo nivel de deferencia institucional con que podría contar una ley o un reglamento, más allá de las reglas formales que existan para vincular a las otras ramas del poder público.

Respecto a la eliminación del requisito de reiteración, que sí conlleva un cambio importante en la estructura institucional y repercutirá directamente en la toma de decisiones, no estimo que exista una violación a la seguridad jurídica con dicha eliminación, en tanto que permanecen algunos candados, como el requisito de la mayoría calificada. No obstante,

---

<sup>245</sup> Respecto al trabajo de la doctora Sandra Gómora sobre este tema, véase: Gómora Juárez, Sandra, “La enseñanza de la jurisprudencia en México y el uso de los métodos de enseñanza activa”, *Revista de Educación y Derecho de la Universidad de Barcelona*, núm. 16, septiembre de 2017, 22 pp.

sí reconozco que para lograr estas mayorías calificadas tendrá que existir un alto grado de consenso, lo que muchas veces requerirá de la negociación entre los tomadores de decisión, cuestión que podría suscitar motivaciones políticas. El mecanismo de mayoría de ocho y cuatro votos, empero, coloca en los juzgadores en la obligación de establecer mejores mecanismos de diálogo para lograr mejores consensos. Presupongo que, a mayor grado de consenso, mayor será la legitimidad de las decisiones tomadas por la Corte, sin perder de vista el valor que puedan tener los votos disidentes o minoritarios.

Considero que uno de los más grandes avances que trae consigo esta reforma es que permitirá fortalecer el paradigma de la autoridad de la jurisprudencia como fuente de derecho. Como he dicho, no es cuestión de propiciar la creación de un *gobierno de los jueces*, sino de comprender el papel que la jurisprudencia puede desempeñar para dotar de consistencia al derecho a partir de lo resuelto en el día a día de la vida en los tribunales. Tal como expresa el profesor Diego López:

La jurisprudencia es el esfuerzo social en las prácticas sociales de los abogados, juristas y jueces para que empecemos a tener experiencia sobre cómo se resuelven bien los casos. Se parece un poco a eso que los médicos llaman experiencia clínica. La experiencia clínica es un concepto que se parece a la jurisprudencia. Son estos debates que ellos hacen sobre cómo han tratado una enfermedad, qué camino o ruta han abierto, en ese sentido qué precedente han creado y esos esfuerzos que consecuencias han tenido en la sociedad.<sup>246</sup>

De esta manera, los retos se convierten en oportunidades. La Corte cuenta en este momento con la oportunidad de fortalecer su legitimidad institucional a través de la emisión de resoluciones cada vez más consistentes. Asimismo, creo que esta reforma abre la oportunidad para construir un sistema jurídico mejor correlacionado en la medida en que *la experiencia clínica* perfila el conocimiento que tenemos del derecho mismo. Finalmente, dada la dinámica en que estuvo enmarcada la presente reforma, considero que sería oportuno pensar en la viabilidad de que la Corte pueda presentar formalmente iniciativas de ley. Tomo como referente el caso de Colombia que, en su Constitución, específicamente en el artículo 156, determina la posibilidad de que la Corte Constitucional pueda presentar iniciativas de

---

<sup>246</sup> López Medina, Diego Eduardo, “La consolidación del precedente judicial en México” (conferencia), Escuela Federal de Formación Judicial [en línea], <<https://www.youtube.com/watch?v=aJv-93rDFUk>>, minuto 26:56, [consulta: 18 de marzo, 2021].

ley en los asuntos que competan a su función. Creo, no obstante, que en el caso mexicano es destacable que haya existido una comunicación interinstitucional efectiva que finalmente permitió que el legislativo tomara con seriedad la propuesta de la Corte y la retomara prácticamente a plenitud. Sin embargo, pienso que sería apropiado considerar la introducción formal del mecanismo antes descrito en una próxima reforma en materia judicial<sup>247</sup>.

---

<sup>247</sup> Agradezco a la doctora Yenny Andrea Celemín Caicedo de la Universidad de los Andes por haber compartido conmigo el conocimiento de la facultad que tiene la Corte Constitucional de Colombia para presentar iniciativas de ley

## CONCLUSIONES GENERALES

1. La jurisdicción constitucional es un mecanismo de protección de la normativa constitucional encaminado a prevenir su violación y reprimir su desconocimiento —aspecto estático—, así como para desarrollar la interpretación de la constitución a la luz del cambio social —aspecto dinámico—. El ejercicio de la jurisdicción constitucional persigue, por lo tanto, la efectiva realización de las disposiciones constitucionales en la realidad a través de un manejo equilibrado entre las necesidades sociales y la consistencia normativa. Es un mecanismo que funciona institucionalmente sobre la base de los siguientes elementos: 1) objeto —constitución en sentido formal y material—, 2) el establecimiento de una estructura orgánica donde las competencias están definidas de manera precisa y previa al conocimiento de un conflicto; 3) respecto a situaciones normativas específicamente delimitadas; y 4) el establecimiento de mecanismos y procedimientos específicamente diseñados para ejercer la defensa de su objeto.
2. El principio de supremacía constitucional implica priorizar la validez de las disposiciones constitucionales por encima de cualquier otro tipo de norma. Aceptar la supremacía de la constitución no implica aceptar la supremacía judicial. Todas las autoridades están obligadas a hacer valer y respetar las normas constitucionales en el marco de sus facultades y competencias. El principio de división de poderes puede ser comprendido a partir de un sentido político, en tanto que desconcentra y distribuye el poder político y en un sentido jurídico, en tanto que permite organizar las competencias que deriven del ejercicio del mismo. El proceso de creación y aplicación del derecho es en tal medida complejo que necesita de una distribución funcional que le permita ser —además de sistemáticamente coherente— eficiente. Es por ello que el principio de división de poderes es usado tanto para evitar la concentración indebida del poder político, ejercido a través de las funciones del Estado, como para crear y transformar el derecho mismo.
3. Los órganos encargados de ejercer un *control concentrado de constitucionalidad en sentido fuerte*, por los efectos de sus resoluciones, son aquellos enunciados en el título cuarto, capítulo I de la Ley de Amparo, a saber: la Suprema Corte, los Plenos Regionales y los Tribunales Colegiados de Circuito. Afirmo esto en virtud de que son los únicos órganos que pueden establecer jurisprudencia —por precedentes, por reiteración o por contradicción de criterios, según sea el caso— con efectos generales, máxime que la

Corte puede emitir declaratorias generales de inconstitucionalidad y declaraciones de invalidez que incluso trascienden la esfera de la organización judicial. Los tribunales colegiados de apelación y los juzgados de distrito realizan un *control concentrado de constitucionalidad débil* pues, aunque ambos órganos conocen del amparo indirecto, los efectos de sus resoluciones no poseen —en principio— alcances generales, sino hasta que son integrados en criterios jurisprudenciales por los órganos superiores.

4. El afianzamiento de la regla del precedente en los sistemas del *common law* durante la época moderna corresponde con el ideal racionalizador en que estuvo basado el pensamiento de la ilustración. Tanto el fenómeno de la codificación como la regla del precedente persiguieron un mismo propósito: el de dar coherencia y sistematicidad a la fuente jurídica que, por razones histórico-políticas dadas, según el contexto, tenía prevalencia. Por un lado, si lo relevante era proteger la ley como una manifestación de la voluntad general del pueblo, entonces era necesario ordenarla y blindarla contra toda posible interpretación supuestamente malintencionada de los jueces, quienes habían sido considerados como funcionarios más bien tiránicos hasta antes de la revolución francesa; por otro lado, si lo relevante era dotar de autoridad al derecho de creación jurisprudencial cuya conformación remontaba a una tradición seguida durante siglos, entonces lo pertinente era ordenarlo y establecer las reglas necesarias para asegurar su observancia.
5. Existe en la actualidad un proceso de adecuación de la institución del precedente en varios países de América Latina —*v. gr.* Colombia, Brasil, Bolivia, Costa Rica, México—, mismo que guarda una estrecha relación con la creciente relevancia que han adquirido los tribunales constitucionales en tanto defensores y garantes de los derechos humanos.
6. El reconocimiento actual de la supremacía constitucional —la cual ha derivado en el fenómeno de *constitucionalización del ordenamiento jurídico*— y de las cortes o tribunales constitucionales como órganos racionalizadores del derecho y garantes, como en principio todas las autoridades pero en alguna medida con una mayor carga de responsabilidad dada su tarea de resolver controversias y pacificar el conflicto, de la protección de los derechos de las personas, ha propiciado la necesidad de que estos órganos cuenten con mecanismos de orden y coherencia decisional que les permitan reforzar la autoridad y legitimidad de sus decisiones.

7. Argumentar el carácter del precedente judicial, específicamente el de tipo constitucional, como una fuente formal de derecho, implica: 1) reconocer la autoridad de los tribunales constitucionales como órganos capaces no sólo de aplicar sino también de crear derecho; y 2) identificar y comprender el valor y trascendencia jurídico-política de sus decisiones como medios para el fortalecimiento del Estado Democrático y Constitucional de Derecho. Entre más consistente sea el canon jurisprudencial de un tribunal constitucional, mayor será su grado de legitimidad. La consistencia, tanto en un nivel de significado como de correlación y coherencia con decisiones pasadas, depende en buena medida del conocimiento sobre el funcionamiento y utilidad del precedente constitucional. Entre más sólida sea la argumentación de un tribunal constitucional, mayor será su grado de legitimidad frente a la ciudadanía que, si bien no participa directamente en la elección de sus miembros, si lo hace indirectamente al elegir a aquellas personas que intervendrán en su designación —en el caso de Estados Unidos, como en el de México, a través de la propuesta de una terna por el ejecutivo para su designación por el senado— y que, como tal, puede reclamar el ejercicio de la responsabilidad institucional por parte de dicho tribunal.
8. Los criterios para determinar el grado de legitimidad de un tribunal constitucional no tienen por qué ser necesariamente los mismos que validan, por ejemplo, la legitimidad política de las asambleas legislativas o del poder ejecutivo. No obstante, sí creo que todas las ramas del gobierno mantienen un grado de compromiso y responsabilidad política para con la ciudadanía que les designa directa —a través del sufragio— o indirectamente —mediante el cumplimiento de los preceptos constitucionales que señalan las vías de designación de los ministros, por ejemplo—.
9. En virtud de las reformas recientes, afirmo que en México funciona un *sistema de precedente horizontal fuertemente persuasivo* y de *precedente vertical vinculante*, es decir que, en términos de *autoprecedente* no hay una obligación estricta de seguir en todos los casos un criterio sostenido de manera previa. En mi opinión, este mecanismo permite cierto margen de operatividad para que el juzgador pueda llevar a cabo las maniobras de distinción y revocación cuando lo considere necesario.
10. Frente a la reforma judicial del año 2021, la Suprema Corte tiene los siguientes retos: 1) ser más selectiva respecto a los asuntos de los cuáles conoce: en la medida en que reduzca

el número de sus asuntos, disminuirá su rezago y con ello será posible que concentre sus esfuerzos en ejercer su función pedagógica, mediante la selección de asuntos que tengan un alto impacto en relación con los valores de la comunidad política; 2) establecer mecanismos de diálogo y deliberación en el desarrollo de las actividades tanto de las Salas como del Pleno, los cuales le permitan también transparentar los procesos decisionales y con ello fortalecer la autoridad de sus decisiones. 3) redoblar esfuerzos para comunicar mejor la metodología y resultados de sus decisiones no sólo al resto de los órganos jurisdiccionales del país, sino incluso a otras esferas del poder público; 4) la dinámica interpretativa de los precedentes implica que la Corte emita resoluciones más concisas, más breves y con ello más contundentes, sin soslayar que debe facilitar su alcance para todos los sectores de la sociedad. Esta reforma, además, permite poner sobre la mesa la discusión de si la Corte puede, eventualmente, presentar iniciativas de ley de manera formal.

## FUENTES DE INFORMACIÓN REFERIDAS

### A. Libros

- ALEXY, Robert, *Teoría de la argumentación jurídica. La teoría del discurso racional como teoría de la fundamentación jurídica*, Lima, Palestra, 2007, 550 pp.
- ARISTÓTELES, *Ética a Nicómaco*, trad. de José Luis Calvo Martínez, Alianza Editorial, 2005, Clásicos de Grecia y Roma, pp. 155, 315 pp.
- , *Política*, trad. de Manuela García Valdés, Madrid, Editorial Gredos, 1988, Biblioteca Clásica Gredos, núm. 116, 490 pp.
- BERNAL PULIDO, Carlos, *et al.* (coords.), *El precedente en la Suprema Corte de Justicia de la Nación*, México, Suprema Corte de Justicia de la Nación, 2018, 363 pp.
- BICKEL, Alexander M., *The least dangerous branch. The Supreme Court at the bar of politics*, 2ª. ed., New Haven, Yale University Press, 1986, 303 pp. [Hay versión en español: *La rama menos peligrosa. La suprema corte de justicia de los Estados Unidos en el banquillo de la política*, trad. de Mario A. Zamudio Vega, México, Fondo de Cultura Económica, 2020, Colección Política y Derecho, 311 pp.].
- CABALLERO JUÁREZ, José Antonio, *La reforma judicial de 2021. ¿Hacia dónde va la justicia?*, México, UNAM, Instituto de Investigaciones Jurídicas, 2021, Serie Estudios Jurídicos, núm. 360, 136 pp.
- CABRERA ACEVEDO, Lucio, *La Suprema Corte de Justicia. La república y el imperio*, México, Suprema Corte de Justicia de la Nación, 1988, 557 pp.
- CALAMANDREI, Piero, *Elogio de los jueces escrito por un abogado*, trad. de Santiago Sentis e Isaac J. Medina, Madrid, Editorial Reus, 2009, 155 pp.
- CAPPELLETTI, MAURO, *La justicia constitucional (estudios de derecho comparado)*, prólogo de Héctor Fix-Zamudio, México, UNAM-Facultad de Derecho, 1987, 353 pp.
- CARDOZO, Benjamin, *The nature of the judicial process*, New Haven, Yale University Press, 1921, The Storrs Lectures Series, 180 pp.



- DABIN, Jean, *Doctrina general del Estado. Elementos de filosofía política*, trad. de Héctor González Uribe y Jesús Toral Moreno, México, UNAM, Instituto de Investigaciones Jurídicas, 2018, Serie Doctrina Jurídica, núm. 123, 499 pp.
- DAVID, René y JAUFFRET-SPINOSI, Camille, *Los grandes sistemas jurídicos contemporáneos*, trad. de Jorge Sánchez Cordero, México, UNAM, Instituto de Investigaciones Jurídicas, 2010, 523 pp.
- DUXBURY, Neil, *The nature and authority of precedent*, Cambridge, Cambridge University Press, 2008, 189 pp.
- DWORKIN, Ronald, *Law's empire*, Cambridge, Harvard University Press, 1986, 470 pp.
- FIX-ZAMUDIO, Héctor, *El poder judicial en el ordenamiento mexicano*, México, Fondo de Cultura Económica, 1996 (2003, 3ra reimpr.), Obras de política y derecho, 643 pp.
- , *Introducción al estudio de la defensa de la constitución en el ordenamiento mexicano*, 2ª edición, México, UNAM, Instituto de Investigaciones Jurídicas, Corte de Constitucionalidad de Guatemala, 1998, 165 pp.
- FULLER, Lon, *La moral del derecho*, trad. de Francisco Navarro, México, Trillas, 1967, 107 pp.
- GARGARELLA, Roberto, *La justicia frente al gobierno: sobre el carácter contramayoritario del poder judicial*, Quito, Centro de Estudios y Difusión del Derecho Constitucional, 2012, 294 pp.
- , (comp.), *Por una justicia dialógica. El poder judicial como promotor de la deliberación democrática*, Buenos Aires, Siglo XXI, 2014, 358 pp.
- GÉNY, Francois, *Método de interpretación y fuentes en derecho privado positivo*, prólogo de Raymundo Saleilles, 2ª edición, Madrid, Reus, 1925, 695 pp.
- HAMILTON, Alexander *et al.*, *The Federalist papers*, Edición, introducción y notas de Lawrence Goldman, Nueva York, Oxford University Press, 2008, Colección Oxford World's Classics, 470 pp.
- HOLMES, Oliver Wendell, *La senda del derecho*, Buenos Aires, Abeledo-Perrot, 1959, 52 pp.

- KELSEN, Hans, *La garantía jurisdiccional de la constitución*, trad. de Rolando Tamayo y Salmorán, México, Instituto de Investigaciones Jurídicas, 2016, Serie Ensayos Jurídicos, Núm. 5, 107 pp.
- , *Teoría general del derecho y del Estado*, trad. de Eduardo García Máynez, 3ª edición, México, Universidad Nacional Autónoma de México, 2014, Colección Textos Universitarios, 477 pp.
- , *¿Qué es la justicia?*, 8ª edición, México, Gernika, 2012, 92 pp.
- LOCKE, John, *Two treatises of government and a letter concerning toleration. Essay concerning the true original, extent, and end, of civil government*, ed. de Ian Shapiro, New Haven, Yale University Press, 2003, 358 pp.
- LOEWENSTEIN, Karl, *Teoría de la constitución*, trad. de Alfredo Gallego Anabitarte, 2ª edición, Madrid, Editorial Ariel, 1976, 619 pp.
- LÓPEZ MEDINA, Diego Eduardo, *El derecho de los jueces. Obligatoriedad del precedente constitucional, análisis de sentencias y líneas jurisprudenciales y teoría del derecho judicial*, 2ª ed., Colombia, Legis, 2006, 366 pp.
- , *Eslabones del derecho. El deber de coherencia con el precedente judicial*, Colombia, Legis, 2016, 227 pp.
- MACCORMICK, Neil, *Rhetoric and the rule of law. A theory of legal reasoning*, Oxford, Oxford University Press, 2005, 287 pp.
- y SUMMERS, Robert, *Interpreting Precedents. A comparative study*, Londres, Routledge, 2016, 585 pp.
- MAGALONI KERPEL, Ana Laura, *Derecho constitucional en movimiento. El precedente judicial norteamericano*, 2ª. ed., México, Suprema Corte de Justicia de la Nación, 2021, 334 pp.
- MERRYMAN, John Henry y Pérez-Perdomo Rogelio, *La tradición jurídica romano-canónica*, trad. de Eduardo Suárez y José María Imaz, México, Fondo de Cultura Económica, 2015, Breviarios del Fondo de Cultura Económica, 175 pp.

- MIJANGOS Y GONZÁLEZ, Pablo, *Historia mínima de la suprema corte de justicia de México*, México, El Colegio de México, 2019, Historias Mínimas, 306 pp.
- MONTESQUIEU, Charles-Louis de Secondat, *Del espíritu de las leyes*, estudio preliminar de Daniel Moreno, México, Porrúa, 1980, Sepan Cuántos..., 688 pp.
- MOUSOURAKIS, George, *Comparative law and legal traditions. Historical and contemporary perspectives*, Cham, Springer, 2019, 318 pp.
- NEGRETE CÁRDENAS, Michael Rolla, *El precedente judicial en la jurisprudencia de la Suprema Corte de Justicia de la Nación. Un estudio crítico con motivo de la reforma judicial 2021*, México, UNAM, Instituto de Investigaciones Jurídicas, Serie Doctrina Jurídica, núm. 270, 2022, 135 pp.
- POUND, Roscoe, *The spirit of the common law*, Lincoln, University of Nebraska, 1921, 224 pp.
- QUINCHE RAMÍREZ, Manuel Fernando, *El precedente judicial y sus reglas*, Colombia, Legis, 2020, 166 pp.
- RAZ, Joseph, *La autoridad en el derecho. Ensayos sobre derecho y moral*, trad. de Rolando Tamayo y Salmorán, 2ª edición, México, UNAM, Instituto de Investigaciones Jurídicas, 1985, 339 pp.
- RAWLS, John, *Liberalismo político*, trad. de Sergio Madero Báez, México, Fondo de Cultura Económica, 2015, 339 pp.
- SILTALA, Raimo, *A theory of precedent. From analytical positivism to a post-analytical philosophy of law*, Oxford y Portland, Oregon, Hart Publishing, 2000, 288 pp.
- TARUFFO, Michele, *Aspectos del precedente judicial*, México, Consejo de la Judicatura del Estado de Nuevo León, 2018, 99 pp.
- VILE, John, *Essential Supreme Court decisions. Summaries of leading cases in U.S. constitutional law*, Maryland, Rowman & Littlefield Publishers, 2010, 535 pp.
- VINX, Lars, *The guardian of the constitution. Hans Kelsen and Carl Schmitt on the limits of constitutional law*, Cambridge, Cambridge University Press, 2015, 279 pp.

ZAGREBELSKY, Gustavo y MARCENÒ, Valeria, *Justicia constitucional. Vol. I: Historia, principios e interpretaciones*, trad. de César E. Moreno More, Puno, Zela, 2018, 406 pp.

## **B. Capítulos de libros**

DONDÉ, Javier, “Comentarios al expediente varios 912/2010”, en Salazar Ugarte, Pedro, Niembro Ortega, Roberto y Alonso Beltrán, Carlos Ernesto (coords.), *Diez sentencias emblemáticas de la Suprema Corte*, México, UNAM, Instituto de Investigaciones Jurídicas, Serie Doctrina Jurídica, núm. 858, 240 pp.

DWORKIN, Ronald, “Introduction: The Moral Reading and the Majoritarian Premise”, en Dworkin, Ronald, *Freedom’s law. The moral reading of the American constitution*, Nueva York, Oxford University Press, 1996, pp. 1-38

FIX-ZAMUDIO, Héctor, “Justicia constitucional y control de legalidad en México”, en Valadés, Diego y Carbonell, Miguel, *El estado constitucional contemporáneo. Culturas y sistemas jurídicos comparados*, México, UNAM, Instituto de Investigaciones Jurídicas, 2006, t. I, Serie Doctrina Jurídica, núm. 356, pp. 249-269.

———, “La legitimación democrática del juez constitucional”, en Ferrer Mac-Gregor y Molina Suárez, César de Jesús (coords.), *El juez constitucional en el siglo XXI*, México, UNAM, Instituto de Investigaciones Jurídicas-Suprema Corte de Justicia de la Nación, 2009, Serie Doctrina Jurídica, núm. 518, pp. 135-187.

FLORES, Imer B., “La dialéctica cambio-permanencia constitucional: a propósito del anteproyecto de texto reordenado y consolidado de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos”, en Serna de la Garza, José María y de los Santos Olivo, Isidro (coords.), *La dinámica del cambio constitucional en México*, México, UNAM, Instituto de Investigaciones Jurídicas-Instituto Iberoamericano de Derecho Constitucional, 2018, Serie Versión de Autor, núm. 13, pp. 221-239.

———, “La naturaleza de la función judicial: democracia e independencia”, en Astudillo, César y Carpizo, Jorge (coords.), *Constitucionalismo. Dos siglos de su nacimiento en América Latina*, México, UNAM, Instituto de Investigaciones Jurídicas- Instituto Iberoamericano de Derecho Constitucional, 2013, pp. 267-287.

- , “Los modelos de interpretación jurídica: El debate Hart-Dworkin”, en Cruz Parceró, Juan Antonio y Flores, Imer B., *Teoría de la argumentación jurídica*, México, UNAM, Tirant lo Blanch, 2021, pp. 33-65.
- , “The quest for legisprudence: constitutionalism v. legalism”, en Wintgens, Luc J. (ed.), *The theory and practice of legislation. Essays in legisprudence*, Gran Bretaña, Ashgate, 2005, Serie Applied Legal Philosophy, pp. 26-52.
- HIGHTON, Elena, “Sistemas concentrado y difuso de control de constitucionalidad”, en von Bogdandy, Armin, Ferrer Mac-Gregor Eduardo y Morales Antoniazzi, Mariela, *La justicia constitucional y su internacionalización. ¿Hacia un ius constitutionale commune en América Latina?*, México, UNAM, Max-Planck-Institut für Ausländisches Öffentliches Recht und Völkerrecht, Instituto Iberoamericano de Derecho Constitucional, 2010, Serie Doctrina Jurídica, núm. 569, pp. 107-173.
- OTERO, Mariano, “Voto particular donde se fundamentan sus aportaciones para la instrumentación del Juicio de Amparo, 5 de abril de 1847”, en Cámara de Diputados, *Obras completas de Mariano Otero. Legado jurídico, político y diplomático*, intr. de Brasil Alberto Acosta Peña, México, Consejo Editorial de la H. Cámara de Diputados, LXIV Legislatura, 2019, 583 pp.
- RECASÉNS SICHES, Luis, “The logic of the reasonable as differentiated from the logic of the rational (human reason in the making and the interpretation of the law)”, en Newman, Ralph A. (ed.), *Essays in Jurisprudence in Honor of Roscoe Pound*, Indianapolis, Bobbs-Merrill, 1962, pp. 192-221.
- REY MARTÍNEZ, Fernando, “Una relectura del *Bonham’s Case* y de la aportación de Sir Edward Coke a la creación de la *judicial review*”, en Ferrer MacGregor, Eduardo y Zaldivar Lelo de Larrea, Arturo, *La ciencia del derecho procesal constitucional. Estudios en homenaje a Héctor Fix-Zamudio en sus cincuenta años como investigador del derecho, t. I, Teoría general del derecho procesal constitucional*, México, UNAM-Marcial Pons-Instituto Mexicano de Derecho Procesal Constitucional, 2008, Serie Doctrina Jurídica, núm. 436, pp. 847-866.

WALDRON, Jeremy, “La esencia del argumento contra el control judicial de la constitucionalidad”, en Waldron, Jeremy, *Contra el gobierno de los jueces. Ventajas y desventajas de tomar decisiones por mayoría en el Congreso y en los tribunales*, Buenos Aires, Siglo XXI editores, Derecho y Política, 2018, pp. 55-123.

### C. Artículos de revistas

BERNAL PULIDO, Carlos, “En torno a la legitimidad de la jurisdicción constitucional y la objetividad en el control de constitucionalidad de las leyes”, *Revista Derecho del Estado*, núm., 7, diciembre de 2009, pp. 121-139.

BLACHLY, Frederick F. Y OATMAN, MIRIAM E., “Judicial review of legislative acts in Germany”, *The American Political Science Review*, vol. 21, núm. 1, febrero de 1927, pp. 113-119.

CAMARENA GONZÁLEZ, Rodrigo, “From *jurisprudence constante* to *stare decisis*: the migration of the doctrine of precedent to civil law constitutionalism”, *Transnational Legal Theory*, vol. 7, núm. 2, 2016, pp. 257-286.

FERNÁNDEZ SEGADO, Francisco, “Sir Edward Coke, el *Bonham’s Case* y la *Judicial Review*”, *Revista de las Cortes Generales*, núm. 88, abril de 2013, pp. 7-85.

FIX-ZAMUDIO, Héctor, “El juez ante la norma constitucional”, *Revista de la Facultad de Derecho de México*, México, Tomo XV, núm. 57, enero-marzo de 1965, pp. 25-79.

FLORES, Imer B., “Apuntes para una teoría —y práctica— del derecho judicial: Algunas reflexiones críticas sobre técnica jurídica”, *Reforma Judicial. Revista Mexicana de Justicia*, México, núm. 7, enero-junio de 2006, pp. 3-25.

———, “Derecho y poder en la defensa e ingeniería de la Constitución”, *Boletín Mexicano de Derecho Comparado*, Núm. 92, enero de 1998, pp. 331-352.

GOODHART, Arthur L., “Determining the ratio decidendi of a case”, *Yale Law Journal*, vol. 40, núm. 2, diciembre de 1930, pp. 161-183.

GUASTINI, Riccardo, “Sobre el concepto de constitución”, trad. de Miguel Carbonell, *Cuestiones Constitucionales. Revista Mexicana de Derecho Constitucional*, México, núm. 1, julio-diciembre de 1999, pp. 161-176.

HERRERA, Carlos Miguel, “La polémica Schmitt-Kelsen sobre el guardián de la constitución”, *Revista de Estudios Políticos (Nueva Época)*, núm. 86, octubre-diciembre de 1994, pp. 195-227.

POLAKIEWICZ, Jörg, “El proceso histórico de la implantación de los derechos fundamentales en Alemania”, *Revista de Estudios Políticos*, núm. 81, julio-septiembre de 1993, pp. 23-45.

RECASÉNS SICHES, Luis, “El logos de “lo razonable” como base para la interpretación jurídica”, *Revista de Filosofía Diánoia*, vol. 2, núm. 2, 1956, 54 pp.

SABA, Roberto, “Dilemas supremos: ¿Qué, cuándo y cuánto decidir?”, *Revista del Centro de Estudios Constitucionales*, México, año VI, núm. 10, enero-junio de 2020, pp. 79-122.

SCHAUER, FREDERICK, “Precedent”, *Stanford Law Review*, vol. 39, núm. 3, febrero de 1987, pp. 571-605

SERRANO, Enrique, “La teoría aristotélica de la justicia”, *Isonomía. Revista de Teoría y Filosofía del Derecho*, México, núm. 22, 2005, pp. 123-160

TARUFFO, Michele, “El precedente judicial en los sistemas de civil law”, *Revista Ius et Veritas*, Lima, núm. 45, diciembre de 2012, pp. 88-95

YALE, David, “*Iudex in propria causa*: an historical excursus”, *The Cambridge Law Journal*, vol. 33, núm. 1, abril de 1974, pp. 80-96.

#### **D. Comentarios**

WALKER, John M., “The role of precedent in the United States: how do precedents lose their binding effect?”, *Stanford Law School China Guiding Cases Project*, 2016, 9 pp.

#### **E. Tesis de grado**

VÁZQUEZ ROBLES, Guillermo Gabino, *Artisanos de certezas: un modelo teórico sobre el discurso jurisprudencial*, Tesis de doctorado, México, UNAM, Facultad de Derecho, 2012, 310 pp.

#### **F. Legislación**

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

Ley de Carrera Judicial del Poder Judicial de la Federación.

Ley Orgánica del Poder Judicial de la Federación (LOPJF).

Ley Reglamentaria de las fracciones I y II del artículo 105 de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos.

#### **G. Acuerdos Generales**

Acuerdo General Plenario 17/2019

Acuerdo General Plenario 1/2021

#### **H. Legislación y otros ordenamientos históricos abrogados (por orden cronológico)**

Leyes Constitucionales de la República Mexicana, 1836, arts. 9, 12 y 17.

Ley Orgánica de Procedimientos de los Tribunales de la Federación, que exige el artículo 102 de la Constitución Federal, para los juicios de que habla el artículo 101 de la misma, 1861.

Ley Orgánica Constitucional sobre el Recurso de Amparo, 1869.

Ley Orgánica de los artículos 101 y 102 de la Constitución Federal del 5 de febrero de 1857, 1882.

Ley Reglamentaria de los artículos 103 y 104 de la Constitución, 1919.

Reglamento para el Departamento de Jurisprudencia, Semanario Judicial y Compilación de Leyes de la Suprema Corte de Justicia de la Nación, 1919.

Ley Orgánica de los artículos 103 y 107 de la Constitución Federal, 1936.



## **I. Normativa extranjera**

Constitución de la República de Colombia

Constitución de la República del Uruguay

Constitución de la República Federativa de Brasil

Constitución de los Estados Unidos de América

Declaración de los Derechos del Hombre y del Ciudadano de 1789

Ley de la Jurisdicción Constitucional de Costa Rica (7135/1989)

*Marbury v. Madison*, 5 U.S. (1 Cranch) 137 (1803)

## **J. Voces**

“Der Preußenschlag” (Weimarer Republik, 1918-1933), Sitio oficial del *Archivo de la República Federal de Alemania.*,  
<[https://weimar.bundesarchiv.de/WEIMAR/DE/Content/Dokumente-zur-Zeitgeschichte/1932-07-20\\_preussenschlag.html](https://weimar.bundesarchiv.de/WEIMAR/DE/Content/Dokumente-zur-Zeitgeschichte/1932-07-20_preussenschlag.html)>.

LEWIS, Andrew D. E., “Common law”, *Encyclopedia Britannica*, agosto 2022,  
<<https://www.britannica.com/topic/common-law>>.

MCCORMICK, John P., “Carl Schmitt”, *Encyclopedia Britannica*, julio 2022,  
<<https://www.britannica.com/biography/Carl-Schmitt>>.

## **K. Tesis jurisprudenciales**

Tesis 1ª. CCLXXXIX/2015 (10ª.), *Semanario Judicial de la Federación*, Décima Época, t. II, octubre de 2015.

Tesis P./J. 21/2014 (10a.), *Semanario Judicial de la Federación*, Décima Época, t. I, abril de 2014.

Tesis P./J. 20/2014 (10a.), *Semanario Judicial de la Federación*, Décima Época, t. I, abril de 2014.

Tesis P./J. 2/2022 (11a.), *Semanario Judicial de la Federación*, Undécima Época, t. I.

#### **L. Información estadística**

SUPREMA CORTE DE JUSTICIA DE LA NACIÓN, *Anexo Estadístico 2020. Panorama Nacional: Tribunales Colegiados de Circuito*, Dirección General de Estadística Judicial.

#### **M. Artículos de opinión**

CABALLERO JUÁREZ, José Antonio, “La reforma judicial de 2021. ¿Hacia dónde va la justicia?”, *Revista Nexos* (versión electrónica), 5 de octubre de 2021.

#### **N. Materiales audiovisuales**

LÓPEZ MEDINA, Diego Eduardo, “La consolidación del precedente judicial en México” (conferencia), Escuela Federal de Formación Judicial [en línea], <<https://www.youtube.com/watch?v=aJv-93rDFUk>>, 18 de marzo de 2021.