

140. COMITÉ JUDICIAL DEL CONSEJO PRIVADO

DE LA CORONA

El *Judicial Committee of the Privy Council* (Comité Judicial del Consejo Privado de la Corona, JCPC, por sus siglas en inglés) es un órgano jurisdiccional compuesto por los jueces del Tribunal Supremo de Reino Unido y está integrado por consejeros ingleses, escoceses, galeses, norirlandeses y consejeros provenientes de los países del *Commonwealth*.

El JCPC desempeña un triple papel en el derecho constitucional británico. En primer lugar, es un tribunal que conoce, en grado de apelación, de sentencias dictadas por jurisdicciones inglesas derivadas de los antiguos juzgados medievales o establecidas por el monarca en el ejercicio de sus prerrogativas. Pueden mencionarse los múltiples procedimientos vinculados con el Comité de Disciplina del Real Colegio de los Médicos Veterinarios (*Disciplinary Committee of the Royal College of Veterinary Surgeons*), los Tribunales de Presas (*Prize Courts*), el Tribunal del Almirantazgo de los Cinco Puertos (*Court of Admiralty of the Cinque Ports*) y el Alto Tribunal de Caballería (*High Court of Chivalry*). En caso de contestaciones, el JCPC es también junta electoral en relación con causas de incapacidad electoral para la Cámara de los Comunes.

En segundo lugar, siendo la Iglesia de Inglaterra parte del Estado, al JCPC se le encomienda, en último grado, el conocimiento y la resolución de recursos en materia eclesiástica procedentes de los tribunales de las provincias de Canterbury y York —la *Arches Court of Canterbury* y la *Chancery Court of York*—, por razones que no se refieran a cuestiones de doctrina religiosa.

Además de estas competencias —que hoy en día son residuales—, el JCPC ha jugado un papel de especial transcendencia en el ámbito del Imperio colonial británico. Se trata de un papel que el JCPC aún sigue desempeñando como órgano del poder judicial y tribunal de última instancia para los últimos territorios británicos de ultramar (*British overseas territories*) y las dependencias de la Corona (*Crown dependencies*). Asimismo, es el tribunal que conoce en último grado las apelaciones contra sentencias dictadas por los tribunales de los países miembros del *Commonwealth*: a) cuyo jefe de Estado sigue siendo el monarca de Reino Unido; b) que se han convertido en repúblicas; sin embargo, han mantenido el JCPC como máximo tribunal; c) cuyo jefe de Estado es distinto del monarca de Reino Unido. En el caso de Brunei, por ejemplo, la sección 3 del *Supreme Court (Appeals to Privy Council) Act 1990* autoriza interponer recursos al JCPC en ámbitos materiales regulados por el derecho civil.

En cuanto tribunal de *common law*, el JCPC no es un órgano judicial especializado y en consecuencia conoce por apelación los aspectos constitucionales de los casos comunes, ya que todos los países cuyo tribunal supremo es el JCPC practican modelos difusos de justicia constitucional con elementos de concentración. Por un lado, contra las decisiones del JCPC no cabe recurso alguno y, por el otro, el sistema se unifica a través de la regla del precedente.

En cuanto a la naturaleza jurisdiccional del JCPC, es preciso destacar que dicha índole judicial no es consubstancial al Comité, sino que es el fruto de una larga evolución, cuyo origen se remonta entre los siglos XVII y XIX. En efecto, desde una perspectiva histórico-jurídica, el JCPC no constituye un órgano del poder judicial, sino una estructura interna al Consejo Privado de la Corona (*Privy Council*), esto es, del poder ejecutivo en que había ido evolucionando la antigua *Curia Regis*. Esta constatación se desprende, por ejemplo, de la circunstancia de que el JCPC no dicta verdaderas sentencias. En cuanto a la estructura interna del Consejo Privado, el órgano se limita a “aconsejar” al monarca, pues emite dictámenes que luego serán publicados como reales decretos (*orders in council*) por parte del gobierno. En el caso de Brunei, la recomendación está dirigida al Sultán Yang Di-Pertuan de Brunei Darussalam, que la emana con su propio decreto.

El JCPC fue creado como órgano de naturaleza judicial en 1833 al adoptar el Parlamento británico el *Judicial Committee Act*. Con anterioridad a su institución, la jurisdicción eclesiástica estaba ejercida por los tribunales eclesiásticos, mientras las apelaciones contra sentencias de los juzgados coloniales se tramitaban frente a comités creados *ad hoc*: el *Board of Trade* (1679-1696) y el *Old Appeals Committee* (1696-1833).

En cuanto tribunal permanente, el Comité despliega su propia jurisdicción en último grado de apelación: el sistema de impugnaciones tiene carácter sucesivo, incidental y concreto. Según establece la sección 1 del *Judicial Committee Act 1844*, los recurrentes están habilitados a interponer recursos frente al JCPC contra cualquier pronunciamiento dictado por órganos judiciales británicos en las colonias.

El Comité es también el órgano supremo consultivo del monarca, la función de asesoramiento emana de las competencias originariamente desempeñadas por el Consejo Privado y la antigua *Curia Regis*. Según establece la sección 4 del *Judicial Committee Act 1833*, la Corona puede pedir al JCPC cualquier asesoramiento que considere adecuado (*any such other matters whatsoever as His Majesty shall think fit*).

La labor de realizar, en última instancia, el control sobre las sentencias dictadas por tribunales en las colonias ha permitido al JCPC desempeñar una función de difusión de principios judiciales de transcendencia constitucional. Entre otros, en cuanto órgano judicial y parte del poder ejecutivo, el Comité impuso en todas las colonias el principio de tutela judicial efectiva. Por un lado, la interposición del recurso de apelación (*appeal as a right*) permitía a la Corona británica controlar la actividad del poder público en las colonias y, por el otro, era obligación cardinal de la Corona asegurar una reparación frente a vulneraciones de situaciones jurídicas de los súbditos y la Corona cumplía con esta obligación garantizándoles un verdadero derecho constitucional de apelación al JCPC (entre otras, véanse las sentencias *Re Bishop of Natal* [1864], 3 Moo. P.C.N. S. 156; *Falkland Islands Co. v Reg.* [1863], 1 Moo. PCNS 312).

A nadie se le oculta la importancia del sistema de justicia colonial llevada a cabo por el JCPC; sin embargo, ya en el proceso de descolonización se ha reducido progresivamente el alcance de su jurisdicción, la cual, en los años sesenta, se veía calificada como una “jurisdicción en fase de disminución” (*waning jurisdiction*, Marshall, 1964). Entre los casos más famosos se pueden

mencionar Irlanda (1933), Myanmar (1947), Palestina (1948), India y Canadá (1949), Suráfrica y Pakistán (1950), Nigeria (1960), Tanganika (1961), Bangladesh y Sri Lanka (1971), Singapur (1985), Australia (1986) y Nueva Zelanda (2004).

Como se ha puesto de relieve, el Comité sigue siendo el tribunal competente para conocer recursos de apelación contra sentencias dictadas por órganos judiciales de aquellos territorios que han confirmado su jurisdicción “colonial”: los territorios británicos de ultramar, las dependencias de la Corona y unos países miembros del *Commonwealth*. Además de Mauricio, Kiribati y Tuvalu, la mayoría de los países que conservan la jurisdicción del Comité son islas caribeñas (s 122 Const. Antigua y Barbuda; s 104 Const. Bahamas; s 104 Const. Granada; s 110 Const. Jamaica; s 99 Const. San Cristóbal y Nieves; s 108 Const. Santa Lucía; s 99 Const. San Vicente y las Granadinas).

En los países del *Commonwealth* caribeño, sin embargo, la conservación de la jurisdicción colonial es objeto de un debate de naturaleza político-constitucional. El debate se centra en el activismo del JCPC en relación con la pena de muerte, prevista en muchos países del Caribe inglés. Se puede decir, en efecto, que el Comité es un tribunal “abolicionista”, esa postura entra en colisión con la cultura político-jurídica de las islas caribeñas, que, por el contrario, es muy retencionista, en la sentencia *Pratt and Morgan v AG Jamaica* [1994] 2 AC 1; de hecho, el JCPC limitó la discrecionalidad de los ejecutivos nacionales en su aplicación. Unos países han encontrado una alternativa al Comité y han devuelto las impugnaciones en último grado al Tribunal de Justicia del Caribe (*Caribbean Court of Justice*), esto es, un tribunal supranacional creado por el tratado por el que se instituye la Comunidad del Caribe (CARICOM), al cual varios países (Barbados, Belice, Dominica y Guyana) han atribuido también jurisdicción sobre cuestiones de transcendencia constitucional.

En las decisiones judiciales sobre pena de muerte, el Comité ha conocido por apelación en los aspectos constitucionales de los casos comunes. Como se ha señalado, el Comité no goza de una jurisdicción especializada; sin embargo, el sistema de justicia constitucional es dependiente de él y presenta los rasgos típicos de la jurisdicción difusa con elementos de concentración: el control es difuso, concreto, incidental y sucesivo; las sentencias producen efectos *inter partes*; empero, el principio del *stare decisis* hace que los tribunales inferiores estén vinculados por las decisiones de los superiores. Si nos centramos en los países caribeños, el JCPC vela por la supremacía e integridad de los textos constitucionales, y no cabe, para salvar este escollo, decir que numerosas constituciones no prevén cláusulas que garantizan su propia supremacía. Como el JCPC ha puesto de relieve rotundamente en relación con la Constitución de Trinidad y Tobago (*Collymore and Abraham v Attorney General* [1968] 12 WIR 5 [CA]), la garantía jurisdiccional de la constitución es un principio rector sobre el que vigila el mismo JCPC.

En cuanto a los derechos fundamentales garantizados por dichas constituciones, cabe recordar que hay una limitación en la difusión del control. En primer lugar, la jurisdicción constitucional no está encomendada a todos los tribunales, sino solo a los superiores (*courts of record*). Cuando una cuestión de inconstitucionalidad se presenta frente a un juzgado inferior, el juez la remitirá al tribunal superior, que decidirá sobre la constitucionalidad de las normas

aplicables en el caso concreto. En segundo lugar, las constituciones contienen cláusulas de reparación (*redress clauses*) por virtud de las que, en caso de vulneración de derechos constitucionalmente garantizados, se les encomienda a los tribunales superiores conocer de los recursos para asegurar su protección y observancia.

Por último, a nadie se le oculta que la mayoría de las colonias británicas, al alcanzar la independencia y abandonar la jurisdicción del JCPC, se les ha dotado de un modelo de justicia constitucional similar al estadounidense. En efecto, hay numerosas analogías entre los dos modelos de justicia constitucional que se han ido desarrollando en el Imperio colonial británico y en el sistema constitucional de Estados Unidos.

Así las cosas, cabe recordar que, al igual que el tribunal supremo estadounidense, el JCPC es un tribunal supremo —y que probablemente es posible detectar una cierta continuidad entre los dos tribunales y sistemas de justicia constitucional—. Desde este punto de vista, lo que se puede afirmar con total seguridad es que el sistema estadounidense se deriva de la jurisdicción colonial inglesa del Consejo Privado. De hecho, los comités *ad hoc* del Consejo Privado de la Corona conocían en último grado los fallos dictados por los tribunales de las colonias norteamericanas. Hasta la declaración de independencia en 1776, el mismo Consejo había dictado más de 265 sentencias procedentes de dichas colonias. A mayor abundamiento, cabe recordar que el Consejo dictó también sentencias estimatorias de la inconstitucionalidad de leyes aprobadas por los órganos legislativos de las colonias (*Winthrop v Lechmere* 1728, *Philips v Savage* (1737), *Clark v Tousey* (1745), *Camm v Hansford and Moss* (o *Parson's case*: 1758). La continuidad entre los dos modelos de justicia constitucional se deja apreciar también en relación con el *stare decisis*: la sentencia pronunciada en el asunto *Winthrop v Lechmere* —por el que se desestimó una ley de Connecticut— fue aplicado como precedente por el JCPC, después de su creación, esto es, después de la revolución estadounidense.

En suma, el sistema colonial dependiente del Consejo Privado, antes, y del JCPC, después, ha sido el modelo en el que se inspiraron —directa o indirectamente— Estados Unidos y las demás colonias inglesas. Ambos tipos de colonias recibieron de la madre patria británica rasgos comunes (control concreto, sucesivo, incidental y con un cierto grado de concentración) (*adjudicator*); tras haber seguido sendas constitucionales distintas, ambos tipos de colonias se han reunido finalmente y, por ende, han generado un modelo de justicia constitucional: el modelo anglosajón-unitario.

Matteo Nicolini

141. COMPETENCIA POR CUANTÍA

En virtud de la poca importancia de los litigios a resolver, casi todas las jurisdicciones estatales cuentan con juzgados de mínima cuantía, también denominados juzgados de paz, los cuales resuelven las controversias bajo procedimientos más sencillos y rápidos, privilegiando la economía procesal. El juez goza de facultades para actuar como un amigable componedor y se puede convertir en un juez de equidad, más que un juez de derecho. La competencia se determina con base en el valor económico del asunto planteado. En el orden local, como en el federal, se regula por las leyes orgánicas del Poder Judicial, dentro de las que se encuentra determinada y actualizada la cantidad mínima de un asunto

litigioso para ser sometido ante los jueces del orden común de primera instancia. Si dicha cantidad resulta menor del mínimo fijado en las leyes orgánicas el asunto deberá someterse ante los jueces de mínima cuantía.

La competencia por cuantía también se utiliza para las materias penales y se determina por la naturaleza de la pena (no privativa de libertad) o por un máximo en años (pena máxima) de las sanciones privativas de libertad.

Carina X. Gómez Fröde

142. COMPETENCIA POR GRADO

Este criterio presupone los diversos escalones o instancias del proceso en razón de que los tribunales se encuentran organizados jerárquicamente. Ante el juez del orden común se promueve el proceso jurisdiccional, desde la presentación de la demanda hasta la sentencia definitiva, con lo cual concluye la primera instancia. La segunda instancia o segundo grado se desarrolla ante magistrados de mayor jerarquía ante los cuales se revisa la legalidad del proceso. La determinación de competencia por grado significa cada una de las instancias que puede tener un juicio (E. Pallares), o bien el número de juzgamientos de un litigio. También se hace referencia al “grado de jurisdicción” como el lugar que ocupa un órgano jurisdiccional en el orden jerárquico de la administración de justicia (De Pina); o sea, se emplea la palabra grado como sinónimo de instancia.

El sector mayoritario de la doctrina procesal se ocupa de la competencia funcional, como la aptitud de un órgano judicial de conocer de los pleitos en primera —órganos inferiores— o en ulterior instancia —órganos superiores— (desde Wach, pasando por Kisch, Carnelutti, Calamandrei, Rosenberg, Devis Echandía, E. Pallares).

Carina X. Gómez Fröde

143. COMPETENCIA POR MATERIA

Las materias clásicas del derecho subjetivo contenido en nuestras legislaciones eran proyectadas hacia las jurisdicciones estatales encargadas de resolver litigios civiles, penales, mercantiles, laborales, administrativos y de amparo. Sin embargo, ya a finales del siglo pasado han emergido con fuerza nuevas ramas del gran árbol que constituye la teoría general del proceso. Estas son, entre otras, las siguientes: derecho procesal constitucional, derecho procesal internacional, derecho procesal electoral, derecho procesal fiscal, derecho procesal familiar, derecho procesal militar, derecho procesal marítimo o aéreo, derecho procesal agrario o derecho procesal ambiental, derecho procesal de las telecomunicaciones, derecho procesal del deporte. Una razón poderosa para explicar este fenómeno radica en el hecho de que nuestras sociedades contemporáneas tienen un mayor reto al tratar de resolver, cada vez con mayor frecuencia, controversias con un alto grado de complejidad, que requieren de una mayor especialización y capacitación, tanto de jueces como de abogados. El criterio para determinar la competencia por materia ha sido consecuencia del desarrollo y evolución de las jurisdicciones del Estado, en virtud de la aparición de tribunales especializados.

La especialización lleva a determinar los diversos ámbitos o esferas de competencia jurisdiccional, los cuales dependen de la estructura del régimen

político, del lugar en donde dicha función jurisdiccional se desenvuelva. En un régimen federal coexisten, junto con órganos judiciales federales, órganos judiciales locales cuyas competencias por materia se distribuyen dependiendo de la rama del derecho material de que se trate, ya sea controversias constitucionales, acciones de inconstitucionalidad, amparos, litigios penales, civiles, familiares, administrativos, fiscales, laborales, fiscales, militares, de derecho burocrático, agrarios. La división de la competencia se da en función de la materia, es decir, en razón de las normas jurídicas sustantivas que deberán aplicarse para dirimir o solucionar la controversia, conflicto o litigio, presentado a la consideración del órgano respectivo.

La competencia por materia es el criterio que se establece en razón de la naturaleza jurídica del conflicto objeto del litigio (Carnelutti); o por razón de la naturaleza de la causa, de las cuestiones jurídicas que forman parte del litigio que será sometido a proceso (E. Pallares, Liebman); o es la que se atribuye según las diversas ramas del derecho sustantivo (Becerra Bautista).

Carina X. Gómez Fröde

144. COMPETENCIA POR TERRITORIO

La competencia de los tribunales con base en su territorio implica una división geográfica del trabajo determinada por circunstancias y factores de tipo geográfico, demográfico, económico y social. En los estados de la Federación se encuentran distribuidas las circunscripciones territoriales; por ello, la Ley Orgánica del Poder Judicial de cada estado de la República y la Ley Orgánica del Poder Judicial de la Federación organizan y distribuyen dentro del territorio los partidos judiciales, las fracciones judiciales o los distritos judiciales. La cabecera del partido, distrito o fracción se encuentra situada en la población más importante y mejor comunicada del grupo de municipios que integran dicho partido, distrito o fracción.

Existen órganos, como la Suprema Corte de Justicia de la Nación, que en materia territorial gozan de competencia sobre todo el territorio de la República. Por el contrario, en un orden jerárquico descendente, dentro del Poder Judicial existen juzgados que solo tienen esa competencia territorial dentro de un pequeño municipio o delegación de policía. Son los jueces de mínima cuantía o importancia, también denominados jueces de paz.

Para Fernando Flores García el concepto de territorio no se restringe a la “costra terrestre”, sino que abarca el subsuelo, la superficie terrestre, una columna del espacio aéreo hasta los límites de los recientes descubrimientos astronáuticos. Por otro lado, en planos internacionales se comprenden otras instituciones como el mar jurisdiccional, la plataforma continental, el zócalo submarino. Existe el denominado principio de extraterritorialidad; cuando el territorio se extiende al espacio que ocupan las embajadas, legaciones, ubicadas en el extranjero; así como el de naves y aeronaves nacionales.

La competencia en razón del territorio puede ser modificada por motivos que determinan la conveniencia de que el proceso se promueva ante un juez distinto, al que primeramente se consideraba competente en razón del territorio. Dichos casos se presentan cuando hay litispendencia, conexidad o por voluntad y acuerdo de las partes en someterse a un juez dentro de un territorio distinto al que legalmente les pudiera haber correspondido.

Carina X. Gómez Fröde

145. CONFERENCIA MUNDIAL CONTRA EL RACISMO, LA DISCRIMINACIÓN RACIAL, LA XENOFOBIA Y LAS FORMAS CONEXAS DE INTOLERANCIA

Antecedentes. La Conferencia fue celebrada del 31 de agosto al 8 de septiembre de 2001 en Durban, Sudáfrica, país en el que tuvo lugar el *apartheid* (de hecho, la Conferencia tiene como inspiración la lucha del pueblo sudafricano contra el sistema institucionalizado del *apartheid*) y tiene como antecedente la Declaración y el Programa de Acción de Viena, aprobados por la Conferencia Mundial de Derechos Humanos en junio de 1993, la cual exigió la rápida y completa eliminación de todas las formas de racismo, discriminación racial, xenofobia y formas conexas de intolerancia.

Otras normas de *soft law* relevantes en este respecto son: la resolución 1997/74, de 18 de abril de 1997, de la Comisión de Derechos Humanos; la resolución 52/111, de 12 de diciembre de 1997, de la Asamblea General y las resoluciones posteriores de esos órganos sobre la convocación de la Conferencia Mundial contra el Racismo, la Discriminación Racial, la Xenofobia y las Formas Conexas de Intolerancia, y las dos conferencias mundiales para combatir el racismo y la discriminación racial, celebradas en Ginebra en 1978 y 1983, respectivamente.

Objetivos. El objetivo central de la Conferencia fue dar un nuevo impulso al compromiso político respecto de la eliminación de todas las formas de racismo, discriminación racial, xenofobia y formas conexas de intolerancia. Ello en virtud de que, pese a los esfuerzos de la comunidad internacional, no se han alcanzado los principales objetivos de los tres Decenios de Lucha contra el Racismo y la Discriminación Racial, y que aún hoy un sinnúmero de seres humanos siguen siendo víctimas de dichas conductas. Por ello, 2001, año en que se celebró la Conferencia, fue el Año Internacional de la Movilización contra el Racismo, la Discriminación Racial, la Xenofobia y las Formas Conexas de Intolerancia. El objetivo es poner énfasis en la tolerancia y el respeto por la diversidad, así como en la necesidad de encontrar elementos comunes entre y en el seno de las civilizaciones, con el fin de hacer frente a los desafíos comunes de la humanidad que amenazan los valores compartidos, los derechos humanos universales y la lucha contra el racismo, la discriminación racial, la xenofobia y las formas conexas de intolerancia mediante la cooperación, la colaboración y la inclusión.

Cuestiones generales. Para efectos de la Conferencia, las víctimas de la problemática son los individuos o grupos de individuos que son o han sido afectados negativamente por esas conductas, las cuales se producen por motivos de raza, color, linaje u origen nacional o étnico, y pueden sufrir formas múltiples o agravadas de discriminación por otros motivos conexas, como el sexo, el idioma, la religión, las opiniones políticas o de otra índole, el origen social, la situación económica, el nacimiento u otra condición.

La lucha mundial contra el racismo, la discriminación racial, la xenofobia y las formas conexas de intolerancia, en todas sus formas y manifestaciones odiosas y en constante evolución, es un asunto prioritario para la comunidad internacional, y la Conferencia ofreció una oportunidad única e histórica para evaluar y determinar todas las dimensiones de esos males devastadores de la humanidad con vistas a lograr su eliminación total, entre otras cosas, mediante la adopción de enfoques innovadores y holísticos, y el fortalecimiento y la

promoción de medidas prácticas y eficaces en los niveles nacional, regional e internacional. Por ello, la Conferencia reafirmó la gran importancia que tienen los valores de solidaridad, respeto, tolerancia y multiculturalismo, que constituyen el fundamento moral y la inspiración de la lucha mundial contra estas tragedias inhumanas que durante demasiado tiempo han afectado a los pueblos de todo el mundo, especialmente en África.

Contenido. La Conferencia proclama una Declaración y un Programa de Acción, práctico y aplicable, el cual contiene los siguientes elementos: *i)* los orígenes, las causas, las formas y las manifestaciones contemporáneas del racismo, la discriminación racial, la xenofobia y las formas conexas de intolerancia; *ii)* las víctimas: en general, africanos y afrodescendientes, pueblos indígenas, migrantes, refugiados y otras; *iii)* las medidas de prevención, educación y protección destinadas a erradicar el problema, en los ámbitos nacional, regional e internacional.

La Conferencia hace especial referencia a las medidas en el plano nacional:

1. Medidas legislativas, judiciales, normativas, administrativas y de otro tipo para la prevención y protección contra el racismo, la discriminación racial, la xenofobia y las formas conexas de intolerancia. Esto incluye la ratificación y aplicación efectiva de los instrumentos jurídicos internacionales y regionales pertinentes relativos a los derechos humanos y a la no discriminación; el enjuiciamiento de los autores de actos racistas; el establecimiento y la consolidación de instituciones nacionales especializadas e independientes y de procedimientos de medicación.

2. Políticas y prácticas que abordan la reunión y el desglose de datos, investigación y estudios; políticas orientadas a la adopción de medidas y planes de acción, incluidas las medidas positivas para garantizar la no discriminación, en particular sobre el acceso a los servicios sociales, el empleo, la vivienda, la educación, la atención de la salud; empleo; salud, medioambiente; participación, en pie de igualdad, en la adopción de decisiones políticas, económicas, sociales y culturales, y el papel de los políticos y los partidos políticos.

3. Educación y sensibilización, que abarca el acceso a la educación sin discriminación; educación sobre los derechos humanos, tanto para adultos como para niños y jóvenes, y para los funcionarios públicos y los profesionales.

4. Información, comunicaciones y medios de difusión, incluidas las nuevas tecnologías.

5. El establecimiento de remedios, recursos, vías de reparación y otras medidas eficaces en los ámbitos nacional, regional e internacional.

6. Estrategias para lograr una igualdad plena y efectiva que abarquen la cooperación internacional y el fortalecimiento de las Naciones Unidas y otros mecanismos internacionales en la lucha contra la problemática en estudio. Esto incluye una estrecha cooperación con la sociedad civil, las organizaciones no gubernamentales, el sector privado y los jóvenes.

Elisa Ortega Velázquez

146. CONFLICTO DE COMPETENCIA ENTRE ÓRGANOS ESTATALES

A diferencia de otras normas, la Constitución pretende la regulación del poder político en cuanto elemento fundamental del Estado. Tal ordenación se

traduce en los aspectos siguientes: organización, limitación y justificación. El primero atiende a la configuración funcional de los órganos entre los cuales se distribuye la tarea estatal —estructura, atribuciones y competencia—. El segundo refiere las esferas de libertad que se reconocen al individuo (derechos fundamentales) que no pueden afectarse por la autoridad. El tercero se vincula con los objetivos del poder, no *per se*, sino en función del cumplimiento de los fines estatales (Fernández Ruiz). Los tres pilares básicos de la estructura constitucional. Si el poder constituyente fija la competencia de los poderes constituidos, estos se encuentran imposibilitados para actuar fuera de los límites estrictos que se les imponen. De ahí que la competencia sea la medida de la jurisdicción del Estado —poder que se tiene para gobernar y poner en ejecución las leyes o para aplicarlas: el espacio de la titularidad de la función pública que corresponde a cada órgano, asignado en la propia Constitución—. Sin embargo, como examinan los especialistas: no todas las asignaciones de competencia, hoy día, parten y se establecen en la Constitución. Si bien todas deben ser congruentes con ella.

La congruencia o no con la Constitución será el parámetro a partir del cual se juzgue la validez de una norma o de un acto. La incongruencia que da lugar a que una norma o acto sea inválido puede ser formal o material. En el primer caso, significa que la norma o acto no se produjo de acuerdo con los procedimientos previstos. En el segundo, que el contenido de la norma, la conducta ordenada o prohibida, o bien el acto, son contrarios al contenido de la Constitución (Schmill Ordoñez). Para el análisis formal es necesario revisar que el órgano sea competente para emitir el acto o la norma que se reclama, *a la luz* de la división de competencias establecidas en el pacto federal y el “principio de división de poderes”, para después examinar si, siendo competente, en la emisión de la norma o en la ejecución del acto se cumplieron los procedimientos previstos para tales efectos, y así, finalmente, analizar si el contenido de la norma o la conducta realizada son congruentes con las disposiciones constitucionales.

En esta medida, solo a través de actos positivos se puede configurar una invasión de competencias, ya que una abstención u omisión podrán tener efectos indeseables, pero nunca implicarán que un órgano de un nivel de gobierno o poder ejercite atribuciones que son propias de otro. Más aún, la invasión o restricción de competencias debe producir un grado de afectación, de rango constitucional, para que sea susceptible de impugnación (Gudiño Pelayo). Si bien la Suprema Corte mexicana, mediante criterio interpretativo, sostiene una opinión diversa. Esta se comparte por autores de otras latitudes, que afirman que la indebida asunción de atribuciones, producto de la pasividad de un órgano, puede producir un conflicto negativo de competencias (Nogueira Alcalá).

La amplitud o anfibología en la determinación y asignación de competencias de las cortes supremas o tribunales constitucionales obedece tanto a lo complejo del sistema de distribución de algunas cartas constitucionales, como a la vigencia de fórmulas genéricas de contenido indeterminado, principios, valores e incluso aspiraciones que en ellas se incorporan, los que de forma constante se actualizan y reformulan según los parámetros de interpretación de los tribunales o cortes, por virtud de los cuales atribuyen significados mudables a los contenidos constitucionales. Y es que como encargados de la in-

interpretación constitucional de última instancia, sostienen que ellos fijan y amplían su ámbito de competencia, postura que no se comparte (Huerta Ochoa, en sentido similar). En un Estado constitucional de derecho todas las facultades de los órganos están limitadas; las normas fundamentales establecen los procedimientos y competencia para delimitarlos, para racionalizar el poder.

Si la competencia constituye la esfera de atribuciones y facultades que la Constitución señala para cada órgano originario del Estado, ninguno puede producir actos de afectación con mandamientos que correspondan a la esfera de otro, pues de hacerlo así se produciría un conflicto competencial en cualquiera de los diversos órdenes jurídicos parciales: federal, estatal, del Distrito Federal o municipal —en contraposición al orden constitucional total—. De ahí que toda trasgresión al esquema de distribución de competencias sea, por definición, “un conflicto constitucional”. Y si el conflicto es de esta índole, es porque se ha subvertido la regularidad constitucional, por lo que se necesita otro órgano dotado de competencia para resolverlo. A tal fin sirve la controversia constitucional en México, que tiene como finalidad la defensa de las esferas competenciales de los órganos frente a otros órganos, del mismo o de distinto orden normativo.

Sin embargo, resulta determinante establecer si un conflicto entre órganos afecta o no un ámbito competencial previsto en la Constitución federal para determinar si corresponde su atención y resolución a la Suprema Corte de Justicia como tribunal constitucional, o si es un conflicto competencial entre órganos que corresponda resolver al Senado de la República por medio de la *cuestión política*, mecanismo de control que deriva de la tesis norteamericana de las *political questions* o cuestiones políticas no justiciables, que las define esencialmente como juicios de competencia y no de fondo. Vale recordar que en México, el control político de la Constitución se ha atribuido al Senado de la República mediante la resolución de “cuestiones políticas” y la “desaparición de poderes”, y al Congreso general por conducto de sus dos cámaras tratándose del “juicio político”. El control de la regularidad constitucional, en tanto, corresponde a la Suprema Corte de Justicia de la Nación y a otros tribunales federales mediante garantías constitucionales de índole jurisdiccional.

Así, los conflictos competenciales de orden constitucional en general se resolverán por órganos jurisdiccionales o políticos, acorde con el sistema de control constitucional imperante en cada país, que puede ser *concentrado*, *difuso* o *mixto*, en sede política o en sede jurisdiccional, y en cuanto a sus efectos: de índole concreta (de actos) o abstracta (de normas) y con efectos particulares o generales.

Cuando la Suprema Corte mexicana se erige en tribunal constitucional, en términos similares al “sistema europeo o español”, para conocer de conflictos competenciales en controversias constitucionales sobre actos y normas generales, y de leyes en acciones de inconstitucionalidad (mención genérica), el mismo se concentra, pues tanto la interpretación de la Constitución como las declaratorias generales de inconstitucionalidad le están reservadas como facultad exclusiva. Sin embargo, los tribunales dependientes del Poder Judicial de la Federación también pueden decretar inconstitucionalidad de leyes y actos con efectos particulares, por lo cual el sistema de control se convierte en *mixto*, dada la multitud de órganos que lo ejercen. Aunado a este esquema, hoy día, el sistema observa mayor amplitud protectora que antes, pues el resto de

los jueces del país, de forma incidental, pueden inaplicar normas inferiores durante los procesos ordinarios en los que son competentes, y dar preferencia a las contenidas en la Constitución y en los tratados en la materia, en términos similares al “sistema difuso o norteamericano”.

Eréndira Salgado Ledesma

147. CONFLICTO ENTRE PODERES DEL ESTADO

Los conflictos entre los poderes en un régimen democrático son inevitables y, por lo general, se resuelven por medio de negociaciones entre los órganos involucrados. Dado que siempre se corre el peligro de desestabilización del sistema, la Constitución mexicana redujo el ámbito de conflicto mediante un sistema que resolviera todo aquello que implicara el cumplimiento de los preceptos constitucionales. Como antecedente existen cortes constitucionales u órganos especializados en esta materia en varios países europeos.

En México, la Suprema Corte de Justicia de la Nación (SCJN) adquirió la función de corte constitucional. La reforma de 1994 amplió considerablemente el concepto de controversia constitucional que contenía el texto original de la Constitución y le dio, con toda claridad, la categoría de un juicio, estableciendo las condiciones para declarar la nulidad de las disposiciones generales contrarias a la Constitución. El sistema se diseñó a través de reformas, respetando la estructura de nuestro sistema.

Se crearon dos figuras jurídicas: las controversias constitucionales y las acciones de inconstitucionalidad, como juicios de los que puede conocer la SCJN como tribunal competente.

Controversias constitucionales. El artículo 105 otorga competencia exclusiva a la SCJN para conocer, en los términos que señale la ley reglamentaria respectiva, de las controversias constitucionales que, con excepción de las que se refieran a la materia electoral, se susciten entre: *a)* la federación y una entidad federativa; *b)* la federación y un municipio; *c)* el poder ejecutivo y el Congreso de la Unión; aquel y cualquiera de sus cámaras o, en su caso, la Comisión Permanente, sea como órganos federales o de la Ciudad de México; *d)* una entidad federativa y otra; *e)* dos municipios de diversos estados; *f)* dos poderes de una misma entidad federativa, sobre la constitucionalidad de sus actos o disposiciones generales; *g)* un estado y uno de sus municipios, sobre la constitucionalidad de sus actos o disposiciones generales; *h)* una entidad federativa y un municipio de otra o una demarcación de la Ciudad de México, sobre la constitucionalidad de sus actos o disposiciones generales, o *i)* dos órganos constitucionales autónomos, y entre uno de estos y el poder ejecutivo de la Unión o el Congreso de la Unión sobre la constitucionalidad de sus actos o disposiciones generales.

Son los órganos mencionados a quienes la Constitución otorga capacidad procesal. Quedan excluidas del conocimiento de la SCJN, por disposición expresa del primer párrafo de la fracción I del artículo 105, las controversias “que se refieran a la materia electoral”. El nuevo sistema electoral mexicano ha creado una justicia electoral a través de un tribunal autónomo y especializado que forma parte del poder judicial federal.

La controversia constitucional tiene la forma de un juicio, y en todos los casos mencionados es competente la SCJN, en términos de la Ley Reglamentaria de las fracciones I y II del Artículo 105 de la Constitución

Política de los Estados Unidos Mexicanos (*Diario Oficial de la Federación*, 11 de mayo de 1995).

Para efectos procesales, tanto el actor como el demandado tienen que ser por fuerza alguno de los órganos del poder público federal, local o municipal que la propia Constitución reconoce con capacidad procesal.

Las resoluciones de la SCJN tienen en principio efectos solo respecto de las partes de la controversia, trátense de normas generales o individualizadas; sin embargo, el último párrafo de la fracción I del artículo 105 que se comenta dispone que pueden tener efectos generales con dos condiciones: *i)* siempre que las controversias versen sobre disposiciones generales de las entidades federativas, de los municipios o de las demarcaciones territoriales de la Ciudad de México impugnadas por la federación; de los municipios o de las demarcaciones territoriales de la Ciudad de México impugnadas por las entidades federativas, o en los casos de conflicto entre el ejecutivo y el Congreso de la Unión, cualquiera de sus cámaras o la Comisión Permanente, o en los casos de controversias entre dos poderes de una misma entidad federativa sobre la constitucionalidad de sus actos o disposiciones, y *ii)* si la resolución de la SCJN las declara inválidas, dicha resolución tendrá efectos generales cuando sea aprobada por una mayoría de por lo menos ocho votos.

Así, la resolución de inconstitucionalidad, alcanza efectos *erga omnes* y puede declarar la invalidez de la disposición de carácter general, siempre y cuando se cumplan los supuestos mencionados.

Acciones de inconstitucionalidad. La fracción II del artículo 105 faculta a la SCJN para conocer de las acciones de inconstitucionalidad, que se definen en el mismo artículo. Estas son derechos subjetivos de minorías que forman parte de cuerpos legislativos colegiados y en defensa de normas que se consideran violatorias de la ley suprema aprobadas por la mayoría. Se concedió la misma capacidad procesal a los partidos políticos respecto a las leyes electorales y más adelante a la Comisión Nacional de los Derechos Humanos, al organismo garante del derecho a la información y, por último, al fiscal general de la República.

Se faculta a la SCJN para conocer de las acciones de inconstitucionalidad que tengan por objeto plantear la posible contradicción entre una norma de carácter general y la Constitución, que pueden ser promovidas por:

a) el equivalente al 33% de los integrantes de la Cámara de Diputados del Congreso de la Unión, en contra de leyes federales;

b) el equivalente al 33% de los integrantes del Senado, en contra de las leyes federales o de tratados internacionales celebrados por el Estado mexicano;

c) el Ejecutivo federal, por conducto del consejero jurídico del Gobierno, en contra de normas generales de carácter federal y de las entidades federativas;

d) el equivalente al 33% de los integrantes de alguna de las legislaturas de las entidades federativas en contra de las leyes expedidas por el propio órgano;

e) los partidos políticos con registro ante el Instituto Nacional Electoral, por conducto de sus dirigencias nacionales, en contra de leyes electorales federales o locales, y los partidos políticos con registro en una entidad federativa, a través de sus dirigencias, exclusivamente en contra de leyes electorales expedidas por la Legislatura de la entidad federativa que les otorgó el registro;

CONFLICTO NORMATIVO

f) la Comisión Nacional de los Derechos Humanos, en contra de leyes de carácter federal o de las entidades federativas, así como de tratados internacionales celebrados por el ejecutivo federal y aprobados por el Senado de la República, que vulneren los derechos humanos consagrados en esta Constitución y en los tratados internacionales de los que México sea parte. Asimismo, los organismos de protección de los derechos humanos equivalentes en las entidades federativas, en contra de leyes expedidas por las legislaturas;

g) el organismo garante del derecho a la información que establece el artículo 6 de la Constitución en contra de leyes de carácter federal y local, así como de tratados internacionales celebrados por el ejecutivo federal y aprobados por el Senado de la República, que vulneren el derecho al acceso a la información pública y la protección de datos personales. Asimismo, los organismos garantes equivalentes en las entidades federativas, en contra de leyes expedidas por las legislaturas locales, o

h) el fiscal general de la República respecto de leyes federales y de las entidades federativas, en materia penal y procesal penal, así como las relacionadas con el ámbito de sus funciones.

La parte final de la fracción segunda que comentamos establece que las resoluciones de la SCJN solo podrán declarar la invalidez de las normas impugnadas, siempre que fueran aprobadas por una mayoría de cuando menos ocho votos.

Las acciones de inconstitucionalidad se deducen en un juicio y rige para ellas la misma ley reglamentaria referida para las controversias constitucionales.

Reglas comunes. Los dos últimos párrafos del nuevo artículo 105 establecen reglas en común para las resoluciones que la SCJN pronuncie tanto en controversias constitucionales como en acciones de inconstitucionalidad:

i) la declaración de invalidez de sus resoluciones no tiene efectos retroactivos, salvo en materia penal, en la que rigen los principios generales y disposiciones legales aplicables, y

ii) en caso de incumplimiento de las resoluciones, se aplican, en lo conducente, las nuevas reglas que se establecen para el caso de incumplimiento de sentencias o repetición del acto reclamado en el juicio de amparo, mismas que prevén sanciones, establecen reglas si este es justificado y regulan el cumplimiento sustituto.

José Gamas Torruco

148. CONFLICTO NORMATIVO

En derecho, se refiere a la situación que se presenta cuando dos o más normas jurídicas no pueden ser aplicadas simultáneamente a un caso por ser incompatibles. Los conflictos normativos son, en general, problemas de orden práctico, aunque también se puede regular el control abstracto de compatibilidad de las normas como control de constitucionalidad o de legalidad.

Se puede producir un conflicto entre las normas de un mismo sistema jurídico, así como entre las normas de diversos sistemas normativos. Es un problema común en el derecho que resulta de la complejidad de los sistemas jurídicos, la pluralidad de fuentes, la sobreabundancia de normas, la internacionalización del derecho, así como la incorporación de derecho de fuente internacional al derecho interno.

Visto desde la perspectiva del derecho interno, el presupuesto de la posibilidad de un conflicto normativo es que un sistema de normas opera conforme a ciertos criterios de racionalidad, tales como su completitud, su coherencia y su consistencia, así como la independencia de sus normas.

Para entender este concepto es preciso comenzar por explicitar los elementos que integran el término compuesto que lo expresa, esto es, conflicto y norma. A pesar de que en la doctrina se utilizan diversos términos para referirse a este problema, como los de antinomia, colisión o contradicción, por ejemplo, se utilizará el de conflicto para englobar las diversas formas en que este problema de aplicación se puede producir.

El término conflicto refiere a una situación de confrontación, por lo que no se puede hacer lo que se debe, o no se sabe qué se debe hacer. Cuando las normas aplicables son incompatibles crean un conflicto al operador jurídico, porque no pueden ser satisfechas al mismo tiempo y es preciso decidir cómo deben ser aplicadas.

La probabilidad de satisfacer las normas depende de su consistencia o posibilidad lógica, que puede ser afectada cuando entre ellas se produce alguna forma de oposición. Esta última no siempre se presenta como una contradicción en sentido lógico que implicaría que se excluyeran de manera total, sino que abarca todas las posibilidades de la racionalidad. Es por ello que, para entender los conflictos entre normas, conviene hablar de “incompatibilidad” entre normas, pues refiere la relación entre normas que no pueden coexistir o armonizar, al rechazo de una norma para unirse con otra. En el caso de las normas jurídicas, se refiere a la imposibilidad de unirse para producir los efectos jurídicos que prevén.

La incompatibilidad entre normas evidencia un problema de racionalidad que se manifiesta en la falta de coherencia entre los contenidos regulados en las normas aplicables, en la forma en que una misma conducta es calificada deónticamente, así como cuando se atribuyen diversas consecuencias a una misma conducta. Puede tratarse de un problema lógico cuando los contenidos regulados no pueden ser satisfechos por razones lógicas, y se considera una contradicción cuando las conductas reguladas no pueden realizarse porque se contraviene el principio de no contradicción.

Las normas jurídicas, como formas de deber ser, son los elementos del sistema jurídico que se caracterizan por su carácter deóntico de obligación, prohibición o permisión. Las normas jurídicas pueden ser incompatibles por diversas razones, lo primero a considerar es que el condicional es su forma lógica y su estructura se integra por el supuesto de hecho, la cópula y la consecuencia jurídica o sanción.

El supuesto de hecho es la abstracción de la realidad regulada y lo integran los elementos que conforman la conducta o estado de cosas que se regula. La cópula es el nexos verbal mediante el cual se realiza la imputación de la sanción cuando se materializan los hechos previstos en el supuesto, en ella se encuentra el operador deóntico, pues se trata de una forma de deber ser. Finalmente, la sanción no es otra cosa que la consecuencia jurídica prevista, es decir, derechos u obligaciones.

Entendido en sentido amplio, un conflicto normativo se presenta cuando, con motivo de un caso, se considera que las normas aplicables son incompatibles en virtud de lo que disponen, por lo que no pueden ser satisfechas al mismo tiempo.

Un conflicto entre dos o más normas jurídicas siempre es de orden material, puesto que no se puede hablar de un conflicto, sino de una infracción a una norma, en el caso en que una norma inferior no es emitida conforme a los procedimientos previstos para su creación.

Los conflictos entre normas, atendiendo a la estructura lógica de la norma jurídica, se pueden producir entre sus diversos componentes: *i)* entre supuestos de hecho, por la incompatibilidad entre las conductas o estados de cosas regulados; *ii)* entre los nexos normativos, por la forma en que una misma conducta es calificada deónticamente, o bien *iii)* entre las consecuencias jurídicas.

En el primer caso, a pesar de ser calificado deónticamente de la misma forma el contenido de la norma, ya sea obligatorio, prohibido o permitido, las conductas no pueden realizarse simultáneamente por razones lógicas. Otro tipo de conflicto entre supuestos de hecho puede ocurrir cuando, dadas las circunstancias específicas, los derechos u obligaciones de dos o más personas no pueden verificarse al mismo tiempo. En ambos casos, como la conducta prescrita por las normas en conflicto no puede realizarse al mismo tiempo, al menos una de las normas no puede ser satisfecha.

Cuando las conductas difieren, no tanto en el sentido de cómo son reguladas, sino en que fácticamente no es posible la realización simultánea de los actos o las acciones prescritas, entonces se presenta un problema de contradicción entre los contenidos de las normas que por razones lógicas no permite la satisfacción de ambas.

En el segundo caso, las normas aplicables regulan la misma conducta, pero de modo opuesto, al vincularla a operadores deónticos incompatibles como son la prohibición y la obligación, que son contrarios, la prohibición y la permisión, que son contradictorios, así como la obligación y la permisión, cuando esta última implica la libertad para decidir sobre la realización de la conducta.

El conflicto entre sanciones se produce cuando las normas aplicables establecen distintos tipos de consecuencias jurídicas para un mismo supuesto, la diferencia puede radicar en el tipo de consecuencia, o bien ser de grado; en ambos casos esto plantea un problema al órgano decisor.

La doctrina considera que, para su solución, los conflictos entre normas se pueden abordar atendiendo a la forma en que se puede diferenciar la operatividad de las normas distinguiendo las reglas de los principios. Los conflictos entre reglas se caracterizan porque son aplicables de manera total, esto es, o se aplica una norma o la otra. Este tipo de conflicto se resuelve creando una cláusula de excepción cuando se cuenta con la competencia para ello, o al declarar una de las reglas como inaplicable o inválida.

Cuando el conflicto se produce entre normas cuya forma de aplicación puede no ser total se denomina colisión de principios, los cuales se distinguen de las reglas porque se considera que tienen una relevancia o un peso diferenciado. La solución se encuentra en la ponderación de ambos principios, esto es, en la realización de un proceso de valoración racional de la relevancia de la forma en que las normas en conflicto han de ser satisfechas. La prelación de los principios no es absoluta, se determina en relación con el caso concreto, ya que el peso o fuerza de los principios en colisión depende de la forma en que estos se oponen.

Carla Huerta Ochoa

149. CONFLICTO SOCIOAMBIENTAL

La palabra conflicto proviene del latín *conflictus*, y según el *Diccionario de la Lengua Española* significa —entre diversas acepciones— combate, lucha, pelea, enfrentamiento armado, apuro, problema, cuestión, materia de discusión. Diversos autores lo describen como un proceso o una situación donde intervienen diferentes entes (dos o más) que están opuestos o que se confrontan. Paralelamente, una considerable cantidad de trabajos académicos que abordan esta noción se enfocan a analizar la participación del Estado como el ente que *a)* crea directa o indirectamente el conflicto o simplemente no lo previene al interior de su territorio; *b)* participa en la resolución de los mismos a través de diferentes figuras jurídicas e instancias diversas, ya sea desde el gobierno mismo o desde sus instituciones u órganos jurisdiccionales (administrativos o judiciales); *c)* defiende su territorio y soberanía ante confrontaciones o agresiones externas, y *d)* coopera o colabora con otros Estados para enfrentar conflictos derivados de temas globales o regionales de interés común para la humanidad en el ámbito internacional.

Aunque en la expresión compuesta de *conflicto socio-ambiental* también se examina la participación del Estado, no siempre se alude a este último. Es lógico suponer que por definición todo conflicto social esté constituido por un elemento de este tipo que le es inseparable y cuya materialización tiene lugar solo en el ámbito de lo público. Sin embargo, cuando se agrega la dimensión ambiental, además de la controversia entre dos o más actores sociales y de la participación del Estado, si es el caso, también se incluye un componente de tipo privado: disputa entre particulares o empresas privadas. Así, el objeto de la confrontación socio-ambiental se refiere a la naturaleza, a los recursos naturales o, en general, al medio natural, en la que pueden intervenir todos los protagonistas arriba mencionados. De aquí que se haya argumentado que la disciplina jurídica que regula los conflictos ambientales —*i.e.* el derecho ambiental— pertenece al mismo tiempo al derecho público, al derecho privado y al derecho social.

Independientemente del número de tipologías o aproximaciones que se han elaborado desde distintas disciplinas (*e.g.* ciencia política, sociología política, economía ecológica, etcétera) para comprender el significado y alcance de lo que representan los conflictos socio-ambientales, es fundamental que estos se inserten en un concepto más amplio que es el de crisis ambiental. Este se define como una situación crítica del ambiente derivada de una serie de alteraciones producidas por los *homo sapiens sapiens* al medio natural, al medio construido y a la salud, bienestar y calidad de vida de los seres humanos como consecuencia de ciertos acontecimientos ocurridos a partir de la relación de interdependencia recíproca que guardan con el ambiente. Tanto la crisis ambiental como el conflicto socio-ambiental poseen una doble naturaleza: son idea y fenómeno a la vez.

Derivado de lo anterior, las controversias o disputas entre diversos actores pueden ser, por un lado, ideológicas o conceptuales, donde prevalecen cuestiones científicas y ético-filosóficas contrapuestas, y por el otro, por sucesos que han ocurrido y que impactan en el ambiente. De modo que, según corresponda, el Estado, los partidos políticos, las organizaciones, los grupos, las comunidades, los pueblos, las naciones, las instituciones públicas, los particulares, las empresas privadas, los individuos (entre otros), pueden actuar

como entes exógenos y también como entes endógenos ante las alteraciones al ambiente que se pudieran producir (idea) o las ya producidas (fenómeno). Por ejemplo, para el primer caso —entes exógenos— un grupo ambientalista puede oponerse al interés de un gobierno por elaborar políticas públicas que impulsen los desarrollos turísticos en zonas costeras (idea), o bien luchar junto a una comunidad indígena por las aguas a las que ya no tienen acceso ante la construcción de una presa hidroeléctrica (fenómeno). Para el segundo caso —entes endógenos— las familias de una zona urbana de tipo habitacional pueden objetar o impugnar a un gobierno local un programa en el que se pretenda construir en dicha zona vías rápidas para “agilizar” el tránsito vehicular como única opción al problema de congestionamientos viales (idea), o bien pueden combatir los permisos otorgados por un gobierno local por la construcción de un rascacielos dentro de esa misma zona habitacional que está ocasionando contaminación visual, auditiva, por olores, vibraciones, tránsito vehicular, cortes de agua, etcétera, afectando directamente a los habitantes de dicha área urbana y zonas contiguas (fenómeno).

César Nava Escudero

150. CONSEJERO DE LA JUDICATURA FEDERAL

La palabra consejero, de acuerdo con la Real Academia Española, proviene del latín *consilium* (consejo), se define como el órgano colegiado con la función de asesorar, administrar o dirigir una entidad; por ende, el consejero, como núcleo básico de este órgano, mediante su opinión y decisión analítica orienta la dirección de la entidad para el caso concreto. Misma perspectiva se sigue dentro del Consejo de la Judicatura Federal (CJF) en México.

El consejero es uno de los siete titulares del CJF que, de conformidad con el artículo 94 de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos (CPEUM), integra alguna de las comisiones y el Pleno de dicha institución, por lo que define la administración de los recursos financieros y humanos del Poder Judicial Federal (PJF), con excepción de la Suprema Corte de Justicia de la Nación (SCJN); instrumenta la carrera judicial (organiza los procesos de designación, capacitación, evaluación, promoción, vigilancia, disciplina y sanción de jueces, magistrados y otros funcionarios del PJJF), e implementa las políticas públicas de transparencia y rendición de cuentas de la institución.

Su figura nace con la reforma de la CPEUM de 1994, que introdujo materialmente la institución del CJF al sistema judicial y, con ello, gestó una transformación sustancial al funcionamiento del PJJF.

En cuanto a la designación de los consejeros, el artículo 100 de la CPEUM señala que el presidente del Consejo es el presidente de la SCJN; tres se designan por el Pleno de la SCJN por mayoría de cuando menos ocho votos, de entre los jueces de distrito y magistrado de circuito; dos consejeros se designan por el Senado, y uno por el presidente de la República, todos durarán cinco años en su encargo, a excepción del presidente, cuyo periodo será de cuatro años.

De acuerdo con el precepto constitucional citado, el aspirante al cargo de consejero debe reunir los requisitos establecidos en el artículo 95 de la CPEUM, es decir, los mismos que para ser ministro (ciudadano mexicano por nacimiento, en pleno ejercicio de sus derechos políticos y civiles, tener cuando menos 35 años de edad, título profesional de licenciado en Derecho

con una antigüedad mínima de diez años, buena reputación, no haber sido condenado por delito que amerite pena corporal de más de un año de prisión; haber residido en el país durante los dos años anteriores al día de la designación), además de ser una persona que se haya distinguido por su capacidad profesional y administrativa, honestidad y honorabilidad en el ejercicio de sus actividades; en el caso de los designados por el máximo tribunal, deberán gozar de reconocimiento en el ámbito judicial.

Por su parte, el perfil del cargo de consejero previsto en el Manual General de Puestos del CJF, se integra con los requisitos descritos anteriormente, a su vez clasificados en tres grupos: formación académica, experiencia laboral y otros requisitos.

Los impartidores de justicia viven un cambio de paradigma sobre el papel que representan en sociedad, pues, como Jorge Wynter García señala, han pasado de ser meros interpretadores y aplicadores mecánicos de normas a ser agentes activos de transformación política y social, por tanto, los titulares del CJF que vigilen su funcionamiento, además de cumplir con los requisitos legales para ocupar el cargo, es fundamental que satisfagan características particulares demandadas en la actualidad, entre ellas: un sólido eje de capacidades, ejercer las virtudes judiciales con probidad, estar plenamente conscientes de la situación que guarda el PJF y tener el perfil idóneo.

Este último es un requisito esencial a cubrir por el consejero, pues si bien no se menciona de manera expresa por la ley, resulta relevante cumplirlo para desplegar las aptitudes correctas en el desempeño de la labor.

Dicho perfil de aptitudes deseables, por su proyección, se pueden englobar en dos dimensiones: internas y externas. Referente a las primeras, el consejero debe cumplir con integridad basada en la ética profesional, capacidad analítica, reflexiva, crítica e innovadora, e incluso desarrollo de la inteligencia emocional, sensibilidad social, así como conocimiento del uso de las tecnologías de la información y comunicación (TIC).

Las aptitudes externas consisten esencialmente en habilidades de dirección, liderazgo y gerencia estratégica.

Tal como Luigi Ferrajoli reconoce, los poderes fácticos constantemente buscan influir en la labor de las organizaciones públicas, por lo que se requiere la participación prudente e imparcial de los representantes del CJF, que garantice autonomía y seguridad, lo que incluso se corrobora con la lectura del artículo 100 de la CPEUM, que refiere que los consejeros no representan a quien los designa, por lo que el ejercicio de su función debe siempre darse con independencia e imparcialidad.

La labor de dirigir las políticas públicas judiciales, así como de resolver los procedimientos disciplinarios, hace necesaria una visión funcional que proyecte la misión institucional del CJF, sustentado en un conocimiento de la realidad y no juicio de valor.

De conformidad con el artículo 20 del Acuerdo General del Pleno del CJF, por el que se expide el similar que reglamenta la organización y funcionamiento del propio Consejo y reforma y deroga diversas disposiciones de otros acuerdos generales, algunas atribuciones de los consejeros son las siguientes: a) integrar el Pleno y al menos una de las comisiones permanentes del Consejo, así como las comisiones transitorias y los comités, conforme lo determine el Pleno; b) cuidar el orden y la disciplina dentro y fuera de sus

ponencias; *c*) velar por la autonomía de los órganos del PJJ; *d*) enviar a la Secretaría General las peticiones y promociones que los particulares presenten relacionadas con acciones de carácter jurisdiccional; *e*) integrar la Comisión de Administración del Tribunal Electoral del PJJ; *f*) dar cuenta al Pleno de las medidas urgentes tomadas durante la Comisión de Receso y de los asuntos trascendentes; *g*) convocar a sesión extraordinaria del Pleno; *h*) solicitar la cooperación de los órganos jurisdiccionales y áreas administrativas; *i*) presentar los proyectos de resolución de los procedimientos administrativos de responsabilidad y de ratificación de los servidores públicos que les corresponda; *j*) participar en la designación del presidente de cada una de las comisiones y comités que integren; *k*) nombrar, remover y otorgar licencias al personal adscrito a su ponencia; *l*) someter a consideración del Pleno el proyecto de resolución por el que se dé cumplimiento a las resoluciones pronunciadas en los recursos de revisión administrativa, y *m*) someter al Pleno, por conducto de la Secretaría Ejecutiva del Pleno, iniciativas de acuerdos generales, reglamentos, manuales internos u otras disposiciones de acatamiento obligatorio, así como las propuestas para la reforma, modificación o derogación de ellos.

En síntesis, el consejero es un integrante del CJF cuya labor actual, debido al entorno nacional, debe traducirse en eficacia institucional y sensibilidad social.

Alejandro Sergio González Bernabé

151. CONSEJO CONSTITUCIONAL (FRANCIA)

Composición. Fue instituido por la Constitución de la V República, de 4 de octubre de 1958, que lo contempla en el artículo 56. Está integrado por nueve consejeros: tres de ellos designados por el presidente de la República, tres por el presidente del Senado y tres más por el presidente de la Asamblea Nacional. Los consejeros ejercen su mandato por un periodo de nueve años, sin posibilidad de renovación, y rinden juramento ante el titular del ejecutivo. Además de estos, los expresidentes de la república son miembros vitalicios de pleno derecho, a menos que ejerzan un cargo incompatible con el de este órgano.

Para formar parte del Consejo no se requiere ninguna cualificación de edad o profesión, pero el cargo es incompatible con el ejercicio de cualquier función electoral y con los cargos de miembro del Gobierno; miembro del Consejo Económico, Social y Medioambiental, y defensor de los derechos. Adicionalmente, sus integrantes están sometidos a las mismas incompatibilidades profesionales que los parlamentarios.

Este cuerpo colegiado se renueva por tercios cada tres años, para lo cual, el titular del ejecutivo y los presidentes de las cámaras parlamentarias nombran cada uno a un nuevo miembro.

Deliberaciones. El Consejo se reúne por convocatoria de su presidente y juzga en forma plenaria, salvo causa de fuerza mayor. Sus decisiones y dictámenes son emitidos por al menos siete consejeros y, en caso de empate, su presidente (nombrado por el titular del ejecutivo) cuenta con voto de calidad. A los consejeros no les es posible emitir votos particulares, y ni sus deliberaciones ni sus votaciones son públicas, aunque sí lo son las audiencias.

Naturaleza. Se trata de una institución que, si bien está dotada de diversas competencias de naturaleza jurisdiccional —especialmente vigilar la conformidad de las leyes a la Constitución—, no es considerada como un Tribunal

Supremo que actúe por encima de la Corte de Casación o el Consejo de Estado —figuras que se sitúan jerárquicamente en la cima de los tribunales judiciales y administrativos, respectivamente—.

De hecho, una de las mayores particularidades del Consejo Constitucional es precisamente su naturaleza política, lo que le permite ejercer sus funciones fuera del poder judicial. Esta cualidad lo convierte en un órgano excepcional entre las naciones europeas, las cuales, por lo general, encomiendan el control de la constitucionalidad a cortes o tribunales constitucionales pertenecientes al orden judicial, y a cuyos miembros se les exige haber realizado estudios en la ciencia jurídica y/o haber ocupado el cargo de juez o magistrado (en cambio, el modelo francés no prevé requisitos de profesión para ocupar el cargo de consejero, como vimos).

Aun así, es importante tener en cuenta que sus fallos son inatacables y se imponen a los poderes públicos y a las autoridades administrativas y jurisdiccionales.

Competencia. Es delimitada por la Constitución y complementada por leyes orgánicas, y se divide en *consultiva* y *contenciosa*.

Por lo que ve a la *competencia consultiva*, el artículo 16 constitucional manda que en caso de que las instituciones de la república, la independencia de la nación, la integridad de su territorio o el cumplimiento de sus compromisos internacionales estén amenazados de manera grave o inmediata y el funcionamiento regular de los poderes públicos constitucionales esté interrumpido, el presidente de la República tomará las medidas que exigen tales circunstancias, previa consulta oficial con el primer ministro, los presidentes de las cámaras y el Consejo Constitucional. Además de ello, el Gobierno le consulta sobre los textos relativos a la organización del escrutinio para la elección del presidente de la República y el referéndum. Asimismo, formula observaciones sobre las elecciones parlamentarias y presidenciales celebradas, así como sobre los siguientes comicios, a fin de proponer a los poderes públicos las medidas pertinentes para mejorar el desarrollo de las elecciones.

Ahora bien, por lo que se refiere a su *competencia contenciosa*, esta comprende dos ámbitos: *i*) normativo, y *ii*) electoral y referendario.

Ámbito contencioso normativo. El Consejo verifica la constitucionalidad de las leyes, ejerciendo tanto un control *a priori* como uno *a posteriori*. Respecto al primero, ejerce obligatoriamente el control de constitucionalidad de las leyes orgánicas (previo a su promulgación) y los reglamentos de las cámaras parlamentarias (antes de su entrada en vigor). También puede ser requerido para verificar la conformidad constitucional de un instrumento internacional (previo a su ratificación) y de una ley ordinaria (antes de su promulgación). En los dos últimos casos, el Consejo es requerido, según corresponda, por una autoridad política —el titular del ejecutivo, el primer ministro, el presidente de la Asamblea Nacional o del Senado— o por al menos 60 diputados o 60 senadores. Cuando resuelve sobre la constitucionalidad de una ley antes de su promulgación, el Consejo cuenta con un mes para emitir el fallo, aunque a petición del Gobierno y en caso de urgencia, contará tan solo con ocho días. Por cuanto ve al control *a posteriori*, nos encontramos ante la llamada “cuestión prioritaria de constitucionalidad” (*question prioritaire de constitutionnalité*), recurso judicial activado por un justiciable que es parte de un juicio contencioso. Dicho proceso inicia por reenvío del Consejo de Estado o del Tribunal de

Casación, y tiene por objeto resolver si una norma vigente atenta contra los derechos y libertades garantizados por la Constitución, contando el Consejo Constitucional con un plazo de tres meses para resolver. Adicionalmente a dichos controles normativos, el Consejo es juez del reparto de competencias entre la ley y los reglamentos, es decir, puede ser requerido para modificar por decreto una disposición de naturaleza reglamentaria; además, puede verificar si la presentación de un proyecto de ley cumple con los requisitos establecidos en la ley orgánica correspondiente, y por último, es juez del reparto de competencias entre el Estado y algunas colectividades francesas de ultramar.

Ámbito contencioso electoral y referendario. En caso de impugnación, dicho órgano vela por la regularidad de la elección del presidente de la República y la realización de los referéndums y, como tal, está encargado de proclamar el resultado del escrutinio. También es juez de la regularidad de las elecciones parlamentarias y de la elegibilidad de los miembros de las cámaras. Por tanto, interviene cuando un parlamentario se encuentra, o es susceptible de encontrarse, en un caso de incompatibilidad con el cargo.

Carolina Hernández Parra

152. CONSEJO DE ESTADO DE LA REPÚBLICA DE CUBA

Es el órgano colegiado permanente de poder, que representa a la Asamblea Nacional del Poder Popular (ANPP) —órgano supremo representativo de la voluntad popular electo directamente por el pueblo— y ejecuta sus acuerdos en el periodo intersesiones de la Asamblea. Es una muestra evidente de la influencia del constitucionalismo eurosoviético, aunque con adecuaciones criollas, pues por mandato constitucional —tanto a los fines nacionales como internacionales— representa al Estado cubano y no supone una jefatura del Estado colectiva. Tal concepción debió tener entre sus fundamentos la composición popular de sus integrantes, la cantidad de miembros previstos, dada la proporción de representación que cada uno significa y, por ello, la no profesionalización política de los diputados al legislativo, así como la necesidad de un órgano representativo permanente que propiciase unidad de acción política, y evitar con esta fórmula la contradicción legislativo-ejecutivo.

Los integrantes de este órgano son elegidos por la propia Asamblea Nacional de entre sus miembros, por tanto, son todos diputados electos directamente por el pueblo en los municipios que representan, aunque no así en su condición de integrantes del Consejo de Estado. Conforme al artículo 74 constitucional, el Consejo está formado por: un presidente; un primer vicepresidente; cinco vicepresidentes; un secretario, y 23 miembros más, cuyo mandato expira cada cinco años, al renovarse la ANPP y constituirse el nuevo Consejo de Estado, lo que asegura la existencia del órgano de representación popular y del Estado en todo momento. Asimismo, en la práctica política, entre los miembros se encuentran los líderes de las principales organizaciones de masas y políticas electos como diputados, lo que a su vez provoca una simbiosis Estado-representación de la sociedad.

La definición constitucional propicia la centralización y concentración en la toma de decisiones, pues está facultado para ordenar la celebración de sesiones extraordinarias de la Asamblea, impartir instrucciones a los tribunales y la Fiscalía así como a la Contraloría General de la República, creada en 2010.

Por otra parte, entre sus atribuciones encontramos la de dictar decretos-leyes durante el periodo intersecciones de la ANPP, con la finalidad de que puedan adoptarse las normativas de rango superior que la inmediatez requería. Estos decretos-leyes son disposiciones infralegales que pueden ser revocadas, en todo o en parte, en el plenario de la Asamblea en la sesión posterior, para lo cual el reglamento de la ANPP solo exige la aprobación de una mayoría simple de los votos de los integrantes (igual cantidad que para aprobar y modificar leyes), a propuesta de los diputados o de las comisiones de trabajo de la propia ANPP. Al no ser rechazadas por el legislativo, estas disposiciones (en la práctica, y de conformidad con la mutación introducida por el Reglamento de la Asamblea en 1996, que no obliga a someter estas normativas a su ratificación posterior los decretos-leyes, sino que solo estipula el procedimiento para su revocación si fuere necesario) se consideran con igual valía que las leyes, incluso las pueden modificar y se insertan a su lado en la escala jerárquica del ordenamiento jurídico.

La regla anterior se refuerza con la regulación constitucional según la cual este órgano permanente puede dar, en caso necesario, una interpretación general y obligatoria de las leyes, desarrollando como resultado de tales estipulaciones facultades legislativas, las que han debido mantenerse en escalón inferior a las resultantes de los órganos de representación popular directa. Esta vinculación Asamblea Nacional-Consejo de Estado y la existente entre ley y decreto-ley es uno de los temas que merece redefiniciones a fin de asegurar, entre otras, las debidas relaciones jerárquicas entre ellos.

Dado su carácter permanente, el Consejo de Estado está facultado para decretar la movilización general cuando la defensa del país lo exija y declarar la guerra en caso de agresión cuando la ANPP se halle en receso. Su presidente también puede declarar el Estado de emergencia, de acuerdo con la reforma constitucional de 1992. Entre las atribuciones del órgano también está la de sustituir a los miembros del Consejo de Ministros entre uno y otro periodo de sesiones de la ANPP y suspender sus disposiciones, así como los acuerdos de las asambleas locales que no se ajusten a la Constitución o a las leyes, y revocar los acuerdos de las administraciones locales que contravengan la Constitución, las leyes, los decretos-leyes, decretos y demás disposiciones superiores, permitiéndole de esta manera, al menos formalmente, participar en el control de constitucionalidad y de legalidad. En relación con estas facultades de control, vale la pena señalar que son viables respecto a los organismos de la Administración central del Estado, los órganos locales del poder popular o sus entes administrativos.

Le compete también al Consejo de Estado, si lo estimare, proponer al legislativo la revocación de los decretos del Consejo de Ministros, exigiéndose igual mayoría que en el caso anterior, debiendo comunicársele el acuerdo adoptado, para que dicte una nueva disposición en sustitución de la derogada. No obstante, en la práctica tal atribución es de difícil instrumentación, ya que por mandato constitucional es el mismo titular para ambos órganos.

En síntesis, conforme al diseño político que existe en Cuba, los órganos legislativo y ejecutivo no se encuentran en ramas separadas, sino que se conjugan en el Consejo de Estado, con el apoyo del Consejo de Ministros, para asegurar unidad de acción. No existe el cargo de presidente de la República como era tradición hasta 1976, y la jefatura del Estado la ostenta el

presidente del órgano permanente que representa al Estado: el Consejo de Estado.

Martha Prieto Valdés

153. CONSEJO DE LA JUDICATURA FEDERAL

El jurista Héctor Fix-Zamudio define al Consejo de la Judicatura como un órgano colegiado judicial que forma parte del poder judicial, creado con el objetivo de realizar las actividades relativas a su administración y disciplina, así como las que se refieren a la preparación, selección y designación de los jueces y magistrados. Por su parte, Pascual Sala Sánchez lo describe como el órgano constitucional garante de la independencia judicial.

Grosso modo, el término Consejo de la Judicatura o Magistratura tiene dos antecedentes históricos que, a la vez, forman su propia teleología y demuestran la importancia de su labor. Bajo la perspectiva del tratadista R.C.K. Ensor, esta institución surgió como un organismo de gobierno y administración del poder judicial, en los ordenamientos de Europa occidental a fines del siglo XIX, particularmente en Italia y España; su objetivo consistió en otorgar mayor autonomía a los tribunales, debido a las intervenciones de los Ministerios (Secretarías) de Justicia, los cuales tenían la facultad de participar en los nombramientos, promociones y traslados de los juzgadores. Posterior a la segunda posguerra, los consejos se consolidaron como autogobierno de la judicatura.

En América Latina, la introducción de dicha institución obedeció a la necesidad de disminuir la carga de trabajo administrativa de los tribunales superiores del poder judicial, además de otorgarles mayor transparencia y objetividad a su funcionamiento, evitando la endogamia y el clientelismo. Venezuela fue el primer país en establecer este organismo en su Constitución de 1961, con el nombre de Consejo de la Judicatura.

En México, el Consejo de la Judicatura Federal (CJF) nace doctrinariamente en agosto de 1966 durante el IV Congreso de Derecho Procesal Mexicano, pero se materializó mediante decretos publicados el 31 de diciembre de 1994 y el 26 de mayo de 1995, que reformaron diversas disposiciones de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos (CPEUM) y promulgaron la Ley Orgánica del Poder Judicial de la Federación (LOPJF), respectivamente; sin embargo, oficialmente se instauró el 2 de febrero de 1995. El Consejo General del Poder Judicial de España fue el que más influyó en la creación del Consejo de la Judicatura de nuestro país.

De los artículos 94 y 100 de la CPEUM y 68 de la LOPJF se advierte que el CJF es un órgano centralizado del Poder Judicial de la Federación (PJF) con independencia técnica, de gestión y para emitir sus resoluciones, que tiene por funciones la administración, vigilancia, disciplina y carrera judicial del PJF, con excepción de la Suprema Corte de Justicia de la Nación (SCJN), en los términos que señalen las leyes correspondientes, velando, en todo momento, por la autonomía de los órganos del PJF y por la independencia e imparcialidad de sus miembros.

En resumen, las funciones que realiza el CJF son las siguientes: 1. administración de los recursos humanos, materiales y financieros del PJF, con excepción de aquellos correspondientes a la SCJN y al Tribunal Electoral; 2. dirección de la política judicial y gobierno estratégico para lograr una efi-

ciente administración de justicia; 3. creación y especialización de los órganos jurisdiccionales; 4. aprobación del proyecto de presupuesto del PJE, así como el ejercicio del mismo, con excepción del correspondiente a la SCJN; 5. regulación del ingreso y promoción de los servidores públicos jurisdiccionales mediante el sistema de carrera judicial; 6. investigación y determinación de las responsabilidades y sanciones a los servidores públicos del CJF, de los tribunales de circuito y juzgados de distrito, en los términos y mediante los procedimientos establecidos en la ley, en los reglamentos y en los acuerdos generales expedidos por él mismo, y 7. expedición de los reglamentos interiores en materia administrativa, de carrera judicial, de escalafón y régimen disciplinario del PJE, y todos aquellos acuerdos generales que fueren necesarios para el adecuado ejercicio de sus atribuciones.

Orgánicamente se integra por siete titulares, de los cuales, el presidente es el presidente de la Suprema Corte de Justicia de la Nación (SCJN); tres son designados por el Pleno de la SCJN, por mayoría de cuando menos ocho votos, de entre los magistrados de circuito y jueces de distrito; dos designados por el Senado, y uno por el presidente de la República, todos desempeñan el cargo durante cinco años, a excepción del presidente, cuyo periodo es de cuatro años.

El CJF sesiona en Pleno o en comisiones; de conformidad con el artículo 122 de la LOPJF sus decisiones son definitivas, únicamente se pueden impugnar a través del sistema recursivo, establecido en su normativa.

En efecto, a partir de las reformas de 2012 a la LOPJF, así como al Acuerdo General del Pleno del Consejo de la Judicatura Federal, que establece las disposiciones en materia de responsabilidades administrativas, situación patrimonial, control y rendición de cuentas, se crearon distintos medios de impugnación oponibles durante el procedimiento de responsabilidad administrativa substanciado por el CJF o la Contraloría del PJE, a saber: los recursos de inconstitucionalidad, reconsideración y reclamación.

Tratándose del nombramiento, adscripción, cambios de adscripción y remoción de magistrados de circuito y jueces de distrito, únicamente procede el recurso de revisión administrativa, que se interpone dentro de los cinco días hábiles siguientes a aquel en que surta efectos la notificación de la resolución, el cual resolverá el Pleno de la SCJN.

Actualmente, el CJF tiene seis comisiones permanentes: Administración, Carrera Judicial, Creación de Nuevos Órganos, Disciplina, Adscripción y Vigilancia; cada comisión se integra por tres miembros, uno de entre los provenientes del poder judicial y los otros dos de entre los designados por el ejecutivo y el Senado. El pleno se integra por los seis consejeros y el ministro presidente.

De acuerdo con el artículo 88 de la LOPJF, los órganos auxiliares del CJF son el Instituto de la Judicatura, la Visitaduría Judicial, la Unidad General de Investigación de Responsabilidades Administrativas, el Instituto Federal de Especialistas de Concursos Mercantiles, el Instituto Federal de Defensoría Pública y la Contraloría del Poder Judicial de la Federación.

Hoy la prospectiva del CJF involucra un crecimiento general y responsabilidad integral, tal como se observó durante los trabajos de implementación y consolidación del sistema de justicia penal acusatorio; también eso se refleja en la decisión de integrar los tribunales federales autónomos a la estructura del PJE, como ocurrió con el Tribunal Electoral Federal en las reformas cons-

titucionales de 1996 y, recientemente, con la creación de los tribunales laborales, a partir de la reforma en materia laboral de 1 de mayo de 2019; hechos que denotan altas expectativas en el CJF como parte del PJF.

El CJF se encarga de la administración, supervisión, vigilancia y disciplina de 855 órganos jurisdiccionales distribuidos en todo el país, en los que laboran 48 125 servidores públicos federales.

El CJF persigue una eficacia administrativa que permita alcanzar los objetivos institucionales, mantener la funcionalidad de su sistema interno con sustento en políticas judiciales eficientes y atender a las demandas sociales.

Alejandro Sergio González Bernabé

154. CONSEJO DE LA JUDICATURA LOCAL

La denominación *Consejo de la Judicatura*, tanto a nivel federal como local, ubica su significado en la necesidad de lograr la consolidación del Poder Judicial, fortalecido en sus atribuciones, independencia, autonomía y eficacia en la función de impartir justicia.

La impartición de justicia, a su vez, como derecho fundamental, exige la búsqueda de mecanismos que garanticen la eficacia del derecho al acceso a la justicia, con los principios que se derivan del art. 17 de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos (justicia pronta, completa, imparcial y gratuita), que demanda por tanto se diferencie el desempeño de las funciones administrativas de los tribunales superiores de justicia para facilitar la efectividad de ambas instituciones.

Influenciada por esta idea de pensamiento, mediante Decreto Legislativo 358, publicado en el *Periódico Oficial del Estado Libre y Soberano de San Luis Potosí* el 26 de julio de 2005, la Diputación Permanente de la Quincuagésima Séptima Legislatura reformó la normativa constitucional y legal para crear el *Consejo de la Judicatura* como un órgano del Poder Judicial del Estado de San Luis Potosí, con independencia técnica, de gestión y para emitir sus resoluciones, encargado de las atribuciones administrativas en lo que corresponde a todo tipo de recursos materiales, económicos y humanos; ejerce el presupuesto del propio Poder; tiene a su cargo la carrera judicial, elevar el nivel profesional y garantizar, bajo el más estricto respeto a la dignidad humana, la solvencia moral de jueces; busca que estos obtengan los beneficios de la carrera judicial y la inamovilidad, con remuneración adecuada a su delicada función. A través del establecimiento de concursos por oposición busca, como método idóneo, la designación, ascenso y adscripción de los funcionarios judiciales, con el único objeto de garantizar la efectividad en la impartición de la justicia. La vigilancia y disciplina son otras de las facultades que desempeña, revisando y supervisando diversos procesos administrativos, como el uso de los recursos, su aplicación, su ajuste a programas y al presupuesto, y vigila el ejercicio de la tarea fundamental de los jueces y el tribunal, que es la de impartir la justicia pronta y expedita al servicio de los gobernados justiciables.

Sin embargo, la función del Consejo de la Judicatura no tiene el alcance de examinar el sentido de las resoluciones jurisdiccionales, aunque sí el desempeño de los jueces, secretarios y actuarios, lo cual solo puede evaluarse a través de la valoración que se haga de sus actuaciones cotidianas y sustantivas en la instrucción de los procedimientos jurisdiccionales de los procesos de competencia del supremo tribunal de justicia y de los juzgados.

La función de vigilancia y disciplina respecto de los magistrados solo tiene el alcance y contenido que, por regla general, no pugne con la independencia y autonomía de los miembros del Poder Judicial, y particularmente con la jerarquía de unos y otros como servidores públicos.

El Consejo de la Judicatura se integra con cuatro miembros, de los cuales uno es el presidente del supremo tribunal de justicia, quien también lo es del Consejo; uno designado por el Congreso del estado; otro por el supremo tribunal de justicia del estado y uno más por el Poder Ejecutivo. Los integrantes designados por los poderes Judicial y Ejecutivo requieren ratificación del Congreso. La duración en el cargo de los consejeros, salvo el del presidente del Consejo, es de cinco años; son sustituidos de manera escalonada y pueden ser reelectos por una sola vez. Los consejeros no representan a quien los designa, por lo que sus funciones son ejercidas con independencia e imparcialidad.

El Consejo funciona en Pleno o en comisiones, que pueden ser permanentes o transitorias. Su composición y número son determinados por el Pleno del propio Consejo y en todo caso existen las de administración y presupuesto, carrera judicial, disciplina, la de adscripción y la de administración del Tribunal Electoral. Sus decisiones plenarias se toman válidamente por mayoría calificada de tres votos.

Para otorgarle firmeza y respetabilidad, las decisiones del Consejo son definitivas e inatacables, salvo las que se refieren a la designación, adscripción, remoción y no ratificación de jueces, las cuales pueden ser recurridas ante el Pleno del supremo tribunal de justicia del estado.

Para ocupar el cargo de consejero, además de cumplir con los requisitos exigidos por el art. 99 de la Constitución Política del Estado, a saber: *a)* ser mexicano por nacimiento, y ciudadano potosino en pleno ejercicio de sus derechos políticos y civiles; *b)* tener cuando menos treinta y cinco años de edad el día de su nombramiento; *c)* tener al día de su nombramiento, título profesional de licenciado en derecho con una antigüedad mínima de diez años, expedido por autoridad o institución legalmente facultada para ello y acreditar el ejercicio profesional por el mismo tiempo; *d)* gozar de buena reputación y no haber sido condenado por delito que haya ameritado pena privativa de libertad de más de un año; pero si se tratara de robo, fraude, falsificación, abuso de confianza u otro que lastime seriamente la buena fama en el concepto público, inhabilitará para el cargo, cualquiera que haya sido la pena; *e)* haber residido en el estado durante los dos años anteriores al día de su nombramiento, y *f)* no haber ocupado el cargo de secretario de despacho o su equivalente, procurador general de justicia, diputado local o presidente municipal en el año inmediato anterior al día de su nombramiento.

Es indispensable que su elección sea entre aquellas personas que se hayan distinguido por su eficacia, capacidad, experiencia, honorabilidad y probidad en la impartición de justicia.

Bajo esta perspectiva, resulta de trascendental importancia que quienes son llamados a integrar el Consejo de la Judicatura deben ser profesionales del derecho que cumplan con dichos postulados, porque con independencia de que resulte ser requisito de designación, representa el mecanismo para garantizar que la selección y nombramiento de jueces, secretarios y actuarios recaiga en personas idóneas por haberse distinguido por su capacidad profe-

sional, experiencia y honorabilidad en la impartición de la justicia, lo que a su vez será garantía de que el establecimiento del Consejo de la Judicatura fue el instrumento más adecuado para hacer efectiva la protección al derecho fundamental de acceso a la impartición de justicia pronta, completa, imparcial y gratuita, exigida por el art. 17 constitucional, y en particular, garante principal en la consolidación al sustento de la misma, basada en el respeto del principio rector del derecho humano a la dignidad de todos sus integrantes, cuya instrumentación ahora encuentra su fundamento en la reforma constitucional del 10 de junio de 2011, en el nuevo sistema constitucional y convencional bajo el cual debe regirse todo acto de autoridad, que finalmente redundará en pro del objeto y fin de su creación, *una adecuada impartición de justicia*.

Adriana Monter Guerrero

155. CONSIDERANDOS DE LA SENTENCIA

En general, de toda resolución y, en particular, de toda sentencia judicial que se dirige a resolver una controversia jurídica del tipo que fuese, se espera no solo la formulación de la solución, sino también la correspondiente justificación de la misma. Una vez que el juez ha narrado los hechos que las partes han traído a un determinado proceso en los “resultandos” de la sentencia, así como sus contrapuestas pretensiones que dibujan un conflicto, le corresponderá mostrar las razones, de hecho y de derecho, que sostienen la solución del caso, y a eso destina la parte de la sentencia que se conoce como “considerandos” o “fundamentos”.

Los procesos, particularmente los judiciales, están destinados a resolver los problemas que puedan generarse en el desenvolvimiento de las relaciones de los particulares entre sí o entre estos y los poderes públicos. Se trata siempre de una solución institucionalizada de los problemas y, como tal, de una solución que ha de cumplir con las distintas reglas formales y materiales del sistema jurídico que institucionaliza, con la finalidad de lograr la justicia de la decisión, así como su aceptabilidad, tanto de las partes del proceso como de la sociedad en general. Las razones que se recojan en los considerandos, son un elemento objetivo decisivo que permitirá saber si la decisión es justa y, consecuentemente, prever un grado determinado de aceptabilidad.

La justicia y correspondiente grado de aceptabilidad de una decisión judicial inciden no solo en la paz social que como objetivo general persiguen todos los procesos judiciales, sino también en la existencia real de un Estado de derecho. Para saber si efectivamente los ciudadanos de una comunidad política han renunciado a encontrar por sí mismos y por medio de la fuerza la solución a los distintos problemas o controversias que puedan surgir de la convivencia, habrá que atender al grado de aceptabilidad y consiguiente cumplimiento oportuno de las decisiones judiciales. La parte de la sentencia destinada a recoger las razones que justifican el fallo es de relevancia esencial. De la corrección formal y material de las razones dependerá no solo la validez jurídica del fallo, sino también la aceptabilidad ciudadana y gubernativa de las decisiones judiciales.

En términos generales, en los considerandos de la sentencia dos asuntos son abordados: la determinación del problema jurídico y la justificación de su solución. El juez debe mostrar en esta parte de la sentencia cuál es el problema jurídico que ha guiado su actividad procesal. Normalmente, al juzgador

llega un problema jurídico más estructurado que el que llegó a los abogados de las partes. De la claridad que exista sobre el problema jurídico a resolver dependerá la corrección de las razones que sostienen su solución. Con frecuencia, el problema jurídico tiene que ver con la pretensión planteada por la parte que activa el proceso, por ejemplo, si corresponde o no la entrega de una suma de dinero; la restitución de un bien; sancionar a una persona o, bien, si corresponde o no anular una decisión de un órgano público.

La respuesta al problema jurídico dependerá de la que se otorgue a la pregunta acerca de la norma válida que regula y resuelve el problema jurídico, así como de la que se plantee acerca de los hechos probados del caso. A las primeras se les suele denominar razones de derecho y a las segundas razones de hecho.

Las razones de derecho están destinadas a justificar la premisa normativa del caso. Su elaboración proviene de resolver una serie de cuestiones que debe plantearse el juez, de entre las cuales son decisivas las de los tres tipos siguientes. Primero, las llamadas cuestiones de relevancia (MacCormick) o cuestiones de aplicabilidad (Atienza), a través de las cuales se indaga por el derecho vigente que es aplicable a la solución del problema jurídico que trae consigo el caso. El derecho vigente proviene de las disposiciones que conforman los distintos niveles normativos que componen un sistema jurídico determinado, incluido el nivel al que haya ingresado el derecho convencional.

Una vez identificada la o las disposiciones que regulan el caso, el juez resuelve las cuestiones de interpretación que tal material traiga consigo. Con base en la diferenciación entre disposición y norma (Guastini), en particular, se trata de justificar las normas que de las distintas disposiciones jurídicas que al caso conciernen, se pueden desprender válidamente. Los casos sencillos, que siempre son los menos, reducen la cuestión a construcciones normativas que provienen de aplicar los criterios de interpretación literal y sistemática. Serán razones dirigidas a justificar una interpretación declarativa, porque formula una norma que declara la voluntad del legislador (convencional, constitucional, parlamentario o reglamentario).

Los casos difíciles, por su parte, reclaman razones o consideraciones que justifiquen la formulación de normas que no provienen de la literalidad de las disposiciones relevantes al caso, sino de la aplicación de principios jurídicos abiertos en su contenido y alcance. En estos supuestos, el juzgador no se limita a formular normas que declaran la voluntad del legislador, sino que crea normas que incluso pueden ser contrarias a la expresa voluntad de este último, registrada en el enunciado lingüístico de una disposición. Las consideraciones, en este punto, están destinadas no solo a justificar la razonabilidad material de la norma así creada, sino también a justificar que esa creación no usurpa la competencia de ningún otro órgano público. A estas razones les es exigido un alto grado de corrección y de fuerza, a fin de generar la aceptabilidad reclamada.

Y, finalmente, una vez determinadas las normas que pueden ser concluidas desde el conjunto de disposiciones jurídicas aplicables al caso, el juez se planteará las llamadas cuestiones de validez (Atienza), que indagan por la validez material y formal de las normas concluidas en el paso anterior. Puede ocurrir que, aplicados los distintos criterios de interpretación, la norma que de una disposición se concluya resulte contraria a las normas que se concluyen de las disposiciones del nivel normativo superior, o directamente sean

contrarias a las exigencias de justicia constitucionalizada que significan los derechos fundamentales. En ese escenario, tales normas están condenadas a ser ineficaces. Las razones o consideraciones que sean mostradas para resolver los problemas de validez también han de gozar de un alto grado de corrección y fuerza.

De la corrección de las razones dadas para resolver las cuestiones de relevancia, de interpretación y de validez, dependerá la validez jurídica de la premisa normativa que construye el juez para resolver el problema jurídico que le presenta el caso concreto. Esta premisa normativa tendrá la forma de un silogismo condicionado del tipo $p \rightarrow q$, en el que p es un supuesto de hecho y q es una consecuencia jurídica.

Las razones de hecho, por su parte, se destinan a mostrar las consideraciones que tiene el juez para dar por probados determinados hechos y evitar así la arbitrariedad que una valoración probatoria puede traer consigo. Particularmente, deberá dar razones para justificar si han sido o no probados los elementos fácticos que componen p , el supuesto de hecho en que consiste la premisa normativa construida por este. Si justifica que han sido probados tales elementos, afirmará el antecedente p de la premisa normativa; y al afirmarlo, la solución del problema jurídico provendrá de la afirmación para el caso concreto del consecuente de la premisa normativa q .

Por lo demás, los considerandos —ya sean normativos o fácticos— de la sentencia deben ser expresados con claridad, de modo que las partes, en particular, y la sociedad, en general, puedan conocer y entender la justificación de la solución del problema jurídico enfrentado por el juez o tribunal. Las razones deben ser suficientes, es decir, las necesarias para conseguir este propósito, evitando los excesos explicativos, la reiteración de conceptos o las citas bibliográficas o jurisprudenciales irrelevantes. La claridad y la suficiencia juegan a favor de la aceptabilidad que reclama todo fallo que pretende, como se dijo, cerrar un problema jurídico con una decisión justa que se acata plena y oportunamente.

Luis Castillo Córdova

156. CONSTITUCIÓN

En el derecho constitucional, la noción de Constitución se ha entendido como: *i*) ordenamiento jurídico supremo creado por el constituyente originario que determina la forma de Estado y de gobierno y reconoce los derechos humanos y las garantías para su debida eficacia; *ii*) norma positiva fundamental, de la mayor jerarquía normativa, susceptible de reforma a través de un procedimiento generalmente rígido, y de la que derivan las demás normas jurídicas secundarias; *iii*) el ordenamiento que define la validez jurídica de todas las normas e instituciones del sistema; *iv*) documento que establece las bases para el equilibrio político que guardan las distintas instituciones, personas y comunidades de la sociedad concreta en aras de alcanzar una convivencia pacífica; *v*) pacto político entre gobernados y gobernantes que garantiza derechos humanos y permite un ejercicio no arbitrario de la función pública; *vi*) expresión y suma de la voluntad de los factores reales de poder; *vii*) conjunto de las decisiones políticas fundamentales de un Estado, y *viii*) limitación al poder formal y material, entre otros significados que han recorrido la historia del constitucionalismo.

Las constituciones se abrieron paso a finales del siglo XVIII, con la Independencia de Estados Unidos y con la Revolución francesa. En un principio, al igual que la Constitución de Estados Unidos, de 1787, aún vigente, fueron constituciones breves, no solo por su reducido articulado, sino porque se concretaron principalmente a organizar las instituciones básicas del Estado —lo que ahora llamamos la parte orgánica—. En la Francia de la Revolución francesa existieron así dos documentos: uno denominado Constitución, que organizaba el poder, y otro que reconocía los derechos del hombre, a pesar de que el artículo 16 de la Declaración francesa de Derechos del Hombre y del Ciudadano de 1789 señalaba que: “Toda sociedad en la cual no esté asegurada la garantía de los derechos ni establecida la separación de poderes no tiene Constitución”.

Durante el siglo XIX, en el marco del Estado liberal de derecho, las constituciones, con algunas excepciones, se concretaron a desarrollar la organización del poder público y a garantizar el principio de división de poderes. En la segunda mitad del siglo XIX, algunas constituciones reconocieron derechos humanos de libertad, derechos civiles y políticos, y sus garantías. Es hasta el siglo XX cuando reconocen derechos económicos, sociales, culturales y ambientales, además de otros derechos a favor de las minorías, así como principios ideológicos, programáticos y otros que fundamentan la actividad económica del Estado y de los particulares. En nuestro tiempo, algunas constituciones del siglo XXI llegan a reconocer una gran gama de derechos que tienen que ver con nuevos derechos humanos individuales y colectivos, pero también con los derechos de la naturaleza y de los animales.

Después de la segunda posguerra, las constituciones se empezaron a caracterizar, siguiendo a Guastini, por: *a)* ser rígidas; *b)* establecer su garantía jurisdiccional; *c)* considerar que poseen fuerza vinculante; *d)* el hecho de que los tribunales constitucionales realizan una sobreinterpretación de las mismas; *e)* la aplicación directa de las normas constitucionales; *f)* la interpretación conforme de las leyes secundarias de acuerdo con dichas normas supremas, y *g)* su influencia sobre las relaciones políticas.

La Constitución rígida entraña, además de la idea tradicional del procedimiento agravado para su reforma, dos cuestiones: que en ella misma existen principios expresos e implícitos que no pueden ser modificados ni siquiera por una reforma constitucional, y que “constitucionaliza” o irradia al resto del ordenamiento jurídico.

En cuanto a la garantía jurisdiccional de la Constitución, conlleva que esta y los tratados sobre derechos humanos se protegen mediante el control jurisdiccional de constitucionalidad y convencionalidad por tribunales nacionales y supranacionales y a través de las distintas vías de control de constitucionalidad y convencionalidad que están previstas en cada sistema jurídico y en cada tratado.

La fuerza vinculante de la Constitución significa que todas sus normas son obligatorias para todas las autoridades del Estado. No son programas de acción política ni recomendaciones y las autoridades de los distintos niveles del Estado están obligadas a acatarlas. La Constitución tiene fuerza normativa.

En el Estado de nuestro tiempo, a la Constitución se le sobreinterpreta, lo que implica que no se acude a los métodos tradicionales de interpretación de las normas —como el gramatical—, sino que los contenidos de las nor-

mas constitucionales se extienden y abren a todos los significados posibles de acuerdo con el contexto histórico y cultural para optimizar la protección de los derechos humanos y los principios democráticos. La sobreinterpretación de la Constitución impacta en las relaciones de los gobernados con los poderes públicos, pero también en las relaciones entre los particulares.

Existe aplicación directa de la Constitución, de lo que se deducen por lo menos dos situaciones: *a)* la norma suprema rige para los particulares y no solo para los poderes públicos, y *b)* todas las autoridades deben aplicarla, aunque no exista ley secundaria de desarrollo con el propósito de salvaguardar derechos humanos y principios democráticos.

La interpretación conforme, que recoge el segundo párrafo del artículo primero de la Constitución mexicana, se vincula a que todas las normas del ordenamiento secundario deben interpretarse a partir de lo establecido en la misma, lo que es tarea de todas las autoridades. También significa que, en caso de posibles interpretaciones opuestas, debe preferirse la que sea más consecuente con los principios de la Constitución.

En cuanto a la influencia de la Constitución en las relaciones políticas, ello tiene que ver con tres cuestiones: *a)* la existencia de métodos constitucionales para resolver conflictos entre e intra poderes y órganos; *b)* la imposibilidad de que existan decisiones de autoridad sin la consecuente revisión de constitucionalidad y convencionalidad, y *c)* que los sujetos políticos deben orientar su acción política hacia la maximización de los principios constitucionales y derechos humanos. En fin, toda la vida pública y privada está bajo el paraguas de la Constitución y de los tratados sobre derechos humanos.

La Constitución, hoy en día, esta convencionalizada, pues aunque tiene aún cierta importancia el principio de supremacía constitucional —en el caso mexicano no podemos perder de vista la resolución de la Suprema Corte de Justicia de la Nación de la contradicción de tesis 293/2011—, se armoniza, conforma y flexibiliza con los tratados sobre derechos humanos y las decisiones de las cortes de derechos humanos supranacionales. En nuestra región, las decisiones de la Corte Interamericana de Derechos Humanos son obligatorias para México, a pesar de que nuestro Estado no haya sido parte en la controversia respectiva.

Estamos en esta época muy lejos de considerar a la Constitución solamente como Constitución formal —aquella que establece la validez jurídica de las normas secundarias de acuerdo con las competencias y procedimientos que emplean los distintos poderes y órganos superiores del Estado que dan origen al resto de las normas del ordenamiento jurídico—. También hemos dado un paso más allá de la noción de Constitución material, entendida principalmente como el conjunto de decisiones o principios jurídicos fundamentales del Estado que orientan y también ponen límites a la actividad del Estado —validez material—. Hoy debemos hablar de Constitución en sentido sustancial, viviente y normativo. Sustancial porque se integra no solo por las normas que se contienen en su texto, sino por todo el ordenamiento jurídico cuando este maximiza u optimiza los derechos humanos, las garantías para su eficacia y los principios democráticos —nos referimos a los conceptos bloque y parámetro de regularidad constitucional y convencional—.

La Constitución es viviente porque es interpretada y aplicada todos los días por las distintas autoridades del país, y muchas de esas interpretaciones,

sobre todo las de los tribunales supremos, permiten la mutación y modificación evolutiva —como un árbol en permanente crecimiento— de los significados iniciales que los operadores jurídicos habían dado a sus normas. Y es normativa, porque sus normas deben estar insertas, vinculadas y coincidir con la realidad misma, reduciendo el divorcio norma-realidad. La Constitución no es y no debe ser nominal —trozo o pedazo de papel que contiene disposiciones retóricas de puro carácter político— ni semántica —ordenamiento constitucional susceptible de manipulación por élites económicas o políticas—.

Se pretende, en el mundo globalizado y neoliberal de nuestro tiempo, por juristas como Ferrajoli, construir un constitucionalismo mundial, un constitucionalismo para la libertad y la igualdad con reconocimiento de derechos y garantías que permitan la construcción de una sociedad justa a escala planetaria, y un constitucionalismo para limitar a los poderes salvajes o fácticos del neoliberalismo —el constitucionalismo del derecho privado—. Esas son algunas de las aspiraciones de la Constitución del futuro.

Jaime Cárdenas Gracia

157. CONSTITUCIÓN (ELEMENTOS CONCEPTUALES)

La Constitución es el ordenamiento supremo del Estado, que prescribe sus fines, organización y funciones.

Esa caracterización funcional permite identificar a la Constitución con independencia de sus contenidos ideológicos o de su exteriorización formal. Todo Estado ha tenido, siempre, una Constitución, aun cuando no haya habido una norma específica, escrita o consuetudinaria, así denominada; donde hay Estado hay Constitución.

Aunque el concepto es muy lacónico, incluye una amplia gama de elementos que se verán a continuación.

Ordenamiento. La Constitución tiene carácter normativo pero no es una norma singular; es un sistema de normas, por ende, coherente y completo. El concepto de norma hipotética fundamental corresponde a un constructo valioso porque simboliza la “última razón de validez” de un sistema jurídico, pero no corresponde al concepto estricto de Constitución. A su vez, la expresión “norma fundamental” es solo una locución convencional que permite subrayar la supremacía de la Constitución y su carácter normativo.

Norma. Es una regla imperativa garantizada por una sanción legítima.

Supremacía. Un ordenamiento supremo es aquel por encima del cual no existe ninguna otra norma. De ahí que todos los actos de las personas físicas y morales, públicas y privadas, deban sujetarse a lo dispuesto por ese ordenamiento. Esta es la base de la jurisdicción constitucional. El juez constitucional tiene a su cargo el control de los actos que pueden afectar la validez de la Constitución.

Estado. Para efectos descriptivos, el Estado consiste en una población políticamente organizada, soberana, asentada en un territorio, continuo o discontinuo, que se rige por normas jurídicas, de fuente interna o internacional, adoptadas en su nombre por órganos legítimos.

Fines del Estado. Estos varían según el lugar y el tiempo histórico; se expresan a través de la creación y aplicación del derecho para atender los intereses colectivos e individuales de la sociedad. En los Estados constitucionales avan-

zados, sus fines incluyen los derechos humanos y sus garantías, y los intereses solidarios de la comunidad internacional.

Organización. Es el conjunto de reglas, órganos y procedimientos para desarrollar las funciones del Estado. En cuanto a la forma, puede organizarse como república o monarquía, y adoptar la democracia representativa, la democracia directa o semidirecta, o un ensamble de instituciones democráticas. En cuanto al gobierno, puede ser presidencial, parlamentario, semipresidencial o semiparlamentario; y en cuanto a la territorialidad puede adoptar un sistema unitario o descentralizado.

Funciones. Las funciones generales de los órganos del Estado obedecen al principio conforme al cual los destinatarios del poder pueden hacer todo lo que no les está prohibido, en tanto que los titulares de los órganos del poder solo pueden hacer aquello que para lo que están facultados de manera expresa.

En términos generales las funciones específicas normadas por las constituciones son las siguientes:

a) legitimidad institucional. Regula el origen y el desempeño de las instituciones y de sus titulares. En esta función son relevantes los derechos fundamentales, la tutela de la dignidad, la proscripción de la arbitrariedad, los procesos electorales y, en general, el Estado de derecho;

b) equidad y estabilidad social. Tiene por objeto distribuir la riqueza de manera equitativa y proveer los bienes y servicios requeridos por la población para su bienestar y desarrollo. En esta función se incluye lo concerniente a la fiscalidad, los derechos sociales y colectivos y los derechos de prestación a cargo del Estado;

c) mediación jurídica y garantía. Prescribe la forma de producción de las normas y su aplicación en cada caso específico. Esta función es realizada por el sistema jurisdiccional, el sistema alternativo de solución de conflictos y el sistema no jurisdiccional para la defensa de los derechos fundamentales;

d) mediación política. Se relaciona con la gobernabilidad a través de los órganos de representación y gobierno. Esta función se vincula con el régimen de gobierno, los procesos legislativos, las responsabilidades administrativas, el estado de excepción, las relaciones con las iglesias y las modalidades de descentralización;

e) regulación económica. Concierno a la presencia del Estado en los procesos económicos y financieros. La función se cumple a través del presupuesto público, el endeudamiento, la regulación monetaria, el régimen de concesiones y permisos, la regulación de los mercados, la planificación, la proscripción de prácticas monopólicas y la participación directa en la producción y distribución de bienes y servicios, y

f) control político. Es el conjunto de instrumentos y procedimientos que permiten verificar que los órganos del poder actúan conforme a las previsiones normativas y a las que se consideren como buenas prácticas políticas, acordes con las disposiciones jurídicas. Esta función, derivada del principio de que el poder controla al poder, permiten que los órganos constitucionales mantengan una relación simétrica y equilibrada entre ellos y que los gobernantes adecuen sus actos al derecho, además de quedar sujetos a las responsabilidades políticas que resulten de su actuación. Los controles son verticales, como los ejercidos por la ciudadanía y por los entes territoriales, en el sistema

federal, y horizontales, que a su vez son internos y externos (véase *control del poder*).

Reforma constitucional. La Constitución establece los requisitos, procedimientos y formalidades para su propia reforma. Por reforma se entienden las modificaciones, adiciones o supresiones que se hagan a la Constitución.

Diego Valadés

158. CONSTITUCIÓN (NÚCLEO INTANGIBLE)

De acuerdo al *Diccionario de la Lengua* de la Real Academia Española, el concepto de «núcleo» (*del lat. nuclēus*) suele ser definido como el “elemento primordial al que se van agregando otros para formar un todo”, o bien, la “parte o punto central de algo material o inmaterial”. Por su parte, el concepto de «intangible» (*De in y del lat. tangibilis*) suele definirse como *aquello* “que no debe o no puede tocarse”. En este sentido, hablar del *núcleo intangible de la Constitución* es hacer referencia al *elemento primordial o parte central e inalterable de la Constitución, a la que se van agregando otros elementos para formar un todo: el texto constitucional*. La construcción de este concepto tiene como origen la idea aristotélica consistente en afirmar que es “...evidente, en efecto, que podríamos diferenciar los bienes según una doble acepción: unos por sí mismos, otros por razón de aquellos. Separando, pues, los bienes esenciales de los bienes útiles...” (*Ética Nicomaquea*).

El profesor alemán Carl Schmitt, ya en 1928, hacía referencia en su obra intitulada *Teoría de la Constitución* al concepto de *decisiones políticas fundamentales*. Schmitt consideraba “...necesario hablar de la Constitución como de una unidad, y conservar entre tanto un sentido absoluto de la Constitución. Al mismo tiempo, es preciso no desconocer la relatividad de las distintas leyes constitucionales. La distinción entre Constitución y ley constitucional es solo posible, sin embargo, porque la esencia de la Constitución no está contenida en una ley o en una norma. En el fondo de toda formación reside una decisión política del titular del poder constituyente, es decir, del Pueblo en la Democracia...”.

De lo anterior es que Schmitt hiciera una diferencia entre *Constitución* (no escrita necesariamente) y *leyes constitucionales* (las normas que positivizan la Constitución), estableciendo que aquella se hace consistir de *decisiones políticas fundamentales*, que son “más que las leyes y normaciones” ya que “denuncian la forma política de ser de [un] pueblo y forman el supuesto básico para todas las ulteriores formaciones, incluso para las leyes constitucionales...”.

En otras palabras, no es lo mismo la *Constitución* que las *leyes constitucionales*, siendo su principal diferencia que la Constitución se hace consistir de esas decisiones políticas fundamentales y que las normas constitucionales, a las que Schmitt denomina *leyes constitucionales*, solo tienen por objeto concretar dichas decisiones. No pasa desapercibido que al pensamiento de Schmitt pueda reprochársele la aberración en que incurriría al servir de fundamento a la doctrina nacionalsocialista del derecho y del Estado, la cual destruyó la arquitectura jurídica del Estado de derecho sustituyéndola por la desviación de la unidad rámica del pueblo alemán, la cual se “justificó” debido a que las decisiones políticas fundamentales solo podían ser correctamente interpretadas y aplicadas por sujetos pertenecientes a tal comunidad. De ahí el desprecio y discriminación del nacionalsocialismo por cualquier otra raza, especialmente la judía.

Sin embargo, la tesis schmittiana debe considerarse, no atendiendo a su devenir histórico y a su inhumana aplicación por parte del nacionalsocialismo, atendiendo a los postulados más auténticos y originales de la misma, entre los que destacan, a saber: (i) su ataque frontal contra el iuspositivismo formalista kelseniano del siglo XIX; (ii) la distinción entre Constitución y leyes constitucionales; (iii) el concepto de decisiones políticas fundamentales, y (iv) el reconocimiento de que existen, en la Constitución, ciertos contenidos que deben permanecer intangibles.

De todo lo anterior, y partiendo de la distinción entre *Constitución* y *leyes constitucionales*, es que debemos afirmar, por ejemplo, que el órgano revisor de la Constitución solo tiene competencia para reformar las leyes constitucionales, no así la Constitución, ya que estando de acuerdo con Schmitt, no puede ni debe alterar las decisiones políticas fundamentales.

En sus *Estudios de teoría constitucional*, Riccardo Guastini distingue entre las *normas materialmente constitucionales* y las nociones que son *materia constitucional*, estableciendo que las primeras son las normas de todo texto constitucional y las segundas son el conjunto de objetos que son regulados por tales normas. De lo anterior se puede advertir una conclusión que parece inobjetable por derivar incluso del sentido común: en el texto constitucional hay diferentes contenidos, o si se prefiere, en la Constitución no todo es igual. No es lo mismo el contenido del art. 1o. de la Constitución mexicana (principio de igualdad, principio de libertad, principio *pro persona* y principio de no discriminación) que el contenido del art. 65 (fechas en que inician las sesiones del Congreso de la Unión), por lo que hay partes más constitucionales que otras.

La Suprema Corte de México ya ha reconocido la existencia de ciertos tópicos que deben ser protegidos especialmente. Así, en el recurso de reclamación 595/2001-PL, al interpretar el art. 15 de la Ley Reglamentaria de las Fracciones I y II del Artículo 105 de la CPEUM, el cual señala que en controversia constitucional la suspensión no será procedente cuando se pongan en peligro las “instituciones fundamentales del orden jurídico mexicano”, construyó tal concepto jurídico indeterminado de la siguiente manera: “...si en su sentido gramatical la palabra «instituciones» significa fundación de una cosa, alude a un sistema u organización, así como al conjunto de formas o estructuras sociales establecidas por la ley o las costumbres; mientras que el término «fundamentales» constituye un adjetivo que denota una característica atribuida a algo que sirve de base, o que posee la máxima importancia, se concluye que por instituciones fundamentales del orden jurídico mexicano debe entenderse las derivadas de los principios básicos que tienen como objetivo construir y definir la estructura política del Estado mexicano, así como proteger y hacer efectivas las disposiciones de la Constitución (...), dando estabilidad y permanencia a la nación en su conjunto, pues rigen su vida política, social y económica, principios entre los que se consideran los siguientes: a) régimen federal; b) división de poderes; c) sistema representativo y democrático de gobierno; d) separación Iglesia-Estado; e) garantías individuales; f) justicia constitucional; g) dominio directo y originario de la nación sobre sus recursos, y h) rectoría económica del Estado”.

De esta manera, al reconocer la función especial que realizan tales principios dentro de la estructura política del Estado mexicano, se concluye que

la suspensión como medida cautelar no puede concederse cuando se pongan en peligro tales instituciones, con lo que implícitamente se reconoce que existen tópicos que gozan de especial constitucionalidad.

Así las cosas, la trascendencia en el ámbito del derecho procesal constitucional y convencional de esta noción tiene un impacto que hoy se presenta como ineludible, debido a que se genera la necesidad de transitar de la sola defensa de la Constitución, a la defensa del *núcleo intangible* de la misma, ya que parafraseando al estagirita resulta evidente, en efecto, que podríamos diferenciar los bienes constitucionales según una doble acepción: unos por sí mismos, otros por razón de aquellos. Separando, pues, los bienes constitucionales esenciales de los bienes constitucionales útiles, distinción la cual nos obliga también a distinguir la tutela y protección que requieren, ya que los segundos dependen de los primeros.

Francisco Vázquez Gómez Bisogno

159. CONSTITUCIÓN (PRINCIPIO DE INVOLABILIDAD)

Con el propósito de que el orden público de un Estado sea salvaguardado, es necesario que tanto la parte dogmática como la orgánica de una Constitución no sean desconocidas. Así, la parte de la Constitución que comprende los derechos fundamentales del hombre, recibe el nombre de *dogmática*; mientras que el apartado que tiene por objeto organizar el poder público, es denominada la parte *orgánica*.

Además de la parte dogmática y la orgánica, pertenecen a la Constitución en sentido material los preceptos relativos a la “superestructura constitucional”, la cual cubre por igual a los derechos del individuo, a los poderes de la federación y de los estados. Son dichos preceptos los que aluden a la soberanía popular, a la forma de gobierno, a la supremacía de la Constitución y a su “inviolabilidad”.

Toda Constitución contiene principios protectores, entre los que se encuentra el de inviolabilidad de la Constitución en conjunción con el de supremacía y rigidez, consagrados en los artículos 136, 133 y 135 constitucional respectivamente, que en su conjunto forman el bloque de principios protectores del constitucionalismo mexicano.

El principio de “inviolabilidad” de la Constitución, no implica que esta no pueda ser contravenida, ya que en múltiples ocasiones se infringe por actos de poder público y ocasionalmente por grupos violentos que intentan desconocer el orden constitucional. Por ello, la Constitución establece medios jurídicos para impedir o remediar las contravenciones al orden público y a las instituciones democráticas, proveyendo a su autodefensa mediante sistemas de control de constitucionalidad, que incluye instrumentos procesales de diferente carácter para que mediante su ejercicio, se preserve y mantenga el orden jurídico que crea, generándose con ello la llamada “*jurisdicción constitucional*”.

La inviolabilidad es un principio vinculado inescindiblemente a la supremacía, significa la imposibilidad jurídica de que la Constitución sea desconocida, reemplazada o quebrantada por fuerzas que no sean las del Poder Constituyente. Consiste en la unidad, seguridad y permanencia de su contenido normativo, el cual es indivisible en el tiempo, permitiendo únicamente su actualización por medio de adiciones y reformas cuyo procedimiento emane del propio documento constitucional. Esta posibilidad de adicionar

CONSTITUCIÓN (PRINCIPIO DE INVIOABILIDAD)

y reformar la Constitución es, en efecto, el único medio para modificar su estructura normativa, lo cual confirma el criterio de mutabilidad del orden constitucional.

En ese tenor, el principio de inviolabilidad consiste en que la Constitución por ninguna razón perderá su vigencia, aun cuando cualquier movimiento rebelde o de grupos violentos dejen de observar el régimen político que constitucionalmente se encuentra establecido, así de darse un movimiento subversivo, una vez recuperado el Estado de derecho y mediante las circunstancias que la Constitución prevé, se sancionara a los rebeldes. De suerte que el principio de inviolabilidad salvaguarda cada una de las partes de la Constitución, tanto la dogmática como la orgánica y el propio Estado de derecho, por tanto, si el orden jurídico deja de observarse derivado de la provocación realizada por grupos rebeldes, ello no significa que se desvanezca la vigencia constitucional.

Atento a ello, la Constitución no puede ser desconocida por ningún órgano de poder o grupo social rebelde, en efecto, el tema de la rebelión se instituyó porque la historia ha señalado el triunfo de grupos minoritarios los cuales han establecido Constituciones contrarias a los intereses nacionales, esto en razón de la falta de conciencia de los derechos de soberanía correspondiente al pueblo.

Al respecto, el artículo 136 constitucional expresamente se refiere a la suspensión de su observancia mediante una rebelión o trastorno público, algo distinto del significado de revolución. Una rebelión implica una reacción violenta contra el sistema de gobierno y contra la Constitución vigente en el momento de ese movimiento, la rebelión, es alzarse en armas por solamente una fracción del pueblo, inconforme con su gobierno. De manera que, al ser “la rebelión”, solo una fracción de todo el conglomerado humano, ello implica que esa lucha no es apoyada por la mayoría y por tanto, no representa intereses legítimos. En cambio, en un movimiento de revolución, la ideología es por supuesto, apoyada por la mayoría del pueblo inmiscuido, lo cual ha llegado a considerarse una lucha legítima. Sin embargo, en una Constitución, no es posible establecer de manera explícita, el derecho del pueblo a la revolución porque un documento constitucional no puede prever dentro de sí, su propia causa de aniquilamiento.

Ante ello, se ha evidenciado que una forma “doméstica” en que se puede ver reflejado el llamado “derecho a la revolución”, es por la voluntad del pueblo cuando decida, en ejercicio de su soberanía, cambiar o modificar la forma de su gobierno, ejerciendo su facultad de autodeterminación al margen de los poderes constituidos.

Así, la Constitución es “inviolable” frente a cualesquiera movimientos que, sin ser auténticamente revolucionarios, la desconozcan, suspendan o reemplacen por un “status” político diferente, es decir, sea desconocida o sustituida por fuerzas que no emanan del Poder Constituyente o personas que no expresen la voluntad mayoritaria del pueblo, en ese sentido, quienes se vean favorecidos por un movimiento rebelde, adquieren un poder ilegítimo, sin apoyo real, se trata de una usurpación del poder; lo que pretende evitar el principio de inviolabilidad constitucional, al ordenar el castigo de tales actos; no así el movimiento de la revolución, el cual ha sido empleado como un derecho de los pueblos que va más allá de la Constitución.

En otras palabras, toda Constitución, ante las aspiraciones populares, frente a la vida social en constante evolución, es evidentemente susceptible de abolirse y de ser sustituida por otra. Y es que una Constitución, que hipotéticamente se supone como fruto de la voluntad popular expresada a través de sus representantes (Congreso o Asamblea Constituyente) no debe encadenar al pueblo hasta el extremo de que siempre se vea obligado a ceñir su vida a sus mandamientos, o sea, a someterse a los principios jurídicos, políticos, filosóficos, económicos o sociales que en un momento determinado puedan oponerse a la evolución nacional y a los sentimientos de justicia.

En esa virtud, empieza a cobrar auge el diseño de una teoría del derecho a la insurrección, según puede desprenderse de diversos ordenamientos, en donde ese “derecho” es permisible en las Constituciones de: Argentina (art. 36), Ecuador (arts. 98-99), El Salvador (art. 87), Honduras (art. 43), Guatemala (art. 45) y Perú (art. 46).

En México, el principio de inviolabilidad tiene un alcance propio del Estado federal, ya que tanto la ley fundamental como las Constituciones locales lo consagran como una decisión política que sostiene la validez y permanencia del sistema creado a su amparo. Y si bien, puede desprenderse el caso del derecho legítimo del pueblo para recobrar su libertad y restablecer la observancia de la carta magna desconocida, puede inferirse también, que esa restauración queda en manos de las instituciones, para posteriormente juzgar a los responsables de la rebelión y a quienes hubieren cooperado con ella. Aunque es importante diferenciar si el movimiento es generado por grupos rebeldes o si se trata de un auténtico movimiento revolucionario, pues del contenido del artículo 136 de la Constitución mexicana, es posible inferir aunque de manera implícita o a *contrario sensu*, el derecho moral a hacer la revolución.

José Ricardo Carrasco Mayorga

160. CONSTITUCIÓN (SENTIDO FORMAL)

La palabra “Constitución”, aun en el lenguaje jurídico, es utilizada en sentidos diversos a pesar de que en principio refiere el documento fundante de un Estado de carácter jurídico-político. El significado de este término depende de su contextualización histórica, temporal e incluso cultural, además de que el constitucionalismo, entendido como conjunto de factores que pretenden calificar una Constitución, es un conjunto de ideas o principios que se basa en determinada filosofía política. No obstante, se puede decir que en términos generales este vocablo, en un sentido amplio, se utiliza para referirse a la Constitución como la norma jurídica que establece las bases organizativas de un Estado.

El Estado constitucional aparece como consecuencia de la Revolución Francesa y reacción a la supremacía del legislador, por lo que la ley era considerada como la norma superior; en esta época prevalece la teoría de la Constitución rígida, la codificación y el derecho escrito, a efectos de que solo el poder constituyente pudiera modificarla. Por estas razones se produjo un largo debate entre elaborar una Constitución o un conjunto de leyes fundamentales, eligiendo la primera opción debido a la posibilidad de realizar una interpretación sistemática.

El estudio del derecho constitucional tiene sus orígenes en la teoría del Estado, en virtud de la existencia de una sociedad que se organiza en torno al fenómeno del poder. Se puede hablar de Estado solamente a partir del siglo

XVI, pero de la Constitución, en su calidad de fenómeno jurídico que organiza el poder, solo con posterioridad. Por lo que para explicar el significado formal de Constitución es conveniente comenzar por recordar que originalmente las Constituciones son concebidas como documentos fundacionales de carácter político apenas a partir del siglo XVIII, tras la independencia de las colonias inglesas del Norte en América y del triunfo de la Revolución Francesa. En Francia se producen históricamente dos documentos diversos, uno que organiza el ejercicio del poder y otro que reconoce derechos fundamentales; no obstante, en la Declaración de Derechos del Hombre y del Ciudadano de 1789 se encuentra la base del concepto formal de la Constitución, cuyo art. 16 establece que: “Toda sociedad en la cual no esté asegurada la garantía de los derechos ni establecida la separación de poderes no tiene Constitución”.

El sentido político de la Constitución proclama su finalidad política, la ideología política a la que sirve, lo que evoca ideas como libertad, democracia, garantía de los derechos de los ciudadanos, limitación del poder. Este significado responde al sentido histórico del constitucionalismo como movimiento político e ideológico, por lo que se puede afirmar que el fin de la Constitución es la estabilidad, establecer un orden, limitar el poder público, y se identifica con el programa del poder público. El concepto formal de Constitución surge a partir de la reflexión acerca de la misma como ley, pero como ley especial dotada de peculiaridades formales que desempeña un papel fundamental en el sistema jurídico.

De modo que toda Constitución tiene un cierto carácter político, y dado que en un principio no se le consideraba como norma jurídica, el sistema jurídico iniciaba con el Código Civil, notorio en la época del imperio de la ley y sujeción del juez a la letra de la ley para su interpretación. El cambio de concepción se produce en Europa con la creación de los tribunales constitucionales austriaco y checo a principios del siglo XX, cuyo fundamento es la teoría de las nulidades de Hans Kelsen. En América, en cambio, se produce a raíz de la sentencia del juez Marshall al caso *Marbury vs. Madison* en 1803, en que resuelve que la ley contraria a la Constitución debe inaplicarse.

El sentido jurídico de Constitución resulta del examen de las formas y de la estructura interna de la Constitución, y su consideración como norma. De tal forma que la Constitución se concibe como norma que obliga a los poderes del Estado y cuya infracción es antijurídica, pero solo puede ser considerada así, si el sistema jurídico establece que su cumplimiento es obligatorio. Como norma suprema, además, presupone determinada estructura del orden jurídico y puede ser identificada por la relación que tiene con la legislación. Esta supremacía no solamente refiere su posición en el sistema jurídico, sino también, y sobre todo, su eficacia y su fuerza derogatoria.

Esto implica considerar a la Constitución como norma suprema; los presupuestos de la supremacía son que la función legisladora como función de crear normas se sujete a las normas constitucionales que son fundamento y límite de su validez; y que prevea una cierta estructura del orden jurídico, lo que determina la relación entre las normas del sistema, así, la Constitución se identifica por su relación con la legislación como creación normativa. Por lo que en el sentido formal, la Constitución, como señala De Otto, “es el conjunto de normas a las que está sujeta la creación normativa por los órganos superiores del Estado”.

La concepción formal de la Constitución hace énfasis en su carácter de conjunto de normas jurídicas sin establecer cuál es el contenido de las mismas. Las concepciones formales de la Constitución desde el punto de vista jurídico giran en torno a tres aspectos relevantes: que la Constitución es una norma o un conjunto de normas escritas; de un tipo especial, elaborada mediante un procedimiento especial, y es norma suprema porque establece los órganos y los procedimientos de creación de las normas, prevé sus competencias y funciones, así como la fuerza y rango de las normas creadas. Por lo que la validez de las normas del sistema jurídico depende de su conformidad con la Constitución. La Constitución se configura, así, como norma suprema y norma de normas.

En su origen, las concepciones formales de la Constitución se asocian a un concepto liberal de Constitución que, además de garantista, es racional y normativo, en tanto determina la existencia de un documento escrito y solemne cuyo objeto es garantizar los derechos de los ciudadanos y la organización del poder político del Estado. Actualmente, la Constitución en sentido formal se diferencia del resto de las normas de un Estado por su superioridad, de modo que las demás normas del sistema jurídico no deben contravenirla, pues de hacerlo pueden ser declaradas inconstitucionales y no ser aplicadas, o incluso llegar a ser anuladas. La Constitución además está protegida por un procedimiento especial de reforma agravado y de mayor solemnidad que el previsto para las leyes y otras normas.

Las Constituciones modernas tienen, entre otras funciones, las de prever y regular el funcionamiento de los controles de poder políticos. La Constitución es el elemento de cohesión y unidad de un Estado, y norma su organización y funcionamiento, así como los derechos de los individuos que sanciona y protege. Hablar de Constitución en sentido jurídico significa asumir que la función legislativa, como función creadora de normas, queda sujeta a las normas constitucionales que se configuran como su fundamento y límite de su validez. Por lo tanto, la Constitución se identifica más bien por su relación con la legislación, es decir, como creación normativa.

La Constitución en sentido formal es un conjunto de normas a las que está sujeta la creación de normas por los órganos superiores del Estado, cuya validez se determina en el aspecto formal por su conformidad con los procesos de creación normativa establecidos en la norma superior y de la competencia del órgano que la emite, y en el material por la adecuación del contenido de la norma inferior al contenido de la norma a la que se encuentra jerárquicamente subordinada, así como a la norma suprema.

En síntesis, en sentido formal, la Constitución es la norma fundamental y suprema del sistema jurídico, lo que refiere su posición y fuerza en el orden jurídico. Loewenstein menciona que en el sentido formal la Constitución es “... un documento escrito y unificado por normas fundamentales” y “dispositivo fundamental para el control del proceso del poder”.

Carla Huerta Ochoa

161. CONSTITUCIÓN (SENTIDO MATERIAL)

La palabra “Constitución” se utiliza en el lenguaje ordinario con distintos significados. El *Diccionario* de la Real Academia de la Lengua Española ofrece varias acepciones distintas del término, unas propiamente jurídicas, otras vulgares en cambio. Por una parte, la define como la “esencia y calidades de

CONSTITUCIÓN (SENTIDO MATERIAL)

una cosa que la constituyen tal y la diferencian de las demás”. En este sentido es que se puede identificar con la Constitución material, porque refiere los elementos necesarios para poder considerar un texto jurídico como la norma fundamental de un Estado.

El término “Constitución”, por lo tanto, se refiere a las disposiciones o decisiones de carácter fundamental que resultan de la organización del ejercicio del poder. Se puede sugerir un primer significado de Constitución en sentido material como “el conjunto de normas que establecen la estructura esencial de un Estado, es decir, que lo constituyen”. A este primer sentido se le denomina material o sustantivo porque se refiere al contenido de las normas constitucionales sin ocuparse de la forma en que sean recogidas. Es por ello que se puede decir que toda Constitución cuenta con un modelo fundacional que se integra por las instituciones que se consideran fundamentales para el Estado.

La concepción material de la Constitución se entiende como distinta a la jurídica, por lo que, en general, las explicaciones de este concepto se han elaborado por oposición al concepto formal de Constitución. El sentido material se puede entender como el contenido de la Constitución, esto es, la función de las normas constitucionales, que consiste en delimitar los derechos que deben ser protegidos y conformar el sistema jurídico y los órganos de poder. En ese sentido, Jellinek propone una definición según la cual se concibe a la Constitución como “el conjunto de normas jurídicas que regulan los supremos órganos del Estado, su formación, su relación recíproca y competencia, así como la posición del individuo frente al Estado”. Esto hace referencia a su contenido tanto desde la perspectiva orgánica y funcional, como en relación con las libertades y derechos de los individuos.

La Constitución en sentido material debe establecer los principios generales respecto de los órganos, los procedimientos y los contenidos, elementos que integran el contenido de la Constitución como sostiene Kelsen, ya que su función es controlar el ejercicio del poder. La Constitución es norma suprema con eficacia práctica, y para asegurar su aplicación existen medios de control de la constitucionalidad y tribunales constitucionales, intérpretes últimos de la Constitución. La Constitución establece los principios básicos de la producción de las demás normas jurídicas del sistema que se subordinan a la Constitución, este es su sentido jurídico. En los sistemas jurídicos que se desarrollan en el marco de un Estado de derecho se puede afirmar que una Constitución posee una estructura común, formada por una o varias instituciones básicas. A esta estructura corresponden en primera instancia los derechos fundamentales y la distribución funcional que se expresa mediante el principio de división de poderes, así como el control de la constitucionalidad.

Desde finales del siglo xvii, y sobre todo a lo largo del siglo xix, se llevó a cabo la tarea de positivizar, de forma completa y ordenada, las normas que habían de regular las relaciones de poder y de libertad, es decir, la Constitución material. Pero el derecho no es tan solo el texto normativo, sino también la interpretación que el juez hace del mismo. Las primeras interpretaciones de la Constitución fueron políticas, lo que pone de manifiesto que la Constitución en sentido material se entiende tomando en cuenta los aspectos sociológicos, antropológicos, morales y valorativos, entre otros que subyacen a ella.

Lassalle hace explícita la tensión entre la Constitución formal y la material, al proponer un concepto sociológico de Constitución que determina la

existencia de dos Constituciones: la escrita y la real. La Constitución real se integra por los factores reales y efectivos de poder, por lo que, en su opinión, la Constitución escrita solo tiene valor si realmente expresa los factores de poder que rigen en el país, pues de lo contrario la Constitución escrita sería una mera hoja de papel en blanco.

Según Loewenstein los elementos fundamentales mínimos de una Constitución en sentido material, que garantizan el libre desarrollo político de un Estado, son la diferenciación y asignación de funciones estatales a diferentes órganos para evitar la concentración de poder; los mecanismos de cooperación de los órganos de poder; la distribución y limitación del poder político mediante dispositivos e instituciones en forma de frenos y contrapesos; los mecanismos que eviten bloqueos entre los órganos de poder autónomos para impedir que en caso de no cooperar, se resuelva el *impasse* por sus propios medios; un método de reforma racional que evite la ilegalidad, la fuerza o la revolución, y el reconocimiento a la autodeterminación individual, es decir, a derechos individuales y libertades fundamentales, y su protección frente a quienes ejercen el poder.

Para Kelsen, la Constitución es normativa, un “deber ser”, es norma, y en el sentido material su función es designar los órganos encargados de la creación de normas generales y determinar el procedimiento; el derecho regula su propia creación en la Constitución. La Constitución es la norma fundamental, una regla según la cual son creadas las normas jurídicas y de la cual deriva el principio mismo de su creación; es norma fundamental de la que desciende por grados el resto del orden jurídico.

Se considera que las normas que establecen los órganos que ejercen el poder, los límites que los gobernantes deben respetar, esto es los derechos y libertades de las personas, y la forma en que la Constitución los garantiza son parte de la Constitución material de un Estado. Por lo que la Constitución material de una sociedad política puede entenderse como el conjunto de normas que determinan quiénes ejercen el poder y la forma en que lo hacen. Las normas que establecen estas cuestiones se consideran materialmente constitucionales, aun si solo se trata de costumbre jurídicamente aceptada o de interpretación jurisprudencial.

Aunque la Constitución en sentido formal, el texto concreto, recoge la Constitución material de un Estado, su contenido, se considera posible que algunas normas materialmente constitucionales no se encuentren expresadas en dicho texto; no obstante, son consideradas formalmente superiores a las ordinarias, como parte de la Constitución, como algo añadido a la Constitución formal. Como puede ser el caso de los tratados internacionales, que por disposición expresa de una Constitución adquieren rango constitucional, por ejemplo.

Carla Huerta Ochoa

162. CONSTITUCIÓN (SENTIDO SUSTANCIAL)

Se entiende por *Constituciones en sentido sustancial* todos los actos normativos a los que la doctrina de un ordenamiento reconoce relevancia constitucional, incluyendo, además de la Constitución formal, también fuentes que no tienen dicho rango, pero que contribuyen a definir la “materia constitucional”, es decir, la estructura fundamental de una comunidad estatal (Spagna Musso).

El concepto debe mantenerse separado tanto de aquel de Constitución material, entendida como un conjunto de decisiones políticas fundamentales que integran el texto constitucional, como del de “Constitución viviente”, que es la Constitución así interpretada y aplicada por los distintos actores políticos-instituciones.

Silvia Bagni
(traducción de Eduardo Ferrer Mac-Gregor)

163. CONSTITUCIÓN BREVE/LARGA

La diferencia entre una “Constitución breve” y una “larga” radica no tanto en el número de artículos, sino en la “cantidad” y “calidad” de la materia constitucional disciplinada. Las Constituciones breves abordan las competencias y las relaciones entre los órganos constitucionales (por ejemplo, entre el rey y el Parlamento en las Constituciones decimonónicas liberales) y las primeras libertades fundamentales. Las Constituciones largas, constatando la evolución de la sociedad, incluyen también otras formas posteriores de tutela (de las minorías, de las autonomías) y la disciplina de los derechos (tanto de los derechos sociales como de los derechos de tercera generación). Las Constituciones breves (ya superadas, excepto en los Estados Unidos), consideradas más comprensibles para los ciudadanos, que podían llevarlas siempre consigo, según el pensamiento de T. Paine, se prestaban a interpretaciones opuestas. Las Constituciones largas (sobre todo las más recientes) tienden a ser más completas, pues incluyen proclamas ideológicas y normas programáticas

Giorgia Pavani
(traducción de Mercedes Iglesias Báñez)

164. CONSTITUCIÓN CONVENCIONALIZADA

I. INTRODUCCIÓN. LAS RELACIONES ENTRE LA CONSTITUCIÓN NACIONAL Y LA DOCTRINA DEL CONTROL DE CONVENCIONALIDAD. No son siempre pacíficas las conexiones entre una Constitución nacional y la doctrina del “control de convencionalidad”, en particular en su versión exigida por la Corte Interamericana de Derechos Humanos.

Pertrechada bajo el principio de “supremacía constitucional”, la Constitución clásica pretendía ser superior a los tratados y convenciones internacionales, de tal modo que si emergía algún conflicto entre estos y aquella, primaba la Constitución. El panorama cambia sustancialmente al declinar el siglo xx, dándose ciertas variables diferentes:

a) Por un lado, algunas Constituciones, como las de Guatemala y Venezuela, explicitan que los tratados internacionales sobre derechos humanos prevalecen sobre el derecho interno (incluyéndose en tal situación a la Constitución), aunque siempre se aplica la cláusula más favorable a la persona, sea constitucional o convencional.

b) Otras Constituciones, como la de Argentina (según su reforma de 1994), confieren rango constitucional a algunas convenciones, como el Pacto de San José de Costa Rica, con lo que parte del conflicto queda disminuido. No todo el problema desaparece, sin embargo, ya que la doctrina del control de convencionalidad parte del supuesto de que la convención sobre derechos humanos prevalece sobre la Constitución, que no debe efectivizarse en cuanto se oponga a esa Convención (salvo que sea más favorable para la persona).

c) Un grupo de Constituciones siguen el esquema tradicional: se afirma el principio de supremacía constitucional y se otorga a las convenciones internacionales, según los casos, rango igual o superior al de las leyes, pero bajo la Constitución.

En el caso que denominamos *Gelman 2*, del 20 de marzo de 2013, la Corte Interamericana de Derechos Humanos explica que si un Estado ha ratificado soberana y constitucionalmente la Convención Americana sobre Derechos Humanos (Pacto de San José de Costa Rica), tal decisión implica incorporar al derecho interno aquel tratado, reconociendo la competencia de sus órganos de control (como la Corte Interamericana), por lo que el control de convencionalidad demandado por esta pasa a perfilarse como una obligación de los Estados, tanto en la emisión como en la aplicación de normas. Más todavía: por lo dicho, el control de constitucionalidad que hacen los jueces nacionales implica necesariamente un control de convencionalidad, ejercidos de forma complementaria (párrafos 87 y 88).

II. LOS ROLES DEL CONTROL DE CONVENCIONALIDAD, RESPECTO DE LAS CONSTITUCIONES. Conviene recordar que el control de convencionalidad cumple distintos papeles. Uno, *represivo*, exige inaplicar las reglas constitucionales opuestas a la Convención Americana sobre Derechos Humanos (en verdad, respecto de cualquier otra convención análoga) y a la doctrina de la Corte Interamericana vertida sobre aquella convención. Otro, *constructivo*, procura rescatar las cláusulas constitucionales que parecen opuestas a la Convención y a aquella jurisprudencia. Para ello, recurre a varias técnicas: una, de *selección de interpretaciones* (si una norma constitucional admite varias exégesis, se preferirán las compatibles con la Convención y la doctrina de la Corte Interamericana), y otra, de *construcción de interpretaciones* (mediante interpretaciones mutativas por adición, sustracción o mixtas) respecto de las reglas constitucionales, para tornarlas compatibles con las referidas Convención y doctrina de la Corte Interamericana. Nos remitimos a la voz “control constructivo (positivo) de convencionalidad”, en este mismo tomo.

III. UNA EJEMPLIFICACIÓN CONCRETA. EL CASO ARGENTINO. Interesa proyectar lo dicho a una situación puntual, como es la Constitución federal argentina.

a) *Rol represivo*. El art. 55 de la Constitución demanda, para ser senador, presidente de la nación, vicepresidente y juez de la Corte Suprema, un ingreso anual de dos mil pesos fuertes, o renta equivalente. Ello, actualizado (el texto es de 1853), equivaldría a varios miles de dólares mensuales. Naturalmente, esa exigencia es absolutamente incompatible con el art. 23 del Pacto de San José de Costa Rica, por lesionar el principio de igualdad en general, y las regulaciones electorales que admite dicho artículo. No cabría otra alternativa que descartar tal recaudo, por inconvencional.

b) *Rol constructivo*. *Selección de interpretaciones*. El art. 14 de la Constitución confiere a todos los habitantes el derecho de “publicar sus ideas por la prensa sin censura previa”. La cláusula admite una interpretación restrictiva, arcaica, congelada en 1853, que limita el concepto de “ideas” solamente a ellas en sentido muy preciso, sin incluir imágenes o informaciones, por ejemplo. Además, la “prensa” aludida, si la interpretación es retrógrada o puramente originalista, ceñida al momento histórico donde se redactó el precepto, comprendería exclusivamente a la prensa escrita. Otra interpretación, en cambio, evolutiva

y amplia, incluiría en la voz “ideas” también a imágenes, programas humorísticos, novelas, trabajos de ciencia ficción, informaciones de cualquier tipo, etcétera, y abarcaría bajo el término “prensa” también a la oral y audiovisual. A todas luces, cabe adoptar esta segunda exégesis, que es la compatible, *v. gr.*, con la doctrina de la Corte Interamericana en *Herrera Ulloa*.

c) *Construcción de interpretaciones. Interpretación mutativa por adición.* El art. 75, inciso 17, de la Constitución argentina reconoce a los pueblos originarios ciertos derechos, entre ellos, al de la propiedad comunitaria de las tierras “que tradicionalmente poseen”. La Corte Interamericana, sin embargo, ha sido más amplia, reconociendo a tales grupos derechos a la devolución de las tierras que les fueron sustraídas, poseídas ahora por terceros (caso *Yakye Axa vs. Paraguay*). También ha señalado que la posesión no es un requisito que condicione la existencia del derecho a la recuperación de las tierras indígenas (caso *Comunidad Sawhoyamaya vs. Paraguay*). En resumen, el operador nacional tendrá que leer la referida norma constitucional con un sentido más indulgente que el previsto por el texto constitucional, comprensivo de las situaciones atendidas por la Corte Interamericana.

d) *Interpretación mutativa por sustracción.* El art. 75, inciso 21, de la Constitución enuncia como facultad del Congreso “conceder amnistías generales”, y el art. 99, inciso 5, respecto del Poder Ejecutivo, “indultar o conmutar las penas por delitos sujetos a la jurisdicción federal”. Estas reglas, no obstante, deben restringirse en el sentido de que no pueden comprender delitos de lesa humanidad, de acuerdo con la jurisprudencia de la Corte Interamericana señalada en varios casos, entre ellos *Vélásquez Rodríguez*, *Loayza Tamayo*, *Barrios Altos*, *Almonacid Arellano*, etcétera.

e) *Interpretación mutativa mixta, por sustracción-adición (sustitutiva).* El art. 115 de la Constitución, con referencia a los fallos del Tribunal de Enjuiciamiento de jueces federales inferiores a la Corte Suprema, determina que sus veredictos serán “irrecurribles”. Dicho órgano es de tipo político. En el caso “Brussa” se planteó la incompatibilidad de dicha regla constitucional con el art. 25 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos, que autoriza un trámite ante autoridad judicial (llamado comúnmente “amparo interamericano”) para discutir actos que violen los derechos fundamentales reconocidos por la Convención, la Constitución o la ley. La Corte Suprema de Justicia, para evitar la declaración de inconventionalidad del referido art. 115, realizó por un lado una operación reductora (limitó la irrecurribilidad a la esfera administrativa o política, del fallo del jurado de enjuiciamiento) y, por otro, una ampliatoria, al permitir una vía judicial (en el caso, el recurso extraordinario federal ante la misma Corte), para discutir la sentencia destitutoria adoptada por el jurado.

IV. CONCLUSIÓN. LA CONSTITUCIÓN “CONVENCIONALIZADA”. En síntesis, la doctrina del control de convencionalidad produce una metamorfosis en el concepto mismo de la anterior noción de Constitución nacional, que pasa a ser una Constitución “convencionalizada”.

La *Constitución convencionalizada* es la Constitución nacional, pero armonizada, conformada, reciclada, mediante operativos de inaplicabilidad de alguna de sus cláusulas, de selección de interpretaciones, o de construcción de interpretaciones (mutativas por adición, sustracción o mixtas), a fin de adecuarla al nuevo estado de cosas. Es un texto fluido, en el sentido de que experimenta

transformaciones en la medida en que despliega el derecho convencional de los derechos humanos, y la jurisprudencia de la Corte Interamericana. Y es el instrumento para efectivizar el control de constitucionalidad respecto del derecho interno, con más, el control de convencionalidad.

Néstor Pedro Sagüés

165. CONSTITUCIÓN DE 1814 (APATZINGÁN)

Desde el inicio de la insurrección armada en 1810, esta contó con el respaldo de juristas que comprendieron la necesidad de dotarla con un fundamento jurídico que le permitiera definir sus objetivos y fijarlos en principios que la orientaran y se tradujeran en instituciones que permitirían dar una estructura permanente y viable a la nueva sociedad que se pretendía construir, situación que se fue definiendo conforme el movimiento se consolidaba (véase *Antecedentes históricos y Constituciones Políticas de los Estados Unidos Mexicanos*, 2009).

En palabras de Manuel Ferrer, otra “importante peculiaridad, perceptible ya desde que se inició la revuelta de Hidalgo, es la fe en el constitucionalismo y en el régimen parlamentario como instrumentos para elevar el derecho sobre el poder, instaurar el Estado y prevenir el abuso de autoridad: baste recordar las propuestas de aquel caudillo, que abogaba por la convocatoria de un congreso; los esfuerzos de Ignacio López Rayón para dotar al país de una Constitución política; el anuncio del Congreso de Chilpancingo en 1813, o el Decreto Constitucional de Apatzingán de 1814” (Ferrer, Manuel, *La formación de un Estado nacional en México*).

De hecho, resulta paradójico del parlamentarismo antes mencionado, lo establecido en los arts. 44 y 103, de los cuales claramente se puede advertir la supremacía del órgano legislativo respecto del Ejecutivo y el Judicial, al punto de que se establece que permanecerá el cuerpo representativo de la soberanía del pueblo con el nombre de Supremo Congreso Mexicano, creándose —“además”— dos corporaciones: el Supremo Gobierno y el Supremo Tribunal de Justicia, señalándose que será facultad del Supremo Congreso elegir los individuos del Supremo Gobierno, los del Supremo Tribunal de Justicia y los secretarios de estas corporaciones.

Es por ello que en 1811 el licenciado Ignacio López Rayón, jefe del movimiento, una vez muertos Hidalgo y sus jefes militares, integró la Junta Suprema Nacional Americana en Zitácuaro, a la que siguió, también por las circunstancias de la guerra, el Supremo Congreso Nacional de América (o de Anáhuac) en septiembre de 1813 en Chilpancingo, bajo el mando de José María Morelos y Pavón. Este Congreso suscribió el 6 de noviembre de ese año un Acta de Declaración de la Independencia de la América Septentrional (acta de independencia previa a la suscrita en 1821) y el 22 de octubre de 1814, ya instalada en Apatzingán, promulgó la primera Constitución propiamente dicha, emitida en la entonces Nueva España: el *Decreto Constitucional para la Libertad de la América Mejicana*, también conocida como Constitución de Apatzingán. Este documento tendría como constituyentes a personajes como José María Liceaga, José María Morelos y José María Cos, entre otros.

Es por ello que, más allá de la vigencia real o no de la Constitución de Apatzingán, sobre lo cual se discute vivamente, el *Decreto Constitucional para la Libertad de la América Mejicana* debe considerarse un documento constitucional de nuestra historia debido a que fue expresión de los anhelos consti-

tucionales de los insurgentes. Así, Manuel Ferrer, parafraseando a González Oropeza, señala que “la elaboración de una Constitución fue identificada con el nacimiento del Estado mexicano y se deseaba tanto una Constitución como la consolidación de nuestro Estado nación”. No por nada, en su preámbulo se afirmaba como una finalidad fundamental el “substituir al despotismo de la Monarquía de España [por] un sistema de administración que reintegrando a la nación misma en el goce de sus augustos imprescriptibles derechos, la conduzca a la gloria de la independencia, y afiance sólidamente la prosperidad de los ciudadanos”.

Aunado a lo anterior, en dicho documento se encuentran ya principios identificables como permanentes y característicos del constitucionalismo en nuestro país, tales como la independencia, las libertades y derechos individuales, el gobierno republicano y la soberanía (popular o nacional), presentes aun variando el tipo de Estado, federal o unitario y viceversa, y la orientación político-económica prevaleciente en el momento histórico correspondiente.

En la Constitución de Apatzingán, la cual consta de dos apartados y 242 artículos, se encuentran ya principios identificables como permanentes y característicos del constitucionalismo en nuestro país, siendo sus características principales las siguientes: *a)* intolerancia a otras religiones (art. 1o.); *b)* forma de Estado republicano y colegiado, estableciéndose un Ejecutivo pluripersonal (art. 132); *c)* sistema de organización estatal unitario (art. 43); *d)* forma de gobierno parlamentario (arts. 44 y 103); *e)* soberanía con residencia originaria en el pueblo y cuyo ejercicio recaía en representantes de la nación (art. 5o.); *f)* principio de igualdad en materia de ciudadanía, señalando que se reputarían ciudadanos de la América mejicana a todos los nacidos en ella (art. 13); *g)* indefinición del territorio de la América mejicana (art. 42), y *h)* reconocimiento a determinados derechos que se constituían en el objeto de la institución de los gobiernos y el único fin de las asociaciones políticas, tales como la felicidad del pueblo, la igualdad, la seguridad, la propiedad y la libertad (art. 24).

No obstante, el *Decreto Constitucional para la Libertad de la América Mejicana* no pudo cristalizar la constitución de un Estado nación, debido a que —afirma Virginia Guedea— “el establecimiento del Supremo Congreso no resolvió totalmente los conflictos surgidos desde hacía tiempo entre los principales dirigentes de la insurgencia y tampoco logró coordinar del todo a los diversos grupos insurrectos, todo lo cual afectaría gravemente a la insurgencia”. Es por tal motivo que en la historia constitucional de nuestro país debe hablarse de una segunda etapa de vigencia de la Constitución de Cádiz de 1812, misma que corrió de 1820 a 1824.

Por lo que hace a instituciones o mecanismos que pudieran hoy catalogarse como procesos o garantías constitucionales, quizá podría citarse —guardando las debidas proporciones— el mecanismo establecido en el art. 107 como una institución similar a la controversia constitucional contemporánea, toda vez que se le otorgaba al Supremo Congreso resolver las dudas de hecho y de derecho que se ofrecieran en orden a las facultades de las supremas corporaciones, es decir, resolver los conflictos competenciales entre el Supremo Gobierno y el Supremo Tribunal de Justicia.

Francisco Vázquez Gómez Bisogno

166. CONSTITUCIÓN FEDERAL DE 1824

Precedida por el “Acta Constitutiva de la Federación”, del 1o. de abril al 3 de octubre de 1824 el Congreso discutió el proyecto de norma fundamental, que publicó el cuarto día del mismo mes, con la denominación de “Constitución Federal de los Estados Unidos Mexicanos”, que no fue simple copia de los patrones que le sirvieron de modelo, sino que en su articulado se percibe un esfuerzo por acoplar el funcionamiento de ciertas instituciones a la realidad de la época, de manera que se advierte una combinación de procesos y procedimientos para la tutela de las normas constitucionales que fueron adoptadas sin una clara comprensión de su alcance.

En este orden fundamental nace el precedente de la jurisdicción del amparo federal a través del art. 123. También esta Constitución crea el precedente de la jurisdicción del amparo local, por medio del art. 160. En conjunto, ambos preceptos instituyen una doble jurisdicción, sustento del federalismo judicial. Asimismo, ella instaura el precedente del control de constitucionalidad y legalidad, de conformidad con el art. 137, frac. V, inciso 6. Además, contiene en los arts. 137, frac. I, y 38, un par de garantías constitucionales objeto de estudio del actual derecho procesal constitucional mexicano. Inclusive el nombre oficial de tal ley suprema verifica que el calificativo “federal” ha sido la estructura adoptada (con excepción del periodo de centralismo) por nuestra nación hasta la actualidad.

La tradición jurídica la ha considerado como la primera Constitución mexicana, la cual estuvo vigente hasta 1836, año en que se expidieron las “Siete Leyes Constitucionales” de corte centralista. En tal virtud, el Congreso Constituyente expresó en el preámbulo de ese documento fundacional que este se expedía para fijar la independencia política, establecer y afirmar la libertad, y promover la prosperidad y la gloria de la nación mexicana; y en el singular marco histórico de un país recién emancipado que daba los primeros pasos en el camino de su organización jurídica, y con la esperanza de un pueblo que había derramado sangre, en once años de insurgencia El referido Congreso Constituyente dio término a sus labores el 4 de octubre, fecha memorable en la que envió al Poder Ejecutivo, ya debidamente aprobada, la primera Constitución que tuvo vigencia.

En esta misma Constitución Federal, y debido a la influencia del orden jurídico norteamericano, se consagraron dos de los instrumentos que se desarrollaron con posterioridad para resolver los conflictos de carácter constitucional. En primer término las llamadas “controversias constitucionales”, inspiradas en el art. III, sección 2, de la ley fundamental norteamericana, ya que en el art. 137, frac. I, del orden fundamental de 1824, que se refiere a las atribuciones de la Corte Suprema de Justicia, se dispuso, en su parte conducente: “Conocer de las diferencias que puede haber de uno a otro estado de la Federación siempre que las reduzca a un juicio verdaderamente contencioso en que deba recaer formal sentencia y de las que se susciten entre un estado y uno o más vecinos de otro”.

También en dicha Constitución Federal se introdujo la garantía del “juicio político de los altos funcionarios de la Federación y de los estados”, con algunos matices, especialmente en cuanto al enjuiciamiento de los magistrados de la Suprema Corte de Justicia. En efecto, el art. 38 estableció las reglas del citado juicio político, que encomendó a cualquiera de las dos cámaras del

Congreso General, en calidad de gran jurado. Aunque no existía una estricta separación entre la responsabilidad política y la imputación penal, pero se tomaba del modelo estadounidense la necesidad de seguir un procedimiento previo ante una de las cámaras del Congreso de la Unión, pero se apartaba del propio modelo en cuanto el proceso criminal no se seguía ante los tribunales ordinarios, sino ante la Suprema Corte de Justicia, con excepción del enjuiciamiento especial de los magistrados de la propia Corte, lo que influyó de cierta manera en el sistema del juicio político y penal de los funcionarios en la Constitución Federal de 1857.

A pesar de que no existe en la Constitución de 1824, a la cual está incorporada el Acta Constitutiva, precedente del juicio de amparo, esto es, no hay más que aquel artículo del Acta en el cual se dice que los derechos del hombre y del ciudadano serán protegidos por leyes sabias y justas; no obstante, dicha norma suprema sí previó una institución común a todas las ramas de enjuiciamiento del derecho procesal o una categoría procesal: la *jurisdicción*. Justamente en la última parte del inciso sexto de la frac. V del art. 137, que al mismo tiempo sobre el particular se inspiraba en la Constitución Federal de los Estados Unidos de 1787, se descubre una facultad con la que se investió a la Suprema Corte de Justicia para “conocer de las infracciones de la Constitución y leyes generales, según se prevenga por la ley”, atribución que, podría suponerse, pudiera implicar un verdadero control de constitucionalidad y de legalidad, según el caso, ejercitado por dicho cuerpo jurisdiccional. Lo anterior constituye un precedente legislativo de la categoría procesal de la *jurisdicción* tanto para las controversias constitucionales como para el juicio de amparo, puesto que al encomendarse al más alto órgano jurisdiccional del país las violaciones constitucionales, se tutelaba la configuración del poder y se salvaguardaban los derechos fundamentales estatuidos por la propia Constitución; pero dicho precepto no llegó a reglamentarse y por lo mismo no tuvo aplicación, no obstante algún intento que se hizo para que la propia Corte conociera de dichas cuestiones. Lo cierto es que predominó la influencia hispánica, ya que el Congreso de la Unión, con apoyo en la facultad exclusiva que le otorgó el art. 165 de la citada Constitución Federal para resolver las dudas sobre el alcance de los preceptos constitucionales, anuló varias leyes expedidas por los órganos legislativos de las entidades federativas, por considerarlas contrarias a la propia Constitución Federal.

Más aún, con base en el art. 137 de la Constitución Federal de 1824 se crea también el precedente de la *jurisdicción* del amparo local, ello debido a la existencia de instituciones duales en la impartición de la justicia. Precisamente, en México, la doble jurisdicción federal y local fue implantada desde los arts. 123 y 160. El primero dispuso: “El Poder Judicial de la Federación residirá en una Corte Suprema de Justicia, en los tribunales de circuito, y en los juzgados de distrito”. El último previó: “El Poder Judicial de cada estado se ejercerá por los tribunales que establezca o designe la Constitución; todas las causas civiles o criminales que pertenezcan al conocimiento de estos tribunales serán fenecidas en ellos hasta su última instancia y ejecución de la última sentencia”. Estas normas supremas instituyeron el dogma del federalismo judicial, el que con motivo del reconocimiento contencioso que el Estado mexicano ha hecho de la Corte Interamericana de Derechos Humanos, amplía su horizonte de la adecuada relación entre los tribunales

federales y locales a la adecuada relación entre estos y la jurisdicción internacional.

No es ocioso mencionar que la Constitución de 1824 adoptó la forma federal, y su evolución histórica puede describirse, en su etapa originaria, a partir de esta norma fundamental. Ciertamente, la referida evolución se circunscribe en las distinciones siguientes: 1) se establece un sistema federal basado en “estados” y “territorios” de la Federación; 2) no se instaure una fórmula de distribución de competencias específica; 3) se establece el bicammarismo, con una Cámara de Diputados y una de Senadores; 4) se define por el Congreso general, la residencia de los poderes federales, establecida en un distrito en el cual el propio Congreso ejercería las atribuciones del Poder Legislativo de un estado; 5) se previó un presidente de los Estados Unidos Mexicanos, como titular del Poder Ejecutivo Federal; 6) se creó un Poder Judicial de la Federación, organizado en una Corte Suprema de Justicia, tribunales de circuito y juzgados de distrito, y 7) se instauró un Poder Judicial de cada estado, estructurado con los tribunales que establezca o designe la Constitución respectiva.

Conviene mencionar que el acceso a la justicia fue un derecho contenido en el art. 18 del Acta Constitutiva de la Federación Mexicana del 31 de enero de 1824, que disponía: “Todo hombre que habite el territorio de la Federación tiene derecho a que se le administre pronta, completa e imparcialmente justicia”. Sin embargo, a pesar de su estrecha relación con la norma fundamental de 1824, esta lo omitió, y no fue sino hasta el art. 17 de la Constitución de 1857 cuando se estableció este derecho de carácter programático, que viene a constituir la categoría procesal de la *acción* de los procesos y procedimientos para la defensa de la Constitución.

Juan Rivera Hernández

167. CONSTITUCIÓN FLEXIBLE/RÍGIDA

Sobre la base de la superioridad de la Constitución con respecto a las otras fuentes, son “rígidas” las Constituciones para cuya modificación se requiere un procedimiento agravado (en el tiempo, en los quórum, con la participación de órganos *ad hoc* o mecanismos como el referéndum, etcétera) con respecto a la tramitación normal prevista para las leyes ordinarias (procedimiento suficiente, en cambio, para la modificación de las Constituciones flexibles), al efecto de ofrecer una mayor garantía y defensa de la propia Constitución y de los valores y principios en ella contenidos. La mayor parte de las Constituciones actuales son rígidas, con algunas excepciones (la Constitución del Reino Unido es un caso típico de Constitución flexible), mientras que flexibles eran por ejemplo las Constituciones liberales decimonónicas.

Giorgia Pavani
(traducción de Mayte Salvador Crespo)

168. CONSTITUCIÓN HISTÓRICA

Las visiones historicistas de la Constitución ponen el énfasis en el sedimento que el paso del tiempo y las circunstancias del comportamiento humano van imprimiendo en las instituciones, principios, valores y regulaciones fundamentales de una sociedad política y jurídicamente organizada. Interpretaciones y adherencias excesivas del y al concepto han generado ideas no exentas de falacia, como las que colocan a la historia en calidad de potestad constituyente,

si bien no cabe duda de que un sano acercamiento con perspectiva histórica al concepto de Constitución permite interpretaciones realistas y sólidamente fundadas.

A decir de Maurizio Fioravanti, las libertades han podido ser fundamentadas historicistamente merced a los análisis que hacen depender de la historia la configuración procesal del goce efectivo de los derechos. Así, en la tradición anglosajona, el *Rule of Law* hace referencia a prerrogativas de carácter fundamental e indisponible que dan lugar, al paso de los siglos, a sociedades que se oponen radicalmente al desconocimiento de las tradiciones que han hecho de sus miembros seres libres e iguales. Existe en la concepción de “Constitución histórica”, pues, una animadversión muy marcada hacia soluciones voluntaristas que puedan poner en entredicho tradiciones y costumbres que se han conquistado con los siglos, entre ellas principalmente, acaso en razón de una superlativa influencia de la Carta Magna (1215), las que componen el proceso debido. Detrás de la discusión del *No taxation without representation* de los colonos angloamericanos en la Revolución de Independencia de las Trece Colonias podemos hallar un ejemplo muy claro de reivindicación de derechos fundamentales que la categoría de *Englishmen* les concedía desde tiempos, si no inmemoriales, ciertamente muy lejanos.

Las tradiciones continentales, con ser también bajomedievales, se fundan por contraste en un *ordo iuris* indisponible y dado, integrado por un conjunto de leyes fundamentales preconfigurado que, sin embargo, requiere de la labor cotidiana del jurista para adaptarse a las cambiantes condiciones del medio social. Esta suerte de *Ius Commune*, que no debe confundirse con el *Common Law* anglosajón, entrará en conflicto al momento de las revoluciones atlánticas con la dogmática jurídica del racionalismo que pretendió expresarse ante todo en Constituciones escritas, emanadas de la voluntad de un todopoderoso Poder Constituyente, y en códigos derivados de la voluntad de un legislador no solo imbatible sino imposible de criticar, con soberana capacidad de disposición sobre un *Ordo iuris* en acelerado trance de abandono respecto de su calidad de “ordenamiento”. De ahí que Edmund Burke expresara su célebre crítica a la pretensión de la Francia revolucionaria en el sentido de expedir Constituciones como si de la cocción de un *pudding* se tratara.

Y es que, en efecto, la Francia posterior a 1789 manifestará una enemiga antihistoricista que, con la sustitución de la labor jurisprudencial del *Ius Commune* por la legislativa propia de un “Estado de derecho” que los alemanes sistematizarán, no sin vacilaciones como las de la Escuela Histórica del Ochocientos, como *Rechtsstaat*, vendrá a robustecer el carácter individualista y estatalista de la fundamentación teórica de las libertades en la Europa de la restauración, para la cual “Constitución histórica”, en el más aventurado de los casos, resultaría ser poco más que el rescoldo cultural y tradicional de una Constitución-ley expedida por la nación reunida en Parlamento.

En Iberoamérica, las concepciones históricas del fenómeno constitucional se hallarán marcadas por las Cortes Constituyentes de la Monarquía española reunidas en Cádiz entre 1810 y 1813 (con una extensión ordinaria hasta 1814), en las que la mayoría peninsular apeló a una “Constitución histórica de España” que, en concepto de Martínez Marina, habría contenido a las libertades visigóticas manifestadas, ante todo, en los ámbitos municipales, y desconocidas en forma definitiva al advenimiento del absolutismo austracista

de la mano de Carlos V (derrota de las Comunidades en Villalar, 1519). Los insurgentes americanos, tanto como los diputados de los reinos y provincias de ultramar que se desempeñaron en Cádiz, basarán sus alegatos independentistas en argumentaciones constitucionales historicistas (como las de Servando Teresa de Mier en el libro XIV de su *Historia de la revolución de Nueva España antiguamente Anáhuac*, publicada en Londres en 1813). Pretendiendo que sus naciones recuperaban las soberanías prehispánicas perdidas en razón de la acefalía de la Monarquía causada por el cautiverio de Fernando VII se darán, sin embargo, a la tarea de expedir Constituciones escritas de signo racionalista y voluntarista, alejadas en ocasiones casi totalmente de las realidades históricas de sus pueblos. Algo muy semejante a lo que, para la península, obtuvieron los diputados constituyentes en 1812: pretexto historicista, Constitución como acto legislativo, constitucionalidad prácticamente incontrolable.

Y es que una de las principales características del modelo histórico de Constitución radica en la importancia que se concede al aparato judicial, desarrollado en Inglaterra casi sin solución de continuidad desde la baja Edad Media y que en los Estados Unidos dio lugar a la célebre *judicial review* apenas alboreaba el siglo XIX, con un acento muy perceptible en las interpretaciones originalistas de la Constitución, esto es, en la búsqueda de lo que los *founding fathers* de Filadelfia quisieron realmente establecer. En los países de tradición continental, en cambio, la voluntarista adscripción de poderes legislativos no justiciables a la nación, al pueblo o a la voluntad general trajo consigo un recelo bastante marcado hacia los jueces y la imposibilidad de establecer tribunales de constitucionalidad auténticamente operativos hasta bien entrado el siglo XX.

Rafael Estrada Michel

169. CONSTITUCIÓN LOCAL

La locución es utilizada en los países definidos por la forma federativa en el continente con sistemas legales diferenciados, basados en un doble nivel constitucional, siguiendo la influencia de los Estados Unidos de América, siendo ellos Argentina, Brasil, México y Venezuela, aunque en este último la organización de los poderes públicos locales, municipios y la administración de bienes es regulado por la Constitución de la República.

Las cuatro naciones erigidas bajo la forma federal de Estado en Latinoamérica tienen como característica la existencia de una división política y administrativa en estados, provincias, distrito federal y municipios, cuya autonomía es reconocida mediante un sistema representativo y democrático de la organización política del país. En los mencionados países prevalece el modelo de federalismo residual o de origen a favor de los estados miembros, por medio del cual sus autoridades conservan las facultades que no estén expresamente delegadas a las autoridades federales, de manera tal que se organizan y rigen por Constituciones propias que, si bien se expiden sin intervención de ningún poder de la Federación, no pueden ser contrarias a la Constitución federal.

A diferencia de América Latina, el federalismo norteamericano se crea al concurrir las soberanías originarias de los estados miembros, suficientemente autónomos para determinar su gobierno y administración, por lo que el constitucionalismo revela peculiaridades propias de su régimen federal para la distribución del poder político, y las cincuenta Constituciones locales en

los Estados Unidos reconocen la división tripartita de poderes, regulan un sistema electoral, proveen un catálogo de derechos y organizan una legislatura bicameral (G. Alan Tarr, 2009).

En Argentina, las provincias crean sus propias instituciones locales a través del acto de expedir autónomamente las Constituciones bajo el sistema representativo y republicano de acuerdo con los principios, declaraciones y garantías que establece la Constitución Nacional, señalando para ello que se debe asegurar la administración de justicia, el régimen municipal y la educación primaria (art. 5o.). En cuanto a la autonomía municipal corresponde, se impone el deber a cada provincia de que su Constitución reglamente su alcance y contenido institucional, político, administrativo, económico y financiero (art. 123).

En Brasil, los estados se organizan y rigen por las Constituciones que ellos mismos expiden, observando lo principios de la Constitución de la República Federativa y las reglas de competencia atribuidas a los estados y municipios (arts. 25 a 29).

La situación que priva en México consiste en que el pueblo mexicano decide constituirse en una República representativa, democrática, federal, compuesta por estados libres y soberanos en todo lo concerniente a su régimen interior, pero unidos en una Federación establecida según los principios constitucionales; las Constituciones particulares de los estados en ningún caso podrán contravenir las estipulaciones del pacto federal (arts. 40 y 41).

Atendiendo a lo que literalmente disponen las cartas constitucionales de los cuatro países, se percibe que los estados o provincias gozan de amplias facultades, aunque ello se minimiza en el debate acerca del carácter nominalista del federalismo, pues la realidad latinoamericana demuestra un alto nivel de centralización del poder en torno de las competencias constitucionales atribuidas al gobierno federal.

De entre las características que sobresalen en los estados o provincias, es que sus Constituciones deben respetar el sistema representativo republicano y democrático; estar de acuerdo con los principios y declaraciones fundamentales de la Constitución federal; adoptar las bases mínimas sobre la organización de los poderes y del municipio, así como acogerse a la protección de la garantía federal para repeler, en caso necesario, invasiones externas o sublevaciones internas.

En cuanto al fenómeno constitucional estatal en México, con un universo de 31 cartas políticas estatales y un Estatuto del Distrito Federal, la reformabilidad y el reemplazo han sido una constante, por lo que Diego Valadés dice que “la positividad de las Constituciones estatales ha provocado que exista un alejamiento de la sociedad civil a las normas que ellas regulan [y] sobre todo cuando esas modificaciones responden a políticas gubernamentales o a intereses de grupos de relevancia política, religiosa o empresarial”, por lo cual considera al orden local como derivado del marco constitucional general y lo denomina “constitucionalismo reflejo” (Valadés, Diego, *Constitución y política*).

Teniendo en cuenta la forma en que se concreta el federalismo en la extensa división geográfica de las entidades federativas mexicanas, así como los patrones culturales propios de las regiones, en la actualidad la tendencia del constitucionalismo es su creciente normatividad, al adicionarse catálogos de derechos ciudadanos y medios para su control y defensa de la supremacía

constitucional ante órganos judiciales o administrativos, lo cual ha venido convirtiéndose gradualmente a las Constituciones locales en ordenamientos políticos fundamentales que organizan el gobierno y aseguran un sistema de libertades y el respeto a la dignidad humana de la población.

Elisur Arteaga Nava, al argumentar que una Constitución es un complejo normativo cuya normatividad es de jerarquía superior, permanente, escrita, general y reformable, sostiene que debido al principio de generalidad de la Constitución federal, cualquier modificación obliga a los estados a adecuar sus Constituciones en forma perentoria.

Una nota relevante es que sus normas son reglamentarias de la carta magna, ya que desarrollan sus preceptos; sin embargo, es criticable que algunas reproduzcan los artículos de la Constitución federal, aunque en muchos casos los constituyentes locales suelen abundar a detalle en catálogos de derechos a favor de las personas, imponiendo obligaciones al poder público. Conforme el derecho constitucional correlativo de las entidades federativas, es de sostenerse que las Constituciones locales son de naturaleza complementaria de la carta magna.

Finalmente, poseen los elementos esenciales de toda Constitución: ser la norma suprema del ente político; respetar los parámetros del orden político y jurídico establecidos en la Constitución federal y servir como un cauce de libertades para la gobernabilidad democrática, expresando la escala de valores fundamentales que impera en una comunidad política para su reconocimiento y desarrollo. Este cuerpo de normas prevalece sobre cualquier otro legal o secundario, los cuales están sujetos a ella. Debe subordinación únicamente a dos categorías: a la Constitución federal y al Poder Constituyente.

No obstante que la subordinación se traduce en la potestad de actuar dentro de los límites explícitos e implícitos que una entidad federativa debe respetar, puede constatarse que las Constituciones locales son verdaderos textos fundamentales porque organizan la vida política de los estados y juegan un papel preponderante en un régimen federal de gobierno.

José Miguel Madero Estrada

170. CONSTITUCIÓN LOCAL (SUPREMACÍA DE LA)

Principio conforme al cual, la Constitución política como ley fundamental, es la norma de mayor rango del ordenamiento jurídico, por lo tanto, las demás normas de rango inferior deben subordinarse a ella. En caso contrario, las normas serán inconstitucionales. Y siendo la ley de más alto rango, debe existir un control constitucional para que todas las demás leyes se ajusten a ella, tanto en la forma como en el fondo.

Ahora bien, si los poderes públicos y los ciudadanos no estuvieran sometidos a la Constitución, la regulación constitucional carecería de sentido, en razón de lo cual la actividad de los órganos será legítima cuanto más sea acorde con ella y se respeten los límites que impone.

Si bien la supremacía significa grado máximo en determinada jerarquía, aquello que está en la cúspide de todo un sistema, adjetivada a la rama constitucional, la idea tiene diversos significados, uno, en cuanto a que la Constitución es una norma de jerarquía superior frente a las demás que componen el orden jurídico, por lo que estas no podrán contradecirla; otro, que ese con-

junto de normas son fundamentales. También se aduce que no es suficiente que en sí misma la ley fundamental sea suprema, sino que va a requerirse que provenga de un órgano popular soberano, que sea promulgada por medio de un texto escrito y que su aplicación, vigencia y eficacia normativa sea garantizada por instrumentos de legalidad y constitucionalidad sobre las leyes o actos que de ella emanan, siendo invalidados o expulsados aquellos que se contrapongan.

Así, dentro de la estructura del diseño institucional local, suele reconocerse el principio de supremacía constitucional por lo que ve a exclusivamente al ámbito de aplicación de su régimen interno, siendo el fundamento de la unidad de este y fuente de creación de todo el sistema jurídico y de los órganos públicos estatales o provinciales.

Por lo que ve al régimen federativo mexicano, la calidad de suprema deriva de los artículos 40 y 41 de la Constitución general, donde se enfatiza que lo será solo en el orden jurídico interno de la entidad federativa, pues las leyes que expida la legislatura local son emanación del gobierno instituido y limitado por la propia Constitución y, por lo tanto, cualquier ordenamiento estará subordinado a ella, con lo que la supremacía representa el punto más elevado de jerarquía en el sistema normativo local.

En algunas entidades federativas mexicanas, como Veracruz, Colima y Nayarit, se ha dedicado un artículo de sus textos constitucionales para establecer que, en cuanto a su régimen interior corresponde, su Constitución es la ley suprema.

Inclusive, en el estado de Nayarit, corresponde al Poder Judicial garantizar la supremacía constitucional, hacer su debida interpretación, así como proteger los derechos fundamentales que ella consagra (art. 82), a través de una Sala Constitucional-Electoral la cual tendrá competencia para conocer controversias constitucionales; acciones de inconstitucionalidad; acciones de inconstitucionalidad por omisión; cuestiones de inconstitucionalidad; el juicio de protección de derechos fundamentales, y de los conflictos por límites territoriales entre dos o más municipios del estado, así como resolver la no aplicación de leyes en materia electoral contrarias a la Constitución (art. 91).

Es a partir del año 2000, en que el constitucionalismo local en la República mexicana favorece en más de veinte estados del país el principio de supremacía y su defensa ante los tribunales locales; aparece un reconocimiento a la fuerza normativa de la Constitución con carácter vinculante y obligatorio de sus disposiciones, luego de incluirse nuevos catálogos de derechos fundamentales y los respectivos instrumentos de control constitucional.

Ahora bien, en atención a la idea de optimizar los derechos humanos, el principio de supremacía constitucional mantiene una evolución más dinámica por la influencia que ha venido ejerciendo el derecho internacional de los tratados en materia de derechos humanos, cuyas modificaciones nacionales han impactado al orden constitucional interno, de tal suerte que el ámbito internacional deja de ser un mero espectro abstracto e ideal, para convertirse en verdadero derecho aplicable y exigible.

En ese sentido, los tratados internacionales de derechos humanos se han incorporado no solo como elementos normativos de aplicación supletoria en el derecho nacional, sino también se entretienen con el ordenamiento cons-

titucional de manera que son una extensión concordante a la misma Constitución con el mismo rango, lo que ha permitido que a la inclusión de los derechos humanos se le denomine bloque de constitucionalidad.

La expansión de los tratados no significa un debilitamiento del constitucionalismo local, toda vez que ello es producto del reconocimiento internacional de los derechos humanos, como un elemento básico de una sociedad democrática con valores universales cimentados en la dignidad de la persona. De ahí que la estructura piramidal clásica expuesta por Kelsen se ha ensanchado ahora desde la cúspide para integrar como normas supremas no solo a los contenidos de las Constituciones, sino a otros tipos normativos como son los tratados internacionales o las leyes que protejan de manera semejante derechos fundamentales de las personas, así como las interpretaciones jurisprudenciales que realizan los tribunales supranacionales. Ello se evidencia, al momento de insertarse en las Constituciones cláusulas interpretativas conforme a los contenidos de los tratados, trayendo consigo apertura y eficacia en el respeto y vigencia de los derechos humanos, cuya lectura es armónica con el principio de supremacía.

Sin embargo, como principales características actuales de la supremacía constitucional en el ámbito estatal, podemos enunciar, cuando menos, que el Poder Constituyente es distinto de los poderes constituidos, que la forma externa de la Constitución es predominantemente escrita y rígida y que los órganos del poder se vean sujetos a mecanismos procesales de control cuando actos o normas no se ajustan a ella.

José Miguel Madero Estrada

171. CONSTITUCIÓN OTORGADA (*CHARTÉ OCTROYÉE*)

Se define *octroyée* (o *concedida*) una Constitución otorgada por el soberano como autolimitación a su poder. Se trata de una clasificación basada sobre el criterio de la naturaleza del Poder Constituyente, que en este caso no es expresión del ejercicio de soberanía popular. Ejemplos típicos de Constituciones *octroyées* son, entre otros, el Estatuto Albertino italiano de 1848, la Constitución de Bayona (España, 1808) y el Manifiesto de la Libertad de Nicholas II de Rusia en 1905.

Silvia Bagni
(traducción de Eduardo Ferrer Mac-Gregor)

172. CONSTITUCIÓN OTORGADA (ORIGEN)

Según el origen, una Constitución puede ser otorgada, impuesta, pactada o expedida como resultado de la voluntad popular soberana. Cuando no deriva de un poder constituyente, cuyo titular como se sabe es el pueblo en un régimen democrático, se está en presencia de una Constitución “otorgada”, término que tiene su origen en la voluntad misma de los detentadores del poder político.

Por tal motivo se afirma que este tipo de carta política suele ser contraria a la concepción del constitucionalismo liberal y es propia del *ancien régime*, la cual se apoya en doctrinas encaminadas a denegar radicalmente la Constitución como acto de voluntad del Constituyente, acogiendo la idea de la Constitución-acto, que corresponde tradicionalmente a un Estado monárquico donde el soberano o monarca, como titular de la soberanía, es quien unilateral-

mente la otorga (*octroyées*), por lo que la relación entre el monarca y el pueblo, que se concreta a través de la Constitución, se reduce a que este último es simplemente receptor de lo que el monarca decida otorgar y reconocer como derechos para sus súbditos.

De manera que es Constitución “otorgada” aquella que, no obstante poseer el carácter de ley suprema, se genera por una concesión que hace el depositario del poder político. Al respecto, este tipo de Constitución ha tenido lugar cuando el rey o monarca, por un acto de gracia hacia su pueblo, otorga una carta magna mediante la cual, de manera voluntaria, reconoce ciertos derechos, acota sus facultades al conceder contrapesos de poder a otras instancias —principalmente de carácter parlamentario— y con ello queda subordinado al mandato de la propia Constitución. Como un ejemplo clásico podemos citar la Carta Constitucional de Luis XVIII del 4 de junio de 1814, que, a sugerencia del ministro Talleyrand y ante el temor del surgimiento de un nuevo movimiento revolucionario, se concluyó que no era posible sostener la Monarquía sin limitar el poder real. Entonces, el monarca recurrió al subterfugio de dotar de una Constitución a sus súbditos franceses; por lo que tuvo apariencia de ser una dádiva del rey a sus gobernados.

Sin embargo, para evitar ciertas confusiones, conviene aclarar las diferencias entre “Constitución otorgada” y “Constitución impuesta”. La primera, como ya se dijo, es una concesión dada por el titular del poder político en aras de evitar movimientos enardecidos revolucionarios, pero que disminuían su ámbito de poder, generando cierta reestructuración de la organización estatal. En cambio, la segunda ha tenido lugar al generarse un nuevo Estado, o bien al perder su plena soberanía a consecuencia de una confrontación bélica y en el caso de territorios coloniales que logran adquirir su independencia. Este tipo de Constitución se caracteriza por la intervención de un Estado diferente que impone un ordenamiento constitucional, es decir, existe un procedimiento formativo de Constitución *externa*, que impone a la fuerza un ordenamiento constitucional.

Algunos ejemplos dan cierta pauta para aclarar de mejor forma esas diferencias, tal como nos ilustra el caso del Estatuto Provisional del Imperio Mexicano expedido el 10 de abril de 1865 por Maximiliano de Habsburgo, mismo que tuvo por objeto organizar su gobierno, dentro del cual se estipuló que el emperador representaba la soberanía nacional y la ejercería en todos sus ramos, garantizando a los gobernados la igualdad ante la ley, la seguridad personal, la propiedad y el ejercicio de su culto.

Lo mismo puede decirse de la Constitución japonesa de 1946, que siguió el modelo impuesto por un órgano de un Estado extranjero; igualmente, la Ley Fundamental alemana de 1949 fue condicionada por las potencias ocupantes, ya que el proyecto debe someterse a la aprobación de la jefatura de las potencias occidentales; del mismo modo, numerosas Constituciones en territorios dominados por los ingleses fueron dictadas por el Parlamento británico (Canadá, 1867; Austria, 1901; Sudáfrica, 1909), o por actos gubernativos (*orders in council*) para Estados recién independizados en diversos continentes (Nigeria, 1946; Jamaica, 1962; Bermudas, 1962; Anguila, 1967; Mauricio, 1968; Fidji, 1970, y Malta, 1964).

Así pues, a diferencia de las cartas políticas impuestas, la “Constitución otorgada”, cuya clasificación es idea de James Bryce, resulta ser producto de

un acto concesorio unilateral del órgano que detenta el poder político, sobre ciertas y cuales prerrogativas dirigidas a los gobernados, estableciendo al mismo tiempo controles al poder público, lo que si bien limita o reduce el campo de actuación estatal en favor de gobernados, son decisiones que entrañan cierta regularidad constitucional para evitar insurrecciones que den al traste con el poder político que se detenta.

José Miguel Madero Estrada

173. CONSTITUCIÓN PACTADA

Se define *pactada* una Constitución que encuentra legitimidad en el acuerdo entre el Soberano y la asamblea representante del pueblo. Se trata de una clasificación basada sobre el criterio de la naturaleza del Poder Constituyente (véase clasificaciones). La Constitución pactada representa una forma intermedia entre aquellas de origen popular y aquellas *octroyées* (véase Constitución *octroyées* (o concedida). Se consideran ejemplos de Constituciones pactadas la sueca de 1809, la francesa de 1830 y la de Prusia de 1850.

Silvia Bagni
(traducción de Eduardo Ferrer Mac-Gregor)

174. CONSTITUCIÓN PROVISIONAL

Se habla de *Constituciones provisionales* para indicar los textos constitucionales que, si bien plenamente en vigor, deben ser reemplazados en el corto plazo por las nuevas Cartas constitucionales con un contenido más profundo y completo, o después de un proceso constituyente que necesita condiciones sustanciales o de procedimiento que en la actualidad no existen. Se define provisional, por ejemplo, la Constitución de Nepal de 2007; ha sido una Constitución provisional el *Constitutional Framework* de Kosovo antes de la Constitución de 2008; era provisional la Constitución de Sudáfrica de 1993, luego sustituida por la actualmente en vigor desde 1997.

Silvia Bagni
(traducción de Eduardo Ferrer Mac-Gregor)

175. CONSTITUCIÓN VIVIENTE

Esta tesis, nacida en el derecho estadounidense, pretende destruir a las posturas *textualistas* y *originalistas*, también llamadas *preservacionistas*, que postulan un único modo de entender la Constitución: según su texto y la intención del constituyente histórico (*original intent*).

La doctrina de la Constitución viviente considera, por el contrario, que esta es un instrumento orgánico, vivo y mutante (no faltan quienes describen a esta teoría como una muestra de darwinismo social). En palabras de Charles y William Beard, “una Constitución es lo que el Gobierno y el pueblo, que gravitan en los asuntos públicos, reconocen y respetan como tal, lo que piensan que es”. La tarea de interpretación, más que reproducir fotografías históricas (como averiguar el *animus* del constituyente inicial o el sentido de las palabras al momento en que se dictó), consiste en construir respuestas jurídicas para resolver los problemas del presente, proyectando en tal quehacer las creencias y valoraciones sociales de hoy. En su tarea, el afiliado a la Constitución viviente puede emanciparse —en rigor de verdad, *debe* hacerlo— del constituyente histórico, en aras de formular respuestas útiles y con consenso.

Las palabras de la Constitución, a su vez, mutan en sus contenidos. La tesis de la Constitución viviente procura entenderlas con su significado y valoración actual. Para ello, Donald Dworkin dirá que cuando el constituyente emplea “conceptos” indeterminados, como justicia, igualdad, libertad, orden, moral pública, etc., implícitamente autoriza al operador a remozar su contenido de acuerdo con las acepciones actuales de esas palabras. En cambio, solamente si formula una “concepción” precisa cuando, por ejemplo, prohibiese la pena de muerte, estaría formulando una descripción lingüística firme.

La doctrina de la cuestión viviente se apoya en dos argumentos clave. El primero es la *teoría de las generaciones*. ¿Quién tiene derecho a interpretar la Constitución? ¿La generación que la sancionó, o la actual, que se beneficia o perjudica con su aplicación?

Naturalmente, la posición que comentamos se inclina por la segunda alternativa. Al mismo tiempo, y como otro argumento vital, indica que lo importante no es someterse al constituyente del pasado, sino al *constituyente actual*, que es el pueblo existente al momento en que se realiza la interpretación.

Desde luego, la tesis de la Constitución viviente tiene sus flancos débiles: ¿cómo se averigua cuál es el genuino pensamiento de la comunidad, para interpretar la Constitución? ¿Son los jueces buenos encuestadores sociales? ¿Qué ocurre si existen diferentes posiciones controvertidas sobre un tema trascendente, todas ellas con fuerte respaldo social? ¿Es aceptable siempre el criterio de la mayoría (en el supuesto de que sea detectable) acerca de cómo interpretarla? ¿Qué decir de las “cegueras axiológicas”, de los criterios algunas veces aberrantes, de los prejuicios o estereotipos fuertemente encarnados en una comunidad, y que hacen a su “Constitución viviente”?

Con relación a estas preguntas, en la interpretación constitucional, la doctrina de la Constitución viviente hace frecuente “recurso al dato sociológico”, a fin de detectar las creencias y valoraciones colectivas. En *Lawrence vs. Texas*, por ejemplo, la mayoría de la Corte Suprema de los Estados Unidos demuestra, a través de estadísticas legislativas, cómo la sociedad estadounidense ha abolido en muchos estados de la Unión el castigo penal por actos de sodomía practicados por adultos, en la intimidad y sin violencia, dato que evidencia un deseo generalizado por despenalizar esas conductas.

En *Zamora Bolaños* (un caso referido a la inconstitucionalidad de la incorporación de Costa Rica a la coalición antiterrorista internacional contra Sadam Hussein), la Sala Constitucional de la Corte Suprema de tal país, para conferir rango constitucional y operativo al derecho a la paz, adopta francamente la doctrina de la “Constitución viva” y apela al sentimiento actual de la sociedad costarricense para realizar una interpretación evolutiva y amplia de la regla constitucional histórica que elimina al Ejército.

Las críticas a la Constitución viviente se centran, fundamentalmente, en la excesiva imprecisión que tendría una Constitución en permanente mutación, sumamente volátil, por cierto, si se le somete a los cambiantes humores colectivos, circunstancia desde luego muy ajena a la seguridad jurídica, y que puede provocar una seria crisis de identidad acerca de lo que efectivamente es dicha ley suprema, instrumento de gobierno que se supone debe estar dotado de estabilidad.

Se suma a ello la dificultad de averiguar cuáles, y en qué medida, son los sentimientos predominantes (con el consiguiente riesgo de manipulación ideo-

lógica de los sondeos que se practiquen o de las conjeturas en que se basen). Concomitantemente, la opinión colectiva actual, para interpretar la Constitución, debe tener sus topes en las reglas del derecho internacional de los derechos humanos y en el valor justicia, que no pueden ser transgredidos por más que la mayoría quisiera hacerlo. Cabe recordar, en cuanto este último valor, a la conocida “fórmula de Radbruch” (seguida por el Tribunal Constitucional Federal alemán), según la cual, la injusticia extrema no es derecho.

Esta temática la hemos desarrollado con mayor extensión en *La interpretación judicial de la Constitución. De la constitución nacional a la constitución convencionalizada*, 2a. ed., 1a. reimp., México, Porrúa, 2017, pp. 28 y ss., 98 y ss., 251 y ss., así como en *La Constitución bajo tensión*, Querétaro, Instituto de Estudios Constitucionales del Estado de Querétaro, 2016, pp. 25 y ss.

Néstor Pedro Sagüés

176. CONSTITUCIONALISMO GLOBAL

El constitucionalismo global inicia con la internacionalización de los derechos humanos a partir del fin de la Segunda Guerra Mundial, con la firme intención de juridificar valores en los Estados miembros de la organización de las Naciones Unidas (ONU) que hagan viable la continuidad de la vida humana civilizada en el planeta. En la era moderna, al permitirse la justiciabilidad de todo tipo de normas de derechos humanos, socioeconómicos, culturales y medioambientales, las cuestiones que en el pasado eran impensables en la esfera internacional han emergido en muchos frentes normativos, políticos y académicos alrededor del mundo, de tal manera que se les puede atribuir una cualidad global, porque cuentan con autonomía normativa y científica, al tener un objeto de estudio preciso. Así, la doctrina que han desarrollado diversos autores de Europa, Asia y América, y que es objeto de estudio en diversos foros nacionales e internacionales, ha permitido que jueces, profesores y operadores constitucionales de todo el mundo se den cita para debatir temas comunes con influjo constitucional en cada región del planeta que cuente con una Constitución.

De esta suerte, el constitucionalismo global se ha edificado como un conjunto de doctrinas de derechos humanos, diseños normativos de las constituciones y medios para exigir el cumplimiento de esas premisas, así como la contención y modulación del poder, tanto en los Estados-nación como en diversas regiones (p. ej., los sistemas interamericano, europeo y africano de derechos humanos). Así, el constitucionalismo global se consolida como un espacio interdisciplinario para abordar los fundamentos, limitaciones y disputas de los principios y normas del orden político y su dinámica a lo largo del tiempo a escala global.

Los elementos del constitucionalismo global se pueden descomponer en cuatro sublíneas de interacción de los sistemas locales, regionales y globales de aplicación de las normas y remedios para la protección de derechos humanos:

a) la regulación de los sujetos que representan a los poderes públicos nacionales mediante la jurisdicción penal del Estatuto de Roma, que impone un mecanismo internacional de control del poder político en torno a las normas de *ius cogens*;

b) la regulación de los poderes internacionales bajo las propias normas del derecho internacional de los derechos humanos (p. ej., el caso *Kadi vs. Consejo*

de Europa, CJUE, 2008, C-402, que sometió a control las medidas privativas de los bienes de una persona ordenada a discrecionalidad por el Consejo de Seguridad de la ONU so pretexto del terrorismo internacional);

c) la —hasta ahora— tenue regulación del poder corporativo global mediante la aplicación de los derechos fundamentales a los operadores privados,

y
d) las propuestas de creación de una corte internacional de derechos humanos para dar viabilidad al cumplimiento de todas las normas de la materia que se han creado desde 1945 y que cuentan con un *corpus iuris* a través de las revisiones periódicas, las observaciones generales e informes de los comités de la ONU, de la creación de protocolos y marcos de trabajo que vinculan jurídicamente a los Estados parte.

Finalmente, otro rasgo del constitucionalismo global está conformado por todas las doctrinas jurídicas de derechos humanos, de *ius cogens* que se desarrolla mediante el dialogo judicial entre tribunales regionales y cortes constitucionales, tanto en el Sistema Interamericano como en el Europeo y que, a su vez, sirve de apoyo para otro dialogo judicial, académico y de colaboración que existe en las tres cortes regionales: la Africana de Derechos Humanos y de los Pueblos, la Interamericana y la Europea.

Isaac de Paz González

177. CONSTITUCIONALISMO SOCIAL

El constitucionalismo clásico (en su sentido moderno, desplegado a partir de la segunda mitad del siglo xx) está conformado por diversas corrientes que enfocan el ejercicio del poder, la concepción del poder público y privado como espacios regulados por la mayoría y en atención a los intereses del pueblo para la emancipación de los derechos humanos a través de distintos medios políticos, económicos y judiciales.

El constitucionalismo social se inscribe en la justicia y en la filosofía política de cómo se conciben los derechos frente al ejercicio tanto del poder público como del privado. Su sentido “social” deviene, por tanto, de dos premisas. La primera es como respuesta al desmantelamiento de la acción estatal, de normas y programas a favor de sectores en vulnerabilidad mediante acciones legales, económicas y políticas (p. ej., la supresión de derechos laborales en la Constitución mexicana o la ausencia de reguladores del poder privado en el consumo crediticio) que de forma permanente subyugan el desarrollo humano y nacional a las instituciones financieras transnacionales.

La segunda consideración social del constitucionalismo consiste en el peligro de la captura de mercado total de bienes y servicios y el avasallamiento del poder público frente al poder privado. Para el constitucionalismo societario (de empresas), el mercado se convierte en el medio de llamar a la “sociedad”, al someterlo a imperativos funcionales y, en última instancia, aprovecharlo para asignaciones de todo el intercambio de valores, servicios y derechos (p. ej., agua potable, banca, electricidad, transporte, vivienda) bajo las relaciones privadas y el supuesto ejercicio de la “autonomía de la voluntad”.

No obstante, la respuesta del constitucionalismo social es crear una base sólida de derechos y ámbitos que no se pueden tocar ni sujetar a lo que dis-

ponen los operadores privados, sino que deben enmarcarse bajo el interés superior de la colectividad, por ejemplo, las cláusulas piso —como límites a los intereses hipotecarios— que se han atrevido a formular leyes y tribunales de Europa (Países Bajos y España) para evitar la usura de las empresas y otros abusos en contra de los consumidores.

Así, el constitucionalismo social trata de integrar las voces deliberativas, académicas, sociales, pero también las corporativas, pues hay sectores que en el caso de sus cadenas de abastecimiento han suscrito compromisos de derechos humanos (p. ej., la Modern Slavery Act de 2015 en Reino Unido, pensada para monitorear mediante control parlamentario y administrativo las actividades productivas y de venta de bienes de las empresas) para evitar el trabajo forzado y la violación de derechos humanos en sus cadenas de suministro.

El constitucionalismo social que surge frente al poder empresarial tiene el potencial de contrarrestar las tendencias expansionistas de los sistemas sociales fuera del Estado, particularmente la economía globalizada, la ciencia y la tecnología, y los medios de información, cuando ponen en peligro la autonomía individual o institucional. Bajo estas premisas, una dimensión social de constitucionalismo se está gestando en diversas partes del globo. El ejemplo más notable es la comunidad europea, que ha edificado un Convenio Europeo de Derechos Humanos y un sistema regional de protección de manera amplia y homogénea, que es un faro de progreso e igualdad para el mundo (en comparación con nuestras instituciones latinoamericanas y con los problemas del sudeste asiático y africano).

Isaac de Paz González

178. CONSTITUYENTE PERMANENTE

La expresión se ha utilizado, sobre todo en México —a partir de la obra de Felipe Tena Ramírez—, para designar la potestad revisora y modificadora de la Constitución, entendida esta como ley suprema y pináculo del sistema de fuentes legislativas.

La consideración de un poder constituyente distinto al originario, esto es, al propio del momento privilegiado en que, al decir de Schmitt, un pueblo toma conciencia de su ser político y se dota con una Constitución, no deja de ser problemática. Lo es en lo referente a los límites de su accionar, en lo procedimental y en lo material, pero también en lo que se refiere a su configuración y legitimación como órgano de actuación prácticamente autónomo.

En países de estructura compuesta, la revisión y la eventual modificación de la Constitución traen consigo la cuestión de lo que García-Pelayo ha llamado las funciones de innordinación, es decir, la cuestión de la participación de las unidades políticas y administrativas menores en la formación de la voluntad del conjunto, sea este una Federación, una Confederación o un Estado autonómico como el español. Las soluciones (someter las modificaciones a referéndum por parte de las regiones, exigir en él la unanimidad, solicitar la aprobación por simple mayoría de los órganos legislativos locales, conformarse con la autorización por parte de una cámara a la que se considere representación de la estructura compuesta del Estado, etcétera) distan de ser pacíficas. Se entiende casi universalmente que el consenso existente en el momento originario debe tratar de reproducirse con la mayor fidelidad posible

al tiempo de la reforma constitucional, pero la estructura y mecanismos de tal reproducción resultan, como hemos dicho, problemáticos.

Llamar “poder constituyente permanente” al órgano revisor de la Constitución puede acarrear la implicación, como criticó en su momento Sánchez Medal, de que la reforma constitucional no posee límites en lo tocante a lo material. Así, en sistemas como el mexicano, que carecen de cláusulas intangibles y de “núcleos duros” de derechos irreformables, las reformas y adiciones constitucionales resultarían válidas en sí mismas siempre que hayan seguido el proceso adecuado al efecto (regulado sin mayor precisión en el art. 135 de la Constitución general de la República), incluso si resultan incongruentes o contradictorias respecto de otras disposiciones fundamentales. Siguiendo este razonamiento, tales Constituciones carecerían de cláusulas de “eternidad no escritas” (Häberle) y podría asumirse la perpetua inconstitución de la República, según expresó a mediados del siglo XIX Mariano Otero.

Si bien es cierto que ninguna generación tiene derecho a pretender que las generaciones futuras sean rehenes de sus decisiones (la frase es de Jefferson), resulta claro que en los Estados constitucionales y democráticos de derecho la reforma constitucional posee un límite primerísimo de orden material, como ha señalado Böckenförde: debe poseer una “voluntad de Constitución” para referirse a lo propiamente constitucional, no solo en lo que respecta a la estructuración y reparto fundamental de los poderes del Estado, sino en lo tocante al respeto y garantía irrestrictos de la única razón que posee el propio Estado, es decir, los derechos universales e inalienables de las personas. Así, toda reforma que en el papel atente en contra de la dignidad humana asumida como cláusula de apertura y cierre del razonamiento constitucional (párrafo 5 del nuevo art. 1o. de la Constitución mexicana) debe entenderse como impropia del ordenamiento y debe, por tanto, expulsarse del mismo, independientemente de la colocación que le haya asignado una mayoría legislativa usualmente proclive a tratar de fijar su programa partidista en la ley básica del Estado.

En este sentido, puede afirmarse válidamente que los derechos fundamentales y la protección más amplia que se debe dar a las personas conforman, en el sentido de Grimm, la “identidad constitucional” de una Constitución que, como la mexicana, carece de límites explícitos a la acción del órgano reformador, si bien posee referentes principalistas que evidentemente vinculan al llamado “constituyente permanente”. Las “reformas demolitorias de la Constitución” (de nuevo Sánchez Medal) devienen, pues, en fundamental contrasentido, y los tribunales nacionales e internacionales han tendido en los últimos años a considerarlas contrarias al orden constitucional, si bien nuestra reciente Ley de Amparo insiste en la añeja posición de considerar impropia una reclamación incoada en contra de una reforma fundamental a través del juicio de amparo.

Rafael Estrada Michel

179. CONTROL CONSTRUCTIVO (POSITIVO) DE CONVENCIONALIDAD

I. CONTROL REPRESIVO Y CONTROL CONSTRUCTIVO DE CONVENCIONALIDAD. En cuanto a sus resultados, el control de convencionalidad sentado por la Corte Interamericana de Derechos Humanos asume dos papeles distintos, en aras

de afirmar la supremacía de la Convención Americana sobre Derechos Humanos (Pacto de San José de Costa Rica) y la doctrina de la Corte Interamericana de Derechos Humanos.

El primero, afirmado a partir de *Almonacid Arellano vs. Chile*, es de tipo *repressivo*, y procura la inaplicación de las reglas nacionales (incluyendo las constitucionales) opuestas a aquellos dos parámetros (la Convención Americana y la doctrina de Corte Interamericana). En duras palabras de este último tribunal, tales normas “inconventionales” carecen, desde su inicio, de efectos jurídicos. Conviene aclarar que el control de convencionalidad no se ciñe exclusivamente a tutelar la referida convención, sino todas las concernientes a derechos humanos.

El control *constructivo* o positivo de convencionalidad, paralelamente, y tan importante como el anterior, propone un reciclaje o *aggiornamiento* de todo el derecho interno en función, igualmente, de los dos elementos señalados: la Convención y la jurisprudencia interamericana. En concreto, desde *Radilla Pacheco vs. México*, pasando por otros casos como, a título de ejemplo, *Comunidad Indígena Xákmok Kasek*, párrafo 311, *Fernández Ortega*, párrafos 236 y 237, *Cabrera García-Montiel Flores*, párrafo 233, la Corte Interamericana indica que los jueces nacionales deben aplicar y hacer funcionar el derecho local en armonía, “conforme” a los parámetros citados.

II. SECUELAS DEL CONTROL CONSTRUCTIVO. SELECCIÓN DE INTERPRETACIONES. El primer efecto de esta doctrina es diferenciar las “interpretaciones convencionales” de las “interpretaciones inconventionales” del derecho interno. En otras palabras, el juez local, cuando tiene que instrumentar una regla doméstica, tendrá que averiguar cuáles son sus posibles interpretaciones. Si la norma del caso admite varias exégesis, tendrá que calificarlas como interpretaciones “convencionales” (las que no se oponen a la Convención o a la doctrina de la Corte Interamericana) o descalificarlas como “inconventionales” (las que sí se oponen). Las inconventionales deben descartarse. De las convencionales, podrá aplicar en concreto la que le parezca más adecuada.

La Corte Interamericana, en efecto, se satisface cuando el operador local utiliza una norma, o una interpretación de esa norma, compatible con la Convención Americana sobre Derechos Humanos y la jurisprudencia de la Corte Interamericana de derechos Humanos. Entre esas interpretaciones compatibles opera un margen de apreciación judicial para escoger y aplicar la que razonablemente le resulte preferible.

En un primer movimiento, entonces, el control constructivo de convencionalidad actúa como método de selección de interpretaciones de normas nacionales.

III. CONSTRUCCIÓN DE INTERPRETACIONES. No termina ahí, sin embargo, el trabajo del juez nacional. En aras de afinar su esfuerzo y lograr una mayor compatibilización entre el derecho doméstico, la Convención Americana y la doctrina sentada por la Corte Interamericana puede exigirle una labor extra, por cierto más esforzada y que requiere mayor ingenio jurídico.

Aludimos a la *construcción de interpretaciones*, que se logra, a menudo, con base en interpretaciones *mutativas* del derecho, ya infraconstitucional, ya constitucional. En el caso que nos ocupa, si el juez local, mediante un proceso de selección de interpretaciones (detallado en los párrafos anteriores), no encuentra en el texto normativo nacional una exégesis que lo amalgame con

la Convención Americana o la jurisprudencia de la Corte Interamericana, antes de sepultar a esa regla y reputarla inconventional (control “represivo” de convencionalidad), todavía podría intentar rescatarla mediante una interpretación mutativa del precepto del caso, que lo achique, amplíe o, llegado el caso, lo sustituya. Aclaremos sobre esta empresa que en la mutación el texto de la norma permanece incólume, pero su contenido material varía, sea por restricción, aumento o reemplazo.

La *interpretación mutativa por adición* suma al contenido original del mensaje normativo, un ingrediente suplementario para tornar a esa norma compatible, por ejemplo, con la Constitución o, en el terreno donde estamos, con la Convención Americana sobre Derechos Humanos y la jurisprudencia de la Corte Interamericana. Ejemplo clásico de lo primero ha sido el trabajo judicial de añadir a las normas procesales penales italianas, que en el artículo legal respectivo no mencionaban la presencia del abogado defensor en la indagatoria de un inculpado, tal asistencia, juzgando que la descripción legal era meramente enunciativa y no exclutoria de dicho defensor, sujeto indispensable para garantizar el debido ejercicio del derecho de defensa en juicio.

Al revés, la *interpretación mutativa por sustracción* quita —por vía de interpretación— al contenido material de una norma un ingrediente anómalo, incompatible con la Constitución, con la Convención Americana o con la doctrina de la Corte Interamericana. Y la *interpretación mutativa mixta, por sustracción-adición*, por cierto más atrevida, realiza un operativo doble, con el mismo fin de salvar a una cláusula normativa de su aniquilación como inconstitucional o inconventional: disminuye un tramo del contenido material de una norma, y le inserta otro. Nos remitimos, al respecto, a nuestro trabajo *La interpretación judicial de la Constitución. De la Constitución nacional a la Constitución convencionalizada*.

Al tratar ahora la expresión “Constitución convencionalizada”, consideramos la aplicación puntual de la metodología apuntada, para la Constitución argentina.

IV. EL MARGEN DE MANIOBRA DEL JUEZ NACIONAL ANTE EL CONTROL DE CONVENCIONALIDAD. Alguna vez se ha pensado que el campo de acción del juez local se encuentra seriamente restringido por la doctrina del control de convencionalidad, ya que su capacidad decisoria se encuentra recortada por la doctrina de la Corte Interamericana de Derechos Humanos, puesto que si ella define algo, a ese algo tendría que someterse el operador interno.

Sin embargo, vemos que con el control *constructivo* de convencionalidad, el trabajo del juez nacional se ha, en verdad, incrementado, puesto que no debe solamente inaplicar reglas locales, sino también reciclarlas mediante una compleja gestión de selección de interpretaciones y de construcción de interpretaciones.

Además, cuando la Corte Interamericana no se ha expedido en algún punto, el operador interno tendrá de todos modos que reflexionar si la regla interna (constitucional, civil, comercial, penal, laboral, etcétera) que le toca efectivizar, coincide con las directrices del Pacto de San José de Costa Rica, para lo cual, aun, repetimos, en ausencia de pautas jurisprudenciales de la Corte Interamericana deberá interrogarse sobre el punto y, de ser necesario, practicar operativos de selección y de construcción de interpretaciones.

Todo ello importa un significativo cambio en la cultura jurídica de los operadores nacionales, ante un derecho internacional de los derechos humanos cada vez más amplio (en la medida en que aumentan las convenciones sobre tal temática) y exigente.

Néstor Pedro Sagüés

180. CONTROL DE ADMISIBILIDAD

El control de admisibilidad consiste en un acto procesal en el que un tribunal adopta la decisión de “acoger a tramitación” —o no— una pretensión —principal o accesoria—, mediante la verificación del efectivo cumplimiento de sus requisitos de admisibilidad. En el marco del derecho procesal constitucional, el control en análisis puede predicarse tanto de demandas que incoan procesos constitucionales como de recursos contra resoluciones dictadas en tales procesos.

Por su parte, los mencionados “requisitos de admisibilidad” dependen de cada proceso constitucional o recurso respectivo, si bien en términos generales se refieren a aspectos formales, los requisitos de procedencia hacen al fondo de la pretensión o a sus aspectos sustanciales.

En la generalidad de los casos, su realización se concreta en una decisión o auto interlocutorio que tiene lugar en una etapa procesal y con un trámite específico previsto por la legislación, aunque ello no resulta un requisito indispensable. En todo caso, el control de admisibilidad resulta previo al análisis de la procedencia del recurso o garantía intentado.

A su vez, el control en estudio puede ser realizado por un órgano jurisdiccional diverso al que corresponde formular, en última instancia, el juicio de procedencia de la pretensión respectiva. El objeto de la diferenciación en el órgano a cargo del control de admisibilidad consiste en dotar de eficiencia al sistema, evitando la congestión de decisiones en el órgano encargado del control de constitucionalidad, impidiendo que accedan a ellos recursos o demandas espurias.

La posibilidad, prevista en algunas legislaciones, de que tal decisión sea irrevisable, ha llevado a la doctrina a considerar que, en tales supuestos, el control de constitucionalidad se presenta como “condicionado”, en el sentido de que su ejercicio se encuentra subordinado a “una especie de ‘preexamen’, practicado por un sujeto distinto del que debe pronunciar el juicio definitivo de inconstitucionalidad” (Sagüés, Néstor Pedro, *Derecho Procesal Constitucional. Recurso Extraordinario*, 4a. ed., Astrea, t. I, p. 73). Si bien ello ha generado ciertas críticas de la doctrina, puntualizando potenciales contradicciones o criterios disímiles, cabe aclarar que en la mayoría de los casos la decisión relativa al control de admisibilidad previa no es definitiva, sino que el órgano con competencia para pronunciarse sobre la procedencia del recurso o proceso articulado tiene potestad para revisar lo decidido en el control de admisibilidad.

Una variable de distinción entre el órgano que formula el control de admisibilidad del que realiza el juicio de procedencia se verifica cuando el primero es desarrollado por jueces ordinarios, quienes tienen competencia para decidir sobre la relevancia, improcedencia de la cuestión de constitucionalidad, o falta de fundamentación de su planteamiento (p. ej., leyes constitucionales de 1949 y 1957 en Italia). En el caso de Argentina, cuando un recurso extraordinario federal no satisface las exigencias de admisibilidad reguladas por un

reglamento dictado vía Acordada por la Corte Suprema de Justicia de la Nación, el tribunal superior de la causa debe desestimar la petición, declarando inoficiosas las actuaciones (CSJN, Acordada 4/2007, art. 11 del Reglamento).

Otro supuesto de diversificación entre ambos controles se verifica cuando en el primero actúa un grupo de jueces que, si bien pertenecen al tribunal que realiza el segundo, cuando controlan la admisibilidad utilizan mayorías o un número distinto, sea menor o mayor, del órgano encargado del control de constitucionalidad. Así, por ejemplo, el artículo 94, inciso 2 de la Constitución de la República Federal de Alemania establece qué comisiones especiales compuestas por tres miembros del Tribunal Constitucional Federal están facultadas para rechazar *in limine* recursos notoriamente infundados, que no incluyan problemas constitucionales, o cuya aceptación no ocasione gravámenes irreparables.

En el caso de Estados Unidos de América, la Corte Suprema realiza una selección discrecional de los recursos respecto a los cuales va a pronunciarse, mediante el instrumento del *writ of certiorary*. La técnica utilizada para la selección de casos, de génesis jurisprudencial, se denomina “rule of four” o “regla de los cuatro”, conforme a la cual una petición de *certiorary* solo será analizada por el tribunal si cuatro (de un total de nueve) jueces se pronuncian a favor de su conocimiento.

Sofía Sagués

181. CONTROL DE COMUNITARIEDAD

Concepto y contenido. Denominamos control de comunitariedad a la función de control que corresponde a los poderes públicos para asegurar la primacía de las normas del derecho de la Unión Europea sobre las normas propias de los derechos nacionales. Este principio implica básicamente: *i)* el carácter prevalente del derecho de la Unión Europea sobre los derechos nacionales, es decir que este derecho supranacional prevalece sobre el ordenamiento jurídico de cualquiera de los Estados miembros de la Unión; *ii)* el carácter absoluto de esta primacía, es decir que cualquier norma de derecho de la Unión prevalece sobre cualquier norma del derecho nacional, y *iii)* la prevalencia del derecho de la Unión Europea no se traduce en la invalidación de la norma nacional, sino en su inaplicación al caso.

Desarrollo jurisprudencial del principio. Desde que el Tribunal de Justicia dictara (el 5 de febrero de 1963) su sentencia *Van Gend & Loos*, se aclaró que el derecho comunitario constituía un verdadero ordenamiento jurídico con eficacia directa, distinto al mero acuerdo propio del derecho internacional, y se sentaron las bases para consolidar el principio de primacía del derecho comunitario. Así, en sucesivas sentencias se construirían los principales contenidos de este principio: *i)* el carácter prevalente del derecho de la Unión Europea sobre los derechos nacionales se enunció por el Tribunal de Justicia por vez primera en la sentencia *Costa vs. ENEL*, de 15 de julio de 1964. De la doctrina de esta sentencia se desprendió que los compromisos derivados del derecho comunitario son asumidos por los Estados miembros de forma incondicional e irrevocable frente a la propia Unión y frente a los demás Estados, una vez que voluntariamente han atribuido esta competencia a la Unión. Así, por efecto de los tratados, las normas internas de los distintos Estados miembros no pueden defraudar las normas comunitarias de derecho derivado. Ello constituye una condición de existencia del ordenamiento jurídico de la Unión

y, de no observarse este principio, las disposiciones europeas tendrían una vigencia desigual en sus distintos Estados, lo cual imposibilitaría la existencia de un régimen jurídico común y tendría además un efecto discriminatorio. Las normas comunitarias de naturaleza vinculante son, por ello, de reconocimiento obligado en todos los Estados miembros, estando prohibido adoptar medidas que pretendan eludir su eficacia; ii) el carácter absoluto de la primacía del derecho comunitario —esto es, de cualquiera de sus normas— sobre cualquier norma de derecho nacional, lo que sería enunciado por el Tribunal de Justicia en el caso *Internationale Handelsgesellschaft*, de 17 de diciembre de 1970. En ella se establecería por vez primera que este control de compatibilidad de la norma nacional con la norma europea debe extenderse a todo el ordenamiento jurídico, con independencia del rango de la norma estatal, incluido el rango constitucional. Por ello, en este pronunciamiento se faculta y, al tiempo, se obliga al juez nacional a controlar la conformidad del derecho interno del Estado con el derecho europeo, cualquiera que sea el nivel jerárquico de la norma interna. Del mismo modo, el carácter absoluto de esta primacía del derecho de la Unión afecta a normas de cualquier ámbito material. Así, el Tribunal ha aclarado que la primacía sobre el derecho nacional afecta a todas las sectores del ordenamiento jurídico interno, incluidas las normas penales, que también resultan excluidas en su aplicación en caso de conflicto con el derecho europeo, como se ha señalado en reiteradas ocasiones, por ejemplo, en las sentencias *Ratti*, *Bordessa y Barbero Mestre*, o *Sanz de Lera y otros*, y iii) una vez sentados los anteriores principios, el Tribunal de Justicia estableció que la prevalencia del derecho comunitario sobre el derecho nacional debía tener como efecto la inaplicación al caso de la norma nacional contraria al derecho de la Unión, no su invalidación; conclusión que fue alcanzada por el Tribunal en la sentencia *Simmmenthal*, de 9 de marzo de 1978, en la que por vez primera se enunciaron de forma sistemática los efectos del principio de primacía del derecho europeo que ya había construido el Tribunal en sus anteriores pronunciamientos. En este asunto, el Tribunal pondría de manifiesto, en primer lugar, que cuando una norma nacional resultare contraria a una disposición comunitaria aprobada con posterioridad, la norma nacional resultaría inaplicable. Del mismo modo se establecería que si la entrada en vigor de la norma nacional fuere posterior a la comunitaria, la primera sería asimismo inaplicable, al ser contraria al derecho europeo. En estos supuestos, el órgano jurisdiccional nacional no debía aguardar a la derogación formal de la norma estatal interna contraria al derecho comunitario, sino inaplicarla, siempre que la contradicción entre ambas resultare evidente, no encontrándose el juez nacional obligado a presentar cuestión de inconstitucionalidad. La jurisprudencia *Simmmenthal* supuso así la creación del control de comunitariedad y la puesta en manos del juez nacional de un instrumento de control de conformidad de las normas estatales con el derecho de la Unión. Se debe también señalar que han existido algunas reservas por parte de diversos tribunales constitucionales europeos en relación con la posibilidad de que los jueces controlen la comunitariedad de las normas internas de rango constitucional.

Por último, el Tribunal del Justicia se planteó también si las administraciones públicas de los Estados miembros serían obligadas, al igual que sus tribunales, a inaplicar aquellas normas estatales internas que se opusieran al derecho de la Unión. Su conclusión fue que, efectivamente, las adminis-

traciones públicas debían abstenerse de aplicar cualquier norma nacional que resultare contraria al derecho europeo, puesto que las obligaciones derivadas de este derecho de integración se imponen no solo a los jueces, sino a todas las autoridades estatales; idea que el Tribunal de Justicia enunció por primera vez en 1989 en la sentencia *Fratelli Constanzo* y que se ratificaría en 2010, en el asunto *Fuss*.

Consecuencias del control de comunitariedad. Mediante el dictado de todas las anteriores sentencias, el Tribunal ha configurado el principio de primacía como una condición existencial del derecho comunitario y como un principio jurídico vinculado directamente a la eficacia normativa de los tratados, ya que la cesión de soberanía realizada por los Estados a favor de las comunidades sería voluntaria, pero definitiva. Ningún Estado miembro puede impedir la eficacia normativa del derecho de la Unión en cualquier parte de su territorio, ni emplear sus normas nacionales para eludir la eficacia de este derecho de integración. Al contrario, cualquier norma doméstica de cualquier rango que resulte contraria al derecho de la Unión debe ser inaplicable por la autoridad nacional, dando preferencia a la norma europea que desplazaría a la norma interna, pues si los Estados miembros pudieran vaciar de contenido la norma común mediante el dictado de disposiciones nacionales posteriores, o manteniendo la vigencia de normas nacionales previas a una nueva norma comunitaria, se perdería la eficacia de esta última, resultando imposible la existencia de un régimen jurídico unificado en toda la Unión Europea.

El actual artículo 288 del Tratado de Funcionamiento de la Unión Europea establece hoy el carácter obligatorio de las normas de derecho derivado de la Unión Europea.

José María Coello de Portugal

182. CONTROL DE CONSTITUCIONALIDAD

La expresión “control constitucional” conlleva varias acepciones. La primera implica la existencia de uno o varios mecanismos de defensa, cuya finalidad es mantener la vigencia del orden constitucional. Desde la Antigüedad, civilizaciones como la helénica advertían la existencia de un orden supremo que regía los destinos de la *polis*. Este orden intangible llamado *politeia* se conformaba por los principios y valores —considerados— fundamentales por los miembros de la comunidad. Para preservar la vigencia de la *politeia*, los órganos de poder debían orientar sus actuaciones hacia esta, y así evitar cualquier exceso en el ejercicio del poder. En Roma, durante el periodo de la *República* se crearon órganos de representación con facultades específicas y de control recíproco, propiciando con esto un equilibrio inter-orgánico.

En el sistema constitucional inglés de los siglos *xvi* y *xvii* comenzaron a surgir mecanismos de control orientados a evitar cualquier ejercicio desproporcionado del poder, que trajera consigo una afectación a la armonía social y política. Con tal razón, se estableció una serie de frenos y contrapesos recíprocos entre los distintos órganos de poder. El modelo de control constitucional inglés conocido como “constitución —de forma— mixta” se caracterizó por la pluralidad y convergencia de distintos sectores sociales y económicos en la toma de decisiones políticas. La diversificación de funciones entre varios poderes dificultó el ejercicio indebido del poder por parte de alguna autoridad.

Otro significado del vocablo “control constitucional” es el referido al hecho de que toda Constitución debe fungir como instrumento de limitación del poder. Desde la ley fundamental se establecen las facultades que deberán desplegar los órganos de poder, sin que puedan exceder sus alcances. Un ejercicio desmedido del poder por parte de cualquier autoridad merma la eficacia del contenido constitucional, por lo que se puede advertir que el control constitucional condiciona la eficacia de la fuerza normativa de la Constitución. Para que exista un despliegue integral de todos los dispositivos constitucionales, es necesaria la implementación de instrumentos de defensa que garanticen de forma óptima, el cumplimiento de lo dispuesto por el Constituyente al momento de haber diseñado el marco constitucional. Solo una Constitución democrática puede prever el establecimiento de controles adecuados, proporcionales y orientados a mantener la vigencia de los principios constitucionales.

La locución “control constitucional” conlleva tres vertientes conforme a la teoría constitucional contemporánea: control político, control jurisdiccional y control social. El político fue el primero de los controles previstos en los marcos constitucionales. Fue en la Constitución norteamericana de 1787 donde se estableció una serie de frenos recíprocos entre los poderes públicos, con el fin de evitar cualquier ejercicio extralimitado de facultades, y de esta forma garantizar un balance en la actuación de dichos órganos. Los controles políticos están orientados a fungir como factores de equilibrio, conservando la vigencia del principio de división de poderes. Fue en Francia, en el seno de la Constitución del año VIII (1799), en donde se creó el primer ente encargado de mantener la vigencia del orden constitucional, el cual fue denominado *Senado Conservador*. Junto con las ideas de Benjamin Constant, el *Senado* influyó para la creación en México del Supremo Poder Conservador, órgano instituido en la Constitución de 1836, cuyas facultades, al igual que el órgano francés, estaban destinadas a ejercer un control rígido sobre los poderes públicos (Legislativo, Ejecutivo y Judicial), y de esta forma propiciar que sus actuaciones se sujetaran única y exclusivamente al ámbito de sus competencias. Si bien no hubo una réplica de estos modelos en la mayoría de los sistemas constitucionales, las Constituciones de los siglos XIX y XX adoptaron mecanismos de control recíproco entre los poderes públicos, buscando con esto asegurar el equilibrio político y social; aunque en el devenir del constitucionalismo, los controles de tipo jurisdiccional fueron los que prevalecieron como custodios del orden constitucional.

En Inglaterra, en los albores del siglo XVIII, se suscitó el primer antecedente de invalidación de una ley por parte de un órgano jurisdiccional. El caso *Thomas Bonham* evidenció la importancia del papel del juez como garante del cumplimiento efectivo del orden constitucional, en este caso del *Common Law*. No sería sino hasta 1803, con el célebre caso *Marbury vs. Madison*, resuelto por John Marshall, *Chief of Justice* de la *Supreme Court of the United States of America*, cuando quedó de manifiesto la trascendencia del control constitucional vertido por parte de un órgano jurisdiccional. En el *Marbury vs. Madison*, por primera vez una norma contraría a lo dispuesto por la Constitución fue declarada inconstitucional por un alto tribunal, haciendo uso también de la interpretación como mecanismo de preservación del orden constitucional. Con el caso citado se instauró la revisión judicial de las leyes (*Judicial Review*).

Los controles jurisdiccionales tienen como finalidad la conservación de la supremacía constitucional; para ello el juez, en el ámbito de sus funciones, se

erige como órgano controlador, verificando que las autoridades actúen dentro del marco de sus atribuciones, sujetándose a los límites previstos en la Constitución. Esta verificación se lleva a cabo a través de los instrumentos de tutela constitucional, diseñados para el mantenimiento del orden constitucional. En el momento en que un juez lleva a cabo una valoración sobre el apego o no de una ley a los preceptos constitucionales, puede obtener dos resultados. El primero, la confirmación de que la ley se adecua a las disposiciones constitucionales, y por ende es confirmada como válida. El segundo se deriva de la valoración vertida por el juez, cuyo resultado es negativo, trayendo como consecuencia la nulidad de la ley en cuestión. Cuando un órgano jurisdiccional declara la inconstitucionalidad de una disposición normativa, no significa que se coloque por encima de los órganos emisores de la misma, por el contrario, a través de la aplicación o revisión de los preceptos aplicables al caso, o sometidos a su validación, es que se advierte si se ha cumplido con los límites constitucionales, contruidos para garantizar la vigencia del orden constitucional.

Por último, la locución control social constitucional hace referencia a la forma en que agentes no institucionalizados llevan a cabo un control sobre la Constitución, a través de medios no previstos como controles de constitucionalidad ordinarios. Este tipo de control escapa de los límites de actuación que los controles jurídicos y políticos poseen, pues operan en la discrecionalidad, pudiendo variar la forma de cómo ejercerlo. Si bien no es un control jurídico *per se*, sus efectos sí trascienden al plano jurídico, y por ello requieren ser analizados, y sujetos a un control.

Marcos Francisco del Rosario Rodríguez

183. CONTROL DE CONSTITUCIONALIDAD (TIPOS TÉCNICOS)

Como es sabido, es común emplear variables jurídico-políticas para crear grandes tipologías de control de constitucionalidad (y, por ende, de jurisdicción constitucional), lo que da lugar, por ejemplo, a diferenciación entre control concentrado o difuso, o entre control jurídico y político. Además de ello, también es posible referirse a distintos aspectos técnicos del proceso para articular otras tipologías de control, que pueden emplearse conjuntamente y, en algún caso, conectarse. Así las cosas, el control de constitucionalidad asume fisonomías diferentes con base en la caracterización técnica que se le dé al proceso de que se trate.

En este sentido, en primer lugar y pensando en el carácter del control, citamos la diferencia entre control abstracto y concreto (estos controles también son objeto de otras entradas en este diccionario, por lo que ahora solo efectuamos un par de apuntes teóricos). El primero es el que efectúa un tribunal constitucional al analizar la compatibilidad lógica entre dos normas: por un lado, la Constitución, y, por el otro, la ley impugnada a través de dicho proceso de control. La comparación se realiza al margen de un caso judicial determinado y de la aplicación concreta de la ley fiscalizada. Ahí radica la abstracción de dicho análisis. Se trata, sin duda, del tipo de control más extendido en todo el mundo, a pesar de los riesgos de politización que presenta, que en parte consiguen desactivarse si no existe plazo de interposición.

El control concreto, en cambio, es el que se realiza teniendo como referente un caso judicial determinado, lo que implica considerar las circunstancias del mismo. En los sistemas de justicia constitucional difusa, el control

que ejercen los tribunales ordinarios es concreto. A su vez, en los sistemas de justicia constitucional concentrada hay dos grandes modalidades de control concreto. Una es el control que realiza un tribunal constitucional sobre una ley que un juez ordinario le reenvía y que va a aplicar a un litigio, por lo que se debe tener en cuenta dicho caso y los elementos del mismo (como ocurre en la “cuestión de inconstitucionalidad” española o el control italiano por vía de excepción). El juez ordinario tiene una duda sobre la validez de una ley que va a aplicar y eleva semejante duda al tribunal constitucional para que la resuelva. Y la otra modalidad del control concreto se produce cuando el tribunal constitucional revisa una sentencia ordinaria que inaplicó una ley por considerarla inconstitucional o que aplicó una ley que el recurrente estima inconstitucional.

En segundo lugar, desde la perspectiva del momento del control, se distingue entre control *a priori* y control *a posteriori*. En el primer caso, el control se efectúa antes de la promulgación de la ley recurrida, es decir, durante el procedimiento de formación, y en el segundo, el más habitual, después de dicha promulgación. El control *a priori* ha generado diversos debates sobre la conveniencia de su propia existencia, habida cuenta que entraña un evidente riesgo de politización y desconoce cómo se va a aplicar la ley (en proyecto) fiscalizada. En este sentido, el control *a posteriori* supera esta debilidad al operar sobre una ley ya en vigor, cuya interpretación puede ajustarse al momento histórico en el que se produce el control. Por eso es el control más extendido en el derecho comparado, aunque su sentido se modula en función de la existencia o no de plazo de interposición, como apuntamos también antes, y de la duración de tal plazo (si es largo —más de tres meses— es posible que la polémica política se haya enfriado).

Como tercera tipología técnica podemos hablar de control directo o indirecto. Por el primero entendemos aquel en el que la pretensión procesal consiste en la impugnación de la constitucionalidad de la ley. En el segundo, la pretensión procesal es otra. Como ejemplo de control indirecto podemos citar un conflicto de competencias en el que la competencia controvertida está atribuida por ley, que exigirá fiscalizar esta última (art. 67 Ley Orgánica del Tribunal Constitucional español).

En cuarto lugar, tenemos el control en vía principal o en vía incidental. En aquel el juicio consiste, precisamente, en la realización del control de constitucionalidad. Dicho control es el objeto del proceso (el *thema decidendi*) que debe resolver el tribunal. Al incoar el proceso, la acción ya recoge dicho objeto. Ante ello, la otra modalidad (el control en vía incidental) se configura procesalmente como un incidente, lo que implica la existencia de un juicio principal diferente al control de constitucionalidad que se pretende con el incidente. El objeto del proceso se completa con otro tema (que lleva a la fiscalización de la constitucionalidad) con el que presenta conexión jurídica y una relación inmediata. El incidente, así, implica un agregado al objeto principal. Supone una cuestión autónoma pero conectada de manera directa con ese objeto principal.

Todo control directo es principal. Por el contrario, el control indirecto puede ser en vía principal o incidental.

Y en quinto y último lugar, el control de constitucionalidad puede ser objetivo o subjetivo. En el objetivo se defiende el interés general, por lo que

la legitimación para incoarlo recaerá en personas que defienden tal interés, al menos teóricamente. En el subjetivo se defiende el interés particular del legitimado activamente, lo cual también hay que considerar que sucede cuando se defienden competencias propias de quien interpone la acción.

Sin duda, las tipologías expuestas ayudan a ganar precisión a la hora de caracterizar los distintos procesos de control. Además, como mencionamos, estas tipologías se pueden cruzar para obtener información adicional.

Así, el control abstracto es un control directo (la pretensión procesal consiste en la impugnación de la constitucionalidad de la ley) que se sustancia en vía principal; y objetivo, dado que se defiende el interés general. Tales características explican que, habitualmente, la legitimación se restrinja a unas pocas autoridades públicas superiores (aunque hay casos de acciones populares). Asimismo, el control abstracto puede ser *a priori* o *a posteriori*. En cambio, el control concreto será siempre *a posteriori*, pues la ley que se aplica al caso judicial ordinario no solo ya está promulgada, sino que también ha entrado en vigor, pues se ha aplicado o va a aplicarse al mismo.

El control concreto (en su modalidad del juez ordinario que reenvía la duda al tribunal constitucional) es un control incidental, dado que se configura procesalmente como un incidente (lo que implica, como vimos, la existencia de un juicio principal diferente al control de constitucionalidad que se pretende con el incidente); y objetivo, al defenderse el interés general. Para este control concreto se suele hablar técnicamente de excepción de inconstitucionalidad, a pesar de que, en realidad, se trate de una cuestión prejudicial devolutiva, dado que el que decide este incidente es un juez diferente al que tramita el proceso principal. En las excepciones, desde el punto de vista procesal, es el propio juez del litigio en donde se plantea el que resuelve, cosa que no sucede en el control concreto de constitucionalidad al residenciarse este en el tribunal constitucional (en cambio, sí es excepción la inconstitucionalidad de un acto que se invoca ante un juez ordinario de un sistema difuso, porque será este el competente para decidir su adecuación o no con la carta magna).

El proceso específico de defensa de los derechos fundamentales (p. ej., amparo español, o *Verfassungsbeschwerde* alemana) presenta una naturaleza concreta y subjetiva, además de contener una pretensión que se esgrime de manera directa y principal. Similares características tienen otras acciones protectoras de derechos, como el *habeas corpus* o el *habeas data*.

Con relación a las acciones de garantía de distribución del poder, tanto vertical como horizontal, pese a que a veces se tachan de objetivas, presentan en realidad una naturaleza subjetiva, al defenderse competencias propias del legitimado activamente (conflictos de competencias o conflictos de atribuciones).

José Julio Fernández Rodríguez

184. CONTROL DE CONSTITUCIONALIDAD ABSTRACTO

El control abstracto de inconstitucionalidad (de las leyes parlamentarias) se contrapone al llamado control concreto. Es la clasificación más tradicional e importante del control de la constitucionalidad, tras la que opone el control concentrado y el que Schmitt acuñara como “control difuso”, y con la que la primera está estrechamente relacionada y entrelazada.

La distinción entre control abstracto y control concreto (*abstrakte, konkrete Normenkontrolle*) surge en la doctrina germana para contrastar dos modalidades de control de la constitucionalidad de las leyes parlamentarias por el Tribunal Constitucional: a) el control de constitucionalidad de una ley llevado a cabo a instancia de ciertos órganos políticos y *completamente al margen de todo caso o litigio concreto* y de la aplicación que haya podido tener esa ley (que a veces todavía no se ha aplicado siquiera), y b) el control de la constitucionalidad de las leyes que el Tribunal Constitucional ejerce a instancias de un juez o tribunal que, a la hora de resolver un determinado litigio, se encuentra en la necesidad de aplicar una ley sobre cuya constitucionalidad se le plantean dudas o existen divergencias de opinión, por lo que eleva la cuestión sobre la constitucionalidad de la ley al Tribunal Constitucional. Mientras que en este último supuesto, la dialéctica del caso concreto tendrá, por lo general, un juego importante, no será así en el primer caso, en el que el tribunal lleva a cabo un control de la constitucionalidad con total abstracción de la aplicación concreta del derecho y se limita a resolver una discrepancia abstracta en torno a la conformidad (o desconformidad) de un texto legal con el texto de la propia Constitución. Se trata de dos mecanismos diferentes con un mismo fin: garantizar la seguridad jurídica en su modalidad de protección de la Constitución frente al legislador por la jurisdicción (*Hüter der Verfassung*). El control concreto se basa en la desconfianza frente al juez ordinario, evitando que cualquier juez pueda cuestionar la voluntad y autoridad del legislador democrático posconstitucional, así como en la mayor eficacia de ese control concentrado en un órgano y que además muchas veces sienta doctrina constitucional vinculante frente a diversas interpretaciones en disputa de los tribunales ordinarios.

Y si en los sistemas con control concentrado, y además monopolio de control (*Verwerfungsmonopol*), de la constitucionalidad (como el alemán, el español o el italiano) es posible establecer esta contraposición entre control abstracto y control concreto; el contraste es todavía mayor —y por ello, menos artificial— entre ese control abstracto dotado de efectos generales y el control *absoluta o genuinamente* concreto, característico del modelo norteamericano o difuso, y luego de tantos otros sistemas que lo siguen o los sistemas mixtos o duales de control difuso y concentrado. Ese control difuso y concretísimo de la constitucionalidad permite a cualquier juez resolver, directamente y por sí mismo —sin necesidad de remitir la cuestión de constitucionalidad a la Suprema Corte o al Tribunal Constitucional—, sobre la constitucionalidad de una ley que deba aplicar al caso que esté conociendo, con eficacia limitada a las partes que intervienen en el proceso.

El carácter abstracto del control hay que ponerlo en inmediata relación con la legitimación para su interposición, pues si bien existen algunos países (así, ya desde el siglo XIX, Colombia o Venezuela, o Hungría) o Estados federados (Baviera) en los que existe una legitimación popular para instar el control abstracto de la constitucionalidad, en general puede decirse que el control abstracto está ligado, en principio, a la legitimación orgánica (*Organklage*), restringida a ciertos órganos políticos que, en su caso, ejercitarán la acción no para defender sus propios derechos o intereses, sino más bien para actuar en defensa *objetiva* de la Constitución, “en interés de la Constitución y su primacía”, dando lugar a un control de la constitucionalidad de tipo abs-

tracto, desligado del caso concreto y de todo interés particular de los sujetos legitimados.

Es fácil imaginar que el carácter abstracto de la acción —al margen, pues, de todo supuesto particular de aplicación de la norma y de cualquier situación jurídica subjetiva—, así como la naturaleza política de los órganos legitimados para impetrarlo, lleva a que estos juicios tengan una gran carga política, y en ocasiones no sean más que una forma de prolongar, en la vía procesal, un enfrentamiento entre mayorías y minorías parlamentarias o entre centros de poder territorial (generalmente entre los gobernados por partidos de tendencia política diversa). Este riesgo de politización se acentúa si, como ocurre en algunos países como Alemania o España, el control abstracto da lugar a que cualquier ley controvertida sea sometida al Tribunal Constitucional inmediatamente después de ser aprobada en el Parlamento. Esta elevada politicidad de la acción de inconstitucionalidad hace que quede en entredicho el carácter pretendidamente objetivo de esta vía procesal, pues no ofrece dudas que cada parte defenderá una posición política, y el órgano de la constitucionalidad acabará dando la razón a una u otra fuerza política. Ello puede llevar a que las decisiones del tribunal sean valoradas como una victoria política, pudiendo llegar a ver la opinión pública al órgano de la constitucionalidad como una suerte de “tercera cámara”, lo que explicaría que algún sector de la doctrina alemana hable, un tanto irónicamente, de la “cuarta lectura” de la ley, o incluso del Tribunal Constitucional como soberano oculto (*heimlichem Souverän*).

E incluso se propugna por algunos la abolición del control abstracto, lo que sin embargo no es una opinión mayoritaria al día de hoy y no prospera en ningún país. Frente a las propuestas de supresión, por otra parte, otros consideran que el control abstracto puede ser un instrumento para llevar a cabo una notable depuración del ordenamiento jurídico, y para lograr el reconocimiento efectivo del valor normativo de la Constitución en la vida política cotidiana, mediante la aceptación por todas las partes de las soluciones *constitucionales al llevar a cabo este control*; que el mismo permite poner fin a conflictos políticos que difícilmente habrían encontrado una solución por otra vía, sino que más bien se habrían agudizado y encrespado de manera indefinida en la vida política, con efectos corrosivos sobre todo el sistema, y que en todo caso podrían ser un “león durmiente” de la vida político-constitucional del país. Es cierto que, en muchas ocasiones, el control abstracto puede operar como medio de prorrogar por la vía judicial un conflicto que en la vía política no ha hallado solución adecuada, más todavía si se tiene en cuenta la fugacidad del plazo para instarlo que suele preverse; pero —se afirma por sus defensores—, de un lado, no cabe desconocer que, como dijera Wilhem Wangler y nos recuerda Bachof, ni el carácter político de un acto excluye su conocimiento jurídico, ni el efecto político del enjuiciamiento le priva de su carácter jurídico, y este control abstracto garantiza la protección de la jerarquía normativa nada menos que en su cúspide frente al legislador ordinario e incluso frente al poder constituyente constituido (o de reforma de la Constitución); y de otro lado, la verificación del control abstracto de la ley por un tribunal independiente logra en general una “paz jurídica” y ello por medio de la aceptación, aunque sea “a regañadientes”, por ambas partes contendientes de la resolución que se dicte, en la que normalmente tanto la mayoría como la minoría encontrarán puntos en los que se verán “derrotados” y otros en los que se sentirán “ven-

cedores”, siquiera de modo interesado, a lo que se prestan técnicas sentenciantoras como la de las sentencias interpretativas, lo que propicia un importante “factor integrador” del control abstracto.

Tanto en el control abstracto como en el concreto se lleva a cabo un juicio lógico y ponderativo de contraste entre dos normas: la ley parlamentaria (o, en su caso, el tratado internacional), su objeto de control, y la Constitución, parámetro de dicho juicio. Ahora bien, mientras que en el control concreto la dialéctica del caso concreto tiene un peso específico, en el control abstracto no es así, sino que se juzga a la ley en sí misma (*on its face*). Por su propia naturaleza, en el control abstracto, que siempre es concentrado, los efectos de la decisión son generales, y de ahí que cuando lo lleva a cabo un tribunal constitucional, se designe a este gráficamente de “legislador negativo”, según la clásica caracterización de Hans Kelsen.

Joaquín Brage Camazano

185. CONTROL DE CONSTITUCIONALIDAD CONCENTRADO

El control de constitucionalidad concentrado de leyes, contrariamente al método de control difuso, se caracteriza por el hecho de que el ordenamiento constitucional confiere expresamente a un solo órgano estatal, el poder de anular las leyes sancionadas por el Parlamento que se consideren inconstitucionales. Por ello, tratándose de un poder de anular las leyes, el método de control concentrado siempre tiene que emanar del texto expreso de la Constitución, es decir, debe estar previsto *expressis verbis* por normas constitucionales, siendo inconcebible su desarrollo pretoriano como ocurrió con el control de constitucionalidad difuso.

En el caso del control de constitucionalidad concentrado, la atribución constitucional expresa a un Tribunal Constitucional especializado o al Tribunal o Corte Suprema de un país, de la potestad exclusiva para anular las leyes por inconstitucionalidad, es lo que lo convierte en la jurisdicción constitucional. Existiendo, como existía en Europa, una honda desconfianza respecto de los jueces para que pudieran declarar las leyes como inconstitucionales y decidieran no aplicarlas, el compromiso entre la necesidad de un sistema de justicia constitucional derivado de la noción de supremacía constitucional y la concepción tradicional europea de la separación de los poderes, fue lo que llevó a establecer los tribunales constitucionales fuera del Poder Judicial, con poderes anulatorios de las leyes inconstitucionales, a los cuales los jueces ordinarios están obligados a someterles las cuestiones de constitucionalidad que surjan en los procesos en curso. Ello, sin embargo, no les impedía que en virtud del principio de la supremacía constitucional pudieran tener la potestad para decidir sobre la constitucionalidad de las normas sublegales aplicables en cada caso concreto.

Si bien el control de constitucionalidad concentrado encontró por primera vez consagración expresa en la Constitución de Venezuela de 1858, como potestad atribuida a la Corte Suprema para anular las leyes provinciales contrarias a la Constitución, fue después de la Primera Guerra Mundial cuando encontró pleno desarrollo a partir de la multiplicación de los tribunales constitucionales en Europa. Por ello, al método de control concentrado se lo conoce como el “sistema austriaco” o el “modelo europeo”, por la difusión de los

tribunales constitucionales especiales originados en Europa con la propuesta de Hans Kelsen para Austria y Checoslovaquia en 1920. Sin embargo, ello no implica que para que exista un sistema de control de constitucionalidad concentrado necesariamente deba crearse un tribunal o consejo constitucional especial, ubicado dentro o fuera del Poder Judicial, como sucedió en Austria, Alemania, España, Italia, Portugal y Francia; y en América Latina, en Guatemala, Perú, Chile, Ecuador, Colombia y República Dominicana.

Lo que caracteriza al control de constitucionalidad concentrado, en realidad, es el hecho de que la potestad anulatoria de las leyes inconstitucionales esté atribuida a un solo y único tribunal, que puede bien ser el Tribunal o Corte Suprema del país. Este fue el caso, por ejemplo, en América Latina, en países en los cuales coexisten el método difuso y el método concentrado, como Brasil, México, Nicaragua y Venezuela. No obstante, algunos sistemas de América Latina han permanecido con un sistema de control de constitucionalidad exclusivamente concentrado, como ha sido el caso, por ejemplo, de Bolivia y Chile con tribunales constitucionales, y de Costa Rica, El Salvador, Honduras, Panamá, Paraguay y Uruguay, donde la Corte Suprema de Justicia es la que tiene asignada la Jurisdicción Constitucional de control de la constitucionalidad de las leyes.

El fundamento del establecimiento del control de constitucionalidad concentrado de las leyes, por supuesto, también es la noción de supremacía de la Constitución, lo que afecta de inconstitucionalidad las leyes que sean contrarias a la misma. Sin embargo, al regularse por el Constituyente, al establecer la jurisdicción constitucional, la garantía adoptada para preservar la supremacía, como también lo indicó Hans Kelsen, no es la declaración de la nulidad de las leyes inconstitucionales, sino su anulabilidad mediante una decisión judicial.

Ello implica que una vez sancionada una ley, aun cuando irregular o inconstitucional, debe considerarse como un acto estatal válido y efectivo hasta que el órgano que lo produjo lo derogue, o hasta que se decida su anulación por la jurisdicción constitucional. En este caso, la garantía de la supremacía de la Constitución es la anulabilidad de la ley, y al pronunciarse el acto queda anulado con efectos generales, puesto que es considerado o declarado nulo, no solamente respecto de un caso particular, sino en general, con efectos *erga omnes*. Ello fue lo que llevó a Kelsen a sostener que cuando el Tribunal Constitucional declaraba la inconstitucionalidad de una ley, la decisión, por tener efectos *erga omnes*, era una “acción legislativa”, y que la decisión del Tribunal Constitucional tenía “fuerza de ley”, pues se lo consideraba como el complemento natural del Parlamento.

En todo caso, siendo el objeto del proceso ante la jurisdicción constitucional la anulación de una ley por inconstitucional, el proceso constitucional puede tener un carácter principal cuando la cuestión constitucional relativa a una ley es la cuestión principal de un proceso iniciado mediante acción directa, interpuesta por los ciudadanos en general, mediante un *actio popularis*, o regida por reglas de legitimación particulares, atribuida, por ejemplo, a ciertos funcionarios o autoridades públicas. El proceso constitucional de anulación, además, puede tener carácter incidental cuando las cuestiones constitucionales relativas a las leyes llegan a la jurisdicción constitucional en virtud de remisión o referencia formulada por un tribunal inferior, donde, a instancia

de parte o *ex officio*, se haya planteado la cuestión constitucional respecto de una ley, para poder luego decidir de acuerdo con la decisión tomada por la jurisdicción constitucional.

En los casos de control de constitucionalidad concentrado, tanto ejercido por la vía principal —de la acción de inconstitucionalidad— como por la vía incidental —de la cuestión de constitucionalidad—, si el proceso constitucional concluye con una decisión de la jurisdicción constitucional de carácter anulatorio, la misma siempre tiene efectos generales *erga omnes*. En ambos casos, la jurisdicción constitucional debe decidir de manera abstracta la cuestión de la constitucionalidad de la ley, sin referencia alguna a los hechos ni al juicio concreto en el cual se pudo plantear la cuestión constitucional. En todo caso, la anulación pronunciada en la sentencia es de carácter constitutivo, en el sentido de que la ley anulada en principio debe considerarse como habiendo producido efectos válidos hasta el momento de su anulación, a menos que la nulidad que lo afecta sea una nulidad absoluta. Por tanto, la decisión, en principio, tiene efectos *ex nunc* y *pro futuro* en el sentido en que no son retroactivos, es decir, que no se remontan al momento de la promulgación de la ley considerada inconstitucional; excepto en casos de nulidad absoluta en los cuales el juez la puede considerar nula *ab initio* y le puede dar a la decisión efectos *ex tunc*, *pro praeterito*, pues una ley considerada nula de manera absoluta no puede producir ningún efecto. En todo caso y en definitiva, es el juez constitucional el que debe determinar los efectos de su decisión en el tiempo.

Allan R. Brewer-Carías

186. CONTROL DE CONSTITUCIONALIDAD DE LA REFORMA CONSTITUCIONAL

El control de constitucionalidad de las reformas constitucionales consiste en la valoración de la legalidad —constitucional— de aquellos instrumentos normativos que aportan una modificación a las cartas fundamentales. Representa una función específica que los tribunales constitucionales o supremos a veces tienen y ejercen por expresa voluntad del Constituyente, y otras veces reclaman en ausencia de atribución explícita. Por ello hay que distinguir en primer lugar entre ordenamientos donde esta facultad está reconocida en la Constitución, y ordenamientos donde se ha afirmado a través de la misma jurisprudencia constitucional: control codificado y control reivindicado. Un segundo factor esencial de clasificación reside en el carácter formal o sustancial de los vicios que pueden ser evaluados en los juicios.

Los fundamentos teóricos de este tipo de función han sido considerados, por un lado, la dicotomía entre poder constituyente y poder constituido (es decir, el poder de reforma, que fue previsto y regulado por el primero y subyace a los límites que el mismo estableció) y, por otro lado, la jerarquía de las fuentes con la supremacía constitucional. La paradoja principal, desde un punto de vista dogmático, consiste en la superposición del objeto del control y de su parámetro, pues los dos se encuentran en el mismo acto jurídico: pero ello es cierto solo en los casos de valoración *a posteriori*, después de la entrada en vigor de la norma. En consecuencia, el tercer elemento a considerar es el momento en el que se realiza el control: antes o después de que la reforma haya modificado en concreto el texto constitucional, transformándose en una parte del mismo.

Mediante el empleo de los tres criterios mencionados de forma combinada se pueden crear diferentes clases, que a su vez incluyen a varios ordenamientos.

Existen sistemas donde el control codificado es solo anterior a la entrada en vigor de la reforma (como en Chile, art. 93 de la Constitución) o puede ser anterior o posterior, según el procedimiento adoptado para aprobarla, como por ejemplo en Colombia (art. 241), donde la Corte Constitucional puede enjuiciar la constitucionalidad de los denominados “actos legislativos” si es planteada una acción por vicios procedimentales y tiene que realizar un control preventivo obligatorio, antes de que se exprese el pueblo, sobre las convocatorias de un referéndum o de una Asamblea Constituyente, también por vicios formales (acerca del tipo de vicio resulta de gran interés toda la jurisprudencia de la Corte Constitucional sobre el “vicio de competencia”, vicio formal que se da cuando el poder de reforma se extralimita, llegando a sustituir el texto constitucional: véase la sentencia C-551 de 2003 y todas las que posteriormente han seguido la misma línea). Asimismo, hay ordenamientos donde el control está regulado en la Constitución y se ejerce solo *a posteriori* (como en Turquía: art. 148 constitucional o Sudáfrica: art. 167).

Queda claro que las cuestiones críticas de mayor calado se dan en relación con aquellos tribunales constitucionales y supremos que han reivindicado esta función, sin que los constituyentes se la hubiesen atribuido. En esta perspectiva, resulta esencial para la clasificación el empleo del parámetro del vicio evaluable, formal o material, puesto que siempre se trata de un control *a posteriori*.

El precedente más antiguo al respecto es una sentencia de la Corte Suprema de Estados Unidos de 1798 (caso *Hollingsworth vs. State of Virginia*), en la cual se abrió paso al examen de los eventuales defectos formales de las enmiendas. Esta jurisprudencia tuvo séquito durante más de un siglo, ya que fue superada en 1939 (caso *Coleman vs. Miller*) cuando la Corte aplicó la doctrina de las cuestiones políticas. También se basó en un vicio formal la Corte Suprema de Justicia de la Nación argentina a la hora de resolver el denominado caso *Fayt c. Estado nacional* en 1999: su juicio se basó en la imposibilidad de reformar la inamovilidad de los magistrados, pues no estaba incluida entre los aspectos que el Parlamento había deliberado someter a reforma en la convocatoria de la Convención Constituyente.

Finalmente, hay una pluralidad de sistemas donde la labor hermenéutica de los tribunales ha sido aún más indispensable para articular aquellos principios y valores esenciales que justifican el control de las reformas, especialmente a través de la exégesis de las cláusulas de intangibilidad y del concepto de “ley” sometida al control de constitucionalidad. La Corte Constitucional italiana, entre otras, ha afirmado (sentencia 1146/1988) que existen algunos principios que no pueden ser subvertidos o modificados en su contenido esencial mediante reformas, porque reflejan los valores supremos del ordenamiento constitucional. Desde la década de los setenta, por otra parte, la Suprema Corte de la India ha ido elaborando la denominada “doctrina de la estructura básica” para individualizar aquellos elementos irreformables de la Constitución, y más recientemente el Tribunal Constitucional peruano ha hecho referencia a los “contenidos fundamentales”.

Aunque los ejemplos que se han podido mencionar no son muchos, la presencia de casos de diferentes continentes y de diferentes familias jurídicas

y modelos de justicia constitucional (entendidos habitualmente como americano y austriaco) demuestra que la cuestión tiene un alcance universal, no pudiéndose circunscribir en una sola tradición jurídica.

Además, se trata de una forma de control que difiere del control sobre las leyes ordinarias por dos factores: por un lado, por la misma naturaleza de la fuente sometida al examen del Tribunal Constitucional o Supremo (que en este caso está habilitada a modificar el acto supremo del sistema) y, por otro lado, por el parámetro, que consiste solo en las cláusulas de intangibilidad y eventualmente en aquellos principios esenciales, pero no en todo el conjunto de las normas constitucionales.

Sabrina Ragone

187. CONTROL DE CONSTITUCIONALIDAD DE OFICIO

Debe quedar bien en claro que la problemática *del control judicial de las leyes* aparece en aquellos países que tienen Constituciones rígidas, pues en los que la carta suprema es flexible —como por ejemplo en Inglaterra o en Italia antes de la reforma de 1948— los conflictos normativos se resuelven en la escala horizontal, en los que la *lex* posterior deroga a la anterior. En esta última circunstancia, al no haber una jerarquía piramidal de las reglas por falta de una ley fundamental única, rige el principio cronológico antes apuntado.

Con respecto a la factibilidad de que el Poder Judicial declare la inconstitucionalidad de oficio, gran parte de los publicistas se han plegado a la doctrina permisiva, considerando, entre otros argumentos, que la experiencia comparativa demuestra que es este el camino correcto.

En efecto, repárese —por ejemplo— que en el sistema hispano, el Tribunal Constitucional está potenciado para fundar la declaración de inconstitucionalidad en la infracción de cualquier precepto de la carta suprema, *haya o no sido invocado en el proceso*.

Como se trata de un andarivel de tipo concentrado, los jueces inferiores no pueden decidir el tema constitucional, mas la Ley Orgánica les permite plantear —de oficio o a pedido de parte— la cuestión ante el Tribunal Constitucional (art. 35.1, Ley Orgánica del Tribunal Constitucional).

En Francia, el Consejo Constitucional controla “obligatoriamente” las leyes orgánicas y los reglamentos de las asambleas parlamentarias.

Hemos dicho que la mayoría de los autores, salvo escasas excepciones, está por la corriente permisiva, sobre la base de una serie de fundados basamentos. Desde tal área conceptual se ha expresado que la temática constitucional es una cuestión de derecho (*iuris novit curia*), por lo que puede ser resuelta por el juez, aun ante el silencio de las partes.

Se añadió, siempre en el mismo orden de pensamiento, que muchas veces el planteo de inconstitucionalidad surge tácitamente cuando se infiere de la pretensión o de la excepción puestas en juego por los intervinientes en el juicio. Puede suceder, por ejemplo, que el litigante se resista a la posición fáctica del contrario, sin invocar la subversión del orden jurídico supremo, y en esas circunstancias resulta factible colegir que el judicante no actúa *motu proprio*, sino a impulso del justiciable.

La veda de intervenir *ex officio* debe entenderse, en una interpretación finalista y abarcadora, en el sentido de que el órgano jurisdiccional está imposibilitado para obrar *fuera del proceso*; vale decir que no está habilitado para

hacer esta declaración más allá de los límites del litigio, ya que en esas circunstancias no cabe duda que podría producirse un conflicto entre los poderes del Estado.

Además, en las condiciones precedentemente indicadas no es correcto decir que haya violación del principio de congruencia, si recordamos que, tratándose de un tema jurídico, la regla es que no se necesita planteamiento expreso de las partes.

Por último, considero que tampoco tiene peso suficiente la opinión que expresa que la falta de planteo de la cuestión constitucional implica una renuncia, ya que por un lado esta no se presume y, por otro, no es posible que en determinados pleitos los justiciables abandonen las garantías de la carta magna, y que ello vincule al juez.

Por eso se dice que si la autonomía de la voluntad cede en el derecho privado, con más razón ello debe suceder en los limbos del orden público y sobre todo cuando está en juego la aplicación del estatuto supremo de cada país.

Los epígonos de la tesis negativa han utilizado un soporte argumental trifásico, llegando a la conclusión de que no es posible la declaración oficiosa de inconstitucionalidad. Ello es así, primero, pues —según dicen— de lo contrario se altera la división de los poderes; segundo, porque se atenta contra la presunción de legitimidad de los actos estatales, y tercero, en virtud de que se roza el postulado de la defensa en juicio, al admitirse la ruptura del principio de congruencia.

La corriente permisiva —expuesta al principio— ha rebatido tal basamento sobre la base de los siguientes argumentos:

Con respecto a la descompensación del principio de división de los poderes, se ha retrucado que la declaración de inconstitucionalidad, dicha en una causa judicial, *con efectos limitados a las partes*, no puede producir el desbalance del sistema de libre flotación de los poderes del Estado; y en todo caso, si fuera así, en nada cambia que exista o no pedimento de los justiciables.

Ello, computando que —por regla— la decisión de referencia tiene viabilidad —como vimos— solo en el proceso en que se dicta, y por ende no “deroga” al precepto discutido.

Con referencia a la presunción de legitimidad de los actos estatales, la misma es solo *iuris tantum*, y por ende cede cuando se contraría una norma de jerarquía superior, circunstancia que opera si las leyes o los actos administrativos desoyen la prédica de la carta suprema.

La sentencia judicial también goza de esa “presunción” o película protectora, pero a nadie se le ocurre actualmente pensar que la misma sea irrevocable cuando está apoyada en circunstancias fácticas que *a posteriori* quedan desbaratadas (revisión de la cosa juzgada).

Otro de los fundamentos que sostuvieron los que proponen la corriente negatoria referida a los postulados de la defensa en juicio y de congruencia es que —según ellos— los que imparten justicia están imposibilitados de ocuparse de las cuestiones no llevadas por las partes al pleito.

Esta argumentación es la más fácil de rebatir, pues —repetimos— dicha temática es típicamente jurídica (de derecho); de ahí entonces que el *judex* pueda llevarla al momento de sentenciar sin que sea necesario el impulso o el empujón de los justiciables.

En suma, la tesis más generalizada en el derecho comparado sostiene que si estamos en el campo de la interpretación, es el juez —dentro de su competencia— quien pone en juego los preceptos normativos sin necesidad de pedimento alguno. Por ello puede concluirse que si la sentencia debe recaer sobre el objeto litigioso, abarcando no solo la cuestión principal sino también las accesorias e incidentales, parece notorio que en la aplicación del derecho, lo atinente a la constitucionalidad implica, aun ante el silencio de los intervinientes, un aspecto central de *iusis* que debe resolverse de oficio.

En la República Argentina —se trata de un país federal— impera el sistema de control de constitucionalidad difuso, similar al esquema norteamericano. La Corte Suprema de la Nación, que ejerce las funciones de Tribunal Constitucional, se ha plegado en los últimos tiempos a la doctrina permisiva, sosteniendo que al haberse incorporado a la Constitución Nacional los tratados internacionales sobre derechos humanos (art. 25, inciso 22), rige la regla interpretativa de la Corte Interamericana de Derechos Humanos que permite esta posibilidad. Ello es así siempre y cuando se ejerza en el marco de las respectivas competencias y las regulaciones procesales correspondientes.

En ese país la mayoría de los autores y la jurisprudencia coinciden en la posibilidad de declarar la inconstitucionalidad de oficio tanto en el orden nacional como en gran parte de las provincias (estados), donde se ha aplicado dicha postura, cristalizada en las Constituciones locales, como por ejemplo las de La Rioja, San Juan, Río Negro, San Luis, Tierra del Fuego y la de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires.

El art. 43 de la Constitución Nacional dispone que toda persona puede interponer la acción de amparo en determinadas circunstancias, y en el caso el juez puede decretar la inconstitucionalidad de la norma impugnada.

Si utilizamos los parámetros de la Corte Interamericana de Derechos Humanos en el ámbito del control de convencionalidad cuyos postulados generales son válidos para la revisión de constitucionalidad, tengamos presente que ese cuerpo jurisdiccional, a partir del *Caso Almonacid Arellano* ha puesto de relieve que los jueces deben ejercer no solo un control de constitucionalidad, sino también un control de convencionalidad *ex officio*, criterio que se ha ido convalidando en fallos posteriores, sosteniéndose que esta tarea deben hacerla “todos los jueces de cualquier jerarquía” (*Caso Cabrera García y Montiel Flores vs. México*, entre otros). También dijo ese organismo que esta inspección puede llevarse a cabo aun antes de que la norma sea aplicada en el caso concreto.

Juan Carlos Hitters

188. CONTROL DE CONSTITUCIONALIDAD DEL PRESIDENTE

Recordando la tesis del *pouvoir neutre* del monarca, formulada por Benjamin Constant, pero adaptándola a un ordenamiento republicano como la Alemania de Weimar, a inicios de los años treinta, Carl Schmitt defendía, con distintos argumentos, al jefe de Estado como el único custodio de la Constitución. Sin negar un rol al presidente y al mismo Gobierno en el control de constitucionalidad, le replicaba Kelsen que: “La tesis de que el jefe de Estado y ningún otro órgano sería el defensor natural de la Constitución” no tenía otra finalidad salvo ““volver a poner en uso [...] este requisito verdaderamente cubierto de polvo”, trayendo “del desván del teatro constitucional el trasto más viejo”.

Estas mordaces palabras tuvieron su eco en la moderna historia institucional: ya sea configurado como poder neutro o como guía del ejecutivo, al jefe de Estado —monárquico o republicano— ningún ordenamiento liberal-democrático le encomienda hoy, en exclusiva, el deber de defender a la Constitución de los atentados perpetrados por leyes u otros actos que estén en conflicto con ella.

De todas formas, en todos —o casi todos— los ordenamientos jurídicos, el jefe de Estado, *de iure* o *de facto*, contribuye a tales funciones, no solo donde él está legitimado —a veces compitiendo con otros órganos— para recurrir al Tribunal Constitucional o para solicitarle una decisión o un dictamen, sino, más en general, en conexión con el ejercicio del poder del mensaje (mediante el cual el soberano o el presidente pueden pedir al legislador y a los otros poderes del Estado el respeto de la Constitución, pidiendo la aprobación de medidas legislativas o la revocación de las mismas) y sobre todo al final del procedimiento legislativo, en caso de que pueda oponer su propia voluntad a la del Parlamento —también— por razones de constitucionalidad.

Salvo no frecuentes excepciones, esta intervención todavía se registra hoy a través de diversas modalidades de participación en el proceso legislativo: la remisión al Parlamento de la decisión legislativa, la sanción, la promulgación (o el rechazo de esta última). Donde tales poderes son insuperables por las cámaras parlamentarias, el dogma de la soberanía popular a veces impide su ejercicio (una convención constitucional cuyos orígenes se remontan a 1707 prohíbe al monarca inglés rechazar la sanción; ocurre de manera similar en otras monarquías). En las repúblicas, un poder de veto o de reenvío que puede ser superado por una nueva deliberación de las cámaras se encuentra en muchos ordenamientos: algunas constituciones establecen por qué el proyecto se convierte en ley, y que la mayoría simple del Parlamento es suficiente. En Francia, por ejemplo, el artículo 10.2 de la Constitución dispone que el presidente puede solicitar al Parlamento una nueva deliberación de la ley o de algunos de sus artículos, una decisión que no puede ser rechazada por segunda vez (del mismo modo, *cf.* el art. 77.2 de la Constitución de Rumania y, en un contexto muy diverso, el art. 74 de la Constitución italiana, así como el art. 6 de la Constitución de Hungría, que prevé un procedimiento complejo con posible intervención del Tribunal Constitucional). Otras prescriben que el veto o el reenvío del jefe de Estado solo puede ser superado por la mayoría de los miembros del Parlamento, o con mayorías calificadas; a veces la Constitución contempla mayorías diferenciadas de acuerdo con la materia objeto de la ley, o atribuye diferentes consecuencias a la aprobación con una u otra mayoría.

Emblemático es el caso de un ordenamiento “hipersemipresidencial”, como el ruso, donde coexisten el control difuso y el control ejercido por una Corte Constitucional, pero los artículos 107 y 115.3 constitucionales confieren al presidente —configurado por el artículo 80.2 como verdadero y propio garante de la Constitución, con poderes de suspensión de actos inconstitucionales y de veto en el ámbito de la función legislativa— el poder de reenviar las leyes y anular los decretos y las ordenanzas del Gobierno de la Federación Rusa contrarios a la Constitución, a las leyes federales y a los edictos del presidente.

Hay que añadir que el jefe de Estado (republicano) muchas veces puede solicitar una decisión del Tribunal constitucional.

Independientemente de cómo se configure el ordenamiento desde el punto de vista de la descentralización territorial, el presidente de la República es el órgano más frecuentemente habilitado para vetar preventivamente o para impugnar una ley *a posteriori*: este poder se contempla en Francia y en Rumania, en Hungría, Brasil, Portugal, Eslovaquia, Polonia, Lituania (donde el presidente puede recurrir a la Corte solo contra los actos del Gobierno o solicitar un pronunciamiento sobre cuestiones concernientes a las elecciones políticas o tratados internacionales); e igualmente, en Ucrania, Georgia, Kazajstán, Bielorrusia, Armenia, Argelia, República Democrática del Congo, Chad, Togo y, en América Latina, en Ecuador, Chile y Bolivia.

Es adecuada la fórmula acuñada por A. Spadaro, que da al binomio presidente-Corte el nombre de “consolato”, y atribuye a uno la calidad de “custodio” y a la otra la de “garante”.

Lucio Pegoraro

(traducción de Giovanni A. Figueroa Mejía)

189. CONTROL DE CONSTITUCIONALIDAD DIFUSO

El control de constitucionalidad difuso es uno de los métodos desarrollados en el derecho procesal constitucional para asegurar la supremacía de la Constitución, consistente en otorgar el poder-deber para controlar la constitucionalidad de las leyes a todos los jueces de un país, y no a uno solo. Tuvo su origen en los Estados Unidos de América, respecto de leyes federales, con ocasión de lo resuelto en la sentencia de la Corte Suprema del caso *Marbury vs. Madison* de 1808, aun cuando se había aplicado con anterioridad en relación con las leyes de los estados de la Unión, como sucedió en el caso *Vanhorne's Lessee vs. Dorrance* (1795). Por ello se le conoce también como el “modelo americano” de control de constitucionalidad, el cual, sin embargo, a pesar de su origen, no puede considerarse como propio de los países con tradición del *Common Law*, habiéndose desarrollado desde el siglo XIX en muchos países de América Latina, como por ejemplo en Argentina, Brasil, Colombia, Ecuador, México y Venezuela; y en otros países como Grecia, Australia, Canadá, India, Japón, Suecia, Noruega y Dinamarca.

El control de constitucionalidad difuso, en algunos países está concebido como el único método de control de constitucionalidad de las leyes existente, como es el caso de los Estados Unidos y de Argentina; y en otros muchos países se han ido desarrollando como parte de un sistema mixto o integral de control de constitucionalidad, que funciona en paralelo con el control de constitucionalidad concentrado, como es el caso de Colombia, Ecuador, Guatemala, Perú, El Salvador, Brasil, Nicaragua, México, República Dominicana y Venezuela. En los primeros casos, en general, el método resultó de una creación jurisprudencial para asegurar la supremacía constitucional; y en los otros casos, derivó, con el mismo propósito, de su consagración expresa en los textos legales o constitucionales, como sucedió en Venezuela desde el Código de Procedimiento Civil de 1879, y en Colombia, desde la Constitución de 1910. Siguiendo el antecedente colombiano, luego se estableció en forma expresa en muchas Constituciones, siendo de las más recientes la Constitución de Venezuela de 1999, cuyo art. 334 establece que: “En caso de incompatibilidad entre esta Constitución y una ley u otra norma jurídica, se aplicarán las

disposiciones constitucionales, correspondiendo a los tribunales en cualquier causa, aun de oficio, decidir lo conducente”.

Como en todo sistema de control de constitucionalidad, lo que justifica este poder otorgado a los jueces es el carácter supremo de la Constitución, lo que implica que ninguna ley que sea contraria a la misma puede ser una ley efectiva; al contrario, debe ser considerada como nula y sin valor alguno, lo que a comienzos del siglo pasado Hans Kelsen denominó como una de la “garantías objetivas de la Constitución”, lo que implica que siendo una ley inconstitucional un acto nulo, no puede producir efectos, correspondiendo a todos los jueces el poder para considerar y declarar dicha nulidad, “desaplicando la ley inconstitucional” al decidir el caso concreto, dando preferencia a la Constitución.

En estos casos, el juez, al decidir y declarar como inconstitucional la ley y, por tanto, considerarla como inaplicable para resolver el caso concreto, lo hace estimándola como nula y sin valor, *ab initio*, tal como si nunca hubiera existido. En estos casos, el juez no anula la ley, sino que por considerarla inconstitucional y nula desde que se dictó, la considera como si siempre hubiera sido nula y sin valor. Por ello, la decisión adoptada por el juez al ejercer el control de constitucionalidad difuso tiene solo efectos declarativos, y por tanto, efectos *ex tunc*, *pro preterito* o de carácter retroactivo. Ello implica que dichos efectos se retrotraen al momento en el cual la norma considerada inconstitucional fue dictada, evitando que la ley pueda tener efectos, por supuesto, solamente en lo que concierne al caso concreto decidido por el juez y en relación con las partes que intervinieron en el proceso.

Todo ello implica que el control de constitucionalidad difuso solo puede ser cumplido *incidenter tantum*, es decir, en un proceso concreto que el juez esté conociendo conforme a su competencia judicial ordinaria, en el cual, por tanto, la inconstitucionalidad de la ley o norma no es ni el objeto principal de dicho proceso ni el *thema decidendum* del mismo, sino que es un pronunciamiento que tiene carácter incidental. Es decir, la cuestión de inconstitucionalidad de una ley y su inaplicabilidad, en el método difuso, se plantea en un caso o proceso concreto (*cases and controversies*), cualquiera sea su naturaleza, en el cual la aplicación o no de una norma concreta es considerada por el juez como relevante para la decisión del caso.

Por otra parte, tratándose de un deber de los jueces el aplicar la Constitución en un caso concreto y, para su decisión, desaplicar la ley que consideren inconstitucional, si bien en la mayoría de los países se deja el planteamiento de la cuestión como excepción que deben formular las partes, en otros países, como sucede en Venezuela y Grecia, el juez tiene poderes para ejercer de oficio el control de constitucionalidad difuso.

Por último, siendo una decisión que el juez adopta como cuestión incidental en un proceso concreto, dicha decisión que declara la inconstitucionalidad de una ley y su inaplicabilidad al caso concreto solo tiene efectos *in casu et inter partes*, es decir, en relación con las partes en el proceso concreto en la cual aquella se adopta, por lo que no puede ser aplicada a otros particulares extraños a la relación procesal.

Por supuesto, el control difuso podría originar decisiones disímiles en el orden judicial, o como lo destacó Kelsen, “la ausencia de unidad en las soluciones” y “la incertidumbre legal” que resulta cuando “un tribunal se abstiene

de aplicar una ley considerada irregular, en tanto que otro tribunal hace lo contrario”. En sentido similar, Mauro Cappelletti y Adams insistieron en que el control difuso de constitucionalidad podía “llevar a una grave incertidumbre y confusión, cuando un tribunal decide aplicar una ley y otro la considera inconstitucional”.

Todo ello, aunado al temor al “gobierno de los jueces” en la doctrina europea de comienzos del siglo pasado, contribuyó a que los temores quedaran disipados con soluciones en los diversos sistemas donde se aplica el control de constitucionalidad difuso, lo cual ocurrió, primero, a través del desarrollo de la doctrina *stare decisis*, como sucede en los Estados Unidos, derivada del carácter vinculante de las interpretaciones que adopte la Corte Suprema, ante la cual se puede acceder mediante el *writ of certiorari*; segundo, a través de la regulación expresa de recursos extraordinarios de revisión de las sentencias que resuelvan las cuestiones incidentales de constitucionalidad que se pueden ejercer ante el Tribunal Supremo, como sucede en Argentina, Brasil, Colombia, Venezuela, Portugal, Suiza y Grecia, con decisiones que en algunos casos se las declara como vinculantes; o tercero, mediante el establecimiento, en paralelo al método de control de constitucionalidad difuso, del método de control de constitucionalidad concentrado, como es el caso en América Latina de Brasil, Colombia, Ecuador, Guatemala, México, Nicaragua, Perú, República Dominicana y Venezuela, con la posibilidad de que con motivo de una acción de nulidad, la ley en cuestión sea anulada con efectos *erga omnes*.

Allan R. Brewer-Carías

190. CONTROL DE CONSTITUCIONALIDAD DIRECTO

El control de constitucionalidad de las leyes —y normas jurídicas en general— puede ser *directo*, esto es, ante los organismos o tribunales encargados con exclusividad para esa tarea (control concentrado), o *indirecto* (difuso), donde el planteamiento se debe hacer ante cualquier juez competente, sin importar el rango, y luego puede llevarse por vía recursiva hasta el más alto tribunal del país.

El esquema mixto intenta compaginar las ideas del sistema difuso y del concentrado. Así, por ejemplo, todos los jueces resuelven las cuestiones de constitucionalidad en las acciones ordinarias con efectos inter partes, pero en algunas vías especiales, generalmente reservadas a ciertos cuerpos (presidente, fiscal general), van directamente al Tribunal Constitucional, cuya sentencia será *erga omnes*. O bien el Tribunal conoce por apelación en los aspectos constitucionales de los casos comunes, pero es primera instancia en las acciones generales de inconstitucionalidad.

Desde el cuadrante subjetivo, el control de constitucionalidad puede ser *político o jurisdiccional*. El primero es —por regla— preventivo, y opera antes de que las leyes sean sancionadas.

En Francia —donde se ve con gran nitidez este modelo— no existe un canal “judicial” idóneo para inspeccionar la constitucionalidad de las leyes, pues dicha tarea es ejercitada por un cuerpo que por su estructura, funciones, y el trámite ritual que cumple, no debe ser considerado —como acotaba Cappelletti— de esencia jurisdiccional.

El contralor político es cumplido por un órgano *judicial* —por ejemplo un Consejo Constitucional— que está facultado para abortar el procedimiento legislativo cuando estima que la ley es violatoria del estatuto fundamental.

Como vimos, coexisten en el mundo dos grandes sistemas que llevan a cabo este tipo de verificación: el *concentrado* o directo —como en Austria, Italia, España, Alemania, etcétera—, esto es, resuelto exclusivamente por un cuerpo especializado (Corte o Tribunal Constitucional); y el *difuso* —o *indirecto*—, como en los Estados Unidos y en la Argentina —y ahora en México—, donde cualquier juez está potenciado para declarar la inconstitucionalidad de las leyes en el caso que juzga.

En estas vertientes se ha seguido ideológicamente a la doctrina de Hamilton y de Marshall, partiendo de la base de que el judicante, en su función de juzgar, está obligado —dentro del campo interpretativo— a inaplicar el dispositivo legal que no encaja en los andariveles de la carta suprema.

En suma, el control concentrado (o directo) se cumple ante los tribunales constitucionales o ante salas constitucionales, según las características de cada país.

Conviene repetir que este modelo se da cuando la función de revisión de la constitucionalidad de los actos emanados de los poderes públicos está monopolizada en un único órgano. En cambio, en el difuso esta revisión puede ser ejercida por cualquier juez o magistrado, y debe llevarse a cabo generalmente en el ámbito de un caso o controversia.

En América Latina, a principios del siglo XIX tuvo gran incidencia el esquema “difuso” que algunos autores han denominado como “americano”, habida cuenta que lo ejercían jueces o tribunales de la función judicial.

Luego ha habido una tendencia creciente a la adopción del andarivel “directo”, que fue adoptado por Chile, Perú, Colombia, Ecuador y Bolivia. Por ello se crearon tribunales constitucionales o salas específicas para la materia constitucional, como sucedió en Guatemala, El Salvador, Paraguay, Honduras y Costa Rica.

También existe un modelo llamado “mixto”, que tiene algunas variantes. En efecto, en muchos casos las naciones del *Civil Law* (o derecho continental), pese a trabajar sobre el sistema difuso, le han dado vida a vías alternativas, que permiten unificar la aplicación del derecho, como la posibilidad de que un cuerpo superior en la jerarquía judicial efectúe una declaración de inconstitucionalidad que derogue la norma con la finalidad de obtener un resultado que permita la uniformidad de criterios. Esto ha sucedido por ejemplo en Portugal y en Grecia, donde el Tribunal Superior está potenciado para ejecutar la revisión como control concentrado.

En tal sentido, debemos tener en cuenta que en algunos países donde se adopta el sistema americano o difuso de control, el cuerpo jurisdiccional de mayor jerarquía se transforma materialmente —como sucede en Argentina (art. 116 de la Constitución Nacional) y en los Estados Unidos de América— en un verdadero Tribunal Constitucional.

En esta última nación, si bien los fallos de la Corte Suprema federal solo tienen valor *inter partes*, esto es para el caso particular; en la realidad a veces poseen efectos generales debido a la fuerza vinculante del precedente jurisprudencial que se infiere de la doctrina del *stare decisis*.

En algunas provincias argentinas, como la de Buenos Aires, impera un esquema mixto, ya que coexisten el modelo difuso típico, como el norteamericano, y el concentrado —directo— para la acción de inconstitucionalidad,

que solo puede incoarse ante la Suprema Corte local (art. 161 de la Constitución provincial).

En México, a través de la reforma constitucional de 2011 (arts. 1o. y 33 de la carta magna), se ha cambiado el eje de rotación tradicional para admitirse el control difuso, donde todo juez puede resolver sobre la constitucionalidad de las leyes.

Luego se aprobó otra reforma constitucional en materia de amparo de gran importancia, pues se incorpora la posibilidad de que las sentencias tengan efectos *erga omnes*, admitiendo por ejemplo los casos de interés legítimo, etcétera.

En definitiva, puede decirse que el control de constitucionalidad en el derecho comparado puede ser *directo (concentrado)*, planteado exclusivamente ante el organismo diseñado para resolver las cuestiones constitucionales, *difuso —indirecto—*, propuesto ante cualquier juez, y el esquema mixto participa, como vimos, de ambas modalidades.

Juan Carlos Hitters

191. CONTROL DE CONSTITUCIONALIDAD EN EL ESTADO SOCIALISTA

Si bien Cuba dio nacimiento al sistema de control judicial de constitucionalidad de carácter mixto en América Latina a través de la Constitución de 1940, creándose una sala independiente denominada “Tribunal de Garantías Constitucionales y Sociales”, a partir de la decisión adoptada por este órgano en 1953, de validar la ley —supuestamente constitucional— resultante del golpe de Estado de 1952, se sentaron bases para una consideración crítica sobre su labor como garante de la Constitución.

Aun así, la Ley Fundamental de 1959 mantuvo el control judicial de la constitucionalidad, concentrado y posterior, en la Sala de Garantías constitucionales y sociales, parte del sistema de justicia, y encabezada por el presidente del Tribunal Supremo, la cual tuvo una amplia actividad hasta finales de los años sesenta, cuando se inició un cambio en la concepción del control y del modelo político, entendiéndose que esa función no debía ser del órgano de justicia, para evitar la usurpación de las correspondientes al legislativo. Ya para 1973, mediante la Ley 1250, se desarticuló el control judicial de la constitucionalidad de las leyes y demás disposiciones, sometiéndose los tribunales al Consejo de Ministros —órgano legislativo con funciones constituyentes— y se hizo descansar en el Consejo de Gobierno del Tribunal Supremo la responsabilidad de evacuar las consultas de los tribunales inferiores sobre los conflictos entre leyes y otras disposiciones inferiores, asegurándose legalidad.

El texto constitucional de 1976, vigente, reintrodujo el control de la constitucionalidad de las leyes y demás disposiciones y el de legalidad, pero por órgano político. No existe jurisdicción constitucional ni procesos judiciales para el control concentrado de la constitucionalidad de las disposiciones generales, como tampoco especial para la reclamación de los derechos constitucionales vulnerados o amenazados, y tampoco hay práctica generalizada de aplicación judicial directa de la normativa constitucional. El control es de tipo político, concentrado en el máximo órgano legislativo, al igual que se estipulaba, por ejemplo, en las constituciones de Checoslovaquia, de 1960, Bulgaria, de 1971 y Corea, de 1972.

Está previsto el control *político preventivo* de las leyes a cargo de la Asamblea Nacional del Poder Popular, con activa participación de las comisiones de Asuntos Constitucionales y jurídicos y la correspondiente a la materia objeto de regulación en el proyecto de Ley que se somete a revisión. Su regulación no es constitucional, sino que se contempla en el Reglamento de la Asamblea, como parte de su trabajo en sede del proceso legislativo. Como resultado de esta previsión, al nacer la ley, nace ya con un aval formal de constitucionalidad, por lo cual no tiene sentido el control posterior, al menos con carácter general. Es por ello que se hace necesario que el proceso de elaboración de las leyes sea más participativo y goce de mayor publicidad, tanto respecto a los proyectos como a los debates vinculados a su elaboración en aras de brindar mayor legitimidad a estas disposiciones generales.

En el texto constitucional sí está estipulado el control *político-abstracto*, posterior y concentrado en la propia Asamblea Nacional, respecto a las leyes y demás disposiciones generales, al preverse como atribución del legislativo la declaración de la constitucionalidad de todas las disposiciones generales, asentado en la noción de la supremacía de este órgano de representación. Su primer desarrollo normativo se efectuó al amparo del Reglamento de la Asamblea Nacional del Poder Popular de 1977 y conservado en el Reglamento de 1982, con la posibilidad incluso de ser estimulado por 25 ciudadanos que tuvieran interés directo en ello. No obstante, luego de la adopción del Reglamento de 1996, ya no fue así, pues solo se ordena el control previo y se espera la adopción de la ley especial que prevea el control sistémicamente, de conformidad con una decisión de la propia Asamblea al momento de aprobar la vigente reglamentación. Así, en la actualidad no tiene instrumentación ordinaria el posterior, a pesar de su estipulación constitucional y al no intervenir los tribunales en su actuación cotidiana en la solución de las antinomias que pueda advertir en los procesos ordinarios, ante el vacío legislativo, se afecta la normatividad y obligatoriedad de los mandatos constitucionales.

Sobre el control posterior, valdría considerar la regulación que faculta a la propia Asamblea para decidir, luego de la promulgación de la ley, la constitucionalidad de la misma. Algo que debe ser revisado, pues la Asamblea Nacional es juez y parte de tal proceder, lo que significaría ir contra sus propios actos, salvo que se refiera a leyes de la provisionalidad revolucionaria, o del tiempo de la neocolonia. También merece preguntarse: si son objeto de control previo, y ya nacen con el voto favorable de constitucionalidad, ¿cómo será posible que la propia Asamblea con posterioridad las revise nuevamente?

No obstante, en cuanto a la intervención de la Asamblea en el control de la constitucionalidad de sus propias leyes, sí es procedente el control político posterior respecto a otras disposiciones infralegales, como lo estipula el artículo 75 ch) del magno texto, por ejemplo, contra los decretos-leyes del Consejo de Estado y los decretos del Consejo de Ministros.

De igual manera, la Fiscalía General de la República tiene, entre otros, el mandato constitucional de velar por la Constitución y la legalidad, debiendo rendir informe ante la Asamblea al respecto, y si bien los tribunales populares no participan en el control de constitucionalidad de las leyes, tampoco se excusan de cumplir la Constitución, y en su ley orgánica, al igual que la Fiscalía, tienen prevista la presentación de informes ante la ANPP.

Una peculiaridad del diseño cubano es la conjunción entre control de constitucionalidad y de legalidad, para el Consejo de Estado, de Ministros y las Asambleas provinciales y municipales del Poder Popular en cuanto órganos representativos superiores del Estado en la localidad, y se prevé en las atribuciones de cada uno de estos órganos en el magno texto la posibilidad de revocar o suspender las disposiciones de los inferiores a estos órganos cuando no se ajusten o contravengan la Constitución, las leyes u otras disposiciones emitidas por superiores a ellos.

Una diversidad de órganos políticos y representativos intervinientes en el control, pero que, a fin de lograr su eficacia, no debe desconocer la importancia de la intervención del sistema de justicia, así como tampoco de la promoción ciudadana.

Martha Prieto Valdés

192. CONTROL DE CONSTITUCIONALIDAD EN VÍA INCIDENTAL

I. El control de constitucionalidad de tipo centralizado —ejercitado en forma exclusiva por un Tribunal Constitucional— puede ser activado ya sea por un recurso por parte de determinados órganos (por ejemplo, el gobierno, un cierto número de parlamentarios, o el Defensor del Pueblo) o seguido de una cuestión planteada por un juez en el curso de un juicio. El juicio de constitucionalidad se define “incidental” porque no se instaura autónomamente, sino que surge como incidente en el curso y en el ámbito de un procedimiento jurisdiccional que se desarrolla ante un juez del orden común, llamado “juez *a quo*”.

A este último es confiada la tarea de desarrollar una actividad preliminar, de deliberación, para efectos de impedir que le sean presentadas al juez del Tribunal constitucional cuestiones ausentes de una adecuada base jurídica —debe subsistir una duda de legitimidad constitucional— o soluciones por el mismo juez en el ejercicio de su actividad interpretativa —cuando sea posible atribuir a las normas un significado compatible con la Constitución—.

De cualquier manera, es necesario evitar que tal filtro pueda transformarse en un indebido obstáculo a la posibilidad de presentar una norma de la ley ante la Corte; por tal razón, la normativa que regula el proceso constitucional y la misma jurisprudencia de los tribunales constitucionales favorece una interpretación extensiva de la noción de “juez”, que comprende no solo aquella de los jueces ordinarios o especiales, sino también de aquellas autoridades que, sin pertenecer formalmente al Poder Judicial, desarrollan una actividad objetiva y materialmente jurisdiccional.

Los sistemas que prevén tal forma de acceso a la justicia constitucional individualizan, en general, dos presupuestos procesales: la relevancia, y no ser notoriamente infundada la cuestión. La primera impone al juez *a quo* controlar si la norma que presenta perfiles de inconstitucionalidad debe ser aplicada en el desarrollo del proceso. Además, el juez debe nutrir un cuestionamiento sobre la legitimidad constitucional de la norma, debe evaluar si tal cuestionamiento tiene un cierto *fumus*, una apreciable base jurídica.

Al verificar tales presupuestos el juez suspende el juicio y hace del conocimiento del Tribunal Constitucional sobre tales actos con una resolución fundada y motivada —llamada resolución de remisión— que debe contener

también el objeto (la norma que se presume contraria a la Constitución) y el parámetro (la disposición constitucional violada) del juicio de constitucionalidad. De este modo, el juez define el *thema decidendum* sobre el cual el Tribunal Constitucional debe decidir.

II. El juicio en vía incidental constituye un *genus* intermedio respecto a los “prototipos de la justicia constitucional” representados por el control difuso (*Judicial Review*) y aquel centralizado (sistema austriaco): de hecho, en el juicio incidental el órgano competente para asumir la decisión final es único (como en los sistemas centralizados), pero cada juez posee una cierta discrecionalidad en la valoración de si una determinada norma pone en duda la legitimidad o la inaplicación —en situaciones particulares— de la normatividad que se cree no encontrarse conforme a la Constitución (como en los sistemas difusos).

El interés manifiesto en este tipo de acceso a los tribunales constitucionales deriva también del hecho de que el juicio de constitucionalidad en vía incidental representa un punto de contacto entre los sistemas abstractos y concretos. El carácter de la concreción deriva del estrecho vínculo que une —mediante el necesario requisito de la relevancia— la decisión de la Corte al “caso concreto” que ha generado el proceso; aun el juez del Tribunal Constitucional conserva los caracteres propios de un “proceso de derecho objetivo”, con la finalidad principal de garantizar el interés del ordenamiento de expulsar del sistema de derecho positivo las normas contrarias a la Constitución.

El juez constitucional, a través de los casos concretos, desarrolla una actividad orientada a hacer generales las exigencias de justicia, imponiendo que una norma susceptible de atentar contra las disposiciones de la Constitución pueda continuar siendo aplicada: esto sucede con base en el valor *erga omnes* de sus decisiones de aceptación o al catálogo de precedentes de su jurisprudencia.

Como consecuencia de la relación particular que se instaura entre los tribunales constitucionales y los jueces del orden común, parece intuitivo que los sistemas de control de constitucionalidad en vía incidental funcionen perfectamente ahí donde se consigue instaurar una “relación comunicativa”, una colaboración entre las dos jurisdicciones, que se puede manifestar sobre diversos planos.

Por ejemplo, los jueces pueden evitar plantear una cuestión de legitimidad constitucional, atribuyendo a la disposición que deben aplicar un significado conforme con la Constitución, o invocando los principios de derecho y la interpretación de las normas constitucionales dadas por el juez constitucional. Por su parte, el juez constitucional tiende a interpretar la disposición de ley no por su significado abstracto, sino por el significado producto de su concreta operatividad en el sistema jurídico: hace referencia al “derecho viviente” producto de la jurisprudencia.

III. El control de constitucionalidad en vía incidental, que ha tenido aplicación primeramente en el sistema italiano y en aquel de la República Federal de Alemania, ha circulado ampliamente, contaminando —en razón de su ductilidad— sus experiencias de justicia constitucional.

Actualmente se encuentra presente en Europa en aquellos sistemas que históricamente se inspiran en el “sistema austriaco” y que pretenden abrirse hacia formas de *Judicial Review* (Italia, República Federal de Alemania, Austria, España, Bélgica).

Es interesante evidenciar cómo también en Francia la justicia constitucional —mucho tiempo limitada a un mero control preventivo de constitucionalidad— ha previsto recientemente el instituto de la cuestión de constitucionalidad, aunque el procedimiento se distingue significativamente de las experiencias italiana, alemana y española por diversos elementos: principalmente el parámetro no está constituido genéricamente para todas las disposiciones constitucionales, sino que se encuentra limitado a los derechos y las libertades constitucionalmente garantizadas. En segundo lugar, la cuestión es analizada por el Consejo Constitucional después de haber superado un doble filtro: no solo aquel del juez *a quo* —que debe verificar la consistencia de la cuestión de legitimidad constitucional—, sino también aquel ejercitado por la Corte de Casaciones y por el Consejo de Estado a quien compete la decisión final de hacer del conocimiento del juez constitucional dicha cuestión.

De Europa, la cuestión de legitimidad constitucional ha “emigrado” también a sistemas pertenecientes a otros continentes: experiencias interesantes se encuentran en algunos países de América Latina (por ejemplo Colombia, Costa Rica, Uruguay) y —con respecto a África— en Sudáfrica.

Giancarlo Rolla
(traducción de Emanuel López Sáenz)

193. CONTROL DE CONSTITUCIONALIDAD INTERNO AL PARLAMENTO

Escribía Hamilton en el ensayo número 78 de *The Federalist*: “it is not to be collected from any particular provisions in the Constitution” [that] “the legislative body are themselves the constitutional judges of their own powers, and that the construction they put upon them is conclusive upon the other departments”, puesto que “The Executive not only dispenses the honors, but holds the sword of the community. The legislature not only commands the purse, but prescribes the rules by which the duties and rights of every citizen are to be regulated. The judiciary, on the contrary, has no influence over either the sword or the purse; no direction either of the strength or of the wealth of the society; and can take no active resolution whatever”.

Textualmente refiere que no se deduce “de ninguna cláusula específica de la Constitución” que “los integrantes del legislativo sean ellos mismos jueces constitucionales de sus propios poderes y que la interpretación que hacen de ellos sea definitiva para los otros órganos”. Por el contrario, “la interpretación de las leyes es una tarea primaria de los tribunales”. En los escritos 33 y 81 opina que el primer juez de la necesidad y conveniencia de las leyes aprobadas para ejecutar los poderes de la Unión es el mismo Gobierno central; observa, sin embargo, que siendo insuficiente tal garantía, como incluso aquella representada por el recurso a los electores, no conviene confiar el juicio a la misma asamblea que aprobó las leyes, sino al poder judicial y, en último lugar, al Tribunal Supremo.

La actuación en el ámbito de los más variados ordenamientos de formas de justicia constitucional organizada según las propuestas de Hamilton, y la institución de tribunales constitucionales organizados según los esquemas kel-senianos, no excluye que, al lado de ellos, otros órganos estén llamados a colaborar en funciones de control de constitucionalidad de leyes o de otros actos

durante el procedimiento establecido para su adopción. Al lado del presidente de la República, y pese a varios ejemplos históricos, son relevantes formas de control de constitucionalidad desarrolladas por los propios parlamentos.

Un primer ejemplo se encuentra en Francia, en donde si a la decisión del Gobierno de presentar la inadmisibilidad de propuestas de ley o de enmiendas constitucionales —porque violan la reserva de reglamento establecida en el artículo 34 constitucional, o en tanto produzcan aumento de los gastos o disminución de los ingresos— no se opone el presidente de la República o los presidentes de la Asamblea Nacional o del Senado, aquella es definitiva, siendo, pues, el Ejecutivo el que asume el papel de único garante de la constitucionalidad. Solo para el caso opuesto, para dirimir una eventual controversia (aunque esto sucede raramente), se llama al Consejo Constitucional (además del art. citado, véase, respectivamente, los arts. 40, 39.3 y 39.4 de la Constitución francesa).

Una segunda hipótesis la representa el control de la existencia de requisitos de necesidad y urgencia de los derechos-leyes”, que los reglamentos de las cámaras italianas encomiendan todavía hoy a las comisiones de asuntos constitucionales y/o al Pleno: un control que, hasta el cambio de jurisprudencia de la Corte, agotaba toda forma de control (art. 96 bis del reglamento de la Cámara, modificado por el texto que entró en vigor el 1 de enero de 1998; art. 78 del reglamento del Senado, y sentencias de la Corte Constitucional 29 y 161, de 1995).

Puede recordarse el control interno y previo de la Comisión de Asuntos Constitucionales del Parlamento finlandés (*Perustuslakivaliokunta*), que expresaba, hasta el 2000 —fecha de la introducción del control difuso—, el único modo para bloquear las leyes inconstitucionales. De igual manera, el control político y previo ejercido por el ministro de Justicia de Canadá, del *Attorney-General* en Nueva Zelanda y del ministro competente de Reino Unido.

Otro tipo de control interno de naturaleza política en vía transitoria es el configurado en el artículo 106.2 de la Constitución de Georgia, para el cual “Durante los dos años posteriores a la entrada en vigor de la Constitución, el presidente de Georgia y el Parlamento de Georgia deben proceder a la convalidación de los actos normativos adoptados antes de la entrada en vigor de la Constitución, verificando su compatibilidad con la Constitución y las leyes”.

En Grecia, donde no existe un tribunal constitucional y muchas disposiciones de la Constitución de 1975 aseguran un recíproco control de los órganos constitucionales del Estado, el presidente de la Asamblea puede plantear la cuestión de constitucionalidad de un proyecto de ley, que viene sometida a debate preliminarmente a toda otra excepción procedimental y al debate sobre el fondo (art. 80.2 del reglamento del Parlamento).

Lucio Pegoraro
(traducción de Giovanni A. Figueroa Mejía)

194. CONTROL DE CONSTITUCIONALIDAD LOCAL

En relación con el control de la constitucionalidad, Manuel Aragón señala: “El control jurídico no tiene por objeto a las personas, ni siquiera, exactamente, a los órganos, sino a los actos de esos órganos o autoridades. Y no a los actos ‘políticos’... sino a los actos jurídicamente relevantes” (Aragón, Manuel, *Constitución, democracia y control*).

Podemos resaltar un vínculo directo entre la defensa de la Constitución y el control de la constitucionalidad. Esto es, que el mantenimiento del texto constitucional, el cuidado para evitar que sea violentado o vulnerado, son tareas que conforman una parte del sistema integral de justicia constitucional, el cual se complementa con las acciones que sirven para llevar a cabo el control constitucional de actos y de leyes; dicho control, ideado para exigir a todos los órganos el respeto irrestricto del texto constitucional, sirve a la vez para realizar de manera concomitante la defensa de la carta magna.

De acuerdo con esto, es preciso insistir en que el control de la constitucionalidad tiene como propósito ejercer los mecanismos jurídicos que tanto en el aspecto preventivo como en las tareas de tipo correctivo pueden servir para contener en los límites de la Constitución a toda la producción jurídica del Estado y, asimismo, para obligar a las autoridades a que sometan su desempeño a lo prescrito por la carta magna.

Podemos afirmar entonces que con la defensa constitucional se protege la estructura del máximo ordenamiento legal en una entidad federativa y, al mismo tiempo, al mantener inalterado el texto de dicho ordenamiento, se defienden las decisiones políticas fundamentales que tienen en el control de la constitucionalidad su más firme límite. Así, “Las normas constitucionales de estabilización (o defensa) de la Constitución nos indican, no solo las técnicas y los medios para ello, sino también: *a*) a quién cabe defenderla y guardarla; *b*) contra quién se dirigirá la defensa y guarda” (Afonso da Silva, José, *Aplicabilidad de las normas constitucionales*).

Al interior de las entidades federativas que integran el Estado mexicano, la parte correspondiente al control constitucional se debe desglosar en dos grandes ámbitos: el pre-control constitucional legislativo y el control constitucional orgánico.

De acuerdo con este diseño, el control previo de constitucionalidad se debe integrar con aquellos instrumentos jurídicos de carácter técnico-consultivo que tienen como propósito vigilar que la producción jurídica estatal se apegue siempre a las disposiciones constitucionales. Al respecto se ha dicho que: “El Tribunal Constitucional realiza dos clases de control: uno preventivo y otro *a posteriori*. El control preventivo lo ejerce sobre las leyes orgánicas constitucionales antes de su promulgación y de las leyes interpretativas de la Constitución. En este caso la Cámara de origen tiene obligación de recurrir al Tribunal enviando el proyecto respectivo dentro de los cinco días siguientes a aquel en que queda totalmente tramitado por el Congreso” (Quinzio Figueiredo, Jorge M., *Justicia constitucional en Chile*). Para el caso del control constitucional orgánico, es urgente imponer limitaciones jurídicas absolutas a la actuación de los titulares de los órganos primarios del Estado, a fin de evitar la violación de la Constitución y, en su caso, hacer posible su reparación.

La parte correctiva de la defensa de la Constitución merece un tratamiento especial que nos permita contener y mantener el desempeño de quienes ejercen el poder público, en los límites impuestos por la propia *norma normarum*.

En las líneas que siguen nos permitimos esbozar en un estudio *de lege ferenda*: cómo puede operar el derecho procesal constitucional en el Estado mexicano, sin perder de vista la capacidad que en esta relevante materia tienen y debe reconocerse a las entidades federativas. Nos parece que ya es tiempo de

CONTROL DE CONSTITUCIONALIDAD LOCAL (PURO/DE JURISDICCIÓN CONCURRENTE)

engazar las tareas de la Suprema Corte de Justicia de la Nación con las que —en un Estado federal— deben tener los tribunales de justicia locales (véase Uribe Arzate, Enrique, *El Tribunal Constitucional*).

I. EL PRE-CONTROL CONSTITUCIONAL LEGISLATIVO. Teóricamente, esta forma de control constitucional tiene como propósito vigilar que la producción jurídica estatal se apegue siempre a las disposiciones constitucionales.

Durante el proceso de creación de la ley, y en el caso de las propuestas de reforma constitucional, el órgano encargado del control constitucional al interior de las entidades federativas deberá hacerse cargo de dos tipos de funciones, igualmente importantes:

a) *Opiniones consultivas*. Una exigencia primaria se traducirá en las consultas que de manera obligatoria deberán ser formuladas por los órganos encargados de la creación de la ley (trátese del Poder Legislativo federal o de las legislaturas de las entidades federativas) para saber si determinado proyecto legislativo se adecua al contenido de la Constitución.

b) *Resoluciones con fuerza obligatoria*. Estas resoluciones se emitirán una vez que el órgano responsable del control constitucional conozca, incluso de oficio, de irregularidades en los procedimientos de creación de la ley o de reforma constitucional; en este caso, la resolución que se emita tendrá el propósito de inhibir al órgano de mérito para que no continúe con el procedimiento legislativo.

En este ámbito, se deberán atender dos tareas de singular relevancia: 1) el pre-control legislativo en *los procesos de creación de la ley*, y 2) el pre-control legislativo en *los procesos de reforma constitucional*.

II. EL CONTROL CONSTITUCIONAL ORGÁNICO. Es evidente que la justicia constitucional debe incluir el escenario propio de la reparación constitucional cuando los titulares de los órganos del Estado hayan trastocado el orden o los principios de la carta magna. En este caso, será indispensable contar con los mecanismos que hagan posible la reparación constitucional.

Para llevar a cabo el control constitucional orgánico es preciso contar con las *acciones de reparación* viables y de alcances ciertos, a fin de restaurar el orden constitucional que sea vulnerado con determinaciones de los servidores públicos de la entidad federativa.

Cada una de las entidades federativas debe garantizar al interior de su territorio la supremacía de su Constitución. Para ello requiere del establecimiento de medios e instrumentos que en la medida de lo posible eviten violaciones al texto de esa norma, mediante el control de los actos de los servidores públicos, y al mismo tiempo permitan su reparación en caso de que el daño a la supremacía constitucional sea inevitable.

Enrique Uribe Arzate

195. CONTROL DE CONSTITUCIONALIDAD LOCAL (PURO/DE JURISDICCIÓN CONCURRENTE)

De acuerdo con el modelo de Estado federal que tenemos, el fortalecimiento de la justicia constitucional requiere su realización desde dos grandes espacios: 1) *desde el ámbito federal*, donde se sitúa la justicia constitucional por antonomasia mediante la defensa y salvaguarda de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos, y 2) *desde el ámbito de las entidades federativas*, desde donde es posible coadyuvar a la defensa de la Constitución federal, mediante

acciones que pueden llevarse a cabo ante determinados órganos locales especializados en justicia constitucional.

La justicia constitucional, desde el ámbito de las entidades federativas, será posible en la medida en que el propio federalismo pueda ser revitalizado en todos los órdenes que la lógica del sistema federal concede indiscutible valor e importancia a la participación de los estados miembros.

Para poder hacer partícipes a los estados en la materia que nos ocupa, nos parece que la justicia constitucional local debe establecerse en dos modalidades:

1) *Como control constitucional local puro.* Este modelo de control deberá ser diseñado para la salvaguarda de la Constitución local, particularmente por cuanto hace al mantenimiento de las *declaraciones o principios* contenidos en su preámbulo. Tratándose de un tipo de control local, su competencia estará orientada hacia dos cuestiones de orden local:

a) Control constitucional de actos locales. La competencia en este caso buscará mantener dentro del orden previsto por la Constitución particular de la entidad federativa en cuestión, la actuación de cualquiera de los órganos locales. Esto es, la justicia constitucional local o el control constitucional local, en esta modalidad, servirá para exigir a los servidores públicos de tipo local que su desempeño se ajuste a las prescripciones, más aún, a los principios contenidos en la Constitución local.

b) Control constitucional de leyes locales. El control constitucional deberá incluir de la misma manera el control sobre la producción jurídica de las legislaturas locales. En este sentido, debe caber la posibilidad de que el órgano diseñado para tal efecto pueda realizar las tareas de control previo de la constitucionalidad que debemos atribuir al Tribunal Constitucional federal; en este supuesto, el pre-control legislativo funcionará respecto de las leyes emanadas de los Congresos locales.

Ahora bien, para que el control constitucional local aquí señalado pueda tener viabilidad es necesario cumplir con algunas condiciones, como las siguientes: *primera*, que el control constitucional local deberá verificarse de manera exclusiva en el marco de la Constitución local. Esto quiere decir que si en algún caso planteado ante el órgano de control constitucional local, surgiera algún punto que hiciera necesaria la *interpretación* de la Constitución general, en tal supuesto el asunto deberá remitirse de inmediato al Tribunal Constitucional federal; *segunda*, tanto las acciones de pre-control como las de control constitucional a nivel local servirán para obligar a todos los órganos de la entidad federativa en cuestión a sujetar sus actos a lo prescrito por la Constitución local.

2) *Control constitucional local de jurisdicción concurrente.* Uno de los temas de mayor cuidado debe ser el referente a los alcances del control constitucional local en relación con la Constitución federal. Este mecanismo, que hemos denominado *control constitucional de jurisdicción concurrente*, permitirá a un órgano local determinado llevar a cabo el control constitucional respecto de la carta magna y con ello materializar —en un claro ejercicio de federalismo— la participación del estado miembro en la defensa de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos.

Esta competencia deberá ser reconocida a un órgano jurisdiccional local y podrá tener las siguientes dimensiones:

a) Control constitucional dual o absoluto. Este tipo de control permitirá que el órgano local encargado de hacer participe a la entidad federativa en la defensa de la Constitución federal pueda intervenir para salvaguardar cualquier disposición jurídica de la carta magna.

En este caso, la competencia del referido órgano local de control constitucional podrá extender su competencia originaria hasta la defensa y control del contenido de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos. La competencia concurrente, aquí diseñada, fortalecerá el sistema mexicano de justicia constitucional, una vez que se reconozca a los órganos locales la capacidad para participar en la defensa de la Constitución general de la república.

b) Control constitucional relativo. Este tipo de control constitucional local funcionará solo respecto de las decisiones políticas fundamentales plasmadas en la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos.

Por lo pronto, el control constitucional de jurisdicción concurrente de tipo relativo podrá garantizar la permanencia de los principios constitucionales (decisiones políticas fundamentales) a través de la defensa de la Constitución en general.

Por otro lado, no hay que perder de vista que también las Constituciones de los estados miembros pueden contener *declaraciones* (no principios constitucionales) que sin contravenir a las decisiones políticas fundamentales de la carta magna, sirven para definir su autonomía y peculiares condiciones de existencia. Para la salvaguarda de tales declaraciones, es posible establecer el control constitucional local respecto de su propia Constitución.

Todo parece indicar que el control constitucional local es necesario para vigilar que las autoridades locales sujeten su actuación a las disposiciones constitucionales contenidas en la propia Constitución local. A través de dicho control será posible, además, defender las *declaraciones* contenidas en el preámbulo de la misma Constitución.

Luego entonces, el control constitucional de jurisdicción concurrente, realizado desde las entidades federativas, es recomendable porque permitirá garantizar:

a) La constitucionalidad dual de las leyes locales. Es decir, permitirá que las leyes aprobadas por las legislaturas de las entidades federativas se adecuen tanto a los principios contenidos en la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos, como a los previstos por las Constituciones locales.

b) La racionalidad y jerarquía del orden normativo. Parte importante de las tareas asignadas a los órganos de control constitucional local se materializará en la construcción de un sistema jurídico lógico a partir de la aprobación de leyes que guarden congruencia con el texto de las dos Constituciones, la Federal y la particular de la entidad federativa de que se trate.

c) La eficacia normativa. Con la aprobación de las leyes que sujeten su redacción a los principios y prescripciones de mayor jerarquía de las Constituciones será más fácil cumplir con los “contenidos” de la carta magna y con los propios principios redactados en las Constituciones locales. Con un sistema federal de justicia constitucional como el aquí propuesto, podrá acortarse la enorme distancia que en muchos casos hay entre lo que dice la Constitución y lo poco que las leyes secundarias son capaces de convertir en posibilidad y acción.

Enrique Uribe Arzate

196. CONTROL DE CONSTITUCIONALIDAD MIXTO

En el derecho procesal constitucional, la potestad de ejercer el control de la constitucionalidad de las leyes se puede atribuir a todos los jueces que integran el Poder Judicial, o a un solo órgano judicial o con funciones jurisdiccionales, lo que origina la clásica distinción de los sistemas de justicia constitucional según el método de control que se ejerce: en primer lugar el método de control de constitucionalidad difuso, cuando el poder para apreciar la constitucionalidad de las leyes y, en su caso, declarar su inconstitucionalidad e inaplicabilidad al caso concreto se atribuye a todos los jueces de un país, cualquiera que sea su jerarquía; y en segundo lugar el método de control concentrado de la constitucionalidad de las leyes, conforme al cual el poder anulatorio respecto de las mismas, cuando sean contrarias a la Constitución, se atribuye a un solo órgano estatal, sea a la Corte o Tribunal Supremo de Justicia del país o a un Tribunal Constitucional especialmente creado para ello. Ambos sistemas de justicia constitucional, sin duda, responden a principios diferentes, pero pueden coexistir en paralelo, como ha sucedido en buena parte de los regímenes constitucionales de los países latinoamericanos, donde se ha venido configurando un sistema mixto o integral de control de constitucionalidad de las leyes.

En efecto, dentro de los sistemas de justicia constitucional, además de aquellos que adoptan en exclusiva el método de control de constitucionalidad difuso, como sucede en los Estados Unidos o en Argentina; y de aquellos que adoptan también en exclusiva el modelo de control de constitucionalidad concentrado, atribuyendo la jurisdicción constitucional, esto es, la potestad para anular las leyes, a un Tribunal o Corte Constitucional, como sucede por ejemplo en Austria, Alemania, España, Italia, Bolivia y Chile; al Tribunal o Corte Suprema del país, como sucede en Panamá y Uruguay; o a una Sala Constitucional especializada dentro del mismo, como sucede en Paraguay, Costa Rica, El Salvador y Honduras. Se ha venido configurando un sistema mixto o integral de justicia constitucional que se caracteriza por combinar a la vez y en paralelo, el control de constitucionalidad difuso y el control de constitucionalidad concentrado.

En Europa es el caso de Portugal, y en América Latina el sistema mixto o integral se ha adoptado en Brasil, Colombia, Ecuador, Guatemala, Perú, México y Venezuela, donde además del control de constitucionalidad difuso, establecido en muchos casos desde el siglo XIX, se ha atribuido la potestad para ejercer el control de constitucionalidad concentrado a una jurisdicción constitucional ejercida por un Tribunal Constitucional (Colombia, Guatemala, Ecuador, Perú); por el Tribunal o Corte Suprema del país (Brasil), o por una Sala Constitucional dentro del mismo (México y Venezuela).

En los países en los cuales existe un sistema mixto o integral de control de la constitucionalidad, dado el funcionamiento paralelo del método de control de constitucionalidad difuso que ejercen todos los jueces, el control de constitucionalidad concentrado de las leyes es siempre de carácter principal, del cual conoce la jurisdicción constitucional cuando se ejerce una acción de inconstitucionalidad ante la misma, siendo el método incidental, en general, incompatible con el mismo. En estos casos de sistemas mixtos o integral, los jueces no están autorizados para abstenerse de ejercer el control de constitucionalidad difuso y remitir la decisión de la cuestión constitucional ante la

jurisdicción constitucional. En cambio, lo que se ha establecido en algunos países, como Venezuela, es la obligación para los jueces que ejerzan el control difuso de la constitucionalidad de informar a la Sala Constitucional del Tribunal Supremo sobre los fundamentos y alcance de la desaplicación de la ley que sea adoptada, para que esta pueda, de oficio, proceder a ordenar el inicio del procedimiento de nulidad y efectuar un examen abstracto sobre la constitucionalidad de la norma en cuestión.

Allan R. Brewer-Carias

197. CONTROL DE CONSTITUCIONALIDAD POR ÓRGANOS ADMINISTRATIVOS

En la doctrina se emplea la locución control constitucional en alusión a los dispositivos jurídicos creados para asegurar la vigencia efectiva de los preceptos constitucionales y, en consecuencia, invalidar los actos o normas que la contradigan, en aras de la supremacía constitucional.

Se encomienda el control constitucional, principalmente, a instituciones jurisdiccionales que en México lo ejercen a través del juicio de amparo, la controversia constitucional y la acción de inconstitucionalidad.

Al lado de las instituciones jurisdiccionales encargadas del control jurisdiccional surgen, en el derecho comparado, órganos u organismos que participan en esas tareas, entre los que destacan el *Ombudsman* y el Consejo de Estado.

Uno de los temas más importantes del control constitucional es el relativo a los derechos humanos, que en México adquiere mayor relevancia a raíz de la modificación a la denominación del capítulo I del título primero de la Constitución, y la reforma y adición a su art. 1o. (*Diario Oficial de la Federación* del 10 de junio de 2011), en cuya virtud el nuevo rótulo del referido capítulo I es, ahora, “De los derechos humanos y sus garantías”, y se determina que la normativa correspondiente a los derechos humanos se interprete de acuerdo a la Constitución y a los tratados internacionales sobre esa materia, y previene que las autoridades promoverán, respetarán, protegerán y garantizarán los derechos humanos de las personas en consonancia con los principios de universalidad, interdependencia, indivisibilidad y progresividad; consecuentemente, el Estado habrá de prevenir, investigar, sancionar y reparar las violaciones a los derechos humanos en los términos previstos en ley.

Para el control constitucional en materia de derechos humanos, el orden jurídico mexicano ha recurrido a la institución jurídica sueca del *Ombudsman*, que empezó a gestarse en 1713 cuando el rey Carlos XII creó el cargo de supremo representante del monarca, *Hagste ombudsmannen*, cuya función consistía en que los funcionarios cumplieran sus funciones con apego a la ley, y se consolidó en la Constitución sueca de 1809, cuyo art. 96 dispuso que el Parlamento designara un jurisperito de reconocido prestigio como *Ombudsman* (representante) del *Riksdag* (Parlamento), para vigilar a los tribunales y funcionarios a efecto de que estos actuaran con apego a las leyes y, en su caso, perseguir a los que en el desempeño de sus funciones incurrieran en ilegalidades o negligencias, ya fuera por parcialidad, favor o cualquier otra sinrazón. En la Constitución sueca del 28 de febrero de 1974 se dispone: “Artículo 6o. El Parlamento elegirá uno o varios *Ombudsman* para que, con arreglo a las instrucciones que el propio Parlamento acuerde, ejerzan supervisión sobre la

aplicación en la administración pública de las leyes y demás disposiciones. El Ombudsman podrá entablar acción judicial en los supuestos que las instrucciones especifiquen”.

Al final de la Primera Guerra Mundial, en 1919 Finlandia asumió su independencia, separándose de Rusia, y en el art. 49 de su Constitución del 17 de julio de aquel año creó al *oikeusasiamies eduskunnan* (delegado del Parlamento), que vino a ser el *Ombudsman* finlandés.

Concluida la Segunda Guerra Mundial, Dinamarca y Suecia incorporaron en sus respectivos órdenes jurídicos la institución del *Ombudsman*, con lo que adquirió este un talante escandinavo.

En la segunda mitad del siglo xx, numerosos países, Alemania, España, Francia, Israel, Nueva Zelanda y Portugal, entre otros, incorporaron a sus correspondientes estructuras políticas, con mayores o menores variantes y diversas denominaciones, al *ombudsman* —comúnmente caracterizado porque sus resoluciones no son vinculatorias, y solo se apoyan en su *auctoritas*—, lo que le imprimió un carácter internacional.

En México se ha incorporado el *Ombudsman* al orden jurídico nacional mediante la creación de la Comisión Nacional de los Derechos Humanos y las instituciones homólogas en las entidades federativas, en cumplimiento de lo previsto en el apartado B del art. 102 constitucional, que ordena: “El Congreso de la Unión y las legislaturas de las entidades federativas, en el ámbito de sus respectivas competencias, establecerán organismos de protección de los derechos humanos que ampara el orden jurídico mexicano, los que conocerán de quejas en contra de actos u omisiones de naturaleza administrativa provenientes de cualquier autoridad o servidor público, con excepción de los del Poder Judicial de la Federación, que violen estos derechos”.

Entre los atractivos del *Ombudsman*, como dispositivo de control constitucional, figuran la sencillez y rapidez de su trámite, que evitan al agraviado el apoyo de un profesional del derecho, pues se inicia con una simple queja que en México puede ser oral.

En varios países que han adoptado al *Ombudsman* se le ha denominado Defensor del Pueblo, como ha ocurrido en Bolivia, España y Guatemala, por ejemplo.

Otro dispositivo de control constitucional en sede administrativa es el inserto en el instituto de origen francés denominado Consejo de Estado, creado durante la Revolución Francesa por decisión del primer cónsul Napoleón Bonaparte, y que con mayores o menores variantes ha sido adoptado por diversos países como Bélgica, España, Italia y Colombia.

Conforme al modelo original francés, previsto en la Constitución de 1799, el Consejo de Estado ejercía una función consultiva, al servicio de los cónsules, respecto de leyes y reglamentos de la administración pública. El 5 nivoso del año VIII se expidió una disposición reglamentaria en cuya virtud el Consejo de Estado se encargó de los asuntos contenciosos, en un esquema de justicia retenida, pues su función se reducía a proponer, al primer cónsul, la solución a cada reclamación administrativa presentada por los gobernados.

En México, la Constitución de 1836 previno la existencia del Consejo de Estado, bajo la denominación de Consejo de Gobierno, compuesto por 13 miembros, al que encomendó la función consultiva, en cuyo desempeño

debía dar al gobierno su dictamen en todos los casos y asuntos que se le consultaran. Posteriormente, la Ley para el Arreglo de lo Contencioso Administrativo, del 25 de mayo de 1853, en su art. 4o., dispuso la existencia, en el Consejo de Estado, de una sección —que nunca se creó— compuesta por cinco abogados nombrados por el presidente de la República, para conocer de lo contencioso administrativo. El derrocamiento de la dictadura de Antonio López de Santa Anna se tradujo en la abolición de la Constitución de 1836 y de la Ley para el Arreglo de lo Contencioso Administrativo del 25 de mayo de 1853, sin que nunca se haya reinstaurado el Consejo de Estado en México.

Como en otros países, en España subsiste el Consejo de Estado, caracterizado por el art. 107 constitucional como supremo órgano consultivo del gobierno, dotado de autonomía orgánica y funcional, para asegurar que pueda ejercer la función consultiva de manera objetiva e independiente.

Habida cuenta que conforme al art. 21 de la Ley Orgánica 3/1980, del 22 de abril, del Consejo de Estado, este debe ser consultado, entre otros asuntos, en tratándose de anteproyectos de leyes que hayan de dictarse en ejecución, cumplimiento o desarrollo de tratados, convenios o acuerdos internacionales y del derecho comunitario europeo; podrá ejercer control constitucional mediante dictamen adverso al anteproyecto, cuando este contravenga la Constitución.

Jorge Fernández Ruiz

198. CONTROL DE CONSTITUCIONALIDAD SOBRE LA CONSULTA POPULAR

La figura jurídica de la *consulta popular* surge recientemente en el marco jurídico mexicano como un instrumento de participación ciudadana en los procesos democráticos, naturaleza que también podemos observar en las figuras de la *iniciativa ciudadana* o del derecho a ser votado por la vía *independiente*. Lo anterior en razón de la recién creada Ley Federal de Consulta Popular, reglamentaria de la fracción VIII del artículo 35 de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos, publicada en el *Diario Oficial de la Federación* el 14 de marzo de 2014.

Se puede observar en la experiencia latinoamericana que el modelo de consulta popular también forma parte del marco jurídico de diversas naciones. Tal es el caso de Argentina, donde se faculta al Congreso, a iniciativa de la Cámara de Diputados, para someter a consulta popular un proyecto de ley. Por su parte, Colombia establece que el presidente de la República, con la firma de todos los ministros y previo aval del Senado de la República, podrá consultar al pueblo las decisiones de trascendencia nacional, otorgando el carácter de obligatoria a la decisión del pueblo. En Ecuador se prevé el mecanismo de consulta popular para reformar la Constitución. Guatemala, por su parte, contempla que las decisiones políticas de especial trascendencia deban ser sometidas a procedimientos consultivos de todos los ciudadanos, la consulta debe ser convocada por el Tribunal Supremo Electoral a iniciativa del presidente de la República o del Congreso de la República, que fijará con precisión la o las preguntas que se someterán a los ciudadanos. Como veremos, varios de los elementos que nos muestra la experiencia latinoamericana forman parte del modelo de consulta popular mexicana.

La consulta popular en el sistema mexicano es el mecanismo de participación por el cual los ciudadanos ejercen su derecho a través del voto emitido por el que expresan su opinión respecto de uno o varios temas de trascendencia nacional, misma que se efectúa el día de la jornada electoral federal correspondiente.

Conforme a la Ley Federal de Consulta Popular, se reputan con carácter de trascendencia nacional los temas que contengan los siguientes elementos: 1) que repercutan en la mayor parte del territorio nacional, y 2) que impacten en una parte significativa de la población.

Además, por mandato constitucional, no pueden ser objeto de consulta popular la restricción de los derechos humanos reconocidos por esta Constitución; los principios consagrados en el artículo 40 de la misma; la materia electoral; los ingresos y gastos del Estado; la seguridad nacional y la organización, funcionamiento y disciplina de la Fuerza Armada permanente.

Cabe mencionar que el resultado de la consulta popular será vinculante para los poderes ejecutivo y legislativo federales y para las autoridades competentes en los casos en que la participación total corresponda, al menos, al 40% de los ciudadanos inscritos en la lista nominal.

Las consultas populares deben ser convocadas por el Congreso de la Unión a petición del presidente de la República; del equivalente al 33% de los integrantes de cualquiera de las cámaras del Congreso de la Unión; o de los ciudadanos, en un número equivalente, al menos, al 2% de los inscritos en la lista nominal de electores.

Para el ejercicio del derecho del ciudadano para participar en las consultas populares, la petición de las mismas debe pasar previamente por el tamiz constitucional con la resolución de la Suprema Corte de Justicia de la Nación (SCJN) de declaración de constitucionalidad de la materia de la consulta popular; de tal suerte que el constituyente permanente —además del juicio de amparo, las controversias constitucionales y las acciones de inconstitucionalidad— ha otorgado al Máximo Tribunal Constitucional del país un nuevo medio de control de constitucionalidad, es decir, las determinaciones de constitucionalidad sobre la materia de consultas populares. Adicionalmente, conforme al artículo 5 de la Ley Federal de Consulta Popular, se faculta a la SCJN para analizar y resolver respecto a la trascendencia nacional del tema sujeto a consulta, únicamente tratándose de aquellas solicitadas por ciudadanos.

Analizando la primera praxis en la materia, para efectos de llevar a la jornada electoral federal de 2015 diversas consultas populares, fueron presentadas en su momento cuatro peticiones ciudadanas y una más por integrantes del Senado de la República del Congreso de la Unión, esta última fue desechada por el mismo órgano legislativo, por lo que no fue materia de estudio de la SCJN. Las otras cuatro fueron estudiadas y posteriormente desechadas por el Máximo Tribunal, determinando que si bien es cierto se cumplía con el carácter de trascendencia nacional, también lo fue que la materia de las consultas carecía de constitucionalidad por encontrarse en los supuestos contenidos en el apartado tercero de la fracción VIII de la carta magna, es decir, de los temas prohibidos a ser sujetos de consulta. Tal fue el caso de la consulta en materia de reducción de los integrantes del Congreso federal, desechada por trastocar los principios consagrados en el artículo 40 de la Constitución y estar relacionada con la materia electoral; así como aquellas dos consultas

respecto a la reforma energética y una más en materia de salarios mínimos, las cuales fueron calificadas de inconstitucionales por versar sobre los ingresos y gastos del Estado.

De todo lo expuesto se puede destacar que la consulta popular es un modelo de participación que empodera al ciudadano, el cual, al igual que la iniciativa ciudadana, es muestra de una reingeniería jurídica tendente a la transición hacia una democracia más directa; sin embargo, en vista de las primeras resoluciones respecto a la inconstitucionalidad de todas las consultas populares presentadas y con el fin de dar plena vigencia al derecho ciudadano de votar sobre temas de trascendencia nacional, es pertinente replantear las limitantes constitucionales —o, en su caso, analizar y matizar el alcance de las mismas a través de la ley secundaria— para no caer en el absurdo de tener, por un lado, el requisito constitucional de decretar la trascendencia nacional y, por el otro, la inconstitucionalidad y, por tanto, la inoperancia e inviabilidad de la consulta en razón de la amplitud de las restricciones contenidas en la carta magna, teniendo un mecanismo en el derecho vigente pero sin darse las condiciones para encontrarse en el derecho positivo.

Por último, huelga decir que ante este nuevo modelo es de destacarse que la SCJN robustece sus facultades incidiendo directamente en el proceso de participación ciudadana, dando así lugar al nuevo control de constitucionalidad sobre la consulta popular.

Emanuel López Sáenz

199. CONTROL DE CONVENCIONALIDAD (SEDE INTERNA)

Uno de los más recientes y efectivos esfuerzos de la Corte Interamericana de Derechos Humanos para incrementar el nivel de cumplimiento de la Convención Americana sobre Derechos Humanos a nivel nacional es la creación de la doctrina del “control de convencionalidad”. La Corte la ha entendido como “una institución que se utiliza para aplicar el derecho internacional”, principalmente “el derecho internacional de los derechos humanos, y específicamente la Convención Americana y sus fuentes, incluyendo la jurisprudencia” de dicho Tribunal.

Esta doctrina establece una obligación internacional a cargo de todas las autoridades de los Estados parte del Pacto de San José de interpretar cualquier norma nacional (Constitución, ley, decreto, reglamento, jurisprudencia, etcétera) de conformidad con la Convención Americana y, en general, con el *corpus juris interamericano*; en caso de que exista una manifiesta incompatibilidad entre la norma nacional y el *corpus iuris interamericano*, las autoridades estatales deberán abstenerse de aplicar la norma nacional para evitar la vulneración de los derechos humanos protegidos internacionalmente. Las autoridades estatales deben ejercer *de oficio* el control de convencionalidad, pero siempre actuando dentro de sus respectivas competencias y de las regulaciones procesales correspondientes, las cuales se definen en el ámbito interno.

La doctrina se estableció por la Corte Interamericana en el caso *Almonacid Arellano y otros vs. Chile*, en 2006. Este caso trata, entre otras cuestiones, sobre la responsabilidad internacional del estado chileno por la adopción y aplicación del Decreto-ley 2.191 de 1978, el cual concedía una amnistía general a todos los responsables de hechos delictivos cometidos entre el 11 de septiembre

de 1973 y el 10 de marzo de 1978. La aplicación de este decreto por parte del Poder Judicial tuvo como efecto inmediato el cese de investigaciones y el archivo del expediente de la ejecución extrajudicial del señor Luis Alfredo Almonacid Arellano, quien fue ejecutado por la policía en el contexto de graves violaciones a derechos humanos que siguieron al golpe de Estado presidido por el general Augusto Pinochet, en 1973, lo cual constituyó una violación a los arts. 1.1, 8o. y 25 de la Convención Americana. Siguiendo su jurisprudencia en materia de justicia transicional, la Corte Interamericana declaró la nulidad *ab initio* del referido Decreto-ley, estableciendo que en casos donde el Poder Legislativo falle en su tarea de suprimir leyes contrarias al Pacto de San José, el Poder Judicial permanece obligado a respetar y garantizar los derechos protegidos por la Convención y, por lo tanto, debe realizar un control de convencionalidad, de forma tal que los jueces velen porque los efectos de las disposiciones de la Convención Americana no se vean mermados por la aplicación de leyes contrarias a su objeto y fin.

El precedente creado en el caso *Almonacid* ha sido reiterado en más de 20 sentencias posteriores, en algunas ocasiones con matices sustanciales que precisaron algunos de sus aspectos conceptuales, entre los que destacan: *Trabajadores Cesados del Congreso (Aguado Alfaro y otros) vs. Perú* (2006), *Heliodoro Portugal vs. Panamá* (2008), *Radilla Pacheco vs. México* (2009), *Cabrera García y Montiel Flores vs. México* (2010), y *Gelman vs. Uruguay* (2011), así como la supervisión de cumplimiento de esta última sentencia (2013).

El *fundamento normativo* de la doctrina se encuentra principalmente en los arts. 1.1, 2o. y 29 de la Convención Americana, y en los arts. 26 y 27 de la Convención de Viena sobre el Derecho de los Tratados. De los arts. 1.1 y 2o. del Pacto de San José se desprende la obligación de desarrollar prácticas estatales conducentes a la observancia efectiva de los derechos y libertades consagrados en la misma, por lo que es necesario que la interpretación de las leyes domésticas se encuentre ajustada a cumplir con la obligación de respeto y garantía. Del art. 29 de la Convención se desprende la obligación de las autoridades de permitir de la manera más amplia posible el goce y ejercicio de los derechos establecidos en el Pacto de San José o en otros instrumentos nacionales o internacionales. Finalmente, de manera subsidiaria, los principios de buena fe, efecto útil y *pacta sunt servanda*, y la prohibición de invocar el derecho interno como justificación para el incumplimiento de un tratado, de conformidad con los arts. 26 y 27 de la Convención de Viena, complementan el deber de las autoridades estatales de garantizar el cumplimiento de las obligaciones del Estado conforme a la Convención Americana. Estos elementos, tomados en conjunto, sustentan la existencia del control de convencionalidad.

Estimo que también el art. 25 del Pacto de San José constituye un fundamento por lo que hace al control de convencionalidad judicial, en tanto que dicho precepto se refiere al derecho a un recurso sencillo, rápido y efectivo ante jueces o tribunales competentes que “ampare” contra actos que violen derechos fundamentales reconocidos por la Constitución, las leyes o la propia Convención Americana; de esta forma, este precepto conforma un elemento integrador de los derechos, estableciendo un *derecho a la garantía de los derechos fundamentales* de fuente nacional y convencional.

Los *elementos* que componen el control de convencionalidad pueden clasificarse de acuerdo con a) las autoridades a las que obliga; b) la intensidad con

la que las autoridades deben efectuar el control, y *c*) el parámetro con el cual se efectúa dicho control. En relación con el *primer elemento*, es posible afirmar que se trata de un control extenso que alcanza a todas las autoridades del Estado, sin importar si pertenecen al Poder Ejecutivo, al Legislativo o Judicial, puesto que la obligación de respetar y garantizar los derechos conforme a los arts. 1.1 y 2o. de la Convención Americana le corresponde al Estado como un todo y, por lo tanto, no puede estar sujeta a la división de atribuciones que señale el derecho interno. Sin embargo, el cumplimiento de esta obligación recae especialmente en el poder judicial y/o tribunales, cortes y salas constitucionales, al tener un rol central en la salvaguarda de los derechos fundamentales (nacionales y convencionales) en el orden jurídico interno de conformidad con los arts. 25 (protección judicial) y 1.1 de la Convención Americana (deber de respeto y garantía); por lo que los jueces nacionales, sin importar su jerarquía, grado de competencia o materia de especialización, deben actuar como el primer y auténtico guardián de los derechos previstos en la Convención Americana.

Lo anterior no significa que todas las autoridades deban ejercer el control con la misma intensidad, pues la manera en que es realizado está condicionada por el derecho nacional. Sobre este *segundo elemento*, la Corte estableció este criterio en el caso *Trabajadores Cesados del Congreso vs. Perú* (2006), en donde determinó que las autoridades (los jueces, en este caso) debían realizar el control de convencionalidad “de oficio”, pero “evidentemente en el marco de sus respectivas competencias y de las regulaciones procesales correspondientes”; de esta forma, por ejemplo, en los sistemas de control difuso, donde todos los jueces tienen competencia para dejar de aplicar una ley al caso concreto por contravenir la Constitución nacional, el grado de control de convencionalidad resulta de mayor alcance, al tener todos los jueces nacionales la atribución de inaplicar la norma inconvencional. En cambio, el grado de intensidad disminuirá en aquellos sistemas donde no se permite el control difuso de la constitucionalidad, estando obligados en todo caso a realizar una interpretación conforme a la Convención. Por supuesto, el hecho de que existan estas graduaciones en la intensidad del control es independiente de la obligación de las autoridades de ejercerlo *ex officio*, conforme a sus competencias y regulaciones procesales correspondientes.

En relación con el *tercer elemento*, relativo al parámetro de control, las normas que sirven como base para su ejercicio son aquellas contenidas en el *corpus juris interamericano*, el cual se integra, en general, por los tratados internacionales de derechos humanos creados en el seno de la Organización de Estados Americanos (OEA) y su interpretación por la Corte Interamericana. De esta forma, el catálogo de normas que sirve de parámetro al control (dependiendo de la firma, ratificación o adhesión de cada Estado, así como en consideración a las reservas que no sean contrarias al objeto y fin del tratado) son las establecidas en la Convención Americana sobre Derechos Humanos, sus dos protocolos adicionales relativos a los Derechos Económicos, Sociales y Culturales (Protocolo de San Salvador), y sobre la Abolición de la Pena de Muerte; y otros tratados, como la Convención Interamericana para Prevenir y Sancionar la Tortura; la Convención Interamericana sobre Desaparición Forzada de Personas; la Convención Interamericana para Prevenir, Sancionar y Erradicar la Violencia contra la Mujer (Convención de Belém do Pará) y la Convención In-

teramericana para la Eliminación de todas las Formas de Discriminación contra las Personas con Discapacidad. De esta manera, es posible afirmar que el parámetro de control puede llegar a formar un auténtico “bloque de convencionalidad” (que eventualmente puede quedar comprendido dentro del “bloque de constitucionalidad” en el ámbito nacional).

Las acciones concretas que deben ser llevadas a cabo por las autoridades estatales en el cumplimiento de la obligación de realizar un control de convencionalidad son variadas. La primera es interpretar la norma nacional de conformidad con el *corpus juris interamericano*, e inaplicar dicha norma en aquellos casos en donde no admita interpretación conforme posible y la autoridad tenga dicha competencia. Resulta, incluso, posible que ahí donde la autoridad encuentre una norma manifiestamente incompatible con la Convención, y tenga las facultades para declarar su invalidez con efectos generales (competencia de ciertos tribunales o salas constitucionales) la autoridad debe hacerlo para evitar futuras vulneraciones. Asimismo, el control también posee un rol importante en el cumplimiento de las sentencias de la Corte Interamericana, especialmente cuando dicho acatamiento queda a cargo de jueces nacionales, tal y como lo estableció la Corte Interamericana en la ya mencionada supervisión de cumplimiento de sentencia en el caso *Gelman vs. Uruguay* (2013).

En consideración de lo anterior, es posible determinar *tres objetivos* principales perseguidos por la doctrina del control de convencionalidad. El *primero* es prevenir la aplicación de normas nacionales que manifiestamente sean incompatibles con la Convención Americana y que resultan nulas *ab initio*, como sucede con las leyes de amnistía que permiten impunidad en casos de desaparición forzada, ejecuciones extrajudiciales, crímenes de lesa humanidad, y otras graves violaciones de los derechos humanos. El *segundo* objetivo es servir como una institución que permita a todas las autoridades del Estado cumplir adecuadamente con su obligación de respeto y garantía de los derechos humanos protegidos por la Convención Americana y otros tratados, y con el cumplimiento de sentencias dictadas en contra del Estado al que la autoridad pertenece. De esta forma, la doctrina busca fortalecer la complementariedad (subsidiariedad) de los sistemas nacionales y el sistema interamericano en la protección de los derechos fundamentales. Finalmente, el *tercer* objetivo es servir como un medio para permitir y acrecentar el *diálogo*, especialmente un *diálogo jurisprudencial* en materia de derechos humanos, entre los tribunales nacionales y la Corte Interamericana que permita efectivizar los derechos fundamentales, constituyendo un elemento esencial en la formación e integración de un *ius constitutionale commune* en beneficio de la protección de la dignidad de todas las personas en la región.

Eduardo Ferrer Mac-Gregor

200. CONTROL DE CONVENCIONALIDAD (TEST DE)

Deducimos de la jurisprudencia de la Corte Interamericana la realización de un test de convencionalidad que comprende las siguientes fases cuando el tribunal activa el control de convencionalidad de las leyes y/o de la jurisprudencia nacionales, en el evento de que el derecho interno no se *adecue* (incompatible) a la Convención Americana sobre Derechos Humanos u otros tratados y a la jurisprudencia de la Corte Interamericana, con

fundamento en el art. 2o. de la Convención Americana sobre Derechos Humanos. Veamos.

En primer lugar, la Corte Interamericana verifica, precisa y califica el supuesto *fáctico* (los hechos probados) del caso contencioso concreto a resolver.

En segundo lugar, la Corte Interamericana establece un conflicto *normativo de inconventionalidad* en concreto entre el derecho interno (independientemente de la jerarquía: normas constitucionales, legales o reglamentarias, jurisprudencia, prácticas judiciales o administrativas) y el derecho internacional de los derechos humanos (la Convención Americana sobre Derechos Humanos u otros tratados referentes a la protección de los derechos humanos en los Estados americanos, y la jurisprudencia de la Corte Interamericana: *acquis conventionnel* , siendo este el parámetro de convencionalidad), resultando incompatibles entre sí para resolver el caso, en el momento de su aplicación, en el marco de la calificación del supuesto *fáctico* .

En tercer lugar, el conflicto normativo de *inconventionalidad* —que ha de ser sustancial— presupone que la Convención Americana sobre Derechos Humanos u otros tratados referentes a la protección de los derechos humanos en los Estados americanos aplicables conforman el derecho interno del Estado parte en dichos tratados, y el conflicto supone la existencia y validez de dos normas jurídicas contradictorias y aplicables en la jurisdicción interna del Estado, en el siguiente orden.

En efecto, para que exista conflicto normativo sustancial de *inconventionalidad* hay que verificar en el caso concreto, cuando ocurrieron los hechos:

a) La vigencia del derecho interno (normas constitucionales, legales o reglamentarias, jurisprudencia, prácticas judiciales o administrativas) y su aplicabilidad.

b) Que están en vigor la Convención Americana sobre Derechos Humanos y otros tratados referentes a la protección de los derechos humanos en el derecho interno.

c) Que en su aplicabilidad se relacionan el *vigor* de la Convención Americana u otros tratados con la *vigencia* del derecho interno para resolver el caso concreto.

d) La aplicabilidad de la jurisprudencia de la Corte Interamericana *respecto* de la jurisprudencia, prácticas judiciales o administrativas nacionales aplicables con aquella, por tratarse del mismo o similar supuesto *fáctico* en el caso concreto a resolver.

En cuarto lugar, debe existir una real *contradictio in terminis* directa entre la norma jurídica o la jurisprudencia, prácticas judiciales o administrativas internas y la norma sustancial convencional y/o la jurisprudencia de la Corte Interamericana.

En quinto lugar, el *escrutinio de adecuación* material que hace la Corte Interamericana, en el caso concreto, consiste en el examen de confrontación normativo del derecho interno (norma constitucional, legal o reglamentaria, prácticas judiciales o administrativas) y/o de la jurisprudencia nacional frente a la Convención y a la jurisprudencia interamericanas — *acquis conventionnel* —, con el objeto de establecer la incompatibilidad directa (*contradictio in terminis*) de la norma, de la jurisprudencia o de las prácticas nacionales con el *acquis conventionnel* , generando el incumplimiento de las obligaciones internacionales específicas (derechos humanos civiles y políticos, arts. 3o. a 25) en relación con

el incumplimiento de las obligaciones internacionales generales derivadas de los arts. 1.1 y 2o. de la Convención.

En sexto lugar, para establecer la *contradictio in terminis de inconventionalidad* además hay que interpretar la Convención Americana u otros tratados y el derecho interno. Se trata de la interpretación de normas *en concreto*, “que consiste en subsumir un supuesto de hecho concreto en el campo de aplicación de una norma previamente identificada «en abstracto»”. En otras palabras, la interpretación la realiza la Corte en el marco de la calificación de *facto* y de *jure* de los hechos del caso concreto que resuelve aplicando la Convención Americana y la jurisprudencia convencional, concluyendo que el derecho interno (normas, jurisprudencia o prácticas) aplicado por el juez nacional para resolver el caso es *inconventional*; examen de confrontación normativo del que se deriva la *primacía* de la Convención Americana sobre el derecho interno, incluida la Constitución.

En séptimo lugar, la Corte establece, en el caso concreto, las violaciones a los derechos humanos reconocidos en la Convención Americana y/o la transgresión de la jurisprudencia interamericana —*acquis conventionnel*—, que con la *aplicación* de la norma (constitucional, legal o reglamentaria) y/o de la jurisprudencia, de las prácticas judiciales o administrativas internas *inconventionales* *afectaron* a una persona humana o a un grupo de personas determinadas, individualizadas e identificadas —presuntas víctimas y/o sus familiares—.

No obstante lo anterior, la jurisprudencia de la Corte ha evolucionado progresivamente, distinguiendo si la norma nacional es o no de aplicación inmediata. Dependiendo del caso concreto, la Corte se ha referido a la *existencia* de la norma interna, a su *expedición* (o *inicio*), su *vigencia* o su aplicación.

En octavo lugar, como consecuencia de lo anterior (la *inconventionalidad* normativa, jurisprudencial o de prácticas) se configura un hecho internacionalmente ilícito atribuible al Estado parte de la Convención Americana u otros tratados, generando de inmediato la responsabilidad internacional del Estado (*tempus commisi delicti*) por dichas violaciones a los derechos convencionales y/o la jurisprudencia convencional (*acquis conventionnel*) y, por consiguiente, nace la obligación internacional a cargo del Estado de reparar integralmente los daños materiales e inmateriales a las presuntas víctimas y/o sus familiares (*restitutio in integrum*), según la calificación de los hechos —probados—.

En noveno lugar, la Corte Interamericana —mediante sentencia— ordena al Estado las reparaciones integrales de los daños, disponiendo el *cese* (*poner fin* a la conducta estatal *inconventional*) de los efectos jurídicos de las normas, jurisprudencia y prácticas nacionales *inconventionales* (hechos internacionalmente ilícitos de carácter *continuo*), estableciendo además las obligaciones internacionales *de resultado de naturaleza jurídica* de adoptar *seguridades* y *garantías de no repetición*; para hacer efectiva estas obligaciones y las siguientes, el Estado deberá: reformar la Constitución, derogar, modificar o anular la ley o el acto administrativo, o completar sus contenidos; expedir una ley o un acto administrativo; adecuar la jurisprudencia o prácticas internas a la jurisprudencia de la Corte, y las demás reparaciones que fueren necesarias para restablecer la situación jurídica anterior (*restitutio in integrum*) a las violaciones y que el Estado garantice a las víctimas y/o sus familiares el respeto y el libre y pleno ejercicio de sus derechos reconocidos en la Convención; adecuando de esta

forma el derecho interno al estándar mínimo interamericano (el derecho internacional de los derechos humanos).

Ernesto Rey Cantor
Ángela Margarita Rey Anaya

201. CONTROL DE LA REGULARIDAD DE LOS PROCEDIMIENTOS DE VOTACIÓN (EUROPA CENTRO-ORIENTAL)

La confianza a los tribunales constitucionales de la competencia en materia de disputas electorales es interpretada como la prueba de la voluntad para redimensionar el papel del Parlamento y de los partidos. Se trata de una función que tiene una doble incidencia: por una parte, entra en juego el enlace entre la voluntad popular y la representación política mediante la garantía del derecho de votar. Tal atribución se coloca en una tendencia de concebir el momento electoral como piedra angular de la democracia constitucional. Por otro lado, se confía a un árbitro la recomposición de controversias que, por otra parte, son remediadas en sede parlamentaria, lo cual acentuaría el poder de los partidos, una forma de control aplicada en los anteriores regímenes socialistas.

El control electoral del mandato presidencial por los órganos de justicia constitucional se encuentra en muchos de los ordenamientos de Europa centro-oriental que disponen la elección directa del jefe de Estado; los arquetipos austriaco y francés han sido replicados con ajustes en Lituania, Eslovaquia, Bulgaria y Rumania.

En Lituania, la Corte Constitucional decide sobre las violaciones de las leyes electorales en relación con la elección del presidente de la República (art. 105 constitucional, párr. 3, núm. 1). En cuatro recursos presentados hasta el momento no se ha encontrado ninguna violación.

En Eslovaquia, de conformidad con el artículo 129 constitucional, la Corte Constitucional decide sobre la constitucionalidad y legalidad de las elecciones del presidente de la República (párr. 2) y de los recursos en contra del resultado de la votación popular de revocación del presidente (párr. 3). A partir de 1999, año en que se introdujo el sistema de elección directa del jefe de Estado, ha habido tres recursos, presentados todos en la elección de 2009.

La Constitución búlgara dispone que “La Corte Constitucional juzga sobre recursos relativos a la legalidad de las elecciones del presidente y del vicepresidente” (art. 149, párr. 1, núms. 6 y 7), que se sustancia en el control del respeto de los procedimientos electorales; sin embargo, no es por esta vía que la Corte ha intervenido al respecto, sino mediante la interpretación constitucional. En 1996, la Corte aclaró que solo los ciudadanos búlgaros por nacimiento podían ser candidatos; en 2001 negó al heredero al trono, Simeone II —que vivió mucho tiempo en el exilio— la participación en las elecciones presidenciales por falta del requisito de residencia.

En Rumania está previsto que la Corte Constitucional controle el cumplimiento del procedimiento para la elección del presidente de la República y que confirme los resultados, según el artículo 146 constitucional, letra f. Más precisamente, la Corte es el órgano que tiene competencia para decidir sobre la elegibilidad de los candidatos, para juzgar sobre las resoluciones del órgano electoral relativas al impedimento para los partidos políticos de desarrollar la

campaña electoral, así como para dar a conocer los resultados, examinar las quejas sobre los resultados y, si es necesario, decidir sobre la organización de la segunda vuelta de la votación, indicando los candidatos y el día de la elección. A la fecha, más de 300 recursos han sido presentados ante la Corte, en los cuales se ha tenido la oportunidad de aclarar los requisitos de elegibilidad y el hecho de que la anulación de las elecciones depende de la dimensión y relevancia de las irregularidades.

En cuanto a la exportación del concepto alemán del control sobre las elecciones generales encomendada a los jueces constitucionales, a veces en vía exclusiva y en ocasiones en segunda instancia después del control de órganos especiales, el control electoral se encuentra en los ordenamientos checo, eslovaco, lituano, búlgaro y esloveno, y puede ir de la detección de la regularidad de los procedimientos de votación a la determinación de las causas de inelegibilidad e incompatibilidad de los miembros del parlamento.

En la República Checa, la Corte Constitucional juzga “sobre el remedio correctivo contra una decisión relativa a la verificación de la elección de diputado o senador” (art. 87 constitucional, párr. 1, letra e) y “en caso de duda sobre la pérdida de la elegibilidad e incompatibilidad en el desempeño de las funciones del diputado o del senador de conformidad con el artículo 25” (art. 87 constitucional, párr. 1, letra f). En una sentencia de 1999, la Corte, después de haber subrayado que este tipo de intervención no es importante, tanto en el plano de la tutela de los derechos constitucionales garantizados como en el de la confiabilidad del proceso electoral democrático, declaró la regularidad de las elecciones de un senador (causa I. ÚS 526/98).

En Eslovaquia, la Corte Constitucional decide sobre los recursos en contra las decisiones relativas al control del mandato parlamentario (art. 129 constitucional, párr. 1) y decide la constitucionalidad y legalidad de las elecciones de los órganos del autogobierno territorial y de las elecciones del Parlamento Europeo (art. 129 constitucional, párr. 2). Con respecto a las elecciones generales, en 1994 fueron rechazados los diez recursos presentados. En aquella ocasión, la Corte aclaró que su poder de declarar nulas las elecciones no se extendía a todas las violaciones de la ley electoral, sino solo a aquellas graves, en serie o múltiples, y que el ámbito de control no preveía el de las firmas necesarias para la candidatura al escaño parlamentario (decisión ÚS 19/94 e ÚS 16/94).

En Lituania, la Corte Constitucional decide sobre las violaciones de las leyes electorales relativas a las elecciones de los miembros de la *Seimas* (art. 105 constitucional, párr. 3, núm. 1). Solamente ocho casos fueron planteados por presuntas irregularidades por el jefe de Estado.

En Bulgaria, la Corte Constitucional juzga sobre los recursos inherentes a la legalidad de las elecciones al Parlamento (art. 149 constitucional, párr. 1, núm. 7). Las instancias pueden ser planteadas únicamente por determinados órganos o sujetos, o sea, una quinta parte de los parlamentarios, el jefe de Estado, el Consejo de Ministros, el Tribunal Supremo de Apelación, la Corte Suprema Administrativa y el procurador general (art. 150 constitucional). Esto significa que un partido político o un candidato deben tener el apoyo de uno de los citados órganos/sujetos para recurrir dentro de los siete días siguientes a la validación de la votación por la comisión electoral, y dentro de los 15 días subsiguientes a la Corte Constitucional. La Corte Europea de De-

rechos Humanos estableció que este procedimiento no garantiza una tutela judicial efectiva en el caso *Pelkov and others vs. Bulgaria*, de 11 de junio de 2009, núms. 77568/01, 178/02, 505/02.

En Eslovenia, el artículo 82 constitucional, párrafo 3, confía a la Corte Constitucional la tarea de juzgar sobre las apelaciones en contra de las decisiones de la Asamblea Nacional de confirmación de las elecciones de los diputados. Además, en virtud del artículo 50, párrafo 3, de la Ley del Consejo Nacional, la Corte juzga sobre las apelaciones en contra del Consejo Nacional de confirmación de las elecciones de sus miembros. En general, los recursos electorales son esporádicos.

Serena Baldín

202. CONTROL DE LEGALIDAD

El control de legalidad es una concepción que tiene su origen en el derecho moderno. Su aparición se encuentra estrechamente relacionada con la centralización del poder en el Estado, su consecuente reivindicación del monopolio de la producción legislativa y la necesidad de hacer efectivo el mandato de las leyes. Como resultado de esta nueva configuración, resultaba indispensable obligar no solo a los gobernados, sino a la administración pública en general y a los jueces en lo particular, a apegarse al mandato estricto de la ley. Para tal efecto, se diseñaron instrumentos procesales como la casación, entre cuyos objetivos se encontraba revisar que una resolución impugnada (casada) fuera efectivamente apegada al mandato de la ley. Desde el punto de vista práctico, la labor de los tribunales de casación en su vertiente de instrumentos de control de la legalidad consistía en depurar a las sentencias de todo aquel contenido normativo que no tuviera un origen estrictamente legislativo. De esta manera, otras fuentes del derecho, como la doctrina o la costumbre, debieron ceder su lugar a la ley. Con el paso del tiempo la función del control de legalidad se transformó. Pasó de ser un instrumento encargado de verificar la estricta aplicación de la ley, a uno cuya función consistió en evaluar la correcta aplicación de la ley. En el primer caso, la labor se centraba en constatar que las leyes fueran efectivamente aplicadas y que no se emplearan fuentes que no tuvieran un origen legislativo. En el segundo caso, en cambio, el objetivo consiste en emitir una valoración para determinar si un precepto ha sido correctamente aplicado para resolver una cuestión en particular. Por decirlo de alguna manera, si la ley X fue correctamente aplicada, o si dicha ley no era aplicable y en su lugar debió aplicarse la ley Y. En este último caso, el tribunal encargado de realizar el control de la legalidad debe verificar no solo la ley aplicada sino que la misma sea la que corresponda a la situación fáctica sujeta a juicio.

El control de la legalidad en México tuvo sus primeras expresiones a mediados del siglo XIX con la instauración de tribunales de casación en diversas entidades federativas. Sin embargo, dados los complejos requisitos técnicos exigidos para la procedencia de la casación, su empleo era poco frecuente. En la década de los años sesenta del propio siglo XIX, los abogados mexicanos empezaron a recurrir al juicio de amparo para impugnar en forma extraordinaria resoluciones judiciales bajo el argumento de que se oponían al mandato constitucional de apego a la legalidad establecido en el art. 14 de la Constitución. Así apareció el llamado amparo casación, como un instrumento menos

formalizado que el recurso de casación, y eficaz para impugnar la legalidad de las resoluciones judiciales. Los tribunales federales no siempre fueron proclives a escuchar este tipo de argumentos. Al efecto sostenían que se violentaba la cosa juzgada establecida por los tribunales ordinarios. En algún momento dicha postura fue incluso sostenida por el legislador (art. 8o. de la Ley de Amparo de 1868), quien estableció la prohibición de recurrir al amparo para impugnar resoluciones provenientes de tribunales ordinarios. A finales del siglo XIX la ley y los criterios jurisprudenciales cambiaron. Desde entonces el amparo casación o amparo directo es una herramienta ampliamente utilizada en la práctica forense mexicana.

En la actualidad, los instrumentos de control de la legalidad se han diversificado; ejemplo de ello es el juicio contencioso administrativo. Sin embargo, el amparo, tanto el indirecto en contra de autoridades no jurisdiccionales, como el directo contra resoluciones de tribunales, se mantienen como los principales mecanismos de control de la legalidad en México. La jurisprudencia de la Suprema Corte de Justicia y de los tribunales colegiados de circuito dan cuenta de la extensión y minuciosidad con la que se trata la legalidad a propósito de la interpretación de los alcances de los arts. 14, 16 y 31, frac. IV, de la Constitución.

José Antonio Caballero

203. CONTROL DEL PODER

El control del poder es la función, jurídica o política, que consiste en autorizar, supervisar, comprobar, evaluar, fiscalizar o sancionar las decisiones y acciones de cada órgano del Estado, por parte de diferentes instancias del propio órgano, o de otro u otros órganos estatales.

La presencia y eficacia de los controles es uno de los elementos para determinar el grado de desarrollo de un sistema constitucional. A menores controles, mayor concentración del poder, con la consiguiente proclividad a ejercerlo de manera discrecional, lo que a su vez genera arbitrariedad e impunidad. A la inversa, la presencia de los controles supone un ejercicio más responsable del poder.

Uno de los principales problemas de los controles consiste en su diseño. Es común que cuando se piensa en ellos se tengan en cuenta experiencias consideradas paradigmáticas, a veces sin advertir que cada institución tiene efectos diferentes según el contexto institucional y cultural en el que funciona.

El diseño adecuado de los controles es la clave para alcanzar sus objetivos. Los controles no tienen por objeto dificultar, y mucho menos impedir, que los órganos del Estado cumplan con esos objetivos. En un Estado constitucional, los controles tienen por meta que cada uno de sus órganos consiga su mejor rendimiento.

La eficacia de las instituciones depende en buena medida de la capacidad y de la probidad de sus titulares. Los controles se orientan a determinar y asegurar que se cumpla con los estándares de capacidad y probidad requeridos para la gestión institucional.

Los elementos del control del poder son los siguientes:

Función jurídica o política. El control puede ser administrativo, jurisdiccional o político. Es administrativo cuando lo llevan a cabo instancias internas del órgano controlado —o externas, correspondientes a otro órgano, pero en

ambos casos pertenecientes a la administración—; es jurisdiccional cuando corresponde a los tribunales, en cualquiera de sus especialidades, y es político cuando lo aplican los órganos de representación política.

Los controles administrativo y político pueden implicar la autorización, supervisión, comprobación, evaluación, fiscalización o sanción de las decisiones y acciones; los controles jurisdiccionales solo corresponden a la fiscalización y eventual sanción de los actos objeto de control.

Lo más frecuente es que la función de control se ejerza de conformidad con disposiciones legales, pero se admiten las prácticas que no se opongan a la norma y que, por el contrario, resulten complementarias. La deliberación política es una de esas prácticas de las que resultan expresiones de control del poder. El solo hecho de que las decisiones y acciones de los órganos del poder sean discutidas implica una forma primaria de control. Varios de los instrumentos constitucionales y legales correspondientes a los controles ejercidos por los congresos se apoyan en el debate público, por lo general en sede parlamentaria, y en valoraciones de carácter político.

Autorización. Es la serie de facultades conforme a las cuales las decisiones de un órgano deben ser sometidas a procedimientos de aprobación por diversas instancias internas, o convertidas en propuesta ante un órgano externo.

Las autorizaciones externas pueden referirse a un documento (*v. gr.*, ley, tratados, presupuesto, programa de trabajo) o a una persona (*v. gr.*, nombramiento, reconocimiento). En el primero de los casos, el control más usual es el que se ejerce con motivo del procedimiento legislativo y presupuestario, y tiende a ampliarse merced a la cada vez más frecuente sujeción de los programas de gobierno a la aprobación congresual. En el segundo caso se trata de que el órgano de control haga designaciones a partir de las propuestas formuladas por el órgano controlado, o bien, que ratifique u otorgue su confianza a los nombramientos hechos por el controlado.

Ratificación y confianza son instituciones diferentes. La primera es un acto jurídico irrevocable que se limita a constatar que el propuesto para la designación cumple con los requisitos legales exigidos. La confianza, en cambio, es un acto jurídico revocable mediante la censura, y se otorga merced a la valoración política de la persona que es propuesta para el desempeño de un cargo.

Supervisión. Es la facultad de la instancia interna o del órgano externo para realizar inspecciones o investigaciones acerca del funcionamiento del órgano controlado.

Comprobación. Es la facultad de verificar que las decisiones y acciones del órgano controlado se ajustaron a lo previsto por la norma, por el presupuesto, por el programa o por las atribuciones específicas que se le hayan conferido.

Evaluación. Es la facultad de apreciar los efectos de las decisiones y de las acciones del órgano controlado para determinar si alcanzaron los objetivos comprometidos.

Fiscalización. Es la facultad de iniciar y desarrollar un procedimiento, si se trata de un control administrativo o político, o un proceso, si se trata de un control jurisdiccional, para aclarar dudas o confirmar certidumbres acerca de las decisiones y de las acciones del órgano controlado, cuando se estima que ha incumplido la norma, el programa de trabajo o las asignaciones espe-

cíficas, incurriendo en excesos o en defectos lesivos para los intereses de los gobernados.

Sanción. Es la facultad del órgano de control para castigar a los titulares de los órganos controlados. En el caso de los controles administrativos, la gama de castigos posibles son destitución, multa e inhabilitación; en el caso de los controles jurisdiccionales, el castigo puede incluir además la reclusión, y en el caso de los controles políticos, los castigos consisten en la reprobación —mediante una declaración pública— y en la censura, como una petición de remoción dirigida al superior del censurado o la remoción directa, en los sistemas que así lo previenen.

Órganos. Los controles pueden ser internos o externos. Son internos cuando diferentes instancias de un mismo órgano tienen a su cargo la función de controlar al propio órgano; son externos cuando el controlador es diferente y ajeno al controlado. Para estos efectos, el gobierno puede ser considerado como un órgano que dispone de un sistema de control general, así como cada una de las entidades o dependencias que conforman al gobierno puede contar con su sistema de controles propios. Los controles externos son los que se llevan a cabo entre distintos órganos del poder. Estos controles pueden ser horizontales, cuando se practican entre los de un mismo nivel de gobierno, o verticales, cuando se llevan a cabo entre niveles de gobierno diferentes, como sucede en los sistemas federales o regionales.

La historia del constitucionalismo se basa en las formas de controlar al poder. Solo así es posible que prevalezcan los derechos de los gobernados sobre las facultades de los gobernantes. Como correlato de los controles se produce la responsabilidad de los gobernantes. Los controles administrativos y jurisdiccionales son los más desarrollados, porque no afectan la permanencia de los gobiernos en el poder. En cambio, los controles políticos han avanzado con muchas reticencias y resistencias por parte de los gobernantes, porque se traducen en un aumento de sus responsabilidades y quedan sujetos al escrutinio de los ciudadanos a través de sus representantes políticos. Donde no hay un sistema funcional de controles, incluidos los políticos, los derechos de los gobernados carecen de una tutela plena efectiva.

Diego Valdés

204. CONTROL DEL PODER (REPÚBLICA ROMANA)

Roma tuvo tres grandes periodos históricos: Monarquía, República e Imperio. El periodo de la Monarquía está inmerso en leyenda, aunque una fecha que podría ser convenida para su fundación es el 753 a.C., la fundación misma de la ciudad y de la Monarquía tiene dos grandes cuentos míticos. El primero, considerado el más antiguo y sangriento es la historia de Rómulo y Remo, mientras que uno más reciente, y que algunos historiadores piensan coincide con un periodo histórico de más esplendor y que requería repensar los orígenes de la sociedad romana, es aquel en el que tenemos a Eneas como protagonista, uniendo con este hecho a Roma con Troya. Su fin como periodo histórico igualmente está enmarcado en leyenda, pero no carente de iluminaciones mitológicas y literarias, como es el caso más conocido de las razones que llevarían a los nobles a destronar a Tarquino el Soberbio y a la aparición de una figura femenina de gran penetración en la cultura occidental, Lucrecia, quien sufrió el maltrato del rey y decidió suicidarse, no sin antes dar a

conocer a sus familiares las razones y pedir que la vengaran. La lectura que se le ha dado a este suceso es la significación simbólica de los excesos de la tiranía monárquica y la creación de un nuevo orden político.

Así comienza el periodo de la República, y la pregunta que surge es: ¿cuáles son los extremos del control del poder público de este periodo histórico y por qué se dio su declive? Para ello abordaremos dos dimensiones de su concepción: la institucional y los personajes junto con su influencia para el declive de la República romana.

Lo primero que debe indicarse es la composición social básica de la sociedad romana republicana, esto es, la división entre patricios y plebeyos —donde originalmente los patricios dominaban la escena política—, lo que generó conflictos constantes, como el llamado “conflicto de las órdenes” —entre 494 y 287 a.C.— con el que los plebeyos van a adquirir mayores derechos, como es la creación del cargo de tribuno de la plebe.

Otro tema que debemos abordar es el llamado *Cursus Honorum*, esto es, los diferentes cargos que en orden ascendente debían ocuparse si se quería desempeñar políticamente en Roma, este *Cursus* era obligatorio en cuanto a su escalafón o carrera y no debía evitarse uno para pasar a otro superior. Los cargos del *Cursus Honorum* eran: 1) cuestor, con la edad mínima de 30 años, había diferentes tipos dependiendo de la obligación, por ejemplo, encargarse de vigilar el erario, y eran responsables solo ante el Senado; 2) edil, que era un cargo opcional, aunque solo quien había sido cuestor se podía desempeñar como tal; con una edad mínima de 36 años, entre otras obligaciones, debía encargarse de la regulación de los festivales públicos; 3) pretor, con una edad mínima de 39 años, vigilaba las cortes y el sistema judicial; 4) cónsul —eran dos—, se requería una edad mínima de 42 años para los plebeyos y 40 para los patricios, tenían el *poder* ejecutivo supremo y duraban un año en su cargo.

Igualmente había algunos cargos extraordinarios, como el de dictador, considerado como una “válvula de escape” en casos donde el Consulado resultaba demasiado lento, y que se desarrollaba por seis meses. Asimismo, aunque no formaba parte del *Cursus Honorum*, no podemos dejar de mencionar al tribuno de la plebe, nombrado para mantener los intereses de la plebe protegidos, sirviendo durante un año; sus poderes políticos eran importantes, por ejemplo, podía proponer legislación a las asambleas y ejercitar el poder de veto a todos los otros magistrados u oficiales.

El Senado, instituido de acuerdo con la mitología romana por Rómulo, tenía un poder consultivo y esto lo conservó durante toda su existencia, inclusive en el Imperio. Originalmente estuvo constituido por 100 *senex* o personas maduras, posteriormente fue aumentado a 300, luego a 600, e inclusive llegó a 900 en la época de Julio César. Su poder devenía no de la ley sino de la tradición, dado que la sociedad romana era conservadora, el papel que desempeñaban los *mos maiorum* —las costumbres de los antiguos— era trascendente. Su influencia se daba a través de los decretos denominados *senatus consulta*; sin embargo, sí tenía poder ejecutivo en la materia de relaciones exteriores, tratados y el manejo de las arcas y cuentas públicas. Era un cuerpo jerárquico estricto, en el que solo los más poderosos tenían la oportunidad de hablar.

Las asambleas, donde se daban las votaciones de la población, eran un elemento fundamental para el proceso legislativo. Generalmente el Senado,

convenido por un magistrado o un tribuno de la plebe, discutía un asunto en particular, votando y emitiendo el *Senatus Consulta*. Hecho esto se formulaba una propuesta y se discutía en una junta informal para presentar la idea. Un par de días después se llamaba a asambleas formales para que los ciudadanos se pudieran organizar en bloques de votación, se leía la propuesta y era votada, en caso de ser aprobada mayoritariamente se volvía legalmente vinculante. Existían cuatro tipos de asambleas: *comitia curiata*, *comitia centuriata*, *concilium plebis* y *comitia plebis tributa*, cada una discutía temas particulares propios de su naturaleza.

Como se puede ver, se trataba de una sociedad dividida en dos grandes clases que, a su vez, dividía las tareas políticas en diversas instituciones y autoridades, pero más importante, era una sociedad conservadora, donde los *mos maiorum* desempeñaban un papel trascendente. Según algunos historiadores, el haber dejado de hacer las cosas de esta forma provocó el declive de la República y la aparición del Imperio. Así, al dejar de funcionar el aparato político en sus diversas y variadas competencias, se da lugar a la concentración del poder en una sola persona.

Históricamente podemos identificar una serie de personajes que se desempeñarán de la forma descrita anteriormente y darán paso al debilitamiento de las instituciones de la República.

En primer lugar Tiberio Graco, quien siendo tribuno de la plebe y pretendiendo pasar su propuesta *Lex Sempronia Agraria*, decidió no convocar al Senado y aprobarla mediante el llamado directo a la Asamblea de la Plebe. Ante esto, el Senado decidió nombrar a otro tribuno de la plebe, Marcus Octavius, pero Tiberio llamó de nuevo a la Asamblea de la Plebe e invalidó el nombramiento de Senado, agravando más la situación.

En segundo lugar debemos recordar a Cayo Mario, quien sería siete veces cónsul. Sila es otro personaje, quien entre otras decisiones dispuso entrar a Roma con su Ejército, lo que transgredió las formas de los antiguos.

La formación del primer triunvirato por parte de César, Pompeyo y Craso —un triunvirato que llamaríamos “de hecho”, ya que no tiene sanción institucional, más bien una junta militar— marcan un parteaguas en el declive de la República romana, la cual, inmersa en el enfrentamiento entre *optimates* y *populares*, irán debilitando más las instituciones.

Por último, el segundo triunvirato —este sí con sanción institucional— y la adquisición de un poder individual casi absoluto de Julio César, marca el fin de la República, ya que rompe frontalmente con los *mos maiorum* y la separación de las funciones tal y como antaño estaba diseñado.

Victor Manuel Collí Ek

205. CONTROL DIFUSO DE CONSTITUCIONALIDAD Y CONVENCIONALIDAD

En un país federal, hay control difuso por jueces locales cuando estos tienen competencia para dejar de aplicar en los casos concretos sometidos a su jurisdicción, aquellas normas jurídicas que sean incompatibles con las normas jurídicas de jerarquía suprema en el respectivo Estado.

En México, el control difuso a cargo del juez local puede ser de tres tipos, en función de la norma de jerarquía suprema que se utilice como parámetro de interpretación y de validez ante el cual se confronta la norma local: control

difuso de *constitucionalidad*, cuando el juez local verifica la compatibilidad de las normas locales con la Constitución federal; control difuso de *convencionalidad*, cuando la norma local es evaluada desde el mirador de los tratados internacionales considerados como de jerarquía superior; y control difuso de *constitucionalidad local*, cuando el examen de compatibilidad de la norma local se hace para garantizar la supremacía, en todo lo concerniente al régimen interior del Estado, de la respectiva Constitución estatal.

Sobre el control difuso de constitucionalidad por juez local, revisando el derecho comparado, lo que encontramos es que el modelo emblemático de este sistema es el que opera en los Estados Unidos de América, donde la Constitución de 1787, en su art. VI, faculta expresamente a los jueces locales a ejercer dicho control. Disposición esta que es similar o idéntica a la prevista en varias Constituciones latinoamericanas, no obstante lo cual, el control difuso de constitucionalidad en América Latina funciona en muy pocos países de manera similar a los Estados Unidos de América, destacando el caso de Argentina, que es el que con mayor fidelidad ha seguido este modelo. Otros países, como Brasil y más recientemente México, combinan el control difuso de constitucionalidad con otros medios jurisdiccionales de control concentrado de constitucionalidad, que solo pueden ser planteados ante ciertos tribunales y cortes supremas o constitucionales.

En México, el control difuso de constitucionalidad estuvo prohibido para los juzgadores locales hasta 2011. Solo podían ejercerlo los juzgadores integrantes del Poder Judicial de la Federación. Y esto porque la Suprema Corte de Justicia de la Nación, desde la Quinta Época de su jurisprudencia, había reiterado el criterio de que del art. 133 de la Constitución no se derivaba la facultad de los jueces locales de ejercer control de constitucionalidad. Como ejemplo de las tesis que prohibían este control difuso cabe citar las siguientes: “Control judicial de la Constitución. Es atribución exclusiva del Poder Judicial de la Federación” (tesis P./J. 73/99) y “Control difuso de la constitucionalidad de normas generales. No lo autoriza el artículo 133 de la Constitución” (tesis P./J. 74/99).

Por lo que hace al control difuso de convencionalidad a cargo del juez local en América Latina, este tiene sus orígenes en la jurisprudencia que la Corte Interamericana de Derechos Humanos ha venido consolidando a partir de 2006 (*Caso Almonacid Arellano y otros vs. Chile*, entre otros), y en la cual se sostiene que todos los jueces y tribunales internos de los países suscriptores de la Convención Americana sobre Derechos Humanos, en el marco de sus respectivas atribuciones, deben ejercer un control de convencionalidad *ex officio* entre las normas nacionales internas y la citada Convención.

En México no existía un criterio que expresamente prohibiera a los jueces locales el control difuso de convencionalidad, aunque sí existían algunas tesis de jurisprudencia que establecían que los derechos humanos previstos en tratados internacionales no podían utilizarse directamente como parámetro para juzgar la validez de una ley. Así, por ejemplo, en la tesis con rubro “Acción de inconstitucionalidad promovida por un organismo de protección de los derechos humanos. En la demanda respectiva pueden plantearse violaciones al principio de legalidad y, por ende, la inconstitucionalidad indirecta de una ley por contravenir lo establecido en un tratado internacional sobre derechos humanos” (tesis P./J. 31/2011), la Suprema Corte estableció que la incompa-

tibilidad de una ley con un tratado internacional solo podía plantearse en un medio de control de constitucionalidad, como violación a las garantías constitucionales de legalidad previstas en los arts. 14 y 16 de la carta magna. Bajo esta óptica, el control de convencionalidad solo podía ejercerse de manera subsumida en el control de constitucionalidad, pero como este le estaba vedado a los jueces locales, por consecuencia tampoco podían ejercer el control difuso de convencionalidad.

En relación con el control difuso de constitucionalidad local, este sí lo podían ejercer los jueces locales en México, incluso antes de 2011, pero solo para garantizar los derechos humanos previstos en su respectiva Constitución estatal, y siempre y cuando fueran distintos a los previstos en la Constitución federal, ya que estos últimos solo podían ser garantizados por el Poder Judicial de la Federación. Por esto, cuando el estado de Veracruz implementó un sistema de justicia constitucional local en el año 2000, la citada Corte resolvió que "...la facultad otorgada a la sala constitucional del Tribunal Superior de Justicia del Estado de Veracruz-Llave para conocer y resolver el juicio de protección de derechos humanos, previsto en la Constitución Política de esa entidad federativa, no invade la esfera de atribuciones de los tribunales de la Federación, pues aquel se limita a salvaguardar, exclusivamente, los derechos humanos que establece el propio ordenamiento local" (tesis P. XXXIII/2002). Actualmente, las Constitución del Estado de Coahuila (art. 158) establece expresamente el control difuso de constitucionalidad local.

Ahora bien, el estatus del control difuso por juez local cambió radicalmente a partir de 2011, por dos razones:

a) Por la reforma constitucional de junio de ese año, que expresamente estableció en el art. 1o. de la Constitución mexicana que "todas las autoridades" debían proteger y garantizar los derechos humanos previstos en la Constitución y en los tratados internacionales, y que además introdujo el principio *pro persona* para que prevalezca la norma más favorable a la protección de los derechos humanos.

b) Por la resolución de julio de 2011, dictada por el Pleno de la Suprema Corte de Justicia de la Nación al resolver el expediente Varios 912/2010 relativo a la sentencia que a su vez había dictado en noviembre de 2009 la Corte Interamericana de Derecho Humanos, en el *Caso Rosendo Radilla Pacheco vs. México*. Sentencia esta última en la que también se expresa la doctrina del control difuso de convencionalidad (párrafo 114).

En apego a lo anterior, la Suprema Corte estableció una serie de criterios que no solo autorizan, sino que obligan a todos los jueces, incluyendo desde luego a todos los jueces locales, a ejercer un control de constitucionalidad y de convencionalidad en materia de derechos humanos. La Corte ha dicho que "...todas las autoridades del país, dentro del ámbito de sus competencias, se encuentran obligadas a velar no solo por los derechos humanos contenidos en la Constitución federal, sino también por aquellos contenidos en los instrumentos internacionales celebrados por el Estado mexicano, adoptando la interpretación más favorable al derecho humano de que se trate, lo que se conoce en la doctrina como principio *pro persona*..." (tesis P. LX-VII/2011).

Por último, es importante destacar que el juez local deberá ejercer este control difuso de manera metódica y con prudencia. Particularmente, enten-

diendo que el control difuso implica: *a)* partir de la presunción de constitucionalidad y de convencionalidad de la norma local; *b)* privilegiar la interpretación de la norma local que sea conforme con la Constitución y los tratados internacionales de derechos humanos, y *c)* solo en casos de incompatibilidad insubsanable, acudir a la inaplicación de la norma local como *ultima ratio* del control difuso.

Carlos Emilio Arenas Bátiz

206. CONTROL PARLAMENTARIO

Karl Loewenstein (1989) señala que el control está vinculado con uno de los elementos esenciales de las democracias: la existencia de un gobierno responsable, lo cual lleva a establecer en las Constituciones mecanismos de control. De esta manera, explica el surgimiento histórico del control parlamentario como garantía del principio democrático, que implica un Estado democrático de derecho.

Tres grandes líneas doctrinales que conceptualizan al control parlamentario han surgido de su desarrollo histórico.

Una primera concepción, que fue la tradicional y por lo mismo dominó la doctrina constitucional hasta épocas muy recientes, asocia el control parlamentario con la idea de presión, influencia y predominio del Parlamento sobre el gobierno, que en última instancia significa la posibilidad de remoción del titular del Ejecutivo o alguno de sus más altos colaboradores, a través de la exigencia de responsabilidad política y censura (Santaolalla López, Lucas Murillo de la Cueva y Álvarez Conde, en España).

La segunda línea doctrinal entiende al control parlamentario como la comprobación, inspección, verificación y supervisión de la actuación del gobierno, por medio del cual el Parlamento ejerce presión y puede llegar a influir en la actuación del órgano controlado (Barthélemy, Duguit, en Francia; Aguiar de Luque, De Esteban, García Morillo, en España).

Expone que en las democracias actuales el control parlamentario resulta fundamental para consolidar el pluralismo político y hacer posible la alternancia en el poder, construyendo e ilustrando la opinión pública e influyendo en el elector.

Esta función es una competencia específica de los integrantes de las cámaras, que se diferencia de las demás, por lo que para su ejercicio existen instrumentos concretos que la hacen posible: las comisiones de investigación, la facultad de formular preguntas e interpelaciones y la presentación de mociones o juicios políticos. Así, la función de control es claramente distinta de las funciones legislativa y presupuestaria, en cuanto al fin inmediato que persigue.

Finalmente, en una tercera línea doctrinal se encuentran para quienes el control parlamentario representa la materialización de la vaga situación de preponderancia del Parlamento sobre el gobierno, pero sin concretarse en ningún instrumento parlamentario en específico y encontrándose, a su vez, en todos; representa, así, un concepto más amplio de control (Rubio Llorente y Aragón, en España; Pedroza de la Llave y Mora-Donatto, en México).

Establecen que las cámaras, por medio de una multiplicidad de actos, inspeccionan, analizan, comprueban, examinan, revisan, registran, intervienen

y verifican el funcionamiento del Ejecutivo y de los órganos de la administración pública, informando a la opinión pública, los medios de comunicación y el cuerpo electoral sobre sus actividades.

Con respecto a la primera concepción, el hecho de establecer que toda actividad de control exige, por definición, además de la supervisión o valoración de la actuación del gobierno, la adopción de medidas que pongan fin a la situación política en cuestión, por medio de la exigencia de responsabilidad política, entendida esta como el mecanismo que puede cesar o remover al funcionario controlado, podría calificarla de reduccionista al emplear un concepto que no es útil en los sistemas presidenciales; recordando así la necesidad de que en las democracias parlamentarias como formas de Estado, se construya una noción de control parlamentario que rebase las limitaciones antes planteadas respecto a la relación control-remoción del gobierno.

Respecto a la línea doctrinal que busca “un concepto más amplio de control”, esta corre el riesgo de disolver la noción misma de control parlamentario. Es necesario entender que existen procedimientos concretos y especializados, identificables e inconfundibles con los demás procedimientos parlamentarios que persiguen otras finalidades y que, por ejemplo, formalizan jurídicamente la voluntad del Congreso, a través de una votación, en actos del Estado —como sucede al sancionar una ley—.

En cambio, los efectos jurídicos del control parlamentario en el gobierno son de naturaleza procedimental, sin que produzcan efectos jurídicos reglados sobre su voluntad y, por tanto, los que pudiera tener de naturaleza política no los podemos conocer con rigor, obteniendo un carácter difuso.

Un aspecto más que debe resaltarse en cuanto al control parlamentario versa sobre el papel que desempeñan la oposición y las minorías parlamentarias en su desarrollo. Actualmente, estas son las interesadas y deben ser las encargadas de desplegar los mecanismos específicos de control, teniendo por objeto no una sanción directa de la administración, sino un desgaste del gobierno ante la opinión pública y el electorado, es decir, el establecimiento de una responsabilidad difusa.

Al no tener posibilidades de conseguir que el Parlamento adopte decisiones contra el Ejecutivo, intentan movilizar a la opinión pública contra este, en virtud de que aspiran a alcanzar el poder en las siguientes elecciones, por lo que se centran en descubrir cualquier falta del gobierno y su mayoría parlamentaria.

Y como en el desempeño de la función de control no se persigue alcanzar la voluntad estatal, es por ello que no debe exigirse el apoyo de la mayoría, más bien debe facultarse a los parlamentarios de manera individual, a los integrantes de la oposición que, al no ser poderes públicos, actúen libremente. De aquí la diferencia que la doctrina ha establecido entre el control efectuado *por* el Parlamento y el realizado *en* el Parlamento.

Así, la oposición y las minorías otorgan mayor efectividad al control parlamentario a partir de la transparencia y el debate libre y público, siempre y cuando existan garantías institucionales para poder acceder frecuentemente a los mecanismos de control.

Tal es la importancia de su actuación que se ha señalado que la oposición no nace de la práctica democrática, sino que esta se presenta en realidad, a partir del surgimiento de la oposición (Landa, 1994).

Por ello, y de acuerdo con la Unión Interparlamentaria, alrededor de treinta naciones cuentan en sus legislaciones con un estatuto oficial para la oposición, entre los que destacan Australia, Brasil, Egipto, Irlanda, Italia, Filipinas, Senegal y Tailandia. En América Latina, Colombia reconoce a nivel constitucional a la oposición, y Ecuador lo hizo durante la vigencia de la Constitución de 1998.

De esta manera se puede establecer el concepto de control parlamentario, entendiendo que, en las democracias parlamentarias como formas de Estado, el control parlamentario debe ser concebido como un *control político* que se ejerce a través de *mecanismos concretos*, en cuya operación observan especial interés la *oposición gubernamental* y las *minorías parlamentarias*, teniendo por objeto la *fiscalización* de la actividad del gobierno y sus órganos administrativos; fiscalización que comprende la *valoración y el debate sobre ciertos hechos e información* obtenida respecto a la actividad controlada, otorgándole a la misma la *publicidad* de la cual carecía, dándola a conocer al electorado y produciendo, de esta manera, efectos de diversa índole y, por tanto, *difusos*.

Pablo Abreu Sacramento

207. CONTROL POLÍTICO

La expresión “control” significa más que vigilar o fiscalizar las actividades de otros o las propias. En términos políticos y jurídicos se entiende por control los métodos que evitan el ejercicio abusivo del poder para que se acaten las limitaciones establecidas en la Constitución y en la ley. El poder no debe superar los límites contemplados en el orden jurídico. El control es un vehículo para hacer efectivas las limitaciones al poder y asegurar la observancia del orden jurídico.

Según los autores clásicos, como Karl Lowenstein y Galeotti, para que exista control debe haber sanción. Ellos señalaron que el fin del control político es poder exigir responsabilidad política para que una autoridad dé cuenta a otra o a la sociedad sobre el cumplimiento de las funciones o competencias asignadas.

No obstante lo expresado por ellos, el control es más amplio, lo que significa que existen límites, instituciones y procedimientos de vigilancia, así como supervisión de dichos límites y además sanciones que puedan ser aplicadas por medios coactivos. La sanción puede ser una consecuencia del control, pero no equivale totalmente a este.

Existen diversas clasificaciones de control. Por su temporalidad puede ser previo —antes de la realización de los actos—, concomitante —se realiza al mismo tiempo de las funciones— y posterior —cuando se efectúa concluidas las atribuciones—.

Otra clasificación distingue al control por su conformidad con el orden jurídico. Hay control general y difuso que no está institucionalizado jurídicamente, por ejemplo, los medios, la opinión pública y otros controles sociales no institucionalizados; y los controles institucionalizados que se encuentran previstos en el orden jurídico, por ejemplo, para garantizar la división de poderes o el Estado federal.

Lowenstein clasificó al control de acuerdo con su ámbito de actuación y lo dividió en controles verticales y horizontales. Los primeros existen entre la sociedad y el Estado, fundamentalmente cuando la sociedad o sus integrantes

se enfrentan e impugnan los actos u omisiones del Estado. Los horizontales operan dentro del Estado y se dividen en intraorgánicos, que son los que se articulan al interior de un órgano o poder, e interorgánicos, que funcionan entre los distintos órganos o poderes estatales de manera recíproca, y en los que gracias a la cooperación se evita la concentración de facultades y el bloqueo de actuación entre poderes.

En un sistema democrático, según Loewenstein, hay cuatro tipos de controles interorgánicos: 1) del ejecutivo al legislativo; 2) del legislativo al ejecutivo; 3) del judicial hacia el legislativo y ejecutivo, y 4) del electorado hacia los tres poderes a través de las elecciones o de los medios de democracia directa, participativa, deliberativa y comunitaria.

Esta última clasificación de controles interorgánicos debe ser reformulada para establecer los controles propios de un Estado federal que evitan el avasallamiento de las autoridades federales sobre las estatales y municipales, y los controles que ejercen los órganos constitucionales autónomos sobre los tres poderes formales clásicos y los poderes fácticos.

Una clasificación más alude a controles realizados por un órgano político, como fue el caso en México del Supremo Poder Conservador previsto en las Siete Leyes Constitucionales de 1836; controles ejercidos por un órgano neutro —en los sistemas de monarquía parlamentaria se piensa que esa es la función de la Corona—; controles realizados por un órgano jurisdiccional para ejercer el control de constitucionalidad; controles por órgano mixto, en donde el control de constitucionalidad lo efectúa un órgano de naturaleza política y jurídica.

En una democracia, además del control de la sociedad hacia el Gobierno mediante los mecanismos de democracia representativa, participativa, deliberativa y comunitaria con los que contamos, uno de los controles más importantes hacia el Gobierno, además del jurisdiccional que se ejerce principalmente con los instrumentos de control de constitucionalidad y ahora de convencionalidad, es el control político de carácter parlamentario. Este control es diverso, si estamos en presencia de un régimen parlamentario o de uno presidencial.

Los controles en el régimen parlamentario son fundamentales —además de los tradicionales— para la aprobación de los presupuestos, las cuentas públicas, la ratificación de los tratados o la aprobación de las leyes, las mociones de censura y las cuestiones de confianza. Mediante las mociones de censura, una mayoría parlamentaria puede deponer a un Gobierno, y cuando esta es constructiva, la mayoría designa inmediatamente a otro en sustitución del primero. Por medio de las cuestiones de confianza se afirma el respaldo mayoritario del Parlamento al Gobierno y se garantiza su continuidad; estas dos figuras constitucionales actualizan las relaciones de confianza entre ambos y la responsabilidad política mutua entre ellos.

En un sistema presidencial como el mexicano, entre los controles con efectos materiales que ejerce el legislativo sobre el ejecutivo —que pueden traer aparejada sanción—, podemos señalar los siguientes: la participación del legislativo en la discusión y aprobación de las iniciativas de ley del ejecutivo; el veto del ejecutivo a las leyes aprobadas; la superación del veto; las facultades legislativas en los mecanismos de intervención federal; la ratificación de los tratados por parte del Senado; la ratificación de nombramientos del ejecutivo

que realizan ambas cámaras; la elección de los ministros de la Suprema Corte con participación del ejecutivo y del Senado; el nombramiento de los titulares de los órganos constitucionales autónomos; el juicio político; la declaración de procedencia o desafuero; el juzgamiento de las responsabilidades penales del presidente por el Senado de la República; la aprobación del presupuesto y la cuenta pública; la aprobación de la ley de ingresos; la aprobación del Plan Nacional de Desarrollo; la aprobación de la Estrategia Nacional de Seguridad Pública; la aprobación de la Estrategia Nacional de Energía; las atribuciones del Congreso en la designación de los presidentes provisionales, interinos o sustitutos; la intervención del Congreso en la calificación de la renuncia del presidente; la facultad del legislativo para autorizar salidas del ejecutivo o de las Fuerzas Armadas del territorio nacional al ejecutivo; las facultades del Congreso en materia de suspensión de garantías; las atribuciones del Congreso para declarar la guerra; las atribuciones del Congreso para supervisar las labores de la Guardia Nacional; las atribuciones del Senado sobre la desaparición de poderes de las entidades federativas, etcétera.

Entre los instrumentos de valoración política del legislativo a la acción del ejecutivo en México, que no necesariamente traen aparejada sanción, encontramos: el informe presidencial; el análisis del informe presidencial; las comparecencias de los secretarios de Estado y otros funcionarios; la pregunta parlamentaria; las comisiones de investigación para la Administración pública descentralizada, o las solicitudes de información al ejecutivo.

Es posible que en México se apruebe la figura de revocación de mandato, que constituirá un mecanismo de control político de la ciudadanía hacia los gobernantes. A través de este método de democracia directa, los ciudadanos podrán revocar la confianza a los gobernantes electos, incluyendo al presidente de la República. Los rasgos característicos de este mecanismo jurídico-constitucional son: 1. es un derecho político reconocido a los ciudadanos, previsto constitucional y legalmente en algunos países; 2. tiene por objeto la destitución de un servidor público de elección popular antes que expire el periodo de su mandato; 3. requiere el acuerdo de la mayoría de los electores que participan en el revocatorio en el porcentaje que establezca cada Constitución, y exige un porcentaje de ciudadanos para iniciarlo; 4. su carácter vinculante depende de la determinación de la propia Constitución; 5. puede promoverse con expresión de causa o sin determinación de ella, con pruebas o sin ellas. Las causas y las pruebas no son importantes. Se trata de una decisión ciudadana; 6. no debe confundirse con el *impeachment* o juicio político ni con ningún otro procedimiento de responsabilidad de carácter jurídico, y 7. es un procedimiento eminentemente político, en el sentido de que los ciudadanos tienen el derecho, en ejercicio de su soberanía, de deponer a sus gobernantes electos por medio de una consulta organizada para ese fin.

Jaime Cárdenas Gracia

208. CONTROL POLÍTICO EN LOS PAÍSES SOCIALISTAS

La introducción de un control jurisdiccional de constitucionalidad *stricto sensu* fue tenazmente combatida por algunos ordenamientos, contemporáneos o del pasado. La hostilidad frente a un juez de las leyes puede atribuirse a dos razones principales y además, por decirlo de algún modo, dogmáticas: la división de poderes (en Francia) y la superioridad del Parlamento (en Inglaterra).

En los países socialistas, para frenar la introducción de un control jurisdiccional de constitucionalidad, se usó la teoría que allí se contraponen a la de Montesquieu: o sea, la unidad del poder estatal (P. Biscaretti Di Ruffia, 1988).

Es sabido que la forma de Estado socialista rechaza la división de poderes, estando el poder concentrado (al menos formalmente) en el *soviet* como representante de los ciudadanos. En este tipo de Estado ni el conocido principio de la doble dependencia deja espacio alguno para el ejercicio de actividades de control externo a las asambleas. Estas no solo están llamadas a probar las leyes ordinarias, sino también las constitucionales, aunque ateniéndose a procedimientos especiales y/o mayorías, siempre aseguradas por la disciplina impuesta por el partido único o hegemónico.

Por tanto, la actuación de verdaderos y singulares tribunales constitucionales ha sido rechazada y fue considerada, durante la vigencia del bloque soviético, no coherente con el orden de las instituciones y con las ideas guía que las inspiran.

En cambio, resultaba plenamente compatible con ese sistema que la tarea de vigilar la conformidad de las leyes con la Constitución y, más en general, que se aplicara la misma, se otorgara a la propia asamblea representativa o al órgano más restringido y permanente del Parlamento: el *Praesidium*. En este sentido tenemos, por ejemplo, las constituciones de Rumania (1965), República Democrática Alemana (1968), Bulgaria (1971), Hungría (1972), Albania y Polonia (ambas de 1976), Unión Soviética y Cuba (1977) y China (1978); mientras que el ejercicio del control solo se confirió a un tribunal en casos esporádicos, por ejemplo, Polonia (reforma de 1982), Checoslovaquia en 1968 —donde, no obstante, el instituto nunca se puso en marcha—, Yugoslavia (constituciones de 1963 y 1974), URSS según la Constitución de 1924 y las reformas de 1988 y de los dos años posteriores, y Hungría (reforma de 1983).

Sin embargo, en la actualidad todo esto forma parte de la historia del derecho, puesto que en casi todos estos ordenamientos se ha rechazado la forma de Estado socialista, en favor de un modelo liberal-democrático, y con ello, la adopción de formas más acabadas y completas de control de constitucionalidad de leyes.

Con respecto a las experiencias socialistas aún vigentes, en Cuba, la historia del Tribunal de Garantías Constitucionales y Sociales previsto en la Constitución de 1940 y desarrollado por la Ley 7/1949 tuvo punto final, de hecho, con el golpe de Batista y la Ley constitucional de 1952. Mantenido formalmente vigente por la Constitución castrista de 1959, el control de constitucionalidad desapareció oficialmente con una ley de 1976, ni está previsto en el texto de la nueva Constitución aprobada con el referéndum de febrero de 2019, cuyo artículo 108 establece que: “Son atribuciones de la Asamblea Nacional del Poder Popular: [...] c) decidir acerca de la constitucionalidad de las leyes, decretos-leyes, decretos y las demás disposiciones generales”.

En China, la Constitución prevé en el artículo 5 que “Cada acto que viole la Constitución y las leyes debe ser perseguido”; sin embargo, a pesar de algunas propuestas hechas durante la elaboración de la Constitución de 1982 para introducir un órgano especial, el control de constitucionalidad se incardinó firmemente a la Asamblea Popular Nacional, a la cual el artículo 62.2 confía la tarea de “supervisar la aplicación de la Constitución”, mientras el artículo 67.1 confiere a la misma y a su Comité permanente la de interpretarla y con-

trolar su aplicación (con la salvedad de que la Asamblea puede anular las decisiones “inapropiadas” del Comité: art. 62.11 constitucional). Más aún, para permitir el cambio radical de curso en beneficio del liberalismo económico, se afirmó la doctrina de las violaciones “necesarias para el desarrollo del país”, respaldando con ello la primacía de la política sobre el derecho; y de cualquier forma no se dan en la experiencia casos de anulación de leyes por violación de la Constitución (A. Rinella).

Junto con la categoría tratada aquí podría ser abordado el control que ejercitaba en Portugal el Consejo de la Revolución antes de la promulgación presidencial, con conexo poder de veto suspensivo, o en vía sucesiva, también por omisión (el caso se refiere, sin embargo, a una fase de transición, antes de la instalación definitiva del sistema político-institucional.)

Lucio Pegoraro
(traducción de Giovanni A. Figueroa Mejía)

209. CONTROL PREVIO DE CONSTITUCIONALIDAD

Es un sistema de control constitucional de corte concentrado, mediante el cual el tribunal constitucional realiza el examen de un texto legislativo una vez aprobado por la legislatura, pero antes de que entre en vigor, con el objeto de determinar si el mismo se ajusta a los postulados constitucionales.

A este tipo de control también se le conoce como control *a priori* de constitucionalidad y se identifica por los siguientes elementos:

a) Es un control concentrado de constitucionalidad; solo puede ser resuelto por el Tribunal Constitucional.

b) Tiene un carácter declarativo y abstracto. La resolución que dicte el Tribunal Constitucional es de tipo declarativo, porque se concreta a pronunciarse respecto a si el proyecto de ley sometido al control es o no constitucional. Y al mismo tiempo es abstracto en razón de que el estudio de constitucionalidad se realiza a partir de la generalidad del proyecto de ley y no de un caso concreto. La norma aún no existe, por tanto no puede realizarse la confronta de constitucionalidad desde la óptica de la aplicación a un caso en lo particular.

c) Es un control *a priori*. En cuanto a la oportunidad en que debe iniciarse este medio de control, la doctrina sostiene que el momento para ejercerlo es antes de que la norma sujeta a control sea definitiva, es decir, antes de que la misma se haya promulgado; que permita con claridad realizar el estudio de constitucionalidad a partir de un texto que ha sido ya aprobado por el órgano legislativo. Sin embargo, es importante distinguir en qué momento la norma no es aún definitiva; esto es, en el momento en que se presenta la iniciativa, en el momento en que se discute en la comisión legislativa competente, en el momento que la aprueba el pleno y antes de enviarse al Ejecutivo para su promulgación, o bien, una vez que el Ejecutivo recibe el proyecto legislativo aprobado y antes de que proceda a promulgarlo.

Pedro Antonio Enriquez Soto

210. CONTROL PREVIO DE CONSTITUCIONALIDAD (LOCAL)

I. INTRODUCCIÓN. También conocido como *preventivo* o *a priori*, es aquel control de la regularidad de la Constitución local que se realiza en sede jurisdiccional y que se ejerce sobre una norma jurídica antes de su entrada en vigor.

En principio afirmamos que es un control jurídico porque, al menos la mayoría de las veces, lo ejerce un Tribunal Constitucional —sentido estricto—. Además, porque es diverso a otro tipo de controles calificados como políticos, que también inciden en el proceso de creación de la ley hasta antes de su entrada en vigor, como por ejemplo el propio veto que ejercen los gobernadores de los estados —sentido amplio—.

Se trata de un control que, a diferencia de los controles sucesivos y concretos, se actualiza antes de que la ley entre en vigor, es decir, estamos en presencia de un control constitucional abstracto de carácter preventivo.

El control previo, al igual que los demás medios de control constitucional, es objeto de varias críticas; una que comúnmente se hace es la que afirma que hay un riesgo al judicializar un proceso evidentemente político, como el proceso legislativo, pues, según se ha dicho, el tribunal no puede intervenir en la soberanía del órgano legislativo ni ser un sujeto más dentro del proceso de creación de la ley. Empero, la única diferencia que se tiene respecto del control *a posteriori* es el momento en el cual se realiza, por lo demás, el mismo derecho procesal constitucional se encuentra en constante conflicto con el órgano legislativo. Podemos mencionar también que no existe invasión en la esfera del legislador, pues el tribunal conoce —la mayoría de las ocasiones— hasta que el legislador ha terminado su labor creadora, quedando solo pendiente la promulgación y publicación de la ley.

Igualmente se ha sostenido que el control previo en la justicia constitucional local atenta contra el principio de división de poderes y distribución de competencias; sin embargo, la Suprema Corte de Justicia de la Nación tuvo la oportunidad de pronunciarse sobre la validez del mecanismo en la justicia constitucional local, precisamente al resolver la acción de inconstitucionalidad 8/2010, en donde sostuvo básicamente que el control previo establecido en la Constitución de Yucatán es compatible con el principio de división de poderes y que la finalidad no es otra distinta a la de cualquier otro medio de control constitucional local.

II. CONTROL PREVIO EN EL DERECHO PROCESAL CONSTITUCIONAL LOCAL. El control previo de constitucionalidad se encuentra incorporado en algunas entidades federativas, quienes han decidido establecerlo como mecanismo de defensa a su Constitución, aunque en algunos de ellos es más bien una consulta u opinión previa sobre la constitucionalidad de proyectos de ley; así hablamos en específico de Coahuila (Ley de Justicia Constitucional Local, arts. 71 y 90), Nayarit (Constitución Política del Estado, art. 53), Oaxaca (art. 106 de la Constitución Política del Estado), Yucatán (Constitución Política del Estado, art. 70, y Ley de Justicia Constitucional, arts. 114 a 130), y Zacatecas (art. 100 de la Constitución Política del Estado).

1. *Órgano que conoce del control previo.* Aquí tenemos dos modalidades, la primera es aquella donde el órgano controlador es el Pleno del Tribunal Superior de Justicia del Estado en su carácter de tribunal constitucional, como sucede en Coahuila de Zaragoza, Yucatán y Zacatecas. Por otro lado están los casos de Nayarit y Oaxaca, donde el órgano que conoce es la Sala Constitucional-Electoral y la Sala Constitucional, respectivamente, quienes desempeñan permanentemente y de forma especializada la jurisdicción constitucional local.

2. *Sujetos legitimados.* En este punto encontramos tres variantes. La primera es la que se ubica en Coahuila, donde la Ley de Justicia Constitucional sola-

mente otorga legitimación al gobernador del estado, quien ejerce su derecho de veto y, si así lo desea, al mismo tiempo promueve acción de inconstitucionalidad en su modalidad de control previo, pues solicita la opinión del Pleno del Tribunal Superior de Justicia; es decir, la única forma de solicitar el control previo es porque en principio el Ejecutivo hizo efectivo su derecho de veto. Situación similar pasa en Zacatecas, donde el titular del Poder Ejecutivo pide la opinión, pero sin necesidad de vetar el proyecto, y se incluye por la Constitución local el hecho de que esa consulta no puede hacerse pública, situación que es altamente criticable, pues el legislador tiene que estar sujeto a que se cuestione su actividad y que la sociedad esté informada sobre su actuar.

La segunda variante sucede en Nayarit, donde el órgano facultado para solicitar la consulta de la constitucionalidad es la propia comisión legislativa encargada de hacer el dictamen del proyecto de ley o decreto.

El tercer caso se presenta en Yucatán y Oaxaca. Aquí la legitimación es mucho más amplia que en las entidades anteriores, ya que pueden promover la cuestión de control previo el gobernador, el treinta y tres por ciento de los integrantes del Congreso, los órganos autónomos y, en Yucatán, además, el fiscal general del estado y los presidentes municipales.

3. *Etapa en la que se ejerce el control.* Por lo que ve al momento en el que se activa el control en Coahuila, Yucatán, Zacatecas y Oaxaca, este se plantea una vez que el órgano legislativo ha terminado su actividad legislativa, pero previo a su publicación por el Ejecutivo estatal. No pasa así en Nayarit, donde el control se activa incluso antes de la deliberación del Congreso, pues lo que se somete a consideración de la Sala Constitucional es la iniciativa o el dictamen de ley o decreto de la comisión legislativa y no un texto definitivo; aquí se corre el riesgo de que pierda sentido la opinión de la Sala, pues esa iniciativa podrá sufrir modificaciones durante su tramitación.

4. *Procedimiento.* Las entidades que establecieron un procedimiento para sustanciar este tipo de control son Coahuila y Yucatán. En el primer caso se ejerce la acción de inconstitucionalidad en la modalidad de control previo, y el Pleno del Tribunal Superior de Justicia en su carácter de tribunal constitucional comunica al Congreso del medio de impugnación, quien puede o no suspender el procedimiento legislativo; si lo suspende, entonces el tribunal constitucional está en condiciones de resolver; pero si decide no suspender el procedimiento, por mayoría absoluta de votos, el control previo queda sin materia, es decir, la tramitación del control preventivo queda prácticamente a disposición del órgano legislativo.

En Yucatán la regulación es más acertada, pues después de que se promueve el requerimiento de control previo, el mismo Tribunal Constitucional suspende la publicación de la ley e incluso si el gobernador ejerció derecho de veto sobre lo mismo que se ventila en la cuestión de control previo, el recurso se declara improcedente; una vez suspendido el procedimiento, se da vista para que en quince días el Congreso rinda un informe, para lo cual también se cuenta con la intervención del fiscal, después se formulan alegatos y el Tribunal Constitucional dicta el fallo que corresponda.

Por lo que ve a Nayarit y Oaxaca, en sus Constituciones se dispone que realizada la consulta la Sala Constitucional tiene que resolver en diez días para el caso de Nayarit y quince para el caso de Oaxaca, sin hacer alusión a procedimiento alguno.

5. *Efectos de la sentencia.* La sentencia que se dicta en este tipo de mecanismos en Coahuila es obligatoria para el Congreso del estado, siempre y cuando este haya decidido suspender el procedimiento para la publicación de la ley. En el estado de Yucatán el pronunciamiento es igualmente obligatorio para el Congreso, por lo que este tendría que modificar el proyecto de ley en términos de la sentencia. En el caso de Nayarit, la resolución de la Sala Constitucional-Electoral no tiene efectos vinculantes, pues se trata de una opinión consultiva respecto de una iniciativa, susceptible de ser modificada en el transcurso del proceso legislativo, pero sí proporciona la seguridad desde un inicio del proceso acerca de la constitucionalidad de la propuesta de ley o decreto. Por lo que ve a Zacatecas y Oaxaca, no se señala si la resolución tendrá efectos vinculantes, por tanto la resolución puede servir como fundamento al gobernador para que ejercite su derecho de veto.

III. Un tema importante es determinar la procedencia de mecanismos de defensa constitucional una vez que el tribunal haya resuelto el control previo. Sobre este punto, la única entidad que reguló tal situación es Yucatán, al establecer que no es posible otro medio de defensa posterior sobre lo que ya fue objeto de la consulta en el control previo de constitucionalidad.

José Manuel Chavarín Castillo

211. CONTROL RELIGIOSO

Como ha sostenido G. Morbidelli, “Contribuye a la idea de ley fundamental un doble (pero no siempre concurrente) tipo de razones. Por un lado, la convicción, sea de derivación filosófica o de derivación religiosa, de la superioridad de leyes que encuentran su fundamento en principios no efímeros, y más bien inviolables, porque son expresión de la coincidencia entre las leyes de los hombres y las leyes de Dios (‘derecho natural’) y, por el otro, la superioridad de las leyes es el resultado de largos y complejos ‘ajustes’ entre los diferentes poderes y las clases sociales: ajustes que pueden encontrar derivación en documentos formales (como la carta magna)”.

Corrientes recientes y nuevas evoluciones recuperan una visión de la justicia constitucional más desligada del derecho positivo y sujeta a ideas trascendentes. En Occidente, a través del neoconstitucionalismo; en otros lugares, acogiendo la idea “formal” de justicia constitucional, pero utilizando como parámetro principal la ley religiosa.

En la República de Irán, que se caracteriza por una forma de Estado teocrático (o mejor dicho, hierocrático), se asume que el Corán es la Ley Fundamental y la *Shari’a* es la fuente suprema de la ley (arts. 2 y 4 constitucionales), aplicable a todos los artículos de la Constitución; de aquí, el artículo 72 establece ilegitimidad de la legislación contraria a las directivas de la religión oficial y el artículo 170 la obligación para los jueces de desaplicar las normas en conflicto con la ley islámica.

Para comprobar que ningún acto aprobado por el Parlamento sea contrario a la Constitución existe, a su vez, sujeto a los principios del Islam, un Consejo de Guardianes compuesto por 12 jueces, donde la mitad de los miembros provienen del clero, nombrados una parte por el líder supremo y la otra por el Parlamento, que tiene el poder de decidir previamente sobre todos los actos parlamentarios.

Salvo que se justifique de otro modo, el Consejo se pronuncia dentro de 10 días, asumiendo como primer parámetro los principios del Islam, según la opinión de los seis miembros religiosos y después la Constitución (con decisión colegiada). Los documentos que no cumplen con las normas son enviados otra vez al Parlamento para su reconsideración, siendo previstos procedimientos de conciliación y posible participación de los guardianes en la deliberación parlamentaria (art. 97).

En Egipto, con los recientes desarrollos (2014), la interpretación de la Constitución está subordinada en menor medida a las limitaciones de la Constitución anterior (2012), ya sea porque afecta a las “reglas ciertas” del derecho islámico, sobre las cuales el Tribunal no tiene discrecionalidad, o bien, por la obligación de consultar a la Universidad (islámica) de Al-Azhar sobre cuestiones que comprometen el derecho religioso. A pesar de que en parte ha cambiado el controlador, se mantiene el mismo parámetro, la *Shari’a*, que continúa considerando a la Constitución como la fuente principal de derecho.

Lucio Pegoraro
(traducción de Giovanni A. Figueroa Mejía)

212. CONTROL REPARADOR

Es un sistema de control constitucional mediante el cual el Tribunal Constitucional anula una norma jurídica por ser contraria a la Constitución. Se trata de un sistema *a posteriori*, es decir, se activa una vez que la norma impugnada entra en vigor. La sentencia que se dicta en este sistema puede ser para el caso concreto, o bien con efectos generales derogatorios, dependiendo de si el modelo de control es difuso o concentrado. Se llama reparador porque al anular la norma inconstitucional se restituye o repara la violación a la norma constitucional.

Pedro Antonio Enríquez Soto

213. CONTROL SOBRE ACTOS POLÍTICOS

Sin lugar a dudas, cuando referimos el concepto de control identificamos la expresión de límite al ejercicio del poder, necesario para la organización y buen funcionamiento del Estado que, de conformidad con las normas y específicamente con la Constitución, bajo un sistema democrático y transparente, permite el equilibrio de los diversos órganos de autoridad.

Así, podríamos señalar que el Estado de derecho se fortalece en gran medida por el influjo que los mecanismos de control ejercen sobre los actos del Estado, ya sea entendido como las normas, en su dimensión de acto de autoridad proveniente de una potestad formal y materialmente válida que lleva a cabo el proceso legislativo correspondiente; o bien, aquellas conductas que en el ejercicio de sus atribuciones públicas emiten las autoridades.

Vale la pena tener presente que la existencia de las constituciones y los límites implementados por las mismas a través del principio de separación de poderes y del federalismo como organización política del sistema, representan en sí mismos una forma de control, los cuales actúan consecuentemente como una garantía de la democracia como forma de gobierno y al constitucionalismo imperante a través de la implementación de nuestra carta fundamental desde 1917.

Ha ocurrido, por tanto, que a partir de las diversas atribuciones otorgadas a los órganos del Estado por las propias disposiciones normativas, resulte fundamental el análisis de los mecanismos, ya sea formales o materiales, políticos, jurídicos, o bien, procesales, en sus diversas manifestaciones, preventivos o posteriores, que permiten amplios márgenes en el ejercicio de los derechos y libertades fundamentales y hacen posible la exigencia de responsabilidades que, en el ejercicio de sus funciones, los órganos del Estado tienen frente a un sistema jurídico.

Es por estas razones que se denomina control sobre actos políticos a los mecanismos tendentes a garantizar que los actos y normas de carácter político se conformen a lo dispuesto por la Constitución y las leyes integrantes de un sistema jurídico. Su finalidad se ve inmersa en un sistema de legalidad que permita combatir las transgresiones que en el ejercicio del poder fragmenten a las instituciones y a las normas jurídicas que integran al Estado de derecho.

Ahora bien, debe considerarse la existencia de un catálogo de instrumentos de control diverso. Al respecto, Diego Valadés señala que la expresión formal de los controles políticos aparece en la Constitución y en sus disposiciones reglamentarias; pero el contenido material suele ir más allá de la relación entre los órganos de poder a que la Constitución hace referencia.

A partir de esa idea surgen numerosas posibilidades de manifestación del control de actos políticos que coadyuvan a la prevención del perjuicio de las relaciones sociales y especialmente políticas como piedra angular del comportamiento institucional. Entre ellas podríamos enumerar algunas que identifican el interés de los gobernados, o bien, aquellas que vigilen o eviten las conductas lesivas realizadas por los representantes del Estado en aras de mantener un equilibrio normativo que permita, inclusive, su legitimidad frente a sus representados.

Retomando la propuesta de Valadés e indicando que la doctrina distingue entre control y garantía, considerando a la segunda como la “salvaguarda de las condiciones de normalidad constitucional en el funcionamiento del Estado”, y a la primera como “responder, en la confrontación con el Parlamento”, podríamos advertir dos sentidos diferentes que apuntan nuevamente a la evaluación, revisión y verificación de los actos políticos a través de un método, que inclusive admitan sancionar, a través de instrumentos coactivos determinados en las leyes, la presencia de un comportamiento arbitrario por parte del Estado y que confirman que control y garantía son conceptos diversos.

Carla Huerta Ochoa ofrece una definición de control apoyada en Karl Loewenstein que se manifiesta en dos maneras: *a)* obligatorio y recíproco, por participar dos o más órganos en la realización de actos estatales en virtud de una norma jurídica, ya que estos solo podrán llevar a cabo determinadas funciones conjuntamente, o *b)* un control discrecional y unilateral, si es de un órgano respecto de otro; se considera facultativo por dejar al arbitrio de ese órgano, la decisión de ejercer o no el control, pues el detentador individual del poder está facultado constitucionalmente para intervenir en la actividad de otro y frustrar su acción.

Luego entonces, es claro que uno de los elementos que acompañan a la definición del control sobre actos políticos podría expresar la existencia de la sanción como consecuencia del desacato a las leyes por la autoridad, y cuyo

objetivo es reparar la lesión y fungir como herramienta de persuasión en conductas similares futuras.

El control sobre actos políticos puede manifestarse como preventivo y posterior. El primero puede o no encontrarse institucionalizado, pero su pretensión es evitar el desacatamiento de la conducta contemplada en el orden legal; en el segundo, el control posterior se actualiza una vez llevado a cabo el acto de conducta por parte de la autoridad, en ese caso existe la necesidad de sancionar e inclusive reparar por la violación sufrida al sistema de legalidad.

El control de actos políticos podría entenderse como sinónimo de control político que se ejercita contra actos del gobierno, y facilita el buen funcionamiento de los diferentes órganos del Estado, en donde el ente que ejerce dicho control despliega un freno sobre los actos del organismo controlado, cuya naturaleza es política y, por ende, va en contra de la voluntad de los gobernados, atribuyéndole dicho significado por la función que lleva a cabo la autoridad sancionada.

Jaime Arturo Verdín Pérez

214. CONTROL SOCIAL

La expresión control social ha sido acuñada y desarrollada principalmente por los sociólogos norteamericanos, siendo un vocablo ligado con el orden, la estabilidad y armonía dentro del sistema social, pero que no implica una situación estática de la sociedad, porque prevé el cambio social siguiendo las normas, procesos e instituciones ya establecidos, dándose así un orden al cambio, un cambio dentro del sistema y no un cambio del sistema social.

Puede ser considerado como una institución, como un proceso o como resultado. Como institución hace referencia al conjunto de valores y pautas normativas existentes dentro de un sistema social, que tienden a ejercer sobre el individuo una influencia para que su acción social se adhiera a lo que se considera socialmente “correcto”, pero en caso de que no se ajuste o transgreda las normas sociales, tendrá como consecuencia una sanción con el fin de ejercer un control sobre la conducta y mantener la estabilidad del sistema social.

Sobre esta cuestión, T. B. Bottomore señala que el control social puede concebirse de dos maneras: 1) como una referencia al conjunto de valores y normas con que se resuelven o mitigan las tensiones y los conflictos entre individuos y grupos, y 2) como el sistema de instituciones que sirven para comunicar e inculcar dichos valores y normas.

En el mismo sentido, Recaséns Siches considera que el control social trata de designar en conjunto todas las normas colectivas, así como también las autoridades y los poderes sociales que, a diferentes niveles y de diversas maneras, regulan la conducta humana en sus aspectos o resultados exteriores.

Como proceso, es hacer alusión a la manera en que se emplean, aplican o ejecutan los valores y pautas normativas del sistema social; de esta forma, los mecanismos, vías o medios que constituyen los vehículos para ejercer el control deben estar establecidos con claridad, ser conocidos por los miembros de la sociedad, accesibles y eficaces, para que en caso de que la conducta humana no se ajuste o se desvíe de los valores o pautas normativas, se aplique la sanción correspondiente, a fin de mantener el orden dentro del sistema.

En este orden de ideas, J. S. Roucek refiere que la expresión control social es un término colectivo para aquellos procesos, planeados o no, por medio de los cuales los individuos son enseñados, persuadidos o compelidos a adaptarse a los usos y a las valoraciones de los grupos de los que forman parte.

Como resultado, es la manera en que los valores o normas sociales han influido en el ser humano para determinar un cierto tipo de conducta, pudiendo darse la adhesión a dichos valores y normas sociales de manera voluntaria; que se acepten solo bajo la amenaza o la aplicación de la fuerza física u otras sanciones; que se esté reluctante y se busquen alternativas pero siguiendo las instituciones del propio sistema, o bien que no influyan en la persona teniendo como consecuencia la desviación social, pero con la aplicación de la sanción se busca que la acción social se ajuste nuevamente a lo que se considera como socialmente correcto.

Los controles sociales dan cohesión a la sociedad, haciendo de las tensiones o desviaciones sociales un factor que se soluciona a través de las normas y los procedimientos diseñados por el sistema.

Entre los principales tipos de control social tenemos: la moral, la costumbre, la religión, el derecho, la educación y la opinión pública, tomando especial relevancia el derecho, por contar con la coacción. Roscoe Pound enfatiza que el derecho es una forma altamente especificada de control social mediante la aplicación sistemática de la fuerza en una sociedad organizada y políticamente desarrollada.

Del mismo modo, F. J. David, en la obra *Law as a Type of Social Control*, cataloga al derecho como un control social determinado por tener reglas de conducta explícitas protegidas por el uso de sanciones, interpretadas y aplicadas por agentes oficiales.

En la medida en que las personas reconocen, aceptan, ejercen y protegen los valores, principios y normas considerados como correctos dentro de una sociedad, más fuerte es el control social que se ejerce.

Ulises Bonilla Constantino