

## RETOS Y PERSPECTIVAS DEL JUEZ CONSTITUCIONAL

Jorge Mario PARDO REBOLLEDO

SUMARIO: I. *Retos del juez constitucional*. II. *Legitimación del juez constitucional*. III. *El juez y la Constitución*. IV. *El juez constitucional en Iberoamérica*. V. *Perspectivas del juez constitucional en el derecho mexicano*. VI. *Conclusiones*.

### I. RETOS DEL JUEZ CONSTITUCIONAL

Atendiendo a lo dispuesto en los artículos 39, 40, 41 y 133 de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos, es dable decir que en un país democrático como el nuestro, el Estado constitucional de derecho necesariamente se sustenta en dos principios fundamentales, a saber:

- Un principio político, y
- Un principio de supremacía constitucional.

En efecto, el Estado constitucional de derecho se sustenta en un *principio político*, cuyo origen se encuentra en la soberanía, porque de acuerdo con lo dispuesto, en los artículos 39 y 41 de la Constitución federal, todo poder público dimana del pueblo y se instituye para beneficio de éste; consecuentemente, el poder que el pueblo otorga a los gobernantes a través de los poderes de la unión, directa o indirectamente regresa a él, ya sea en forma de leyes, actos administrativos, resoluciones, decretos, etcétera; no obstante, el ejercicio de ese poder se encuentra vinculado al *principio de supremacía constitucional*, previsto en el artículo 133 de la carta magna, pues atendiendo a él, la Constitución se convierte en el parámetro o límite del ejercicio del poder público, pues ninguna autoridad

en el ejercicio de sus funciones puede ir más allá de lo que establece la propia Constitución.

Por desgracia, a pesar de los principios mencionados, el ejercicio del poder público no siempre se sujeta al ordenamiento constitucional, pues éste al igual cualquier otra norma jurídica, es susceptible de desacato por parte de sus destinatarios.

Ante esa realidad, prevista por el propio Constituyente, en la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos, se establecen diversos medios de control *preventivos y correctivos*, que tienen por objeto: los primeros, respetar y evitar la infracción de la carta magna, y los segundos, reintegrar el orden constitucional cuando ha sido violado por órganos del poder público, destruyendo los actos contrarios a la Constitución.

Entre esos medios de control constitucional, se encuentran los siguientes:

- La toma de protesta de los funcionarios públicos, en el sentido de guardar la Constitución y las leyes que de ella emanen —medio de control preventivo— (artículo 128).
- El juicio de amparo (artículos 103 y 107).
- Las controversias constitucionales (artículo 105).
- La acción de inconstitucionalidad (artículo 105).
- La facultad de investigación de la Suprema Corte de Justicia de la Nación —medio de control no necesariamente correctivo— (artículo 97).
- El juicio político (artículo 110).
- Organismos de derechos humanos —medio de control no necesariamente correctivo— (artículo 102).
- El juicio de revisión constitucional electoral.
- El juicio para la protección de los derechos políticos y electorales de los ciudadanos.

Aunque la responsabilidad de los medios control de la constitucionalidad, recae en órganos de diversa naturaleza (política, legislativa y jurisdiccional), lo cierto es que la mayoría de esos órganos son de tipo jurisdiccional, pues son autoridades dependientes del Poder Judicial quienes conocen de ellos.

Se habla (en plural) de autoridades pertenecientes al Poder Judicial, porque en México el control de la constitucionalidad por órgano jurisdiccional, en estricto sentido, no es *concentrado*, sino más bien, *difuso* limi-

tado, pues la competencia para conocer de los medios de control constitucional, no recae un solo órgano jurisdiccional.

En efecto, aunque es cierto que la Suprema Corte de Justicia de la Nación conoce de la totalidad de ellos, también lo es que algunos como el juicio de amparo, sólo llegan a su conocimiento como autoridad terminal revisora en los supuestos que establece el artículo 84 de la Ley de Amparo, pero del juicio de amparo como medio de control constitucional puede conocer un juez de distrito, el superior del tribunal responsable y los tribunales unitarios de circuito, así como los tribunales colegiados de circuito (en revisión).

Lo anterior pone de manifiesto que en México es difuso el control de la constitucionalidad por órgano jurisdiccional, pero se dice que limitado, porque si bien todos los jueces federales y locales, como funcionarios públicos que son, al asumir el encargo protestan guardar la Constitución y en términos de lo dispuesto en el artículo 133 constitucional, tienen el indeclinable deber de preferir el texto constitucional a cualquier otra norma secundaria que lo contradiga, lo cierto es que el Pleno de la Suprema Corte de Justicia de la Nación, a través de la jurisprudencia P./J. 74/99, con número de registro 193,435, visible en la p. 5, del t. X del *Semanario Judicial de la Federación*, de agosto de 1999, con el rubro “CONTROL DIFUSO DE LA CONSTITUCIONALIDAD DE NORMAS GENERALES. NO LO AUTORIZA EL ARTÍCULO 133 DE LA CONSTITUCIÓN”, ha señalado que el artículo 133 constitucional no es fuente de facultades de control constitucional para las autoridades que ejercen funciones materialmente jurisdiccionales, respecto de actos ajenos, ni de sus propias actuaciones, que les permitan desconocer unos y otros, pues dicho precepto debe ser interpretado a través del régimen de competencias establecido en la propia Constitución, de acuerdo con el cual, sólo el Poder Judicial de la Federación puede hacer declaraciones de inconstitucionalidad, de modo que la justicia local no tiene intervención alguna en la defensa jurisdiccional de la Constitución, ya que ésta es exclusiva del Poder Judicial de la Federación.

Atendiendo a lo anterior, cuando un juzgador del Poder Judicial de la Federación, conoce de los medios de control constitucional, debe tener presente que como *juez constitucional*, *el primer reto que está obligado a asumir, es reconocer la importancia de la función que le ha sido encomendada*, pues a diferencia del juzgador ordinario, asume la defensa de la Constitución; *y como consecuencia, el control y el balance de poderes necesariamente debe convertirse en un presupuesto de su actuación ju-*

*risdiccional*, pues los medios de control constitucional hacen efectivo el principio de frenos y contrapesos que caracteriza a los Estados democráticos como el nuestro; ello es así, porque cuando la resolución de un medio de control constitucional, se sustenta adecuadamente en el texto de la norma suprema, lejos de debilitar la división de poderes, la fortalece.

El *segundo reto*, pero no por ello menos importante, está íntimamente relacionado con el principio político del Estado constitucional de derecho, porque si de acuerdo con ese principio, todo poder público dimana del pueblo y se instituye para beneficio de éste, entonces, la facultad de resolver los medios de control constitucional otorgada al Poder Judicial de la Federación a través de los jueces constitucionales, emana del pueblo; lo anterior implica que *el pueblo de México, aun cuando de manera indirecta, ha depositado su confianza en los jueces constitucionales; por tal motivo, éstos tienen la obligación de responder a esa confianza, y la única manera de hacerlo es a través de sus resoluciones.*

Pese a lo anterior, no se puede desconocer que en la actualidad existe una gran desconfianza hacia los juzgadores en general, pues parte de la ciudadanía estima que las resoluciones emitidas por ellos en su quehacer jurisdiccional:

- Son injustas, o
- No se apegan al texto legal.
- E incluso algunos ciudadanos consideran que ello obedece a:
- La corrupción que ha perneado en el sistema jurisdiccional, y
- A la falta de preparación de algunos juzgadores.

Ante esta realidad, es evidente que *el principal reto que deben afrontar los jueces constitucionales, estriba en ganar la confianza de la ciudadanía.*

Para ganar esa confianza es preciso que los jueces constitucionales tengan una adecuada preparación en el ámbito jurídico, especialmente en el derecho constitucional y en el derecho procesal constitucional; preparación a la cual deben sumarse principios y virtudes, relacionados con ética y moralidad.

En efecto, de acuerdo con el Código de Ética del Poder Judicial de la Federación, un juez constitucional debe regir su actuación por al menos cinco principios fundamentales que son:

- Independencia,
- Imparcialidad,
- Objetividad,
- Profesionalismo, y
- Excelencia.

Principios a los cuales deben sumarse las siguientes virtudes:

- Compromiso social,
- Decoro,
- Fortaleza,
- Honestidad,
- Humanismo,
- Humildad,
- Justicia,
- Laboriosidad,
- Lealtad,
- Orden,
- Patriotismo,
- Perseverancia,
- Prudencia,
- Respeto,
- Responsabilidad,
- Sencillez, y
- Sobriedad.

Principios y virtudes que debe adoptar como código de conducta personal y profesional (aun en actividades no jurisdiccionales), pues ésta necesariamente trascenderá a la sociedad y constituirá su imagen pública (personal e institucional), motivo por el que en todo momento debe conducirse con la integridad y rectitud que se espera de un ciudadano responsable.

*Un tercer reto*, vinculado al anterior, radica en el hecho de que como muchas de las resoluciones que se emiten en los medios de control constitucional provienen de un órgano colegiado, es preciso que el juez constitucional con independencia de tener amplios conocimientos jurídicos, *tenga la virtud o capacidad de trabajar en equipo, así como el don de gente*, no sólo para que la discusión del asunto con sus homólogos sea con respeto y consideración en pro de una justicia pronta; sino además, para saber atender a las par-

tes contendientes que acuden a él, a fin de que éstas tengan la tranquilidad y la certeza de que la controversia será resuelta conforme al marco constitucional.

Para poder transmitir la tranquilidad y certeza de que se habla, no basta que el juez constitucional tenga el don de gente, sino además, *requiere estar en contacto con la problemática social que se vive en el país y no ser insensible a ésta*, pues eso le permitirá tomar decisiones que aparte de adecuarse al marco constitucional, resulten concordantes con la justicia que la ciudadanía espera de ellos.

A pesar de lo anterior, no se puede desconocer la existencia de leyes que por sí mismas resultan injustas o que la interpretación que se hace de ellas, las convierte en tales; por ese motivo, *otro reto que afronta el juez constitucional consiste en encontrar un adecuado balance entre la formalidad de la ley y la justicia*.

En efecto, en su quehacer jurisdiccional, el juez constitucional debe cumplir con las formalidades que derivan de la ley, evitando en lo posible sacrificar la justicia; es decir, debe dictar sentencias que, además de cumplir con el marco constitucional, otorguen a cada quien lo que le corresponde; no obstante ello se convierte en un verdadero reto, porque al hacerlo el juez constitucional debe ser cuidadoso de no poner en riesgo su autonomía e independencia, pues no debe perder de vista que si bien puede interpretar las normas jurídicas y sus formalidades para dictar sentencias que resulten acordes con el concepto de justicia, no puede trasgredirlas a pretexto de aplicar justicia, pues entonces el derecho quedaría substituido por la anarquía del juzgador y en lugar de generar confianza en la ciudadanía, provocaría su desconfianza.

Por otro lado, algunos medios de control constitucional como son las controversias constitucionales y las acciones de inconstitucionalidad, no sólo cumplen con su principal objetivo que es la defensa de la carta magna, sino que además, representan la solución de un conflicto entre distintos poderes u órganos de gobierno, lo cual en mayor o menor medida, necesariamente implica que el juez constitucional a menudo se vea envuelto en el ámbito político; por tanto, uno de los principales retos que afronta, es dictar resoluciones, en las que sin perder de vista el conflicto político, halle la solución únicamente en argumentos jurídicos, dejando de lado todo tipo de argumentos políticos.

Efectivamente, el juez constitucional debe evitar los argumentos políticos, pues ello no sólo pondría en duda uno de los principios fundamentales que rigen su actuación, que es la independencia (del poder político o de intereses privados), sino que además, se correría el riesgo de politizar la justicia; por ese motivo, uno de los retos del juez constitucional consiste en resolver los medios de control constitucional sin utilizar argumentos políticos, basándose exclusivamente en argumentos jurídicos, ya que éstos serán la muestra de su imparcialidad e incorruptibilidad, toda vez que la garantía de que el juzgador es independiente, precisamente es su lealtad a la Constitución.

Retomando el hecho de que el Estado constitucional de derecho en un Estado democrático como el nuestro, se sustenta en un principio político y en un principio de supremacía constitucional, para recuperar la confianza de la ciudadanía, no basta que el juez constitucional asuma los retos señalados, sino además, debe dejar en claro que la justicia constitucional se encuentra instituida en su beneficio. Por tal motivo, el legislador debe diseñar o reformar procedimientos en donde la ciudadanía pueda defender sus derechos alcanzando beneficios reales.

## II. LEGITIMACIÓN DEL JUEZ CONSTITUCIONAL

Los jueces constitucionales en el mundo son fieles guardianes de las Constituciones democráticas de nuestro tiempo, pues con sus decisiones pueden cuestionar la capacidad normativa del propio Poder Legislativo, hasta el extremo de llevar a anular la ley adoptada por éste, si no se ajusta a la Constitución.

En efecto, el juez constitucional posee la capacidad de examinar y resolver la cuestión de si la ley corresponde a las determinaciones constitucionales que directamente regulan la legislación, teniendo incluso la facultad de anular la que considere inconstitucional.

Esa función bien se puede otorgar a todos los jueces, como sucede en el sistema de control difuso de constitucionalidad, o bien a un tribunal especial, lo que es propio del sistema de control concentrado de constitucionalidad. En el primero, los jueces inaplican en el caso concreto la ley que estimen inconstitucional, y en el sistema concentrado, el tribunal anula totalmente la ley o precepto inconstitucional.

En ambos sistemas el problema de su legitimación subsiste, dado que en las resoluciones en que el Poder Judicial cuestiona la constitucionalidad de la ley, se enfrenta con la legalidad democrática del legislador. Ello, es posible dilucidarlo, esclareciendo la naturaleza del Poder Judicial como tal.

El doctor José J. Jiménez Sánchez de la Universidad de Granada, España, nos explica que Montesquieu es el primer autor a que tenemos que referirnos cuando nos preguntamos por la naturaleza del Poder Judicial.

Montesquieu dijo que en cada Estado hay tres poderes: el Poder Legislativo o voluntad general del Estado, por medio del cual se promulgan leyes o se derogan las existentes; el Poder Ejecutivo o realización de esa voluntad general, ocupado de las cuestiones de la guerra y la paz, así como de las relaciones exteriores y, por último, el Poder Judicial por medio del cual se castiga los delitos o juzga las diferencias entre particulares, y añade que no hay libertad si el Poder Judicial no está separado del Legislativo ni del Ejecutivo, porque si va unido al primero, el poder sobre la vida y la libertad de los ciudadanos sería arbitrario, pues el juez sería al mismo tiempo legislador, y si va unido al Ejecutivo, el juez podría tener la fuerza de un opresor. Así, concluyó que de los tres poderes, el de juzgar es en cierto modo nulo, dado que los jueces de la nación no son más que el instrumento que pronuncia las palabras de la ley; seres inanimados que no pueden moderar ni la fuerza ni el rigor de las leyes y sus sentencias deben corresponder siempre a su texto expreso. Montesquieu, por un lado, defiende al Poder Judicial como poder, pero, por otro, lo considera nulo al vaciarlo de contenido.<sup>1</sup>

Semejante pensamiento tuvo Beccaria al considerar al trabajo judicial en el establecimiento de un silogismo perfecto, donde la premisa mayor corresponde a la ley general, la menor a la acción conforme o no con la ley, y la conclusión a la libertad o la pena. Así lo estableció en su obra *De los delitos y de las penas*, donde, además, dijo que la autoridad de interpretar las leyes penales no puede residir en los jueces criminales por la misma razón de que no son legisladores.

Nos sigue diciendo el doctor Jiménez Sánchez que esta manera de concebir el trabajo del juez, también era sostenida en el sistema de *common law*, como lo cuenta Adam Smith en sus *Lecciones sobre jurisprudencia*.

<sup>1</sup> Jiménez Sánchez, José Joaquín, “La legitimidad del juez constitucional”, *Anales de la Cátedra Francisco Suárez*, año 2002, núm. 36, p. 307.



*dencia*, cuando relata el origen de la palabra “Corte”, señalando que precisamente era la Corte del Rey que lo acompañaba cuando se desplazaba por su reino y resolvían los problemas de la expedición. Además de asegurar la unidad de su reino, el rey y su Corte resolvían las disputas de sus súbditos, y cuando se les planteaba alguna reclamación, se decía al reclamante que acudiera a la parroquia y buscara en los archivos un caso similar, para que lo copiara y acudiera de nuevo ante la Corte. De esta manera se consolidó un sistema asentado en la resolución de los nuevos casos de acuerdo con lo establecido en la resolución de los pasados, y agregó que otra cosa que aseguraba la libertad de los súbditos en Inglaterra, consistió en el poco poder de los jueces para explicar, alterar, extender o corregir el significado de las leyes y la gran exactitud con la que deben ser observadas, porque se les ordenó que juzgaran siguiendo la letra de la ley, y los procedimientos por sus propios archivos que se llevaban siempre con gran exactitud, sin admitir alteración, explicación o enmienda.<sup>2</sup>

Entonces, conforme a estos criterios que delimitaron el ámbito de reflexión del pensamiento jurídico-político del siglo XIX y buena parte del XX, el Poder Judicial era un poder nulo, presidido por seres inanimados e invisibles, con lo que habría que caracterizarlo simplemente como un poder formal, vacío e instrumental.

Pero un poder así, no es poder, porque para ser tal y, por ende, ser objeto de interés de la ciencia política, acontece cuando se es autónomo y se cuenta con capacidad de decisión y discreción, sin estar sometido absolutamente a los dictados de otro poder.

El autor que empezó a reconocer lo anterior en el Poder Judicial fue Tocqueville en su obra *La democracia en América*,<sup>3</sup> donde hizo notar su importancia al establecerlo como contrapeso y barrera al Poder Legislativo, porque —destacó— cuando en Estados Unidos se invoca ante los tribunales una ley que el juez estima contraria a la Constitución, el magistrado puede rehusar a aplicarla, por lo que al poseer el derecho de declarar inconstitucionales las leyes, el Poder Judicial interviene continuamente en los asuntos políticos.

El reconocimiento de esta práctica produjo un giro en el pensamiento jurídico-político. De considerarse nulo al Poder Judicial, ahora se calificaba como central, al tener la facultad de desconocer la labor del Legislativo.

<sup>2</sup> *Ibidem*, pp. 308 y 309.

<sup>3</sup> *Ibidem*, pp. 313-316.

Ahora bien, contrario a este modelo descrito por Tocqueville, de justicia constitucional delimitadora del Poder Legislativo, Kelsen estableció otro distinto: una justicia constitucional concentrada en un tribunal constitucional con capacidad de anular las leyes que vayan contra la Constitución.

Así, dado que dicho tribunal constitucional posee tal capacidad, se convierte en un órgano con poder legislativo, lo que provoca ahora la existencia de dos órganos: el propio Poder Legislativo como legislativo positivo, y el tribunal constitucional, como legislador negativo.

Aquí es cuando nos surge la siguiente cuestión: ¿cómo se justifica que la labor de un Poder Legislativo positivo legitimado democráticamente, pueda ser anulada por un legislador negativo (el tribunal constitucional), que no está legitimado de esa manera?

Al respecto, el propio Kelsen señaló que la solución está en elegir a los miembros del tribunal de forma democrática, bien por el mismo pueblo o bien por el Parlamento. Sin embargo, debe decirse que el tribunal constitucional obtiene su legitimidad no tanto porque sus miembros sean elegidos por cierto método, sino por sus decisiones y la manera en que las alcanzan o fundamentan. En este sentido se pronuncia J. Habermas, quien defiende una interpretación procedimentalista de la Constitución, a través de la que se legitimaría la actuación del tribunal constitucional, y a la vez, con ello, se impediría que en su función interpretativa se le abriera la puerta para una creación del derecho de inspiración política, que, conforme a la división de poderes, queda reservada al legislador democrático.<sup>4</sup>

En nuestro sistema judicial mexicano —como se ha destacado—, los jueces están sometidos a la ley, por lo que si han de juzgar según esa ley, no pueden declarar su inconstitucional.<sup>5</sup> De ahí que se atribuya esa fun-

<sup>4</sup> *Ibidem*, p. 324.

<sup>5</sup> Tal circunstancia se sustenta en la Jurisprudencia por reiteración del Pleno de la Suprema Corte de Justicia de la Nación, identificada con el número P./J. 74/99, publicada en el *Seminario Judicial de la Federación y su Gaceta*, t. X, agosto de 1999, p. 5, con rubro y texto siguientes: “CONTROL DIFUSO DE LA CONSTITUCIONALIDAD DE NORMAS GENERALES. NO LO AUTORIZA EL ARTÍCULO 133 DE LA CONSTITUCIÓN. El texto expreso del artículo 133 de la Constitución Federal previene que “Los Jueces de cada Estado se arreglarán a dicha Constitución, leyes y tratados a pesar de las disposiciones en contrario que pueda haber en las Constituciones o leyes de los Estados”.

En dicho sentido literal llegó a pronunciarse la Suprema Corte de Justicia; sin embargo, la postura sustentada con posterioridad por este Alto Tribunal, de manera predominante, ha sido en otro sentido, tomando en cuenta una interpretación sistemática del

ción únicamente a la Suprema Corte de Justicia de la Nación, que es por excelencia nuestro Tribunal Constitucional, y que como legislador negativo —en términos de la postura de Kelsen— está legitimado para declarar la inconstitucionalidad de una ley o precepto elaborado por el Poder Legislativo (legislador positivo), conforme sus decisiones estén suficientemente sustentadas y fundamentadas, como afirma Habermas.

De este modo, los jueces están sometidos tanto al principio de legalidad (artículo 14 Constitucional),<sup>6</sup> como a la jurisprudencia del Tribunal Constitucional (artículo 192 de la Ley de Amparo).<sup>7</sup>

### III. EL JUEZ Y LA CONSTITUCIÓN

Una vez resuelto el tema de la legitimación del juez o tribunal constitucional —que como se ha dicho, en México es por excelencia nuestra Suprema Corte de Justicia de la Nación—, debemos precisar la perspectiva que guarda como tal, ante la Constitución y la naturaleza de su labor en salvaguarda de esta ley suprema.

precepto y los principios que conforman nuestra Constitución. En efecto, esta Suprema Corte de Justicia de la Nación considera que el artículo 133 constitucional, no es fuente de facultades de control constitucional para las autoridades que ejercen funciones materialmente jurisdiccionales, respecto de actos ajenos, como son las leyes emanadas del propio Congreso, ni de sus propias actuaciones, que les permitan desconocer unos y otros, pues dicho precepto debe ser interpretado a la luz del régimen previsto por la propia Carta Magna para ese efecto”.

<sup>6</sup> Artículo 14. A ninguna ley se dará efecto retroactivo en perjuicio de persona alguna. Nadie podrá ser privado de la libertad o de sus propiedades, posesiones o derechos, sino mediante juicio seguido ante los tribunales previamente establecidos, en el que se cumplan las formalidades esenciales del procedimiento y conforme a las Leyes expedidas con anterioridad al hecho.

<sup>7</sup> Artículo 192. La jurisprudencia que establezca la Suprema Corte de Justicia, funcionando en Pleno o en Salas, es obligatoria para éstas en tratándose de la que decreta el Pleno, y además para los Tribunales Unitarios y Colegiados de Circuito, los juzgados de Distrito, los tribunales militares y judiciales del orden común de los Estados y del Distrito Federal, y tribunales administrativos y del trabajo, locales o federales. Las resoluciones constituirán jurisprudencia, siempre que lo resuelto en ellas se sustente en cinco sentencias no interrumpidas por otra en contrario, y que hayan sido aprobadas por lo menos por catorce ministros, si se trata de jurisprudencia del Pleno, o por cuatro ministros en los casos de jurisprudencia de las Salas. También constituyen jurisprudencia las resoluciones que dilucidan las contradicciones de tesis de salas y de tribunales colegiados.

En congruencia con las anteriores ideas, como bien afirma Gustavo Zagrebelsky,<sup>8</sup> se ha superado ya la idea de Montesquieu, para quien el juez era la boca que decía las palabras de la ley, puesto que estamos en una nueva etapa en la cual su función va más allá del texto positivo, poniéndose al servicio tanto de la ley como de la realidad, logrando que su interpretación busque la norma adecuada al caso concreto y al propio ordenamiento jurídico.

El propio Zagrebelsky nos explica que para llegar a este equilibrio, el operador judicial dispone de métodos exegéticos, concebidos como expedientes argumentativos tendentes a demostrar que la regla extraída del ordenamiento jurídico es una regla posible y justificable. Dichos métodos interpretativos se caracterizan por dos notas: su variedad y la ausencia de una jerarquía entre los mismos. La interpretación ha de guiarse por el intento de conciliar seguridad y justicia, es decir, la atención al caso concreto de acuerdo con criterios equitativos, a la vez que se consigue el respeto mayor posible al ordenamiento jurídico. Así se configura el juez como el auténtico “señor del derecho” de nuestro tiempo (antes lo era el legislador), que debe armonizar: el respeto (no veneración incondicionada) a la ley; la protección de los derechos de los particulares, y la constante búsqueda de la justicia.

Lo anterior no puede concebirse sin la existencia de principios, a los que el mismo Zagrebelsky se refiere como parte de la Constitución, y sobre los que identifica como normas naturalmente abiertas a los desarrollos del futuro. Tales principios —agrega— contienen conceptos (humanidad, dignidad, igualdad, libertad, etcétera), que viven a través de “concepciones” cambiantes en el tiempo. Por eso, estima que la apertura a la evolución de la cultura jurídica es justamente la intención de los padres constituyentes, cuando se expresaron por medio de normas de principio, porque advierte que existen fórmulas constitucionales que encuentran su significado directamente en los valores que emergen de la civilización de una sociedad. Así, opina que una Constitución que sobrevive con incesantes modificaciones se degrada al nivel de una ley ordinaria y la materia constitucional se confunde con la lucha política cotidiana. Lo correcto, entonces, es que entre la generación constituyente y las

<sup>8</sup> Citado por Faustino Martínez Martínez al reseñar su obra *El derecho dúctil*, en artículo de la *Revista de Estudios Histórico-Jurídicos* XXVII, 2005, que se puede consultar en Internet en: [http://www.scielo.cl/scielo.php?pid=S0716-54552005000100073&script=sci\\_arttext](http://www.scielo.cl/scielo.php?pid=S0716-54552005000100073&script=sci_arttext).

sucesivas se instituya una relación como la que existe entre los padres (fundadores) y los hijos sucesores, porque a cada generación le corresponde mejorar y perpetuar, y no echar al viento el legado recibido.<sup>9</sup>

Ahora bien, la labor del juez o tribunal constitucional es precisamente la justicia constitucional, que en palabras del mismo Zagrebelsky, resulta ser una institución o una función republicana que limita la democracia. Por ello, las instituciones judiciales no forman parte de las instituciones de la democracia.<sup>10</sup>

Para entender lo anterior, nos explica Zagrebelsky que el auténtico propósito de una Constitución es el de sustraer ciertas materias a las vicisitudes de las controversias políticas, para colocarlas fuera del alcance de mayorías y de funcionarios, y sancionarlas como principios legales aplicables por parte de los tribunales. En efecto, el derecho a la vida, a la libertad, a la propiedad, a la libertad de expresión, a la libertad de imprenta, a la libertad de culto y de reunión, y en fin, los derechos fundamentales, no pueden ser sometidos al voto y, por ende, no dependen del éxito de ninguna votación. Así, debemos entender a la Constitución, como un código de principios sobre los que no se vota, y comprendida de esa forma, la carta magna asegura el mínimo de unidad o cohesión para la comunidad política y para la subsistencia de la República.

#### IV. EL JUEZ CONSTITUCIONAL EN IBEROAMÉRICA

En un estudio realizado en 2006, en Santiago de Chile, por la Conferencia Iberoamericana de Justicia Constitucional (CIJC), se puso de manifiesto información a efecto de conocer los rasgos o características de los jueces constitucionales en Iberoamérica.<sup>11</sup>

A continuación, se señalan algunas notas destacadas de dicho estudio.

Sobre el perfil del juez constitucional, se hicieron notar tres aspectos: el juez constitucional antes de serlo, mientras lo es y después de serlo.

<sup>9</sup> Zagrebelsky, Gustavo, “¿Qué es ser juez constitucional?”, *Dikaion*, núm. 15, Universidad de la Sabana, Chía Colombia, pp. 164 y 165.

<sup>10</sup> Citado por Manuel Núñez al reseñar la obra de Gustavo Zagrebelsky, *Principi e Voti*, en artículo de la *Revista de Estudios Constitucionales*, núm. 2, noviembre, vol. 4, del Centro de Estudios Constitucionales, Santiago de Chile, p. 730.

<sup>11</sup> Estudio que puede consultarse en Internet, en la página: <http://www.cijc.org/conferencias/Chile2006/Documents/Resumen%20cuestionario%20Chile%202006.pdf>.

En cuanto al juez constitucional antes de serlo, se indica que todos los ordenamientos exigen el cumplimiento de requisitos que, en general, aparecen recogidos en la Constitución, tales como los siguientes:

- Se impone un límite mínimo de edad, aunque en Nicaragua además, se establece como límite máximo, 75 años de edad.
- En la mayoría de los países se exige que sea nacional de origen.
- Se impone un periodo mínimo de desempeño de funciones que acrediten la idoneidad para el cargo.
- Se exige ser abogado o licenciado en derecho, aunque en Honduras, además, ser titular de un órgano jurisdiccional.
- Ausencia de antecedentes penales.
- Cumplimiento de deberes militares.
- La inexistencia de alguna otra causa de incompatibilidad, como en México, el tener cargos representativos durante el año anterior al día de su mandato, o en Costa Rica y en El Salvador, la condición de religioso.

En la designación, en algunos casos interviene el Ejecutivo, bien sea proponiendo candidatos (Argentina, Colombia, México y Portugal), o nombrándolos (Puerto Rico).

En Ecuador y Guatemala, también pueden proponer candidatos las escuelas de derecho, los colegios de abogados o hasta los sindicatos.

Ahora bien, una vez en el cargo, el mandato del juez constitucional abarca periodos que varían; en México, su periodo es de 15 años, aunque en Argentina, Brasil, Puerto Rico, República Dominicana y Uruguay, su duración es indefinida.

El cargo de magistrado constitucional es incompatible con las siguientes actividades y situaciones:

- a) con el ejercicio de cualquier otro cargo público, ya sea de naturaleza electiva, funcionarial o contractual;
- b) con el ejercicio de actividades de representación, gestión, asesoramiento o defensa de intereses privados de terceros;
- c) con cualquier cargo directivo en partidos políticos, sindicatos y asociaciones;

- d) con cualquier otra actividad que pueda poner en peligro la independencia y la imparcialidad en el cumplimiento de las obligaciones;
- e) parentesco hasta tercer grado, inclusive, con un miembro de la Corte Suprema de Justicia (Costa Rica);
- f) con la condición de ministro de cualquier religión (Guatemala);
- g) con la condición de militar (Nicaragua).

Por regla general, la función de magistrado sólo es compatible con la docencia universitaria, con algunas excepciones, como el caso de España, donde únicamente se permite a los magistrados participar esporádicamente en conferencias y eventos puntuales, pero no el ejercicio continuado de la actividad docente.

En todos los casos, el salario del juez constitucional se asemeja al de los más altos cargos del Estado, como en Panamá, que se trata de la categoría de cargos públicos mejor remunerada. La justificación que históricamente se ha dado a las retribuciones de los jueces en general y del constitucional en particular, es la de garantizar su independencia.

Después de ser juez constitucional, suele desaparecer el régimen de incompatibilidades que afecta al magistrado durante el tiempo de su mandato, aunque en México dentro de los dos años siguientes a la fecha de su retiro, los ministros no pueden actuar como patronos, abogados o representantes en cualquier proceso ante el Poder Judicial.

En Argentina, España, México y Portugal el juez constitucional goza de un régimen económico especial una vez que ha abandonado el cargo.

Sobre la labor del juez o tribunal constitucional, el estudio arrojó que el presidente es elegido por el Pleno (en Uruguay se denomina Acuerdo), salvo en Andorra, Guatemala y Honduras, donde el cargo es de carácter rotativo. En algunos países existe un vicepresidente (Andorra, Argentina, Brasil, Colombia, Ecuador, España, Panamá y Portugal), que es elegido por el mismo procedimiento por el que se designa al presidente. También es frecuente la organización del tribunal en salas (Colombia, Chile, Ecuador, México y Panamá) y secciones (Portugal).

Las potestades de administración del tribunal suelen ser ejercidas por órganos diferenciados de los jurisdiccionales. En México sabemos que es el Consejo de la Judicatura Federal.

La admisión o inadmisión de los casos puede estar a cargo del pleno (Andorra y Puerto Rico), del presidente (Portugal), de una comisión especial (Bolivia, Ecuador y España), del magistrado ponente (Colombia), de la sala (Chile), de colaboradores jurídicos (El Salvador), o de la secretaria (Guatemala). En algunos sistemas procede recurso contra la resolución que no admite el asunto, pero sus especificaciones varían mucho de una legislación a otra. Una vez admitido el caso a trámite, el proceso tiene las formalidades propias que disponga cada ley procesal, pero suele ser escrito, sustanciado por el magistrado ponente, con participación del fiscal o de la Procuraduría General, y si se trata de control constitucional de normas, por regla general, termina con una sentencia del Pleno respecto de la cual en varios ordenamientos se permite la formulación de votos particulares.

Sus sentencias producen efecto de cosa juzgada, y normalmente tienen efectos *erga omnes*, al menos en los casos de fallos de control de normas, en aquellos ordenamientos con modelo concentrado de justicia constitucional, y entre partes, en los de modelo difuso, donde, sin embargo, suelen tener valor de precedente judicial.

El número de miembros que componen el tribunal, corte o sala constitucional es muy variable, pues oscila entre los cuatro miembros de la Corte de Andorra y los dieciséis que forman la Suprema Corte de Justicia de la República Dominicana, que de acuerdo con los perfiles del modelo de justicia constitucional difuso al que dicho ordenamiento responde, es el órgano competente para conocer de la constitucionalidad de las leyes por vía directa. La media se situaría en torno a los nueve miembros, siendo mayoritarios los países en los que es impar el número de personas que componen el órgano.

El juez constitucional está mayoritariamente especializado en derecho público, concretamente en derecho constitucional, administrativo y penal. De los especialistas en derecho privado, son mayoría los que han ejercido su labor en el campo del derecho civil y mercantil o comercial.

También el estudio señala que el tribunal o corte constitucional es un órgano independiente, únicamente sometido a la Constitución y a su ley especial de desarrollo, aunque pese a su independencia, sus funciones encomendadas y el sistema de garantías que protege, hace que los conflictos con otros poderes del Estado sean frecuentes en la mayoría de los países, lo que sucede cuando se niegan a acatar las decisiones. Así ha ocurrido, por ejemplo, en Perú, Nicaragua y Bolivia respecto del cumplimiento por parte del



Ejecutivo, de ciertas declaraciones de inconstitucionalidad de las leyes; en Argentina, con ocasión de la ampliación del tribunal que, a juicio de éste, menoscababa la independencia e imparcialidad de sus decisiones; en Colombia, España y Guatemala ha habido problemas con órganos del Poder Judicial, en general como consecuencia de decisiones dictadas en amparo, y en Chile, con el Congreso Nacional acerca de las leyes que han de pasar el control previo de constitucionalidad.

#### V. PERSPECTIVAS DEL JUEZ CONSTITUCIONAL EN EL DERECHO MEXICANO

Conforme a lo expuesto, la potestad de invalidación de normas da a nuestra Suprema Corte de Justicia de la Nación la función que en la denominación kelseniana, es la de “legislador negativo”, contrario al legislador ordinario que es el legislador positivo.

Esta función de “legislador negativo”, la desarrolla la Corte en las acciones de inconstitucionalidad previstas en la fracción II, del artículo 105 de la Constitución, donde se establece que tienen por objeto la posible contradicción entre una norma de carácter general y la ley suprema de la nación, y que las resoluciones sólo podrán declarar la invalidez de las normas impugnadas, siempre que fueren aprobadas por una mayoría de cuando menos ocho votos.

El profesor José Roldán Xopa opina que el modelo del legislador negativo se ve cuestionado por la creciente e imaginativa función de los tribunales constitucionales, a través de sentencias llamadas “intermedias”, en las cuales se establecen interpretaciones que fijan ciertas condiciones y de lo que surge una tipología novedosa de sentencias: interpretativas aditivas (donde se adiciona el contenido normativo, como el caso de desigualdad o trato discriminatorio, en que la sentencia iguala), sustitutivas (que sustituyen la norma inconstitucional por otra nueva que se ajuste a la Constitución, sin alterar el texto), apelativas (declararan que la norma no es inconstitucional, pero puede llegar a serlo, si no se toman medidas preventivas) y de incompatibilidad sin nulidad (consistentes en un mandato al legislador para que modifique la norma en cierto plazo).<sup>12</sup>

<sup>12</sup> Roldán Xopa, José, *La Suprema Corte como legislador*, monografía que puede consultarse en Internet en: <http://www.congresodurango.gob.mx/la%20corte%20como%20legislador.pdf>.

Este mismo autor nos explica que la Corte mexicana ha dado muestra de rasgos en los que por la vía de interpretación ha adicionado contenidos normativos a los preceptos declarados inconstitucionales, y que al respecto, resulta interesante la técnica que emplea para declarar la inconstitucionalidad de normas, pues lo hace indicando mediante subrayado y entrecomillado los textos que son invalidados. Así, la consecuencia de la invalidez de la “porción normativa” que se entrecomilla y subraya en cada uno de los preceptos, equivale a “borrar” el texto correspondiente, de suerte que después de dicha declaratoria, el texto sea leído sin el texto invalidado.

Por lo anterior, Roldán Xopa estima que la técnica de anular porciones de precepto, dan un resultado normativo de consecuencias relevantes en términos de funciones constitucionales y, por tanto, de entendimiento de los efectos del control constitucional.

Por otra parte, el ministro Genaro David Góngora Pimentel al hablar sobre las acciones de inconstitucionalidad, precisa que dado que tienen por objeto la contradicción entre una norma general y la Constitución, de ello se deriva que un presupuesto para este medio de control, es la expedición de una norma. Así, se plantea si dicho medio resulta procedente para reclamar omisiones legislativas; para ello, distingue entre omisión absoluta y omisión relativa.

Establece que la omisión absoluta se produce cuando falta todo tipo de actuación normativa destinada a aplicar el precepto o el principio constitucional; en este caso, la inconstitucionalidad reside en la propia falta de normativa por parte del órgano legislativo para cumplir con la obligación de legislar que expresa o implícitamente le impone la Constitución. En cambio, se está en presencia de una omisión relativa cuando el legislador, al disciplinar cierto instituto sobre el cual interviene en el ejercicio de sus potestades discrecionales, omite respetar el principio de igualdad ante la ley en virtud de que la Constitución ordenaba tratar de forma distinta alguna situación; es decir, después de la intervención discrecional del legislador puede surgir un problema de legitimidad constitucional en relación con el principio de igualdad, dado que la omisión relativa deriva de actuaciones parciales de aquél al disciplinar una materia sólo para algunas relaciones determinadas, excluyendo otras respecto a las cuales tenía que legislar.

También Carlos Báez Silva, del Instituto de la Judicatura Federal, expone que las omisiones legislativas relativas o parciales suceden cuando

el legislador crea una ley, con lo que ejerce su facultad constitucional e incluso desarrolla algún precepto de la propia Constitución, empero, en tal ejercicio el legislador viola el principio de igualdad, no contemplado en los supuestos de aplicación de la norma expedida a sujetos o casos en los que también podría o debería ser aplicada la ley creada, por lo que los aplicadores e interpretes lo hacen extensivamente utilizando argumentos de mayoría de razón o analogía.<sup>13</sup>

En este tenor, opina el ministro Góngora Pimentel que se cumple con el presupuesto de la expedición de una norma general que se pueda contraponer a la Constitución por omitir respetar el principio de igualdad ante la ley atendiendo a un mandato de normar de forma distinta alguna situación, por lo que estima que es procedente reclamar omisiones legislativas relativas en la acción de inconstitucionalidad, pues existe una norma general, como lo exige la fracción II del artículo 105 constitucional, a la que se le puede atribuir una violación a la Constitución.<sup>14</sup>

Sin embargo, a pesar de la opinión del ministro Góngora, la Suprema Corte de Justicia de la Nación ha establecido en criterio jurisprudencial que la mencionada acción de inconstitucionalidad no es idónea para reclamar las omisiones legislativas derivadas de no ajustar los ordenamientos legales orgánicos y secundarios a las disposiciones que modificaron el texto de una Constitución estatal, sobre la base de que dicho procedimiento únicamente puede intentarse contra la posible contradicción entre la Constitución federal y una norma general que haya sido promulgada y publicada en el medio oficial correspondiente, pues a través de este mecanismo constitucional la Suprema Corte realiza un análisis abstracto de la constitucionalidad de la norma, que requiere haber pasado por el tamiz de su creación, lo cual deja fuera la posibilidad de reclamar la omisión legislativa.<sup>15</sup>

<sup>13</sup> Báez Silva, Carlos, “La omisión legislativa y su inconstitucionalidad en México”, *Boletín Mexicano de Derecho Comparado*, núm. 105, de 28 de abril de 2008, p. 10, que puede consultarse en Internet en: <http://www.juridicas.unam.mx/publica/rev/boletín/cont/105/art/art1.htm>.

<sup>14</sup> Dictamen del ministro Genaro David Góngora Pimentel publicado en <http://www2.scjn.gob.mx/Ministros/ministroGongoraPimentel/Ley%20de%20Radio%20y%20Televisi%C3%B3n/Votos%20Particulares%20relevantes/Confirmados/16.pdf>.

<sup>15</sup> Novena época, Pleno, *Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta*, t. XXI, mayo de 2005, tesis: P./J. 23/2005, p. 781, con rubro y texto siguientes: “ACCIÓN DE

Además, el ministro Góngora sólo nos da la solución en relación con la omisión legislativa relativa, sin encontrar respuesta respecto a la omisión legislativa absoluta.

Por tanto, en el ordenamiento jurídico federal mexicano no existe un mecanismo que solucione este tipo de situaciones, a pesar de que se ha introducido la figura de la acción de inconstitucionalidad por omisión legislativa a nivel local, en algunos estados, como Veracruz, Coahuila, Chiapas, Quintana Roo y Tlaxcala.

En tal virtud, se estima que debe crearse una acción procesal distinta a la señalada en la fracción II, del artículo 105, que puede ser la acción de inconstitucionalidad por omisión legislativa, la cual necesariamente tiene que consignarse en la Constitución.

Su inclusión incidiría en una mejora al sistema constitucional mexicano y constituiría un avance en el acceso a la justicia constitucional y un paso firme encaminado a su modernización, dado que la omisión legislativa constituye, por sí misma, una violación a la Constitución, porque no le permite desplegar la total eficacia de sus normas, que en muchos de los casos se contraviene un mandato directo de legislar en determinada materia o el legislador se sustrae de reglamentar supuestos jurídicos así señalados constitucionalmente.

## VI. CONCLUSIONES

Por lo expuesto, entre las reformas que podrían realizarse, se proponen las siguientes:

### 1. *Reformar el juicio de amparo*

Si bien la Suprema Corte de Justicia de la Nación ha señalado que está prohibido el control difuso de la constitucionalidad, y no se puede desconocer que la ventaja de esa prohibición radica en evitar la proliferación de criterios contradictorios que podrían generarse si cada juzgador pudiera declarar la inconstitucionalidad de una ley, también resulta inadmisi-

ble que ante la prohibición del control difuso, los juzgadores locales apliquen leyes que en ocasiones son evidentemente contrarias al texto constitucional; por tal motivo, se podría reformar la Ley de Amparo, a efecto de que se asentara que cuando algún juzgador local advierta la citada notoria contradicción, tenga la obligación de acudir a los tribunales federales a efecto de que ellos como jueces constitucionales hagan el pronunciamiento relativo, toda vez que con esa reforma, no sólo se evitaría el control difuso de la Constitución, sino que además, se daría estricto cumplimiento a lo dispuesto en los artículos 128 y 133 constitucionales.

En su defecto, se podría reformar el juicio de amparo a fin de otorgar efectos generales a las sentencias que declaren la inconstitucionalidad de una ley; sin embargo, tal reforma podría generar ciertas complicaciones en la práctica.

### *2. Reformar el artículo 105 constitucional*

Ello es así, porque no se puede desconocer el hecho de que en la actualidad, la representación popular de la ciudadanía en algunos medios de control constitucional, se encuentra en manos de determinados funcionarios públicos que en algunas ocasiones, lejos de atender las necesidades sociales, responden a compromisos políticos; por tal motivo, se podría reformar este precepto constitucional, a fin de ampliar la legitimación activa a un determinado número de ciudadanos independientes (100, 500 o 1000) y reducir el porcentaje de legisladores que puedan intentar la acción de inconstitucionalidad o, en su defecto, darle legitimación a los propios partidos políticos, porque de una u otra forma ellos también representan una parte de la ciudadanía.

### *3. Reformar la Constitución para incluir la acción de inconstitucionalidad por omisión legislativa*

Debe crearse en la ley suprema de la nación la acción de inconstitucionalidad por omisión legislativa, que tiene que ser distinta a la señalada en la fracción II, del artículo 105, de la Constitución, puesto que su inclusión incidiría en una mejora al sistema constitucional mexicano y constituiría un avance en el acceso a la justicia constitucional y un paso firme

encaminado a su modernización, dado que la omisión legislativa constituye, por sí misma, una violación a la Constitución, porque no le permite desplegar la total eficacia de sus normas, que en muchos de los casos se contraviene un mandato directo de legislar en determinada materia o el legislador se sustrae de reglamentar supuestos jurídicos así señalados constitucionalmente.