

## EL GENOTIPO Y LOS FENOTIPOS DE JUSTICIA CONSTITUCIONAL. PARTICULAR REFERENCIA A AMÉRICA LATINA

César ASTUDILLO\*

SUMARIO: I. *Introducción. Un nuevo lenguaje para el derecho comparado.* II. *El “genotipo” y los “fenotipos” constitucionales. Una aproximación.* III. *El “genotipo” y los “fenotipos” de la justicia constitucional.* IV. *Fenotipos autóctonos en la justicia constitucional de América Latina.* V. *Las influencias que han enriquecido al modelo mexicano de justicia constitucional.*

### I. INTRODUCCIÓN. UN NUEVO LENGUAJE PARA EL DERECHO COMPARADO

Desde el momento en que se constata que la justicia constitucional forma parte del *núcleo genético* del Estado constitucional contemporáneo,<sup>1</sup> el derecho comparado comienza la andadura de su enriquecimiento gramatical y, por supuesto, metodológico. En calidad de técnica abierta a

\* Investigador en el Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM, [cesar@unam.mx](mailto:cesar@unam.mx).

<sup>1</sup> Sobre el enriquecimiento que ha supuesto la justicia constitucional para el derecho constitucional de nuestro tiempo acúdase, entre otros, a Favoreu, Louis, *Los tribunales constitucionales*, trad. de Vicente Villacampa, Barcelona, Ariel, 1994, p. 13; Zagrebelsky, Gustavo, *La giustizia costituzionale*, Bolonia, Il Mulino, 1998, p. 11. Para América Latina, Nogueira Alcalá, Humberto, “Tendencias de la jurisdicción y los tribunales constitucionales de América del Sur”, en Pérez Royo, Javier *et al.* (eds.), *Derecho constitucional para el siglo XXI. Actas del VIII Congreso Iberoamericano de Derecho Constitucional*, Navarra, Thomson-Aranzadi, t. II, 2006, pp. 3747 y ss.

recibir información y a condicionarse por los fenómenos ocurridos en una pluralidad de ordenamientos, la comparación jurídica mantiene una natural disposición para acoger un nuevo lenguaje e, incluso, un nuevo ángulo de aproximación a los problemas que le corresponde afrontar, de conformidad con las exigencias que día a día impone la investigación científica.<sup>2</sup>

El derecho comparado recupera a menudo, por ejemplo, la idea de que el ordenamiento jurídico es un organismo vivo (con una evidente influencia de la “biología”) que se produce y reproduce constantemente de conformidad con determinadas influencias externas que lo pueden condicionar de forma positiva o negativa. De la “genética”, en cambio, ha rescatado determinadas categorías, cuyo uso frecuente viene a proponer la actualización de sus perfiles metodológicos y, sobre todo, el enriquecimiento de su lenguaje, permitiendo al comparatista, actuar con mayor incisividad para descubrir los elementos que, en unidad, confieren una concreta identidad a la Constitución, a fin de estar en condiciones de advertir en qué medida dichos elementos, bajo la forma de normas, figuras o instituciones jurídicas, han logrado heredarse, exportarse o asentarse en realidades diferentes a las de origen.

Ni qué decir tiene que esta aproximación acerca al derecho comparado a algunas nociones fundamentales de “bioética”. Así como ésta tiene como objeto tender un puente entre el conocimiento científico y el conocimiento ético para alertarnos de las eventuales consecuencias de la intervención humana en el ámbito biológico, el derecho comparado tiene una función semejante para advertir, por ejemplo, las formas, los modos y las posibilidades de intervención del hombre (en este caso, la intromisión de los hacedores de leyes, de sus intérpretes o de los que hacen teoría, entre otros), dentro del organismo viviente al que denominamos ordenamiento jurídico, con la finalidad de advertir su relevancia y las eventuales consecuencias positivas o negativas que de ello se derivan (por ejemplo, las implicaciones de un eventual ejercicio de “clonación” de instituciones en

<sup>2</sup> Pegoraro y Rinella, por ejemplo, señalan que el término “modelo”, empleado recurrentemente por los comparatistas, fue tomado de las ciencias económicas y sociales. Añaden que la tendencia a acoger terminología de otras ciencias “no es casi nunca reducible a un mero fenómeno de imitación, pues generalmente tiene su *ratio* en fundadas exigencias de investigación”. Pegoraro, Lucio y Rinella, Angelo, *Introducción al derecho público comparado. Metodología de investigación*, trad. de César Astudillo, México, UNAM, Instituto de Investigaciones Jurídicas, 2006, pp. 101 y 102.

un entorno en el que el ordenamiento receptor no contiene las características propicias para que el “trasplante” pueda ser exitoso).

En un entorno de paulatina recepción de influencias externas, al derecho comparado no le queda otro camino que abrirse a la exploración de nuevos horizontes y promover la innovación de su lenguaje. Lo anima la idea de continuar profundizando, como la ha venido haciendo durante buena parte del siglo XX, en el alma de los conceptos y en el sustrato de las figuras jurídicas para identificar y extraer, al menos en el ámbito teórico, los “genes” que las individualizan, les confieren una específica caracterización y las ponen en un lugar de relevancia para que, en su calidad de instancias paradigmáticas, puedan reproducirse en otros entornos.

Pero la labor no termina ahí. Necesita luego ser secundada por ejercicios prácticos para observar las formas concretas con que se presentan o exteriorizan los genes identificados una vez que han sido proyectados sobre figuras o instituciones jurídicas de concretos ordenamientos jurídicos, a fin de advertir bajo qué condiciones pueden subsistir, qué contextos les son más favorables, cuáles son las condiciones que favorecen una mejor adaptabilidad y, en su caso, qué efectos pueden producir al interactuar en un entorno diferente.

La perspectiva y el uso de este lenguaje, a pesar de su aparente originalidad, no es del todo nueva. Constantinesco, entre otros, subraya que uno de los intentos de clasificación doctrinal de los ordenamientos jurídicos se basó justamente en el criterio “histórico-genético”, con la intención de destacar la añeja dependencia de los mismos respecto al derecho romano, alemán y al derecho consuetudinario.<sup>3</sup>

Incluso el propio autor, al avanzar su teoría de los “elementos determinantes”, utilizó un lenguaje ajeno al que normalmente emplea la ciencia jurídica para señalar que un ordenamiento jurídico se compone con la suma de normas, principios y conceptos jurídicos que, bajo la denominación de “partículas jurídicas elementales”, conforman las “células” de dicho organismo.<sup>4</sup> De igual manera, hizo referencia a imágenes que, utilizadas de forma metafórica, tenían la capacidad de enviar un mensaje directo al lector sobre las ideas que quería posicionar. Por ello, llegó al

<sup>3</sup> Constaninesco, Léontin-Jean, *La scienza dei diritti comparati*, Torino, G. Giappichelli Editore, 2003, pp. 77 y ss.

<sup>4</sup> Constaninesco, Léontin-Jean, *Introduzione al diritto comparato*, Torino, G. Giappichelli Editore, 1996, pp. 223 y ss.

extremo de equiparar la estructura de un ordenamiento con la de un “átomo” formado por un núcleo circundado por un conjunto de electrones.<sup>5</sup>

De conformidad con el autor, las “partículas jurídicas elementales” que en unidad armónica conforman un ordenamiento jurídico no comparten el mismo valor, y por lo tanto, en lugar de articularse en un orden igualitario y horizontal, lo hacen en uno jerarquizado y vertical. Por estar ancladas en un determinado sistema de valores, conforman la “estructura esencial”, el “núcleo central” del ordenamiento o, diríamos, su “estructura genética”, en virtud de que condiciona sus rasgos de identidad, su perfil propio y su morfología. A lado de estas partículas, el autor estatuyó lo que denominó “elementos fungibles”, que tienen una importancia secundaria, porque sirven para completar el ordenamiento, pero dado que carecen de cualquier valor ideológico y teleológico, no coadyuvan a determinar su identidad.<sup>6</sup>

El autor señaló, además, que en un análisis objetivo no todas las “células elementales” poseen el mismo valor. Dentro de un ordenamiento, algunas partículas son más importantes que otras, porque se encuentran en una “posición central” o en una “situación dominante”, y contribuyen en mayor medida a fijarle su “fisonomía” o “morfología” esencial. De esta manera, modificarlas o sustituirlas equivaldría a “mutar”, “transformar” o “cambiar” la estructura específica del orden jurídico considerado, lo cual no ocurre con los elementos fungibles.<sup>7</sup>

La teoría de Constantinesco demuestra que una forma de continuar enriqueciendo al derecho comparado se encuentra en la posibilidad de tomar nuevas rutas de aproximación al estudio de las instituciones, las figuras jurídicas y la doctrina que las explica. La exigencia fundamental es que contribuya a determinar con autoridad los elementos que identifican a un determinado componente del sistema jurídico, para después ver sus formas concretas de manifestación en diferentes ordenamientos jurídicos positivos, las posibilidades de su clasificación, y sobre todo, las similitudes y diferencias que los identifican y separan, e incluso, los rasgos que permiten inferir el desarrollo de figuras autóctonas.<sup>8</sup>

<sup>5</sup> *Ibidem*, p. 224.

<sup>6</sup> *Ibidem*, pp. 224 y 225. La explicación más amplia de su teoría se encuentra en Constantinesco, *La scienza dei diritti...*, *cit.*, pp. 141 y ss.

<sup>7</sup> Constantinesco, *Introduzione...*, *cit.*, pp. 225 y 226.

<sup>8</sup> *Ibidem*, p. 230.

Sin embargo, así como este ejercicio puede ser analíticamente muy productivo y enriquecedor, puede tener eventuales efectos negativos para el establecimiento de las categorías clasificadoras que se propone el derecho comparado que, como sabemos, es una de las principales funciones de la comparación jurídica.<sup>9</sup>

Bajo estas premisas, nadie puede dudar que los comparatistas, en la actualidad, han adquirido un estatus de auténticos científicos “genéticos” del ordenamiento jurídico. Buena parte de su responsabilidad se dirige a desvelar la información genética que sostiene a los ordenamientos constitucionales desde una perspectiva general, y la que, de manera particular, subyace a determinadas figuras o instituciones jurídicas (elementos que permiten inferir la “comparabilidad” de ordenamientos y de figuras o instituciones en un contexto de micro y macrocomparación).

Les corresponde, además, la tarea de señalarnos las formas concretas bajo las cuales determinada información genética puede aparecer en el contexto institucional, el modo de agrupar los tipos en los que puede clasificarse el resultado de dicha exteriorización, las formas como pueden ser aislados determinados genes para el establecimiento de instituciones con las características deseadas e, incluso, advertir los eventuales escenarios para el éxito o el fracaso del empleo de dicho banco de datos en diferentes contextos y condiciones y, naturalmente, su justificación.

El resultado de este viaje al núcleo de las normas es a todas luces relevante, porque representa un material de uso elemental para quienes se dedican primordialmente a la creación de instituciones (mediante ejercicios de “clonación” o de “reproducción asistida”). Para nadie es extraño que hoy en día el legislador, en su doble faceta de productor de normas ordinarias y constitucionales, se auxilia del trabajo del comparatista para crear nuevas instituciones y dar nueva forma a las reglas jurídicas. En muchas ocasiones su labor se dirige a la creación de instituciones que tienen su origen en otros ordenamientos, cuidando de respetar las adaptaciones necesarias para proceder a armonizarlas con el contexto en el que se intentan introducir (es el fenómeno de la “reproducción asistida”, en cuanto al derecho comparado le corresponde determinar los componen-

<sup>9</sup> Sobre las funciones de la comparación, Pegoraro, Lucio y Rinella, Angelo, *Introducción...*, cit., pp. 86 y ss. También, Vergottini, Giuseppe de, *Diritto costituzionale comparato*, 7a. ed., Padova, CEDAM, 2007, v. I, p. 53. En el mismo sentido, Zweigert, K. y Kötz, H., *An Introduction to Comparative Law*, 3a. ed., Oxford, Clarendon Press, 1998, pp. 13 y ss.

tes que estructuran a la institución, ubicándose como elemento indefectible, sin cuya participación no sería posible crear a la nueva institución; en lenguaje comparativo es lo que se denomina “recepción consciente”). En otras, se constriñe a efectuar meros ejercicios de reproducción (“clonación”) de una institución existente en otra realidad, sin realizar ningún tipo de adaptación (el fenómeno de la imitación o del trasplante que viene precedido por múltiples condicionantes).

La “clonación” se caracteriza porque no puede haber espacio para manipulación genética alguna. Una figura o institución se traslada de un espacio a otro con toda la información que le confiere identidad, aunque la misma no sea propicia para generar los mismos efectos en el entorno receptor. En cambio, en el entorno de la “reproducción asistida” es posible que la adaptabilidad institucional suponga la mutación genética de la institución de referencia con objeto de que dicho cambio permita un mejor acoplamiento institucional o coadyuve a desplegar los efectos concretos que se desean generar con ella.<sup>10</sup>

## II. EL “GENOTIPO” Y LOS “FENOTIPOS” CONSTITUCIONALES. UNA APROXIMACIÓN

### 1. *El genotipo*

De latín *genus* y *typus*, el vocablo “genotipo” hace referencia, en el ámbito de la biología, al conjunto de genes que corresponden a un individuo.<sup>11</sup> Utilizado en el ámbito constitucional, de la mano del constitucionalista Jorge Carpizo, el genotipo “constitucional” persigue clarificar cuáles son los “genes” o “ascendientes” de una determinada Constitución. Indica, en consecuencia, qué tipo de elementos y características confieren identidad a un objeto llamado “Constitución”.<sup>12</sup>

En 1789, los revolucionarios franceses desvelaron por vez primera los elementos mínimos que deberían conformar el “núcleo genético” de la

<sup>10</sup> Pegoraro, Lucio y Rinella, Angelo, *Introduzione...*, cit., pp. 89 y ss.

<sup>11</sup> Voz “genotipo”, *Diccionario de la lengua española*, 22a. ed, Madrid, Espasa, 2001.

<sup>12</sup> Carpizo, Jorge, “En búsqueda del ADN y las influencias en algunas sistemas presidenciales y parlamentarios”, *Boletín Mexicano de Derecho Comparado*, número conmemorativo, sexagésimo aniversario, 1948-2008, México, UNAM, Instituto de Investigaciones Jurídicas, 2008, p. 182.

Constitución. Señalaron de forma diáfana que una sociedad que no protegiese los derechos ni garantizase la división de poderes carecía de Constitución. Se identificaban de esta forma los componentes esenciales, o lo que se ha identificado como la “Constitución material” del Estado liberal, en un contexto en el que la afirmación del constitucionalismo era determinante para frenar cualquier intento de arbitrariedad en el ejercicio del poder. El constitucionalismo se afirmaba, en síntesis, como la técnica de la libertad.<sup>13</sup>

La aparición de la Constitución en un texto formal y solemnemente establecido, la afirmación del principio de soberanía popular y la propia superioridad normativa de la norma fundamental vendrían consolidándose progresivamente y con altibajos durante el siglo XIX y principios del XX,<sup>14</sup> pero no sería sino hasta la segunda posguerra cuando la evolución constitucional, de la mano de los grandes progresos conseguidos por las demás ciencias, terminaría definitivamente por racionalizar el ejercicio del poder para enriquecer de manera notable el núcleo genético de la Constitución.<sup>15</sup> En la actualidad nadie duda, por ejemplo, que en adición a la división de poderes y los derechos fundamentales, como componentes genéticos de la Constitución, al menos de la Constitución liberal-democrática, aparezcan también el principio democrático, el principio de la descentralización institucional y el control de constitucionalidad.<sup>16</sup>

<sup>13</sup> En general, acúdase a Mateucci, Nicola, *Lo Stato moderno. Lessico e percorsi*, Bologna, Il Mulino, 1997, pp. 127 y ss., esp. 133. También a Fioravanti, Maurizio, “Stato e Costituzione”, *Lo Stato moderno in Europa. Istituzione e diritto* (a cura di) M. Fioravanti, Roma, Laterza, 2002, pp. 26 y ss.; Guastini, Riccardo, *Quindici lezioni di diritto costituzionale*, Torino, G. Giappichelli Editore, 1992, pp. 10 y ss; Morbidelli, Giuseppe, “Costituzione e costituzionalismo”, en Morbidelli, G. *et al.*, *Diritto costituzionale italiano e comparato*, 2a. ed., Bologna, Monduzzi Editore, 1997, pp. 50 y ss.

<sup>14</sup> Para una perspectiva histórica, *cf.*: Fioravanti, Maurizio, *Stato e Costituzione. Materiali per una storia delle dottrine costituzionali*, Torino, G. Giappichelli Editore, 1993.

<sup>15</sup> De esta forma, los principios inspiradores del constitucionalismo moderno, esto es, el principio democrático, el principio liberal y el principio de supremacía constitucional, han quedado definitivamente asentados. Sobre el particular, Pedro de Vega, “Constitución y democracia”, *La Constitución de la monarquía parlamentaria*, edición de Antonio López Pina, Madrid, Fondo de Cultura Económica, 1983, pp. 45 y ss.

<sup>16</sup> Sobre esta idea, Spadaro, Antonino, “L’idea di Costituzione, fra letteratura, botanica e geometria. Ovvero: sei diverse concezioni ‘geometriche’ dell’‘albero’ della Costituzione e un’unica, identica ‘clausola d’Ulisse’”, en Fernández Segado, Francisco

Es posible anotar, en este contexto, que las células constitucionales, entendidas como aquellas unidades fundamentales que en conjunto dan vida al organismo llamado Constitución, contienen información hereditaria codificada que puede denominarse “ADN constitucional”. Vistas a través de la lente de un microscopio (que generalmente es la lente del comparatista), dichas células aparecen conformadas por genes que se presentan, metafóricamente, bajo la forma de una estrella, en el que cada brazo ostenta la representación de uno de los componentes genéticos aludidos. En el centro, en su núcleo, que funciona en calidad de núcleo fundamental, reposa el principio metajurídico de la “dignidad de la persona humana”, cuya relevancia ejerce una notable influencia sobre la totalidad de la estructura constitucional, en virtud de que todos los componentes del edificio constitucional tienden a coordinarse para converger sobre el mismo objetivo metajurídico, y porque, en realidad, en el contexto de un verdadero Estado constitucional, la fuerza de este principio debe orientar la actuación de esas grandes estructuras.<sup>17</sup>

Bajo esta caracterización, la conformación genética del ordenamiento constitucional, como agudamente señala Spadaro, aparece claramente determinada por una estructura geométrica de tipo estelar, que pone en su núcleo central al principio de dignidad humana, sin importar si dicho principio se encuentra expresamente considerado en el ordenamiento.<sup>18</sup> La identidad genética del texto constitucional aparece conformada, en consecuencia, por el conjunto de valores, de principios constitucionales y de normas que la concretizan, que al dar consistencia a una determinada ideología política forman el núcleo duro de una Constitución.

Un adecuado equilibrio entre los componentes que la configuran conduce a la edificación de una Constitución fortalecida, de amplias y profundas raíces dentro del tejido social en que se desenvuelve. En cambio,

(ed.), *The Spanish Constitution in the European Constitutional Context. La Constitución Española en el Contexto Constitucional Europeo*, Madrid, Dykinson, 2003, p. 184.

<sup>17</sup> *Ibidem*, p. 184. Sobre el principio de la dignidad humana, acúdase al libro recientemente coordinado por Fernández Segado, Francisco, *Dignidad de la persona, derechos fundamentales, justicia constitucional*, Madrid, Dykinson, 2008.

<sup>18</sup> De esta manera, es incluso más fácil individualizar lo que Lombardi llamó con particular agudeza la “formula política institucionalizada”, bajo cuyo concepto se expresaba la esencia del sistema constitucional porque permitía la puntual localización de sus elementos “típicos y necesarios”. Lombardi, G., *Premesse al corso di diritto pubblico comparato. Problemi di metodo*, Milán, Giuffrè, 1986. Citado por Pegoraro, Lucio y Rinella, Angelo, *Introducción...*, cit., p. 56.

la alteración de dicho equilibrio mediante la supresión o reforma de algunos de sus componentes puede llegar al extremo de suponer el cambio de identidad constitucional. Se justifica por ello que las propias Constituciones suelen tomar medidas para proteger su más relevante información genética a través del instituto de la reforma constitucional. Se entiende, igualmente, que ante el elevado flujo de información, producto de una sociedad globalizada, en la que los datos fluyen con mucha mayor libertad, y frente a la amenaza constante de una manipulación injustificada, los textos constitucionales se preocupen por reforzar su protección en zonas concretas y determinadas, particularmente en aquellas que configuran su identidad. En este sentido, cada vez se hace más común la utilización de las denominadas “cláusulas de intangibilidad”, cuyo cometido es “cifrar” dicha información genética e impedir que el legislador ordinario o cualquier otro operador pueda acceder a ella.<sup>19</sup>

Tener en claro los elementos anteriores confiere al comparatista la posibilidad de realizar su función bajo mayores y mejores herramientas, porque la identificación del núcleo genético que subyace al texto constitucional constituye una información privilegiada que, bajo la modalidad de “parámetro de comparación”, hace las veces del *tertium comparationis* necesario entre lo que se desea comparar y la comparación concreta.<sup>20</sup>

## 2. El fenotipo

De origen griego, el vocablo “fenotipo” se compone del *φαίνειν*: mostrar, aparecer, y de *τύπος*, tipo, y hace referencia a la manifestación visible del genotipo en un determinado ambiente.<sup>21</sup> En el ámbito que nos interesa, el fenotipo constitucional expresa la concreta forma de exteriorización del genotipo constitucional; es decir, la manera como se ma-

<sup>19</sup> Grimm, Dieter, “Il futuro della costituzione”, *Il futuro della Costituzione*, Gustavo Zagrebelsky, Pier Paolo Portinaro, Jörg Luther (a cura di), Torino, Einaudi, 1996, pp. 38 y 39. Para una visión desde distintas experiencias constitucionales Gambino, Silvio y Guerino D’Ignazio (a cura di), *La revizione costituzionale e suoi limiti. Fra teoria costituzionale, diritto interno, esperienze straniere*, Milán, Giuffrè, 2007.

<sup>20</sup> De Vergottini, *Diritto costituzionale...*, cit., pp. 49 y 50. De forma crítica, Constaninesco, Léontin-Jean, *Il metodo comparativo*, Torino, G. Giappichelli Editore, 2000, pp. 20 y ss.

<sup>21</sup> Voz “fenotipo”, *Diccionario de la lengua española*, 22a. ed., Madrid, Espasa, 2001.

nifiesta cada uno de los componentes genéticos que dan identidad a los textos constitucionales modernos, de conformidad con las características propias del ambiente en que se proyectan.

A pesar de que hoy en día la mayoría de los documentos constitucionales se anclan en el mismo código de información, es evidente que la proyección concreta y la forma de funcionar de cada uno varía, y que dicha variación depende, más que de ese código genético en sí, de la concreta exteriorización del mismo, y sobre todo, de su interrelación con una multiplicidad de factores que son específicos y particulares, y por ende, sólo se encuentran presentes en la realidad de cada país. Carpizo ha señalado adecuadamente que el surgimiento de un fenotipo constitucional obedece a múltiples factores; entre ellos a la realidad de cada país y al específico entorno político, histórico, social y económico que lo condiciona.<sup>22</sup> Para poner un ejemplo reciente de esta interacción baste acudir a la recientemente aprobada Constitución de Bolivia, para ver que el control de constitucionalidad es uno de sus puntos referenciales, pero que se ha manifestado bajo la forma de un “Tribunal Constitucional plurinacional” compuesto bajo criterios de plurinacionalidad, con representación del sistema ordinario y del sistema indígena, bajo magistrados constitucionales que deberán ser elegidos mediante sufragio universal.<sup>23</sup>

De esta manera, aunque muchos países latinoamericanos y europeos compartan los presupuestos y el núcleo genético del Estado constitucional, es evidente que los ordenamientos constitucionales proyectan dicha información de modo distinto, lo cual genera indudables repercusiones en el modo de confección de sus instituciones, en la forma más o menos rápida con que las mismas logran asentarse y funcionar de manera eficiente, y por supuesto, en el grado de consolidación que adquieren con el tiempo.<sup>24</sup>

A pesar de que existe una multiplicidad de fenotipos constitucionales, la comparación jurídica ha facilitado la reconducción de los textos hacia una tipología que los ha ordenado de conformidad con criterios de diverso tipo. La cantidad de datos que en conjunción armónica dan for-

<sup>22</sup> Carpizo, Jorge, “En búsqueda del ADN...”, *cit.*, p. 183.

<sup>23</sup> Artículos 182, 196 al 198. [http://www.presidencia.gov.bo/leyes\\_decretos/constitucion\\_estado.asp](http://www.presidencia.gov.bo/leyes_decretos/constitucion_estado.asp)

<sup>24</sup> Sobre los elementos del Estado constitucional, Häberle, Peter, *El Estado constitucional*, trad. de Héctor Fix-Fierro, México, UNAM, Instituto de Investigaciones Jurídicas, 2001.

ma a una determinada Constitución positiva, es decir, un fenotipo constitucional concreto, da lugar a que, una vez ordenadas, pueda hablarse de Constituciones rígidas y flexibles, breves y largas, procedimentales y axiológicas, nominales y semánticas.<sup>25</sup>

El fenotipo permite advertir, además, el concreto modo de articularse de un conjunto de principios, instituciones, figuras y procedimientos acogidos por la Constitución, y sacar a la luz la información genética de la que es portadora. En este ámbito, mediante un análisis detenido es posible identificar, por ejemplo, los genes que han sido “dominantes” y los que han sido “recesivos” en la caracterización de alguna institución, proceder que permite avanzar conclusiones respecto a los fenómenos que en contextos institucionales particulares conducen a que determinados genes se manifiesten con mayor fuerza, y que en otros, en cambio, carezcan de la fuerza para salir a la luz.

La presencia, por ejemplo, de órganos constitucionales autónomos será la manifestación fenotípica de uno de los genes más importantes de la Constitución: la división de poderes. La particular forma de desarrollo de ese principio en un ordenamiento concreto aportará los datos necesarios para evidenciar si el “gen dominante” ha sido aquel que alberga en su información una noción de división de poderes que hace compatible la existencia de los poderes tradicionales con otros órganos del Estado a los que la Constitución reserva un estatus determinado (órganos constitucionales autónomos), o si, por el contrario, el gen dominante ha mantenido la información histórica, tradicional y decimonónica, lo cual querrá decir que el “gen recesivo” que contiene la información moderna no ha podido manifestarse.

Otro ejemplo significativo es el del control de constitucionalidad de las leyes, cuya manifestación fenotípica ha condicionado históricamente la presencia de un órgano específico para la tutela constitucional o, en el extremo contrario, ha determinado que en un contexto particular cual-

<sup>25</sup> Sobre las clasificaciones, Morbidelli, Giuseppe, “Costituzione e costituzionalismo, *cit.*, pp. 77 y ss.; Loewenstein, Karl, *Teoría de la Constitución*, 2a. ed., trad. de Alfredo Gallego Anabitarte, Barcelona, Ariel, 1976, pp. 218 y 255; Guastini, Riccardo, *Lezioni di teoria costituzionale*, Torino, G. Giappichelli Editore, 2001, pp. 141 y ss.; Ferreres Comella, Victor, “Justicia constitucional y democracia”, en Carbonell, Miguel (comp.), *Teoría de la Constitución. Ensayos escogidos*, México, Porrúa-UNAM, 2000, pp. 247 y ss. En el mismo colectivo, Comanducci, Paolo, “Modelos e interpretación de la Constitución”, pp. 137 y ss.

quier juez o tribunal pueda ejercer dicho control. El análisis comparativo en este aspecto permite descubrir en qué ordenamientos positivos el “gen dominante” ha sido el del control concentrado, en cuáles el del control difuso y en cuáles se ha generado un auténtico ejercicio de hibridación en el que funcionan aspectos de uno u otro, o incluso esquemas en los que ambos fenotipos se reúnen y armonizan para formar otro adicional.<sup>26</sup>

El ejercicio anterior consiente al comparatista realizar ejercicios de clasificación con relación a los tipos básicos bajo los cuales se presentan determinadas instituciones jurídicas, y a partir de ello proceder a un ejercicio de reagrupamiento, con objeto de fundar categorías que coadyuven a hacer más eficiente el ejercicio comparativo. Permite, por ejemplo, identificar los fenotipos históricos, que son aquellos que recogen las características primigenias bajo las cuales apareció una institución determinada y advertir su posterior desarrollo hasta generar el enriquecimiento de la propia tipología con paradigmas posteriores. Consiente, igualmente, constatar cuáles han generado una influencia tal que, ante la evidente circulación de sus elementos característicos, pueden elevarse a la categoría de verdaderos modelos.<sup>27</sup>

### III. EL “GENOTIPO” Y LOS “FENOTIPOS” DE LA JUSTICIA CONSTITUCIONAL

#### 1. *El genotipo*

Como se ha señalado, la noción de Constitución se compone de determinados genes que constituyen la prueba irrefutable de su identidad. De conformidad con circunstancias de tiempo, modo y lugar, dicha información se entrelaza para dar vida a los más variados ordenamientos constitucionales. La justicia constitucional representa uno de los elementos genéticos que inexorablemente debe estar presente en un determinado fenotipo constitucional, de tal forma que hoy en día no se concibe a uno

<sup>26</sup> Sobre la circulación de los “modelos”, en particular, Pegoraro, Lucio, *Giustizia costituzionale comparata*, Torino, G. Giappichelli Editore, 2007, pp. 67 y ss. También, Fernández Rodríguez, José Julio, *La justicia constitucional europea ante el siglo XXI*, 2a. ed., Madrid, Tecnos, 2007, pp. 34 y ss.

<sup>27</sup> Vergottini, Giuseppe de, *Diritto costituzionale...*, cit., pp. 57 y 58.

sin el otro.<sup>28</sup> Nadie puede dudar que hoy en día la justicia constitucional constituye un “elemento esencial” para la “garantía de la libertad”, y que ha alcanzado la consideración de “componente básico” del “constitucionalismo moderno”.<sup>29</sup> Su aparición, si bien tiene precedentes que nos remontan a la antigüedad, ha alcanzado plena consolidación en el siglo pasado, siendo, como ha dicho Zagrebelsky, una “adquisición reciente” del derecho constitucional, pero una adquisición con todas sus consecuencias, sin la posibilidad de dar marcha atrás, porque el Estado constitucional sólo puede entenderse cabalmente en el marco de una autorizada justicia constitucional.<sup>30</sup>

En su calidad de componente esencial del orden constitucional “básico”, de institución, e incluso de valor constitucional, su composición biológica se integra con un núcleo genético particular, que puede exteriorizarse de manera diferente, apareciendo bajo múltiples estructuras y formas de organización.<sup>31</sup>

El genotipo de la justicia constitucional se ancla históricamente en determinados componentes, que pueden considerarse los elementos básicos que presuponen, alimentan, justifican y otorgan identidad a los mecanismos de tutela de la Constitución. A través de ellos la justicia constitucional alcanza plena coherencia; sin ellos, sencillamente el control de constitucionalidad deja de tener justificación.

De conformidad con lo señalado por Lüther,<sup>32</sup> la justicia constitucional se desarrolla dentro de un proceso histórico en el que se ha concretado

<sup>28</sup> Ruggeri, Antonio y Spadaro, Antonio, *Lineamenti di giustizia costituzionale*, 3a ed., Torino, G. Giappichelli, 2004, p. 8

<sup>29</sup> Cappelletti, Mauro, *Dimensioni della giustizia nelle società contemporanee*, Bologna, Il Mulino, 1994, p. 66.

<sup>30</sup> Zagrebelsky, Gustavo, *La giustizia...*, cit., p. 11.

<sup>31</sup> En Austria, las normas constitucionales, según la doctrina dominante, se clasifican en leyes o disposiciones constitucionales “ordinarias” y en un ordenamiento constitucional “fundamental”, que se supraordina, y que es el ámbito donde se asienta la jurisdicción constitucional. Cfr. Schäffer, Heinz, “La relación entre el Tribunal constitucional y el legislador”, Aja, Eliseo (comp.), *Las tensiones entre el Tribunal Constitucional y el legislador en la Europa actual*, Barcelona, Ariel, 1998, pp. 19 y 40.

<sup>32</sup> Luther, Jörg, *Idee e storie di giustizia costituzionale nell’ottocento*, Torino, G. Giappichelli, 1990, pp. 8-17. Perspectivas cercanas se encuentran en Vega, Pedro de, “Constitución y democracia”, *La Constitución de la monarquía parlamentaria*, edición de Antonio López Pina, Madrid, Fondo de Cultura Económica, 1983, pp. 45 y ss.; *idem*, “De la Constitución y su defensa: algunas peculiaridades del ordenamiento constitu-

la “despersonalización del poder”, en el contexto de una evolución que ha posibilitado que el juez controle la fidelidad de los comportamientos políticos y posteriormente los actos individuales de los poderes mismos.

En segundo lugar, la justicia constitucional presupone un determinado “sistema de fuentes del derecho”, en cuyo ámbito se identifique una ley con atributos de superioridad material y formal a través de la cual se concreten relaciones de jerarquía entre dichas fuentes.

En tercer lugar, la justicia constitucional parte de un determinado “sistema de agregación de poderes territoriales”, en el que se observa una puntual diferencia entre el centro y la periferia, que termina por condicionar la instauración de un árbitro que pueda dirimir pacíficamente las controversias existentes entre el todo y las partes.

En cuarto lugar, una institución de esta naturaleza se incorpora en el ámbito de un “sistema de diferenciación funcional de poderes” al interior del Estado, dando paso a la división de poderes y a la distinción entre poder constituyente y poderes constituidos, a efecto de que, por fuera y por encima de dicha división, la justicia constitucional se erija como un poder de mediación o moderación entre ellos.

Finalmente, la justicia constitucional presupone un sistema constitucional caracterizado por instituciones democráticas que se asientan en el pluralismo de fuerzas políticas y sociales, con la finalidad de que, sobre la base de la integración del pluralismo, pueda garantizar la regularidad y el dinamismo de la vida constitucional.

Los componentes sucintamente esbozados se encuentran presentes en el desarrollo histórico de la justicia constitucional, con independencia del modelo concreto (fenotipo) que se haya puesto en práctica para materializar la garantía de la Constitución. Las formas de exteriorización son en extremo variadas, y al día de hoy se siguen multiplicando. Esto indica que el transcurso del tiempo seguramente pondrá nuevos fenotipos sobre el escenario, pero lo que difícilmente podrá cambiar es el acervo que presupone y justifica su presencia en el entorno de las democracias constitucionales.

cional español”, *La Constitución y su defensa*, México, UNAM, 1984, pp. 205 y ss.; Nogueira Alcalá, “Tendencias de la jurisdicción...”, *cit.*, pp. 3752 y ss. En torno a la progresiva afirmación de estos elementos, véase el reciente trabajo de Mezzetti, L. *et al.*, *La giustizia costituzionale*, Padova, CEDAM, 2007, pp. 20 y ss.

## 2. *Los fenotipos*

Relevante es advertir que el núcleo genético que en la actualidad identifica a la Constitución del Estado constitucional se corresponde con los componentes sobre los cuales se erige, a su vez, la institución de la justicia constitucional. Lo anterior no puede sino significar que sin Constitución no existe justicia constitucional, y que una Constitución sin justicia constitucional difícilmente puede ostentar esa denominación ante la carencia evidente de uno de sus elementos constitutivos y definidores. Existe, por tanto, una recíproca y natural dependencia entre ambas categorías jurídicas.

La tutela constitucional, sin embargo, puede aparecer de distintos modos dentro de los específicos textos constitucionales. No hay una forma particular establecida previamente y universalmente aceptada. Las posibilidades son tantas como lo permita la imaginaria constitucional y la prescriptividad que caracterizan a los instrumentos de tutela constitucional. Esta realidad fue advertida con total nitidez por Cappelletti cuando señaló que el control jurisdiccional de la constitucionalidad de las leyes no podía identificarse sin más con la jurisdicción o justicia constitucional, pues representaba únicamente uno de los “muchos aspectos posibles” de la justicia constitucional.<sup>33</sup> Con ello, el autor intentaba destacar que el control podía exteriorizarse de diferentes maneras, confiarse a distintos órganos, conducirse a través de diferentes mecanismos y concluir en una protección con disímiles efectos.

Para hacer referencia a una de las categorías más conocidas, a nadie escapa que originalmente la justicia constitucional se exteriorizó, tomando como “criterio definidor” al órgano que imparte justicia constitucional mediante dos “fenotipos históricos”: el difuso y el concentrado. Sin embargo, a esa primera clasificación se han venido oponiendo los fenotipos “alternativos” surgidos a partir de determinadas exigencias de protección, motivando la “hibridación” o “mixtificación” de los primeros, hecho que se manifiesta con pulcritud, por ejemplo, al observar el papel que juega la “cuestión de inconstitucionalidad” en los sistemas típicamente concentrados, o la interrelación que debe producirse a partir de

<sup>33</sup> Cappelletti, Mauro, *Il controllo giudiziario di costituzionalità delle leggi nel diritto comparato*, Milán, Giuffrè, 1968, pp. 49 y ss.

la armónica convivencia de los dos fenotipos históricos en un particular contexto institucional.<sup>34</sup>

Los fenotipos a los que se ha hecho alusión son producto de un progresivo trabajo de clasificación en el que el modo de agrupación de las distintas experiencias depende del “criterio definidor” utilizado por quien lo realiza. Esto permite dar un orden, organizar y reconducir a unidad un conjunto de sistemas, figuras o instituciones jurídicos, a pesar de que en ocasiones el ejercicio implique el sacrificio de algunas de las particularidades que identifican a cada uno, cuyo análisis bajo una perspectiva distinta podría dar lugar, incluso, a esquemas clasificatorios diferentes.<sup>35</sup>

Si estamos de acuerdo en que una idea general sobre los modos de exteriorización de la justicia constitucional pasa inexorablemente por la determinación: *a)* del órgano al que compete el control de constitucionalidad; *b)* de los procesos y procedimientos mediante los cuales se actualiza la tutela constitucional; *c)* de los sujetos legitimados para instar el control; *d)* de los efectos de las resoluciones, entonces pueden realizarse algunas observaciones para ejemplificar lo que se ha señalado:

#### *A. El órgano al que compete el control de constitucionalidad*

Si se determina como primer criterio definidor el “órgano de control constitucional”, rápidamente aparecerían como garantes constitucionales, en un sistema concentrado de control, los tribunales constitucionales, los órganos de vértice del aparato judicial, o bien salas especializadas dentro de las cortes supremas.<sup>36</sup> Si a esta información se añade como posterior criterio el “espacio institucional” en donde se encuentran dichos

<sup>34</sup> En torno al *tertium* o *quartum genus*, Pegoraro, *Giustizia costituzionale...*, *cit.*, pp. 35 y ss. En castellano acúdase a su trabajo “La circulación, la recepción y la hibridación de los modelos de justicia constitucional”, *Anuario Iberoamericano de Justicia Constitucional*, Madrid, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, núm. 6, 2002, p. 401. Sobre los modelos *intermedios*, *mixtos* o *paralelos*, Cappelletti, *Il controllo...*, *cit.*, p. 51; Gomes Canotilho, José Joaquim, *Direito constitucional e teoria da Constituição*, Coimbra, Librería Almedina, 2002, pp. 907 y ss.

<sup>35</sup> Una crítica profunda a la forma de clasificar se encuentra en Constantinesco, Léontin-Jean, *La scienza...*, *cit.*, pp. 130 y ss.

<sup>36</sup> Al respecto, Ferrer Mac-Gregor, Eduardo, *Los tribunales constitucionales en Iberoamérica*, México, FUNDAp, 2002, pp. 65 y ss. También, Celotto, Alfonso, “La justicia constitucional en el mundo: formas y modelos”, *Revista Iberoamericana de Derecho Procesal Constitucional*, México, núm. 1, enero-junio de 2004, pp. 10 y ss.

órganos, las manifestaciones de la justicia constitucional se multiplican, porque, por ejemplo, existen tribunales constitucionales que se ubican dentro y fuera del Poder Judicial, y dicha información no puede dejar de advertirse en la medida en que es relevante para identificar el “estatus” constitucional del propio órgano. Además, si esta perspectiva se armoniza con la que introduce el criterio de la “estructura estatal” en la que conviven estos sistemas, es posible concluir que en aquellos casos en los que existen ordenamientos jurídicos centralizados, la justicia constitucional se manifiesta de forma preponderantemente unitaria, mientras que en aquellos ordenamientos de tipo federal se manifiesta de forma decisivamente concurrente, por la necesaria existencia de una dualidad de garantías allí donde existe una dualidad de ordenamientos constitucionales.<sup>37</sup>

Pero además, si como criterio se incorpora la “naturaleza de las funciones” ejercitadas, constataremos que las posibilidades siguen ampliándose, porque existen órganos con funciones “típicas” de control constitucional, mientras que algunos más se ocupan de funciones “atípicas”;<sup>38</sup> unos realizan un exclusivo control de constitucionalidad, mientras que otros lo conjugan con un control de legalidad, por estar investidos de una doble identidad: como garantes de la Constitución y como órganos de casación. Si se añade un criterio para valorar el grado de “especialización” de los jueces que imparten justicia constitucional, dato esencial para advertir la autoridad, autonomía e independencia con la que afrontan el encargo, se pueden señalar sistemas en donde existen jueces constitucionales plenamente especializados, jueces con un perfil judicial ordinario, incluso, jueces sin perfil jurídico (sin perfil de abogados) y jueces con un claro perfil político (ex parlamentarios), situación que depende del entero diseño constitucional que se maneja en cada caso particular.<sup>39</sup>

<sup>37</sup> Sobre esta perspectiva, Pegoraro, Lucio, “Clasificaciones y modelos de justicia constitucional en la dinámica de los ordenamientos”, *Revista Iberoamericana de Derecho Procesal Constitucional*, México, núm. 2, julio-diciembre de 2004, pp. 154 y ss.

<sup>38</sup> Baldin, Serena, *Le “altre” funzioni delle corti costituzionali. Modelli europei e recezioni con particolare riferimento all’est europeo*, Trieste, Edizioni Università di Trieste, 2000, esp. pp. 45 y ss.

<sup>39</sup> En este tenor, acúdase a Nogueira Alcalá, Humberto, “La independencia y responsabilidad del juez constitucional en el derecho constitucional comparado”, *Revista Iberoamericana de Derecho Procesal Constitucional*, México, núm. 1, enero-junio de 2004, pp. 61 y ss. Igualmente, Celotto, Alfonso, “La justicia constitucional...”, *cit.*, pp. 13 y ss.

En el ámbito del control difuso, la determinación del órgano tiene menos relevancia porque, en principio, se reconoce a todos los jueces y tribunales la posibilidad de realizar el control de la constitucionalidad. En este tipo de sistemas es más relevante introducir un criterio definidor distinto que, por ejemplo, constate la “interpretación constitucional más relevante”, que es aquella que en calidad de “precedente” vincula a todos los jueces y permite advertir la posición preferente que en dichos sistemas ostentan las cortes supremas.<sup>40</sup>

### B. *Los procesos y procedimientos mediante los que se actualiza la tutela constitucional*

En el ámbito de los mecanismos que permiten actualizar la tutela constitucional es posible distinguir diversas modalidades. La más genérica es la que pone como criterio diferenciador “la naturaleza de las normas” bajo las cuales se conducen los contenciosos constitucionales. Por un lado aparecen los sistemas que los dirimen en el ámbito de un “orden procesal general”, y por otro, aquellos que bajo una mayor sofisticación los resuelven en el contexto de un “derecho procesal específico o constitucional”.<sup>41</sup> Esto significa que mientras en uno no existe técnica procesal alguna o procesos especiales y particulares para denunciar la inconstitucionalidad de una norma, en el otro, en cambio, las cuestiones constitucionales deben sujetarse a una técnica determinada, existiendo al efecto procesos y procedimientos constitucionales que varían estructu-

<sup>40</sup> Sobre el *stare decisis* y su función, entre otros, Tribe, Laurence H., *American Constitutional Law*, New York, Volume One, Third Edition, Foundation Press, 2000, pp. 213 y ss.; Posner, R. A., *The Federal Courts. Crisis and Reform*, Cambridge, 1985, pp. 251 y ss. Incluso Kelsen se refirió al papel de este principio en su estudio comparativo “Il controllo di costituzionalità delle legge. Studio comparato delle costituzioni austriaca e americana”, *La giustizia costituzionale*, a cura di C. Geraci, Milán, Giuffrè, 1981, p. 301.

<sup>41</sup> En general, Astudillo, César, “Doce tesis en torno al derecho procesal constitucional”, en Ferrer Mac-Gregor, Eduardo y Zaldivar Lelo de Larrea, Arturo, *La ciencia del derecho procesal constitucional. Estudios en homenaje a Héctor Fix-Zamudio en sus cincuenta años como investigador del derecho*, t. I, México, UNAM-III, Instituto Mexicano de Derecho Procesal Constitucional-Marcial Pons, 2008, pp. 251 y ss. También, Böckenförde, Ernst-Wolfgang, “La giurisdizione costituzionale. Questioni strutturali, organizzazione, legittimazione”, *Stato, costituzione, democrazia. Studi di teoria della costituzione e di diritto costituzionale*, Michele Nicoletti y Omar Brino (a cura di), Milán, Giuffrè, 2006, pp. 644 y ss.

ralmente según la naturaleza del objeto de la impugnación y de las finalidades específicas que persiguen.<sup>42</sup>

A esta clasificación puede añadirse un criterio que distinga entre los “tipos de procesos o procedimientos constitucionales”, a efecto de avizorar la existencia de “procesos objetivos” y “procesos subjetivos” de tutela constitucional.<sup>43</sup> Evidentemente, esta tipología no puede dejar de hacer referencia a la que se asienta en el “tipo de enjuiciamiento”, en cuyo caso las formas de exteriorización de la justicia constitucional advertirán que existe un enjuiciamiento de tipo “abstracto” y otro de tipo “concreto”, desvelando que existe un fenotipo que se centra en el control en la ley, al margen de su aplicación, y otro que lo hace con motivo de su aplicación.<sup>44</sup> Como es notorio, existe también una proximidad manifiesta con los sistemas que surgen cuando el criterio definidor recae en el “bien jurídico tutelado”, de donde se desprende una ulterior clasificación entre los sistemas centrados en la tutela del “derecho” y los que tienen por objeto la protección de los “derechos”.<sup>45</sup>

Ahondar en esta tipología supondría incorporar como posterior criterio de diferenciación el de la “especificidad” de los mecanismos de tutela, para constatar que en el ámbito de los procesos o procedimientos objetivos existen distintas posibilidades de articulación, ya que la defensa

<sup>42</sup> Acúdase a la importante explicación de los elementos básicos de ambos sistemas, en Grant, J. A. C., *El control jurisdiccional de la constitucionalidad de las leyes. Una contribución de las Américas a la ciencia política*, prólogo de Lucio Cabrera y Héctor Fix-Zamudio, México, UNAM-Publicación de la Revista de la Facultad de Derecho de México, 1963, pp. 34 y 39, respectivamente.

<sup>43</sup> Sobre los procesos de contenido *objetivo* y de contenido *subjetivo*, Astudillo, César, “Las comisiones de derechos humanos y la acción de inconstitucionalidad: perfiles procesales”, en Astudillo, César y Carbonell, Miguel (coords.), *Las comisiones de derechos humanos y la acción de inconstitucionalidad*, México, UNAM, Instituto de Investigaciones Jurídicas, Comisión Nacional de Derechos Humanos, 2007, pp. 14 y ss. Sobre su lógica inspiradora, Fromont, Michel, *La justice constitutionnelle dans le monde*, París, Dalloz, 1996, pp. 42 y ss.

<sup>44</sup> Respectivamente, Pizzorusso, Alessandro, “I sistemi di giustizia costituzionale: dai modelli alla prassi”, *Quaderni Costituzionali*, Bologna, anno II, núm. 3, diciembre, Il Mulino, 1982, pp. 527-528; Fernández Segado, Francisco, *La giustizia costituzionale nel XXI secolo. Il progressivo avvicinamento dei sistemi americano ed europeo-kelseniano*, Bologna, Center for Constitutional Studies and Democratic Development, Libreria Bonomo Editrice, 2003, p. 106.

<sup>45</sup> Importantes reflexiones en Zagrebelsky, Gustavo, “Diritto processuale costituzionale?”, en AA. VV., *Giudizio a quo e promovimento del processo costituzionale*, Milán, Giuffrè, 1990, pp. 109 y ss.

del orden constitucional general puede realizarse mediante mecanismos de control directo (acción o recurso de inconstitucionalidad), de control competencial (controversia o conflicto de competencias y de atribuciones constitucionales), de control de las omisiones inconstitucionales (omisión legislativa), o bien mediante un control incidental (cuestión de inconstitucionalidad). Lo mismo sucede dentro de los conflictos de contenido subjetivo, en los que los derechos y las libertades pueden tutelarse a través de un gran número de mecanismos (el juicio o recurso de amparo, el hábeas corpus, el hábeas data, el *mandado de segurança*, la acción de tutela, e incluso la cuestión de inconstitucionalidad, etcétera).

Adentrándose en la dinámica interna de los procesos y procedimientos, es posible arribar a otros tipos de exteriorización de la justicia constitucional, de conformidad con nuevos criterios definidores. En este sentido, si el criterio determinante es el del “canon de enjuiciamiento”, es evidente que allí donde la Constitución se considere el “parámetro integrador de los parámetros” se dará paso a un sistema de parámetro amplio, mientras que existirá un parámetro restringido allí donde la referencia única se circunscriba al texto constitucional. En cambio, si el criterio es el del “objeto de control”, se tendrá igualmente un sistema con un objeto de control integral allí donde las normas sujetas a impugnación sean normas y no leyes (normas infraconstitucionales que pueden adquirir la forma de leyes ordinarias, orgánicas, constitucionales, tratados internacionales, reglamentos, decretos, etcétera), ya que de lo contrario se estará necesariamente ante un sistema de objeto parcial que controla únicamente la labor formal del legislador.<sup>46</sup> Un criterio diferenciador adicional, pero íntimamente relacionado con el que se acaba de señalar, sería el de la “naturaleza de los actos controlados”, ya que permite advertir si todo está sometido a la jurisdicción, o si existen ciertas cuestiones, como las cuestiones políticas, ajenas a él.<sup>47</sup> Uno adicional podría determinar el “tipo” de manifestaciones sujetas a escrutinio, actos de los poderes públicos o de los particulares, u omisiones normativas o administrativas.<sup>48</sup> En

<sup>46</sup> Acúdase a Pegoraro, Lucio, “Clasificaciones y modelos...”, *cit.*, p. 157.

<sup>47</sup> Al respecto, Fix-Zamudio, Héctor “La justicia constitucional en América Latina”, *Justicia constitucional, ombudsman y derechos humanos*, México, Comisión Nacional de Derechos Humanos, 1993, pp. 124 y ss.

<sup>48</sup> Miranda, Jorge, “La fiscalización de la inconstitucionalidad por omisión en el ordenamiento jurídico portugués”, *Derechos fundamentales y derecho electoral*, México, UNAM, Instituto de Investigaciones Jurídicas, 2005, p. 16.

el ámbito exclusivo del control de la ley aparece un nuevo criterio, que tiene que ver con el “momento” en que se realiza el control, ya que si se lleva a cabo cuando la ley está en vigencia se dará paso a un control posterior, represivo o reparador, mientras que si se produce en la fase final de su procedimiento de creación será un control previo o de naturaleza preventiva.<sup>49</sup>

### *C. Los sujetos legitimados para instar el control*

Cuando el criterio determinante reside en el “modo de activación” del control de constitucionalidad, lo normal es concluir que existen sistemas en donde el control se ejercita a instancia de parte, y otros en donde se realiza de oficio. La generalidad de sistemas opta por el primero. Si el criterio, en cambio, se centra en el perfil del “sujeto” que puede instar el control, las modalidades varían, pudiendo encontrarse una iniciativa individual, una de grupo, una de órganos judiciales, una más de órganos políticos (legislativos y de naturaleza ejecutiva) o una que corresponda a los órganos constitucionales autónomos.<sup>50</sup>

La legitimación procesal suele estar vinculada con la tipología de los propios contenciosos constitucionales. De ahí que una de las categorizaciones posibles distinga entre una legitimación objetiva y una legitimación subjetiva.

Dentro de los procesos objetivos de tutela constitucional es frecuente que se confiera legitimación a un conjunto de autoridades públicas que tienen la obligación de velar por el interés general. Esta legitimación se ensancha o se limita de conformidad con la óptica de la división de poderes que se maneje. Existen sistemas que se concentran en reconocer a los poderes tradicionales del Estado, mientras que otros se abren a sujetos que se encuentran al margen de ellos. Incluso, hay algunos que amplían notablemente la legitimación al conferir al ciudadano la posibilidad de acudir a impugnar una norma o la ausencia de ésta.

<sup>49</sup> Fernández Segado, *La giustizia costituzionale...*, cit., pp. 107 y 108. Igualmente, Celotto, Alfonso, “La justicia constitucional...”, cit., p. 11.

<sup>50</sup> Al respecto, Mezzetti, Luca, “Modelli di giustizia costituzionale e controllo di costituzionalità in America Latina”, en Franco Ferrari, Giuseppe y Gambaro, Antonio (a cura di), *Corti nazionali e comparazione giuridica*, Napoli, Edizioni Scientifiche Italiane, 2006, p. 536.

En los procesos de tutela subjetiva, lo normal es que la legitimación se reconozca a todo aquel sujeto que se sienta vulnerado en sus derechos fundamentales. Sin embargo, existen sistemas que admiten la legitimación de personas o grupos de personas aunque no exista una afectación personal y directa de sus derechos. Además, la legitimación puede recaer en determinados casos en aquellas instituciones estatales que constitucionalmente tienen el deber de salvaguardar los derechos y libertades.<sup>51</sup>

#### D. *Los efectos de las resoluciones*

Cuando se utiliza el “ámbito espacial” como criterio determinante de los efectos de las sentencias constitucionales y se le vincula con la naturaleza de los contenciosos constitucionales, se advierte que los sistemas pueden exteriorizar fórmulas para reconocerles efectos particulares (*inter partes*) o generales (*erga omnes*). En cambio, cuando el criterio recae en un “ámbito temporal” es posible identificar aquellos sistemas cuyas resoluciones extienden sus efectos hacia el pasado (*ex tunc*) o hacia el futuro (*ex nunc*).<sup>52</sup>

En esta órbita existen algunos elementos adicionales a tomar en cuenta. Por ejemplo, cuando el criterio definidor tiene que ver con el “ámbito de vinculación” de las sentencias, la perspectiva cambia, pues en este contexto el contenido de las resoluciones puede vincular a los jueces, o más ampliamente, a las instituciones del Estado, y todavía más, al conjunto de ciudadanos.<sup>53</sup> Cuando el criterio se asienta en el “tipo” de resolución emitida, nos encontramos ante resoluciones procesales y sustanciales que dan paso a pronunciamientos de inadmisibilidad o improcedencia, o resoluciones estimatorias y desestimatorias.<sup>54</sup> Si se añade como criterio adicional el “efecto caducatorio” que sobre la norma produce la resolución, pueden encontrarse sistemas que incorporan una variada tipología de sentencias para hacer frente a la rígida alternativa inconstitucionalidad-nulidad (sentencias interpretativas, monitorias, condicionales, manipulativas, aditivas, etcétera). Cuando, en cambio, el criterio se centra en

<sup>51</sup> En general, acúdase a Pegoraro, Lucio, *Giustizia costituzionale...*, cit., pp. 125 y ss.; Fernández Rodríguez, José Julio, *La justicia constitucional...*, cit., pp. 101 y ss.

<sup>52</sup> Fernández Segado, Francisco, *La giustizia costituzionale...*, cit., pp. 110 y 111.

<sup>53</sup> Fernández Rodríguez, José Julio, *La justicia constitucional...*, cit., pp. 117 y 118.

<sup>54</sup> Ruggieri, Antonio y Spadaro, Antonio, *Lineamenti...*, cit., p. 127.

la “determinación del momento puntual” en que una resolución produce sus efectos, es posible encontrar sistemas que modulan el impacto de sus resoluciones mediante decisiones intermedias (decisiones de inconstitucionalidad constatada, pero no declarada, de inconstitucionalidad diferida y de inconstitucionalidad sobrevenida).<sup>55</sup>

Con lo dicho hasta ahora es palpable que la noción “fenotipo” de justicia constitucional, en su acepción de modo de exteriorización de aquellos genes que contienen la información esencial en torno a la garantía constitucional, conduce a constatar la existencia de manifestaciones fenotípicas semejantes, producto de la cada vez más amplia circulación de las bases esenciales de los fenotipos históricos.<sup>56</sup>

Sin embargo, estamos convencidos de que lo realmente relevante para el comparatista es advertir aquellas experiencias en las que la información genética de la justicia constitucional se ha manifestado a través de elementos innovadores o peculiares, porque esos pequeños descubrimientos representan la constatación más puntual de que a partir de un idéntico núcleo genético se pueden desprender diferentes modalidades de concreta exteriorización. En consecuencia, aquellos elementos novedosos que nacen con un determinado sistema, aquellos que son exclusivos de un entorno, o que surgen para dar respuesta a necesidades muy particulares que no se encuentran en otros contextos, son los que en realidad confieren identidad u originalidad a un nuevo fenotipo. Su aparición da lugar, por ende, a que pueda concebirse un conjunto más o menos amplio de fenotipos de justicia constitucional, que en función de su capacidad para influenciar otras experiencias (algo que corresponde indagar al comparatista) pueden elevarse a la categoría de auténticos paradigmas de organización de la tutela constitucional.

Lo anterior implica, incluso, el replanteamiento de la óptica metodológica del comparatista, preocupado hasta ahora primordialmente en los elementos comunes que permiten los ejercicios de agrupación y clasificación. El análisis detenido de los elementos que diferencian y particula-

<sup>55</sup> *Ibidem*, pp. 129 y ss.

<sup>56</sup> No se comparte, en consecuencia, la opinión extrema de que en realidad los sistemas varían a tal grado que cada Estado tiene su propio modelo de justicia constitucional. En este sentido, por ejemplo, Rubio Llorente, Francisco, “Tendencias actuales de la jurisdicción constitucional en Europa”, en AA. VV., *Manuel Fraga. Homenaje académico*, v. II, Madrid, Fundación Cánovas del Castillo, 1997, pp. 1416 y ss. También, Celotto, Alfonso, *La Corte Costituzionale*, Bologna, Il Mulino, 2004, p. 19.

rizan a los sistemas de justicia constitucional es, a nuestro juicio, el dato que permite enriquecer las tipologías logradas hasta ahora, y no al revés. Si esto no fuera así, la doctrina no hubiera podido salir de la “dicotomía” del control difuso y concentrado que, como se ha venido destacando últimamente, constituye una dicotomía notoriamente envejecida.<sup>57</sup>

#### IV. FENOTIPOS AUTÓCTONOS EN LA JUSTICIA CONSTITUCIONAL DE AMÉRICA LATINA

Sería muy difícil realizar un acucioso análisis de los sistemas de justicia constitucional en América Latina. Nos interesa solamente señalar algunas particularidades que desde la óptica que hemos venido sosteniendo podrían dar paso a manifestaciones autóctonas y, consecuentemente, a fenotipos de tutela constitucional exteriorizados en este ámbito geográfico. En un análisis que no pretende la exhaustividad, nos interesa apuntar que encontramos manifestaciones de este tipo: 1) En el modelo de justicia constitucional que se ha desarrollado con fortuna en algunos países de la región; 2) En la creación de salas constitucionales para impartir justicia constitucional; 3) En la forma de elección de los jueces constitucionales; 4) En el tipo de legitimación procesal generada; 5) En la racionalización del instrumento de tutela de los derechos.

1) Los sistemas de justicia constitucional de América Latina se construyeron históricamente a partir de la influencia directa de los fenotipos históricos (norteamericano y europeo), y sólo en experiencias recientes la definición de algunos de estos sistemas ha tenido en cuenta un tercer fenotipo paradigmático;<sup>58</sup> y es justamente en la combinación de los fenotipos históricos en los que se encuentran elementos de originalidad que han enriquecido a la justicia constitucional.

Uno de los elementos que caracterizan a los fenotipos de este ámbito geográfico es su composición “híbrida”, a partir de la asociación de importantes elementos del sistema difuso que poco a poco trataron de ser

<sup>57</sup> Fernández Segado, Francisco, *La giustizia costituzionale...*, cit., pp. 104 y ss.

<sup>58</sup> Las experiencias constitucionales más recientes en la región se han visto influenciadas por el modelo español de justicia constitucional. En este sentido, Haro, Ricardo, “La influencia de la Constitución española en el constitucionalismo latinoamericano”, en Fernández Segado, Francisco (coord.), *La Constitución de 1978 y el constitucionalismo iberoamericano*, Madrid, Ministerio de la Presidencia, Secretaría General Técnica, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, 2003, pp. 74 y 75.

armonizados con elementos típicos del sistema concentrado. En efecto, como ha sostenido Héctor Fix-Zamudio, la fuerte influencia que en este ámbito, como en muchos otros, introdujo el constitucionalismo estadounidense, produjo la incorporación, durante el siglo XIX, del control difuso de constitucionalidad en numerosas Constituciones latinoamericanas.<sup>59</sup> El esquema, sin embargo, tomó nuevos matices rápidamente, ante la exigencia institucional de compatibilizar un control ejercido por todos los jueces con los primeros intentos de implantar un control ejercido por un tipo específico de jueces.

Uno de los primeros antecedentes de esta mixtura, aunque de características opuestas, se encuentra en Venezuela en el siglo XIX, donde a la existencia de un embrionario control concentrado de constitucionalidad de las leyes se adhirió con posterioridad el control difuso.<sup>60</sup> Al margen de lo anterior, una adecuada búsqueda de los precedentes de esta forma de manifestación de la justicia constitucional debería comenzar desde el momento en que, bajo la influencia del fenotipo del Tribunal de garantías constitucionales de la Constitución española de 1931, se incorpora plenamente en nuestro continente el control concentrado de constitucionalidad mediante un tribunal constitucional, hecho que no sucede sino hasta la expedición de la Constitución de Cuba de 1940 y la del Ecuador de 1945.<sup>61</sup>

La consolidación de este cambio de orientación, ante lo efímero de estas dos experiencias, se produjo con la instauración de un verdadero tribunal constitucional en la Constitución guatemalteca de 1965. Es en esa experiencia en la que se observa por primera vez la plena armonización del control difuso de constitucionalidad con la existencia de un control en vía principal cuya declaratoria de inconstitucionalidad asumía efectos generales.<sup>62</sup> Se produjo de este modo la reunión en un mismo sistema,

<sup>59</sup> Al respecto, Fix-Zamudio, “La justicia constitucional en América Latina”, *cit.*, pp. 68 y ss.

<sup>60</sup> Ayala Corao, Carlos M., “La jurisdicción constitucional en Venezuela”, en García Belaúnde, Domingo y Fernández Segado, Francisco (coords.), *La jurisdicción constitucional en Iberoamérica*, Madrid, Dykinson, 1997, p. 935.

<sup>61</sup> Al respecto, Palomino Manchego, José F., “Los orígenes de los tribunales constitucionales en Iberoamérica (1931-1979)”, en Ferrer Mac-Gregor, Eduardo (coord.), *Derecho procesal constitucional*, 5a. ed., México, Porrúa, 2006, pp. 409 y ss.

<sup>62</sup> García Laguardia, Jorge Mario, *La defensa de la Constitución*, México, UNAM, Instituto de Investigaciones Jurídicas-Facultad de Ciencias Jurídicas y Sociales de la Universidad de San Carlos de Guatemala, 1986, pp. 55 y ss.; Fernández Segado, Francisco,

de los dos fenotipos históricos, que al convivir generaron un esquema de organización nueva y diferente, que fue preciso racionalizar en aras de su propia funcionalidad, y que en los hechos se asumió como algo distinto a lo previamente existente.

La confluencia de los dos fenotipos históricos para dar vida a un tercero puede considerarse, en este sentido, una aportación del constitucionalismo latinoamericano a la sistemática de los modelos de justicia constitucional, en la medida en que se presenta como resultado de un conjunto de consideraciones de índole temporal, geográfico, cultural, que si bien no fueron idénticas, tuvieron la capacidad de desembocar en una forma de organización paradigmática, a la que hoy se reconoce como una formulación verdaderamente original.<sup>63</sup>

A pesar de que por sus características, sus vínculos históricos y su circulación es posible identificarlo como un “fenotipo autóctono” o como el auténtico “fenotipo latinoamericano” de justicia constitucional, lejos está de poder considerarse una categoría homogénea, porque en su interior conviven muchos elementos diferenciales, que conviene al menos apuntar.<sup>64</sup>

Uno de estos elementos de diferenciación recae en la forma de “racionalización” del control. Existen, por ejemplo, sistemas como el peruano, en el que la convergencia de los dos esquemas de control no supone en ningún sentido la articulación de los mismos, ya que cada uno funciona bajo su lógica, sin que en realidad lleguen a “mezclarse, deformarse o desnaturalizarse”; de ahí que el mismo sistema haya sido adjetivado por García Belaúnde como “sistema dual o paralelo”.<sup>65</sup> En cambio, existe

*Del control político al control jurisdiccional. Evolución y aportes de la justicia constitucional en América Latina*, Bologna, Center for Constitutional Studies and Democratic Development, Libreria Bonomo Editrice, 2005, p. 102.

<sup>63</sup> En este sentido, García Belaunde, Domingo, “La acción de inconstitucionalidad en el derecho comparado”, *Lecturas Constitucionales Andinas*, núm. 1, Lima, Comisión Andina de Juristas, 1991, p. 196; el autor habla de la existencia de un modelo *dual* y de un modelo *paralelo*.

<sup>64</sup> En el mismo sentido, Pegoraro, Lucio, *Giustizia costituzionale...*, *cit.*, p. 58. El autor señala, por ejemplo, que en el ámbito europeo sistemas de este tipo se encuentran en Portugal, Grecia, Rusia, Estonia, etcétera.

<sup>65</sup> Así, García Belaunde, Domingo, “La jurisdicción constitucional y el modelo dual o paralelo”, *La justicia constitucional a finales del siglo XX. Revista del Instituto de Ciencias Políticas y Derecho Constitucional*, Huencayo, año VII, núm. 6, 1998, pp. 144 y ss.

otra fórmula como la de México, en la que la articulación se produce inexorablemente porque a la eventual desaplicación de una norma hecha por un juez federal deviene una eventual revisión a cargo del órgano al que compete el control concentrado de la constitucionalidad (hablamos, por ejemplo, del denominado amparo contra leyes, que se sustancia ante cualquier juez de distrito, y cuya revisión corresponde directamente a la Suprema Corte de Justicia).<sup>66</sup>

El segundo elemento concierne a la configuración real del modelo. Al efecto es necesario recordar rápidamente que el sistema “mixto”, en puridad, se caracteriza por la implementación del control difuso y del control concentrado en un mismo ordenamiento, cada uno bajo sus presupuestos, fundamentos y su lógica particular. En consecuencia, es un fenotipo que en su forma original debería reconocer a todos los jueces, en el ejercicio de su jurisdicción, la posibilidad de desaplicar normas por considerarlas inconstitucionales, y adicionalmente, confiar el control concentrado a un tribunal constitucional. No obstante lo anterior, las fórmulas adoptadas por los sistemas latinoamericanos son muy variadas. El esquema más puro es el que ha hecho convivir al control difuso en un entorno en el que existe un tribunal o corte constitucional (Guatemala, Colombia, Perú, Bolivia y Ecuador). Pero en otros ámbitos, ante la inexistencia de un verdadero tribunal constitucional, el control difuso ha venido a conjugarse con una instancia centralizada, que regularmente es el órgano de vértice (corte suprema) de la organización judicial (México, Brasil, Argentina), y que ordinariamente conoce cuestiones de constitucionalidad y legalidad; hay, además, una tercera modalidad, pues existen sistemas que han promovido esta coexistencia en un entorno en el que el control concentrado se exterioriza a través de una sala especializada en contenciosos constitucionales integrada en la corte suprema (El Salvador, Costa Rica, Nicaragua, Paraguay y Venezuela).<sup>67</sup>

<sup>66</sup> Astudillo, César, “Modelos de justicia constitucional en México”, en Pérez Royo, Javier *et al.* (eds.), *Derecho constitucional para el siglo XXI. Actas del VIII Congreso Iberoamericano de Derecho Constitucional*, Navarra, Thomson-Aranzadi, 2006, t. II, pp. 4135 y ss.

<sup>67</sup> Sobre las modalidades existentes, permítase reenviar a Brewer-Carías, Allan R., “La jurisdicción constitucional en América Latina”, en García Belaúnde, Domingo y Fernández Segado, Francisco (coords.), *La jurisdicción constitucional en Iberoamérica*, Madrid, Dykinson, 1997, pp. 136 y ss.

2) Es difícil negar que los sistemas que han creado salas constitucionales al interior de sus poderes judiciales han propuesto un esquema original de estructuración de la justicia constitucional, que por ello mismo da pie a un fenotipo autóctono, que es preciso apuntar y reconocer.

En dichos sistemas, ante la posibilidad de establecer cortes o tribunales constitucionales autónomos e independientes del Poder Judicial, órganos de la misma naturaleza dependientes de dicho poder, o de encargar la defensa constitucional a la jurisdicción ordinaria, en específico, a los tribunales de mayor jerarquía dentro de ella, se ha optado por confiar la tutela jurídica de la Constitución a determinados órganos especializados y autónomos que se encuentran, igualmente, dentro del Poder Judicial.<sup>68</sup>

La decisión es producto de una actitud pragmática y hasta cierto punto conservadora del modelo a adoptar. Luego de haber experimentado el control difuso, no todos los países de la región estuvieron dispuestos a dar un salto de ciento ochenta grados y probar con un modelo totalmente ajeno. Por ello, cuando se conocieron y comenzaron a difundir las premisas del modelo europeo, caracterizado principalmente por la existencia de un tribunal constitucional ubicado al margen del Poder Judicial, se optó por generar un modelo distinto que no siguiera al pie de la letra sus componentes principales, pero que recogiera algunos de sus postulados. No se introdujo un tribunal constitucional, pero sí un intérprete especial y especializado al que no se le encontró mejor ubicación que la órbita del Poder Judicial. Se incorporaba así una de las exigencias del modelo europeo y se fortalecía a la vez una expectativa propia, encaminada a continuar la senda de consolidación de la estructura, y sobre todo la influencia de la organización judicial.

De esta manera se generó un modelo institucional que rescata las premisas básicas de los fenotipos históricos bajo una decisión que puede considerarse “salomónica”, puesto que, por un lado, mantiene la exigencia de que el control se ejercite por tribunales que pertenezcan al Poder Judicial, y por el otro reafirma la trascendencia de que dicho control se

<sup>68</sup> Respecto a las salas constitucionales en América Latina, acúdase a Astudillo, César, “Las salas constitucionales en México”, en González Oropeza, Manuel y Ferrer MacGregor, Eduardo (coords.), *La justicia constitucional en las entidades federativas*, México, Porrúa, 2006, pp. 13 y ss. Igualmente, Fix-Zamudio, Héctor, “Los tribunales y salas constitucionales en América Latina”, *Estudios jurídicos en homenaje a don Santiago Barajas Montes de Oca*, México, UNAM, 1997, pp. 59 y ss.

realice por un intérprete particularísimo que sea consecuente con la especificidad del objeto “Constitución”.<sup>69</sup>

3) Con relación a la forma de elección de los jueces constitucionales, destaca, por ejemplo, la fórmula contemplada en la recientemente aprobada Constitución de Bolivia, en donde, como ya hemos señalado, se estipula que los jueces del “Tribunal Constitucional plurinacional” sean elegidos mediante sufragio universal.

Los estudios de derecho comparado demuestran que existen premisas constantes con relación a este tópico. Una de ellas establece que los jueces constitucionales no son funcionarios emanados de un proceso de elección, sino de un método de designación; como consecuencia de lo anterior, es común que corresponda a los más significativos poderes públicos participar en la elección, designación y nombramiento de los jueces. Éste es, de hecho el principal argumento para sostener que los jueces constitucionales carecen de una legitimidad democrática directa.

La aprobación, en octubre de 2008, de la Constitución boliviana establece una manifestación fenotípica, que no tiene parangón en el contexto de la justicia constitucional. Es verdad que existen algunas formulaciones que son dignas de destacar, como por ejemplo, el hecho de que en Guatemala tienen facultad de nominar a un juez constitucional tanto el Consejo Superior Universitario de la Universidad de San Carlos de Guatemala como la Asamblea del Colegio de Abogados (artículo 269 de la Constitución); o la circunstancia de que en Venezuela se establezca la participación del “Poder ciudadano” en la etapa de preselección de los candidatos que habrán de presentarse ante la Asamblea Nacional (artículo 264 de la Constitución). No obstante, ninguna de ellas establece que los jueces, al igual que el resto de representantes populares, deban someterse al voto de la ciudadanía.

El artículo 197 de la Constitución boliviana señala que los magistrados y magistradas deben elegirse mediante criterios de plurinacionalidad, garantizando la representación del sistema ordinario y del sistema indí-

<sup>69</sup> El primer antecedente de una sala especializada se produjo en Cuba, pues el Tribunal de Garantías Constitucionales era en realidad una sala de la Corte Suprema, sólo que por su conformación orgánica y sus atribuciones se suele considerar como un tribunal constitucional. Al respecto, Fernández Segado, Francisco, “El control de constitucionalidad en Cuba (introducción a la Ley núm. 7, de 1949, de creación del Tribunal de garantías constitucionales y sociales”, *Anuario Iberoamericano de Justicia Constitucional*, Madrid, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, núm. 5, 2001, pp. 669 y ss.

gena originario campesino. La elección se lleva a cabo mediante sufragio universal, a partir de un proceso de preselección que está en manos de la Asamblea Legislativa Plurinacional, quien remite la lista de los aspirantes al órgano electoral, para que proceda a organizar la elección. Corresponde a este órgano, difundir los méritos de cada uno de los candidatos, a quienes se les impide realizar campaña a favor de su candidatura, so pena de ser inhabilitados (artículos 182 y 198).

4) En el ámbito de los sujetos habilitados para requerir el control de constitucionalidad, destaca el sistema colombiano, erigido como un fenotipo particular en función de la denominada “acción popular de inconstitucionalidad”. Incorporada de manera temprana y algo incipiente en la Constitución colombiana de 1811, y desarrollada completamente en una Ley de junio de 1850, fue la primera en conferir legitimación procesal al ciudadano para acudir a promover una acción directa contra un acto normativo (ordenanza) que atentara contra el texto constitucional o contra la ley. Esta forma particularísima de legitimación sobrevivió a distintos textos constitucionales hasta llegar, con la forma con la que la conocemos, a la actual Constitución de 1991.<sup>70</sup>

Por sus características, no tardó en situarse como una manifestación fenotípica digna de ser seguida, por lo cual no es extraño que haya sido adoptada por la Constitución venezolana de 1858, primera norma que, por otro lado, se encargó de constitucionalizar el control “objetivo” de la constitucionalidad bajo una legitimación “subjetiva”. Luego de un largo recorrido histórico, la Constitución de 1999 ha reafirmado la capacidad del ciudadano para recurrir actos legislativos (artículo 334).<sup>71</sup> La presencia de este tipo de acción fue tan significativa, que el propio Kelsen la incorporó a su modelo teórico, señalando que representaba la mayor garantía del orden constitucional, en virtud de que satisfacía de modo más pleno el interés en la eliminación de los actos irregulares.<sup>72</sup>

<sup>70</sup> Cifuentes Muñoz, Eduardo, “La jurisdicción constitucional en Colombia”, en García Belaúnde, Domingo y Fernández Segado, Francisco (coords.), *La jurisdicción constitucional en Iberoamérica*, Madrid, Dykinson, 1997, pp. 473 y ss.

<sup>71</sup> Brewer-Carias, Allan R., *La justicia constitucional*, t. VI, *Instituciones políticas y constitucionales*, Caracas, Editorial Jurídica Venezolana, 1996, pp. 131 y ss.

<sup>72</sup> Kelsen, Hans, *La garantía jurisdiccional de la Constitución. La justicia constitucional*, trad. de Rolando Tamayo y Salmorán, México, UNAM, Instituto de Investigaciones Jurídicas, 2001, p. 87.

A mediados del siglo pasado, Panamá y El Salvador hicieron suya esta institución. Más recientemente está el caso de Perú, que ha incorporado similar tipo de legitimación a su Constitución de 1993, sólo que restringida a la impugnación de reglamentos, normas administrativas, decretos y resoluciones de carácter administrativo (artículo 200). Para atacar las leyes, bajo la acción de inconstitucionalidad, la legitimación se reconoce a cinco mil ciudadanos o a los colegios profesionales en materia de su especialidad (artículo 203).

En este país, al igual que en Ecuador, Guatemala, Bolivia y México, se ha generado una modalidad adicional. Los *ombudsmen*, en su calidad de defensores de los ciudadanos, cuentan con legitimación para reclamar la inconstitucionalidad de las leyes que afectan a los derechos fundamentales, hecho que además demuestra la influencia de los sistemas portugués y español en el contexto latinoamericano.<sup>73</sup>

5) Ahora bien, en el contexto de los instrumentos de control, el juicio de amparo mexicano es posiblemente la mayor contribución de nuestro país al derecho constitucional universal. Si a Kelsen se le atribuye el mérito de haber “racionalizado” el sistema norteamericano de justicia constitucional hasta llegar a proponer un modelo alternativo de organización, debe reconocerse de igual forma el mérito de Manuel Crescencio Rejón y de Mariano Otero en la racionalización de los principios inspiradores de la *judicial review*.

A ambos autores corresponde el mérito de haber propuesto una particular técnica procesal para la protección que en Estados Unidos se hacía al margen de cualquier técnica, dando a luz al más paradigmático instrumento para la defensa de los derechos y las libertades.<sup>74</sup> El amparo se erigió desde entonces en un auténtico proceso constitucional, que bajo una secuela procesal abreviada buscaba restituir en el menor tiempo posible el goce de los derechos y libertades que hubieran sido conculcados a cualquier persona.

Inicialmente estipulado en la Constitución yucateca de 1841, sería el Acta Constitutiva y de Reformas de 1847 la que elevaría al juicio de amparo a nivel nacional, cuestión que habría de quedar definitivamente

<sup>73</sup> Astudillo, César, “Las comisiones de derechos humanos...”, *cit.*, pp. 14 y ss.

<sup>74</sup> Soberanes Fernández, José Luis, “La Constitución yucateca de 1841 y su juicio de amparo”, en AA. VV., *Liber ad honorem Sergio García Ramírez*, México, UNAM, Instituto de Investigaciones Jurídicas, 1998, p. 654.

plasmada en la Constitución de 1857, con el propósito de encomendar a los tribunales de la federación, en forma exclusiva, la tutela de los derechos constitucionales. De esta manera, el amparo pasó a ocupar un lugar destacado en la organización de la Constitución de 1917 (artículos 103 y 107) y como consecuencia de ello, el Poder Judicial de la Federación se vio inmerso en un notable redimensionamiento.<sup>75</sup>

Ni qué decir tiene que el amparo es a su vez la concretización de un conjunto de ideas, doctrinas, textos, así como de concretas instituciones y diseños normativos, por lo que es inexacto creer que tiene una influencia exclusivamente estadounidense o anglosajona. Por el contrario, es un hecho constatado que se ha nutrido de otras experiencias, entre las que destaca la influencia de la tradición hispánica (primordialmente del derecho aragonés y castellano a través de la institución del juicio mayor de Aragón y de los procesos de manifestación de personas y de firma de derecho),<sup>76</sup> y la tradición francesa.<sup>77</sup>

Como idea e institución de México al constitucionalismo mundial, es una figura que al día de hoy se reconoce en dieciocho países latinoamericanos (Argentina, Bolivia, Brasil, Colombia, Costa Rica, Chile, Ecuador, El Salvador, Guatemala, Honduras, México, Nicaragua, Panamá, Paraguay, Perú y Venezuela; dos lo hacen en vía jurisprudencial). En Europa existe en quince países (Alemania, Austria, España, Suiza, Albania, Croacia, Eslovaquia, Eslovenia, Georgia, Hungría, Polonia, República Checa, Macedonia, Rusia y Servia y Montenegro). En África y Asia se ha incorporado a Cabo Verde, Corea del Sur y Macao.<sup>78</sup>

Como técnica procesal particular racionalizada en México a mediados del siglo XIX, el juicio de amparo es hoy un elemento autóctono

<sup>75</sup> Fix-Zamudio, Héctor, “Protección jurídico-constitucional de los derechos humanos de fuente internacional en los ordenamientos de Latinoamérica”, en Pérez Royo, Javier *et al* (eds.), *Derecho constitucional para el siglo XXI. Actas del VIII Congreso Iberoamericano de Derecho Constitucional*, Navarra, Thomson-Aranzadi, 2006, t. I, p. 1731.

<sup>76</sup> Ferrer Mc-Gregor, Eduardo, *La acción constitucional de amparo en México y España. Estudio de derecho comparado*, 3a. ed., pról. de Héctor Fix-Zamudio, México, Porrúa, 2002, pp. 5 y ss.

<sup>77</sup> Fix-Zamudio, Héctor y Ferrer Mac-Gregor, Eduardo, “El derecho de amparo en México”, *El derecho de amparo en el mundo*, Héctor Fix-Zamudio, Eduardo Ferrer Mac-Gregor (coords.), México, UNAM-Porrúa- Konrad Adenauer Stiftung, 2006, pp. 461 y ss.

<sup>78</sup> Ferrer Mac-Gregor, Eduardo, “Breves notas sobre el amparo iberoamericano. (Desde el derecho procesal constitucional comparado)”, *El derecho de amparo en el mundo*, *cit.*, pp. 12 y 13.

que permite elevar a rango de fenotipo particular al sistema mexicano de justicia constitucional. Por lo tanto, un criterio clasificador válido hoy en día consiste en constatar si la institucionalización de la tutela constitucional contempla un recurso directo para la tutela de los derechos fundamentales, y si es así, un criterio adicional conduciría a separar aquellos que incorporan al amparo como dicho instrumento, y aquellos que emplean una institución distinta.

#### V. LAS INFLUENCIAS QUE HAN ENRIQUECIDO AL MODELO MEXICANO DE JUSTICIA CONSTITUCIONAL

El modelo mexicano de justicia constitucional se ha nutrido, como no podía ser de otra manera, de experiencias, ideas, textos y legislaciones de otras latitudes que se han incorporado conforme a las exigencias del momento, hasta el punto de transformar significativamente sus bases originales y cambiar de modo profundo sus rasgos característicos durante estos últimos quince años. El fenotipo mexicano, al día de hoy, es una mezcla de lo más significativo del fenotipo americano y del europeo, aderezado con un importante elemento autóctono por la temprana incorporación del juicio de amparo, que como ya hemos advertido, es el elemento que históricamente lo ha particularizado y ha permitido erigirlo en un fenotipo paradigmático.

Hablar de un modelo mexicano implica contextualizar, ante todo, que en calidad de Estado de naturaleza federal existe un “constitucionalismo dual” en el que la Constitución mexicana convive con las Constituciones de las entidades federativas, cuestión que por sí misma hace necesaria la existencia de una justicia constitucional proyectada en una doble dimensión. Bajo estas premisas, una justicia constitucional se erige con carácter nacional y se encarga de la tutela de la Constitución mexicana, y otra se mantiene en el nivel subnacional, dirigida a la protección de la Constitución estatal dentro de su específico ámbito de validez.<sup>79</sup>

Las dos dimensiones de la justicia constitucional mexicana se han visto condicionadas por la recepción de instituciones y figuras jurídicas que originalmente se han desarrollado en otras latitudes. Ha existido una in-

<sup>79</sup> Astudillo, César, “La justicia constitucional local en México: presupuestos, sistemas y problemas”, *Boletín Mexicano de Derecho Comparado*, México, núm. 115, enero-abril de 2006, pp. 25 y ss.

fluencia que podría llamarse “directa”, consistente en la “circulación de normas” a través de la fiel reproducción de instituciones y modelos de organización existentes en otros textos constitucionales, y cuya implantación fidedigna es de fácil comprobación mediante la lectura de los textos de referencia. Paralelamente, se ha generado una influencia “indirecta”, en donde más que normas, han circulado “ideas”, a través del flujo de conceptos y teorías que han permitido la recepción de lo más significativo del constitucionalismo de otras latitudes.<sup>80</sup> La distinción realizada tiene por objeto señalar que en ocasiones el contenido normativo de las Constituciones de otros países ha condicionado el contenido de la Constitución mexicana, y además, que este mismo contenido se ha visto influenciado por el pensamiento construido para explicar o dar significación a determinadas normas e instituciones existentes en otros textos constitucionales.

Si asentimos que una cosa es la influencia del derecho constitucional y otra la del constitucionalismo, difícil será negar que el sistema mexicano de justicia constitucional tuvo un primer y determinante influjo en el derecho constitucional norteamericano. Si se observa el artículo III de la Constitución de Estados Unidos, referente a la organización judicial (basada en juzgados de distrito, tribunales de circuito y una Corte Suprema) y se compara con el original diseño de la Constitución de 1824, se constatarán fácilmente las semejanzas (artículos 123 a 136).<sup>81</sup> Ese diseño es, de hecho, el causante que desde 1824 hayamos incorporado la figura de las controversias constitucionales (artículo 137, fracción I).

Sin embargo, a lo fiel de la recepción habrían de hacerse cambios de primera magnitud que a la postre terminarían por incorporar un elemento autóctono a nuestro sistema. El retorno al federalismo luego de un periodo de centralismo (1835-1846) trajo consigo la puesta en vigor, bajo un conjunto de reformas, de la Constitución de 1824. Entre dichas reformas destaca la que produjo la constitucionalización del juicio de amparo para

<sup>80</sup> En este tenor, Cossío Díaz, José Ramón, “La influencia de la Constitución española de 1978 en las Constituciones locales mexicanas”, en Fernández Segado, Francisco (coord.), *La Constitución de 1978 y el constitucionalismo iberoamericano*, Madrid, Ministerio de la Presidencia, Secretaría General Técnica, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, 2003, pp. 509 y ss.

<sup>81</sup> Fix-Zamudio, Héctor, Carpizo, Jorge y Cossío, José Ramón, “La jurisdicción constitucional en México”, en García Belaúnde, Domingo y Fernández Segado, Francisco (coords.), *La jurisdicción constitucional en Iberoamérica*, Madrid, Dykinson, 1997, p. 750.

ser sustanciado ante los órganos del Poder Judicial federal, con lo cual, además del mecanismo procesal, se estableció un desarrollo peculiar del sistema difuso, en virtud que el amparo no podía ejercitarse frente a cualquier juez, sino únicamente frente a determinados jueces federales.

Éste es el esquema que por mucho tiempo funcionó en México. La difusión del control de constitucionalidad se reconocía a los jueces federales, no en cualquier procedimiento, sino dentro de un procedimiento concreto, a través del cual podía solicitarse la tutela de los derechos y libertades e, igualmente, la declaración de inconstitucionalidad de normas generales expedidas por el legislador (las vertientes del amparo *habeas corpus* y del amparo contra leyes).<sup>82</sup>

Los contornos del sistema estuvieron vigentes, con sus evidentes variaciones, hasta 1994,<sup>83</sup> fecha en que se reformó el sistema de justicia constitucional con el objetivo de “consolidar a la Suprema Corte como Tribunal de constitucionalidad” —tal y como se sostuvo en la exposición de motivos—, lo cual supuso un importante ejercicio de reingeniería que, de acuerdo con las reformas que se deseaban institucionalizar, tuvo que voltear la vista hacia el viejo continente.<sup>84</sup>

Los cambios fundamentales se concentraron en la integración y las atribuciones de la Corte. Se introdujo la acción de inconstitucionalidad, se redefinieron los contornos de las controversias constitucionales y las bases de la revisión de los juicios de amparo. En todo este ajuste, que hay que decirlo fue un ajuste de proporciones mayores, no existen elementos para señalar que haya existido la influencia “directa” de algún texto cons-

<sup>82</sup> Grant fue uno de los primeros observadores que desde el exterior apuntó los ajustes que el sistema mexicano realizó al modelo estadounidense. Grant, James A. C., *El control jurisdiccional...*, cit., p. 62.

<sup>83</sup> Un análisis de los cambios más relevantes del modelo en Astudillo, César I., “El sistema mexicano de justicia constitucional. Notas para su definición, a 10 años de la reforma constitucional de 1994”, *Revista Iberoamericana de Derecho Procesal Constitucional*, México, núm. 4, enero-junio de 2006, pp. 17 y ss. Igualmente, Fix-Zamudio, Héctor, “La justicia constitucional en el ordenamiento mexicano”, *Estudios jurídicos en torno a la Constitución mexicana de 1917 en su septuagésimo aniversario*, México, UNAM, 1992, pp. 165 y ss.

<sup>84</sup> Reforma constitucional publicada en el *Diario Oficial de la Federación* el 31 de diciembre de 1994. Al respecto, Carpizo, Jorge, “Reformas constitucionales al Poder Judicial federal y a la jurisdicción constitucional del 31 de diciembre de 1994”, *Boletín Mexicano de Derecho Comparado*, México, nueva serie, año XXVIII, núm. 83, 1995, pp. 808 y ss.

titudinal específico. La reforma, como tal, no reprodujo ningún diseño en particular. Más bien retomó los notables avances del constitucionalismo europeo, ampliamente conocido y difundido en México, para diseñar un sistema acorde con nuestra realidad y con las posibilidades que la democratización del sistema permitieron en ese momento. Sin embargo, no puede dejar de señalarse el notable influjo que la doctrina kelseniana del tribunal constitucional, de gran abolengo en nuestro país, tuvo en quienes proyectaron la reforma constitucional;<sup>85</sup> acaso por ello, es fácilmente distinguible que los sistemas constitucionales de referencia, por su alto grado de consolidación, fueron el alemán, el italiano y el español.<sup>86</sup>

Desde 1994 el sistema de justicia constitucional ha sido reformado en cuatro momentos básicos. En 1996, con objeto de incorporar al Tribunal Electoral al Poder Judicial de la Federación, que es el encargado, entre otras cosas, de dispensar la tutela de los derechos fundamentales de carácter político (no tutelados por el juicio de amparo); en 1999, para redefinir la procedencia de la revisión de la Corte sobre el amparo-casación, o amparo contra resoluciones judiciales, y para fortalecer su potestad reglamentaria;<sup>87</sup> en 2006, con la intención de ampliar la legitimación procesal en la acción de inconstitucionalidad y permitir al presidente de la Comisión Nacional de los Derechos Humanos, acudir en esa vía a la Corte;<sup>88</sup> finalmente, en 2007, para ratificar que el Tribunal Electoral, a través de las seis salas que lo conforman, está facultado para ejercitar el control concreto de la constitucionalidad de leyes de naturaleza electoral.<sup>89</sup>

<sup>85</sup> Las ideas de Kelsen se pueden consultar en su clásico *La garantía jurisdiccional...*, *cit.*

<sup>86</sup> Algunos de los influjos del constitucionalismo europeo en la acción de inconstitucionalidad pueden advertirse en Brage Camazano, Joaquín, *La acción abstracta de inconstitucionalidad*, México, UNAM, Instituto de Investigaciones Jurídicas, 2005, pp. 69 y ss.

<sup>87</sup> Sobre estas reformas, Astudillo, César, “Modelos de justicia...”, *cit.*, pp. 4135 y ss.

<sup>88</sup> Esta reforma no puede negar la influencia del sistema portugués, pero de forma más intensa del constitucionalismo español, cuya potestad para iniciar el recurso o proceso de inconstitucionalidad influyó decididamente en varios sistemas latinoamericanos (artículo 162.1, inciso a), de la Constitución española); por ejemplo, en la Constitución de Guatemala (artículo 275, inciso f), en la Constitución colombiana (artículo 282, incisos 3 y 5), en la Constitución boliviana (el artículo 120, fracción 1a.), en la Constitución ecuatoriana (artículo 277, fracción 5), y en la Constitución venezolana (artículo 281, fracción 3). Véase Astudillo, César, “Las comisiones de derechos...”, *cit.*, pp. 8 y ss.

<sup>89</sup> Al respecto, Astudillo, César, *La inconstitucionalidad del artículo 94 de los estatutos del Partido Acción Nacional. Serie Comentarios a las sentencias del Tribunal*

Importante es hacer referencia al nivel subconstitucional, ya que dentro de las entidades federativas de la República mexicana se ha venido desarrollando con particular intensidad la tendencia a incorporar mecanismos de tutela para la garantía de las Constituciones estatales.<sup>90</sup> De manera similar a lo que sucede en Estados de naturaleza federal (en donde Alemania tiene un papel preponderante), alrededor de un tercio de las 31 entidades federadas han procedido a adoptar garantes de la constitucionalidad estatal, que en algunos casos han sido bautizados directamente como “tribunales constitucionales” o “de control constitucional”.

En este contexto, del estudio de los documentos que justificaron reformas de esta naturaleza no es posible advertir la influencia directa de alguna Constitución en particular sobre los contenidos de alguna o algunas Constituciones estatales. La construcción lingüística es diferente en cada caso y no permite inferir una circulación de textos específicos. Lo que sí es constatable es la profunda influencia que la doctrina constitucional, principalmente italiana y española, pero también alemana, portuguesa y brasileña, ha tenido en la incorporación de determinadas instituciones.

Me interesa destacar únicamente que en estos sistemas subnacionales existen dos instituciones características del derecho constitucional de los países apenas mencionados: la “cuestión de inconstitucionalidad” y la “acción por omisión legislativa”. Lo significativo es que ambas se presentan en forma de procesos o procedimientos concretos y específicos que se interponen ante los órganos de tutela constitucional de la respectiva entidad, llámense tribunales superiores de justicia, salas constitucionales o incluso tribunales constitucionales, y que en el caso particular del sistema de justicia constitucional que opera a nivel nacional no se encuentran contemplados instrumentos de esta naturaleza.<sup>91</sup>

*Electoral*, México, Tribunal Electoral del Poder Judicial de la Federación, núm. 8, 2008, pp. 122 y ss., esp. pp. 137-139.

<sup>90</sup> Al respecto, Astudillo Reyes, César I., *Ensayos de justicia constitucional en cuatro ordenamientos de México. Veracruz, Coahuila, Tlaxcala y Chiapas*, México, UNAM, Instituto de Investigaciones Jurídicas, 2004.

<sup>91</sup> Una aproximación a las entidades federativas que contemplan este tipo de instituciones se encuentra en Astudillo, “La justicia constitucional local...”, *cit.*, pp. 25 y ss. *Idem*, “Las entidades federativas y la acción por omisión legislativa”, en Gámiz Parral, Máximo *et al.* (coords.), *Derecho constitucional estatal. Memorias del VI y VII Congresos Nacionales de Derecho Constitucional de los Estados*, México, UNAM, Instituto de Investigaciones Jurídicas, 2009, pp. 203 y ss.

No puede dudarse que estas instituciones se han visto condicionadas y enriquecidas por la doctrina constitucional europea. Todos sabemos, por ejemplo, que la cuestión de inconstitucionalidad surge en Austria con la reforma constitucional de 1929, y que su relevancia propicia su irradiación hacia Italia, Alemania, y más tarde, a España.<sup>92</sup> El desarrollo italiano, en este contexto, ha sido especialmente significativo, porque al no existir un recurso directo, los derechos fundamentales se protegen, en particular, a través de este instituto. La circulación de la doctrina italiana, y de manera más próxima de la española (sobre todo por cuestiones de lenguaje), ha sido fundamental para la incorporación de este instituto a las entidades federativas de México.<sup>93</sup> No obstante, como ya hemos tenido ocasión de apuntar, no ha sido una influencia de textos, sino de doctrinas, lo que ha motivado que en algunos casos su función y regulación no hayan sido exploradas a cabalidad, conduciendo al legislador a dejar de lado, o incluso a confundir, algunos de sus rasgos característicos. En las tres entidades en donde existe la cuestión (Veracruz, Coahuila y Chiapas) no se pone la debida atención, por ejemplo, a requisitos elementales como la elevación de la cuestión por “órgano judicial”, a su surgimiento dentro de “cualquier proceso”, o a presupuestos tales como la “relevancia” o la “notoria falta de fundamento”, típicos de los sistemas italiano y español.<sup>94</sup>

La recepción de la cuestión, sin embargo, no ha dado los resultados que se esperaban de ella, por el poco tiempo que ha transcurrido desde su establecimiento, pero sobre todo porque el “ámbito receptor” tal vez no era el más propicio para este tipo de institución; recordemos que el desarrollo jurídico en el país se encuentra asentado en una fuerte cultura positivista en la que la ley sigue jugando un papel de primerísimo orden, propiciando que el juez se sienta únicamente vinculado a ella, sin

<sup>92</sup> Cruz Villalón, Pedro, *La formación del sistema europeo de control de constitucionalidad (1918-1939)*, Madrid, Centro de Estudios Constitucionales, 1987, pp. 266 y ss. Igualmente, Corzo Sosa, Edgar, *La cuestión de inconstitucionalidad*, pról. de Manuel Aragón Reyes, Madrid, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, 1998.

<sup>93</sup> Astudillo, César, *Ensayos de justicia constitucional...*, cit., pp. 88 y ss.

<sup>94</sup> Bagni, Silvia, *La questione incidentale nel controllo di costituzionalità. I sistemi italiano e spagnolo a confronto nel quadro del “modelli” dottrinali*, 2a. ed., Bologna, Center for Constitutional Studies and Democratic Development, CLUEB, 2007.

que haya podido penetrar la idea de su inexorable doble vinculación a la Constitución y a la ley.<sup>95</sup>

En lo que respecta a la omisión legislativa, el constitucionalismo mexicano se ha nutrido de la influencia, sobre todo jurisprudencial, de los tribunales constitucionales de Alemania, Italia, Austria y España, en donde progresivamente se han tomado soluciones comunes respecto a la inconstitucionalidad por omisión, a través del empleo de las sentencias conocidas como “aditivas”, “creativas” o apelativas”.<sup>96</sup> Importante es destacar que en esta línea de desarrollo se acaba de inscribir la Suprema Corte de Justicia mexicana, ya que en 2005 sentó jurisprudencia sobre la tipología de las omisiones del legislador (estableciendo una distinción primaria entre “omisiones absolutas y omisiones relativas”).<sup>97</sup>

Al margen de este desarrollo pretoriano, la omisión legislativa en las entidades mexicanas ha tomado la forma de un autónomo instrumento procesal dirigido a constatar directamente la inactividad legislativa. En este contexto, debe recordarse que la primera Constitución que estableció expresamente un mecanismo de esta naturaleza fue la yugoslava de 1974 (artículo 377), seguida por la portuguesa de 1976 (artículo 279, después 283), cuyo ámbito de influencia fue suficiente para lograr traspasar el océano e implantarse en la Constitución brasileña de 1988 (artículo 103).

Las entidades federativas tienen en estas experiencias a sus principales influjos; principalmente de los países que nos son geográficamente más cercanos. Por ende, se puede destacar que el constitucionalismo brasileño, cuya Constitución acaba de cumplir veinte años, ha tenido una influencia “indirecta” en el constitucionalismo estatal de México, porque a través de las explicaciones doctrinales que ha proveído a los contenidos de la Constitución de 1988, ha posibilitado que similares soluciones

<sup>95</sup> Una aproximación a esta problemática, en Astudillo, César, “El desempeño de la justicia constitucional en las entidades federativas”, *La justicia constitucional en las entidades federativas. Memorias de la cuarta mesa redonda*, México, Suprema Corte de Justicia de la Nación, Tribunal Electoral del Poder Judicial de la Federación, 2008, pp. 72 y ss.

<sup>96</sup> Entre otros, Miranda, Jorge, *Derechos fundamentales y derecho electoral*, México, trad. de Joaquín González Casanova, México, UNAM, Instituto de Investigaciones Jurídicas, 2005, p. 20.

<sup>97</sup> Al respecto, Astudillo, César, “La inconstitucionalidad por omisión en México”, en Carbonell, Miguel (comp.), *En busca de las normas ausentes. Ensayos sobre la inconstitucionalidad por omisión*, 2a. ed., México, UNAM, Instituto de Investigaciones Jurídicas, 2007, pp. 297 y ss.

se hayan llevado a cinco estados de la República mexicana (Veracruz, Coahuila, Tlaxcala, Chiapas y Quintana Roo).<sup>98</sup>

La acción por omisión legislativa incorporada en Portugal tiene como finalidad práctica “certificar” la existencia de una omisión y comunicarla al órgano Legislativo que corresponda.<sup>99</sup> Sin embargo, el diseño de la institución en las entidades mexicanas, con Veracruz a la cabeza, tiene cierta proximidad con el *mandado de injunção* brasileño, porque en caso de que se constate la omisión, el órgano jurisdiccional mexicano está facultado para conferir al Legislativo un plazo para que proceda a subsanar la omisión, y si no lo hace y esto es lo significativo, el propio Tribunal puede expedir una especie de “legislación provisional”, en forma de medidas legislativas necesarias para cubrir el vacío normativo mientras el cuerpo representativo hace lo propio. Si bien el *mandado* no busca obtener la normativa faltante, su finalidad típica privilegia el ejercicio pleno de los derechos y libertades fundamentales en aquellos casos en que la falta de intermediación legislativa o reglamentaria se erija con una barrera para ello.<sup>100</sup> Esto es lo que en última instancia justifica que en los estados mexicanos se incorpore una potestad cuasilegislativa, que se ejercita de modo excepcional, ante el supuesto de que el legislador obligado a legislar por una sentencia firme mantenga una actitud omisiva que haga imposible el ejercicio de los derechos tutelados por el ordenamiento constitucional de la entidad.

<sup>98</sup> Astudillo, César, “Las entidades federativas y la acción por omisión legislativa”, *cit.*

<sup>99</sup> Gomes Canotilho, José Joaquim, *Il diritto costituzionale portoghese*, Romano Orrù (a cura di), Torino, G. Giappichelli Editore, 2006, p. 196.

<sup>100</sup> Sobre el instrumento brasileño, Pinto Ferreira, Luiz, “Os instrumentos processuais prototores dos direitos humanos no Brasil”, en García Belaúnde, Domingo y Fernández Segado, Francisco, (coords.), *La jurisdicción constitucional en Iberoamérica*, Madrid, Dykinson, 1997, p. 421. También, Fernández Rodríguez, José Julio, *La inconstitucionalidad por omisión. Teoría general. Derecho comparado. El caso español*, Madrid, Civitas, 1998, pp. 288 y ss.