

## CAPÍTULO QUINTO

### CARACTERÍSTICAS Y PROBLEMAS DEL SISTEMA Y DEL MODELO NACIONALES EN LA ACTUALIDAD

Para darle contenido al epígrafe de este capítulo no vamos, desde luego, a tratar de identificar cada una de las peculiaridades de los procesos mediante los cuales tal control de constitucionalidad se realiza, ni de sus condiciones orgánicas de realización. Únicamente señalaremos las principales condiciones de operación del sistema en su conjunto a partir, necesariamente, de los procesos concretos que hoy en día tenemos. Hecho lo anterior, será factible tratar de identificar el modelo con el cual contamos, lo que nos permitirá considerar también los principales problemas que se le atribuyen y las soluciones que recientemente se han propuesto para corregirlos.

#### I. CARACTERIZACIÓN GENERAL

Apuntamos ya que durante buen número de años el control de constitucionalidad se redujo básicamente al amparo, y que, por lo mismo, quedó identificado con las posibilidades procesales de éste. Así, la determinación de la supremacía constitucional pasaba por la violación a los derechos fundamentales, sus efectos eran totalmente relativos, el entendimiento constitucional era parcial y los juzgadores diversos a los del Poder Judicial de la Federación no participaban del monopolio del control ejercido por éstos. De las anteriores condiciones algunas han cambiado y otras permanecen iguales. Entre las segundas destaca claramente

el mantenimiento de tal monopolio, reiterado recientemente por la Suprema Corte, en tanto que entre 1995 y 1998 estableció que el artículo 133 constitucional no da lugar a un control difuso y,<sup>282</sup> por lo mismo, su ejercicio es facultad exclusiva de los órganos del Poder Judicial de la Federación,<sup>283</sup> excluyendo inclusive a su Tribunal Electoral,<sup>284</sup> hasta la reforma publicada en el *Diario Oficial de la Federación* del 13 de noviembre de 2007, como más adelante veremos.<sup>285</sup> Entre las que han cambiado tenemos que prácticamente cualquier violación constitucional puede ser determinada y resuelta por la Suprema Corte de Justicia mediante las controversias o las acciones, y adicionalmente el amparo, tanto por la Corte como por los juzgados de distrito y los tribunales de circuito.<sup>286</sup> Esto ha hecho posible que no sólo los derechos fundamentales sean objeto del control constitucional, sino también los dos ejes orgánicos fundamentales a partir de los cuales se estructura nuestro orden constitucional (el sistema federal y el principio de división de poderes).<sup>287</sup> En cuanto a los efectos, se mantiene el alcance relativo en el amparo, pero existe la posibilidad de declaración general con efectos anulatorios siempre que en las controversias y las acciones se alcance una votación mínima de ocho votos.<sup>288</sup> Por lo mismo, existe la posibilidad de

<sup>282</sup> La correspondiente jurisprudencia obligatoria se encuentra publicada en *SJF*, 9a., t. X, p. 5. Igualmente, *SJF*, 9a., 2a. Sala, t. XX, p. 219.

<sup>283</sup> La correspondiente jurisprudencia obligatoria se encuentra publicada en *SJF*, 9a., t. X, p. 18.

<sup>284</sup> *SJF*, 9a., t. XV, p. 5.

<sup>285</sup> Cossío, J. R., “El indebido monopolio constitucional-electoral de la Suprema Corte de Justicia”, pp. 377-386; Orozco Henríquez, J. J., “La contradicción de tesis 2/2000 y el sistema mexicano de justicia electoral”, *Justicia electoral y garantismo jurídico*, México, Porrúa-UNAM, 2006, pp. 99-114.

<sup>286</sup> *SJF*, 9a., t. XII, p. 843.

<sup>287</sup> Cossío, J. R., *La controversia constitucional*, pp. 1-8.

<sup>288</sup> Aun así, en la propuesta de nueva Ley de Amparo presentada por la Suprema Corte de Justicia, así como en otras propuestas o en la discusión general que actualmente se vive en materia de amparo, parece existir una tendencia favorable para derogar la mal llamada “fórmula Otero” y darle efectos generales a las sentencias de amparo.

expulsión de normas generales del sistema y de “depuración” de nuestro ordenamiento jurídico, a efecto de lograr la plena supremacía de la Constitución. En lo que se refiere a las condiciones del entendimiento constitucional, cabe afirmar que el mismo es ahora más extenso, por dos razones: primero, porque el número de sujetos legitimados para participar en los procesos de control es más amplio, y, segundo, porque debido a la razón anterior y a la pluralidad política que estamos viviendo, los pronunciamientos sobre la Constitución son cada vez más frecuentes, al extremo de que y, a diferencia del pasado, prácticamente todos sus componentes se utilizan como parámetro de constitucionalidad.

En cuanto a la materia electoral, a partir de la reforma publicada en el *Diario Oficial de la Federación* del 13 de noviembre de 2007 se modificó el párrafo sexto del artículo 99 constitucional, que le otorga competencia a las salas del Tribunal Electoral para resolver sobre “la *no aplicación* de leyes sobre la materia electoral contrarias a la Constitución”.<sup>289</sup> En el mismo párrafo se agregó que “[L]as resoluciones que se dicten en el ejercicio de esta facultad se limitarán al caso concreto sobre el que verse el juicio. En tales casos la Sala Superior informará a la Suprema Corte de Justicia de la Nación”. Lo que resulta de la anterior atribución es la posibilidad de que las Salas del Tribunal (Superior y regionales) lleven a cabo un juicio de constitucionalidad a efecto de determinar la contradicción de una norma electoral con la Constitución, para luego dejar de aplicarla al caso concreto. Es importante advertir que el hecho de que el efecto de las sentencias del Tribunal no sea anulatorio, en modo alguno implica que no ejerzan funciones de control de regularidad constitucional.

## II. TIPOLOGÍA DE LOS MODELOS

Si consideramos en conjunto estas condiciones, cabe señalar que en la actualidad contamos con un completo y complejo siste-

<sup>289</sup> Énfasis añadido.

ma de control de constitucionalidad. Nuevamente, ¿a qué modelo da lugar tal sistema? Como lo apuntamos al inicio, la distinción básica en cuanto a la identificación de los modelos seguida en el mundo continúa siendo la tipología estadounidense-europea. Al respecto, lo primero que cabe decir es que no hay una caracterización perfecta de cada una de estas posibilidades, sino más bien una serie de ideas compartidas que, en la media, nos permiten arribar a cierta caracterización. Veamos algunas de estas propuestas.

Para Louis Favoreu, la diferencia radica en que en el modelo norteamericano la justicia constitucional está conferida a la totalidad de los órganos que componen el aparato de justicia ordinaria, puede ejercerse dentro de cualquier litigio, independientemente de su naturaleza, y no requiere condiciones procesales especiales;<sup>290</sup> por el contrario, al modelo europeo lo caracteriza porque el contencioso constitucional es distinto del contencioso ordinario, recae en un tribunal especializado, la legitimación está restringida y las resoluciones tienen efectos absolutos de cosa juzgada.<sup>291</sup> Precisamente, al reseñar la obra de Favoreau, Héctor Fix-Zamudio propone su propia clasificación de la dualidad a estudio: en el modelo estadounidense, "... la resolución de las cuestiones constitucionales corresponde a los jueces ordinarios o a un sector de los mismos"; el europeo se caracteriza por haberse dado en regímenes parlamentarios o semiparlamentarios; sus elementos esenciales están previstos en las correspondientes Constituciones; sólo los tribunales o cortes constitucionales pueden conocer de las cuestiones de constitucionalidad; sus integrantes son designados por autoridades políticas mediante procedimientos diversos a los de los jueces ordinarios; su funcionamiento es claramente constitucional, y los tribunales constitucionales no pertenecen a la judicatura ordinaria.<sup>292</sup>

<sup>290</sup> *Les Cours Constitutionnelles*, Paris, PUF, 1986, p. 5.

<sup>291</sup> *Ibidem*, pp. 5 y 6.

<sup>292</sup> *Boletín Mexicano de Derecho Comparado*, nueva serie, año XX, núm. 60, septiembre-diciembre de 1987, pp. 1006 y 1007. En otro trabajo, el propio Fix-

En esta línea, en su *Derecho constitucional comparado*,<sup>293</sup> el profesor De Vergottini ataca la diferencia entre modelos de un modo distinto. Primeramente habla del modelo del control difuso, caracterizado por el poder que tiene todo juez para verificar la compatibilidad frente a la Constitución de todas las normas que debe aplicar, con independencia de que no pueda llegar a anularlas, sino únicamente desaplicarlas al caso concreto;<sup>294</sup> por otra parte, identifica la modalidad concentrada del control ahí donde el mismo puede confiarse al órgano vértice de la estructura jurisdiccional (Irlanda) o a un órgano *ad hoc*, para que a través de procedimientos especiales se pronuncien sobre la compatibilidad de las normas con la Constitución, pudiendo llegar a tener sus sentencias efectos generales.<sup>295</sup> Identificados así los dos modelos, estima que la Suprema Corte de los Estados Unidos es el ejemplo más característico del primero, y los tribunales de Alemania, Italia o España, por ejemplo, del segundo.

Finalmente, sobre este mismo aspecto, el profesor Gomes Canotilho diferencia los modelos de control constitucional atendiendo a sus condiciones de realización entre difusos y concentrados. Para él, el primero se caracteriza porque la competencia para revisar la constitucionalidad de las leyes se reconoce a cualquier juez en cualquier caso sometido a su conocimiento; el segundo,

Zamudio consideraba que la revisión judicial estadounidense (*judicial review*) “no constituye un instrumento procesal determinado, sino un principio que sirve para plantear la inconstitucionalidad de las disposiciones legales aplicables en un caso concreto, y que al resolverse por los jueces ordinarios puede elevarse inclusive ante el Tribunal Supremo a través de los medios normales de impugnación ...”; a su vez, consideraba que los tribunales constitucionales europeos tienen su inspiración en lo establecido por Kelsen para la Constitución austriaca vigente entre 1920 y 1929, que se caracterizó por “...establecer una verdadera y propia (especializada) jurisdicción constitucional...” (*La protección procesal de los derechos humanos ante las jurisdicciones nacionales*, Madrid, Civitas-UNAM, 1982, pp. 82 y 165).

<sup>293</sup> México, UNAM-SEPS, 2004.

<sup>294</sup> *Ibidem*, p. 198.

<sup>295</sup> *Ibidem*, pp. 198 y 199.

porque esa competencia de revisión se asigna a un órgano con exclusión de todos los demás. Al igual que De Vergottini, estima que el primero corresponde a los Estados Unidos, mientras que el segundo se encuentra presente en diversos países europeos; ello, con independencia de las muchas particularidades que puedan darse a partir de la nota esencial por él identificada.<sup>296</sup>

¿Qué podemos extraer como caracterización general de las cuatro posiciones acabadas de mencionar? En cuanto al modelo norteamericano o difuso, que el ejercicio de constitucionalidad corresponde a todos los jueces ordinarios en cualquier proceso y la determinación de inconstitucionalidad conlleva la desaplicación de la norma, y no su anulación.<sup>297</sup> En lo que hace al europeo o concentrado, el control se lleva a cabo por un tribunal especializado, ajeno a la jurisdicción ordinaria y con competencia monopólica en la materia, que actúa en procesos especializados y tiene facultades para anular las normas impugnadas con efectos generales.<sup>298</sup> Frente a esta caracterización de los modelos, resulta posible preguntarnos por la adscripción de nuestro sistema de justicia constitucional.

### III. ADSCRIPCIÓN TIPOLÓGICA DEL MODELO NACIONAL

Como desde luego salta a la vista, nuestro sistema/modelo de justicia constitucional tiene componentes que impiden darle el carácter de expresión pura de cualquiera de los dos modelos en comentario. Para mostrarlo con claridad, dividamos la exposi-

<sup>296</sup> *Direito Constitucional e Teoria da Constituição*, 4a. ed., Coimbra, Almedina, 2000, pp. 869 y 870.

<sup>297</sup> Lo anterior, evidentemente, con independencia de lo que acontece por la vía del *stare decisis*. Sobre este último aspecto, *cf.* Cossío, J. R., *La controversia constitucional*, pp. 717 y ss.

<sup>298</sup> Así mismo, *cf.* Grant, J. A. C., "El control judicial de la legislación en la Constitución austriaca de 1920", trad. de A. Ortíz, *Boletín Mexicano de Derecho Comparado*, nueva serie, año VII, núm. 21, septiembre-diciembre de 1974, pp. 73-80.

ción en cuatro partes, sin incluir todavía a la justicia electoral: en qué sí y en qué no nos acercamos al modelo estadounidense y en qué sí y en qué no, al europeo. En el juicio de amparo nos parecemos a los Estados Unidos en cuanto a que los efectos relativos de nuestro proceso prácticamente implican una desaplicación al caso concreto, más que una verdadera anulación.<sup>299</sup> En lo que concierne a las diferencias con aquél, el control de constitucionalidad se lleva a cabo únicamente por los órganos del Poder Judicial de la Federación, y no así por el resto de los jueces ordinarios existentes en los órdenes federal, estatales o del Distrito Federal; tal ejercicio exclusivamente se lleva a cabo en los tres procesos específicos ya señalados (amparo, controversias constitucionales y acciones de inconstitucionalidad), y no así en ninguno otro de entre los muchos que le corresponden al resto de los órganos jurisdiccionales del país<sup>300</sup> o, inclusive, a muchos de los procesos que se siguen ante los órganos del propio Poder Judicial de la Federación,<sup>301</sup> y en dos procesos el efecto de control es plenamente anulatorio, y no ya de mera desaplicación.

Al modelo europeo nos parecemos en la existencia de los procesos especializados de control de constitucionalidad, así como en la posibilidad de que en dos de ellos (controversias y acciones) la declaratoria de invalidez pueda tener efectos generales. Sin embargo, nos diferenciamos en tres aspectos: en que tal control

<sup>299</sup> En el mismo sentido, Alcalá-Zamora y Castillo, N., "Amparo y casación", *Revista de la Facultad de Derecho de México*, XVI, enero-marzo de 1966, núm. 61, pp. 80 y 81. Sobre las posibilidades de incorporación de tales efectos en el amparo, *cf.* Fix-Zamudio, H., "La declaración general de inconstitucionalidad y el juicio de amparo", *Boletín Mexicano de Derecho Comparado*, nueva serie, año IV, núms. 10-11, enero-agosto de 1971, pp. 93-96.

<sup>300</sup> Esto, como consecuencia de la ya mencionada imposibilidad para pronunciarse respecto de la constitucionalidad. Para una visión de conjunto de estos órganos en el conjunto de nuestro sistema federal, *cf.* Fix-Zamudio, H. y Cossío, J. R., *El Poder Judicial en el ordenamiento mexicano*, México, FCE, 1996.

<sup>301</sup> Al 2 de diciembre de 2010, existían 220 tribunales colegiados de Circuito; 89 tribunales unitarios de Circuito y 362 juzgados de Distrito competentes para conocer de materia de amparo.

está disperso entre un número importante de órganos jurisdiccionales federales y no asignado a uno de ellos exclusivamente;<sup>302</sup> en que los órganos que lo realizan forman parte del Poder Judicial de la Federación, *i. e.*, uno de los tres poderes federales ordinarios (artículo 94 const.), y en que en uno de los procesos (amparo) los efectos de las resoluciones no son plenamente anulatorios.

Si seguimos el mismo esquema para analizar la justicia electoral federal, tenemos lo siguiente: se parece al sistema estadounidense en tanto las resoluciones únicamente pueden dar lugar a la desaplicación de las normas legales, siempre en relación con el caso concreto; no obstante, se parece al europeo en tanto que el control se realiza exclusivamente por órganos especializados y a través de la totalidad de los procesos electorales de que conocen.<sup>303</sup> Con base en todo lo anterior, podemos decir que el sistema mexicano no tiene fácil acomodo en ninguno de los modelos señalados, de ahí que debemos terminar identificando a nuestro sistema con nuestro modelo a efecto de asignarles el ca-

<sup>302</sup> Al resolverse por el Pleno el amparo en revisión 1471/94 el 27 de febrero de 1996, sostuvo la tesis de rubro “LEYES. INCONSTITUCIONALIDAD DE LAS, NO SE ESTABLECE POR LA SUPREMA CORTE DE JUSTICIA DE LA NACIÓN AL RESOLVER UNA CONTRADICCIÓN DE TESIS” (*S7F*, 9a., t. IV, p. 64), ello sin perjuicio de que con posterioridad la Primera Sala haya establecido el criterio “CONTRADICCIÓN DE TESIS. SELECCIÓN DE LA INTERPRETACIÓN LEGAL MÁS CONFORME CON LA CONSTITUCIÓN” (*S7F*, 9a., 1a. Sala, t. XX-VIII, p. 215).

<sup>303</sup> Si atendemos a la Ley General del Sistema de Medios de Impugnación en Materia Electoral, puede hacerlo en todos ellos: juicio de inconformidad, recurso de reconsideración, recurso de apelación, juicio de revisión constitucional electoral y juicio para la protección de los derechos político-electorales del ciudadano (existirían dudas en lo que tiene que ver con el recurso de revisión que puede interponerse antes de los cinco días anteriores a la elección respecto de los juicios de inconformidad —art. 37, inciso h, Ley General del Sistema de Medios de Impugnación—). De este modo, no deja de resultar paradójico el que, por una parte, el control de constitucionalidad electoral se encuentre centralizado en los órganos electorales federales y, simultáneamente, pueda llevarse a cabo en todos los procesos que les compete conocer.



rácter de “propios”,<sup>304</sup> pudiendo aceptar una mayor aproximación al modelo europeo.<sup>305</sup>

Para avanzar en nuestro análisis, recordemos cómo llegamos a esta situación. Lo primero que debemos decir es que nunca tuvimos un sistema jurisdiccional semejante al estadounidense o al europeo y, por lo mismo, no podemos decir que nunca tuvimos un desvío de algún tipo de ortodoxia. En realidad, nuestro sistema de control de regularidad jurisdiccional siempre tuvo elementos propios, pues si bien es cierto que desde el siglo XIX tuvimos la organización general estadounidense en cuanto a la organización de los tribunales federales (Suprema Corte, tribunales de circuito y juzgados de distrito), también lo es que la introducción del amparo le dio un sentido específico, además de que desde 1857 contamos con un artículo que ampliaba considerablemente la jurisdicción originaria que le correspondía a la Corte de los Estados Unidos.<sup>306</sup> Durante la evolución de nuestro sistema mantuvimos esas características propias, dado que buena parte de sus modificaciones estuvieron encaminadas a combatir el rezago, siempre dentro de la lógica general del modelo. Finalmente, en la última etapa se da una mezcla curiosa de pretensiones de continuidad o avances en la lucha contra el rezago, conjuntamente con la adopción de un sistema que, por alguna razón, debe acercarse al europeo, lo que ha dado lugar a un

<sup>304</sup> Aun si seguimos la recomendación del maestro Fix-Zamudio en el sentido de atender al carácter “predominante” dada la necesaria mezcla de atributos de todo sistema respecto de los modelos “puros” (*Veinticinco años de evolución de la Justicia Constitucional 1940-1965*, México, UNAM, 1968, p. 151), tratándose del sistema de justicia constitucional mexicano es difícil asignar su pertenencia a uno de los dos grandes modelos descritos. Sobre las dificultades de colocar a la jurisdicción portuguesa bajo un modelo preciso, *cf.* Gomes Canotilho, J. J., *Direito constitucional e teoria da Constituição*, 4a. ed., p. 882.

<sup>305</sup> En este sentido, Fix-Fierro, H., “La defensa de la constitucionalidad en la reforma judicial de 1994”, *La reforma constitucional en México y Argentina*, México, UNAM-Corte de Constitucionalidad de Guatemala, 1996, pp. 44 y 45.

<sup>306</sup> Cossío, J. R., *La controversia constitucional*, pp. 83-94.

complejo entendimiento de dónde nos encontramos y hacia dónde debiéramos continuar.<sup>307</sup>

#### IV. POSICIONES FRENTE AL MODELO NACIONAL

##### 1. *Los límites del tribunal constitucional como idea-guía*

Para quienes estimaron o estiman que la idea del “tribunal constitucional” básicamente se refiere a la exclusiva asignación de competencias constitucionales a favor de la Suprema Corte de Justicia, la situación en la que nos encontramos es, prácticamente, de conclusión de las modificaciones emprendidas desde hace varios años. Por lo mismo, las modificaciones que para ellos restarían por hacerse tienen que ver, en lo procedimental, con la sustancial modificación a la Ley de Amparo y, en lo orgánico, con el mantenimiento de la situación ya alcanzada o con la creación de un tribunal federal que conozca de las cuestiones de legalidad que todavía hoy le corresponden a la Corte. De esta última posición podemos señalar lo dicho por Jorge Carpizo, en tanto sintetiza bien lo avanzado por otros autores. A partir de su idea de que las reformas de 1988 y 1994 son dos etapas en el proceso de la reforma constitucional, Carpizo propone que en la tercera debe

<sup>307</sup> Respecto de cualquiera de las dos posibilidades que enseguida mencionaremos, es necesario incorporar una variable muy relevante, relativa al entendimiento que se le quiera dar al órgano que finalmente funcione como “tribunal constitucional”. Se trata de una cuestión más bien de carácter funcional o representativo, que alude más a la manera como debiera actuar el órgano de control, que a su organización o competencias. En otros términos, de lo que aquí se trata es de destacar cómo es que quienes se proponen los cambios orgánicos, se imaginan la operación de la Suprema Corte o del “auténtico” tribunal constitucional. Aun cuando en realidad son muy pocos los autores que se han pronunciado más allá de los señalados temas orgánicos o procedimentales, esto tiene que ver con la manera en que se imaginan (o debieran imaginarse) la actuación del órgano de control: ¿de qué manera debe concebir a la Constitución? ¿Cómo estima que la misma está conformada (reglas, principios o valores)? ¿Cuál es el alcance que está dispuesto a darle al momento de llevar a cabo el correspondiente control?, por ejemplo.

crearse “un Tribunal Superior de Justicia de la Federación para garantizar la unidad de la interpretación de las leyes, resolviendo las contradicciones de tesis de los múltiples tribunales colegiados de circuito. Además, entre sus otras facultades se encontraría la resolución de conflictos de competencia entre tribunales”.<sup>308</sup>

Para quienes adoptaron o adoptan la idea de la creación del “tribunal constitucional” como acercamiento al modelo europeo, la situación en la que nos encontramos es de franco atraso, que en lo orgánico sólo puede remediarse con la creación, ahora sí, de un “auténtico” tribunal constitucional, y en lo procedimental pasa también por la reelaboración del juicio de amparo. En cuanto a la creación de un tribunal constitucional diverso a la Suprema Corte, Miguel Carbonell sintetiza bien la posición general en la materia,<sup>309</sup> al decir que el mismo es necesario debido al número de contradicción de tesis generadas por los tribunales colegiados de circuito y a la falta de “sensibilidad” constitucional de quienes tienen la doble tarea de solucionar conflictos de legalidad o “constitucionalidad refleja” y temas de verdadera constitucionalidad; en cuanto a los beneficios que acarrearía, está la apertura de la “cuestión de inconstitucionalidad”, semejante a la que existen el sistemas con verdaderos tribunales constitucionales,<sup>310</sup> mejorar las carencias en las controversias constitucionales y las

<sup>308</sup> “La reforma del Estado en 2007 y 2008”, *Cuestiones Constitucionales*, núm. 19, julio-diciembre de 2008, pp. 22 y 47.

<sup>309</sup> “Algunas reformas al Poder Judicial mexicano”, en Vega, Juan y Corzo, Edgar (coords.), *Tribunales y justicia constitucional. Memoria del VII Congreso Iberoamericano de Derecho Constitucional*, México, UNAM, 2002, pp. 73-80. Uribe Arzate propone también la creación de un tribunal constitucional autónomo, especializado y, dice, altamente técnico a fin de llegar a establecer el control previo de constitucionalidad (“El tribunal constitucional de México”, *Tribunales y justicia constitucional. Memoria del VII Congreso Iberoamericano de Derecho Constitucional*, pp. 546-548).

<sup>310</sup> Sobre el sentido actual de esta distinción, *cf.* Gudiño Pelayo, José de Jesús, “Tratamiento de las violaciones e indirectas a la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos por la jurisprudencia federal”, en González Oropeza, Manuel y Ferrer Mac-Gregor, Eduardo (coords.), *La justicia constitucional en las entidades federativas*, México, Porrúa, 2006, pp. 443-456.

acciones de inconstitucionalidad y concentrar el control de constitucionalidad en materia electoral.<sup>311</sup>

Frente a esta dualidad en cuanto a los caminos que en el futuro debería seguir nuestro sistema de justicia constitucional, ¿qué respuesta podemos dar? A mi parecer, tiene razón el maestro Fix cuando sostiene:

Se han expuesto diversos argumentos sobre la conveniencia o defecto en dicho encuadramiento (de los tribunales de constitucionalidad dentro o fuera de los poderes judiciales), pero lo cierto es que este último influye, pero no determina de manera sustancial la naturaleza de dichos organismos jurisdiccionales, ya que en realidad, con independencia de que dichos organismos jurisdiccionales se encuentren situados fuera, dentro o como cabeza del poder judicial, lo cierto es que *son las funciones que realizan las que determinan su esencia*.<sup>312</sup>

Dado que lo que el maestro Fix se pregunta es lo correcto o incorrecto del encuadre de los órganos de control jurisdiccional de la constitucionalidad dentro o fuera de los poderes judiciales, bien podemos interpretar su cita en el sentido de que son las funciones que tales órganos desempeñan lo que determinan lo correcto o incorrecto de su “encuadre”, más que su esencia misma. A partir

<sup>311</sup> Jaime Cárdenas afirma: “Por otra parte, la inexistencia de un tribunal constitucional autónomo del Poder Judicial provoca problemas en la amplitud de la defensa constitucional respecto a actos del propio Poder Judicial, y conflictos sobre la administración del propio Poder Judicial” (“Cuatro reflexiones en torno a una nueva Constitución”, *Hacia una nueva constitucionalidad*, México, UNAM, 1999, p. 59). Otros de los planteamientos realizados tienen que ver con cuestiones más subjetivas, tales como lo que se estima el apoyo de la Corte en la “contrarreforma” de 1999, lo que se estima el temor de la Corte a no afectar al Ejecutivo Federal y a las diferencias que se estiman deben darse entre el juez constitucional y el de legalidad. En este último sentido, *cf.* Melgar, Mario, “Hacia un auténtico tribunal constitucional”, *cit.*, pp. 149-152.

<sup>312</sup> “Breves reflexiones sobre la naturaleza, estructura y funciones de los organismos jurisdiccionales especializados en la resolución de procesos constitucionales”, *Tribunales y justicia constitucional. Memoria del VII Congreso Iberoamericano de Derecho Constitucional*, p. 216 (énfasis añadido).

de este pequeño ajuste a su cita, debemos determinar qué funciones realizan nuestros órganos de justicia constitucional para, posteriormente, determinar si, como quieren algunos, es preciso generar nuevos órganos dentro de nuestro sistema de justicia constitucional (el llamado “Tribunal Superior de Justicia de la Federación”, por ejemplo) o, inclusive, crear un “auténtico” tribunal constitucional.

Comencemos con una primera pregunta: ¿qué hacen los órganos de control de regularidad constitucional en el derecho comparado? Para responderla, nuevamente sigamos al maestro Fix-Zamudio:

... de un examen de conjunto se puede señalar que son dos las atribuciones esenciales de dichos órganos especializados; por una parte, la decisión sobre las controversias entre las facultades y atribuciones de los diversos órganos de poder del Estado, así como de los de carácter central con los regionales o federativos, que estarían dentro de lo que se ha calificado por Mauro Cappelletti como *jurisdicción constitucional orgánica*, la que se traduce, cuando se impugnan normas legislativas, en la declaración general de inconstitucionalidad o de interpretación conforme. En segundo término, en relación con la protección de los derechos humanos establecidos tanto en el ámbito interno como los consagrados por los tratados internacionales sobre esta materia, que estarían comprendidos en el sector que el notable jurista italiano denomina *jurisdicción constitucional de la libertad*...<sup>313</sup>

Es evidente que a partir de la identificación anterior es posible encontrar entre los órganos jurisdiccionales muy variadas posibilidades de tipo orgánico o procesal, de manera que resultaría muy complejo admitir la existencia de una solución única o, al menos, con amplias semejanzas entre los diversos órdenes normativos en que se ha establecido la justicia constitucional.<sup>314</sup>

<sup>313</sup> *Ibidem*, pp. 222 y 223.

<sup>314</sup> Sobre esta diversidad, *cf.*, por ejemplo, Rubio Llorente, Francisco, “Seis tesis sobre la jurisdicción constitucional en Europa”, *La forma del poder (estudios*

Con independencia de las múltiples respuestas que de hecho han llegado a normarse, lo que debe quedar claro es la necesidad de que mediante diversos procesos se actualicen las dos maneras de control de la regularidad constitucional a que alude Fix-Zamudio: orgánica y de la libertad.

Lo dicho por Cappelletti implica retomar la vieja distinción entre la parte orgánica y la parte dogmática de la Constitución a efecto de darle un sentido procesal, y lograr que, de un modo más o menos generalizado, sea posible cuestionar la validez de ciertas normas (primordialmente generales) respecto de la propia Constitución. En otros términos, se trata de reconocer que ciertos sujetos están legitimados para ejercer algunas acciones, a efecto de cuestionar frente a uno o más órganos jurisdiccionales la validez de determinadas normas o actos, con el fin de lograr el mantenimiento de la supremacía constitucional. A partir de estas notas primordiales, las diferencias cobran sentido dependiendo de las características generales de las formas de Estado y de gobierno, de la composición específica de la división de poderes, del modo como se estructure el pluralismo político y del alcance de la protección a los derechos fundamentales, principalmente. Así, si se trata de un Estado federal, resultará necesario permitir que los diversos órdenes normativos que lo compongan se encuentren en posibilidad de cuestionar la violación a sus competencias por parte de otro orden normativo; igualmente, si en uno de esos órdenes normativos existe una distribución competencial entre varios órganos, se hará necesario darles legitimación para estar en posibilidad de cuestionar los actos de los restantes, que, a su juicio, pudieran afectar su esfera competencial; otra situación tiene que ver con la manera en la que se quiera relacionar a las minorías parlamentarias respecto de la Constitución, pues en tal caso habrá de preverse la posibilidad de que las mismas cuestiones frente al órgano de control de constitucionalidad las normas

*sobre la Constitución*), Madrid, CEC, 1993, pp. 573-603; Aja, E. (ed.), *Las tensiones entre el Tribunal Constitucional y el Legislador en la Europa actual*, Barcelona, Ariel, 1998.

aprobadas por las correspondientes mayorías; finalmente, resulta importante admitir la posibilidad de que los particulares cuestionen los actos o normas cuando resulten afectados sus derechos fundamentales.

Lo que quisimos poner de manifiesto en el párrafo anterior es una cuestión de la mayor importancia: la existencia de un adecuado o inadecuado control de constitucionalidad en un cierto ordenamiento no depende de la existencia de acciones o procesos idénticos o semejantes a los que se hayan dado en otros ordenamientos. Depende de la existencia de procesos mediante los cuales resulte posible que un número suficiente de entes políticos o particulares (individuos o personas jurídicas) se encuentren legitimados para ejercer acciones que tengan como objetivo lograr que un órgano o un grupo de órganos (en la actualidad fundamentalmente jurisdiccionales) estén en posibilidad de considerar la validez de un importante conjunto de normas jurídicas frente a la Constitución para, en su caso, lograr mantener la supremacía de ésta (invalidez o desaplicación). Dicho en otras palabras, puede decirse que un Estado cuenta con justicia constitucional cuando existan procesos adecuados de control de constitucionalidad, y no cuando, *per se*, sus procesos se asemejen a los alemanes, españoles, italianos o estadounidenses, por ejemplo. Como más adelante habremos de ver, esta conclusión es de gran relevancia para efectos de determinar hacia dónde debe ir nuestra justicia constitucional.

Una segunda cuestión está relacionada con lo que realizan nuestros órganos de control de regularidad en lo relativo al control mismo de regularidad constitucional.<sup>315</sup> Aun cuando es posible identificar una serie de acciones pertenecientes al género “defensa de la Constitución”,<sup>316</sup> lo cierto es que en sentido estricto

<sup>315</sup> Enseguida consideraremos las competencias de esos mismos órganos en cuestiones que no son propiamente de control de regularidad constitucional, de ahí la importancia de esta distinción inicial.

<sup>316</sup> Por ejemplo, el maestro Fix-Zamudio sostiene que la misma “está integrada por todos aquellos instrumentos jurídicos y procesales que se han esta-

únicamente podemos llamar control constitucional al conjunto de acciones mediante las cuales se lleva a cabo el “control de regularidad constitucional”. En palabras de Ulises Schmill, “[L]a regularidad es la relación de concordancia (no contradicción) entre normas o conjuntos normativos de diverso grado jerárquico. Si la norma superior que se tiene en consideración para medir la regularidad de una norma inferior es la norma general de la ley se habla de ‘legalidad’ o ‘ilegalidad’; si es la Constitución, se habla de ‘constitucionalidad’ o ‘inconstitucionalidad’”.<sup>317</sup> Por lo mismo, y con independencia de la importancia que puedan tener otras formas de “defensa” de la Constitución, el control de regularidad constitucional únicamente puede darse en aquellos casos en los que se actualice la posibilidad acabada de mencionar.

A partir de esta precisión, en nuestro orden jurídico el control de regularidad se ejerce en la actualidad a través del juicio de amparo, las controversias constitucionales y las acciones de inconstitucionalidad; sin embargo, a partir de la reforma publicada en el *Diario Oficial de la Federación* del 13 de noviembre de 2007,

blecido tanto para conservar la normativa constitucional como para prevenir su violación, reprimir su desconocimiento y, lo que es más importante, lograr el desarrollo y la evolución de las propias disposiciones constitucionales en un doble sentido: desde el punto de vista de la Constitución formal, a fin de lograr su paulatina adaptación a los cambios de la realidad político-social, y desde la perspectiva de la Constitución real, su transformación de acuerdo con las normas programáticas de la propia carta fundamental” (*Estudio de la defensa de la Constitución en el ordenamiento mexicano*, México, Porrúa, 2005, p. 10). Los instrumentos considerados de “defensa de la Constitución” por el propio Fix-Zamudio son la suspensión de garantías, el juicio político y la responsabilidad patrimonial del Estado, el amparo, las controversias constitucionales, las acciones de inconstitucionalidad, el juicio para la protección de los derechos político-electorales de los ciudadanos, el juicio de revisión constitucional electoral, el procedimiento de investigación de la Suprema Corte, las comisiones de derechos humanos y los medios propios del derecho procesal constitucional de las entidades federativas.

<sup>317</sup> “Esquema conceptual descriptivo del Estado federal y del juicio de amparo”, *La Suprema Corte de Justicia y el pensamiento jurídico*, México, Suprema Corte de Justicia, 1985, p. 282. Igualmente, Kelsen, Hans, *La garantía jurisdiccional de la Constitución*, trad. de Rolando Tamayo, México, UNAM, 1974, pp. 482-489.



resulta posible que el control de regularidad se ejerza también, aun cuando como ya apuntamos, de manera diversa a la anterior, a través de los juicios de todos los medios previstos en la Ley General del Sistema de Medios de Impugnación en Materia Electoral. La diferencia mencionada se actualiza, debido a que mediante el amparo, la controversia y la acción, la declaración de inconstitucionalidad tiene por objeto invalidar la norma impugnada con independencia de los efectos que pudieran llegar a tener las correspondientes resoluciones (generales o relativos). No obstante, tratándose de los procesos de carácter electoral, la manera de llevar a cabo el control de regularidad opera de manera diversa, ya que en realidad no se lleva a la declaración de nulidad de la norma, sino exclusivamente a su desaplicación al caso concreto. Lo que en ambos casos actualiza el control de regularidad constitucional es el hecho de que la declaración de invalidez y la desaplicación se realizan a partir de un juicio de contraste entre la norma general o acto impugnado y la Constitución, elemento que consideramos propio de este tipo de control, y no así los alcances de las correspondientes resoluciones. Una vez definidos los procesos de control, brevemente veamos qué es lo que se logra con cada uno de ellos, a efecto de resolver la cuestión que antes dejamos planteada.

## 2. *Amparo, controversias y acciones*

Mediante el juicio de amparo se logra mantener la supremacía constitucional respecto del conjunto de derechos fundamentales de, en general, todos los habitantes del territorio nacional, frente a prácticamente cualquier norma o acto proveniente de cualquier autoridad pública del país, aun cuando el efecto de la sentencia alcance sólo a la parte promovente. Las controversias constitucionales son los procesos que tienen como principal función, permitir a la Suprema Corte de Justicia la resolución de los conflictos de constitucionalidad o de legalidad surgidos con motivo de la distribución de competencias establecidas a partir

del sistema federal o la división de poderes, con posibilidad de anular las normas generales con efectos también generales. El objeto del control es la regularidad constitucional de normas o actos que modifiquen la asignación de competencias entre órganos jurídicos, sin que se puedan analizar las afectaciones a derechos subjetivos de los particulares.<sup>318</sup> Las acciones de inconstitucionalidad son los procesos por medio de los cuales las minorías parlamentarias, los partidos políticos, el procurador general de la República o los órganos de protección de los derechos humanos

<sup>318</sup> Con independencia de lo que suele señalarse respecto a lo resuelto por la Suprema Corte en controversia constitucional 31/1997 promovida por el Ayuntamiento de Temixco, del estado de Morelos y que dio lugar a la tesis de rubro “CONTROVERSIAS CONSTITUCIONALES. EL CONTROL DE LA REGULARIDAD CONSTITUCIONAL A CARGO DE LA SUPREMA CORTE DE JUSTICIA DE LA NACIÓN, AUTORIZA EL EXAMEN DE TODO TIPO DE VIOLACIONES A LA CONSTITUCIÓN FEDERAL” (*S7F*, 9a., t. X, p.703), la Corte no se ha declarado competente para resolver en controversia las violaciones que, como tales, se planteen a los preceptos constitucionales. Lo que en esta tesis se señaló fue que en las controversias constitucionales podían estudiarse todo tipo de violaciones competenciales a la Constitución, con independencia de que los conceptos de invalidez no guardaran relación directa o inmediata con preceptos o formalidades previstas en la propia Constitución y/o estén relacionados con la parte dogmática de la misma. Este precedente no puede interpretarse como un elemento que diluya toda diferencia apreciable entre legalidad y constitucionalidad y entre un análisis de competencias y derechos: primero, el análisis en una controversia constitucional siempre tendrá como base el sistema competencial asignado a ciertos órganos en la propia Constitución y su afectación podrá alegarse directa o indirectamente, aunque siempre con la finalidad de preservar la regularidad constitucional, y segundo, si bien a través de la controversia constitucional es posible impugnar cualquier precepto de la Constitución y la Suprema Corte no podrá dejar de analizar ciertos argumentos por el simple hecho de que los mismos relacionen violaciones a la Constitución Federal con violaciones a normas de rango inferior, esta posibilidad se circunscribe a la afectación que pudiera resentir la esfera competencial del accionante del medio de control constitucional y no a la transgresión de derechos de particulares o competencias de otros órganos ajenos al conflicto. El Tribunal Pleno de la Suprema Corte de Justicia de la Nación ha reafirmado este criterio al resolver las controversias constitucionales 59/2006, 21/2006 y 54/2009 en sesiones de quince de octubre de dos mil seis, veinticuatro de marzo de dos mil ocho y veinticuatro de mayo de dos mil diez, respectivamente.

pueden cuestionar la constitucionalidad de ciertas normas generales (y anularlas también con ese alcance), con independencia de que no se hubiera producido una afectación directa en perjuicio de la parte promovente.<sup>319</sup> Si consideramos en conjunto estos tres procesos, tenemos que prácticamente toda la Constitución está en posibilidad de ser considerada como parámetro del control de regularidad y, simultáneamente, prácticamente todas las normas del ordenamiento, sean éstas generales o individuales, pueden llegar a ser materia del mismo. En efecto, todos los preceptos constitucionales pueden ser invocados para desde ellos juzgar la regularidad constitucional de las normas, sea esto por vía directa o por la indirecta a que da lugar la muy extendida interpretación del artículo 16 constitucional. Las excepciones en cuanto a la materia se encuentran muy acotadas, y tienen que ver, en general, con las decisiones de la Suprema Corte y las resoluciones de amparo, diversos actos políticos y la materia electoral, salvo las leyes de este tipo que pueden impugnarse en las acciones de inconstitucionalidad.

### 3. *Procesos electorales*

En lo tocante a la materia electoral, el párrafo sexto del artículo 99 constitucional no limita el ejercicio de esta competencia de control a algunos procesos de los que conocen las Salas del Tribunal Electoral. Así, podemos decir que en términos de lo dispuesto en las leyes Orgánica del Poder Judicial de la Federación y General del Sistema de Medios de Impugnación en Materia Electoral, puede hacerse este control en todos los procesos electorales, *i. e.*, juicio de inconformidad, recurso de reconsideración, recurso de apelación, juicio de revisión constitucional electoral y juicio para la protección de los derechos político-electorales del

<sup>319</sup> Cossío, José Ramón, "Artículo 105", *Derechos del pueblo mexicano. México a través de sus Constituciones*, 7a. ed., México, Miguel Ángel Porrúa-UNAM, 2006, pp. 599-626.

ciudadano.<sup>320</sup> Esta afirmación se sustenta de un modo más preciso en lo dispuesto en las fracciones XVIII y X de los artículos 189 y 195, respectivamente, de la Ley Orgánica del Poder Judicial de la Federación, en tanto a partir de la reforma publicada en el *Diario Oficial de la Federación* del 1o. de julio de 2008 se establece que la Sala Superior y las regionales son competentes para “Resolver, en la esfera de su competencia, la no aplicación, en casos concretos, de leyes electorales que sean contrarias a la Constitución”.<sup>321</sup> Si, por lo tanto, “la esfera de competencia” jurisdiccional de las Salas del Tribunal son las atribuciones jurisdiccionales previstas en los propios artículos 189 y 195, resulta que en todas ellas podrá ejercer el señalado control difuso. No deja de ser curiosa la técnica utilizada por el legislador federal para relacionar lo dispuesto en el párrafo sexto del artículo 99 constitucional con los procesos que concretamente puede conocer el Tribunal Electoral, pues se otorga una facultad genérica para ejercerse respecto de otras facultades específicas. Sin embargo, el hecho de que el órgano reformador de la Constitución haya establecido la posibilidad general de *desaplicación* desvinculada de procesos concretos hizo necesario que en la Ley Orgánica se determinara tal relación respecto de la totalidad de las atribuciones jurisdiccionales previstas en este mismo ordenamiento.<sup>322</sup> Por ello, y con independencia del

<sup>320</sup> Inclusive, es posible afirmar que tal control puede ejercerse en el juicio para dirimir los conflictos o diferencias entre el Instituto Federal Electoral y sus trabajadores, aun cuando evidentemente no se trate de un proceso electoral.

<sup>321</sup> Énfasis añadido.

<sup>322</sup> Hasta enero de 2010, la Sala Superior había ejercido su competencia en diez casos: artículo 288 del Código Electoral del Estado de Aguascalientes (SUP-JRC-94/07 y su acumulado); artículo segundo transitorio del Estatuto de Gobierno del D. F. (SUP-JRC-107/08); artículo 154, párrafo octavo, Ley Electoral del Estado de San Luis Potosí (SUP-JDC-2766/08); artículo cuarto transitorio del Decreto 149, que reformó el Código Electoral del Estado de Aguascalientes (SUP-JDC-31/09 y sus acumulados); artículo 90, párrafo 3, fracciones I, II, III, inciso a), así como la fracción IV y el párrafo 4, del Código Electoral y de Participación Ciudadana de Jalisco (SUP-JRC-10/2009); artículo 274, fracción II, Código Electoral del Estado de Colima (SUP-JRC-27/09); última parte del artículo 62 de la Ley Orgánica del Instituto Electoral de Quintana

efecto, está garantizada la condición suprema de la Constitución en materia electoral en adición a lo previsto en la fracción II del artículo 105 constitucional (acción de inconstitucionalidad).

#### 4. *Peculiaridades y diferencias de nuestro actual control de constitucionalidad*

A fin de contar con una visión completa de la materia que venimos tratando, cabe preguntarnos: ¿qué competencias *no* tienen nuestros órganos de control de constitucionalidad en comparación con las que comúnmente sí tienen los órganos similares de otros órdenes jurídicos? A fin de no hacer aquí una detallada exposición de la actividad de todos los órganos de control de constitucionalidad, procedamos a identificar tales elementos desde el punto de vista de los “tipos ideales”.<sup>323</sup> En lo que hace al modelo europeo, podemos seguir el breve y claro trabajo de Francisco Rubio Llorente, quien estima que lo característico del mismo es la existencia de tres posibilidades: el recurso directo de inconstitucionalidad (o control abstracto en la terminología alemana), donde un órgano o fracción de órgano impugna una norma que estima inconstitucional simplemente en “interés de la Constitución”, ello con independencia de que el mismo pueda hacerse valer en forma previa o posterior a la emisión o entrada en vigor de la norma objeto de impugnación;<sup>324</sup> la cuestión de inconstitucionalidad (o control concreto en la terminología germana) “es aquella vía

Roo (SUP-JRC-10/2010); artículo 276, párrafo quinto, de la Ley Electoral de Quintana Roo (SUP-JDC-94/2010); artículo 146 de la Ley Electoral de Quintana Roo (SUP-AG-26/2010), y segundo párrafo del artículo 265 del Código Electoral del Distrito Federal (SUP-JRC-112/2010). A su vez, la Sala Regional de Guadalajara lo hizo en tres ocasiones (SG-JDC-73/09, SG-JDC-29/2010 y SG-JRC-38/2010); la Sala Regional de Toluca igualmente en tres ocasiones (ST-JRC-9/2009, ST-JRC-11/2009 y ST-JRC-12/2009) y la Sala Regional de Monterrey en una ocasión (SM-JDC-339/2009).

<sup>323</sup> Sobre el alcance que damos a esta expresión, *cf.* lo dicho en las notas 3 y 4.

<sup>324</sup> “Seis tesis sobre la jurisdicción constitucional en Europa”, *La forma del poder (Estudios sobre la Constitución)*, pp. 583-587.

procesal mediante la que el Tribunal Constitucional se pronuncia sobre la legitimidad de una norma, a propuesta del Juez o tribunal que ha de aplicarla en un litigio concreto, cuya tramitación se suspende entre tanto”;<sup>325</sup> y la posibilidad existente en algunos Estados europeos, de que su tribunal constitucional conozca de los medios de impugnación planteados por individuos o personas jurídicas en contra de actos de autoridad violatorios de derechos fundamentales.<sup>326</sup> Por lo que ve al modelo estadounidense, la caracterización pasa por la posibilidad de que en todo proceso cualquier juez lleve a cabo el control de constitucionalidad con efectos de desapplicación de la norma al caso concreto.

Si partimos del esquema anterior, lo que nuestros órganos de control de constitucionalidad no hacen respecto de lo que en término medio realizan los pertenecientes a otros modelos es, por lo que ve al europeo, no llevar a cabo un control “indirecto” o “concreto” por la vía de la cuestión de inconstitucionalidad ni, tratándose del amparo, declarar la inconstitucionalidad con efectos generales; atendiendo al modelo norteamericano, no realizar un control difuso ni permitir que nuestros órganos de constitucionalidad ejerzan sus funciones de control de constitucionalidad, así sea por vía de desapplicación, en todos los procesos de su competencia.

Dicho lo anterior, ¿qué funciones realizan nuestros órganos de justicia constitucional que, en rigor, no tienen que ver con lo propio de la justicia constitucional? Esta pregunta es importante, porque otro de los caminos que se han seguido para tratar de establecer lo que debe hacerse con nuestro sistema (y modelo) de control de constitucionalidad es la identificación de aquello

<sup>325</sup> *Ibidem*, p. 588.

<sup>326</sup> *Ibidem*, pp. 591-603. Aun cuando el profesor Rubio señalaba en la obra que venimos citando (1993), que sólo cinco países europeos contaban con este medio de protección, en 2006 existía en doce, según la información recogida en la obra coordinada por Héctor Fix-Zamudio y Eduardo Ferrer MacGregor (coords.), *El derecho de amparo en el mundo*, México, UNAM-Porrúa-Konrad Adenauer Stiftung, 2006.

que, podríamos decirlo así, nuestros órganos de constitucionalidad realizan “en exceso”. Dicho en otras palabras, se ha identificado aquello que al no corresponder a cierta esencia constitucional, “desnaturaliza” al órgano mismo o, al menos, afecta seriamente su funcionamiento. Si tomamos nuevamente lo dicho por el profesor Rubio Llorente como determinante de la jurisdicción constitucional europea, resulta que nuestros actuales órganos de constitucionalidad (Suprema Corte, tribunales de circuito, juzgados de distrito y Salas del Tribunal Electoral Federal) cuentan con un conjunto de competencias que, efectivamente, no guardan relación con ella.<sup>327</sup>

En cuanto a la Suprema Corte, y primeramente desde el punto de vista constitucional, resulta difícil suponer que la Corte pueda llevar a cabo el control de regularidad constitucional al resolver los procesos previstos en el penúltimo párrafo del artículo 97 (facultad de investigación) y en el penúltimo párrafo del artículo 100 constitucional (recurso de revisión administrativa). Por otra parte, en cuanto al artículo 10 de la Ley Orgánica del Poder Judicial de la Federación, que establece las atribuciones jurisdiccionales del Pleno de la Suprema Corte, estimamos que en cinco casos no se da el control de regularidad: en las controversias constitucionales que exclusivamente sean de legalidad (fracción I); en los recursos de reclamación de los autos dictados por el presidente en cuestiones de legalidad (fracción V); en las excusas e impedimentos de los ministros en asuntos de la competencia del Pleno que sean de legalidad (fracción VI); en las contradicciones de tesis entre sus Salas o entre los tribunales colegiados, siempre que se trate de materia común (fracción VIII); en los conflictos con sus propios trabajadores en términos de la fracción XII, apartado B, del artículo 123 constitucional (fracción IX) y en los juicios de anu-

<sup>327</sup> Para no aludir a elementos que no se encuentran a discusión, en lo que sigue únicamente aludiremos a las competencias jurisdiccionales, aceptando desde luego que las “no jurisdiccionales” son de gran importancia en la configuración de los órganos, especialmente de la Suprema Corte y de las Salas del Tribunal Electoral.

lación de la declaratoria de exclusión de los estados del Sistema Nacional de Coordinación Fiscal y juicios sobre cumplimiento de los convenios de coordinación celebrados entre la Federación y los estados (fracción X).<sup>328</sup> En lo que hace a las Salas, atendiendo a lo previsto en el artículo 21 de la propia Ley Orgánica, en principio no llevarán a cabo control de constitucionalidad al resolver los recursos de apelación en contra de las sentencias dictadas por los jueces de distrito en aquellas controversias ordinarias en que la Federación sea parte en términos de la fracción III del artículo 105 constitucional (fracción I); en los conflictos competenciales que se susciten entre los tribunales federales (fracción VI) o entre los tribunales colegiados de circuito o entre éstos y los tribunales federales o locales (fracción VII); en las denuncias de contradicción de tesis entre los tribunales colegiados de circuito distintas a las que competen al Pleno (fracción VIII); en las controversias que se susciten con motivo de los convenios a que se refiere el segundo párrafo del artículo 119 constitucional y en el reconocimiento de inocencia (fracción X).<sup>329</sup>

En lo que tiene que ver con los tribunales colegiados, sus competencias son básicamente de constitucionalidad en términos de los dispuesto en el artículo 37 de la citada Ley Orgánica, excepción hecha de dos casos: primero, cuando les corresponda conocer de los conflictos competenciales suscitados entre tribunales unitarios o jueces de distrito de su jurisdicción, así como en los casos en los que se suscite entre esos mismos órganos pertenecientes a distintos circuitos, caso en el cual será competente el tribunal colegiado que tenga jurisdicción sobre el órgano que

<sup>328</sup> En términos del artículo 68, fracción II, de la Ley de Amparo, a las Salas les corresponde también la calificación de los impedimentos de sus integrantes en asuntos de la competencia de la propia Sala. Por ello, en los casos en que estos se planteen en asuntos de mera legalidad, deberán ser incorporados a la lista anterior.

<sup>329</sup> Aun cuando no se contempla en el artículo 21, podríamos agregar que, a semejanza de lo que apuntamos para el Pleno, tampoco podrá realizarse control de constitucionalidad cuando se califiquen las excusas o impedimentos de los ministros en asuntos de competencia de las Salas.



previno (fracción VI); segundo, de los impedimentos y excusas entre jueces de distrito, entre los magistrados de circuito o entre los jueces que actúen en términos del artículo 37 de la Ley de Amparo (fracción VII).

En cuanto a los jueces de distrito, distingamos entre los que son competentes en materia de amparo (artículos 51, 52, 54 y 55 de la Ley Orgánica del Poder Judicial de la Federación) y los que lo son en proceso penal (artículo 50 del penal y 53 del civil). En principio, sólo los primeros pueden llevar a cabo el control de constitucionalidad de leyes, ya que atendiendo a los criterios que desde hace tiempo viene sustentando la Suprema Corte, tal posibilidad no sólo está reservada a los órganos del Poder Judicial de la Federación, sino que adicionalmente éstos únicamente pueden ejercerla en los juicios de amparo, controversias o acciones. Si nos detenemos sólo en los órganos de amparo que antes identificamos, resulta que los penales (artículo 51), los civiles (artículo 54) y los laborales (artículo 55), únicamente conocen de amparo (artículo 51), mientras que los administrativos pueden conocer, además del amparo, de las controversias que se susciten con motivo de la aplicación de leyes federales, cuando haya de decidirse sobre la legalidad o subsistencia del acto o procedimiento proveniente de autoridad administrativa (artículo 52, fracción I, de la Ley Orgánica del Poder Judicial de la Federación).

Tocante a los tribunales unitarios, debemos proceder de manera inversa a como hasta aquí lo hemos hecho. Ello es así debido a que estos órganos son competentes básicamente en procesos federales, por lo que su única posibilidad de participación en el control de regularidad constitucional es en los casos en que conozcan de los juicios de amparo promovidos contra actos de otros tribunales unitarios que no constituyan sentencias definitivas, respecto de los juicios de amparo indirecto promovidos ante juez de distrito (artículo 29, fracción I)

Finalmente, y en lo que hace a las Salas (Superior y regionales) del Tribunal Electoral, dejamos señalado que son competentes para ejercer el control de regularidad a que se refiere el

párrafo sexto del artículo 99 constitucional, al conocer de prácticamente todas las vías de impugnación previstas en la Ley General del Sistema de Medios de Impugnación, esto es, juicio de inconstitucionalidad, recurso de reconsideración, recurso de apelación, juicio de revisión constitucional electoral, juicio para la protección de los derechos político-electorales del ciudadano, así como del recurso de revisión previsto en el inciso h) del artículo 37 de ese ordenamiento.

En este punto de la exposición, conviene hacernos una pregunta más: ¿Los tribunales constitucionales existentes en otros ordenamientos conocen exclusivamente de procesos encaminados al control de la regularidad constitucional? Por principio de cuentas, y siguiendo a Fix-Zamudio<sup>330</sup> quien, a su vez se apoya en Biscaretti di Ruffia,<sup>331</sup> cabe afirmar que en cada orden jurídico (como resultado necesario de sus propias condiciones jurídicas y políticas) los tribunales constitucionales pueden ejercer competencias que, en rigor, no necesariamente conlleven el ejercicio de la regularidad constitucional<sup>332</sup> o tenerlo en exclusiva.<sup>333</sup> Así, por ejemplo, el Tribunal Constitucional de Alemania conoce por

<sup>330</sup> “Breves reflexiones sobre la naturaleza, estructura y funciones de los organismos jurisdiccionales especializados en la resolución de procesos constitucionales”, *Tribunales y justicia constitucional. Memoria del VII Congreso Iberoamericano de Derecho Constitucional*, pp. 222 y 223.

<sup>331</sup> *Introducción al derecho constitucional comparado*, 2a. ed., trad. de Héctor Fix-Zamudio, México, FCE, 1996, pp. 580 y 581.

<sup>332</sup> Con independencia de los ejemplos que enseguida indicaremos, vale la pena citar dos casos: primero, lo establecido en el artículo 241.6 de la Constitución colombiana, en tanto faculta a la Corte de Constitucionalidad a “[D]ecidir sobre las excusas por la inasistencia de personas naturales o jurídicas a indagaciones emplazadas por cualquier comisión del Congreso de la República”; segundo, lo dispuesto en el inciso f) del artículo 272 de la Constitución guatemalteca, por medio del cual la Corte Constitucional puede “[C]onocer y resolver lo relativo a cualquier conflicto de jurisdicción en materia de constitucionalidad”.

<sup>333</sup> Esto último acontece, por citar un solo caso, con el Tribunal español. Al respecto, *cf.* por vía de ejemplo, Fernández Segado, Francisco, *El sistema constitucional español*, Madrid, Dykinson, 1992, pp. 1079-1132.

vía de apelación del contencioso electoral, lo que por ejemplo ha permitido impugnar la delimitación de los distritos electorales, considerar la igualdad de oportunidades ante las elecciones, del régimen de financiamiento a los partidos políticos o pronunciarse sobre el sueldo de los diputados.<sup>334</sup> Asimismo, actúa también, en palabras del profesor Favoreu,<sup>335</sup> como “Alta Corte de Justicia” y como corte federal. Lo primero acontece, dice él, en dos supuestos: cuando con fundamento en el artículo 18 de la Constitución declara la pérdida de derechos fundamentales para aquellas personas que abusen de los mismos “para combatir el orden fundamental libre y democrático”, y cuando en términos del artículo 61 de la propia Ley Fundamental conoce de las acusaciones formuladas por el *Bundestag* o el *Bundesrat* en contra del presidente federal por “haber atentado intencionalmente contra la Ley Fundamental o cualquier ley federal”.<sup>336</sup> La atribución de Corte federal la ejerce, dice el propio Favoreu, cuando en términos de los artículos 93, 1), 3 y 4, de la Ley Fundamental, el Tribunal conoce de las “discrepancias sobre derechos y obligaciones de la Federación y de los *Länder*, en particular respecto de la ejecución del derecho federal por los *Länder* y del ejercicio de la supervisión federal”, así como de “otros litigios de Derecho Público entre la Federación y los *Länder*, entre distintos *Länder* o en el seno de un mismo Land, en la medida en que no exista otra vía judicial”, respectivamente.<sup>337</sup>

En el caso italiano,<sup>338</sup> el artículo 134 constitucional le confiere competencias a la Corte Constitucional para conocer de los juicios promovidos contra el presidente de la República, el presi-

<sup>334</sup> Simon, H., “La jurisdicción constitucional”, en Benda, Ernst *et al.* (coords.), *Manual de derecho constitucional*, Madrid, IVAP-Marcial Pons, 1996, pp. 836 y 837.

<sup>335</sup> *Les Cours Constitutionnelles, cit.*, pp. 56 y 57.

<sup>336</sup> Esta última atribución posibilita, inclusive, cesar al presidente federal.

<sup>337</sup> *Les Cours Constitutionnelles*, p. 57.

<sup>338</sup> Zagrebelsky, Gustavo, *La giustizia costituzionale*, Bologna, Il Mulino, 1977, pp. 231-279; Pizzorusso, Alessandro, *Lecciones de derecho constitucional*, trad. de J. Jiménez Campo, t. II, Madrid, CEC, 1984, p. 11.

dente del Consejo de Ministros y los ministros, con motivo de la responsabilidad penal en que hubieran incurrido.<sup>339</sup>

Un ejemplo más lo constituye el Tribunal Constitucional austriaco, mismo que no realiza actividades de control constitucional cuando conoce<sup>340</sup> de las reclamaciones contra la Federación, los estados o los municipios cuando no puedan ser impugnadas a través de una vía judicial ordinaria (artículo 137 const.); de los conflictos de competencia entre los tribunales de justicia y las autoridades administrativas y entre el Tribunal administrativo y los tribunales ordinarios o entre el Tribunal administrativo y el propio Tribunal Constitucional (artículo 138 const.); de las impugnaciones que se realicen contra las elecciones al Consejo Nacional, al Consejo Federal, a los *Landtage* y a las demás asambleas representativas generales; a instancia de cualquiera de aquellas asambleas representativas, declarará si alguno de sus miembros ha perdido su mandato (artículo 141 const.); de la acusación para hacer efectiva la responsabilidad constitucional de los órganos superiores de la Federación o de los estados como consecuencia de las infracciones jurídicas cometidas en el desempeño de su cargo (artículo 142.1 const.).<sup>341</sup>

<sup>339</sup> En el mismo sentido, por ejemplo, está lo dispuesto por el artículo 125.7 de la Constitución de la Federación Rusa, aprobada mediante referéndum del 12 de diciembre de 1993.

<sup>340</sup> Como bien lo afirma Pedro Cruz Villalón, "... desde un primero momento, por razones que tenían que ver con la tradición del Estado austriaco (al Tribunal) se le fueron encomendando competencias bastante dispares" (*La formación del sistema europeo de control de constitucionalidad 1918-1939*, Madrid, CEC, 1987, p. 412).

<sup>341</sup> En este caso, la acusación podrá ser formulada contra el presidente federal por violación de la Constitución en virtud de acuerdo de la Asamblea federal; contra los miembros del gobierno federal y los órganos que les estén equiparados a efectos de responsabilidad por violación de las leyes y mediante acuerdo del Consejo Nacional; contra los miembros del gobierno de un estado y los órganos que la Constitución del estado mismo les equipare a efectos de responsabilidad por violación de las leyes y mediante acuerdo del *Landtag* competente y contra el jefe de Estado de un estado por violación de ley o por no acatar los reglamentos u otras disposiciones de la Federación en asuntos de

Un caso por demás interesante es el portugués, que no suele ser cuestionado en cuanto a su “autenticidad”, a pesar de que pueda dar lugar a la apuntada unidad sistema/modelo.<sup>342</sup> A partir de la vigencia de la Constitución de 1976, pero, específicamente después de las reformas constitucionales de 1981-1982, ha sido correctamente calificado como un “complejo sistema mixto”.<sup>343</sup> A pesar de que en este proceso se tomó la decisión de incorporar al Tribunal Constitucional como solución orgánica semejante a la que desde hace años se daba en otros países europeos, “[S]in embargo no se modeló el acceso al Tribunal Constitucional, en la fiscalización concreta, en términos idénticos a los que habían sido adoptados en la generalidad de los países en los que rige el modelo concentrado de control —precisamente a causa de la tradición de fiscalización judicial difusa—. <sup>344</sup> Veamos estas posibilidades con detalle.

la Administración federal indirecta, en virtud de acuerdo del Gobierno federal (artículo 142.2 const.). A su vez, en el artículo 143 se dispone que la acusación contra las personas enumeradas en el artículo 142 podrá formularse también a causa de actos penalmente sancionables cometidos por el acusado en el desempeño de sus funciones, situación en la que Tribunal Constitucional tendrá competencia exclusiva. Al respecto, *cf.* Schäffer, H., “Austria. La relación entre el Tribunal Constitucional y el legislador”, *Las tensiones entre el Tribunal Constitucional y el Legislador en la Europa actual*, pp. 1-8. En el mismo sentido, Favoreu, L., *Les Cours Constitutionnelles*, pp. 38-40.

<sup>342</sup> En contra de esta solución, y por reconocer su pertenencia al modelo europeo, a pesar de reconocer sus muchas excepciones y peculiaridades, *cf.* Fix-Zamudio, H., “Ley sobre la Organización, Funciones y procedimientos del Tribunal Constitucional portugués”, *Boletín Mexicano de Derecho Comparado*, año XVII, núm. 52, enero-abril de 1985, pp. 160 y 161. En el sentido apuntado por nosotros, *cf.* Nunes de Almeida, L. M. C., “Los ámbitos y formas del control de constitucionalidad por el Tribunal Constitucional de Portugal”, *Ius et Praxis*, núm. 8-1, enero de 2002, <http://vlex.com/vid/43461354> (consulta realizada el 3 de septiembre de 2009), p. 1; Docel Luengo, J. A., “Una primera aproximación al Tribunal Constitucional de Portugal. El ejemplo del primer semestre de 2001”, *UNED. Teoría y Realidad Constitucional*, núm. 10-11, p. 586.

<sup>343</sup> Miranda, J., “La justicia constitucional en Portugal”, *Anuario Iberoamericano de Justicia Constitucional*, 1997, pp. 325 y 326.

<sup>344</sup> *Ibidem*, p. 327.

Por lo que hace al llamado control difuso, se remonta a la Constitución de 1911, ello a partir de la influencia de la carta brasileña de 1891, que, a su vez, lo estuvo por la norteamericana.<sup>345</sup> Por lo mismo, todo juez ordinario puede dejar de aplicar la norma legal que estime contraria a la Constitución. El mantenimiento de este modelo ha dado lugar, a su vez, al desarrollo de un sistema de apelaciones que “garantiza que la última palabra en materia jurídico constitucional es siempre la palabra del Tribunal Constitucional”, al decir de uno de los integrantes de éste.<sup>346</sup>

En lo tocante al control que lleva a cabo el Tribunal Constitucional, debemos distinguir, a su vez, en dos tipos de atribuciones. En primer lugar, las relativas al control de constitucionalidad. La doctrina de ese país las ha clasificado en las siguientes modalidades: control preventivo, el cual se realiza respecto de tratados internacionales o normas legales cuya promulgación corresponda al presidente de la República; control abstracto sucesivo, que incide sobre prácticamente cualquier norma u omisión legislativa del orden jurídico portugués, y puede ser planteado por una diversidad de autoridades; control concreto, relativo al conocimiento de las decisiones de control ejercidas por los tribunales ordinarios, y control de constitucionalidad por omisión.<sup>347</sup> En segundo lugar, están las competencias que el Tribunal ejerce sin guardar relación alguna con el mismo control de constitucionalidad. Aquí, cabe destacar las relativas a la calificación de la imposibilidad física del presidente de la República para continuar en el cargo, la verificación de la validez de las consultas de

<sup>345</sup> Miranda, J., “A originalidade e as principais características da Constituição Portuguesa”, *Cuestiones Constitucionales*, núm. 16, enero-junio de 2007, p. 268; Nunes de Almeida, L. M. C., “Los ámbitos y formas del control de constitucionalidad por el Tribunal Constitucional de Portugal”, p. 2.

<sup>346</sup> Nunes de Almeida, L. M. C., *op. cit.*

<sup>347</sup> De Araujo, A. y Teles Pereira, J. A., “A justicia constitucional nos 30 anos da Constituição portuguesa: notas para uma aproximação ibérica”, *La Constitución Portuguesa de 1976. Un estudio académico treinta años después*, Tajadura, J. (coord.), Madrid, CEC, 2006, pp. 210 y 211; Miranda, J., “La justicia constitucional en Portugal”, pp. 329-332.

carácter directo hechas a nivel local y ciertos aspectos relacionados con los partidos políticos y el pronunciamiento sobre la terminación de las organizaciones de carácter fascista.<sup>348</sup>

¿Qué resulta de las comparaciones acabadas de hacer? Primera, que el control de regularidad constitucional debe ser definido por las funciones que llevan a cabo los órganos (fundamentalmente jurisdiccionales) de un determinado orden jurídico, y no por la similitud que guarden con los órganos o procesos existentes en otros ordenamientos; segunda, que los órganos que conocen de los procesos de control pueden ser competentes únicamente para realizar funciones en materia de regularidad constitucional o, adicionalmente a éstas, para llevar a cabo funciones diversas a éste, sin que por ello pierdan su condición de órganos de control; tercera, que las combinaciones señaladas en el punto anterior resultan de la situación de cada Estado, de ahí que el análisis de justicia constitucional que corresponda a cada orden jurídico debe hacerse teniendo en cuenta el diseño y la operación de sus instrumentos procesales y la organización de los órganos correspondientes.

## V. PROPUESTAS DE CAMBIO DE MODELO

Con anterioridad dimos cuenta de las más representativas propuestas que entre nosotros se han realizado en los últimos años a efecto de, dicen sus impulsores, conseguir la evolución de nuestra justicia constitucional. Por ello, y con el material que hemos recogido, estamos en posibilidad de evaluar tales propuestas a partir de la siguiente pregunta: ¿esas soluciones resultan necesarias y, en su caso, son adecuadas? La pregunta anterior trae consigo diversos problemas, que conviene diferenciar: ¿cuándo puede decirse que una institución “evoluciona” con motivo de

<sup>348</sup> González Rivas, J. J., *Análisis de los sistemas de jurisdicción constitucional*, Madrid, CEC, 2001, pp. 94 y 95; Fix-Zamudio, H., “Ley sobre la Organización, Funciones y Procedimientos del Tribunal Constitucional portugués”, p. 150.

un cambio normativo? ¿Qué es lo que determina que un cambio institucional sea considerado “necesario”? ¿Bajo qué condiciones un cambio considerado necesario puede calificarse como “adecuado”? La respuesta a estas preguntas es importante, pues entre nosotros no suelen explicitarse ni mucho menos responderse, como no sea para asumir la vaga idea de que algo que suele identificarse como “tendencia”, hace aconsejable su adopción, sobre todo cuando esa “tendencia” puede calificarse de “avance” o de “progreso”.

Si “evolución” significa desarrollar, desenvolver, desplegar o explicar,<sup>349</sup> y “evolucionar”, la acción encaminada a ello, la evolución de nuestra justicia constitucional conllevará, primordialmente, su desenvolvimiento o despliegue. Estas dos posibilidades no pueden sino provenir de lo que la propia justicia constitucional sea. Dicho en otros términos, tal evolución pasa por el despliegue de sus propios elementos característicos o definitorios.<sup>350</sup> Por lo mismo, si la evolución va a realizarse por la vía legislativa (*lato sensu*), y no por alguna otra de las que resultan posibles (jurisprudencial, por ejemplo), será necesario encontrar que mediante los textos aprobados efectivamente se logra un despliegue de las condiciones fundamentales apuntadas. Sin embargo, el término “evolución” suele suponer en el contexto en que se utiliza el sentido positivo de “mejoría”. Así, ¿cuándo es posible identificar que los cambios no sólo conllevan la modificación de los procesos y órganos, sino, también, un sentido de mejoría o avance? Cuando mediante tales cambios se logre la mejor realización de las funciones o fines identificados como propios de la institución (*lato sensu*) de que se trate.

Aquello que determina que un cambio institucional sea considerado “necesario” es, dada su estrecha relación con lo acabado de señalar, la existencia de elementos orgánicos, procesales,

<sup>349</sup> Corominas, J. y Pascual, J. A., *Diccionario crítico etimológico castellano e hispano*, vol. V, Madrid, Gredos, 1981, p. 841.

<sup>350</sup> Desde luego, es posible que nuestra justicia constitucional sea “revolucionada”, lo que implica una posición por completo distinta y que, nos parece, no ha sido tomada por nuestros autores ni cuerpos políticos.



culturales, conductuales, etcétera, que impidan la adecuada realización de las funciones o fines propios de la institución de que se trate. Ello, desde luego, parte de un diagnóstico de las condiciones de diseño y operación de la propia institución, siempre en el sentido de identificar lo que impida el logro de los objetivos mencionados. Finalmente, el cambio que se considere podrá calificarse como “adecuado” siempre que mediante su diseño y correspondiente instrumentación se logre, uno, reencauzar las finalidades de la institución (hacerla evolucionar) y, dos, resolver de manera concreta los problemas u obstáculos que hubieran hecho necesarias las modificaciones.

Una vez respondidas las tres preguntas anteriores, estamos en posibilidad de determinar si las propuestas que entre nosotros se han planteado para lograr la citada “evolución” o, al menos, la mejora de nuestra jurisdicción constitucional resultan necesarias y, a partir de ahí, pertinentes.

### 1. *La creación de un “tribunal federal”*

Para quienes estiman que la noción de “tribunal constitucional” básicamente se refiere a la exclusiva asignación de competencias constitucionales en favor de la Suprema Corte de Justicia, las modificaciones que resta hacer tienen que ver, en lo procedimental, con la sustancial modificación a la Ley de Amparo y, en lo orgánico, con la creación de un tribunal federal que conozca de las cuestiones de legalidad que todavía hoy le corresponden a la Suprema Corte. Específicamente se estima que si bien este órgano debe formar parte del Poder Judicial, debe ser ajeno a la Suprema Corte y competente para resolver las contradicciones de tesis de los múltiples tribunales colegiados de circuito y los conflictos de competencia entre diversos órganos jurisdiccionales. Esta propuesta, debidamente sintetizada por Jorge Carpizo,<sup>351</sup> tiene dos componentes, que es necesario distinguir.

<sup>351</sup> “La reforma del Estado en 2007 y 2008”, pp. 22 y 47.

### A. *El control de legalidad*

Por un lado, está lo relativo al juicio de amparo. Buena parte de la doctrina y de los grupos políticos que consideran necesaria su modificación están de acuerdo en adoptar la solución consignada en el anteproyecto (actualmente ya proyecto) de Ley de Amparo formulado por la Suprema Corte de Justicia o, en su defecto, algunas de las principales soluciones recogidas en el mismo: ampliación de los derechos protegidos, extensión del concepto de autoridad responsable, ampliación del interés requerido para acudir al juicio, modificaciones procesales, amparo adhesivo, sentencias con efectos generales, etcétera. Respecto de este tema, las soluciones no son tantas ni tan enfrentadas, como no sea en la parte específica de las soluciones técnicas: ¿protección de los derechos humanos recogidos en todos los tratados internacionales suscritos por el Estado mexicano o sólo en algunos de ellos?, ¿interés simple o interés legítimo?, ¿efectos generales en una sola resolución o dado un cierto número?, por ejemplo. Desde luego que ninguno de estos temas es menor, pues cada uno ha suscitado debates importantes; sin embargo, lo que cabe poner de relieve es que la discusión es precisamente sobre los alcances de las soluciones, pero no así sobre la necesidad de hacer “evolucionar” el juicio de amparo.<sup>352</sup>

La segunda parte de las propuestas que estamos considerando es más compleja, y no goza de la misma aceptación que la anterior. Las coordenadas necesarias para comprenderla son las siguientes: hasta la creación de los tribunales colegiados en 1950, la Suprema Corte tenía la última palabra en la interpretación de prácticamente la totalidad de las normas de nuestro orden jurídico, dadas las condiciones de procedencia del amparo directo e indirecto. Al crearse los tribunales colegiados, algunas cuestiones dejaron de ser resueltas por la propia Corte sin que ello representara problema en cuanto a la existencia de soluciones únicas para

<sup>352</sup> Más adelante retomaremos este aspecto de hacia dónde y con base en qué supuestos se pretende lograr tal cambio.

todo el sistema, dado que eran muy pocas las cuestiones de las que conocían los tribunales colegiados; con las reformas siguientes (1968, 1988 y 1994),<sup>353</sup> esa cuestión se complicó, debido a que, por una parte, la Corte dejó de conocer cuestiones de legalidad y, por otra, comenzó a enviar a los tribunales colegiados la resolución de los amparos en que se plantearan temas de constitucionalidad relativos a leyes y reglamentos locales (acuerdo general 5/2001).<sup>354</sup> Es en estas condiciones como debemos comprender la propuesta de creación de un tribunal federal de justicia, así como las competencias de que expresamente se le desean dotar.<sup>355</sup>

Lo primero que podemos decir es que la propuesta de creación mencionada viene precedida de la necesidad de resolver un problema que, explicitado totalmente, podemos enunciar de la manera siguiente: para que la Suprema Corte sea auténtico tribunal constitucional, es necesario que no conozca de temas de legalidad, de ahí que los mismos deban ser reservados a un órgano diverso que, en rigor, no tenga esa cualidad; como las com-

<sup>353</sup> Por cierto, vale la pena recordar que después de haber considerado correctas las reformas de 1988 en tanto estaban encaminadas a la creación de nuestro “tribunal constitucional” (“El control de la constitucionalidad y el de legalidad”, *Las nuevas bases constitucionales y legales del sistema judicial mexicano. La reforma judicial 1986-1987*, p. 424), en un trabajo publicado en 1992 (*Necesaria reivindicación del prestigio del Poder Judicial Federal*, México, Unión Gráfica, 1992), señalaba con corrección lo inadecuado que resultaba la reforma de 1988 para efectos de mantener la unidad interpretativa del orden jurídico mexicano por parte de la Suprema Corte debido a la nueva posición de los tribunales colegiados (pp. 21-26, principalmente).

<sup>354</sup> Publicado en el *Diario Oficial de la Federación* el 29 de junio de 2001.

<sup>355</sup> Una solución semejante fue planteada por el *Chief Justice* Burger para los Estados Unidos, si bien de carácter temporal y dirigida a lograr un adecuado manejo de la carga de asuntos de la Suprema Corte. En este sentido, *cf.* Abraham, H. J., *The Judicial Process*, sixth ed., Nueva York, Oxford University Press, 1993, p. 183. Para comprender el contexto de la propuesta de Burger, *cf.* Schwartz, B., *Decision. How the Supreme Court Decides Cases*, Nueva York, Oxford University Press, 1996, pp. 258 y 259; Hays, S. W. y Douglas, J. W., “Judicial Administration: Modernizing the Third Branch”, *Handbook of Public Administration*, third ed., J. Rabin, W. B. Hildreth y G. J. Miller (ed.), Boca Raton, Taylor & Francis, 2007, pp. 1001-1007.

potencias de legalidad de que actualmente conoce la Corte son, primordialmente, las relativas a las contradicciones de tesis y los conflictos competenciales, éstas deben ser las competencias que correspondan al tribunal que haya de crearse. Como es fácilmente apreciable, la necesidad de crear este órgano deriva, a su vez, de la necesidad de dotar a la Corte, de una total “puridad” en el ámbito constitucional, más que de cuestiones tales como el número de asuntos de que conoce, la necesidad de una pronta impartición de justicia, o la existencia de contradicciones de criterios entre los tribunales colegiados, como exponía Burgoa.<sup>356</sup> Sin embargo, a efecto de considerar de manera cabal lo relativo a la creación de este nuevo órgano, incorporaremos el mayor número de razones que podrían llevar a su creación.

En primer lugar está, desde luego, la consideración hecha por Jorge Carpizo en cuanto a la creación de ese “tribunal federal” a efecto de realizar la tercera etapa, que llevaría a concluir con la evolución hacia el tribunal constitucional iniciada en 1988 y seguida en 1994. Desde este punto de vista, todas aquellas competencias de la Suprema Corte que no impliquen un control de constitucionalidad (que Carpizo identifica con los conflictos competenciales y las contradicciones de tesis), deberían ser asignadas al nuevo órgano.

Siguiendo la metodología de análisis apuntada, la manera de considerar esta propuesta es atendiendo a los criterios de necesidad y pertinencia. Con base en las razones expuestas por Carpizo, ¿es “necesaria” la creación del tribunal federal señalado? A mi juicio, la respuesta es negativa, debido a que en la línea de argumentación seguida por él no queda claro por qué razón haya de realizarse indefectiblemente lo que denomina “tercera etapa”: ¿por la mejora de las condiciones de impartición de justicia? Si es el caso, ¿cuáles de entre ellas? ¿Por los problemas que está causando el que la Corte mantenga simultáneamente competencias de constitucionalidad y de legalidad? ¿Por qué la creación del

<sup>356</sup> *Necesaria reivindicación del prestigio del Poder Judicial Federal*, pp. 21 y 22.

órgano propuesto resolvería importantes complicaciones? Nuevamente y, en su caso, ¿cuáles de ellas? Sostener la posibilidad de una reforma de esta importancia sólo en la línea de la conclusión de las etapas iniciadas con la reforma de 1987 no nos parece un argumento fuerte. En principio, el sentido general de cualquier reforma no puede quedar instrumentalizado a una idea generada hace tiempo, sin antes llevar a cabo una valoración concreta de sus costos y beneficios o, aún más, de las posibilidades de que mediante la misma se logren las funciones generales de control de constitucionalidad en el sistema mexicano.

¿Qué problema hay para que un tribunal constitucional realice, además de ciertas funciones de control de constitucionalidad, otras de control de legalidad o hasta de legalidad pura? Para responder a esta pregunta, y aun cuando ambos asertos son verdaderos, no voy a acudir al fácil expediente de ver que otros tribunales constitucionales lo hacen, ni tampoco acudiré al camino simple de decir que cada justicia constitucional se construye a partir de un contexto histórico específico. Voy a preguntarme qué es lo que técnica o políticamente impediría que un órgano de control constitucional pueda ejercer funciones de legalidad o, si se quiere, qué razones jurídicas o políticas exigen o, al menos, aconsejan, diferenciar y adscribir esas funciones entre diversos órganos. Desde luego, no se afecta el principio de división de poderes, en tanto la distinción tiene por objeto descentralizar la función jurisdiccional, lo que no puede conllevar un perjuicio a otros órganos; tampoco, me parece, es posible afectar al sistema federal, pues la distribución se hace dentro del “orden constitucional”;<sup>357</sup> tampoco veo cómo puedan afectarse los principios democráticos o repu-

<sup>357</sup> Kelsen, H., “L’esecuzione federale. Contributo alla teoria e alla prassi dello stato federale, con particolare riguardo alla Costituzione del Reich tedesco e alla Costituzione federale austriaca”, *La giustizia costituzionale*, trad. de C. Geraci, Milán, Giuffrè, 1981, pp. 73-141; Schmill, U., “Algunos conceptos sistemáticos sobre la Constitución de 1917”, *Vigencia de la Constitución de 1917. LXXX aniversario*, México, Secretaría de Gobernación-Archivo General de la Nación, 1997, p. 24.

blicanos. Vistas así las cosas, lo único que podría llegar a justificar la separación mencionada serían cuestiones estrictamente jurídicas, relacionadas primordialmente con el funcionamiento de los tribunales constitucionales.

Como ya lo señalamos, al considerar estos aspectos no tiene sentido decir que las atribuciones tienen que asignarse de tal o cual manera a fin de parecerse a tal o cual tribunal de otro orden jurídico, pues dejamos en claro ya que todos ellos realizan funciones que, *stricto sensu*, no guardan relación con la justicia constitucional. Por ello, parecería que lo que realmente debemos considerar es si con la creación de un órgano nuevo se resolverían problemas que actualmente se generan con la doble competencia de la Corte.<sup>358</sup>

Así las cosas, ¿a qué tipo de problemas da lugar la competencia de legalidad asignada a la Suprema Corte? Para tener una idea clara de la cuestión, conviene comenzar identificándolas, puesto que además de los conflictos competenciales (artículo 21, fracción VII, LOPJF) y las contradicciones de tesis (artículo 10, fracción VIII y 20, fracción VIII, LOPJF), el Pleno tiene otras atribuciones de legalidad. Así, es competente en esta materia para resolver los conflictos de trabajo con sus propios servidores públicos (artículo 10, fracción IX, LOPJF); los juicios de anulación de la declaratoria de exclusión de los estados del Sistema Nacional de Coordinación Fiscal y los juicios sobre cumplimiento de los convenios de coordinación celebrados entre la Federación y los estados (*idem*, fracción X); las quejas administrativas formuladas en contra de las decisiones del Consejo de la Judicatura Federal a que se refiere el artículo 100 constitucional (artículo 11, fracción VIII, LOPJF); las controversias (de legalidad) que surjan entre las Salas (*idem*, fracción IX) y la interpreta-

<sup>358</sup> Sobre los problemas a que da lugar la copia de instituciones sin existir un adecuado contexto de recepción, *cf.* Evans, P., "Development as Institutional Change: The Pitfalls of Monocropping and the Potentials of Deliberation", *Studies in Comparative International Development*, Winter 2004, vol. 38, núm. 4, pp. 30-52.

ción y resolución de los conflictos que se deriven de contratos o cumplimiento de obligaciones contraídas por particulares o dependencias públicas en contra de la Suprema Corte o el Consejo de la Judicatura Federal (*idem*, fracción XX). A su vez, a las Salas compete resolver los recursos de apelación interpuestos en contra de las sentencias dictadas por los jueces de distrito en las controversias ordinarias en que la Federación fuera parte, esto en términos de la fracción III del artículo 105 constitucional (artículo 21, fracción I, LOPJF); las controversias que se susciten con motivo de de los convenios previstos en el segundo párrafo del artículo 119 constitucional (*idem*, fracción IX) y el reconocimiento de inocencia (*idem*, fracción X), principalmente.

Si éstas son las competencias de legalidad de la Suprema Corte, ¿cuál de ellas distorsiona sus funciones constitucionales? Las respuestas pueden ser de dos tipos. Desde un punto de vista cuantitativo, si el número de asuntos conocidos y resueltos por la Corte fuera de tal magnitud que implicara el retraso o la merma de la calidad de las resoluciones de constitucionalidad. Para responder a esta cuestión, conviene considerar los números generales y algunos particulares de la Corte a partir de la reforma de 1987, tiempo en el cual comenzamos nuestra larga marcha hacia el tribunal constitucional.

La siguiente tabla muestra la cantidad total de asuntos ingresados a la Suprema Corte desde el 30 de noviembre de 1987 hasta el 30 de noviembre de 2009.<sup>359</sup>

<sup>359</sup> Fuente: deriva de un análisis de las estadísticas incluidas en los informes anuales de labores del Poder Judicial de la Federación desde 1988 hasta 2009. En específico, el cuadro fue elaborado por la Dirección General de Planeación de lo Jurídico de la Suprema Corte de Justicia de la Nación.

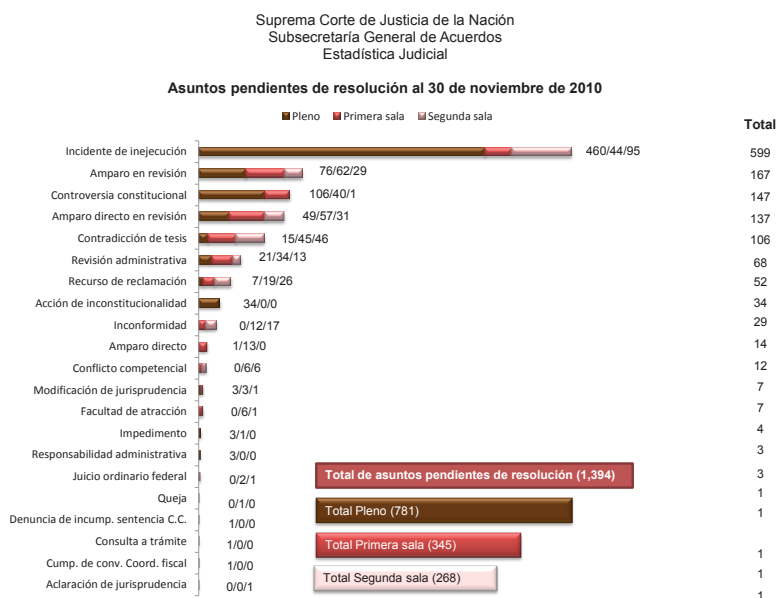
<i>Asuntos conocidos por la SCJN</i>	
<i>1988 - 2009</i>	
<i>Año de ingreso</i>	<i>Total de asuntos radicados en Pleno/Sala (a)</i>
1988	5,082
1989	5,633
1990	5,493
1991	6,473
1992	1,502
1993	1,994
1994	1,703
1995	1,647
1996	5,430
1997	6,280
1998	4,131
1999	3,832
2000	2,776
2001	3,413
2002	2,080
2003	3,906
2004	4,332
2005	3,897
2006	3,876
2007	3,852
2008	3,605
2009	4,564
2010	5,024
Total	90,525

De este total de asuntos, en su mayoría son amparos en revisión, amparos directos en revisión, recursos de reclamación, inconformidades e incidentes de inejecución. Por ejemplo, de 1998 a 2010 se admitieron más de 13,500 amparos en revisión, alrededor de 6,000 amparos directos en revisión y un poco más de



6,500 incidentes de inejecución de sentencia.<sup>360</sup> Cabe destacar que la promoción de controversias constitucionales y acciones de inconstitucionalidad se ha incrementado significativamente en los últimos años. En 2005, la Suprema Corte conoció de 40 acciones de inconstitucionalidad y 79 controversias constitucionales; para 2009 los números fueron a 38 y 92, respectivamente.

Ahora bien, de este gran total, para el 30 de noviembre de 2010 faltaban por resolver los siguientes asuntos, ya detallados en la siguiente gráfica:<sup>361</sup>



Así, podemos concluir que si bien la Suprema Corte conoce una gran cantidad de asuntos al año, ello no quiere decir que

<sup>360</sup> Fuente: los datos también devienen de los informes anuales de labores del Poder Judicial de la Federación y de la estadística judicial de la Subsecretaría General de Acuerdos de la Suprema Corte de Justicia de la Nación.

<sup>361</sup> La gráfica forma parte del informe anual de labores del Poder Judicial de la Federación de 2010, realizada por la Subsecretaría General de Acuerdos de la Primera Sala de la Suprema Corte de Justicia de la Nación.

exista un retraso o merma en la resolución de los mismos. Como se puede apreciar, es mínimo el número de asuntos que quedan pendientes tanto en Pleno como en Salas.<sup>362</sup>

La segunda respuesta tiene que ver con el ámbito cualitativo. Las competencias de legalidad de nuestra Suprema Corte ¿distorsionan su carácter de tribunal constitucional? ¿El tiempo invertido en la resolución de cuestiones de legalidad demerita la calidad de las sentencias relacionados únicamente con cuestiones de constitucionalidad? Si dejamos de lado el “esencialismo” al que ya aludíamos,<sup>363</sup> nos parece que ninguna de ellas implica una merma de su sentido ni, y tal vez aquí esté lo más relevante de todo, propicia una situación tal que pueda conducir a negarle su carácter de tribunal constitucional. Esta cuestión nos parece, en efecto, la más importante de todas, pues sólo así puede romperse el círculo argumentativo a que necesariamente da lugar la discusión nacional que tenemos abierta. Lo relevante aquí no es, entonces, determinar si lo que hace la Suprema Corte mexicana es o no adecuado para atribuirle el carácter de tribunal constitucional, sino si alguna de sus competencias de legalidad tiene tanta relevancia que conduzca a la negación de tal carácter. Estimo que la respuesta es negativa, pues ninguna de tales atribuciones, producto por lo demás de nuestra peculiar evolución constitucional y del carácter mixto de nuestra jurisdicción, lo explican y justifican adecuadamente.

Llegados a este punto, nos parece que, finalmente, al no ser necesaria la creación del tribunal federal desde el punto de vista orgánico-funcional, en modo alguno resulta necesario entrar a

<sup>362</sup> En su interesante libro *La justicia constitucional en México. Análisis cuantitativo de las resoluciones judiciales en materia constitucional* (México, UNAM, 2009), Julio Bustillos ha señalado que con independencia de las variaciones en el número de amparos directos de que conoce la Suprema Corte, su número ha decrecido considerablemente e, inclusive, la posibilidad que deje de conocer de ellos (p. 22).

<sup>363</sup> Que puede ser de dos tipos: uno que estima que el tribunal constitucional exclusivamente puede conocer de asuntos constitucionales, u otro que estima que sólo seremos tribunal constitucional en la medida en la que guardemos una condición de identidad con los tribunales europeos.

considerar la pertinencia de las soluciones concretas que pudieran haberse llegado a proponer.

### B. *Las contradicciones de tesis*

Un segundo tema a considerar respecto de las posiciones que plantean la necesidad de construir el mencionado tribunal federal es la que, genéricamente, tiene que ver con los problemas de las contradicciones de tesis generadas entre los tribunales colegiados.<sup>364</sup> Desde 1988 a finales de 2010, los números en materia de contradicciones tesis son los siguientes:<sup>365</sup>

<i>Contradicciones de tesis</i>	
<i>1988-2010</i>	
<i>Año de ingreso</i>	<i>Total de asuntos radicados en Pleno/Sala</i>
1988	13
1989	66
1990	72
1991	19
1992	13
1993	39
1994	26
1995	83
1996	n.d.
1997	54
1998	209

<sup>364</sup> Como lo ha puesto de relieve Héctor Fix-Fierro, el sistema de justicia nacional se encuentra claramente distorsionado por la enorme cantidad de funciones que se les han conferido. Al respecto, *cfr.* su muy interesante, “La reforma judicial en México. ¿De dónde viene? ¿Hacia dónde va?”, pp. 251-324.

<sup>365</sup> Fuente: informes anuales de labores del Poder Judicial de la Federación de 1988 hasta 2009. El cuadro fue elaborado por la Dirección General de Planeación de lo Jurídico de la Suprema Corte de Justicia de la Nación.

<i>Contradicciones de tesis</i>	
1999	267
2000	235
2001	278
2002	250
2003	351
2004	412
2005	455
2006	406
2007	504
2008	396
2009	480
2010	443
Total	5,071

Cabe preguntarnos ahora si las cifras acabadas de mencionar hacen necesaria la creación de un nuevo tribunal federal cuya competencia fundamental sería resolver tales contradicciones.<sup>366</sup> Lo primero que debemos decir es que la resolución de las contradicciones de tesis no es un problema serio para la Suprema Corte (Pleno y Salas). Al margen de la referida cantidad total de las contradicciones de tesis competencia de la Suprema Corte, hasta noviembre de 2010 quedaban por resolver 106 asuntos, 15 en el Pleno, 45 en la Primera Sala y 46 en la Segunda, en su mayoría del último año. Así las cosas, es evidente que la solución de las contradicciones no es una carga excesiva para la Suprema Corte, pues al menos estadísticamente la mayoría de los asuntos son resueltos sin mayores dificultades.<sup>367</sup>

<sup>366</sup> Desde luego, dejamos de lado las contradicciones entre Salas, puesto que un elemental sentido de la jerarquía derivado de las competencias asignadas haría inadecuado que un tribunal distinto al Pleno de la Corte resolviera las contradicciones entre sus Salas.

<sup>367</sup> Sobre las funciones que actualmente se realizan por medio de las contradicciones de tesis, *cf.* Lara, R., Mejía, R. y Pou, F., “¿De verdad deseamos

A pesar de lo anterior, podría sostenerse la necesidad de lograr una solución alternativa, ya que el tiempo destinado a esos asuntos pudiera afectar la resolución de casos de constitucionalidad.<sup>368</sup> Dado que aquí la necesidad podría estar justificada, cabría preguntarse si la solución propuesta para la creación del tribunal federal es pertinente o si, por el contrario, existe otra más adecuada. Partiendo de la idea de que las únicas razones para llegar a la creación de tal órgano serían de eficiencia, nos parece que existen soluciones más simples y adecuadas para lograr el mismo resultado.<sup>369</sup> Para comenzar, resulta factible dividir el grupo en dos subconjuntos: el de aquellas contradicciones que se producen entre los tribunales pertenecientes a un mismo circuito, y el de aquellas que se dan entre tribunales de circuito distintos. Tratándose de las segundas, es necesario que sean las Salas o el Pleno de la Suprema Corte las que las resuelvan, básicamente en las condiciones en las que actualmente viene sucediendo. En donde se propone un cambio importante es respecto del subconjunto restante, *i. e.*, el compuesto por las contradicciones producidas entre tribunales colegiados del mismo circuito. Respecto de éste, parece más adecuado establecer las condiciones para que sean los tribunales colegiados del correspondiente circuito los que reunidos en conjunto fijarían el criterio que obligatoriamente habría de regir para el propio circuito. Si adicionalmente llegara

una Corte redentora?”, en Vázquez, R. (comp.), *Corte, jueces y política*, México, Nexos-Fontamara, 2007, pp. 143 y 144. Originalmente publicado en el número 344 (agosto de 2006) de la revista *Nexos*.

<sup>368</sup> Cabe mencionar que si bien las controversias y las acciones se diseñaron originalmente para ser resueltas de manera exclusiva por el Pleno de la Suprema Corte de Justicia, con fundamento en lo dispuesto en el párrafo sexto del artículo 94 constitucional, se han emitido diversos acuerdos para que puedan hacerlo también las Salas en diversos supuestos. Al respecto, *cf.* Cossío, J. R., *La controversia constitucional*, pp. 192-194.

<sup>369</sup> Al exponer esta solución introdujimos temas cualitativos relacionados con los supuestos jurídicos y culturales que en opinión de muchos juzgadores, legisladores y juristas hacen necesario un sistema tal que siempre se produzca una respuesta única y final respecto de, prácticamente, cualquier posible cuestión jurídica.

a producirse una contradicción entre este criterio y el sostenido en otro circuito, correspondería resolverlo a la Suprema Corte (Pleno o Salas) por estar involucrados ahora distintos circuitos.<sup>370</sup>

¿Cuáles son las razones para considerar que esta solución es adecuada? Veamos sus ventajas y desventajas y comparémoslas con las de la solución alternativa. Entre las ventajas, primeramente está el aprovechamiento de la estructura actual para lograr la resolución de las contradicciones sin, evidentemente, crear un órgano nuevo, que, como luego veremos, podría dar lugar a nuevas contradicciones con la Corte. En segundo lugar, tiene la ventaja de romper con la muy romanista idea de que al interior de todo orden jurídico debe haber una “respuesta única correcta” para cada tema o problema que llegue a presentarse, de manera tal que siempre debe existir una vía para que un órgano se pronuncie en última instancia de manera definitiva y fije el criterio cierto y obligatorio para la totalidad del orden jurídico de que se trate. Frente a esta construcción mítica de la modernidad jurídica,<sup>371</sup> es posible sostener que en modo alguno resulta necesario llegar a tal extremo de certidumbre, sencillamente porque el mismo no es requerido para garantizar las condiciones de operación del sistema.

¿Qué problema hay para que quienes hayan de litigar en el estado de Yucatán cuenten con criterios ciertos para el entendi-

<sup>370</sup> En las vigentes *Rules of the Supreme Court of the United States* se establece que una de las razones por las que la Suprema Corte puede aceptar un *writ of certiorari* es la existencia de contradicciones de criterios entre diferentes cortes de apelación, cuestión que previamente hubo de pasar por la determinación *en banc* del criterio aplicable dentro del circuito correspondiente, tal como se prevé en la regla 35 (a) (1) de las vigentes Federal Rules of Appellate Procedure.

<sup>371</sup> Por ejemplo, *cf.* lo dicho por Paolo Grossi en su trabajo “Más allá de la mitología jurídica de la modernidad”, recogido en *Mitología jurídica de la modernidad*, trad. de M. Martínez Neira, Madrid, Trotta, 2003, pp. 49-53. Sobre la autonomía del discurso jurídico y su entendimiento del derecho, *cf.* Bourdieu, P., “Elementos para una sociología del campo jurídico”, *La fuerza del derecho*, trad. de C Morales de Setién, Bogotá, UNIANDES-Pensar-Siglo del Hombre, 2000, pp. 166 y 176, principalmente.

miento del orden jurídico de ese estado y quienes hayan de hacerlo en cualquier otra entidad cuenten con otros que les permitan litigar con certidumbre en ella? Dicho en otras palabras, ahora que el país cuenta con 32 circuitos judiciales, los requerimientos de certidumbre primordialmente deben limitarse al circuito en el que haya de litigarse, sin pretender la existencia de la total unanimidad nacional.<sup>372</sup> Al momento en el que dentro de un circuito aparezca un criterio contradictorio entre dos o más tribunales colegiados, se hará necesario determinar cuál de ellos (o un tercero) debe prevalecer, pues así se conocerá por quienes litigan y resuelven “al interior” de él, cuál es el sentido obligatorio que cierta disposición habrá de tener. Las desventajas que esta solución puede acarrear son, básicamente, la contraparte de las ventajas anteriores. Por una parte, el que se sigan produciendo, así sea en un número menor, contradicciones entre tribunales colegiados y entre circuitos, manteniéndose las competencias de “legalidad” de la Suprema Corte. Por otra, el que la existencia de diversos criterios entre los circuitos federales genere una idea de quebrantamiento de la unidad o, al menos, del entendimiento unitario de nuestro orden jurídico. Puestas en perspectiva las ventajas y las desventajas acabadas de enumerar, nos parece que las primeras prevalecen sobre las segundas, en tanto que con un cambio institucional menor se logra resolver en buena medida el problema de la actuación de la Corte en materia de contradicción de criterios, y se permite una mayor descentralización judicial en tiempos donde ello está siendo reclamado intensamente desde los estados.<sup>373</sup>

Si comparamos la propuesta acabada de hacer respecto de la consistente en la creación de un tribunal federal, también resultan algunas ventajas y algunas desventajas. Dentro de las primeras está el menor cambio institucional, la disminución de costos y la

<sup>372</sup> Desde luego, frente a la aparición de criterios diversos entre circuitos en materias comunes relevantes resultará posible la resolución de la contradicción y la generación de un criterio aplicable en todo el país, tal como antes lo señalamos.

<sup>373</sup> *Libro Blanco de la Reforma Judicial*, México, Suprema Corte de Justicia, 2006, pp. 90 y 171-174.

falta de profundización en una ingeniería ya de suyo compleja. En cuanto a las desventajas, nos parece que hay una importante cuestión relacionada estrictamente con la operación del sistema. Al momento de crearse el tribunal federal de legalidad, resultará inevitable que se sigan produciendo contradicciones entre los criterios sustentados por él y los que establezca la Suprema Corte, tanto en materia de constitucionalidad como de legalidad. Ello es así puesto que si bien es cierto que la separación entre legalidad y constitucionalidad es simple desde un punto de vista abstracto, en la operación cotidiana de los tribunales resulta muy complicada. Supóngase que el citado tribunal determina el sentido que debiera corresponderle a cierto artículo de cierto ordenamiento de determinada entidad federativa. ¿Resulta posible que la Suprema Corte le otorgue al mismo precepto un sentido diverso al resolver cualquiera de los juicios de constitucionalidad de que conoce? La respuesta es necesariamente afirmativa, debido a que un presupuesto del control de constitucionalidad es la determinación del sentido del precepto respecto del cual va a realizarse el juicio de regularidad; por lo mismo, es posible que la Corte determine que el sentido de tal o cual precepto debe ser entendido de tal o cual manera, y ello sea contrario a lo determinado por el tribunal federal. Es verdad que con la creación de este tribunal podría librarse a la Corte del conocimiento de un número muy amplio de cuestiones de legalidad (asunto éste que, por lo demás, no encontramos justificado *per se*); sin embargo, también lo es que con su creación se daría lugar a una nueva y compleja organización y al mantenimiento de contradicciones de criterios, sin que ni el número de asuntos ni su tiempo de resolución terminen por afectar el carácter de tribunal constitucional de la Suprema Corte de Justicia.

## 2. *La creación de un “nuevo” y, ahora sí, “auténtico” tribunal constitucional*

Los problemas acabados de mencionar han dado lugar en los últimos años a un fenómeno que por sí mismo conviene analizar



como una de las grandes desventajas de la creación propuesta, conocida como “guerra de las cortes”.<sup>374</sup>

Las tensiones y desavenencias entre el tribunal constitucional y la corte suprema de un país en el ejercicio de sus respectivas funciones son permanentes e inevitables, porque tienen causas estructurales, asociadas al hecho de que las esferas de actuación de estos órganos tienen en común la interpretación de normas jurídicas idénticas. Tanto el tribunal constitucional como el tribunal supremo actúan en esferas de atribuciones que los lleva a confluir en la interpretación de la ley. Esto genera dos tipos de situaciones conflictivas: en primer lugar, toda decisión del tribunal constitucional que invalida la decisión del tribunal supremo tiene un componente negativo de descrédito, pues ante la sociedad se exhibe al segundo como un infractor de la Constitución y, en segundo lugar, el tribunal constitucional acaba por determinar los límites de su propio control sobre el tribunal supremo, por ser el encargado de decidir cuándo se ha vulnerado la Constitución, lo cual propicia la extensión de la idea de que el tribunal constitucional tiene una posición privilegiada en el sistema, que le garantiza una amplia discrecionalidad para determinar, en los hechos, lo que pueden legítimamente realizar el resto de órganos y poderes constitucionales.

En Italia, el enfrentamiento entre altos tribunales se denominó expresivamente “la guerra de las cortes”. Ésta se dio en su mayor intensidad en la primera década de vigencia de la Constitución posbélica (1947-1957). El problema derivó del hecho de que la Corte Constitucional, en lugar de declarar inconstitucionales las leyes, adoptó la práctica de pronunciar sentencias interpretativas que precisaban cuál era su sentido correcto. Estas interpretaciones eran contrarias a las de la Corte de Casación, la que no las aceptaba, por considerar que la primera se atribuía el

<sup>374</sup> En esta parte seguimos el interesante trabajo de David García Sarubi, Gabino González Santos y Francisca Pou, *Contradicciones y batallas entre cortes. Un costo del control de constitucionalidad de la ley basado en el modelo del “tribunal constitucional”*, desafortunadamente aún inédito.

ejercicio de una potestad que era suya; la Corte de Casación alegaba que a la Corte Constitucional sólo le correspondía decidir acerca de la validez o la nulidad de las normas, mas no acerca de su interpretación, y que sus pronunciamientos en este último plano la convertían en una cuarta instancia.

En Alemania se reprodujo el conflicto, aunque con menor intensidad al caso italiano. Sin embargo, el resultado tomó un sentido caso contrario. Lo que ha suscitado discusión y enfrentamiento es el alcance de la revisión que realiza el Tribunal sobre las sentencias de los jueces. A partir de 1973, el Tribunal Constitucional comenzó a desarrollar en su jurisprudencia una figura denominada “control intensivo” de la aplicación del derecho ordinario. Esta tesis consiste en sostener que el grado de control constitucional sobre las sentencias ordinarias depende de la intensidad del perjuicio que estas últimas causaran en un derecho fundamental, estándar que permite al Tribunal Constitucional, en algunos casos, analizar las valoraciones jurídicas y los errores particulares de interpretación suscitados en dichas sentencias. En la práctica, el Tribunal Constitucional alemán revisa las decisiones de otros tribunales, incluidos los supremos, desde el punto de vista de la compatibilidad de éstas con la ley fundamental, lo que ha derivado en el cambio sistemático y progresivo de la jurisprudencia, que, en un principio, correspondería establecer de manera exclusiva a los órganos expeditos para el control de legalidad.

En España, el problema ha radicado en que el Tribunal Constitucional ha llegado al extremo de tomar la decisión final de los casos concretos que corresponde tomar al Tribunal Supremo (en lugar de sólo resolver el problema de constitucionalidad planteado y reenviar), lo que ha provocado descontento en el Tribunal Supremo, y lo ha llevado a externar su intención de acudir al rey como instancia de resolución de un problema estructural que, claramente, no le corresponde analizar.

Si en otros países se han dado enfrentamientos y criterios contradictorios en el campo de la interpretación de la legalidad,

con la incorporación de un órgano que junto con la Suprema Corte debería realizar funciones de control de constitucionalidad, es evidente que el enfrentamiento se produciría tanto por la interpretación de la ley como por la interpretación de la Constitución. Tal propuesta no sólo implica repartir entre dos órganos la interpretación de la ley, sino dividir entre dos órganos la interpretación de la Constitución, una solución con un potencial de conflictividad y de destrucción de la unidad del ordenamiento jurídico no asumible en una democracia constitucional que intenta reformar el Estado para mejorar sus instituciones y no para aumentar sus deficiencias.

Los elementos acabados de exponer nos obligan a considerar con atención los planteamientos de quienes propugnan la incorporación de un “tribunal constitucional”, justificada, comúnmente, en el argumento de que la situación de atraso en la que nos encontramos únicamente puede remediarse con la creación de un órgano de constitucionalidad diverso a la Suprema Corte. Recordemos las más conocidas propuestas en la materia.<sup>375</sup> Miguel Carbonell señala que es necesario, debido al número de contradicción de tesis generadas por los tribunales colegiados de circuito; la falta de “sensibilidad” constitucional de quienes tienen la doble tarea de solucionar conflictos de legalidad o “constitucionalidad refleja”, y temas de verdadera constitucionalidad; por la necesidad de abrir la “cuestión de inconstitucionalidad” semejante a la que existe en sistemas con verdaderos tribunales constitucionales; la necesidad de mejorar las carencias en las controversias constitucionales y las acciones de inconstitucionalidad y la necesidad de concentrar el control de constitucionalidad en materia electoral.<sup>376</sup> Uribe Arzate la propone para lograr el establecimiento del control previo de constitucionalidad.<sup>377</sup> Jaime Cárdenas señala

<sup>375</sup> En la campaña presidencial de 2000, la “Alianza por México” señalaba en su plataforma electoral la necesidad de hacer de la Suprema Corte un tribunal constitucional, sin introducir elementos adicionales que le dieran especificidad.

<sup>376</sup> “Algunas reformas al Poder Judicial Mexicano”, pp. 73-80.

<sup>377</sup> “El Tribunal Constitucional de México”, pp. 546-548.

que la inexistencia de un tribunal constitucional autónomo del Poder Judicial provoca problemas en la amplitud de la defensa constitucional respecto a actos de ese poder y conflictos sobre su administración.<sup>378</sup> Mario Melgar alude a la necesidad de crear este órgano por las diferentes sensibilidades que deben existir entre los jueces de constitucionalidad y los de legalidad.<sup>379</sup> Este conjunto de razones pueden ser agrupadas en tres grupos: las procesales, las orgánicas y las humanas o personales. Considerémoslas por separado.

#### A. *Razones procesales*

Las razones procesales para la creación de un tribunal constitucional serían las siguientes: el alto número de contradicciones de tesis, la incorporación de la “cuestión de inconstitucionalidad”, el mejoramiento de las controversias y las acciones, la introducción del control previo de inconstitucionalidad y la concentración de la justicia electoral. Para enfrentar adecuadamente estos planteamientos es necesario responder dos preguntas previas: ¿es necesario realizar estas propuestas? Si la respuesta es afirmativa, ¿pasa ello por la creación de un tribunal constitucional?

Respecto a la primera interrogante, al tratar la creación de un tribunal federal hemos dado las razones por las que la problemática generada por las contradicciones de tesis no parecen lo suficientemente relevantes como para dar lugar a la creación de ese órgano ni, como seguramente pensarían los promotores del tribunal constitucional, para dejar su resolución en la Corte una vez creado este último.

En lo que tiene que ver con la “cuestión de inconstitucionalidad”, tampoco nos parece necesaria su introducción en nuestro ordenamiento; ello, por varios motivos: uno, porque en nuestra tradición constitucional y en la configuración de nuestro actual

<sup>378</sup> “Cuatro reflexiones en torno a una nueva Constitución”, p. 59.

<sup>379</sup> “Hacia un auténtico tribunal constitucional”, pp. 149-152.

sistema (y modelo) de control de constitucionalidad resulta más adecuada la reintroducción del control difuso que, sólo por razones muy poco justificadas (ya antes estudiadas), desafortunadamente ha desaparecido para dar lugar a un indebido monopolio en favor de la justicia federal;<sup>380</sup> dos, porque la introducción de “la cuestión” daría lugar a dos graves problemas derivados de su carácter centralizador: por una parte, concentraría en la Suprema Corte un número muy grande de asuntos, dado que básicamente se ha propuesto que a ella corresponda la función de control,<sup>381</sup> y, por otro, iría por completo en contra de las propuestas descentralizadoras que desde los estados vienen reclamándose con insistencia desde hace años;<sup>382</sup> tres, porque a diferencia de lo que acontece con la jurisdicción española, en particular, y la europea en general, en nuestro sistema resulta posible que por las condiciones de operación del amparo directo prácticamente todas las sentencias judiciales sean sometidas a control de regularidad constitucional, y ahí encuentren un pronunciamiento de constitucionalidad semejante al que se lograría con “la cuestión”.

Respecto a las razones tercera (lograr el mejoramiento de las controversias constitucionales y de las acciones de inconstitucionalidad) y cuarta (establecer el control previo de constitucionalidad), desde luego nos parece necesario su establecimiento, con independencia de lo que más adelante diremos sobre la pertinencia de crear un tribunal para lograr tales fines. En cuanto al quinto tema, no entendemos que sea necesaria la concentración en materia electoral en tanto existe un tribunal especializado dentro del Poder Judicial de la Federación (artículo 94, párrafo primero, y 99, const.) que cumple con esa función, y la diferenciación material existente es adecuada. ¿Se quiere que el tribunal consti-

<sup>380</sup> Esta posibilidad de reinserción es reconocida incluso por el profesor Edgar Corzo en su magnífico libro monográfico sobre el tema *La cuestión de inconstitucionalidad*, Madrid, CEC, 1998, p. 28.

<sup>381</sup> *Ibidem*, p. 29.

<sup>382</sup> Al respecto, *cf.* Bustillos, J., *El amparo directo en México. Evolución y realidad actual*, México, Porrúa-UNAM, 2008, pp. 120-122.

tucional conozca, además de los procesos de constitucionalidad —hasta ahora amparo, controversias y acciones— de la totalidad de los medios de impugnación en materia electoral a que alude el artículo 189 de la LOPJF, incluyendo la revisión de las determinaciones que actualmente pueden dictar las Salas regionales (artículo 195, LOPJF)? ¿Por qué no mantener una jurisdicción especializada dadas las condiciones de especialidad y temporalidad (artículo 223, segundo párrafo, LOPJF) propias de los procesos electorales?

Como consideramos la necesidad de mejorar las controversias constitucionales y las acciones de inconstitucionalidad y el establecimiento del control previo de constitucionalidad, debemos preguntarnos ahora si ello pasa por la creación de un tribunal constitucional. La respuesta es negativa, pues la introducción de tal órgano no es condición necesaria en ninguno de esos casos. ¿Qué problema existe para modificar tanto como se quiera (y políticamente pueda) la controversia, la acción, o introducir el control previo, y la Suprema Corte comience a ejercer sus nuevas atribuciones en tales procesos?<sup>383</sup>

### B. Razones orgánicas

Las razones de la propuesta orgánica que identificamos para la creación del tribunal constitucional son dos: la falta de control constitucional sobre el Poder Judicial y lo que se estiman conflictos sobre la administración de ese mismo Poder. El primer tema nos lleva a una vieja y muy conocida discusión en la teoría política y constitucional, en cuanto a la identificación del órgano que debe cerrar el sistema judicial en particular y el jurídico en general: el tema del órgano límite o final. A este respecto, ¿es necesario que

<sup>383</sup> Sobre este segundo proceso, *efr.*, por ejemplo, la manera en la que Mónica Castillejos ha propuesto (*La Suprema Corte de Justicia de la Nación y el control previo de la constitucionalidad de los tratados internacionales*, México, Porrúa, 2005) llevar a cabo una modificación de la fracción II del artículo 105 constitucional para darle a la Suprema Corte esa competencia.

un órgano ajeno al Poder Judicial controle la constitucionalidad de los actos de los órganos que integran a éste? La respuesta es que la función de los órganos del Poder Judicial es, precisamente, la de ser controladores de los actos provenientes del resto de los órganos de nuestro orden jurídico, por lo que, en principio, no habría razón para establecer tal control respecto de ellos. Por este motivo, en ningún sistema se prevé el control de constitucionalidad de los actos de los controladores de constitucionalidad, pues en estricta lógica ello debería llevar a establecer otro que deba verificar la constitucionalidad de estos últimos, y así sucesivamente. Dada la condición de un órgano límite precisamente a partir de su competencia para llevar a cabo funciones de control de regularidad de la constitucionalidad, sus actos suelen ser definitivos hasta que, por supuesto, el órgano reformador de la propia Constitución decida modificar sus determinaciones.<sup>384</sup> En cuanto a la pertinencia, ¿cómo sería posible que un solo órgano controlara la constitucionalidad de las resoluciones dictadas por los 659 órganos que actualmente ejercen funciones de constitucionalidad en el país<sup>385</sup> y que durante 2008 conocieron, con exclusión de los órganos del Tribunal Electoral, 735,672 asuntos, la mayoría de

<sup>384</sup> En el caso mexicano, al menos la reforma (*Diario Oficial de la Federación* del 18 de junio de 2008) al párrafo octavo del artículo 16 constitucional en materia de arraigo (§7F, 9a., t. XXIII, pp. 1170 y 1171), y la adición (*Diario Oficial de la Federación* del 12 de julio de 1938) de la última parte del segundo párrafo del artículo 49 constitucional en materia de facultades extraordinarias para legislar (§7F, 5a., t. V, p. 489 y 5a., 2a. Sala, t. XLV, p. 5516, por ejemplo), tuvieron el propósito de superar los citados criterios jurisprudenciales de la Suprema Corte. En el caso de los Estados Unidos, las enmiendas XI, XIV, XVI y XXVI superaron lo sustentado por su Suprema Corte en los casos *Chisholm v. Georgia* 2 U.S. 419 (1793), *Dred Scott v. Sandford* 60 U.S. 393 (1857), *Pollock v. Farmers' Loan and Trust Co.* 157 U.S. 429 (1895) y *Oregon v. Mitchell* 400 U.S. 112 (1970), respectivamente. Sobre los cambios producidos en la legislación, *cf.* por vía de ejemplo, lo acontecido en los Estados Unidos entre 1945 y 1972 en Adamany, D., "The Supreme Court", *The American Courts. A Critical Assessment*, Gates, J. B. & Ch. A. Jonson (ed.), New York, CQ Press, 1991, p. 6.

<sup>385</sup> Al respecto, *cf.* los datos expuestos en la nota 204.

ellos juicios de amparo?<sup>386</sup> Este último punto es importante, pues si lo que se quiere es que el tribunal constitucional revise la constitucionalidad de las decisiones de constitucionalidad del Poder Judicial de la Federación, esos o números semejantes son lo que de algún modo correspondería conocer al órgano que se piensa crear, tema que, por lo demás, no ha sido considerado por los promotores de los cambios a estudio.

El segundo tema orgánico tiene que ver con lo que Jaime Cárdenas considera conflictos sobre la administración del Poder Judicial derivados de la inexistencia de un tribunal constitucional. Respecto de este punto, francamente no entiendo cómo es que la falta de ese órgano dé lugar a tales conflictos. La existencia de complicaciones entre la Suprema Corte y el Consejo se deben a la manera como fueron diseñadas las competencias entre ambos, especialmente en lo que tiene que ver con el recurso de revisión administrativa que la primera ejerce respecto de ciertas resoluciones del segundo (artículo 100, penúltimo párrafo, const.).<sup>387</sup> Sin embargo, no se ve cómo tales conflictos se resolverían con motivo de la creación de un tribunal constitucional. En el futuro, las soluciones podrían ser las siguientes: la revisión la conoce el nuevo tribunal constitucional, con lo cual este órgano diseñado, pues en todo caso se darían entre éste y el Consejo, a menos, claro está, que se elimine el recurso de revisión administrativa; ahora bien, si lo que da lugar a problemas es básicamente este medio de impugnación, ¿por qué no eliminarlo y no crear un órgano nuevo para resolver los problemas a que da lugar?

### C. *Razones humanas*

La última de las razones señaladas la denominamos personal o humana, pues básicamente tiene que ver con lo que sus sos-

<sup>386</sup> *Informe del Presidente de la Suprema Corte de Justicia y del Consejo de la Judicatura Federal al concluir el año 2008*, México, Suprema Corte de Justicia, 2008.

<sup>387</sup> A partir de 1995 se han plantado 424 revisiones administrativas (fuente: informes de labores del Poder Judicial e informes del presidente de la Suprema Corte de Justicia de la Nación desde 1995 a 2009).



tenedores consideran una diferencia importante entre la “sensibilidad” de los jueces de “constitucionalidad pura”, frente a los jueces de “constitucionalidad indirecta”, para el logro de un auténtico control de constitucionalidad. A partir de ahí, estiman necesario crear el tribunal constitucional, para que sus miembros tengan la sensibilidad necesaria para enfrentar el primer tipo de asuntos, mientras que a los integrantes de la Corte debe corresponder la sensibilidad necesaria para enfrentar los segundos. Los planteamientos hechos a este respecto por Carbonell y Melgar no son fáciles de considerar, pues en ninguno de ellos explica qué entienden por “sensibilidad” para la constitucionalidad “directa” y qué para la “indirecta o refleja”. De cualquier manera, trataremos de considerar este punto de vista a partir de varias preguntas. Desde un punto de vista funcional, ¿hay jueces de constitucionalidad “pura” y jueces de constitucionalidad “refleja”? ¿Hay diferentes sensibilidades entre unos y otros? ¿Es posible elegir a los jueces en razón de sus diferentes “sensibilidades”? ¿Cómo se identifican éstas en el proceso de designación?

Si consideramos las condiciones funcionales de los diversos órganos constitucionales, resulta difícil distinguir entre jueces de “constitucionalidad pura” y jueces de “constitucionalidad refleja”. Lo anterior es así, debido a que las correspondientes atribuciones de los órganos de control de regularidad constitucional normalmente conllevan ambos aspectos.<sup>388</sup> ¿Qué hace nuestra Suprema Corte en materia de constitucionalidad? En cuanto a la “directa”, resolver las controversias constitucionales cuya materia sea exclusivamente constitucional,<sup>389</sup> las acciones de inconstitucionalidad y los juicios de amparo en los que la garantía recla-

<sup>388</sup> Aquí únicamente estamos enfrentando el problema de los diversos tipos de control de constitucionalidad, puesto que los relacionados con la legalidad los tratamos antes, y a ellos no se refieren los autores ya citados.

<sup>389</sup> Como se sabe, pueden existir otras controversias en las que la materia sea de constitucionalidad refleja (Cossío, J. R., *La controversia constitucional*, pp. 128-131) o de mera legalidad (*ibidem*, pp. 131-133), de ahí que sea necesario introducir tales diferenciaciones.

mada no estén previstas en los tres últimos párrafos del artículo 14, ni en el primero del 16; en cuanto a la “indirecta” o “refleja”, resolver las controversias constitucionales de constitucionalidad indirecta, así como los amparos promovidos en contra de cualquier derecho fundamental, excepción hecha de los párrafos de los artículos 14 y 16 constitucionales acabados de mencionar.

Esta forma de conocer de ambas cuestiones no es exclusiva de nuestro orden jurídico, sino que es compartida por muchos otros, tal vez con la excepción de Italia y Portugal, por no contar con un medio de protección de los derechos fundamentales. En cuanto al caso alemán, el profesor Häberle ha señalado que la doble competencia del Tribunal Constitucional para conocer de acciones promovidas por los órdenes y poderes públicos y los ciudadanos, respectivamente, es lo que de manera simultánea le ha dado el carácter de “tribunal propiamente constitucional”, de “tribunal social” y de “tribunal de ciudadanos”.<sup>390</sup> En cuanto al amparo, el parámetro de constitucionalidad lo constituyen los derechos fundamentales y, dada la condición de subsidiariedad de aquél, en muchos casos se promueve contra resoluciones judiciales, de ahí que comúnmente se produzca la casación de la sentencia y la remisión a la autoridad judicial correspondiente para el dictado de otra.<sup>391</sup> Este señalamiento de Häberle no conlleva *per se* la aceptación del amparo judicial, pues el derecho violado puede ser cualquiera de los previstos en la ley fundamental; sin embargo, sigue diciendo Häberle, el Tribunal ejerce un control particularmente intensivo de los procesos judiciales mediante los “derechos fundamentales de justicia”, al extremo de que casi la mitad de los amparos promovidos aluden a ellos.<sup>392</sup> Por lo que

<sup>390</sup> Häberle, P., *El Tribunal Constitucional como tribunal ciudadano. El recurso de amparo constitucional*, J. Brague Camazano (trad.), México, FUNDAP, 2005, pp. 69-72. En el mismo sentido, Simon, H., “La jurisdicción constitucional”, p. 834.

<sup>391</sup> *Ibidem*, p. 130.

<sup>392</sup> *Ibidem*, pp. 132 y 133. Es importante hacer notar que al igual que acontece entre nosotros y, como enseguida habremos de ver, con la jurisdicción constitucional española, esta apertura hacia el amparo estrictamente judicial

hace al amparo español, el profesor Rubio Llorente comienza por señalar que los problemas del amparo judicial no son propios del ordenamiento español, sino que se dan también en Austria, Alemania y Suiza.<sup>393</sup> No obstante, en el caso concreto de España, los problemas provienen, a su juicio, de dos causas:

En primer lugar, claro está, por la constitucionalización en el artículo 24 CE de los principios básicos del proceso, cuya infracción se convierte en infracción de un derecho fundamental; de la otra, por la inclusión en el artículo 14 CE, más por obra del propio Tribunal que por exigencia directa de los textos, de una especie de derecho a la interpretación —judicial— igual de la Ley, que resultaría infringido cuando ésta es objeto de interpretaciones, aunque posibles, diversas. Es, a mi juicio, a la acción combinada de estas dos causas, a la que ha de atribuirse la situación creada, una situación en la que en 2.293, de los 2.893 recursos presentados a lo largo de 1990, la petición de amparo se fundamenta en la supuesta vulneración del art. 24 CE, en tanto que en los otros 907, en la infracción del principio de igualdad la que sirve de base a la pretensión.<sup>394</sup>

ha incrementado el peligro de sobrecarga del órgano, ello debido a que “debe emplearse en investigaciones detalladas sobre el caso particular con relación al proceso”. Por esta razón, y sin existir un control difuso de la constitucionalidad, Häberle señala que el Tribunal Constitucional ha llamado a los tribunales ordinarios a “un tratamiento orientado a los derechos fundamentales de los preceptos constitucionales” (*ibidem*, p. 133). En este mismo sentido respecto de España, *cfr.* Jiménez Campo, J., *Derechos fundamentales. Conceptos y garantías*, Madrid, Trotta, 1999, pp. 93-105.

<sup>393</sup> “El trámite de admisión del recurso de amparo (comentario a la Ley Orgánica 6/1988)”, *La forma del poder (estudios sobre la Constitución)*, p. 546.

<sup>394</sup> “Consideraciones sobre el recurso de amparo”, *La forma del poder (estudios sobre la Constitución)*, p. 569. Actualizando las cifras de Rubio, en 2008 se promovieron 10,279 amparos ante el Tribunal Constitucional, 9,118 respecto del artículo 24 constitucional y 1,710 en relación con el artículo 14 (evidentemente, la suma total de amparos registrados es inferior a la suma —y los porcentajes— de los amparos desglosados por precepto constitucional, lo cual se explica por qué en 549 de ellos, ambos preceptos fueron impugnados conjuntamente. A este respecto, *cfr.* [http://www.tribunalconstitucional.es/es/tribunal/estadisticas/paginas/Estadisticas\\_2008.aspx](http://www.tribunalconstitucional.es/es/tribunal/estadisticas/paginas/Estadisticas_2008.aspx), consulta realizada el 21 de septiembre de

Si volvemos a nuestra última afirmación, ¿cómo es posible distinguir entre los jueces de constitucionalidad “pura” y “refleja” si, en la mayoría de los casos los jueces constitucionales realizan ambas simultáneamente? La única posibilidad que habría de llegar a tan nítida distinción es a partir de una separación orgánica, donde uno fuera el órgano de control de constitucionalidad que actuara a partir de un parámetro de constitucionalidad pura (por ejemplo, en procesos de control tipo controversias de pura constitucionalidad —ninguna de legalidad—, acciones de inconstitucionalidad y amparos de constitucionalidad pura), y otro que únicamente conociera de amparos de constitucionalidad refleja o legalidad. La solución, desde luego, no parece muy razonable, pues finalmente se crearían dos órganos de interpretación constitucional, con todos los problemas a que ello da lugar.

Suponiendo que la separación acabada de hacer tuviera algún sentido funcional, ¿a qué se alude con la diferencia o la falta de “sensibilidad” entre los jueces de constitucionalidad “directa” y los de constitucionalidad “refleja”? Al parecer, a algo como lo siguiente: sólo podrán ser juzgadores de constitucionalidad directa quienes tengan una sensibilidad del tipo 1; sólo lo podrán ser de constitucionalidad refleja quienes tengan una sensibilidad del tipo 2, y ser jueces de legalidad estricta, quienes, asimismo, tengan una sensibilidad del tipo 3. Es decir, la posibilidad de desempeñar correctamente la correspondiente función de control únicamente podría corresponder a aquellas personas que de antemano cuenten con los atributos o “sensibilidad” necesarios para ello. Por lo mismo, pareciera que la posibilidad funcional de cada individuo, determinada por la existencia de la correspondiente “sensibilidad”, es lo que finalmente determinará su condición orgánica, tanto desde el punto de vista del diseño institucional como desde el punto de vista de la concreta integración que en cada momento histórico haya de darse. Ante esta primera

2009. Para un estudio detallado del tipo de resoluciones judiciales procedentes en amparo, *cfr.* Pérez Tremps, P., *El recurso de amparo*, Valencia, Tirant lo Blanch, 2004, pp. 112-129.

conclusión, cabe preguntar, ¿cuál es o en qué consiste en cada caso esa “sensibilidad” particular relacionada con la función individual y el órgano de control?

La “sensibilidad” ya señalada pareciera tener que ser jurídica y, a partir de ahí, diferenciarse en razón de la norma que habrá de funcionar como parámetro de control de regularidad. ¿En qué consiste tal “sensibilidad” dado el tipo de relación normativa acabada de apuntar? Una primera posibilidad pudiera ser en el sentido de que la capacidad de “sentir” el texto constitucional sólo puede ser en términos emotivos o empáticos; por ello, sólo podría ser juez de constitucionalidad directa aquella persona que, de algún modo, goce de la capacidad de sentir así el texto (y sus presupuestos) para, desde ahí, fijar su correcta interpretación.<sup>395</sup> Una segunda posibilidad podría darse a partir de un alcance cognoscitivo, entendiendo por “sensibilidad” la posibilidad de comprender en su totalidad el texto constitucional (y sus supuestos) y, por ello, la totalidad de sus posibilidades, interpretaciones, efectos, momentos, orígenes y destinos, algo así como un *Aleph constitucional* de tipo puramente cognoscitivo. La tercera posibilidad para quienes gozan de “sensibilidad” constitucional podría ser de tipo moral, es decir, la del juez Hércules de Dworkin, quien “dotado de habilidad, erudición, paciencia y perspicacia sobrehumanas...”,<sup>396</sup> finalmente es capaz de establecer la *corrección moral* de los argumentos por él contruidos para resolver los problemas jurídicos que se le hubieren planteado.<sup>397</sup> Finalmente, y de modo más razonable y realista, por “sensibilidad” constitucional podría entenderse la existencia de una actitud y unos conocimientos por parte de quienes habrán de ser jueces para conocer la historia general del constitucionalismo, comprender la historia de su propia Constitución y de sus principales

<sup>395</sup> Sobre los presupuestos y efectos de comprender así los objetos, *cf.* Camus, A., *El mito de Sísifo*, trad. de L. Echévarri, México, Alianza-Lozada, 1997, pp. 32, 54, 71-72 y 152, fundamentalmente.

<sup>396</sup> *Los derechos en serio*, trad. M. Gustavino, Madrid, Ariel, 1984, p. 177.

<sup>397</sup> *Ibidem*, pp. 205-208.

instituciones, entender las principales técnicas interpretativas, conocer los rasgos principales del derecho procesal constitucional y comprender el modo en que funciona el tribunal constitucional en el que laboran.

De la totalidad de las opciones que acabamos de plantear, únicamente la última de ellas parece aceptable en tanto se rige por parámetros racionales y democráticos. ¿Cómo podrían elegirse en una sociedad democrática a sujetos cuya pretendida cualidad para ocupar el cargo fueran ciertas y particulares condiciones empáticas, cognoscitivas o morales presentadas como manifestaciones de una específica “sensibilidad” jurídica?<sup>398</sup> Lo único con lo que se cuenta en el proceso es con ciertos datos más o menos objetivos derivados de la vida previa de quien va a ser considerado para ocupar el cargo de juez constitucional, los cuales serán considerados de muy diversas maneras en el correspondiente proceso de designación. Resulta muy difícil suponer que existen otras condiciones de “sensibilidad” diversas a la biografía de los nominados. De hecho, las cualidades para ocupar este cargo no aparecerán hasta el momento en el que la persona se desempeñe en él, de ahí que todo lo que existe con anterioridad es una previsión o proyección de lo que posiblemente pueda acontecer. El hecho de que una persona se haya desempeñado con anterioridad como juzgador de constitucionalidad “refleja” o indirecta o, inclusive, como juez de legalidad, en modo alguno puede ser indicativo de un futuro mal desempeño judicial;<sup>399</sup>

<sup>398</sup> A partir de ahí, y debido a que son muy variados los temas de constitucionalidad de que conoce cualquier órgano de constitucionalidad, es deseable la incorporación de diversos saberes jurídicos para darles mayor solidez técnicas a las decisiones colegiadas.

<sup>399</sup> Dos ejemplos particularmente interesantes lo constituyen Oliver Wendell Holmes y Benjamin N. Cardozo, quienes antes de ocuparse del conocimiento de asuntos preferentemente constitucionales en la Suprema Corte de los Estados Unidos conocieron de un número muy importante de casos de legalidad en la Suprema Corte Judicial de Massachusetts y en la Suprema Corte y la Corte de apelaciones, ambas del estado de Nueva York, respectivamente. En cuanto a Holmes, *cf.* Novick, S. M., *The Life of Oliver Wendell Holmes*, Nueva York, Laurel, 1989, pp. 171 y 172; White, E. G., *Oliver Wendell Holmes, Jr.*, Nueva York, Oxford

igualmente, el hecho de que a un juzgador le corresponda desempeñar simultáneamente funciones de constitucionalidad directa y refleja tampoco es indicativo que, de suyo, haya de desempeñarse mal en una de ellas o en ambas.<sup>400</sup>

Las consideraciones acabadas de hacer nos llevan a formular una última pregunta. ¿Resulta posible elegir a los jueces en razón de sus diferentes “sensibilidades”? En su caso, ¿cómo se identifican éstas con anterioridad a su proceso de designación o durante el transcurso de su ratificación? Esta interrogante nos lleva, a su vez, a plantearnos otras relacionadas. ¿Qué “sensibilidad” se busca? ¿Cómo es que las fluctuantes y complejas mayorías parlamentarias podrían apreciar tales “sensibilidades” y, adicionalmente, lograr los consensos necesarios para llevar a cabo las designaciones a partir o teniendo como base fundamental *esa* “sensibilidad”, y no ningún otro elemento distinto? Dicho en otros términos: lo importante aquí no es ya si tal “sensibilidad” puede o no existir (asunto respecto del cual ya nos pronunciamos), sino si la misma puede o no ser identificable en el proceso de designación y, adicionalmente, si puede o no tener peso específico en él a efecto de determinar su resultado.

¿Bajo qué condiciones de posibilidad sería posible designar juzgadores constitucionales atendiendo exclusiva o preponderan-

University Press, 2006, pp. 49-60. En lo que hace a Cardozo, *cf.* Polenberg, R., *The World of Benjamin Cardozo. Personal Values and the Judicial Process*, Cambridge, Harvard University Press, 1997, pp. 48 y ss. Considero ejemplos estadounidenses, pues los jueces de ese país han sido más estudiados que los nuestros; sin embargo, bien podríamos considerar las experiencias de algunos de nuestros propios jueces constitucionales para llegar a conclusiones semejantes.

<sup>400</sup> Un caso bien conocido y de enorme significación en la vida judicial estadounidense lo constituye Learned Hand. Al respecto, *cf.* la magnífica biografía de Gunther, Gerald, *Learned Hand. The Man and the Judge*, Nueva York, Knopf, 1994. Igualmente significativo es el caso de Harry Blakmun, quien tuvo un desempeño bastante conservador en sus años en la Corte de Apelaciones del Octavo Circuito y en sus comienzos en la Corte Suprema, para posteriormente constituirse en uno de los líderes de ésta. Al respecto, *cf.* Greenhouse, L., *Becoming Justice Blackmun. Harry Blackmun's Supreme Court Journey*, Nueva York, Times Books, 2005.

temente a la “sensibilidad”? A mi parecer, en un mundo en el cual la totalidad de los integrantes de los cuerpos políticos competentes para tomar las decisiones en materia de nombramiento (*lato sensu*) dejaran de lado sus diversos intereses, ideologías, compromisos, negociaciones, oportunidades políticas, promesas de campaña, agenda partidista, etcétera, para limitarse sólo a identificar a quienes tuvieran tal “sensibilidad”. Ante lo absurdo de esta posibilidad, podría contraargumentarse diciendo que la “sensibilidad” no se exige como una condición de neutralidad, sino como una condición de conocimiento, experiencia, ideología, etcétera, en materia constitucional. Por ello, podría seguirse argumentando, lo que importa es la concomitancia entre la sensibilidad constitucional y las posiciones que en razón de sus propias visiones del mundo tenga cada uno de los futuros jueces constitucionales. Esta aparente solución vuelve a generar, sin embargo, un nuevo problema: ¿la elección se hará privilegiando la “sensibilidad” constitucional apuntada o la visión del mundo de los candidatos? Si se hace atendiendo sólo al primer punto, parecería que volvemos al mundo de la neutralidad, ya descartado por su imposibilidad; si nos quedamos con el segundo, prácticamente desplazamos las consideraciones “sensibles” para enfrentarnos sólo a las políticas, entre las cuales la “sensibilidad”, ciertamente, parece poco relevante.

Debido a que algunos de los impulsores del “auténtico” tribunal constitucional han sustentado su propuesta de transformación en la incorporación de “nuevas sensibilidades”, no es posible suponer su intención de operar sus planteamientos sólo en un mundo ficticio o de un pretendido deber ser. Al ser la suya una propuesta de reconstrucción institucional, debemos tomarla con seriedad y admitir que tiene la pretensión de realizarse en el mundo del ser. Puestos en este sitio, resulta importante preguntar a sus sostenedores por las condiciones en las que la identificación, nombramiento y sucesivos reemplazos serían posibles dentro de las limitaciones acabadas de apuntar.