

CAPÍTULO SÉPTIMO

LOS PROBLEMAS DEL ACTUAL SISTEMA/MODELO NACIONAL

En el presente capítulo quiero desarrollar dos temas de carácter orgánico que, a mi juicio, son la directa continuación de lo que hasta aquí llevo dicho. Por una parte, quiero identificar los que a juicio de algunos destacados juristas son los principales problemas de nuestro actual sistema de control de regularidad constitucional y, por lo mismo, de nuestro modelo nacional; por otra, las más importantes propuestas que esos u otros juristas han hecho para corregir los que, a su parecer, son los males de nuestro actual sistema/modelo.

Antes de seguir me parece importante señalar que entre la primera edición de este libro y el momento en que preparo ésta, no se ha escrito mucho más en cuanto a los aspectos orgánicos del control de constitucionalidad ni, por lo mismo, se ha abundado mayor cosa en lo tocante a las críticas o en lo concerniente a las propuestas. Ello se debe a dos motivos. El primero y sobre el cual ya apunté algo, deriva de la enorme importancia que se le ha venido dando al tema de la justicia penal (*lato sensu*), con el consiguiente desplazamiento del resto de los temas de la justicia en general. Con independencia de si los temas son orgánicos, procesales, competenciales o funcionales, en los discursos políticos, jurídicos o académicos, poco a poco se ha dejado de tratar el tema de la justicia en su sentido amplio para irse concentrando en los temas relacionados con la procuración y la administración de justicia. El segundo motivo de desplazamiento de las reflexiones sobre el sistema/modelo de control de constitucionalidad se da dentro del ámbito propiamente constitucional. Me refiero a

que después de tantos años de, prácticamente, “adorar” a nuestro sistema y en especial al juicio de amparo como una de las más grandes contribuciones a la cultura jurídica mundial, hemos dejado de reflexionar sólo sobre el proceso y, en menor medida sobre los órganos, para comenzar a hacerlo en torno a su objeto de protección. Actualizando el lenguaje, lo que hoy en día es fácilmente observable es la amplia reflexión que los constitucionalistas e, inclusive los procesalistas, están haciendo, repito, de los derechos humanos. La aparición de estos novedosos elementos ha sido tan repentina que los trabajos (por lo demás no muchos) que se están produciendo, se han emprendido de esa manera y se han dejado de lado no solo los aspectos procesales sino, inclusive, la relación entre esos derechos y las garantías procesales o los arreglos orgánicos correspondientes para lograr su protección.³⁷⁶

I. CRÍTICAS Y PROPUESTAS AL MODELO NACIONAL

1. *La necesidad de cambios orgánicos*

Una primera manera de criticar nuestro actual sistema de control de constitucionalidad, gira en torno a lo que se estima debe hacerse para lograr el cabal desarrollo de un tribunal constitucional. Para quienes desde sus orígenes estimaron que tal posibilidad pasaba, básicamente, por la asignación de competencias constitucionales a favor de la Suprema Corte de Justicia, la situación en la que nos encontramos los conduce a plantear la creación de un tribunal federal para que conozca de las cuestiones de legalidad que todavía hoy le corresponden a la propia Corte. Dentro de estas posiciones conviene señalar la de Jorge Carpizo, en tanto

³⁷⁶ Independientemente de sus calidades y posibilidades de éxito, el 8 de noviembre de 2011 el diputado José Ricardo López Pescador del Partido Revolucionario Institucional presentó ante la Cámara de Diputados el proyecto de Decreto por el que se reforman y adicionan diversas disposiciones de la Constitución con el objetivo de proponer una reforma estructural e integral de la organización del Poder Judicial de la Federación.

sintetiza 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, propone que en la tercera debe 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”.³⁷⁷ Como es claro, lo que los seguidores de esta idea están proponiendo es que la Suprema Corte mantenga lo propiamente constitucional para que con ello sea tribunal constitucional y todo lo demás sea asignado a otro órgano. La pureza de la idea inicial derivaría, a su juicio, de la separación funcional y orgánica mencionada.

Partiendo de un enfoque semejante, pero introduciendo algunos cambios relevantes, se encuentra la posición de quienes entienden al “tribunal constitucional” como acercamiento al modelo europeo. Para ellos, la situación en la que nos encontramos es de franco atraso por la lejanía en la que estamos frente a ese modelo, lo cual únicamente puede remediarse con la creación, ahora sí, de un “auténtico” tribunal constitucional. Miguel Carbonell sintetiza bien la posición general en esta materia,³⁷⁸ al decir que ese órgano es necesario debido al número de contradicciones 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. Para el propio Carbonell, los beneficios que acarrearía tal reforma serían la apertura de la

³⁷⁷ “La reforma del Estado en 2007 y 2008”, *Cuestiones Constitucionales*, núm. 19, julio-diciembre de 2008, pp. 22 y 47.

³⁷⁸ “Algunas reformas al Poder Judicial mexicano”, en Vega, J. y Corzo, E. (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).

“cuestión de inconstitucionalidad” semejante a la que existe en sistemas con verdaderos tribunales constitucionales,³⁷⁹ la mejora de las carencias existentes en las controversias constitucionales y en las acciones de inconstitucionalidad, así como la concentración del control de constitucionalidad en materia electoral.³⁸⁰

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*.³⁸¹

³⁷⁹ Sobre el sentido actual de esta distinción, *cf.*: Gudiño Pelayo, J. J., “Tratamiento de las violaciones e indirectas a la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos por la jurisprudencia federal”, en González Oropeza, M. y Ferrer Mac-Gregor, E. (coords.), *La justicia constitucional en las entidades federativas*, México, Porrúa, 2006, pp. 443-456.

³⁸⁰ 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 a la “contrarreforma” de 1999, lo que se estima un 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, M., “Hacia un auténtico tribunal constitucional”, *op. cit.*, pp. 149-152.

³⁸¹ “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).

Dado que la cuestión planteada por el maestro Fix lleva a averiguar lo correcto o lo incorrecto del encuadre de los órganos de control jurisdiccional de la constitucionalidad dentro o fuera de los poderes judiciales, las funciones que tales órganos desempeñan será lo que determine lo correcto o incorrecto de ese “encuadre” y no la satisfacción del algún tipo de esencia. A partir de este pequeño ajuste a su cita conviene 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 el “auténtico” tribunal constitucional que venimos persiguiendo.

Comienzo con una primera pregunta: ¿qué hacen los órganos de control de regularidad constitucional en el derecho comparado? Para responderla, nuevamente sigo 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* (...).³⁸²

Es evidente que a partir de la identificación anterior es posible encontrar entre los órganos jurisdiccionales muy variadas

³⁸² *Ibidem*, pp. 222 y 223.

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.³⁸³ 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, por una parte, darle sentido procesal y, por otra, 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, ello con el fin de lograr el mantenimiento de la supremacía constitucional.

A partir de esas 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 necesaria-

³⁸³ Sobre esta diversidad, *cf.* por ejemplo, Rubio Llorente, F., “Seis tesis sobre la jurisdicción constitucional en Europa”, *La forma del poder (estudios 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.

rio darles legitimación para estar en posibilidad de cuestionar los actos 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 cuestionen frente al órgano de control de constitucionalidad las normas 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 quise 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. Por el contrario, 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 un adecuado sistema de control de constitucionalidad cuando al interior de su orden jurídico existan procesos adecuados para llevar a cabo el control de constitucionalidad de una diversidad de normas y actos, y no cuando 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 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 con-

trol mismo de regularidad constitucional.³⁸⁴ Aun cuando es posible identificar una serie de acciones pertenecientes al género “defensa de la Constitución”,³⁸⁵ lo cierto es que en sentido estricto 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’”.³⁸⁶ Por lo mismo y con independencia de la importancia que puedan tener otras formas de “defensa” de la Constitución, el control de regu-

³⁸⁴ 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.

³⁸⁵ Por ejemplo, el maestro Fix-Zamudio sostiene que la misma “está integrada por todos aquellos instrumentos jurídicos y procesales que se han establecido tanto para conservar la normativa constitucional como para prevenir su violación, reprimir su desconocimiento y, lo que es más importante, lograr el desarrollo y la evolución de las propias disposiciones constitucionales en un doble sentido: desde el punto de vista de la Constitución formal, a fin de lograr su paulatina adaptación a los cambios de la realidad político-social, y desde la perspectiva de la Constitución real, su transformación de acuerdo con las normas programáticas de la propia carta fundamental” (*Estudio de la defensa de la Constitución en el ordenamiento mexicano, op. cit.*, 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.

³⁸⁶ “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, H., *La garantía jurisdiccional de la Constitución*, trad. de R. Tamayo, México, UNAM, 1974, pp. 482-489.

laridad constitucional únicamente puede darse en aquellos casos en los que se actualice la posibilidad acabada de mencionar.

A partir de esta precisión y como lo hemos visto, en nuestro orden jurídico el control de regularidad se ejerce en la actualidad a través de las diversas posibilidades que se encuentran comprendidas bajo las expresiones juicio de amparo, controversias constitucionales, acciones de inconstitucionalidad y control difuso (sea éste último el realizado por previsión constitucional por el Tribunal Electoral del Poder Judicial de la Federación o por determinación de la Suprema Corte por la totalidad de los órganos jurisdiccionales del país). Lo que en cualquiera de esos casos se produce (con independencia del ejercicio de tipo concentrado o difuso) es 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, pero no así los alcances de las correspondientes resoluciones.

2. *El funcionamiento de nuestro modelo en el ámbito comparativo*

Si algunas de las críticas que se hacen a nuestro modelo provienen de su falta de “adecuación” a los sistemas existentes en otros países o, más específicamente, al modelo europeo, cabe preguntarnos: ¿qué competencias *no* tienen (o tienen de más) nuestros órganos de control de constitucionalidad en comparación con las que comúnmente corresponden a los órganos que realizan funciones similares en 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 como “tipos ideales”.³⁸⁷

En lo que hace al modelo europeo podemos seguir el breve y claro trabajo de Francisco Rubio Llorente, quien estima que lo característico de aquél es la existencia de tres posibilidades: el

³⁸⁷ Sobre el alcance que damos a esta expresión, *cf.* lo dicho en las notas 3 y 4.

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;³⁸⁸ la cuestión de inconstitucionalidad (o control concreto en la terminología germana), es decir, “aquella vía 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”;³⁸⁹ 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.³⁹⁰ Por lo que ve al modelo estadounidense, la caracterización pasa por la posibilidad de que en todo proceso cualquier juez pueda llevar a cabo el control de constitucionalidad con efectos de desaplicación de la norma contraventora 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 en todos los casos (tributario); atendiendo al modelo norteamericano y en el nivel de generalidad que estamos operan-

³⁸⁸ “Seis tesis sobre la jurisdicción constitucional en Europa”, *La forma del poder (Estudios sobre la Constitución)*, pp. 583-587.

³⁸⁹ *Ibidem*, p. 588.

³⁹⁰ *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, *El derecho de amparo en el mundo*, México, UNAM-Porrúa-Konrad Adenauer Stiftung, 2006.

do, no existe ninguna diferencia en la actualidad, sencillamente porque cualquiera de nuestros órganos jurisdiccionales pueden ejercer sus funciones de control de regularidad constitucionalidad en cualquiera de 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 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. Consideremos primeramente lo relativo al modelo estadounidense y veamos después el europeo.

En la comparación con el primer modelo, podemos decir que prácticamente todo lo que se hace en nuestro sistema de control de regularidad difiere de lo que se hace en aquél. Por una parte está, dese luego, lo relativo al control concentrado que, como vimos, es completamente extraño en los Estados Unidos; por otra, es cierto que ambos comparten la existencia del control difuso y que en ambos casos deriva de la interpretación que las respectivas Cortes Supremas han hecho de los artículos VI y 133 constitucionales. En cuanto a este punto es preciso destacar que aun cuando se dé esta concurrencia, el hecho de que entre nosotros esté presente el ejercicio del tipo concentrado genera profundas diferencias entre un sistema y otro que, finalmente, provocan una franca incompatibilidad entre los modelos.

Si pasamos ahora a la jurisdicción constitucional europea y tomamos nuevamente en cuenta lo dicho por el profesor Rubio Llorente como determinante de ella, resulta que nuestros actuales órganos de constitucionalidad (Suprema Corte, tribunales de circuito, juzgados de distrito, Tribunal Electoral del Poder Judicial de la Federación y cualquiera de los órganos jurisdiccionales

del país) cuentan con un conjunto de competencias que, efectivamente, no guardan ningún tipo de relación con ese modelo.³⁹¹

En cuanto a la Suprema Corte y primeramente desde el punto de vista constitucional, resulta difícil suponer que pueda llevar a cabo el control directo o concentrado de regularidad constitucional al resolver el proceso previsto en el penúltimo párrafo del artículo 100 constitucional (recurso de revisión administrativa). Por otra parte y 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 concentrado 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 (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 anulación 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).³⁹² En lo que hace a las Salas y atendiendo a lo previsto en el artículo 21 de la propia Ley Orgánica, en principio no llevarán a cabo control concentrado de constitucionalidad al

³⁹¹ 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.

³⁹² 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.

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 (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).³⁹³

En lo que tiene que ver con los tribunales colegiados, sus competencias son básicamente de constitucionalidad concentrada en términos de lo dispuesto en el artículo 37 de la citada Ley Orgánica, excepción hecha de tres 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 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); tercero, de la resolución de las contradicciones de tesis que se susciten entre tribunales colegiados de un mismo circuito o de los competentes en una misma materia sobre criterios que se encuentren en contradicción (artículo 107, fracción XIII, const.).

En cuanto a los jueces de distrito y aun cuando en la edición anterior distinguíamos entre los que eran competentes en materia de amparo (artículos 51, 52, 54 y 55 de la Ley Orgánica del

³⁹³ 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 concentrado de constitucionalidad cuando se califiquen las excusas o impedimentos de los ministros en asuntos de competencia de las Salas.

Poder Judicial de la Federación) y los que lo eran en otros procesos (artículos 50 al 55 de la misma Ley) a fin de afirmar que en principio solo los primeros podían llevar a cabo el control de constitucionalidad de leyes, en ésta debemos llevar a cabo una serie de consideraciones diferentes. Actualmente no se trata ya de distinguir entre los jueces que pueden o no realizar el control sino únicamente entre los que pueden hacerlo de manera concentrada mediante el juicio de amparo, y los que deben realizarlo de manera difusa en cualquiera de los procesos “ordinarios” de que conozcan.

Tocante a los tribunales unitarios, debemos proceder de manera semejante a como hasta aquí lo hemos hecho, puesto que si aludimos el conocimiento de las apelaciones, podrán realizar un ejercicio de control difuso y si nos referimos a 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), evidentemente ejercerán control de tipo concentrado.

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: juicio de inconformidad, 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.

Finalmente, no tiene ningún sentido hacer aquí la identificación de todos los procesos en los que todos los juzgadores del país pueden llevar a cabo el control difuso de constitucionalidad, pues ello sería tanto como identificar la totalidad de los procesos que a todos y cada uno de ellos les corresponde conocer.

En este punto de la exposición, conviene hacer una pregunta adicional: ¿los tribunales constitucionales existentes en otros ordenamientos europeos conocen exclusivamente de procesos encaminados al control de la regularidad constitucional o no? Por principio de cuentas y siguiendo a Fix-Zamudio³⁹⁴ quien, a su vez se apoya en Biscaretti di Ruffia,³⁹⁵ cabe afirmar que en cada orden jurídico (como resultado necesario de sus propias condiciones jurídicas y políticas) los tribunales constitucionales ejercen competencias que, en rigor, no necesariamente conllevan el control de la regularidad constitucional³⁹⁶ o su exclusividad.³⁹⁷ Así por ejemplo, el Tribunal Constitucional de Alemania conoce de resoluciones dictadas en el contencioso electoral por vía de apelación, lo que por ejemplo ha permitido impugnar la delimitación de los distritos electorales, considerar la igualdad de oportunidades ante las elecciones, definir el régimen de financiamiento a los partidos políticos o pronunciarse sobre el sueldo de los diputados.³⁹⁸ Asimismo y en palabras del profesor Favoreu,³⁹⁹ actúa también como “Alta Corte de Justicia” y como corte fe-

³⁹⁴ “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*, *op. cit.*, pp. 222 y 223.

³⁹⁵ *Introducción al derecho constitucional comparado*, 2a. ed., trad. de H. Fix-Zamudio, México, FCE, 1996, pp. 580 y 581.

³⁹⁶ 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”.

³⁹⁷ Esto último acontece, por citar un solo caso, con el Tribunal español. Al respecto, *cf.* por vía de ejemplo, Fernández Segado, F., *El sistema constitucional español*, Madrid, Dykinson, 1992, pp. 1079-1132.

³⁹⁸ Simon, H., “La jurisdicción constitucional”, en Benda, E. *et al.* (coords.), *Manual de derecho constitucional*, Madrid, IVAP-Marcial Pons, 1996, pp. 836 y 837.

³⁹⁹ *Les Cours Constitutionnelles*, *op. cit.*, pp. 56 y 57.

deral. 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”.⁴⁰⁰ 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.⁴⁰¹

En el caso italiano,⁴⁰² el artículo 134 constitucional le confiere competencias a la Corte Constitucional para conocer de los juicios promovidos contra el presidente de la República, el presidente del Consejo de Ministros y los ministros, con motivo de la responsabilidad penal en que hubieran incurrido.⁴⁰³

Un ejemplo más lo constituye el Tribunal Constitucional austriaco,⁴⁰⁴ mismo que no realiza actividades de control cons-

⁴⁰⁰ Esta última atribución posibilita, inclusive, cesar al presidente federal.

⁴⁰¹ *Les Cours Constitutionnelles*, *op. cit.*, p. 57.

⁴⁰² Zagrebelsky, G., *La giustizia costituzionale*, Bologna, Il Mulino, 1977, pp. 231-279; Pizzorusso, A., *Lecciones de derecho constitucional*, trad. de J. Jiménez Campo, t. II, Madrid, CEC, 1984, p. 11.

⁴⁰³ 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.

⁴⁰⁴ Como bien afirma Pedro Cruz Villalón, “(...) desde un primer 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).

titudinal cuando conoce de las reclamaciones contra la Federación, los estados o los municipios que 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; de las instancia promovidas por cualquiera de las asambleas representativas a fin de declarar 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.).⁴⁰⁵

Un caso por demás interesante es el portugués, que no suele ser cuestionado en cuanto a su “autenticidad” a pesar de que muy posiblemente de él pueda predicarse (al igual que de nosotros) la

⁴⁰⁵ 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 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*, Barcelona, Ariel, 1998, pp. 1-8. En el mismo sentido, Favoreu, L., *Les Cours Constitutionnelles*, *op. cit.*, pp. 38-40.

apuntada unidad sistema/modelo.⁴⁰⁶ 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”.⁴⁰⁷ 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—”.⁴⁰⁸ Veamos estas posibilidades con detalle.

Por lo que hace al llamado control difuso, éste se remonta a la Constitución de 1911 a partir de la influencia de la carta brasileña de 1891 que, a su vez, la tuvo de la norteamericana.⁴⁰⁹ Por ser de ese tipo, 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 pala-

⁴⁰⁶ 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.

⁴⁰⁷ Miranda, J., “La justicia constitucional en Portugal”, *Anuario Iberoamericano de Justicia Constitucional*, 1997, pp. 325 y 326.

⁴⁰⁸ *Ibidem*, p. 327.

⁴⁰⁹ 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”, *op. cit.*, p. 2.

bra en materia jurídico constitucional es siempre la del Tribunal Constitucional".⁴¹⁰

En lo tocante al control que lleva a cabo el Tribunal Constitucional, debemos distinguir dos tipos de atribuciones. En primer lugar, las relativas al control de constitucionalidad que según la doctrina de ese país admiten 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 plantearse 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.⁴¹¹ 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 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.⁴¹²

¿Qué resulta de las comparaciones acabadas de hacer? Primero, que el control de regularidad constitucional debe definirse 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; segundo, que los órganos que conocen

⁴¹⁰ Nunes de Almeida, L. M. C., *op. cit.*

⁴¹¹ 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", *op. cit.*, pp. 329-332.

⁴¹² 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", *op. cit.*, p. 150.

de los procesos de control pueden ser competentes únicamente para realizar funciones en materia de regularidad constitucional y para llevar a cabo funciones diversas a éste, sin que por ello pierdan su condición de órganos de control; tercero, 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 deba hacerse teniendo en cuenta el diseño y la operación de sus instrumentos procesales y la organización de los órganos correspondientes.

II. CONSIDERACIÓN A LAS 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 base en el material que hemos recogido, estamos en posibilidad de evaluar tales propuestas a partir de la siguiente pregunta: ¿las soluciones apuntadas resultan necesarias y, en su caso, son adecuadas? Esta pregunta trae consigo diversos problemas que conviene diferenciar mediante las siguientes preguntas: ¿cuándo puede decirse que una institución “evoluciona” con motivo de un cambio normativo? ¿Qué determina que un cambio institucional se considere “necesario”? ¿Bajo qué condiciones un cambio considerado “necesario” puede calificarse también 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, también sin más, como “avance” o “progreso”.

Si “evolución” significa desenrollar, desenvolver, desplegar o explicar,⁴¹³ y “evolucionar” la acción encaminada a ello, la evo-

⁴¹³ Corominas, J. y Pascual, J. A., *Diccionario crítico etimológico castellano e hispano*, vol. V, Madrid, Gredos, 1981, p. 841.

lución de nuestra justicia constitucional debiera conllevar, primordialmente, un 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 los que sean considerados sus elementos característicos o definitorios.⁴¹⁴ 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 entre nosotros, 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, su 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, 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 hubieren hecho necesarias las modificaciones.

⁴¹⁴ 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.

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 (sea esto por la vía positiva de conferirles o la negativa de retirarlas), las modificaciones que restarían hacer al actual sistema tendrían que ver, 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.⁴¹⁵ 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,⁴¹⁶ tiene dos componentes a distinguir.

A. *El control de legalidad*

Las coordinadas necesarias para comprender esta propuesta son las siguientes: hasta la creación de los tribunales colegiados

⁴¹⁵ 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*, 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*, 3a. ed., Rabin, J., Hildreth, W. B. y Miller, G. J. (ed.), Boca Raton, Taylor & Francis, 2007, pp. 1001-1007.

⁴¹⁶ “La reforma del Estado en 2007 y 2008”, *op. cit.*, pp. 22 y 47.

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 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),⁴¹⁷ 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 (por ejemplo, *cf.*: Acuerdo General 5/2001).⁴¹⁸

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 asignados a un órgano diverso que, en rigor, no tenga esa cualidad; como las competencias 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 atribuciones que co-

⁴¹⁷ 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”, en Madrazo, J. (coord.), *Las nuevas bases constitucionales y legales del sistema judicial mexicano. La reforma judicial 1986-1987*, *op. cit.*, p. 424), en un trabajo publicado en 1992 (*Necesaria reivindicación del prestigio del Poder Judicial Federal*, México, Unión Gráfica, 1992), Burgoa señalaba con corrección lo inadecuado que resultaba la reforma de 1988 para 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). En ese momento, sin embargo, la doctrina nacional las consideró absurdas o simplemente no les prestó atención.

⁴¹⁸ Publicado en el *Diario Oficial de la Federación* el 29 de junio de 2001.

rrespondan 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 cuanto a su carácter de órgano de constitucional, más que atendiendo a cuestiones tales como el número de asuntos de que conoce, a la necesidad de una pronta impartición de justicia o la existencia de contradicciones de criterios entre los tribunales colegiados, como exponía Burgoa.⁴¹⁹ Sin embargo y 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 lo que él llamaba “la tercera etapa” que llevaría a concluir con la evolución hacia el tribunal constitucional iniciada en 1988 (“primera”) y seguida en 1994 (“segunda”). Desde su punto de vista, todas aquellas competencias de la Suprema Corte que no impliquen un control de constitucionalidad (que por ejemplo Carpizo identifica con los conflictos competenciales y las contradicciones de tesis), deberían asignarse 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 dentro de la línea de argumentación seguida por él mismo, pues en realidad no queda claro por qué razón haya de realizarse indefectiblemente lo que denominaba “tercera etapa”: ¿por la mejora de las condiciones de impartición de justicia? Si fuera 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 órgano propuesto resolvería tales complicaciones? Nuevamente y en su caso ¿cuáles de ellas? Sostener la posibilidad de una reforma de esta importancia sólo en

⁴¹⁹ *Necesaria reivindicación del prestigio del Poder Judicial Federal*, op. cit., pp. 21 y 22.

la línea de la conclusión de las etapas iniciadas con la reforma de 1987, no parece ser una fuerte argumentación. 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, sus beneficios o, aún más, de las posibilidades de que mediante la misma se logren o se perfeccionen las funciones generales, en este caso, del 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 al camino simple de decir que cada justicia constitucional se construye a partir de su específico contexto histórico. 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 es posible afectar al sistema federal, pues la distribución se hace dentro del “orden constitucional”;⁴²⁰ tampoco veo cómo puedan afectarse los principios democráticos o republicanos. Vistas así las cosas, lo único que podría llegar a justificar la separación mencionada serían cuestiones estrictamente jurídicas

⁴²⁰ 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, Milano, 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.

relacionadas primordialmente con el funcionamiento de los tribunales constitucionales.

Como ya lo señalé, 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 ya dejé en claro 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 los problemas que actualmente se generan con la doble competencia de la Corte.⁴²¹

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 entre tribunales colegiados de diverso Circuito o entre los de uno mismo pero de diversa especialidad sobre materias comunes (art. 107, frac. VIII, const. y 10, fracción VIII y 20, fracción VIII, LOPJF), el Pleno tiene otras atribuciones de legalidad. Así, las tiene 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 interpretación y resolución de los conflictos que se deriven de contratos o cumplimiento de obligaciones contraídas por particulares o dependencias públicas con la Su-

⁴²¹ 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.

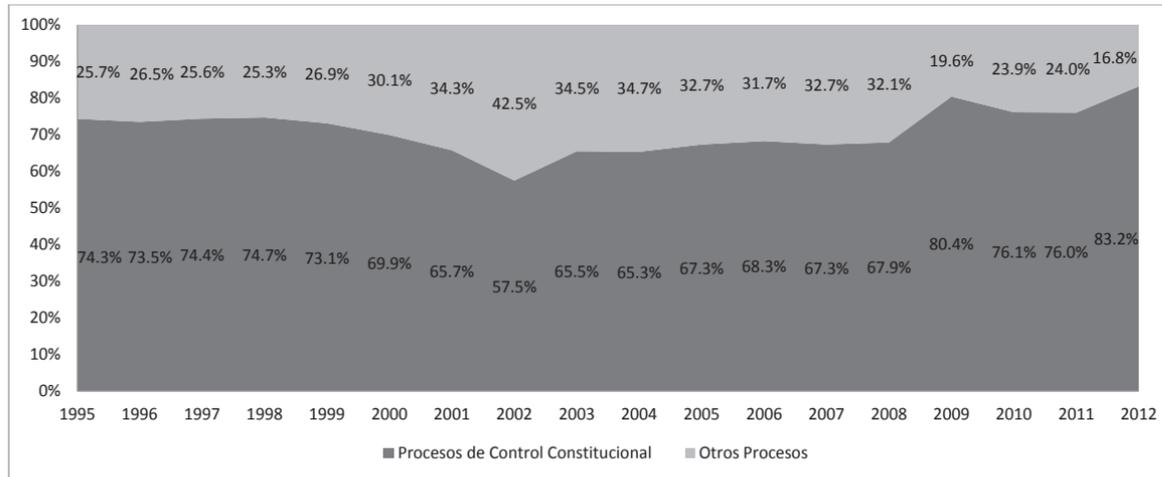
prema Corte o el Consejo de la Judicatura Federal (*idem*, fracción XX). A su vez, a las Salas compete resolver los recursos de apelación interpuestos en contra de las sentencias dictadas por los jueces de distrito en las controversias ordinarias en que la Federación fuera parte en términos de la fracción III del artículo 105 constitucional (artículo 21, fracción I, LOPJF); las controversias que se susciten con motivo 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 la tabla que muestra la cantidad total y tipo de asunto ingresado a la Suprema Corte del 1 de enero de 1995 al 31 de diciembre de 2012.⁴²²

⁴²² Fuente: Elaborada por Sergio Tonatiuh Plata Ortiz con base en el Sistema de Expedientes de la Suprema Corte de Justicia de la Nación.

Promedio 1995 - 2012		Año	Novena Época														Decima Época				
			1995	1996	1997	1998	1999	2000	2001	2002	2003	2004	2005	2006	2007	2008	2009	2010	2011	2012	
47.2%	0.3%	Total de Asuntos	3089	5665	6571	6677	6835	6502	7555	7382	8720	7963	8447	8996	7887	8411	9216	9236	9945	11927	
		Directo	70	16	18	15	3	1	41	3	3	9	3	9	3	3	18	29	63	78	
		Directo en Revisión	440	916	1195	1202	1294	1596	1858	1983	1923	1951	2152	2093	2206	2189	2474	2965	3060	4004	
		En Revisión	14.2%	16.2%	18.2%	18.0%	18.9%	24.5%	24.6%	26.9%	22.1%	24.5%	25.5%	23.3%	28.0%	26.0%	26.8%	32.1%	30.8%	33.6%	
	24.1%	Total de amparos %	53.9%	55.4%	56.2%	53.1%	51.8%	45.3%	31.1%	43.9%	52.9%	49.6%	52.2%	45.9%	42.1%	41.5%	51.7%	42.9%	39.8%	40.9%	
		1.3%	19	57	36	29	37	371	67	112	116	83	156	100	171	119	95	129	126	126	
	71.1%	0.6%	Controversias Constitucionales	0.6%	1.0%	0.5%	0.4%	0.5%	0.6%	4.9%	0.9%	1.3%	1.5%	1.0%	1.7%	1.3%	2.0%	1.3%	1.0%	1.3%	1.1%
			Acciones de Inconstitucionalidad	1	10	10	12	17	41	40	35	26	30	39	55	173	134	88	35	36	72
		9.2%	Incidente de Inejecución de Sentencia	0.0%	0.2%	0.2%	0.2%	0.2%	0.6%	0.5%	0.5%	0.3%	0.5%	0.6%	0.5%	0.6%	2.2%	1.6%	1.0%	0.4%	0.6%
			191	421	466	611	567	622	133	142	292	325	804	787	887	1093	1515	1843	2751	2751	
5.6%		Inconformidad	6.2%	7.4%	7.1%	9.2%	8.3%	8.7%	8.2%	1.8%	1.6%	3.7%	3.8%	8.9%	10.0%	10.5%	11.9%	16.4%	18.0%	23.1%	
		170	287	411	447	481	666	795	300	333	283	306	535	379	322	431	466	517	551		
3.8%		Recurso de Reclamación	5.5%	5.1%	6.3%	6.7%	7.0%	10.2%	10.5%	4.1%	3.8%	3.6%	3.6%	5.9%	4.8%	3.8%	4.7%	5.0%	5.2%	4.6%	
		123	161	189	204	209	199	278	326	316	298	300	331	328	376	412	441	399	626		
0.9%		Facultad de Atracción	4.0%	2.8%	2.9%	3.1%	3.1%	3.1%	3.7%	4.4%	3.6%	3.7%	3.6%	3.7%	4.2%	4.5%	4.5%	4.8%	4.0%	5.2%	
		0	17	22	8	14	17	28	43	81	19	58	46	130	129	181	296	427	427		
0.9%	Recurso de Reclamación en la Controversia Const.	0.0%	0.3%	0.3%	0.3%	0.1%	0.2%	0.2%	0.4%	0.5%	1.0%	0.2%	0.6%	0.6%	1.5%	1.4%	2.0%	3.0%	3.6%		
	27	41	32	36	65	41	47	32	53	44	117	6	84	59	64	100	101	99			
0.7%	Otros asuntos	0.9%	0.7%	0.5%	0.5%	1.0%	0.6%	0.6%	0.4%	0.6%	0.6%	1.4%	-0.1%	1.1%	0.7%	0.7%	1.1%	1.0%	0.8%		
	13	19	16	23	5	18	24	11	6	11	16	10	20	34	196	154	159	227			
0.6%	Queja	0.4%	0.3%	0.2%	0.3%	0.1%	0.3%	0.3%	0.1%	0.1%	0.1%	0.2%	0.1%	0.3%	0.4%	2.1%	1.7%	1.6%	1.9%		
	88	12	15	18	15	7	3	5	3	16	7	4	15	7	9	28	21	32			
0.3%	Impedimento	2.8%	0.2%	0.2%	0.3%	0.2%	0.1%	0.0%	0.1%	0.0%	0.2%	0.1%	0.0%	0.2%	0.1%	0.1%	0.3%	0.2%	0.3%		
	0	0	0	0	0	0	0	0	0	0	0	0	0	0	0	0	0	0	47		
0.0%	Incidente de Suspensión en la Controversia Const.	0.0%	0.0%	0.0%	0.0%	0.0%	0.0%	0.0%	0.0%	0.0%	0.0%	0.0%	0.0%	0.0%	0.0%	0.0%	0.0%	0.0%	0.0%		
	0	0	0	0	0	0	0	0	0	0	0	0	0	1	0	0	0	4	23		
0.0%	Reasunción de Competencia	0.0%	0.0%	0.0%	0.0%	0.0%	0.0%	0.0%	0.0%	0.0%	0.0%	0.0%	0.0%	0.0%	0.0%	0.0%	0.0%	0.0%	0.2%		
	58	859	856	851	1008	1274	1965	2245	2348	2116	2156	2248	1906	1899	881	1172	1524	1037			
28.9%	18.4%	Varios	1.9%	15.2%	13.0%	12.7%	14.7%	19.6%	26.0%	30.4%	26.9%	26.6%	25.5%	25.0%	24.2%	22.6%	9.6%	12.7%	15.3%	8.7%	
		513	432	551	523	580	387	312	483	229	184	120	122	165	272	265	381	281	156		
	5.0%	Conflicto Competencial	16.6%	7.6%	8.4%	7.8%	8.5%	6.0%	4.1%	6.5%	2.6%	2.3%	1.4%	1.4%	2.1%	3.2%	2.9%	4.1%	2.8%	1.3%	
		204	181	227	295	209	248	264	338	379	413	439	434	469	421	495	462	512	575		
	4.6%	Contradicción de Tesis	6.6%	3.2%	3.5%	4.4%	3.1%	3.8%	3.5%	4.6%	4.3%	5.2%	5.2%	4.8%	5.9%	5.0%	5.4%	5.0%	5.1%	4.8%	
		3	8	20	1	11	17	17	14	9	19	9	28	12	77	131	154	45	180		
	0.5%	Revisión Administrativa	0.1%	0.1%	0.3%	0.0%	0.2%	0.3%	0.2%	0.2%	0.1%	0.2%	0.1%	0.3%	0.2%	0.9%	1.4%	1.7%	0.5%	1.5%	
		15	21	29	19	30	30	30	59	45	29	37	24	25	32	34	37	23	56		
	0.4%	Reconocimiento de Inocencia	0.5%	0.4%	0.4%	0.3%	0.4%	0.5%	0.4%	0.8%	0.5%	0.4%	0.4%	0.3%	0.3%	0.4%	0.4%	0.4%	0.2%	0.5%	
		1	1	1	1	1	1	1	1	1	1	1	1	1	1	1	1	1	1	1	
Procesos de Control Constitucional		74.3%	73.5%	74.4%	74.7%	73.1%	69.9%	65.7%	57.5%	65.5%	65.3%	67.3%	68.3%	67.3%	67.9%	80.4%	76.1%	76.0%	83.2%		
Otros Procesos		25.7%	26.5%	25.6%	25.3%	26.9%	30.1%	34.3%	42.5%	34.5%	34.7%	32.7%	31.7%	32.7%	32.1%	19.6%	23.9%	24.0%	16.8%		

Distribución de la carga de trabajo en la SCJN 1995-2012



Si consideramos de manera agregada los datos que contiene el primero de los cuadros acabados de exponer, se hace evidente la tesis que vengo sustentando. En el agregado, los procesos de control de constitucionalidad y la totalidad de los procesos con ellos vinculados de manera directa (recursos, incidentes, impedimentos, etcétera), equivalieron en 2012 al 83.2%. Sin embargo, en todas las etapas del periodo en cuestión ese porcentaje fue muy alto en favor de la constitucionalidad y a partir de 2010 claramente se viene consolidando en favor de esta última. Como quedará de manifiesto en el cuadro sobre las contradicciones de tesis que presento más adelante, poco menos de la mitad de ellas se produce con motivo de las decisiones de tribunales del mismo circuito. Por lo mismo y a partir de la reforma del 10 de junio de 2011, el número de contradicciones sujetas a la resolución de la Suprema Corte (Pleno o Salas) habrá de disminuir considerablemente.⁴²³ De todo lo anterior podemos concluir que si bien la Suprema Corte conoce una gran cantidad de asuntos al año, hasta ahora ello no ha implicado ni retraso en su resolución ni, por ese solo motivo, merma de la calidad con la que resuelve los procesos de control de constitucionalidad.⁴²⁴

La segunda respuesta que ahora debo tiene que ver con el ámbito cualitativo. Las competencias de legalidad de nuestra Su-

⁴²³ No habrá de darse, sin embargo, una especie de “reducción espejo”, pues la Corte seguirá conociendo de contradicciones entre los tribunales de diversas especialidades dentro de un mismo Circuito y entre los colegiados de diversos circuitos a partir de lo que resuelvan los correspondientes plenos. Sin embargo y con todo y ser cierto este dato, lo que sí es previsible es una importante disminución y, por ende, el destino de mayor tiempo a la resolución de asuntos de constitucionalidad.

⁴²⁴ En su interesante libro *La justicia constitucional en México. Análisis cuantitativo de las resoluciones judiciales en materia constitucional* (México, UNAM, 2009), Julio Bustillos señalaba 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). La tendencia que anotaba el profesor Bustillos parece estar modificada, pues con motivo de la entrada en vigor de las reformas constitucionales de 2011 en materia de derechos humanos y juicio de amparo, se están haciendo nuevos planteamientos a la Corte a través del amparo directo en revisión.

prema 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,⁴²⁵ me 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 me 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 tal relevancia que conduce a la negación de ese 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 explicarían o justificarían adecuadamente.

Llegados a este punto, me parece que, finalmente, al no justificarse la creación del tribunal federal a partir de la lógica del “auténtico tribunal constitucional”, en modo alguno resulta necesario considerar la pertinencia de las soluciones concretas que han llegado a proponerse, pues éstas se hacen derivar, precisamente, de una “necesidad” que, por decir lo menos, no ha llegado a justificarse.

B. Las contradicciones de tesis

Un segundo tema a considerar respecto de las posiciones que plantean la necesidad de construir el mencionado tribunal fede-

⁴²⁵ 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.

ral como una derivación “lógica” o, al menos “natural” de la existencia del tribunal constitucional, es la que, genéricamente hablando, se hace derivar de las contradicciones de tesis generadas por los tribunales colegiados.⁴²⁶ Para entender este problema a cabalidad, veamos las estadísticas que en la materia se ha producido entre el 1o. de enero de 1995 al 28 de febrero de 2013.

Distribución de las contradicciones de tesis con base en los circuitos a los que pertenecen los tribunales involucrados (1995-febrero de 2013)

		<i>Número de contradicciones de tesis</i>	<i>Porcentaje</i>	
<i>Contradicciones de tesis suscitadas entre tribunales de un mismo circuito</i>		2806	42.2%	
<i>Contradicciones de tesis suscitadas entre tribunales de diversos circuitos</i>		3222	48.5%	
<i>Otras</i>	Contradicciones de tesis respecto de las cuales no existe información en la fuente consultada	32	0.5%	9.4%
	Contradicciones de tesis suscitadas entre las Salas de la Suprema Corte	240	3.6%	
	Contradicciones de tesis que no se clasifican por circuitos por haber sido resueltas por tribunales auxiliares	329	4.9%	
	Contradicciones de tesis improcedentes por involucrar criterios del mismo tribunal	21	0.3%	

⁴²⁶ 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?”, *op. cit.*, pp. 251-324.

*Porcentaje de contradicciones por circuito*⁴²⁷

<i>Circuito</i>	<i>Número de contradicciones de tesis</i>	<i>Porcentaje</i>
1	1320	47.0%
3	325	11.6%
4	182	6.5%
6	119	4.2%
2	101	3.6%
7	85	3.0%
16	84	3.0%
15	83	3.0%
11	49	1.7%
19	49	1.7%
8	46	1.6%
12	45	1.6%
5	44	1.6%
21	40	1.4%
17	37	1.3%
18	29	1.0%
20	27	1.0%
9	26	0.9%
14	22	0.8%
22	19	0.7%
13	16	0.6%
23	15	0.5%
10	13	0.5%
27	8	0.3%
30	8	0.3%
24	7	0.2%

⁴²⁷ En este cuadro queda de manifiesto el porcentaje de contradicciones por circuito.

29	7	0.2%
25	0	0.0%
26	0	0.0%
28	0	0.0%
31	0	0.0%
32	0	0.0%
33	0	0.0%

Con independencia del modo como se hayan comportado, por decirlo así, las contradicciones de tesis entre 1995 y 2013, con el modelo establecido en la fracción XII del artículo 107 mediante la reforma constitucional de junio de 2011, la competencia de la Suprema Corte o, lo que es igual, el número de asuntos que habrá de conocer, variará sustancialmente. *Ceteris paribus*, en los Plenos de Circuito habrán de resolverse alrededor de 42.2% de las contradicciones generadas, mismas que se concentran solo en un par de circuitos. A la cifra anterior le podemos sumar el 4.9% correspondiente a los casos en que intervinieron tribunales auxiliares, por ello, la Corte tendría aún que conocer del 52.10% aproximadamente de las contradicciones que actualmente lleguen, compuesto en un 48.5% de contradicciones que se suscitan entre los distintos circuitos, más un 3.6% de las contradicciones que se dan entre sus Salas.

Los datos presentados me llevan a reiterar mi posición en el sentido de que ni el número ni la complejidad de contradicciones de tesis que le compete conocer a la Suprema Corte (Pleno y Salas), en modo alguno justifican, *per se*, la creación del tribunal constitucional.⁴²⁸

⁴²⁸ 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 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*.

¿Cuáles son las razones para considerar que la actual solución constitucional es adecuada y que en alguna medida deja sin efecto algunos de los principales argumentos para la creación del tribunal federal? Desde luego está el aprovechamiento de la estructura actual para lograr la resolución de las contradicciones sin, evidentemente, crear un órgano nuevo que por lo demás y como luego veremos, podría dar lugar a nuevas contradicciones con la Corte. También, la posibilidad de romper con la muy romanista idea de que al interior de todo orden jurídico debe haber siempre 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,⁴²⁹ es posible sostener que en modo alguno resulta necesario pretender arribar 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 entendimiento 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.⁴³⁰ Al momento en el que dentro de un Circuito aparezca un

⁴²⁹ 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.

⁴³⁰ Desde luego, frente a la aparición de criterios diversos entre circuitos en materias comunes relevantes resultará posible la resolución de la contradicción

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.

La solución planteada contiene, sin embargo, algunas desventajas que son, básicamente, la contraparte de las ventajas expuestas. Por una parte, el que se sigan produciendo, así sea en un número menor, contradicciones entre tribunales colegiados de diversa materia dentro de un mismo Circuito sobre materias comunes o entre los plenos de diversos circuitos, manteniéndose por lo tanto ciertas competencias de “legalidad” en la Suprema Corte. Por otra, el que la existencia de diversos criterios entre los plenos de distintos circuitos genere una idea de quebrantamiento de la unidad o, al menos, de la “necesidad” de mantener la imagen y el entendimiento unitario de nuestro orden jurídico.

Puestas en perspectiva las ventajas y las desventajas acabadas de enumerar, me 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.⁴³¹

Dada la condición acabada de describir que, por lo demás, es la que actualmente nos rige, ¿qué ventajas conllevaría la creación de un tribunal federal? Podría sostenerse que el tiempo destinado por el Pleno o las Salas a la resolución de las contradicciones subsistentes pudiera afectar la resolución de casos de constitucionalidad. Por ello y como aquí la necesidad en principio sí podría estar justificada, cabría preguntarnos si la creación de tal órgano es pertinente para el fin apuntado o si, por el contrario, existe otra más adecuada. Partiendo de la idea de que las únicas razones

y la generación de un criterio aplicable en todo el país, tal como antes lo señalamos.

⁴³¹ *Libro Blanco de la Reforma Judicial*, op. cit., pp. 90 y 171-174.

para llegar a la creación de tal órgano serían de eficiencia, me parece que existen soluciones más simples y adecuadas para lograr el mismo resultado, dejando desde luego de lado el subconjunto de contradicciones que no podrán más ser resueltas por los plenos de Circuito y, por lo mismo, corresponderían a la Suprema Corte. Tal vez la mayor desventaja y restricción a la apuntada eficiencia está relacionada con la operación del sistema. Al momento de crearse el tribunal federal de legalidad, resultará inevitable que se siguieran produciendo contradicciones entre los criterios sustentados por él frente a los establecidos por la Suprema Corte, tanto en materia de constitucionalidad como de legalidad.⁴³²

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 tal o cual 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 cierto número de cuestiones de legalidad (asunto éste que, por lo demás, no se ha 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.

⁴³² Lo que por lo demás sucede actualmente, como es bien sabido, entre la Suprema Corte y el Tribunal Electoral en términos del artículo 99 constitucional.

Adicionalmente a estos dos planteamientos (ventajas del nuevo mecanismo para resolver las contradicciones de tesis y desventajas de crear a partir de él el llamado tribunal federal), cabe averiguar si sería deseable derogar la solución existente para optar, nuevamente, por una en la que el propio tribunal federal fuera competente para resolver cualquier tipo de contradicción de tesis entre los tribunales del Poder Judicial de la Federación. Para no variar el enfoque que venimos siguiendo, tal análisis lo realizaremos en la idea de que ello debe darse dentro de la apuntada lógica del “tribunal constitucional”.

C. *Hacia la posible “guerra” de nuestras cortes*

Los problemas acabados de mencionar han dado lugar en los últimos años a un fenómeno que más allá de la lógica de cambio o evolución apuntada, conviene analizar como una de las grandes desventajas de la creación propuesta.⁴³³ Me refiero al hecho de que las tensiones y desavenencias entre el tribunal constitucional y la corte suprema en el ejercicio de sus respectivas funciones son permanentes e inevitables, pues ambos órganos deben interpretar las mismas normas jurídicas. 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; 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. Esto 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,

⁴³³ 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.

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 actual Constitución (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 el sentido “correcto” de esas normas. Tales interpretaciones fueron en muchos casos contrarias a las de la Corte de Casación, la que desde luego no las aceptaba por considerar que la primera se atribuía el 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 que en el caso italiano y en un sentido casi contrario. Lo que ahí 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, estándole que en algunos casos ha permitido al Tribunal Constitucional 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 competentes para ejercer el control de legalidad.⁴³⁴

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 corresponden al Supremo (en lugar de sólo resolver el problema de constitucionalidad planteado y reenviar).⁴³⁵ Ello ha provocado descontento en el Tribunal Supremo hasta externar su intención de acudir al Rey como instancia de resolución de un problema estructural que, claramente, no le corresponde analizar, o a condenar a cada uno de los magistrados del Tribunal Constitucional al pago de quinientos euros derivados de la responsabilidad civil en que incurrieron a juicio del propio Tribunal Supremo.⁴³⁶

Si en otros países se han dado enfrentamientos y criterios contradictorios en la interpretación de la legalidad al coexistir los órganos apuntados, la incorporación de un tribunal federal produciría conflictos tanto por la interpretación de la ley como por la interpretación de la Constitución. En efecto, dadas las competencias que a ese órgano quieren atribuirse, su existencia no sólo implicaría repartir entre dos órganos la interpretación de la ley, sino dividir entre dos órganos la interpretación de la Constitución, solución con mayor potencial de conflictividad y destrucción de la unidad constitucional, tema no asumible en una democracia constitucional que intenta mejorar sus instituciones y no aumentar sus deficiencias.

⁴³⁴ Al respecto, *cf.* Grote, R., “Las relaciones entre jurisdicción constitucional y justicia ordinaria a la luz de la experiencia alemana”, *La ciencia del derecho procesal constitucional. Estudios en homenaje a Héctor Fix-Zamudio en sus cincuenta años como investigador del derecho*, Ferrer Mac-Gregor, E. y Zaldívar, A. (coords.), t. II, México, UNAM-Marcial Pons, 2008, pp. 653-671.

⁴³⁵ Al respecto, *cf.* Gutiérrez de Cabiedes Hidalgo de Caviedes, P., “El Tribunal Constitucional español y su conflicto con el Tribunal Supremo. Jurisdicción constitucional y jurisdicción ordinaria”, *La ciencia del derecho procesal constitucional. Estudios en homenaje a Héctor Fix-Zamudio en sus cincuenta años como investigador del derecho*, t. II, *op. cit.*, pp. 673-703.

⁴³⁶ Esto último fue resuelto por la Sala Primera del Tribunal Supremo el 23 de enero de 2004, en el recurso 1/2004.

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

Desarrollada la idea de creación de un “tribunal federal”, quiero reconsiderar con mayor detalle los planteamientos de quienes propugnan la incorporación de un “tribunal constitucional” a nuestro orden jurídico. Esta última se justifica, 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.⁴³⁷ Así, por ejemplo, Miguel Carbonell señala que tal reforma es necesaria debido al número de contradicciones 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; 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.⁴³⁸ Uribe Arzate la propone para lograr el establecimiento del control previo de constitucionalidad.⁴³⁹ Jaime Cárdenas señala 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.⁴⁴⁰ 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.⁴⁴¹ El

⁴³⁷ 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.

⁴³⁸ “Algunas reformas al Poder Judicial Mexicano”, *op. cit.*, pp. 73-80.

⁴³⁹ “El Tribunal Constitucional de México”, *op. cit.*, pp. 546-548.

⁴⁴⁰ “Cuatro reflexiones en torno a una nueva Constitución”, *op. cit.*, p. 59.

⁴⁴¹ “Hacia un auténtico tribunal constitucional”, *op. cit.*, pp. 149-152.

conjunto de razones acabado de exponer pueden agruparse en tres grupos: procesales, orgánicas y 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 incorporar estas propuestas? Si la respuesta es afirmativa, ¿ello pasa 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 generar 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 parece necesaria su introducción en nuestro ordenamiento por varios motivos. Uno, porque en nuestra tradición constitucional y en la configuración de nuestro actual sistema (y modelo) de control de constitucionalidad, la reintroducción del control difuso ha dejado prácticamente sin materia esa competencia.⁴⁴² 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 pro-

⁴⁴² Los efectos de esa reinserción fueron reconocidos incluso por el profesor Edgar Corzo en su magnífico libro monográfico sobre el tema *La cuestión de inconstitucionalidad*, Madrid, CEC, 1998, p. 28.

puesto que a ella corresponda la función de control⁴⁴³ y, por otro, iría en contra de las propuestas descentralizadoras que desde los estados vienen reclamándose con insistencia desde hace años y que, de algún modo han sido alentadas por la reincorporación del control difuso.⁴⁴⁴ 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) y aun cuando desde luego aceptamos su establecimiento, ello puede lograrse sin crear un tribunal constitucional. 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 (artículos 94, párrafo primero, y 99, const.) que cumple con esa función y la diferenciación material existente es adecuada. ¿Se quiere que el tribunal constitucional 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)?

Si de entre las razones que se exponen para lograr la creación del nuevo tribunal está la búsqueda de eficiencia, ¿contribuirá a ello el envío de los numerosos asuntos que hoy resuelve la justicia electoral federal? ¿Qué se haría para resolver las diferencias competenciales entre una Sala Superior y cinco regionales? ¿El

⁴⁴³ *Ibidem*, p. 29.

⁴⁴⁴ Al respecto, *cf.*: Bustillos, J., *El amparo directo en México. Evolución y realidad actual*, México, Porrúa-UNAM, 2008, pp. 120-122.

tribunal constitucional haría las veces de la primera y se mantendrían las cinco restantes como órganos autónomos o de plano como pequeñas y especializadas cortes constitucionales? Frente a todo lo anterior, ¿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 hemos visto, dentro de las razones que se han dado para crear un tribunal constitucional se ha hablado de la necesidad de mejorar las controversias constitucionales y las acciones de inconstitucionalidad y el establecimiento del control previo de constitucionalidad. Ahora, debemos preguntarnos si tales mejoras efectivamente deben pasar por la creación de ese órgano constitucional. A mi juicio la respuesta es claramente negativa. 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 se pueda) la controversia, la acción o introducir el control previo y que la Suprema Corte comience a ejercer sus “nuevas” atribuciones en tales procesos?⁴⁴⁵

B. *Razones orgánicas*

Las propuestas orgánicas que se han formulado para la creación del tribunal constitucional son dos: una, la falta de control constitucional sobre el Poder Judicial; dos, los que se estiman conflictos sobre la administración de ese mismo Poder. El primer tema nos lleva a la 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, *i. e.*, el tema del órgano límite o final. A este respecto, ¿es

⁴⁴⁵ Sobre este segundo proceso, *cf.* 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.

necesario que 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 establecer otro para 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.⁴⁴⁶ En cuanto a la pertinencia, ¿cómo sería posible que un solo órgano controlara la constitucionalidad de las resoluciones dictadas por los 708 órganos judiciales que actualmente ejercen funciones de constitucionalidad en el país⁴⁴⁷ y que durante 2012 conocieron,

⁴⁴⁶ 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 (*SJF*, 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 (*SJF*, 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. & Jonson, Ch. A. (ed.), New York, CQ Press, 1991, p. 6.

⁴⁴⁷ 200 tribunales colegiados de circuito; 81 tribunales unitarios de circuito; 331 juzgados de distrito; 39 tribunales colegiados de circuito auxiliares; 11 tribunales unitarios de circuito auxiliares; 46 juzgados de distrito auxiliares.

con exclusión de los órganos del Tribunal Electoral, alrededor de 963,085 asuntos, la mayoría de ellos juicios de amparo.⁴⁴⁸ 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.). Sin embargo, no se ve cómo tales conflictos se resolverían con motivo de la creación de un tribunal constitucional. En el futuro y de llevarse a cabo la propuesta, la revisión la conocería el nuevo tribunal constitucional, por lo cual tendría tal competencia a menos, claro está, que se eliminara el recurso de revisión administrativa. Por ello, 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 sostenedores consideran una diferencia importante entre lo que lla-

⁴⁴⁸ *Informe Anual de Labores 2012 del Ministro Juan N. Silva Meza, Presidente de la Suprema Corte de Justicia y del Consejo de la Judicatura Federal*, México, Suprema Corte de Justicia, 2012.

man la “sensibilidad” de los jueces de “constitucionalidad pura”, frente a los jueces de “constitucionalidad indirecta” para el logro de un auténtico control de constitucionalidad.⁴⁴⁹ 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 ninguno de ellos explica qué entienden por “sensibilidad” para la constitucionalidad “directa” y qué por 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.⁴⁵⁰ ¿Qué hace nuestra Suprema Corte en materia de constitucionalidad? En cuanto a la “directa”, resolver las controversias constitucionales cuya materia sea exclusivamente constitucional,⁴⁵¹ las acciones de inconstitu-

⁴⁴⁹ Recientemente, el diputado Gabriel de Jesús Cárdenas Guízar del Partido Acción Nacional presentó el 6 de febrero de 2013 ante la Cámara de Diputados el proyecto de Decreto por el que se reforma el artículo 95 de la Constitución a fin de modificar el perfil técnico de los candidatos a ministros de la Suprema Corte de la Nación, y lograr una mayor autonomía en su actuación.

⁴⁵⁰ 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.

⁴⁵¹ Como se sabe, pueden existir otras controversias en las que la materia sea de constitucionalidad refleja (Cossío, J. R., *La controversia constitucional*, *op. cit.*,

cionalidad y los juicios de amparo en los que la garantía reclamada no esté prevista 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, los amparos promovidos por violaciones a cualquier derecho humano (excepción hecha de los párrafos de los artículos 14 y 16 constitucionales acabados de mencionar), así como ejercer el control difuso.

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”.⁴⁵² 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.⁴⁵³ 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

pp. 128-131) o de mera legalidad (*ibidem*, pp. 131-133), de ahí que sea necesario introducir tales diferenciaciones.

⁴⁵² Häberle, P., *El Tribunal Constitucional como tribunal ciudadano. El recurso de amparo constitucional*, trad. de J. Bague Camazano, México, FUNDAP, 2005, pp. 69-72. En el mismo sentido, Simon, H., “La jurisdicción constitucional”, *op. cit.*, p. 834.

⁴⁵³ *Ibidem*, p. 130.

mitad de los amparos promovidos aluden a ellos.⁴⁵⁴ Por lo que 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.⁴⁵⁵ 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.⁴⁵⁶

⁴⁵⁴ *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 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, *cf.* Jiménez Campo, J., *Derechos fundamentales. Conceptos y garantías*, Madrid, Trotta, 1999, pp. 93-105.

⁴⁵⁵ “El trámite de admisión del recurso de amparo (comentario a la Ley Orgánica 6/1988)”, *La forma del poder (estudios sobre la Constitución)*, Madrid, CEC, 1997, p. 546.

⁴⁵⁶ “Consideraciones sobre el recurso de amparo”, *La forma del poder (estudios sobre la Constitución)*, *cit.*, p. 569. Para un estudio detallado del tipo de resoluciones judiciales procedentes en amparo, *cf.* Pérez Tremps, P., *El recurso de amparo*, Valencia, Tirant lo Blanch, 2004, pp. 112-129.

¿Cómo es posible, entonces, 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. Esta solución no parece muy razonable, pues finalmente se crearían dos órganos de interpretación constitucional con todos los problemas a que ello da lugar.

Sin embargo y 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 podrán ser de constitucionalidad refleja quienes tengan una sensibilidad del tipo 2, y ser jueces de legalidad estricta quienes, a su vez, 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 ello, 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 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.⁴⁵⁷ 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 sobre-humanas (...)”,⁴⁵⁸ además es capaz de establecer la *corrección moral* de los argumentos por él contruidos para resolver los problemas jurídicos que se le hubieren planteado.⁴⁵⁹ 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 y los supuestos del constitucionalismo, comprender la historia de su propia Constitución y de sus principales instituciones, entender las principales técnicas interpretativas, conocer los rasgos fundamentales del derecho procesal constitucional, compren-

⁴⁵⁷ 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.

⁴⁵⁸ *Los derechos en serio*, trad. de M. Gustavino, Madrid, Ariel, 1984, p. 177.

⁴⁵⁹ *Ibidem*, pp. 205-208.

der el modo en que funciona el tribunal constitucional en el que laboran y las consecuencias de su actuar.

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?⁴⁶⁰ 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;⁴⁶¹

⁴⁶⁰ 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.

⁴⁶¹ 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 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,

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.⁴⁶²

Las consideraciones acabadas de hacer me 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 me pronuncié), 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 condicione sería posible designar juzgadores constitucionales atendiendo exclusiva o preponderantemente a la “sensibilidad”? A mi parecer, en un mundo en el cual la totalidad de los integrantes de los cuerpos políticos competentes para to-

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.

⁴⁶² Un caso bien conocido y de enorme significación en la vida judicial estadounidense lo constituye Learned Hand. Al respecto, *cfi.* la magnífica biografía de Gunther, G., *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 liberales de ésta. Al respecto, *cfi.* Greenhouse, L., *Becoming Justice Blackmun. Harry Blackmun's Supreme Court Journey*, Nueva York, Times Books, 2005.

mar 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 solo a identificar a quienes tuvieran tal “sensibilidad”.

Ante lo absurdo de esta posibilidad, podría contra argumentarse diciendo que la “sensibilidad” no se exige como una condición de neutralidad, sino como una condición de conocimiento, experiencia o ideología, por ejemplo, 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 solo al primer punto, parecería que con ello volveríamos al mundo de la neutralidad ya antes descartado por su imposibilidad; si nos quedamos con el segundo, prácticamente desplazamos las consideraciones “sensibles” para enfrentarnos solo a las políticas, entre las cuales la “sensibilidad”, ciertamente, parecería 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 que sus planteamientos únicamente hayan de operar en un mundo ficticio. 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.