



UNIVERSIDAD MICHOACANA DE SAN NICOLÁS DE HIDALGO
DOCTORADO INTERINSTITUCIONAL EN DERECHO

**LA CORTE CONSTITUCIONAL. UN MODELO DE JUSTICIA
CONSTITUCIONAL**

Tesis que para obtener el grado de
DOCTOR EN DERECHO

Presenta:

José Ricardo Carrazco Mayorga

Bajo la dirección de:

Rosa María de la Torre Torres

Doctora en Derecho

Morelia, Michoacán, Abril de 2022

INDICE

Resumen	5
Abstract	6
Palabras clave	7
Introducción	8
Capítulo Primero. El Estado constitucional	18
1.1 El principio democrático como fundamento del Estado constitucional.	18
1.2 Sobre el concepto de Constitución.	28
1.3 La supremacía de la Constitución.	43
1.4 La fuerza normativa de la Constitución.	54
1.5. Defensa de la Constitución, Justicia Constitucional y Jurisdicción Constitucional.	56
1.6 Los modelos de control constitucional.	61
1.6.1. Modelo del control difuso (estadounidense).	61
1.6.1.1 El contexto de la época.	61
1.6.1.2. La singular exposición de motivos de la Constitución estadounidense que inaugura la revisión judicial en <i>Marbury vs. Madison</i> .	64
1.6.1.3. Elementos característicos de la <i>Judicial Review</i> .	67
1.6.2. Modelo de control constitucional concentrado (kelseniano).	70
1.6.2.1. Razonamiento de Kelsen.	70
1.6.2.2. Elementos característicos del modelo concentrado.	74
1.7. Hibridación de los modelos originales.	77
Capítulo Segundo. El Tribunal Constitucional	83
2.1 El surgimiento de los Tribunales Constitucionales.	83
2.2. Las razones que justifican el desarrollo de los Tribunales Constitucionales.	89
2.3. Hacia un concepto de Tribunal o Corte Constitucional y la determinación de sus características esenciales.	91
2.4. La Suprema Corte de Justicia de la Nación como Tribunal Constitucional (evolución-reformas).	96

2.5. ¿Son las competencias de la Suprema Corte propias de un Tribunal Constitucional?	115
Capítulo tres. Estatuto del juez constitucional	126
3.1. Independencia judicial.	126
3.2. Composición de la Suprema Corte mexicana y duración del cargo de Ministro.	130
3.3 Incompatibilidades y prohibiciones.	133
3.4 Inamovilidad y responsabilidades.	137
3.5 Garantía económica.	140
3.6 Pensión vitalicia.	142
3.7 Procedimiento de designación de Ministros de la Suprema Corte mexicana.	143
3.8 Experiencias del procedimiento de designación del Juez Constitucional en el Derecho comparado.	150
3.9 La objeción democrática.	169
3.10 El retraso en la designación.	170
3.11 Escalonamiento.	177
3.12 Colegialidad.	178
3.13 Conclusión del análisis comparado del Estatuto del Juez Constitucional.	186
Capítulo Cuarto. Los procesos constitucionales. Una perspectiva comparada	190
4.1 Introducción.	190
4.2 Sistema alemán de control constitucional.	190
4.3 Sistema italiano de control constitucional.	194
4.4 Sistema español de control constitucional.	197
4.5 Sistema peruano de control constitucional.	206
4.6 Sistema colombiano de control constitucional.	210
4.7 Sistema de control constitucional en Estados Unidos, el caso del <i>writ of certiorari</i> y su sistema de precedentes.	218
4.8 Conclusiones del capítulo.	225

Capítulo Quinto. Una Propuesta de Corte Constitucional como fundamento de un modelo de justicia constitucional	227
5.1 Introducción.	227
5.2 Diseño y composición del órgano.	229
5.3 Integración.	230
5.4 Procedimiento de designación.	231
5.5 El principio de paridad en la Corte Constitucional.	237
5.6 El perfil del Juez Constitucional.	246
5.7 <i>Prorrogatio</i> .	274
5.8 Periodo del nombramiento.	276
5.9 Escalonamiento.	277
5.10 Incompatibilidades.	279
5.11 Inamovilidad.	280
5.12 Garantía económica.	282
5.13 Pensión vitalicia.	283
5.14 Turnos por especialización, audiencias y colegialidad.	284
5.15 El núcleo esencial de su competencia ¿Qué decidir?	294
5.16 Política judicial.	300
5.17 La jurisprudencia.	303
Conclusiones	310
Fuentes consultadas	330

Resumen

Un modelo exitoso de Justicia Constitucional requiere del funcionamiento óptimo de una Corte Constitucional que ejerza una función de interpretación y defensa de la Constitución y garante de los derechos y libertades.

En México, la Suprema Corte ejerce una función de naturaleza bifronte, en virtud de que, además de ser una Corte de casación o de legalidad, a su vez ejerce la función de Tribunal Constitucional, ello no le permite explotar al máximo su facultad de intérprete último de la Constitución, no obstante, las reformas constitucionales y legales que pretendieron fortalecer su nueva identidad.

Lo anterior derivado principalmente de la preservación de competencias residuales de su identidad de Corte Suprema o de legalidad, que en gran medida requieren su atención. Aunado a que, la Corte mexicana cuenta con poco margen para *decidir qué decidir*, contrario a la discrecionalidad propia de los Tribunales Constitucionales, que les permite concentrarse en la resolución de casos que conformen el núcleo esencial de la competencia de un Tribunal Constitucional y especialmente en aquellos que son generadores de doctrina constitucional de derechos humanos.

La propuesta de Corte Constitucional privilegia el perfil del juez constitucional bajo un criterio de especialización conformada por diversas sensibilidades, que bajo un procedimiento adecuado de designación distribuido en diversos proponentes y las garantías judiciales que protejan su independencia, privilegiará la interpretación constitucional desde diversas visiones.

La Suprema Corte no ha logrado ser una voz institucional adecuada que comunique la interpretación de los derechos, derivado en gran medida de su deliberación atípica, la cual es extremadamente abierta y pública, cuando en otras latitudes el modelo es, en todos los casos, cerrado y secreto, lo cual permite a las altas cortes, una libre deliberación. El modelo de deliberación actual genera gran cantidad de

votos particulares y concurrentes, que dificultan el sentido de la interpretación constitucional, en cambio la propuesta fortalece el principio de colegialidad.

Las sentencias de la Corte Constitucional tendrán la autoridad suficiente para que, cada precedente genere política judicial de interpretación constitucional, que defina el alcance y contenido de los derechos. Ninguna sentencia será indiferente y el sistema de precedentes logrará irradiar en el ordenamiento jurídico a fin de influir en una cultura y respeto de los derechos y valores constitucionales.

Abstract

A successful model of constitutional justice requires the optimal functioning of a Constitutional Court that performs a function of interpreting and defending the Constitution and guarantor of rights and freedoms.

In Mexico, the Supreme Court exercises a function of a two-sided nature, by virtue of the fact that, in addition to being a Court of cassation or of legality, in turn it exercises the function of Constitutional Court, this does not allow it to fully exploit its power of interpreter the last of the Constitution, notwithstanding the constitutional and legal reforms that sought to strengthen its new identity.

The foregoing derived mainly from the preservation of residual competences of its Supreme Court identity or legality, which to a great extent require its attention. In addition to the fact that the Mexican Court has little margin to decide what to decide, contrary to the discretionary nature of the Constitutional Courts, which allows them to concentrate on the resolution of cases that make up the essential core of the competence of a Constitutional Court and especially in those that are generators of constitutional doctrine of human rights.

The Constitutional Court proposal privileges the profile of the constitutional judge under a specialization criterion made up of diverse sensitivities, which under an adequate appointment procedure distributed among various proponents and the

judicial guarantees that protect their independence, will privilege the constitutional interpretation from diverse visions.

The Supreme Court has failed to be an adequate institutional voice that communicates the interpretation of rights, derived largely from its atypical deliberation, which is extremely open and public, when in other latitudes the model is, in all cases, closed. and secret, which allows the high courts, a free deliberation. The current deliberation model generates a large number of private and concurrent votes, which hinder the sense of constitutional interpretation, instead the proposal strengthens the principle of collegiality.

The sentences of the Constitutional Court will have sufficient authority so that each precedent generates judicial policy of constitutional interpretation, which defines the scope and content of the rights. No sentence will be indifferent and the system of precedents will be able to radiate in the legal system in order to influence a culture and respect for constitutional rights and values.

Palabras clave

Sistemas y modelos de control constitucional, jurisdicción constitucional, tribunal constitucional, corte constitucional, juez constitucional, garantías judiciales, medios de control constitucional, núcleo esencial de su competencia, *writ of certiorari*.

Introducción

El ejercicio de los derechos es uno de los objetivos capitales de la defensa de la Constitución, si el ser humano no puede gozar de los derechos que tiene, un orden constitucional es inexistente. Asimismo, el control de constitucionalidad pretende mantener la claridad necesaria en cuanto a la cuestión orgánica, de ahí que se prevean pesos y contrapesos, para que los poderes y órganos del Estado actúen sin desconocer los límites que la Constitución impone.

En este sentido, el control de la Constitución tiene por objeto garantizar el disfrute de los derechos, así como prevenir y reparar todo exceso de poder, cometido por el poder público que haya sobrepasado el régimen competencial que les confiere la norma suprema. De manera que la defensa de la Constitución es un medio para atemperar el abuso de poder y restablecer el orden constitucional violado.

El éxito de la justicia constitucional depende en gran medida de la configuración y diseño del órgano que ejerce la función de defensa de la Constitución; el cual despliega una jurisdicción distinta a la ordinaria, pues en ella se analizan cuestiones de interpretación directa de la Constitución y la compatibilidad constitucional de las leyes o actos del poder público.

Este ejercicio de control, tradicionalmente ha operado en dos *modelos clásicos de justicia constitucional, uno difuso y otro concentrado*; el *difuso* realizado por vez primera en Estados Unidos de América en 1803, derivado de la sentencia del Juez Marshall en el caso *Marbury vs Madison*, en este modelo el control corresponde a todos los órganos judiciales de un ordenamiento jurídico que lo ejercitan incidentalmente, en ocasión de las causas de su competencia que debe decidir, sobre este aspecto Cappelletti señala que el mecanismo de control es muy coherente y de simplicidad extrema, en el que la función de todos los jueces es aquella de interpretar las leyes con el fin de aplicarlas a los casos concretos, uno de los cánones más obvios de la interpretación de las leyes, es aquél según el cual, cuando dos disposiciones legislativas estén en contraste, el juez debe aplicar la

preponderante y cuando dicho contraste sea entre disposiciones de diversa fuerza normativa, la norma constitucional prevalece, ergo concluye que: *cualquier juez, encontrándose en el deber de decidir un caso en el cual sea “relevante” una norma legislativa ordinaria contrastante con la norma constitucional, debe no aplicar la primera y aplicar, por el contrario la segunda.*¹

Por su parte, en el *concentrado* denominado también europeo, el arquetipo fue realizado por la Constitución de Austria del 1º de octubre de 1920, elaborada a petición gubernativa por Hans Kelsen, en este modelo el control se ejerce por un Tribunal Constitucional *ex profeso*, ideado y creado expresamente para esta función de control normativo, dedicado a resolver en abstracto las cuestiones de constitucionalidad, mediante el ejercicio de una vía principal y con el dictado de una sentencia con efectos *erga omnes*.²

Sin embargo, la exigencia de un control eficaz de la Constitución, ha vuelto insuficiente la aplicación original de los modelos puros, de manera que la hibridación o mixtificación de los modelos es una práctica común en el derecho comparado, a fin de generar modelos y sistemas acordes a la realidad jurídica y política de cada Estado.

La experiencia comparada, muestra la función de una judicatura con operadores jurídicos que ejercen la jurisdicción constitucional en diversas modalidades, tanto dentro del ámbito de la jurisdicción ordinaria (difuso), como dentro de una jurisdicción constitucional especializada (concentrado), en éste último caso, ya sea formando parte del Poder Judicial o en Tribunales Constitucionales situados fuera del Poder Judicial e incluso por medio de Salas Constitucionales incardinadas en Cortes Supremas.

Así, el juez constitucional en el mundo, opera dentro de diferentes sistemas de jurisdicción constitucional; sin embargo, en todos los casos debe distinguirse entre

¹ Cappelletti, Mauro, *Obras, la Justicia Constitucional, Dimensiones de la Justicia en el Mundo Contemporáneo*, México, Porrúa, Facultad de Derecho UNAM, 2007, pp. 63-64

² *Ibidem*, p. 57, 87-88.

Tribunales Constitucionales y ordinarios que ejercen en una mayor o menor medida la protección de la Constitución.

En México, el órgano que ejerce principalmente el control constitucional es la Suprema Corte de Justicia de la Nación, la cual, a partir de reformas constitucionales y legales (1987-1988, 1994, 1996, 1999 y 2011), refleja una tendencia para fortalecerla en su carácter de Tribunal Constitucional, no obstante ello ¿Es válido sostener que contamos con un modelo óptimo de justicia constitucional?, considerando que tiene muy poco margen para decidir qué decidir y por el contrario, se encuentra obligada a pronunciarse sobre aquello que no forma parte del núcleo esencial de la competencia de un tribunal constitucional.

En este aspecto, se parte de la hipótesis de que si bien, la Suprema Corte de Justicia de la Nación ejerce materialmente funciones de un Tribunal Constitucional, sin embargo, dada la diversidad de competencias que no conforman el núcleo esencial de la competencia de un tribunal constitucional, aunado al poco margen para decidir qué decidir, se ve desnaturalizada la jurisdicción constitucional, afectando su funcionamiento. Luego entonces, es necesario un nuevo diseño del máximo órgano de control constitucional que, con las garantías judiciales adecuadas, se proteja su independencia judicial y conozca en exclusiva del núcleo esencial de la competencia de un tribunal constitucional, conforme a un modelo que proteja eficazmente la Constitución, mediante su interpretación y la protección de los derechos.

Lo anterior, tomando en cuenta que en la tradición mexicana, el juicio de amparo ha fungido como principal mecanismo de tutela constitucional, no obstante ello, los retos que enfrenta la justicia constitucional, exigen un análisis novedoso del sistema de control constitucional mexicano, partiendo que actualmente convergen elementos tanto del modelo difuso como del concentrado, ya que nos identificamos al modelo estadounidense a partir del asunto varios 912/2010³ y la implementación

³ Resuelto por la Suprema Corte de Justicia de la Nación, derivado de la participación del Poder Judicial de la Federación en la ejecución de la sentencia dictada el veintitrés de noviembre de dos mil nueve por la Corte Interamericana de Derechos Humanos en el caso “Radilla Pacheco contra los

de la reforma constitucional del artículo 1º constitucional de 10 de junio de 2011, de lo que derivó que todos los jueces deban preferir la Constitución sobre aquellas leyes que la contravengan. Por su parte, nos parecemos al modelo europeo en la existencia de procesos especializados de control de constitucionalidad mediante la acción abstracta de inconstitucionalidad y las controversias constitucionales, que son del conocimiento de un órgano específico como lo es la Suprema Corte y con la posibilidad de declarar la invalidez de ley con efectos generales; de ahí que el desafío será encontrar un modelo que contemple los mejores elementos de ambos sistemas, partiendo de la permanencia de la acción abstracta de inconstitucionalidad y la resolución de conflictos competenciales mediante las controversias constitucionales, así como la permanencia del control difuso a fin de que en los casos particulares los jueces no apliquen normas inconstitucionales, aunque con el reforzamiento de la implementación de una nueva Corte Constitucional capaz de impregnar el ordenamiento jurídico mediante su constitucionalización⁴, derivado de una adecuada selección de asuntos, que con inspiración del *writ of certiorari*, se vincule la justicia ordinaria con la constitucional, a fin de otorgar contenido y valor a los derechos, garantizando con ello, la defensa del valor más valioso del Estado, el orden constitucional.

Por tanto, la tarea en la presente investigación, será analizar los modelos y sistemas de control constitucional y su desarrollo en el derecho comparado, a fin de concluir sobre la idoneidad del modelo para el Estado mexicano, conjuntamente con el diseño del órgano que deba ser el adecuado para ejercer la defensa de la Constitución, tomando en cuenta los aspectos formales y materiales que lo conviertan en un auténtico Tribunal Constitucional y no asimilar toda jurisdicción constitucional concentrada a los primeros, como tampoco identificar Tribunal

Estados Unidos Mexicanos”. La sentencia emitida en el asunto varios 912/2010 es consultable en la página oficial de la Suprema Corte de Justicia de la Nación en el siguiente link: <https://www2.scjn.gob.mx/ConsultaTematica/PaginasPub/DetallePub.aspx?AsuntoID=121589>

⁴ Ricardo Guastini concluyó que la constitucionalización del ordenamiento jurídico es una cuestión de grados, en el que un ordenamiento jurídico pueda llegar a impregnarse de las normas constitucionales, en este sentido véase: Guastini, Ricardo, “La Constitucionalización del ordenamiento jurídico: el caso italiano”, en Carbonell, Miguel (Coord.), *Neoconstitucionalismo(s)*, 4ª ed., Editorial Trotta–IIJ-UNAM, 2009.

Constitucional con el sólo ejercicio de competencias en materia de procesos constitucionales, al margen del *status* del Tribunal respectivo.

Hoy más que nunca, toma vigencia la presente investigación derivada de la necesidad de un órgano que con autonomía e independencia controle eficazmente los actos del poder público, dada la situación coyuntural inusitada en el sistema jurídico mexicano, en el que el poder político reestructura e incide en las instituciones, competencias y la operatividad de los órganos primarios del estado, llegando a poner en riesgo la independencia judicial y su adecuado funcionamiento, como por ejemplo, las reformas⁵ a diversos ordenamientos que completan la reforma judicial “*por y para el Poder Judicial*”, que regulan un aspecto interno y propio del alto tribunal, como lo es la ampliación del cargo de Presidente de la Corte mediante un artículo transitorio, sin considerar que la Constitución es categórica en fijar un periodo de cuatro años en esa gestión. Asimismo, las reformas que el poder político ha propuesto para regular aspectos sobre la garantía económica del juez constitucional son ejemplos de embates a la jurisdicción constitucional, sin dejar de mencionar la inexistencia de garantías presupuestarias, que dependen de la voluntad política del Poder Ejecutivo y el Legislativo en su caso.

Lo anterior evidencia la necesidad de una reingeniería al diseño de Tribunal Constitucional que requiere el Estado mexicano, que con las garantías judiciales adecuadas y pertinentes, como lo es una composición plural que permita diversas ideologías y sensibilidades, un sistema de incompatibilidades e inamovilidad reforzados, garantía económica y un procedimiento de nombramiento que elimine el monopolio de la facultad de nominación del titular del Ejecutivo, a fin de que se distribuyan las nominaciones en diversos órganos y sectores, que garanticen la diversidad de perfiles que requiere el tribunal, atendiendo el contexto político-jurídico mexicano. Con ello, es dable contrarrestar los embates que con la finalidad de afectar la democracia constitucional, pudieran provenir del poder político.

⁵ La reforma legal fue publicada en el Diario Oficial de la Federación el día siete de junio de dos mil veintiuno, la cual puede consultarse en su integridad en el siguiente link: https://www.dof.gob.mx/nota_detalle.php?codigo=5620467&fecha=07/06/2021

Así, el problema se plantea en el aspecto que, actualmente la Suprema Corte mexicana tiene atribuidas diversidad de funciones que no son propias de la jurisdicción constitucional y que viene arrastrando derivada de su naturaleza de tribunal de casación, que conforman una *competencia accesoría* como lo son los recursos de queja, inconformidad, reclamación, inejecución de sentencias, contradicciones de tesis, revisiones administrativas, por mencionar algunas, sin dejar de mencionar las *competencias residuales*, sobre las que tiene poco margen para decidir qué decidir al estar obligada a emitir pronunciamiento, todo lo cual, al no formar parte del *núcleo esencial de la competencia* de un Tribunal Constitucional desnaturaliza al órgano mismo, afecta su funcionamiento y la forma en la que se comunica, por lo que, se carece de una debida especialización en la función de interpretación que otorgue valor y contenido a los derechos y a la protección de la Constitución. Aunado a que se requiere un fortalecimiento al estatuto del juez constitucional, a fin de dotarlo de las garantías judiciales adecuadas para proteger la independencia judicial.

Por su parte, el objetivo de la investigación se hace consistir en la búsqueda de una propuesta de Corte Constitucional, en un modelo de justicia constitucional, que cuente con las garantías judiciales que permitan el ejercicio de la función libre de factores externos, con una conformación plural integrada por perfiles técnicos basados en la especialización, con diversas sensibilidades al provenir de la carrera judicial, de la academia, de la administración pública y del foro de abogados; ello originado por un nuevo sistema de nombramiento en el que se erradique el monopolio de la nominación y se distribuya en diversos entes y sectores. Lo anterior, acompañado de un sistema de garantía económica, incompatibilidades e inamovilidad reforzados, que funcionando bajo un principio de colegialidad fuerte, garanticen su independencia y el ejercicio de una función efectiva en la defensa de la Constitución, convirtiendo a la Corte en una sola voz institucional que logre comunicar el contenido y alcance de los derechos.

La investigación partirá de los elementos aportados por los dos modelos clásicos de control y su hibridación o mixtificación, sin perjuicio de poder adoptar

nuevos mecanismos ajenos a los ya existentes, derivado de un análisis de los sistemas que los Estados han adoptado para realizar el control constitucional en la experiencia comparada.

Asimismo, en la presente investigación se argumentarán las razones por las que se considera que un órgano de control constitucional debe reunir algunos aspectos formales y materiales a fin de ser considerado un auténtico Tribunal Constitucional.

En México, tradicionalmente el control de regularidad constitucional ha sido comprendido en el juicio de amparo, siendo hasta la reforma constitucional de 1994, que el sistema de control constitucional tuvo una transformación importante, como lo es la ampliación de los presupuestos de la controversia constitucional y la creación de la acción abstracta de inconstitucionalidad propia del modelo europeo, por lo que, se comenzó a constituir el control constitucional, aunque con limitaciones. Mientras que, con la reformas constitucional de 10 de junio de 2011 en materia de derechos humanos y derivado de la resolución de criterios relevantes por la Suprema Corte⁶, se generó una evolución al sistema de control constitucional⁷, creando un nuevo parámetro de control de regularidad constitucional, con la obligación de que los jueces privilegien la Constitución y la interpretación que más beneficio otorgue a la persona, en ejercicio de un control de convencionalidad *ex officio* en un modelo de control difuso de constitucionalidad.⁸

Por ello, el sistema de justicia constitucional mexicano tiene componentes que impiden darle el carácter de expresión pura de cualquiera de los dos modelos originales, el americano y europeo.

⁶ Particularmente la resolución del expediente varios 912/2010 y la Contradicción de Tesis 293/2011.

⁷ Tesis: P. LXX/2011 (9a.), *Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta*, Décima Época, t. 1, Libro III, Diciembre de 2011, p. 557, de rubro: SISTEMA DE CONTROL CONSTITUCIONAL EN EL ORDEN JURÍDICO MEXICANO.

⁸ Tesis: P. LXVII/2011(9a.), *Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta*, Décima Época, t. 1, Libro III, Diciembre de 2011, p. 535, de rubro: CONTROL DE CONVENCIONALIDAD EX OFFICIO EN UN MODELO DE CONTROL DIFUSO DE CONSTITUCIONALIDAD.

Asimismo, los cambios al alto tribunal, no han garantizado el desmantelamiento de competencias de mera legalidad, lo que deviene en una falta de especialización en la tarea de interpretación constitucional de quienes tienen la doble tarea de solucionar conflictos de legalidad y temas de verdadera constitucionalidad, lo que impide un adecuado funcionamiento del máximo órgano que en el Estado mexicano, ejerce el control de constitucionalidad.

La figura del tribunal constitucional y de los modelos de control ha sido analizado por diversos especialistas en el derecho comparado, sin embargo a través de un ejercicio de estudio comparado tanto del estatuto del juez constitucional y de los sistemas de control en países con diseños preponderantes, como lo son en Europa, los casos de Alemania, Italia, España; en América Latina las experiencias de Colombia y Perú, así como en particular, el caso de Estados Unidos de Norteamérica, que permitirán evidenciar elementos que han funcionado en el ejercicio del control constitucional a manera de inspiración sin replicar o duplicar un sistema particular, puesto que es posible proponer un diseño innovador y original para el Estado mexicano, con una aportación de frontera al constitucionalismo contemporáneo, que mediante garantías judiciales adecuadas protejan la autonomía e independencia del juez constitucional, desde su sistema de nombramiento que se torna original al no existir un diseño como el que se propone en la experiencia comparada, hasta su funcionamiento y operatividad, sin evitar la conexión necesaria entre la justicia ordinaria con la constitucional y el descongestionamiento del órgano de justicia constitucional.

En esa virtud, el objeto de la investigación queda comprendido dentro de la Línea de Generación y aplicación del conocimiento relativo al área de Administración e Impartición de Justicia, mediante un estudio original y novedoso, que tendrá como resultado una propuesta de diseño *sui géneris* atendiendo el sistema de justicia característico del Estado mexicano y el contexto histórico-político del país, tomando en cuenta su evolución y problemática vigente.

El estudio se aborda bajo el apoyo de diversos métodos y técnicas de investigación, partiendo de un análisis teórico de los modelos y sistemas de control

constitucional, haciendo uso del método comparado pero sin dejar de atender referencias prácticas propias del sistema jurídico mexicano, para la comprensión del objeto de investigación y una adecuada comprobación de la hipótesis.

De manera que, a través de una investigación documental y comparada, bajo el empleo de los métodos analítico, sistemático, histórico, comparativo y con un estudio reconstructivo de la teoría a la práctica, se llevara a cabo su desarrollo. Asimismo, el método histórico será fundamental para evidenciar la tradición mexicana de control constitucional, partiendo de la evolución del máximo órgano de control en el Estado mexicano, las competencias atribuidas, con el apoyo de un análisis numérico, basado en la operatividad cotidiana de la Suprema Corte, a través de una técnica de observancia empírica.

Del mismo modo, se recurre a un análisis teórico referente a los modelos de justicia constitucional y sus elementos, la teoría del control constitucional, la naturaleza de los instrumentos de control constitucional y de los Tribunales Constitucionales, con apoyo de la jurisprudencia surgida de las principales Cortes o Tribunales Constitucionales que han delineado el funcionamiento y naturaleza de dichos órganos y dan muestra que el trabajo jurisprudencial es una de las fortalezas de la alta magistratura constitucional, las cuales servirán de fundamento de la investigación.

Por otra parte, se acude a un análisis de derecho comparado, principalmente de los modelos de justicia constitucional que operan en Europa, particularmente Alemania, Italia, España; en América Latina, como Colombia y Perú, así como el caso de Estados Unidos de Norteamérica, los cuales servirán para enriquecer el funcionamiento de tribunales constitucionales, con características de corte europeo pero con una fuerte influencia e irradiación mediante sus precedentes, para ser aplicados por los operadores jurídicos en los casos concretos de su competencia.

Así, se analizan experiencias europeas como de Latinoamérica, que al contar con Tribunales o Cortes Constitucionales con un diseño de tipo kelseniano, han operado bajo una tradición del sistema americano o de *judicial review*, así el análisis

de los modelos de dichos países unos con mayor tradición europea y otros con mayor influencia americana, permitirá contar con resultados que muestren las fortalezas y debilidades de sistemas complejos que han operado con modelos mixtos.

CAPÍTULO PRIMERO

EL ESTADO CONSTITUCIONAL

1.1. El principio democrático como fundamento del Estado constitucional.

En un sentido moderno, solo puede hablarse de constitucionalismo, a partir de momentos históricos concretos determinados por las grandes Revoluciones liberal-burguesa, americana y francesa, de finales del siglo XVIII. Fue entonces cuando la confrontación de principios teóricos de ideología liberal cobraron vida en obras como las de Montesquieu y de Rousseau al definir los principios democráticos que motivaron la aparición en la historia de los primeros textos que se pueden denominar constitucionales.

En efecto, a partir de la transformación en el derecho público francés, generada por la Revolución, son dos las ideas que irían a contrapelo y que se disputarían un lugar en las Constituciones y, aunque aparentemente semejantes, difieren en cuanto a sus alcances y consecuencias sobre las instituciones, esto es, las ideas de filiación rousseauiana que postula el principio de soberanía popular y a las nacidas de la Asamblea Constituyente del 89 al 91 que sostienen la idea de soberanía nacional. *El contrato social* que propuso Rousseau era el fundamento de la sociedad, del Estado y de la soberanía, pues su objeto no era solamente producir “un cuerpo moral y colectivo” con las personas de los contratantes, sino también, y esencialmente, crear en el seno de la sociedad un autoridad pública, instancia suprema que resolviera los asuntos de la comunidad. Esa voluntad general era el soberano, pues según Rousseau. “...*así como la naturaleza da a cada hombre un poder absoluto sobre sus miembros, el pacto social da al cuerpo político un poder absoluto sobre todos los suyos y es este mismo poder el que, dirigido por la voluntad general, lleva, como ya dije, el nombre de soberanía...*”.⁹

⁹ Pantoja Morán, David, *La Asamblea Nacional Francesa de 1789-1791 y la invención de la Constitución*, México, UNAM-Instituto de Investigaciones Jurídicas, 2017, pp. 72-73, <https://archivos.juridicas.unam.mx/www/bjv/libros/9/4309/8.pdf>

Así, Rousseau postuló la idea de que la soberanía residía a título inalienable e intransferible en el pueblo, por lo que cada miembro del soberano participaba de una fracción de la soberanía y, no pudiéndose expresar directamente cada copartícipe de la soberanía, los diputados electos por el pueblo eran comisionados de los electores mismos.¹⁰

Por su parte, Montesquieu con su obra el *Espíritu de las leyes*, señala que su diseño consiste en confiar las funciones estatales a autoridades o grupos de autoridades absolutamente distintas e independientes, esto es, instituir tres autoridades o grupos de ellas perfectamente separadas. En principio, separadas funcionalmente ya que cada autoridad ejercería, con plena independencia, de manera íntegra a la vez que exclusiva, una función estatal. También, separadas en lo personal, ya que no podrían revocarse unas a otras y materialmente por la prohibición de tener relación, contacto o comunicación entre sí.¹¹ David Pantoja señala que en el sistema de Montesquieu no estaban en absoluto separados funcionalmente los poderes, ya que ninguna de las autoridades era titular de la totalidad de una función, dueña exclusiva de esa función y especializada en esa única función, por lo que el principio de separación de poderes entrañaba un sistema en el cual éstos estaban simplemente repartidos en varias autoridades u órganos.¹²

Con base en lo anterior, se asumen la convergencia de tres principios básicos del constitucionalismo contemporáneo: el principio democrático basado en la afirmación de que el titular del Poder Constituyente es el Pueblo, el principio liberal basado en la defensa y garantía de los derechos y libertades de la persona mediante las declaraciones de derechos y la separación de poderes; y el principio de supremacía constitucional que afirma la sujeción del gobernante y del resto de los poderes constituidos y de todos sus productos normativos a la Constitución.¹³

¹⁰ *Ibidem*, pp. 91-92.

¹¹ *Ibidem*, p. 151.

¹² *Ibidem*, pp. 153-158

¹³ *Cfr.* Tajadura, Javier, "Constitución y democracia en la Unión Europea", en Tajadura, Javier y Josu de Miguel (Coords.), *Justicia Constitucional y Unión Europea Un estudio comparado de las experiencias de Alemania, Austria, España, Francia, Italia y Portugal*, Madrid, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, 2008, p 5.

En este sentido, el profesor Pedro De Vega ha señalado en atención al principio democrático que *al ser el Estado una obra humana, es al pueblo a quien corresponde el establecimiento de sus modos y formas de organización*¹⁴. De esta forma, el principio democrático se erige en el fundamento último de la nueva forma de organización política del Estado. De ahí que sólo sea posible hablar de Estado Constitucional en la medida en que éste base su organización en un texto que es obra de la voluntad de un pueblo soberano y que se considera por ello el único sujeto legitimado para decidir cómo quiere ser gobernado, lo que lo diferencia del resto de formas políticas que puede adoptar un Estado.

En esa virtud, a la conjunción del pueblo soberano en aras de diseñar una obra como fundamento estatal, se le otorgó la denominación de “Poder Constituyente”, vocablo que no tuvo aparición sino hasta el año de 1778 en la obra formulada por Emmanuel J. Sieyès, *¿Qué es el Tercer Estado?*¹⁵, nombrándolo “*pouvoir constituant*”, siendo concebida su naturaleza, como el poder generador de una Constitución.

Así, una primer preocupación del Constituyente, ha sido el de trasladar al plano normativo constitucional, el reconocimiento de la existencia de una esfera de libertad individual, mediante declaraciones de derechos, los que para su garantía exigen la consagración de la separación de poderes. En cualquier caso, lo que importa subrayar es que las declaraciones de derechos se configuran como un presupuesto inexcusable para la existencia misma del Estado Constitucional y que lo distinguen del Estado absoluto.¹⁶

Lo anterior, se vio reflejado en la Declaración de Derechos del Hombre y del Ciudadano, aprobada por la Asamblea Nacional Francesa, el 26 de agosto de 1789, la que en su artículo 16 consagró: *“Toda la sociedad en la cual la garantía de los*

¹⁴ De Vega, Pedro, citado por Tajadura, Javier, “Constitución y democracia en la Unión Europea”, en Tajadura, Javier y Josu de Miguel (Coords.), *Justicia Constitucional y Unión Europea Un estudio comparado de las experiencias de Alemania, Austria, España, Francia, Italia y Portugal*, op. cit., p.6.

¹⁵ Sieyes, Emmanuel J., *¿Qué es el Tercer Estado?*, p. 8, <https://borisbarriosgonzalez.files.wordpress.com/2011/09/sieyes-que-es-el-tercer-estado.pdf>

¹⁶ Tajadura, Javier; “Constitución y democracia en la Unión Europea”..., op. cit., p. 7.

derechos no está asegurada ni la separación de poderes establecida, no tiene Constitución".¹⁷ Por lo que la garantía de los derechos y la separación de poderes, se erigen como presupuestos ineludibles del Estado Constitucional.

Así, una vez que mediante la declaración de derechos, se ha establecido la esfera de libertad individual, de lo que se trata es de hacerla efectiva. En ello consiste el acto constitucional, en aprobar un texto constitucional que organizando el Estado conforme al principio de división de poderes asegure al ciudadano el respeto a su ámbito de libertad personal.¹⁸

Por lo que, será mediante el "pacto social" como surja el Poder Constituyente y como se configure, por tanto, el titular de la soberanía. Desde un punto de vista lógico resulta incuestionable que, si la Constitución es el fruto de la voluntad del Poder Constituyente, el surgimiento de éste último, debe ser previo a la emisión de aquella. Mediante la verificación del pacto social, el pueblo queda afirmado como el único sujeto titular de la soberanía en el Estado¹⁹.

En este sentido, se cita de manera textual, al profesor Javier Tajadura, al referirse al principio democrático como fundamento del Estado Constitucional:

"No parece necesario insistir más sobre la relevancia del principio democrático y en su carácter de fundamento del constitucionalismo contemporáneo. Baste recordar, a modo de síntesis de todo lo dicho, las celeberrimas palabras con las que se inicia el Preámbulo de la Constitución de los Estados Unidos de Norteamérica: *"Nosotros, el Pueblo..."*. Concisa y precisa traducción jurídica del principio democrático manifestado en el pacto social. A partir de entonces podremos encontrar también en otros preámbulos constitucionales declaraciones similares del principio democrático, pero corresponde al Preámbulo norteamericano el mérito de haber sido el primero en formularlo con tan meridiana claridad por lo que podemos considerar a dicho texto, en cierta medida, como el documento fundacional del constitucionalismo contemporáneo.

Traducción concisa del principio democrático manifestado en el pacto social, como fundamento del constitucionalismo."²⁰

¹⁷ Declaración de Derechos del Hombre y del Ciudadano, aprobada por la Asamblea Nacional Francesa, el 26 de agosto de 1789, consultable en: http://www.pudh.unam.mx/declaracion_DH_hombre_ciudadano.html

¹⁸ Tajadura, Javier; *op. cit.*, p. 7.

¹⁹ *Íbidem*, p. 8.

²⁰ *Íbidem*, p. 9.

Es pues, el principio democrático el fundamento del constitucionalismo contemporáneo, sin embargo, la cuestión que inevitablemente se plantea es, cómo hacer compatible el principio de soberanía popular con la democracia representativa. La respuesta la proporciona el profesor De Vega: *“La necesidad de hacer valer, conforme al principio democrático, la suprema autoridad del pueblo frente a la autoridad del gobernante, no ofrece otra posibilidad ni otra alternativa que la de establecer, por el propio pueblo, una ley superior (la Constitución), que obligue por igual a gobernantes y gobernados. En contraposición a los poderes constituidos (los gobernantes), ordenados y limitados en la Constitución, aparece de este modo, como poder previo ilimitado y total el poder constituyente”*²¹.

Solamente aceptado lo anterior, es posible entender a la Constitución como tal, es decir, como una auténtica norma jurídica suprema de un Estado, lo que implica, que el principio democrático conduce, inexorablemente, al principio de supremacía constitucional que no es más que su lógico correlato²². De manera que, la Constitución es suprema en atención a la naturaleza del Poder soberano que la crea y en favor de quien se establece.

Cobra relevancia lo mencionado por Giuseppe De Vergottini, al señalar que, en la práctica, prescindiendo de la forma de Estado a la cual se relacionan, las Constituciones contemporáneas derivan de una decisión inicial que se valoriza en cuanto se fundamenta en cierto ordenamiento. Los casos más evidentes son aquellos en los cuales la decisión constitucional tiene lugar en el momento en que se afirma un nuevo Estado que se integra a la comunidad internacional; en otros casos la Constitución obtiene cambios en la forma de Estado a consecuencia de una revolución o con la decisión de proceder a una radical reestructuración de la organización estatal, por ejemplo pasando del Estado centralista a una estructura federal.²³

²¹ De Vega, Pedro, *La reforma constitucional y la problemática del Poder Constituyente*, Tecnos, Madrid, 1985, p. 25.

²² Tajadura, Javier, *op. cit.*, p. 10

²³ De Vergottini, Giuseppe, *Derecho constitucional comparado*, Trad. De Herrera Claudia, México, UNAM, 2004 p. 127, consultable en: <http://ru.juridicas.unam.mx/xmlui/handle/123456789/10408>

Del mismo modo, De Vergottini señala que para calificar al sujeto que decide sobre la Constitución se ha adoptado el término de Poder Constituyente desde el periodo de la Revolución francesa, cuando se debían establecer las bases de un nuevo ordenamiento radicalmente diverso al previsto por la Constitución monárquica vigente en ese entonces, en esas circunstancias el Poder Constituyente de la asamblea se afirmó como esencia de una nueva soberanía, en contestación a la monarquía, dejada de lado, y era definido como privo de límites jurídicos en modo absoluto.²⁴

Ahora, si bien De Vergottini evidencia la formación de la Constitución a través de diversos procedimientos, entre los que se aprecian los que ha calificado como *procedimientos externos*²⁵, en los casos en los que el ordenamiento se da por otro Estado, a consecuencia de una derrota bélica, en la que el diverso Estado ve perdida su soberanía, y por tanto le es impuesto un ordenamiento constitucional. Como también a través de *procedimientos internacionalmente guiados*²⁶ por medio de la actividad de organizaciones internacionales; destacadamente prevé la formación de Constituciones por procedimientos democráticos, siendo aquellos que presuponen el paso de la soberanía popular que pone de manifiesto en el plano constituyente o en modo indirecto, mediante asambleas constituyentes con el fin específico de elaborar una Constitución, como ejemplo se tienen los primeros estados norteamericanos a partir de 1776 y de la elaboración de la Constitución de los Estados Unidos de 1787, a la cuales siguieron textos constitucionales franceses de 1791²⁷, 1848 y 1875; así como la mayor parte de las Constituciones posteriores a los dos conflictos mundiales se hicieron de este modo, entre ellas la Constitución italiana vigente y la Constitución portuguesa de 1976.²⁸

En todos esos casos mencionados, se aprecia que la formación de una Constitución por un procedimiento democrático, se realiza en favor del pueblo que

²⁴ *Ídem.*

²⁵ *Ibidem*, pp. 129-132.

²⁶ *Ibidem*, pp. 132-137.

²⁷ Se precisa que la Constitución francesa de 1791 era de Monarquía moderada.

²⁸ Vergottini, Giuseppe, *Derecho constitucional comparado...*, *op. cit.*, pp. 139-140

se califica de soberano, por ser en muchos de los casos quien participa en su elaboración, y a quien a su favor se dirige el texto constitucional, mediante el reconocimiento de derechos²⁹, y la correlativa limitación del poder, reflejada en la separación de funciones.

Ante ello, es una exigencia imprescindible del Estado Constitucional, que el Poder Constituyente una vez que actúa aprobando la Constitución desaparezca, delegando a órganos derivados la labor del cumplimiento de la finalidad estatal. Con ello, aparece la distinción entre Poder Constituyente y poderes constituidos, siendo éstos creación de aquel.³⁰

Contrario a lo anterior, el principio democrático en la Europa decimonónica tomó un cauce distinto, particularmente en aquellos Estados basados en regímenes de corte liberal Burgués y con el apoyo principalmente de la doctrina de Sieyès³¹, se privilegió la tesis en la que se subordina la Constitución a los mudables intereses de las mayorías parlamentarias, que se convierten en auténticos poderes constituyentes, con poderes absolutos e ilimitados; de manera que la idea del liberalismo doctrinario, pretendía perpetuar al Poder Constituyente en los órganos constituidos principalmente en el Monarca y en el Parlamento, con la insostenible tesis de la soberanía compartida, con ella tanto el Rey y el Parlamento oligárquico-burgués como titulares de la soberanía, ambos se configuraban como Poder

²⁹ Los derechos en un Estado Constitucional son imprescindibles, los cuales otorgan libertad en el ámbito personal y social, y constituyen fronteras a la actuación estatal a la que Garzón Valdez denominó: “*coto vedado*”. Garzón Valdéz, Ernesto, “Representación y democracia”, en Garzón, E., *Derecho, ética y política*, Madrid, CEC, pp. 631-650. En este sentido, Luigi Ferrajoli ha utilizado la expresión “*la esfera de lo indecible*” para denominar al conjunto de principios que, en democracia, están sustraídos a la arbitrariedad estatal, al respecto véase: Ferrajoli, Luigi, *Democracia y garantismo*, Madrid, Editorial Trotta, 2008, pp. 102-104.

³⁰ Sobre el particular, Emmanuel J. Sieyès, hace la distinción expresando la idea de la siguiente manera: “*En cada una de las partes la Constitución no es obra del poder constituido, sino del poder constituyente. Ninguna clase de poder delegado puede cambiar nada en las condiciones de la delegación*”, citado por Mateos Santillán, Juan José et al., *Teoría de la Constitución*, 3ª ed., México, Porrúa, 2007, p. 113.

³¹ La doctrina de Emmanuel J. Sieyès estuvo basada en la creencia de que dado el carácter abstracto de la Nación, la soberanía solo podía ser ejercitada por los representantes de aquella, de ahí que las asambleas parlamentarias en cuanto representantes del soberano, son ellas mismas soberanas, no únicamente durante el proceso constituyente, sino durante toda la vida del Estado, tesis que niega por completo la efectividad del principio democrático. Cfr. Javier, “Constitución y democracia en la Unión Europea”, *op. cit.*, pp. 9-10.

Constituyente del Estado y poderes constituidos del mismo. Ejemplo de ello, lo son los regímenes como el francés de 1814 y el español de 1834 no basados en Constituciones auténticas sino en meras Cartas otorgadas.³²

En cambio, se insiste que, un proceso constituyente basado en el principio democrático, se inicia con el pacto social por el que nace el Poder Constituyente soberano, continúa con el proceso de elaboración y aprobación de la Constitución, y en ella queda incluida no sólo la organización estatal y el equilibrio de poderes, sino el reconocimiento de derechos y sus garantías, lo que da origen al Estado constitucional.

No pasa desapercibido qué, con toda la tradición inaugurada por Rousseau, Kelsen piensa que la Constitución democrática no es tal por haber sido querida por el pueblo soberano mediante el ejercicio del poder constituyente originario. Considera al “pueblo soberano”, entendido como “sujeto” o como “persona” que ha dado vida a la Constitución, como una verdadera y auténtica abstracción, inaceptable porque no corresponde de ninguna manera a la experiencia concreta de las constituciones del siglo XX. Si estas últimas pretender ser democráticas es precisamente porque ya no derivan de la voluntad de un “sujeto” o de una “persona” que puede considerarla fruto de sus propias elecciones. Las constituciones del siglo XX son democráticas precisamente porque son constituciones *sin autor* y están protegidas del peligro de que alguno pueda considerarlas como algo propio, algo de lo que puede disponer libremente. Para Kelsen la constitución es democrática cuando no tiene dueños, cuando niega a todos la posibilidad de dictar de manera autorizada su interpretación auténtica conforme a la voluntad del soberano, del sujeto que aparece, en la línea que él critica, como el autor de la constitución, como el titular del originario Poder Constituyente³³.

³² *Ibidem*, pp. 11-13.

³³ Fioravanti, Maurizio; Constitución, de la antigüedad a nuestros días, Madrid, Trotta, 2001, p. 155-156.

En esta situación la Constitución deriva de un proceso que produce constitución en la medida en que es capaz de mediar, de componer, de representar en su interior la pluralidad de las fuerzas y de los concretos intereses existentes.

En conclusión, en el desarrollo de las experiencias constitucionales de la segunda mitad del siglo XX, como la italiana iniciada con la Constitución de 1948, la francesa inaugurada con la Constitución de 1946 o la alemana que tuvo su comienzo con la Ley Fundamental, la *Grundgesetz* de 1949, dichas constituciones unidas a la siguiente francesa de 1958 de la Quinta República y a la española posfranquista de 1978, representan la fase ulterior y más desarrollada de la experiencia constitucional democrática europea del siglo XX.³⁴

Las historias nacionales han influido bastante. Baste pensar en el hecho de que la *Grundgesetz* alemana, en un país derrotado y militarmente ocupado, no fue aprobada por ninguna Asamblea Constituyente, como sí sucedió en Italia y en Francia, que han admitido la necesidad de un control de constitucionalidad. Las cuales, han adoptado las doctrinas de la constitución democrática, así de Carl Schmitt, tomando la idea de que la Constitución es democrática porque es querida por el poder constituyente del pueblo soberano, que marca de tal modo una fuerte discontinuidad con el anterior régimen político, como sucede de modo particular y de manera ejemplar en Italia en 1947. De Kelsen, se toma la idea del pluralismo social y político, según el cual la Constitución es democrática sobre todo porque no permite a nadie ocupar la totalidad del espacio de acción dentro del cual se mueven las fuerzas sociales y políticas, porque empuja a estas mismas fuerzas al dialogo, al compromiso, al recíproco y pacífico reconocimiento.³⁵

Sin embargo, estas constituciones de la segunda mitad del siglo XX presentan una nueva forma de Constitución democrática, ya que ciertamente el poder constituyente se reafirma a lo largo del siglo XX, a partir de la Constitución de Weimar de 1919, pero con un significado que se aleja cada vez más del

³⁴ *Ibidem*, p. 160.

³⁵ *Ibidem*, p. 161.

revolucionario francés de la manifestación de soberanía del pueblo o de la nación. A modo de ejemplo, una sentencia del Tribunal Constitucional español:

... la distinción entre poder constituyente y poderes constituidos no opera sólo en el momento en el que se establece la Constitución; la voluntad y la racionalidad del poder constituyente objetivizados en la Constitución no sólo fundan la Constitución en su origen, sino que fundan permanentemente el orden jurídico estatal y presuponen un límite a la potestad del legislador.³⁶

Luego entonces, el significado Poder Constituyente ha variado su concepto europeo-continental de soberanía y se va uniendo al de constitucionalidad que limita la potestad del legislador. Por lo que, los regímenes políticos europeos de la segunda mitad del siglo XX intentan ser bajo este perfil, democracias constitucionales, es decir, democracias dotadas de una precisa identidad por estar dotadas de una Constitución en la que se encuentran expresados los principios fundamentales que caracterizaban el mismo régimen político. La legalidad que esta democracia expresan, que ahora es la constitucional, ya no permite una subversión integral de la Constitución en nombre del Poder Constituyente del pueblo soberano como en el modelo radical de ascendencia rousseauiana, pero tampoco una negociación incesante, sin fin y sin dirección determinada, entre las fuerzas sociales y políticas considerada legítima sólo porque se desarrolla según las reglas parlamentarias del pluralismo social y político, como en el modelo kelseniano³⁷.

De manera que, estas constituciones representan el intento de recomponer la gran fractura entre democracia y constitucionalismo. Sobre esta base hemos tenido –en la segunda mitad del siglo XX- constituciones nacidas del ejercicio del Poder Constituyente por parte del pueblo soberano, fundadas sobre el principio de la soberanía popular, pero al mismo tiempo orientadas a situarse por encima de los legisladores, como una Constitución como límite, como ideal de estabilidad y de equilibrio.

En la fórmula contemporánea de la democracia constitucional está el justo equilibrio entre principio democrático, dotado de valor constitucional a través de las

³⁶ STC 76/1983, de 5 de agosto, fundamento jurídico 4.

³⁷ Fioravanti, Maurizio; Constitución, de la antigüedad a nuestros días, *op. cit.*, pp. 162-163.

instituciones de la democracia política y el mismo papel del legislador y del gobierno, y la idea –ínsita en toda la tradición constitucionalista- de los límites de la política a fijar mediante la fuerza normativa de la Constitución y, en particular, a través del control de constitucionalidad siempre más determinante en el ámbito de las democracias modernas³⁸.

1.2. Sobre el concepto de Constitución

El concepto de “Constitución” puede ser analizado a partir de distintas aproximaciones, ya sea en atención a las diversas doctrinas constitucionales, así como en atención a las diferentes épocas en que ha sido objeto de discusión. Lo que hace que existan una multiplicidad de significados. Por ello, habrá que realizar un recorrido, aunque sea breve, de las diferentes concepciones que la doctrina constitucional ha realizado sobre el significado de constitución.

a) De la constitución de los antiguos a los modernos, un breve repaso.

En ese entendido, es oportuno acudir a la obra del profesor de historia de las constituciones, Maurizio Fioravanti quien especialmente en la obra intitulada “*Constitución, de la antigüedad a nuestros días*”³⁹, realiza un análisis de las doctrinas constitucionales que en distintas épocas han tomado la Constitución como objeto propio, entendida ésta como ordenamiento general de las relaciones sociales y políticas, así como su significación en diversas épocas, desde las antigüedad hasta fechas más recientes en que ha sido considerada como una Constitución democrática.

En esa virtud, las primeras doctrinas constitucionales, son las griegas del siglo IV a.e.c., que con la influencia de las figuras de Platón (428-347 a.e.c.) y de Aristóteles (384-323 a.e.c.), se buscaba por parte de los antiguos una forma de gobierno ideal, o de la mejor forma de gobierno posible, para mantener unida y desarrollar la comunidad política. La forma de gobierno buscada no presupone por

³⁸ *Ibidem*, p, 163-154.

³⁹ Fioravanti, Maurizio; *Constitución, de la antigüedad a nuestros días*, Madrid, Trotta, 2001.

ello ninguna “soberanía” y menos aún un “Estado”, se refiere simplemente a *un sistema de organización y de control* de los diversos componentes de la sociedad históricamente dada, construido para dar eficacia a las acciones colectivas y para consentir así, un pacífico reconocimiento de la común pertenencia política.⁴⁰

De manera que, la doctrina política de la mitad del siglo IV que caracterizó la experiencia griega, especialmente la ateniense, era la forma *democrática*. En efecto, con Clístenes primero, y su reforma constitucional de 508-507, y con Pericles después, de 460 a 430, la ciudad de Atenas había adquirido una conformación desde el punto de vista política de carácter fundamentalmente democrático, lo que en realidad significaba que la forma democrática de gobierno era la primacía absoluta de la asamblea de todos los ciudadanos atenienses para la asunción de las decisiones de relevancia colectiva; derecho de palabra y de propuestas dentro de la asamblea atribuido a todo ciudadano sin discriminación alguna; extracción por suerte de los cargos públicos y de las magistraturas, comprendidos los tribunales, de nuevo sobre el presupuesto de una igualdad absoluta entre los ciudadanos, de tal manera que todos son considerados dignos de acceder incluso a los más altos cargos; alternancia anual de los gobernantes, que compromete en la responsabilidad de gobierno a la parte más tenaz posible de la ciudadanía; obligación de los mismos gobernantes de rendir cuentas públicamente. Lo que se había desarrollado según el binomio *demokratía-isonomía*, situado en el principio de la igualdad⁴¹.

Dicha forma de gobierno democrático, originó un uso concreto del concepto de *politeía*, que los modernos atribuyen al de Constitución. En este sentido, Fioravanti explica que la *politeía* no es más que el instrumento conceptual del que se sirve el pensamiento político del siglo IV para enuclear su problema fundamental: la búsqueda de una forma de gobierno adecuada al presente, tal que refuerce la unidad de la *polis*, amenazada y en crisis desde distintos frentes. En el ámbito de ese pensamiento, esta búsqueda tiene ahora una palabra que le permite

⁴⁰ *Ibidem*, pp. 15-17.

⁴¹ *Ibidem*, pp. 17-18.

expresarse, que es *politeía*. Con ella se intenta subrayar la necesidad de penetrar en la forma de la unión política, de manera que tome lo que en el fondo caracteriza la *polis*, lo que la mantiene unida.⁴²

Asimismo, en el siglo IV con Platón y Aristóteles, nace una reflexión sobre la política que está seguramente animada por fuertes ideales constitucionales. Sobre la presencia de tales ideales no parece haber ninguna duda. Tanto Platón como Aristóteles, especialmente el segundo, contraponen con claridad el régimen político que nace de una instauración violenta, y que como tal termina inevitablemente por degenerar en la tiranía, al régimen político que –por el contrario-, está establemente dotado de constitución, porque desde sus orígenes es fruto de una composición paritaria y razonable de las tendencias y de los intereses presentes en la sociedad. Aristóteles da finalmente un nombre a este régimen, el de *politia*. Sobre esta base empieza a tomar forma la constitución de los antiguos, a la que también contribuirán de manera relevante los romanos, en gran medida como continuación de los griegos. El término de inflexión entre unos y otros está seguramente en la obra del historiador griego Polibio, en el siglo II a.e.c., en el momento en que Grecia se ve sometida por la potencia creciente de Roma⁴³, que propugna por una constitución mixta, donde ya no es una teoría de la disciplina social, y deviene exclusivamente una teoría de la *disciplina del poder*, buscando su limitación, derivado de la constante aplicación del principio de contraposición, gracias al hecho de que cada poder esté bien equilibrado y contrapesado.

Luego, entre los años 55 y 51 a.e.c., con la influencia de Cicerón a través de sus dos grandes obras políticas: *De re publica* y *De legibus*, emerge la doctrina de la *res publica* que consiste en un proyecto de conciliación social y política, que llama a todas las fuerzas a disciplinarse, con el fin de hacer prevalecer en sus propias filas –sean las del pueblo o las de la aristocracia- la mejor parte y, también, los mejores hombres, los más íntegros moralmente⁴⁴.

⁴² *Ibidem*, p.19.

⁴³ *Ibidem*, p. 25.

⁴⁴ *Ibidem*, p. 29.

Por tanto, la constitución de los antiguos derivó de la reflexión política griega del siglo IV y la romana ciceroniana, como una constitución que es invocada como *politeía* o como *res publica*, es decir, como criterio de orden y de medida de las arduas relaciones políticas y sociales de su tiempo, con la finalidad de alcanzar la conciliación social y política.

Hasta aquí dejamos lo que Fioravanti denominó “la constitución de los antiguos”, para continuar con la “constitución medieval”. Partiendo de que, no existe duda que los numerosos siglos que forman la Edad Media han dado vida a una importante reflexión sobre la constitución. En ese periodo, sobre la guía de la herencia de los antiguos, se distingue con claridad al rey del tirano, y se enuncian las doctrinas del derecho de resistencia, de las leyes fundamentales y de la supremacía de la comunidad política como conjunto compuesto de partes definidas, a la que está conexas la afirmación progresiva de la práctica representativa y la pugna por la definición de la ubicación constitucional de los parlamentos. Así la constitución medieval puede entenderse más bien como *un orden jurídico dado*, a preservar, a defender frente a todos aquellos que pretendan introducir alteraciones arbitrarias en los equilibrios existentes, de manera que, en la reflexión medieval –de los filósofos, de los teólogos, de los mismos juristas- se afirma a partir del siglo XI, en la plenitud de la Edad Media.

Así, en la Edad Media el discurso sobre la constitución, sobre el límite más allá del cual el príncipe se convierte en tirano sobre el ejercicio del derecho de resistencia, sobre las leyes fundamentales, está dirigido a la defensa y la tutela del orden jurídico dado.⁴⁵

Mientras que los modernos en términos de Fioravanti, han formalizado de manera extrema la problemática de la forma de gobierno, resolviéndola finalmente en una técnica de atribución de competencias, basada en el presupuesto de que la cuestión del gobierno se agota totalmente en el plano de las relaciones entre los

⁴⁵ *Ibidem*, pp. 37 y 38.

poderes públicos y el límite a través de la revisión constitucional, lo que denomina una constitución democrática o de los modernos.

Precisamente la Constitución alemana de Weimar de 1919 representa en cierto sentido el comienzo de las constituciones democráticas del siglo XX. Si adoptamos un punto de vista histórico comparativo e imaginamos que la constitución democrática europea del siglo XX representa un tipo histórico de constitución, una forma constitucional históricamente determinada, no es difícil ver que la Constitución de 1919 contiene todos los elementos propios y específicos de nuestro “tipo histórico”, que no por casualidad recorrerán, de diversas maneras, todas las constituciones democráticas sucesivas, comprendidas las aún vigentes, como la italiana de 1948.⁴⁶

El primero de estos elementos, del que en cierta medida todos los otros derivan, parte de la renovada presencia de un explícito poder constituyente, que se coloca al inicio de la constitución y que, en el caso de 1919, es ejercido por el pueblo alemán. La constitución existe porque el sujeto titular de aquel poder, que es el mismo pueblo soberano, la ha querido, tomando determinadas decisiones e imprimiendo por consecuencia, a esa misma constitución determinados caracteres. Esas decisiones, a su vez, aparecen transcritas en la constitución, en el plano normativo, a través de grandes principios, que en general se refieren a los derechos de los ciudadanos en el plano civil, político y también social. El conjunto de estas normas, en fin, se concibe, a partir de 1919 –y en el concreto desarrollo de la experiencia de las constituciones democráticas del siglo XX-, como un verdadero y auténtico *núcleo fundamental* de la constitución, derivado directamente del poder constituyente, de manera que representa el aspecto más esencial y en definitiva irrenunciable de cada constitución⁴⁷.

Este tipo de constitución supera la forma constitucional estatal y parlamentaria, otorga significado a principios fundamentales, que el ejercicio del poder soberano constituyente del pueblo ha colocado en la base de la convivencia civil. Así,

⁴⁶ *Ibidem*, p. 149-150.

⁴⁷ *Ídem*.

comienzan los instrumentos institucionales necesarios para la tutela y para la realización de estos principios fundamentales, como por ejemplo: el principio de inviolabilidad de los derechos fundamentales, que incluye la cuestión del control de constitucionalidad de las leyes en relación con las constituciones que han enunciado esos derechos normativamente, y el principio de igualdad, que en las constituciones democráticas va más allá de la mera prohibición de discriminación así como la realización de los derechos sociales.

Así, fueron posibles interpretaciones del nuevo carácter democrático de las constituciones del siglo XX, como la ofrecida por Carl Schmitt, para el cual, una constitución es democrática cuando es capaz de representar y hacer vivir, en el plano institucional y político, al sujeto constituyente que le ha dado vida, es decir, al pueblo soberano⁴⁸. Para él, si la constitución existe y funciona como una ley fundamental de la comunidad política, es porque contiene un irrenunciable elemento político que consiste en ser expresión del pueblo soberano, que se ha manifestado en el plano normativo a través de ella.

Sobre esta base, y también en el caso de la Constitución de Weimar de la que se ocupa el propio Schmitt, se reunieron los otros elementos que caracterizan la constitución y que en general derivan de la tradición del constitucionalismo liberal: la separación de poderes y el equilibrio entre los poderes, la tutela jurisdiccional de los derechos, el método parlamentario para la asunción de las decisiones políticas⁴⁹.

Sin embargo, lo importante era encontrar una forma constitucional estable y adecuada entre la democracia y el constitucionalismo, por lo que se produjo otro intento de equilibrar dichos principios, a través de la teoría de la democracia y de su constitución elaborada por Kelsen, para quien la constitución democrática es, sobre todo, el tipo histórico de constitución que desde la revolución francesa en adelante tiende a afirmar el principio del necesario fundamento normativo de todo poder. Siendo democrática porque tiende a excluir poderes autocráticos, es decir, poderes que buscan autolegitimarse, afirmar un fundamento propio y distinto, distinto por su

⁴⁸ *Ibidem*, p. 151.

⁴⁹ *Ibidem*, p. 152.

naturaleza de aquel de la norma constitucional, que es por el contrario el único fundamento, según Kelsen, admisible en democracia. De ahí que, se deduce que es democrático el régimen que no sobrevalora ningún poder, que reconduce todos los poderes a la norma constitucional.⁵⁰

No es desconocido que para Kelsen en una Constitución democrática debería existir una *primacía del parlamento*, sin que ello se tradujera en una soberanía del parlamento, pues incluso señaló que cuando la ley del parlamento se emitiera como *puro acto de voluntad de la mayoría*, es necesario poner un límite, ya que en esa situación está en juego la misma Constitución entendida como principio en el que se expresa jurídicamente el equilibrio de las fuerzas políticas.⁵¹

Este límite se obtiene mediante la institución del control de constitucionalidad confiado al tribunal constitucional, lo cual no contradice el principio democrático, puesto que la ley vale ahora en cuanto, y sólo en cuanto, realice en sí el ideal democrático de la pacífica convivencia entre la pluralidad de fuerzas e intereses que operan en realidad. Así, entre una Constitución democrática que contiene ese ideal y una ley que se aparta de él, tendiendo a proponerse como puro acto de la mayoría, no se debe dudar en preferir la primera y conminar a la segunda a una verdadera y propia sanción de invalidez a través del pronunciamiento del tribunal constitucional⁵². Así, ha sintetizado el mismo Kelsen de manera eficaz esta posición:

“Asegurando la confección constitucional de las leyes, y en especial, su constitucionalidad material, la jurisdicción constitucional es un medio de protección eficaz de la minoría contra las invasiones de la mayoría. La democracia de la mayoría se hace soportable cuando es ejercida de manera regular.

... Si se ve la esencia de la democracia, no en la omnipotencia de la mayoría, sino en el compromiso constante entre los grupos representados en el Parlamento por la mayoría y la minoría, y por tanto, en la paz social, la jurisdicción constitucional aparece como un medio particularmente idóneo para realizar esta idea. La simple amenaza de interposición del recurso ante el tribunal constitucional puede ser, entre las manos de la minoría, un instrumento propicio para impedir que la mayoría viole inconstitucionalmente sus intereses jurídicamente protegidos y para oponerse, en

⁵⁰ *Ibidem*, pp. 154-155.

⁵¹ Kelsen, Hans, *La garantía jurisdiccional de la Constitución. La justicia constitucional*, trad. de Rolando Tamayo y Salmorán, México, Instituto de Investigaciones Jurídicas, UNAM, 2001, p. 21, <https://archivos.juridicas.unam.mx/www/bjv/libros/1/31/tc.pdf>

⁵² Fioravanti, Maurizio, *op. cit.*, p. 158.

última instancia, a la dictadura de la mayoría que no es menos peligrosa para la paz social que la de minoría”.⁵³

En conclusión, en el desarrollo de las experiencias constitucionales de la segunda mitad del siglo XX, como la italiana iniciada con la Constitución de 1948, la francesa inaugurada con la Constitución de 1946 o la alemana que tuvo su comienzo con la Ley Fundamental, la *Grundgesetz* de 1949, dichas constituciones unidas a la siguiente francesa de 1958 de la Quinta República y a la español posfranquista de 1978, representan la fase ulterior y más desarrollada de la experiencia constitucional democrática europea del siglo XX, en donde se encuentra el justo equilibrio entre principio democrático, dotado de valor constitucional a través de las instituciones de la democracia política y el mismo papel del legislador y del gobierno, y la idea –ínsita en toda la tradición constitucionalista- de los límites de la política a través del control de constitucionalidad.

b) Algunos conceptos de Constitución

En este breve apartado, acudiremos a los tratadistas que, de una forma específica, han aportado un concepto de Constitución.

A título indicativo, Giuseppe De Vergottini, señala que el concepto Constitución ha desarrollado una noción *deontológica*, en cuanto a modelo ideal de organización estatal; una noción *sociológica-fenomenológica*, en cuanto a modo de ser del Estado; una noción *política*, en cuanto organización basada sobre determinados principios de orientación política y de manera particular una noción *jurídica*, esta última se identifica con el ordenamiento estatal o, de modo más estricto, con la norma primaria sobre la que se funda el ordenamiento.⁵⁴

Sin embargo, hay que remitirse a cada uno de los ordenamientos constitucionales para conocer el contenido de una Constitución. Contenido que se determina teniendo en cuenta tanto la parte formalizada en un texto solemne (Constitución formal) como la comprendida en textos escritos distintos de la

⁵³ Kelsen, Hans, *La garantía jurisdiccional de la Constitucional...*, op. cit., pp. 99-100.

⁵⁴ Vergottini, Giuseppe, *Derecho constitucional comparado*, op. cit., p. 110.

Constitución formal y en las costumbres constitucionales, y que se deduce de convenciones constitucionales o de modificaciones tácitas de la Constitución (la llamada Constitución real o viviente, o sustancial). Constitución formal y sustancial no están necesariamente en contraste. Se puede limitar la segunda e integrar la primera. Pero es cierto que pretender limitar la Constitución al solo dato formal significaría, en general, ignorar aspectos importantes o fundamentales de un ordenamiento.⁵⁵

Cuando se menciona la contraposición entre Constitución formal y sustancial, se acerca el tema de la *concepción garantista* de la Constitución formalizada en un documento solemne escrito, concepción típica de un particular momento histórico, de ahí que se debe reconocer que sólo en una determinada situación histórica se ha afirmado una ideología (el “constitucionalismo”) que ha visto en la formalización de la Constitución la *esencia* misma del ordenamiento social y político, disciplinando la forma de gobierno de modo que se reconociesen y garantizasen a los individuos frente al poder político los derechos de libertad, de manera que la misma organización del poder se repartiese según un módulo que asegurase las libertades fundamentales (separación de poderes). Como se ha referido, un valor emblemático en tal sentido lo asume el artículo 16 de la Declaración francesa de 1789, a cuyo tenor: *“toda sociedad en la cual no esté asegurada la garantía de los derechos, ni determinada la separación de poderes, no tiene Constitución”*. Así se identifica el concepto mismo de Constitución con una Constitución formalizada con un contenido específico garantista correspondiente a la ideología liberal.⁵⁶

En este mismo sentido, Riccardo Guastini⁵⁷ prevé a la Constitución entre otras acepciones, como un límite al poder político, al señalar que el término Constitución es comúnmente utilizado, en su sentido originario, para denotar cualquier ordenamiento estatal de tipo liberal (o, si se quiere, liberal-garantista); un ordenamiento en el que la libertad de los ciudadanos en sus relaciones con el

⁵⁵ *Ibidem*, p. 111.

⁵⁶ *Ibidem*, p. 112.

⁵⁷ Guastini, Riccardo, *Teoría Constitucional*, Centro de Estudios Carbonell, México, 2016, pp. 2-3.

Estado esté protegida mediante adecuadas técnicas de división del poder político. Asimismo, reconoce que el originario concepto liberal de Constitución fue puesto en claro por la Declaración de Derechos del Hombre y del Ciudadano de 1789.

Con base en lo anterior, un Estado puede llamarse constitucional, o provisto de Constitución, si, y sólo si, satisface dos condiciones (disyuntivamente necesarias y conjuntivamente suficientes): 1) por un lado, que estén garantizados los derechos de los ciudadanos en sus relaciones con el Estado, y 2) por otro, que las competencias de los poderes del Estado, estén divididas y separadas.⁵⁸

El concepto de Constitución ideológica liberal no es el único que se ha desarrollado en la reciente historia constitucional, han surgido otros como la concepción garantista, la cual aparece en la Constitución estadounidense y en las francesas, en las cuales figura el principio de su carácter *racional y normativo*. La Constitución es una opción ordenada y coherente de principios fundamentales, basados en la razón, que ofrecen una justa posición a la función del individuo y al poder organizado que se subordina a la misma. La misma *forma escrita* asegura una garantía de racionalidad y certeza, que por el contrario no poseen las Constituciones consuetudinarias tradicionales.⁵⁹

Es importante precisar que en el periodo de la Revolución francesa se afirma el concepto de Poder Constituyente, que es distinto de los poderes constituidos: el primero es la expresión total de la soberanía, exento de condicionamientos; los segundos están condicionados, de modo diverso por la decisión inicial constituyente. Luego entonces, la Constitución se considera un sistema orgánico de normas jurídicas sobre el cual se basa la organización de los órganos constitucionales, el complejo de sus competencias, el reconocimiento de la esfera jurídica individual, la relación entre autoridad pública y libertad individual.

Asimismo, Guastini considera a la Constitución como conjunto de normas “fundamentales” que identifican o caracterizan cualquier ordenamiento jurídico. La

⁵⁸ *Ibidem*, pp. 3-4.

⁵⁹ De Vergottini, Guissepe, *op. cit.*, p. 114.

cuestión de determinar sobre cuáles normas deben ser consideradas “fundamentales” es opinable, por lo que, para Guastini pueden ser por lo menos las siguientes:

- 1) Las normas que regulan la organización del Estado y el ejercicio del poder estatal (al menos en sus aspectos fundamentales: la función legislativa, la función ejecutiva y la función jurisdiccional), así como la conformación de los órganos que ejercen esos poderes.
- 2) Las normas que regulan las relaciones entre el Estado y los ciudadanos (por ejemplo, las eventuales normas que reconocen a los ciudadanos derechos de libertad).
- 3) Las normas que regulan la “legislación” (entendida, en sentido “material”, como la función de crear el derecho), o sea las normas que confieren poderes normativos, que determinan las modalidades de formación de los órganos a los que esos poderes son conferidos, que regulan los procedimientos de ejercicio de esos poderes, etcétera.
- 4) Las normas frecuentemente, si son escritas, formuladas como declaraciones solemnes-, que expresan los valores y principios que informan a todo el ordenamiento⁶⁰.

De ahí que, Guastini concluye que son normas fundamentales de cualquier ordenamiento: a) las que determinan la llamada “forma de Estado”; b) las que determinan la “forma de gobierno”, y c) las que regulan la producción normativa.

Así Guastini indica que este concepto de Constitución (el relativo al conjunto de normas fundamentales) es característico del positivismo jurídico moderno, y es el que habitualmente se adopta hoy en día por los estudiosos del derecho público⁶¹. Dicho concepto de Constitución, a diferencia del originario sentido liberal, es un

⁶⁰ Guastini, Riccardo, *op. cit.*, pp. 5-6.

⁶¹ *Ídem*.

concepto políticamente “neutro”; una Constitución es tal con independencia de su contenido político (liberal, iliberal, democrático, autocrático, etcétera).

Ahora veamos la concepción de la Constitución como una norma base y como decisión del sujeto político.

La acentuación del carácter normativo de la Constitución (norma base) conduce a sostener la completa despersonalización de la soberanía estatal que de los gobernantes pasa primero al concepto abstracto de nación y, por ende, a la misma Constitución.⁶²

Mientras que una doctrina que tuvo varios seguidores es la de Schmitt⁶³, que escinde el concepto sustancial de Constitución, entendido como “decisión política fundamental del titular del poder constituyente” desde su formalización en un texto definida como “ley constitucional”.

En la concepción decisional el *presupuesto* del ordenamiento positivo es la *unidad política*. En una concepción diversa, habitualmente definida como normativa, el presupuesto está determinado por una *norma base*.

Derivado de ello, De Vergottini señala que, es una norma fundamental resultado de reconocer cierto derecho, seguida por la comunidad política ya que la Constitución es una norma vinculante. De la convicción sobre el carácter vinculante de la norma deriva la validez de la Constitución para todos los sujetos de un ordenamiento. Ésta es la Constitución en sentido lógico-jurídico sobre la cual se funda la Constitución positiva. En esta última se distinguen las normas positivas que regulan la producción de normas jurídicas generales (Constitución en sentido material) de otras normas que tienen como objeto diversos contenidos, y que, por ende, únicamente tienen forma constitucional (Constitución en sentido formal).⁶⁴

⁶² Vergottini, Giuseppe, *op. cit.*, p. 114.

⁶³ Schmitt, C. *Dottrina della costituzione* (1928), Milán, 1984, (trad. al castellano, Alianza Editorial, Madrid, 1992), p. 41, definición citada por Guastini, Riccardo, *Teoría Constitucional*, *op. cit.*, p. 21.

⁶⁴ Vergottini, Giuseppe, *op. cit.*, p. 117.

Así, Schmitt y Kelsen al señalar el fundamento de validez de la Constitución-acto, uno individúa el presupuesto justificante en la *decisión del sujeto político*, el otro en la *norma*. El primero justifica a la Constitución basándose en la decisión del sujeto que está en condiciones de excluir a otros concurrentes políticos, en cuanto impone la unidad política, en cambio, quien hace referencia a la norma jurídica plantea como base de la Constitución una opción “neutra” que puede cubrirse con diversos contenidos, fijando las reglas procesales del juego político que ofrecen la posibilidad a las diversas partes políticas para competir e imponerse con base en la regla de la mayoría.⁶⁵

Del mismo modo *Jellinek* la define de la siguiente manera: “*La Constitución del Estado comprende los principios jurídicos que determinan cuáles son los órganos supremos del Estado, el modo de su formación, sus relaciones recíprocas y su esfera de acción, y en fin la posición fundamental del particular respecto al poder del Estado*”⁶⁶.

Por su parte, Ferdinand Lasalle señaló que *la Constitución de un país es en esencia la suma de los factores reales de poder que rigen ese país*⁶⁷, lo anterior implica que el concepto de Constitución no se agota en lo jurídico y debe reflejar la sustancia de la existencia política de una sociedad y que objetiva la realidad de las diversas esferas de la vida humana, lo cual hace que se hayan elaborado una gran variedad de conceptos de Constitución, de ahí que para Lasalle una Constitución que no refleja los factores de poder imperantes en la realidad social, no tiene valor y no es duradera.

Ahora bien, regresando con Giuseppe De Vergottini, la doctrina de la Constitución material establece que el principio normativo que da origen y justifica a un ordenamiento es la Constitución por excelencia, la cual consiste en la *fuerza normativa de la voluntad política*, con aplicación realista del principio de efectividad.

⁶⁵ *Ibidem*, pp. 117-118.

⁶⁶ Fioravanti, Maurizio, *op. cit.*, p. 141.

⁶⁷ Lassalle, Ferdinand, ¿Qué es una constitución? (Conferencia pronunciada ante una agrupación ciudadana de Berlín, en abril de 1862), p. 65. Consultable en: <https://archivos.juridicas.unam.mx/www/bjv/libros/5/2284/5.pdf>

Por lo tanto, la Constitución material está en grado de presentarse como la real *f fuente de validez* del sistema (y, por ende, también de la Constitución formal); de garantizar la unidad en el ámbito de valoración interpretativa de las normas existentes y de llenar lagunas; de permitir que se determinen los límites de continuidad y de los cambios estatales teniendo en cuenta a la misma como parámetro de referencia. Entonces, son los principios constitucionales sustanciales, de los que se ha hablado, los que revisten una función esencial para comprender una Constitución. Es a éstos a los que se hace referencia para individuar la esencia fundamental. Las normas constitucionales formales existentes constituyen en general un punto necesario de partida en el proceso interpretativo, pero es imposible basarse solamente sobre éstas, ya que muchos institutos formalmente inmutables en el tiempo cubren un significado útil sólo si se tiene en cuenta el valor efectivo que han ido asumiendo.⁶⁸

En ese aspecto, Jorge Carpizo señala que si bien la característica principal de una constitución formal es su forma escrita distinta a la de una en sentido material, ya que “todo país tiene una constitución en sentido material, pero únicamente los países con Constitución escrita la tiene desde el punto de vista formal”⁶⁹, esto es así, pues en los países pertenecientes a la familia del *common law*, impera una constitución consuetudinaria, con la precisión que Estados Unidos de América pertenece a esta tradición y sí tiene una Constitución formal.

Por lo tanto, las múltiples interpretaciones sobre el significado de la Constitución que se han afirmado, concuerdan en la valorización de la persona humana y de sus derechos, que se convierten en punto central de la concepción del Estado y de su Constitución, lo cual se ha entendido como la Constitución como tabla de valores.

De manera que si la Constitución contiene la división del poder y los derechos de las personas, debe tratarse de una auténtica norma jurídica vinculante, en este sentido García de Enterría, conduce a la solución jurídica de los conflictos

⁶⁸ De Vergottini, Giuseppe, *op. cit.*, p. 120.

⁶⁹ Carpizo, Jorge. *Estudios Constitucionales*. 2a. ed., México, D.F., La Gran Enciclopedia Mexicana, UNAM, 1983, p.290.

gubernamentales, dada la fuerza vinculante bilateral de la norma, y en este sentido apunta que: *la Constitución no sólo es una norma, sino precisamente la primera de las normas del ordenamiento entero, la norma fundamental, lex superior*, ello por varias razones. Primero, porque la Constitución define el sistema de fuentes formales del Derecho, de modo que sólo por dictarse conforme a lo dispuesto por la Constitución una Ley será válida o un Reglamento vinculante; en este sentido, es la primera de las normas de producción, la *norma normarum*, la fuente de las fuentes. Segundo porque en la medida en que la Constitución es la expresión de una intención fundacional, configuradora de un sistema entero que en ella se basa, tiene una pretensión de permanencia o duración, lo que parece asegurarla una superioridad sobre las normas ordinarias carentes de una intención total tan relevante y limitada a objetivos mucho más concretos, todos singulares dentro del marco globalizador y estructural que la Constitución ha establecido.⁷⁰

Por lo que, García de Enterría, llega a la idea del reconocimiento de una “superlegalidad material”, que asegura a la Constitución una preeminencia jerárquica sobre todas las demás normas del ordenamiento, por lo que, esas demás normas sólo serán válidas sino contradicen, no ya sólo el sistema formal de producción, sino y sobre todo, el cuadro de valores y de limitaciones del poder que en la Constitución se expresa⁷¹.

Finalmente, concluyo este apartado con enunciar las características que la primera norma debe contener en una democracia constitucional, para ello, siguiendo a Salazar Ugarte, el punto de referencia de una constitución democrática es la Constitución de la República de Weimar del 11 de agosto de 1919, que contiene todos los elementos que caracterizan al modelo de democracia constitucional: a) se trata de una constitución democrática emanada de un poder constituyente que expresa la soberanía del pueblo y que b) contempla un catálogo de derechos individuales contenidos en un conjunto de normas de principio que

⁷⁰ García de Enterría, Eduardo, *La Constitución como norma y el Tribunal Constitucional*, 4ª ed., España, Thomson-Civitas, 2006, pp. 55-56.

⁷¹ *Idem*.

constituyen su núcleo fundamental; c) dentro de estos derechos, además de derechos de libertad y derechos de participación política, encontramos un conjunto de derechos sociales que no existían en las constituciones precedentes; d) todos estos derechos son considerados “inviolables” por el texto constitucional, con lo que, e) se abren las puertas para el control de constitucionalidad de las leyes. Además, como sucederá con la mayoría de las constituciones posteriores, la Constitución de Weimar se divide en dos partes: una que corresponde a la organización del poder y otro dirigida al reconocimiento de los derechos individuales que son el elemento central del documento.⁷²

Con todo, las disposiciones constitucionales deben ser vinculantes a todos los poderes públicos, con tutela judicial inmediata a través de los medios de control, se trata de un nuevo valor normativo de la Constitución, debido a su naturaleza fundante de categoría superior y suprema que además sirve como parámetro de validez del resto de las disposiciones jurídicas.

1.3. La supremacía de la Constitución.

La supremacía constitucional, tradicionalmente ha sido entendida como el principio que sitúa a la Constitución en la “cúspide” de todo el derecho positivo del Estado, convirtiéndose en el índice de validez formal y material de todas las leyes que forman el sistema jurídico del Estado, mereciendo cualquier acto o ley que se aparte del mandato constitucional, la represión de invalidez o inaplicación.

Al respecto, Nogueira Alcalá, ha señalado que la supremacía constitucional es una calidad política de toda Constitución, en cuanto ella es un conjunto de reglas jurídicas que se tiene por fundamentales y esenciales para preservar la forma política del Estado, su sistema de valores y el sistema de fuentes formales del derecho. La Constitución asegura y garantiza los principios y reglas que determinan la convivencia en dicha sociedad política. Ella determina las normas fundamentales de carácter sustantivo y establece el procedimiento de creación de las demás

⁷² Salazar Ugarte, Pedro, *La democracia constitucional una radiografía teórica*, México, Fondo de Cultura Económica, 2006, pp. 147-148

normas internas del Estado y la forma de incorporar y darle eficacia a las normas provenientes del Derecho Internacional. La supremacía constitucional afirma el carácter normativo de la Carta Fundamental, lo que tiene como consecuencia admitir que las normas inferiores no pueden contradecirla.⁷³

Si bien, los antecedentes remotos de esta supremacía pueden encontrarse en la idea de la existencia de un derecho superior como lo plantea el jusnaturalismo racionalista de Grocio a Locke, es así en el mundo anglosajón que se concreta la idea de un derecho común (*common law*) que se sitúa como derecho superior respecto de las leyes, las cuales se entienden subordinadas al primero. A su vez será el Juez Coke en el *Bonhmas case* de 1610, el que determinara que las leyes contrarias al derecho común deben ser anuladas, dejando claro la superioridad del derecho común como equivalente al derecho natural, el que se encuentra sobre la voluntad regia la que se entiende expresada a través del parlamento,⁷⁴ pensamiento que luego sería abandonado en virtud de la concepción de la soberanía parlamentaria que rigió hasta fines del siglo XX.

En realidad, serán los padres del constitucionalismo norteamericano de fines del siglo XVIII entre ellos fundamentalmente Hamilton y Madison, los que precisarán el principio de Constitución como norma jurídica fundamental del ordenamiento jurídico del Estado y de su supremacía, ello en el *Federalista* número LXXVIII, al tenor siguiente:

“No hay proposición que se apoye sobre principios más claros que la que afirma que todo acto de una autoridad delegada, contrario a los términos del mandato con arreglo al cual se ejerce, es nulo. Por lo tanto, ningún acto legislativo contrario a la Constitución puede ser válido. Negar esto equivaldría a afirmar que el mandatario es superior al mandante, que el servidor es más que su amo, que los representantes del pueblo son superiores al pueblo mismo y que los hombres que obran en virtud de determinados poderes pueden hacer no sólo lo que éstos no permiten, sino incluso lo que prohíben”.⁷⁵

⁷³ Nogueira Alcalá, Humberto, *La jurisdicción constitucional y los Tribunales Constitucionales de Sudamérica en la alborada del siglo XXI*, México, Porrúa, 2004, p. 1.

⁷⁴ Véase Fernández Rodríguez, José Julio, *La Justicia Constitucional Europea ante el Siglo XXI*, 2a. ed., Madrid, Tecnos, 2007, p. 22.

⁷⁵ Hamilton, A, Madison, J y Jay, J, *El Federalista*, 2ª ed., 5ª reimpresión, México, Fondo de Cultura Económica, 2014, p. 332.

Así, el principio de supremacía constitucional ha sido conceptualizado convergentemente, siguiendo el mismo concepto sustancial del constitucionalismo norteamericano desde sus albores, pues ha sido este el que lo ha definido con mayor precisión. De modo que, con apoyo en las ideas de Hamilton, el Juez Marshall⁷⁶ en el célebre fallo del caso “Marbury vs. Madison”, vierte los siguientes conceptos sobre el principio de supremacía constitucional:

“Los poderes del Legislativo quedan definidos y limitados; y para que esos límites no puedan equivocarse ni violarse, fue escrita la Constitución...” “La Constitución controla a cualquier acto legislativo que le sea repugnante, pues de no ser así, el Legislativo podría alterar la Constitución por medio de una ley común...” “El acto legislativo contrario a la Constitución no es una ley...” “Los tribunales deben tomar en cuenta la Constitución y la Constitución es superior a toda ley ordinaria del Legislativo, y entonces la Constitución y no tal ley ordinaria tiene que regir en aquellos casos en que ambas serían aplicables”.⁷⁷

De ahí que, indudablemente el constitucionalismo estadounidense fue quien acuñó con mayor precisión la supremacía de la Constitución, tomando como base un principio de subordinación característico del sistema norteamericano de los actos legislativos respecto a la norma fundamental, adoptándose como medida la anulación o inaplicación como sanción a la no conformidad con la Constitución.

En ese sentido, Manuel Aragón señaló que *la supremacía constitucional implicará el desarrollo de su garantía jurídica que es el principio de suprallegalidad*⁷⁸, así, las Constituciones contemporáneas auténticas, salvo excepciones, tienen vocación de transformar la supremacía en suprallegalidad.

Ahora bien, es dable verificar a la supremacía de la Constitución en dos vertientes esenciales, la formal y la material.⁷⁹ La Constitución es formal, al ser una ley que a diferencia de otras, fundamenta y ordena la validez de todo el sistema jurídico, estableciendo un procedimiento dificultado para su reforma, así como los

⁷⁶ Cfr. González Oropeza, Manuel, “Marbury v Madison: La política en la justicia”, *Estudios en homenaje al doctor Héctor Fix-Zamudio*, t. I derecho procesal, UNAM, IJ, 1988, pp. 315-331, Consultable en: <http://ru.juridicas.unam.mx/xmlui/handle/123456789/9609>

⁷⁷ El fallo aludido, pronunciado en el año de 1803, puede consultarse el texto íntegro de la sentencia en lengua castellana en Eto Cruz, Gerardo, “John Marshall y la sentencia Marbury vs. Madison”, en Ferrer Mac-Gregor, Eduardo (coord.), *Derecho procesal constitucional*, 5ª. Ed., México, Porrúa, 2006, tomo I, pp. 60-79.

⁷⁸ Citado por Nogueira Alcalá, Humberto, *op. cit.*, p. 2.

⁷⁹ De la Cueva, Mario, *Teoría de la Constitución*, México, Porrúa, 2008, p. 96.

criterios para la creación de otras normas. Y en otro sentido es material, ya que en la Constitución se concentran los valores y principios fundamentales que rigen a una organización política-social, los cuales solventan las necesidades vitales de justicia de sus integrantes.⁸⁰

La supremacía formal de la Constitución ha sido la que mayormente ha permeado en los sistemas jurídicos y por su parte, el respeto por los derechos humanos en una comunidad política, han apuntalado al valor más trascendente de un Estado Constitucional, como valores universales e inherentes a la persona, lo que ha dado mayor trascendencia a la supremacía material de la Constitución.

Así, en los siglos XIX y XX, los sistemas jurídicos se fueron constitucionalizando en un mayor grado, edificando todo su actuar y esencia, en y hacia la norma suprema. No sólo en el orden de prelación como norma primaria, sino como fuente difuminadora de valores y principios de todo el sistema. Esta visión de supremacía de la Constitución es la que ha permeado en los últimos años, acentuándose a partir del siglo XX, donde los derechos humanos fueron exaltados como elementos universales de eficacia y valor pleno en todo sistema jurídico.⁸¹

Los derechos humanos restituyeron el valor material de la Constitución, fortaleciendo su fuerza normativa y fungiendo como auténticas coordenadas para el desarrollo de los Estados. Por ello, no es posible separar o concebir a los sistemas constitucionales sin su aspecto sustancial, por lo que tampoco es viable agregar valores irrealizables en la norma constitucional, pues ello afectaría bastante la fuerza normativa.

Ahora bien, y en atención a la idea de optimizar con todo su esplendor los derechos humanos, el principio de supremacía ha sufrido una evaluación paulatina en la manera de ser conceptualizado. Los alcances y contenido de este se han ido

⁸⁰ Zagrebelsky, citado por Del Rosario Rodríguez, Marcos, *La cláusula de supremacía constitucional. El artículo 133 constitucional a la luz de su origen, evolución jurisprudencial y realidad actual*, México, Porrúa-IMDPC, 2011, p. 1.

⁸¹ Cfr. Nogueira Alcalá, Humberto, "La soberanía, las constituciones y los tratados", en Carbonell, Miguel, *Teoría Constitucional y derechos fundamentales*, México, CNDH, 2002, pp. 280-282.

modificando directamente por la influencia y primacía que ha venido ejerciendo el derecho internacional, y en especial los tratados y convenios en derechos humanos.⁸²

Aunado a lo anterior, se han ido modificando las reglas de las relaciones inter-Estados, impactando al orden constitucional interno de estos. De suerte, que el orden internacional dejó de ser un espectro abstracto e ideal, para convertirse en verdadero derecho: aplicable y exigible.⁸³

Lo anterior ha originado, sistemas complejos que se alimentan continuamente del exterior, generando un sistema constitucional abierto y dinámico, que abandona la idea de un sistema cerrado, lo que en términos de la Dra. De la Torre Torres genera un orden normativo abierto, dinámico e incluso caótico, y en ese sentido, se entraña un juicio de valor favorable al tema de la apertura y la dinámica del sistema jurídico⁸⁴.

Para ello, se parte de una Constitución abierta, entendida como una Constitución abierta a elementos jurídicos supra normativos, como los que devienen de la fuente internacional o supranacional, es un concepto cada vez más aceptado, por lo que hay dos conceptos sobre la apertura constitucional: la apertura hacia las costumbres y axiológicas; y la apertura hacia la construcción jurisdiccional.⁸⁵

Con esa base, la Dra. De la Torre señala que al dejar de ser la Constitución, la cúspide de los sistemas normativos, se posicionan las normativas internacionales y los ordenamientos comunitarios, ello debido a la globalización y la integración regional, que ponen aún más de manifiesto, la necesidad de incorporar dentro de los sistemas constitucionales estas presentaciones, así se habla de apertura constitucional *hacia arriba* –hacia elementos supranacionales o internacionales-, y

⁸² Rey Cantor, José Ernesto, *El control de convencionalidad de las leyes y Derechos Humanos*, México, Porrúa, 2008, p. 57.

⁸³ *Ibidem*, p. 55.

⁸⁴ De la Torre, Torres, Rosa María, et al; *La dinámica constitucional: un sistema caótico*, en Cuestiones Constitucionales, Revista Mexicana de Derecho Constitucional, número 26, junio-diciembre 2012, pp. 269-270.

⁸⁵ *Ibidem*, p. 272.

de apertura constitucional *desde abajo* –a elementos autóctonos o de los pueblos originarios-.⁸⁶ Así, De la Torre Torres concluye que el paradigma del constitucionalismo postmoderno nos lleva a concebir la Constitución, no como un texto pétreo, cerrado, perfecto e infalible, sino como un sistema normativo abierto, flexible, en resumen: vivo. De manera que se erige el nuevo paradigma del constitucionalismo: una Constitución abierta, mutable y dinámica⁸⁷, generándose así, un sistema caótico, no en el sentido peyorativo del adjetivo, sino entendido como una serie de valores implícitos en un sistema abierto, que toma en cuenta no sólo el texto de la Constitución sino aquellos que se incorporan en virtud de tratados internacionales o resoluciones judiciales, que mantienen “viva” la Constitución.

Por lo que, existen sistemas jurídicos en el que los tratados internacionales de derechos humanos, se han incorporado no sólo como elementos normativos de aplicación supletoria en el derecho nacional, sino incluso se han fusionado con el ordenamiento constitucional instituyéndose como una extensión de la Constitución obteniendo el mismo rango y en algunos casos se han colocado con elementos normativos superiores a la propia Constitución, como es el caso de la Constitución de Colombia, que en su artículo 93 dispone:

“Los tratados y convenios internacionales ratificados por el Congreso, que reconocen los derechos humanos y que prohíben su limitación en los estados de excepción, prevalecen en el orden interno.

Los derechos y deberes consagrados en esta Carta, se interpretarán de conformidad con los tratados internacionales sobre derechos humanos ratificados por Colombia”.

Por tanto, las normas de derecho internacional han sido integradas al orden jurídico nacional, de diversas maneras: (1) con rango constitucional; (2) con rango supralegal; (3) con rango de ley y (4) en algunos casos por encima de la propia Constitución.

⁸⁶ *Ibidem*, p. 274.

⁸⁷ *Ibidem*, p. 276.

Al respecto, el principio *pacta sunt servanda*⁸⁸ aplicable al derecho internacional, ha adquirido clara fortaleza, pues los Estados deben cumplir con aquello que se obligaron en un instrumento internacional, lo que conlleva a una reconfiguración de la jerarquía normativa del sistema jurídico. Esta expansión de los tratados es el producto del reconocimiento internacional de los derechos humanos, como factores universales cimentados en la dignidad de la persona.⁸⁹ Realidad que es consecuencia de las atrocidades cometidas durante la Segunda Guerra Mundial, que dio la pauta para consolidar una conciencia internacional sobre la trascendencia de los derechos humanos.⁹⁰

De ahí que la estructura piramidal expuesta por Kelsen, se ha modificado, pues la cúspide se ha ensanchado, integrando como normas supremas, no sólo a las Constituciones, sino a otras como a los tratados internacionales o aquella ley que proteja del mismo modo derechos fundamentales.⁹¹ Ello se evidencia aún más, al momento de insertarse cláusulas interpretativas *conforme* a los contenidos de los tratados, trayendo consigo una apertura y eficacia en el respeto y vigencia de los derechos humanos, tal y como se agregó en la Constitución mexicana, particularmente en su artículo primero.⁹²

Del mismo modo es notable, como la supremacía de la Constitución prevalece al interior del Estado, pero se ve reducida hacia el exterior, donde predomina el status jurídico-universal de los derechos humanos⁹³, con la precisión indicada de la experiencia mexicana. De ahí que la Constitución dejó de ser la norma suprema de

⁸⁸ Este principio se encuentra previsto en el artículo 26 de la Convención de Viena, sobre el derecho de los Tratados entre Estados y Organizaciones Internacionales o entre Organizaciones Internacionales, el cual expresamente señala: *Todo tratado en vigor obliga a las partes y debe ser cumplido por ellas de buena fe*. Este principio se ve completado con el 27 del mismo ordenamiento, en el que de forma categórica prohíbe invocar disposiciones del derecho nacional con el fin de no cumplir con los compromisos internacionales, el cual expresamente señala: *1. Un Estado parte en un tratado no podrá invocar las disposiciones de su derecho interno como justificación del incumplimiento del tratado*.

⁸⁹ Ayala Corao, Carlos M. citado por Del Rosario Rodríguez, Marcos, *op. cit.*, p. 207.

⁹⁰ *Idem*.

⁹¹ Rey Cantor, Ernesto, *op. cit.*, p. 59.

⁹² Dicho artículo, en su párrafo segundo, expresamente consigna: *Las normas relativas a los derechos humanos se interpretarán de conformidad con esta Constitución y con los tratados internacionales de la materia favoreciendo en todo tiempo a las personas la protección más amplia*.

⁹³ Rey Cantor, Ernesto, *op. cit.* pp-104.

control en esta materia, mientras que la eficacia de la Convención Americana de Derechos Humanos permite que la competencia trasnacional se sitúe por encima del sistema constitucional nacional como se indicó en el caso Colombia, lo cual indudablemente refuerza la protección de los derechos humanos, pues ofrece una mayor gama de derechos de los que puede válidamente disfrutar cualquier persona.

Así cuando existen normas que estando fuera de la Constitución se erigen, por decisión del Constituyente, a un nivel supraconstitucional o al mismo nivel de la Carta Fundamental, compartiendo su misma jerarquía o una superior, nos conduce a la doctrina del bloque de constitucionalidad, en el que se insertan a través de fuentes nacionales o internacionales, normas con la misma jerarquía de la Constitución, lo que significa que por imperio de la propia Constitución esas normas ajenas a su articulado comparten su misma fuerza normativa, pues la propia Carta Fundamental como fuente suprema del ordenamiento jurídico lo ha querido.⁹⁴

De suerte, que el bloque de constitucionalidad compuesto por la Constitución y las fuentes internacionales, amplía considerablemente la gama de derechos humanos, y por consecuencia la supremacía de la Constitución se extiende también hacia los tratados internacionales, reforzando el aspecto material de la Constitución y sirviendo de complemento congruente para reforzar y legitimar la fuerza normativa de los derechos en la Constitución desde fuera de ella misma.⁹⁵

En consecuencia, el carácter supremo de una Constitución se justifica además por la forma de su creación, como producto de un constituyente soberano, por los valores y principios fundamentales que alberga, es decir, por los derechos humanos que protege; por esta razón, es que debe contener una fuerza normativa lo suficientemente eficaz, que permita el funcionamiento estructural del sistema jurídico y de esta manera, no existan elementos que se antepongan a ella.⁹⁶ De ahí que la eficacia de una Constitución, se mide en la manera en que las normas

⁹⁴ Nogueira Alcalá, Humberto, "La Soberanía, las Constituciones y los Tratados Internacionales en materia de Derechos Humanos: América Latina y Chile", en Ferrer Mac-Gregor, Eduardo (coord.), *Derecho procesal constitucional, op. cit.*, tomo II, pp. 1842.

⁹⁵ *Idem.*

⁹⁶ *Cfr.* Del Rosario Rodríguez, Marcos, *op. cit.* p. 4.

contenidas en la ley fundamental, sean cumplidas a cabalidad, de lo contrario, se vería reducida sustancialmente la supremacía constitucional.

a) La Supremacía constitucional en México.

Ahora bien, en el caso mexicano, la supremacía constitucional, se aprecia en el artículo 133 de la Constitución⁹⁷, el cual ha sido interpretado de diversas maneras por la Suprema Corte, partiendo de que los tratados internacionales se encontraban en igual jerarquía que las leyes federales⁹⁸, para después transitar que se ubican jerárquicamente por encima de las leyes federales y en un segundo plano respecto de la Constitución federal⁹⁹, destacándose en un momento posterior la creación de las leyes generales y que de igual manera los tratados se encontraban por encima de ellas, pero se mantenían jerárquicamente debajo de la Constitución¹⁰⁰, hasta llegar a la interpretación actual en la que derivado de la contradicción de tesis 293/2011, se dio origen a la Jurisprudencia P./J. 20/2014 (10a.) que prevé un *parámetro de control de regularidad constitucional*, integrado por la Constitución y los Tratados internacionales, pero con la precisión de que si la Constitución prevé una restricción expresa se estará a lo que el texto constitucional establezca.

Así, en el caso mexicano, a partir de la reforma constitucional publicada en el Diario Oficial de la Federación el 10 de junio de 2011, que amplía la protección de los derechos humanos a aquellos previstos en los tratados internacionales, lo cual

⁹⁷ Artículo 133. Esta Constitución, las leyes del Congreso de la Unión que emanen de ella y todos los tratados que estén de acuerdo con la misma, celebrados y que se celebren por el Presidente de la República, con aprobación del Senado, serán la Ley Suprema de toda la Unión. Los jueces de cada entidad federativa se arreglarán a dicha Constitución, leyes y tratados, a pesar de las disposiciones en contrario que pueda haber en las Constituciones o leyes de las entidades federativas.

⁹⁸ Tesis P. C/92 publicada en la página 27, correspondiente a diciembre de 1992, número 60, en la Gaceta del Semanario Judicial de la Federación, con el rubro: "LEYES FEDERALES Y TRATADOS INTERNACIONALES. TIENEN LA MISMA JERARQUÍA.

⁹⁹ Tesis: P. LXXVII/99, publicada en la página 46, Tomo X, Noviembre de 1999, en el Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta, con el rubro: "TRATADOS INTERNACIONALES. SE UBICAN JERÁRQUICAMENTE POR ENCIMA DE LAS LEYES FEDERALES Y EN UN SEGUNDO PLANO RESPECTO DE LA CONSTITUCIÓN FEDERAL".

¹⁰⁰ Tesis P. IX/2007 publicada en la página 6, Tomo XXV, Abril de 2007, en el Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta, con el rubro: "TRATADOS INTERNACIONALES, SON PARTE INTEGRANTE DE LA LEY SUPREMA DE LA UNIÓN Y SE UBICAN JERÁRQUICAMENTE POR ENCIMA DE LAS LEYES GENERALES, FEDERALES Y LOCALES. INTERPRETACIÓN DEL ARTÍCULO 133 CONSTITUCIONAL".

fue ratificado al resolverse por el Pleno de la Suprema Corte en el asunto varios 912/2010, en el que se determina medularmente que conforme a lo previsto en el artículo 1º de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos, todas las autoridades del país, dentro del ámbito de sus competencias, se encuentran obligadas a velar no sólo por los derechos humanos contenidos en la Constitución Federal, sino también por aquellos contenidos en los instrumentos internacionales celebrados por el Estado Mexicano, adoptando la interpretación más favorable al derecho humano de que se trate, en aplicación del principio *pro persona*.

De manera que, el artículo 1º constitucional debe interpretarse junto con lo establecido por el diverso 133 para determinar el marco dentro del que debe realizarse el control de convencionalidad *ex officio* en materia de derechos humanos, el que deberá adecuarse al modelo de control de constitucionalidad existente en nuestro país.

Por lo que, se estableció que los jueces están obligados a preferir los derechos humanos contenidos en la Constitución y en los tratados internacionales, aun a pesar de las disposiciones en contrario que se encuentren en cualquier norma inferior, en ejercicio del control difuso, dejando de aplicar las normas inferiores dando preferencia a las contenidas en la Constitución y en los tratados en la materia, en este sentido lo resolvió el Pleno de la Suprema Corte en la Tesis: P. LXVII/2011(9a.)¹⁰¹, incluyendo al control de convencionalidad *ex officio* en un modelo de control difuso de constitucionalidad.

Asimismo, es de gran relevancia, lo resuelto por la Suprema Corte de Justicia de la Nación en la contradicción de tesis 293/2011, en la que determinó que los derechos humanos, en su conjunto, constituyen el *parámetro de control de regularidad constitucional*, conforme al cual debe analizarse la validez de las normas y actos que forman parte del orden jurídico mexicano, de manera que las normas

¹⁰¹ Tesis: P. LXVII/2011(9a.) sostenida por el Pleno de la Suprema Corte, consultable en la página 535, Libro III, Diciembre de 2011, Tomo 1, en el Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta, Décima Época, de rubro: CONTROL DE CONVENCIONALIDAD EX OFFICIO EN UN MODELO DE CONTROL DIFUSO DE CONSTITUCIONALIDAD.

que contienen derechos humanos, independientemente de su fuente, no se relacionan en términos jerárquicos, sino que conforman el bloque de constitucionalidad, aunque con el inconveniente que, en caso de existir una restricción constitucional, se deberá estar a lo que indica la norma constitucional por encima de la convencional. Lo que fue confirmado por el Pleno de la Suprema Corte y derivado de la contradicción de tesis 293/2011, se generó la Jurisprudencia P./J. 20/2014 (10a.), de rubro y texto siguientes:

DERECHOS HUMANOS CONTENIDOS EN LA CONSTITUCIÓN Y EN LOS TRATADOS INTERNACIONALES. CONSTITUYEN EL PARÁMETRO DE CONTROL DE REGULARIDAD CONSTITUCIONAL, PERO CUANDO EN LA CONSTITUCIÓN HAYA UNA RESTRICCIÓN EXPRESA AL EJERCICIO DE AQUÉLLOS, SE DEBE ESTAR A LO QUE ESTABLECE EL TEXTO CONSTITUCIONAL. El primer párrafo del artículo 1o. constitucional reconoce un conjunto de derechos humanos cuyas fuentes son la Constitución y los tratados internacionales de los cuales el Estado Mexicano sea parte. De la interpretación literal, sistemática y originalista del contenido de las reformas constitucionales de seis y diez de junio de dos mil once, se desprende que las normas de derechos humanos, independientemente de su fuente, no se relacionan en términos jerárquicos, entendiendo que, derivado de la parte final del primer párrafo del citado artículo 1o., cuando en la Constitución haya una restricción expresa al ejercicio de los derechos humanos, se deberá estar a lo que indica la norma constitucional, ya que el principio que le brinda supremacía comporta el encumbramiento de la Constitución como norma fundamental del orden jurídico mexicano, lo que a su vez implica que el resto de las normas jurídicas deben ser acordes con la misma, tanto en un sentido formal como material, circunstancia que no ha cambiado; lo que sí ha evolucionado a raíz de las reformas constitucionales en comento es la configuración del conjunto de normas jurídicas respecto de las cuales puede predicarse dicha supremacía en el orden jurídico mexicano. Esta transformación se explica por la ampliación del catálogo de derechos humanos previsto dentro de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos, el cual evidentemente puede calificarse como parte del conjunto normativo que goza de esta supremacía constitucional. En este sentido, los derechos humanos, en su conjunto, constituyen el parámetro de control de regularidad constitucional, conforme al cual debe analizarse la validez de las normas y actos que forman parte del orden jurídico mexicano.¹⁰²

En este sentido, si bien la Corte mexicana denomina *parámetro de control de regularidad constitucional* al conjunto de normas de derechos humanos que derivan de los tratados internacionales y de la propia Constitución, y para lo cual señaló que las mismas no se relacionan en términos jerárquicos, cobra relevancia que la

¹⁰² Tesis: P./J. 20/2014 (10a.) sostenida por el Pleno de la Suprema Corte, consultable en la página 202, del Libro 5, Abril de 2014, Tomo I, en la Gaceta del Semanario Judicial de la Federación, Décima Época, con número de Registro: 2006224.

Constitución mantiene la primacía sobre el derecho internacional, al limitar la aplicación de los tratados cuando en la Constitución haya una restricción expresa al ejercicio de los derechos humanos, prevaleciendo lo que indique la norma constitucional, bajo el argumento de que el principio de supremacía comporta el encumbramiento de la Constitución como norma fundamental del orden jurídico mexicano, lo que a su vez implica que el resto de las normas jurídicas deben ser acordes con la misma, tanto en un sentido formal como material. Lo cual impide la aplicación efectiva del principio *pro persona*, puesto que es dable que existan derechos humanos con mayor desarrollo en una norma de derecho internacional que pudieran verse acotados por una restricción constitucional expresa.

Así pues, en los Estados en los que se ha extendido el reconocimiento de distintos valores y principios constitucionales, se hace indispensable el dotar de mecanismos que garanticen la aplicación efectiva de los elementos normativos, principios, aspiraciones programáticas y derechos humanos contenidos en la Constitución y en los tratados internacionales, como mandatos y límites reales al poder, ello siempre en favor de los ciudadanos, y es allí donde cobra especial relevancia la justicia constitucional que se erige como el sistema de protección que garantiza el mantenimiento del Estado constitucional.

1.4. La fuerza normativa de la Constitución

A la calidad superior de la Constitución, como una cualidad intrínseca que corrobora su supremacía, se suma el hecho de estar dotada de fuerza normativa que la hace obligatoria para todos los destinatarios, en tanto deben cumplir sus mandatos, y deben abstenerse de violarla ya sea por acción o por omisión; al respecto nos dice Nestor Pedro Sagües:

Si la constitución decide algo, ese “algo debe cumplirse, aunque el Parlamento (y hasta el electorado) piensen lo contrario: la constitución está por encima del cuerpo comicial y de sus representantes. Solamente así se entiende el valor del principio “supremacía constitucional”; y es precisamente a la judicatura a quien le toca tutelar esa supremacía, ante las infracciones (por acción u omisión) de los operadores de la Constitución.¹⁰³

¹⁰³ Sagües, Néstor Pedro, La interpretación judicial de la Constitución, De palma, Argentina, 1998, p.191.

Es importante señalar, que la Constitución por su propia naturaleza contiene normas o principios que no gozan de completitud o que están plasmados a través de conceptos jurídicos indeterminados, los cuales regularmente requieren de desarrollo posterior; por lo que, el hecho de que este desarrollo no se haya llevado a cabo, no puede ni debe ser obstáculo para la aplicación directa de la Constitución.

En esa virtud, la fuerza normativa hace alusión a que la Constitución en tanto norma jurídica posee sustancialmente disposiciones de cumplimiento obligatorio, sin dejar de reconocer la existencia de otras que son de cumplimiento potestativo, en ambos casos deben ser respetadas y cumplidas por todos los operadores jurídicos sean particulares o gubernamentales¹⁰⁴.

La naturaleza normativa comprende a la Constitución como una unidad, concurre en todos los contenidos de la Constitución, así se trate de principio o de reglas y en este caso tampoco demerita esta aseveración si son de eficacia directa, indirecta o diferida. En este sentido, el Bidart Campos señaló: *La fuerza normativa de la constitución abarca, pues, desde la unidad de la misma Constitución con unidad de sentido, a todo el complejo completo de normas que componen la Constitución, sin que sea viable dividir o romper aquella unidad para destituir de su fuerza normativa el contenido sustancial que forman los valores, los principios y los derechos.*¹⁰⁵

Asimismo, los derechos contenidos en la Constitución y sus principios, si bien gozan en ocasiones de un diseño abstracto o breve, los mismos deben ser optimizados en términos de Alexy¹⁰⁶, ya sea por vía legislativa o judicial, en virtud de que poseen un núcleo esencial y un contenido mínimo en la Constitución que deberá ser respetado e incluso ampliado para su aplicación.

En este orden, en concordancia con Laura Rangel, se sostiene que la fuerza normativa de la Constitución es un atributo que la caracteriza e incluso la define por

¹⁰⁴ Rangel Hernández, Laura, Inconstitucionalidad por omisión legislativa. Teoría General y su control jurisdiccional en México, Porrúa-Instituto Mexicano de Derecho Procesal Constitucional, México, 2009, p. 8.

¹⁰⁵ Bidart Campos, El derecho de la constitución y su fuerza normativa, UNAM, México, 2003, pp. 85-86.

¹⁰⁶ Véase: Alexy, Robert, Derecho y Razón práctica, 3ª Reimpresión, Fontamara, México, 2006.

estar inmerso en su propia naturaleza, ya que la hace valer y regir por si misma aún sin intervención posterior del órgano legislativo consistente en la emisión de normas generales de desarrollo de sus preceptos, no obstante, se coincide con el Dr. Sagües en que esa fuerza normativa también se vincula con el grado de efectividad o eficacia de la Constitución como instrumento jurídicos, y que por tanto debe ser potenciado por los operadores jurídicos.¹⁰⁷

1.5. Defensa de la Constitución, Justicia Constitución y Jurisdicción Constitucional.

En los años que siguieron a la segunda posguerra, se ha presentado un intenso desarrollo legislativo, jurisprudencial y doctrinal sobre uno de los temas de mayor trascendencia en el campo del derecho público de nuestra época, es decir, la materia que ha recibido las diversas denominaciones de defensa, control, justicia, jurisdicción y derecho procesal, todo ello con el calificativo de “constitucional”.

En tal virtud, se ha señalado que la supremacía constitucional implicará el desarrollo de su garantía jurídica, por lo que la defensa de la Constitución es la que permite que la Constitución formal se constituya en Constitución material real y efectiva. Cappelletti¹⁰⁸ señaló que “la *defensa constitucional* implica un concepto genérico de salvaguarda de las disposiciones fundamentales, en tal virtud, dentro de ese género, se debe distinguir la protección de la ley suprema, a través de todos los métodos establecidos para preservarla y mantener su vigencia, esto es, pueden ser políticos o jurídicos de índole procesal.

Por su parte, Carl Schmitt, entendió que “*la defensa de la Constitución*” se concreta a través de un conjunto de instituciones e instrumentos jurídicos y procesales establecidos por el constituyente para mantener a los órganos y agentes del Estado dentro de las competencias trazadas por la Carta Fundamental, como

¹⁰⁷ Rangel Hernández, Laura, *op. cit.*, p. 10.

¹⁰⁸ Cappelletti, Mauro. La jurisdicción constitucional de la libertad, Milán, Italia, Ed Giafré, 1974, pp. 140-141, citado por Nogueira Alcalá, Humberto, *La jurisdicción constitucional y los tribunales constitucionales de Sudamérica en la alborada del Siglo XXI*, *op. cit.*, p. 3.

asimismo, dentro del respeto de los derechos fundamentales, con el objeto de prevenir y eventualmente reprimir su incumplimiento, restableciendo la fuerza normativa y la supremacía de la Constitución.¹⁰⁹

Mientras que el maestro Fix Zamudio, señaló que la *defensa de la Constitución* 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, es decir, su transformación de acuerdo con las normas programáticas de la propia carta fundamental. En este sentido, para el maestro Fix-Zamudio una verdadera defensa constitucional es la que puede lograr la aproximación entre estos dos sectores, que en ocasiones pueden encontrarse muy distanciados: la Constitución formal y la Constitución real.¹¹⁰

Ahora bien, una vez explicitado el concepto de “defensa de la constitución” es dable deducir que constituye el género, del cual derivan los conceptos: “Justicia Constitucional” y “Jurisdicción Constitucional”, en ese sentido, en términos de Humberto Nogueira Alcalá, la defensa de la Constitución se realiza a través de la Justicia Constitucional¹¹¹, es decir, constituye el género.

Así, el concepto de Justicia Constitucional acentúa el carácter predominantemente valórico de estos instrumentos y su preciso sentido jurídico. Utilizar el vocablo *justicia constitucional* implica señalar que “el poder del gobierno está limitado por normas constitucionales y que se han creado procedimientos e

¹⁰⁹ Schmitt, Carl, *La defensa de la Constitución*, Ed. Labor Barcelona, España, 1931, citado por Nogueira Alcalá, Humberto, *La jurisdicción constitucional y los tribunales constitucionales de Sudamérica en la alborada del Siglo XXI*, *op. cit.*, p. 3.

¹¹⁰ Fix-Zamudio, Héctor, *Estudio de la Defensa de la Constitución en el ordenamiento jurídico mexicano*, México, Porrúa, 2011, p. 9.

¹¹¹ Nogueira Alcalá, Humberto, *La jurisdicción constitucional y los tribunales constitucionales de Sudamérica en la alborada del Siglo XXI*, *op. cit.*, p. 4.

instituciones para hacer cumplir esta limitación”,¹¹² como asimismo, la existencia de un “nuevo tipo de normas, instituciones y procedimientos constitucionales en un intento de limitar y controlar con ellos el poder político” como lo señala Mauro Cappelletti.

El vocablo justicia constitucional, expresa dos ideas fundamentales. La primera en una perspectiva amplia para referirse tanto a los jueces ordinarios, a los órganos legislativos o políticos para confrontar una norma con la Constitución, lo que podría ser una justicia constitucional política o una justicia constitucional de carácter jurisdiccional desarrollada por órganos jurisdiccionales.

Por su parte, la segunda idea del vocablo significa en sentido estricto, alude exclusivamente a la actividad desarrollada por un órgano jurisdiccional, que actúa como tercero imparcial, confrontando normas jurídicas y actos con la Constitución formal y material, determinando la posible inconstitucionalidad de dichas normas o actos, su inaplicabilidad, su anulación o su nulidad. Por lo que, la justicia constitucional es aquella desarrollada por los diversos tribunales y jueces de todos los órdenes con competencia en materia constitucional y de protección de los derechos fundamentales, mediante las acciones y leyes que aseguran la integridad de la Constitución.¹¹³

En ese sentido, Nogueira Alcalá indica que la jurisdicción constitucional es una forma de justicia constitucional ejercida con la finalidad específica de actuar el derecho de la Constitución como tal a través de procedimientos y órganos especializados. Así la jurisdicción constitucional tiene como meta la defensa de la Constitución, por medio de la técnica jurídica que desarrolla un juicio lógico de conformidad y resuelve juridificando los conflictos.¹¹⁴ Por lo que, al ser un control

¹¹² Cappelletti, M., “Renegar de Montesquieu? La expansión y la legitimidad de la Justicia Constitucional”, en Revista Española de Derecho Constitucional, año 6, núm. 17, mayo-agosto 1986, p. 13.

¹¹³ Nogueira Alcalá, Humberto, *op. cit.*, pp. 4-5.

¹¹⁴ *Ídem.*

jurídico es siempre un control inter-órgano que hace efectiva la suprallegalidad como garantía de la supremacía constitucional.

Se trata de un control objetivado, lo que significa que existe como parámetro de control un orden normativo constitucional preexistente, que la valoración del objeto sometido a control está basado en razones jurídicas y que el órgano es independiente, imparcial y calificado. Además de que el control tiene efectos decisorios, lo que implica que el órgano controlante debe ejercer el control cuando le sea solicitado o de oficio, y si del resultado de la infracción resulta la infracción, se debe emitir un fallo de anulación o inaplicación de la norma o acto controlado, según sea el caso.¹¹⁵

Luego entonces, existirá jurisdicción constitucional cuando existan tribunales que ejercen la potestad para conocer y resolver, mediante un procedimiento preestablecido y con efecto de cosa juzgada en el ámbito del Estado, los conflictos constitucionales que se promueven dentro del Estado respecto de las materias o actos que la Constitución determine, garantizando la fuerza normativa de la Constitución, con independencia de sí es o no un órgano especializado en la materia¹¹⁶.

La jurisdicción constitucional es así una de las expresiones de la defensa de la Constitución y de la justicia constitucional de tipo institucionalizada y jurídica, constituyendo una limitación del poder político con carácter objetivo y de control generalmente solicitado, desarrollado por un órgano jurisdiccional que integra el Poder Judicial o un órgano jurisdiccional extra poder como son los tribunales constitucionales, que actúan como terceros imparciales, resolviendo los conflictos normativos en base al principio de supremacía constitucional, cuyas decisiones tienen valor de cosa juzgada, determinando la inaplicación, nulidad o anulación de ciertos actos del Estado por razones de inconstitucionalidad.

¹¹⁵ *Ibidem*, pp. 6-7.

¹¹⁶ *Ídem*.

Finalmente, el maestro Fix-Zamudio nos muestra que es posible considerar que la jurisdicción constitucional en su núcleo esencial, sin perjuicio de otras competencias residuales, está compuesta por tres dimensiones:

- a) *La jurisdicción constitucional orgánica*, que protege mediante procedimientos de control los principios y reglas constitucionales que determinan las funciones y atribuciones de los órganos estatales, además de resolver los conflictos de competencias entre diferentes órganos del Estado.
- b) *La jurisdicción constitucional de la libertad*, que establece las instituciones de carácter procesal que protegen los derechos humanos frente a acciones u omisiones antijurídicas que violen el ejercicio de tales de derechos.
- c) *La jurisdicción constitucional transnacional o supranacional*, que es aquél ámbito de relaciones entre ordenamiento jurídico nacional con el derecho internacional, supra y transnacional, de aplicación directa en el ordenamiento jurídico nacional, como asimismo, la aplicación de las reglas del derecho internacional.¹¹⁷

No se omite concluir este apartado, haciendo la aclaración, que la jurisdicción constitucional en cualquiera de sus dimensiones se realiza por vía instrumental predominantemente procesal, dirigidas a la reintegración del orden constitucional cuando el mismo ha sido desconocido o violado por los órganos del poder, lo cual se analiza a través de una auténtica disciplina jurídica denominada “derecho procesal constitucional”, que conforme al maestro Fix-Zamudio se puede describir: como la *disciplina jurídica, situada dentro del campo del derecho procesal, que se ocupa del estudio sistemático de las instituciones y de los órganos por medio de los cuales pueden resolverse los conflictos relativos a los principios, valores y disposiciones fundamentales, con el objeto de reparar las violaciones de los mismos.*¹¹⁸

¹¹⁷ Fix-Zamudio, Héctor, “Breves reflexiones sobre el concepto y el contenido del derecho procesal constitucional”, en Ferrer Mac-Gregor, Eduardo (Coord.), *Derecho Procesal Constitucional*, México, Porrúa, 2006, pp. 285-298.

¹¹⁸ *Ibidem*, p. 283.

1.6. Los modelos de control constitucional

Si bien han quedado distinguidos los conceptos de defensa, justicia y jurisdicción constitucional, se hace indispensable precisar que el juez constitucional en el mundo, opera dentro de diferentes sistemas y modelos de jurisdicción constitucional; algunos en sistemas difusos, otros en sistemas de jurisdicción constitucional concentrada, y otros en sistemas mixtos o duales. De manera que, dependiendo de los elementos comunes utilizados en diversos órdenes normativos se distinguieron modelos de control constitucional.

En tal sentido, se hace necesario establecer, que por *sistema de control de constitucionalidad* se entiende al conjunto de normas de derecho positivo propias de cada orden jurídico, mediante las cuales se lleva a cabo el control de regularidad constitucional en sentido estricto.¹¹⁹ Esto supone admitir que tales normas están encaminadas a posibilitar que ciertos órganos lleven a cabo el contraste entre las disposiciones inferiores a la Constitución y esta última a fin de determinar su validez y, en su caso y en sentido lato, declarar su nulidad.

A su vez, por modelo de jurisdicción constitucional se entenderá, el resultado de acentuar unilateralmente uno o varios elementos relativos a la manera como en diversos órdenes normativos se lleva a cabo el control de regularidad constitucional (primordialmente de órganos, procesos y prácticas), a efecto de formar un conjunto más o menos homogéneo de características comunes que permita el agrupamiento de diversos sistemas (nacionales) de control constitucional.¹²⁰

1.6.1. Modelo del control difuso (Estadounidense)

1.6.1.1 El contexto de la época.

El 17 de febrero de 1801, el Congreso de Norteamérica había declarado como nuevo Presidente a Thomas Jefferson y tanto el Ejecutivo como el Legislativo

¹¹⁹ Cossío Díaz, José Ramón, *Sistemas y modelos de control constitucional en México*, 2a. ed., México, UNAM, 2013, p. 5.

¹²⁰ *Ibidem*, p. 6.

pasaron a las manos del partido republicano o antifederalista. Por su parte, John Marshall tomaría protesta como Presidente de la Suprema Corte el 4 de febrero de ese año, cabe destacar que Marshall era un miembro distinguido del partido federalista, de cuya cabeza había sido Alexander Hamilton, principal enemigo político de Jefferson.¹²¹

A decir del maestro González Oropeza, los partidos políticos estaban bien delineados: el republicano mayoritario en los dos poderes políticos por antonomasia y el federalista guardando el judicial como su reducto, el más débil de los poderes tendría así que transformarse en un poder político digno para librar una batalla con los demás¹²².

Una semana antes de que Jefferson tomara posesión, la Ley Orgánica del Distrito de Columbia, la ciudad de Washington, había sido aprobada, conteniendo la facultad del Presidente para designar a los jueces de paz de los condados de las ciudades de Washington y Alexandria. El 2 de marzo de 1801 el todavía Presidente Adams procedió a designar 23 jueces de paz para Washington y 19 para Alexandria. El Senado confirmó a los 42 jueces al día siguiente. En estas designaciones tuvo que ver inicialmente el propio Marshall desde su cargo de Secretario de Estado. Debido a la premura observada en la designación y aprobación de estos jueces, cuatro de ellos no recibieron su nombramiento (*commission*) que ya había sido debidamente firmado por el Presidente e impuesto el sello oficial por parte del Secretario de Estado; pero, como precisamente el periodo presidencial de Adams finalizaba a media noche del 3 de marzo de 1801, el nuevo Presidente Jefferson ordenó que se detuviera la entrega de dichos nombramientos¹²³.

Jefferson tomó como una afrenta personal la designación de estos jueces que fueron denominados “de media noche”, por la festinación y la intención con que fueron realizados. Sin embargo, el nuevo Presidente confirmó a los jueces que

¹²¹ González Oropeza, Manuel, *Constitución y Derechos Humanos. Orígenes del control jurisdiccional*, 2ª ed., México, Porrúa-CNDH, 2009, p. 90-91.

¹²² *Ibidem*, p. 98.

¹²³ *Ibidem*, p. 98-99.

habían recibido su nombramiento; pero los cuatro jueces cuyos nombramientos se habían quedado en algún lugar de la Secretaría de Estado no fueron ratificados por el Presidente, por lo que decidieron reclamar ante los tribunales el reconocimiento de su cargo.¹²⁴

De esta manera, en diciembre de 1801, los presuntos jueces de paz William Marbury de Washington, y Dennis Ramsay, Robert R. Hooe y William Harper de Alexandria, con fundamento en el artículo 13 de la Ley Judicial de 1789, interpusieron recurso o *writ of mandamus* directamente ante la Suprema Corte de Justicia en contra del nuevo Secretario de Estado, James Madison. El *writ of mandamus* es un recurso de antigua ascendencia cuyos orígenes están en Inglaterra, que tenía la finalidad de requerir que se hiciera alguna cosa en particular, en este caso, exigir del Secretario de Estado, la entrega del nombramiento respectivo.¹²⁵

Marshall pronunció el fallo el 24 de febrero de 1803, y entre los argumentos señaló que el nombramiento no dependía del arbitrio del presidente, sino que se trataba de una aprobación del Senado, de ahí que el nombramiento era definitivo y no dependía de la discreción del Secretario de Estado Madison extenderle o no el nombramiento. Así, el lector podría estar convencido de que el sentido de la sentencia sería favorable a Marbury y los demás recurrentes.

La hipótesis que tendría que desarrollar Marshall en este caso parecía que de cualquier modo llevaría a un callejón sin salida, si decidía en los términos que Marbury planteaba, como era sin duda su convicción, la decisión lo llevaría a un enfrentamiento cabal con Jefferson, el cual tendría consecuencias muy graves para él y para la Suprema Corte. Sin embargo, por otro lado, si la decisión negaba llanamente la petición del *mandamus*, la propia Corte estaría eludiendo sus propias obligaciones y debilitaría a la institución aún más.

¹²⁴ *Idem.*

¹²⁵ *Idem.*

Por lo que, Marshall reconoce el nombramiento de Marbury y el derecho que le asiste a que se le notifique dicha credencial; igualmente reconoce que tal notificación no es un poder discrecional del Presidente y del Secretario de Estado. Pero luego, razona también que, según la Constitución de los Estados Unidos, el Tribunal Supremo es sólo una instancia de apelación, por lo que la *Judiciary Act* de 1789 al estudiar la posibilidad de acudir directamente al Tribunal Supremo para que librara ordenes de la administración, resultaba inconstitucional y el propio Tribunal Supremo debía declarar inaplicable la disposición por esta razón.

El fallo, en realidad conmocionó el sistema por la declaración de inconstitucionalidad, pero en este caso. La sentencia explica que dicha competencia contradecía a la Constitución, en base a lo cual, inaplicándola, el Tribunal Supremo rehúsa pronunciarse y declara en terminología actual la inadmisibilidad de la demanda por falta de jurisdicción.¹²⁶

1.6.1.2. La Singular exposición de motivos de la Constitución Norteamericana que inaugura la revisión judicial en Marbury vs. Madison

Marshall pronunció el fallo el 24 de febrero de 1803, González Oropeza la considera como una pieza maestra de política y derecho¹²⁷, la sentencia habría de inaugurar el modelo de la *judicial review* y con ello la facultad interpretativa de los jueces, al afirmar la técnica del control de la constitucionalidad de las leyes, luego extendida en todo el mundo.¹²⁸ Dicha resolución además de aplicar directamente la Constitución, tuvo influencia en una obra fundamental.

Así, una vez terminadas las labores de la Convención Constituyente en Filadelfia, aparece una obra analítica de la Constitución de 1787. Dicha obra es

¹²⁶ Fernández Sepúlveda, Ángel, citado por Eto Cruz, Gerardo, "John Marshall y la sentencia Marbury vs. Madison", *op. cit.*, p. 39.

¹²⁷ González Oropeza, Manuel, "Marbury v. Madison: La política en la justicia", en *Estudios en Homenaje al Doctor Héctor Fix-Zamudio, en sus treinta años como investigador de las ciencias jurídicas*, México, Universidad Nacional Autónoma de México, 1988, t. I, p. 324.

¹²⁸ García de Enterría, Eduardo, *Democracia, jueces y control de la administración*, Madrid, Ed. Civitas, 1995, p.161.

conocida como *El Federalista*.¹²⁹ Sus autores Alejandro Hamilton, delegado a la Convención por el Estado de Nueva York, y Jaime Madison, por el de Virginia, contribuían con una de las obras más importantes de la Ciencia Política, a través de la interpretación de la Constitución.

Las teorías expuestas en *El Federalista*, aparecieron primero como artículos de polémica en diarios de Nueva York. Fueron 85 artículos escritos por Hamilton; 29 por Madison y 5 por Jay, y fueron escritos en realidad con el objeto de defender la Constitución¹³⁰. El planteamiento de Hamilton, Madison y Jay que sirviera de fundamento a Marshall, se encuentra en el artículo de Hamilton en el que estableció que ningún acto legislativo contrario a la Constitución podía ser válido. Asimismo, manifestó que: *“Negar esto equivaldría a afirmar que el mandatario es superior al mandante, que el servidor es más que su amo, que los representantes del pueblo son superiores al pueblo mismo y que los hombres que obran en virtud de determinados poderes pueden hacer no sólo lo que éstos no permiten, sino incluso lo que prohíben.”*¹³¹

Asimismo, en el *Federalista* se precisó que de ningún modo el Poder Judicial era superior al Legislativo, sino que sólo significa que el poder del pueblo es superior a ambos y que donde la voluntad de la legislatura, declarada en sus leyes, se halla en oposición con la del pueblo, declarada en la Constitución, los jueces deberán gobernarse por la última de preferencia a las primeras, por lo que deberán regular sus decisiones por las normas fundamentales antes que por las que no lo son.

El planteamiento antes citado en el *federalista*, sirvió de fundamento al Juez Marshall en la resolución del caso *Marbury vs. Madison*, que sería el inicio de la

¹²⁹ El *federalista*, ha sido calificado como el gran depósito de la Ciencia Política. Si bien los autores perseguían un fin práctico de que el pueblo se adhiriera a la Constitución, no descuidaron las especulaciones filosóficas: aparecen las doctrinas que ilustran la Ciencia Política de la época: Hobbes, Locke y toda la elaboración política de Inglaterra en los siglos XVII y XVIII. Es quizá Montesquieu quien mayor influencia ejerció. J. P. Mayer, citado por Eto Cruz, Gerardo, “John Marshall y la sentencia *Marbury vs. Madison*”, *op. cit.*, p. 50.

¹³⁰ Hamilton, A, Madison, J. y Jay, J, *El Federalista*, 2ª ed., 5ª reimpresión, México, Fondo de Cultura Económica, 2014.

¹³¹ *Ibidem*, p. 332.

justicia constitucional en los Estados Unidos de América y con ello, el origen del control difuso de constitucionalidad de las leyes.

Dentro de una estructura política coronada bajo la supremacía del orden fundamental, característica más importante de la tradición jurídica americana, será el razonamiento lógico del juez Marshall el que concretizó una de las piezas de arqueología constitucional sobre las cuales se ha erigido el Estado Constitucional moderno. La Constitución estadounidense no formalizó en ninguno de sus escasos artículos un mecanismo de defensa jurisdiccional de su normativa fundamental. Por lo que fue necesario, entre otras cosas, la pretensión de extender defensivamente la jurisdicción federal lo que motivo un ejercicio de interpretación para consagrar el principio en virtud del cual: *Lex superior derogat legi inferiori*. Me refiero al caso multicitado *Marbury vs. Madison* de 1803.¹³²

Para fundamentar la resolución y privilegiar la norma constitucional, Marshall indagó en un poder implícito contenida en ésta. Conclusión a la que arribó mediante un estudio armónico y sistemático de articulación constitucional de varios de sus artículos, destacando entre ellos el artículo 3º., sección primera y segunda, referente a la competencia del Poder Judicial; el 6º sección segunda, referente a la supremacía de la Constitución y sección tercera de ese mismo artículo, acerca de la obligación de las autoridades para prometer el sostenimiento de la Constitución, así como el 5º referente a la rigidez de la Constitución.¹³³

Apoyado en las anteriores disposiciones, el Tribunal Supremo sentenció que ante un eventual conflicto de normas de rango diferenciado debe subsistir la aplicación de aquella que tiene mayor jerarquía; en obvia, prima la Constitución sobre la ley. Bajo este razonamiento liso y llano a la luz del pensamiento contemporáneo, se erigió históricamente el principio de la revisión judicial de las

¹³² Astudillo Reyes, Cesar I., *Ensayos de justicia constitucional en cuatro ordenamientos de México: Veracruz, Coahuila, Tlaxcala y Chiapas*, México, Instituto de Investigaciones Jurídicas-UNAM, 2004, p. 6.

¹³³ *Ibidem*, p.7.

leyes.¹³⁴ Así, el argumento de Marshall erige a la Constitución en una escala superior del orden jurídico.

De modo que, se advierte una importante aportación para teorizar la Justicia Constitucional, puesto que la *judicial review* no contenía fundamento expreso en la Constitución, lo cual con apoyo en *El Federalista*, el Juez Marshall realizó control de constitucionalidad de la ley. Para ello, hizo prevalecer la voluntad del pueblo como un límite impuesto en la Constitución, a fin de que los poderes actúen de conformidad con la supremacía constitucional. Por lo que, no existe duda que el control constitucional tuvo un gran impulso con la experiencia norteamericana, su Constitución de 1787, de la obra de *El Federalista*, la sentencia del caso *Marbury vs. Madison*, y más de un siglo después por la Constitución Austriaca de 1920, lo que permitiría que la Justicia Constitucional se extendería por todo el mundo.

1.6.1.3. Elementos característicos de la *Judicial Review*.

La sentencia de *Marbury vs. Madison* de 1803, inicia formalmente el modelo de control difuso de constitucionalidad en América, destacándose como primera característica que se trata de un control judicial de constitucionalidad de las leyes, que requiere en principio un análisis sobre la aplicación de la ley. Por lo que, la implementación del control es por vía incidental,¹³⁵ esto es, que cuando el juez se encuentre frente a una ley que deba utilizar para resolver un juicio, pueda inaplicarla si se encuentra en contraste con la Constitución. Así, el juez puede desaplicar la norma con base en la característica de la difusión, antes de resolver sobre el fondo del litigio, el juez examina la contraposición que considera existe entre la ley y la Constitución. Por lo que el Juez optara en caso de contrariedad por la norma de carácter supremo, es decir, la Constitución, vinculándose a resolver conforme a esta, debido a que expresa una voluntad superior, es decir, la del pueblo, y no aplicará una voluntad emitida basada en el principio de la mayoría parlamentaria.

¹³⁴ Cappelletti, Mauro, citado por Astudillo Reyes, Cesar I., *Ensayos de justicia constitucional en cuatro ordenamientos de México... op. cit.*, p. 8.

¹³⁵ Cappelletti, Mauro, citado por Astudillo Reyes, Cesar I., *Ensayos de justicia constitucional...*, *op. cit.*, pp. 12-13.

La operación lleva indexada otra serie de ideas que implícitamente determinan que el Congreso, como órgano constituido por aquella disposición suprema, cuenta con un ámbito de atribuciones restringido, de forma tal que cuando rebasa los límites que le son impuestos sobreviene una actuación posterior de un órgano jurisdiccional para desestimar el resultado del exceso parlamentario, pues lo contrario llevaría a sostener el absurdo de que dicha actuación pudiese no respetar o, en el extremo, modificar el entramado normativo de donde desprende su legitimidad.¹³⁶

El juez Marshall optó por la desaplicación de un precepto de ley con vicios de inconstitucionalidad al caso concreto, y no se realizó una invalidez completa de la ley como parecía suponer el razonamiento. Por lo que se acude a ignorar y no a derogar una disposición normativa y por ende a dejar sobre el orden jurídico un conjunto de leyes de marcada inconstitucionalidad dejando viva una norma contraria a la Constitución. En este sentido, las disposiciones tachadas de inconstitucionalidad siguen siendo leyes formales dentro de la lógica del sistema jurídico norteamericano, aplicándose por tanto mientras un acto jurisdiccional particular no señale lo contrario.¹³⁷ El principio del *stare decisis* ha permitido que la Corte Suprema a partir de precedentes, realice desde un punto de vista material, una anulación general de la norma derivado de casos en los que en particular a detectado su inconstitucionalidad, aunque la norma siga formando parte del ordenamiento jurídico, ya que los jueces al advertir el precedente, siguen la línea jurisprudencial de inaplicación por existir una inconstitucionalidad detectada por el más alto tribunal.

La revisión judicial se aplica a casos concretos y tiene sólo efectos entre las partes en conflicto. Sin embargo, puede ocurrir que la decisión judicial sienta un precedente que resulte vinculante para todos aquellos tribunales que, en el futuro, se enfrenten a situaciones similares o idénticas. Aquí no sólo funciona respecto al resultado de la decisión, sino también al razonamiento mismo. Así, la doctrina de *stare decisis* proyecta la decisión judicial inicial hacia el futuro, tanto en el tiempo

¹³⁶ Astudillo Reyes, Cesar I., *Ensayos de justicia constitucional...*, op. cit., p. 13.

¹³⁷ *Ibidem*. p. 14.

como en el espacio. En el tiempo, sirve para vincular a futuros jueces al resultado del caso y al razonamiento necesario para llegar al mismo. En el espacio, invita a futuros jueces a extender el alcance de la decisión inicial, por analogía, a nuevos casos que sean ampliaciones lógicas del principio subyacente en el primer caso. Esta es una de las razones por las cuales los jueces americanos dedican tanto tiempo y energía a la descripción de su modo de razonar en sus elaboradas resoluciones judiciales. El propio razonamiento es una limitación significativa y una clave para la adopción de futuras posiciones judiciales. Sin duda alguna, la clave del éxito de la magistratura americana en los casos constitucionales, es el carácter vinculante de *stare decisis*, y el consiguiente proceso de búsqueda en casos pretéritos de un principio duradero que marque el camino hacia el futuro.¹³⁸ En rigor, *stare decisis* es solamente una regla de decisión presumible. Los jueces americanos, en todo caso, pueden modificar, como así ocurre, el precedente anterior.

Como se aprecia, el control constitucional americano, queda condicionado por las características del asunto del que deviene, conociendo únicamente de manera incidental. El hecho de que el caso *Marbury vs. Madison* se haya presentado en un asunto particular en forma de juicio, repercutió para que en adelante sólo mediante esa vía un órgano jurisdiccional pudiese conocer de asuntos en los que hipotéticamente se planteaba la contradicción entre una ley y la Constitución. En consecuencia, al resolver el asunto era una sentencia que ponía punto final a la *litis* y sólo si aquella contradicción era determinante para la resolución, el tribunal se pronunciaba incidentalmente por la inconstitucionalidad y consecuente desaplicación de la norma de rango inferior. La aplicación judicial de la Constitución nace, por tanto, con carácter concreto por ser producto de un pleito, de manera difusa por posibilitar la desaplicación a cualquier juez o tribunal, y con efectos restringidos al dirigirse a las partes participantes del proceso.¹³⁹ Por lo que sólo es posible acercarse a un pronunciamiento de esa naturaleza a instancia de parte,

¹³⁸ Neuborne, Burt, citado por Eto Cruz, Gerardo. *op. cit.*, p. 59.

¹³⁹ Cappelletti, Mauro, citado por Astudillo Reyes, Cesar I., *Ensayos de justicia constitucional...*, *op. cit.*, p. 15.

cuando existe un caso en concreto o bien, de manera oficiosa por el Juez de la causa.

En este modelo, el juez puede llegar a analizar incluso la competencia de los órganos que aprobaron la ley, de modo que no haya sido emitida por un órgano legislativo que invadió una materia reservada a la federación, o ésta a la de los estados, lo que implica un control orgánico.

Así, mientras el modelo Kelseniano, austriaco o europeo es de carácter *concentrado*, en la medida en que existe un único órgano de control; el modelo americano es de carácter *difuso*, en cuanto no se concentra en un solo órgano jurisdiccional, pues cualquier juez, sin importar su jerarquía, puede resolver las cuestiones de constitucionalidad de las leyes. El modelo europeo es de carácter *principal*, toda vez que se plantea en vía de acción, a través de un juicio especial que es una acción de inconstitucionalidad de las leyes; en el modelo americano es de carácter *incidental*, porque los problemas de constitucionalidad no pueden plantearse en vía principal, sino en el seno de un proceso ordinario siempre y cuando las partes lo planteen, aunque también en algunos países adscritos al modelo americano, se plantea de oficio por el juzgador. En el modelo europeo los efectos de la sentencia son generales o *erga omnes*; en el modelo americano, los efectos son de carácter especial y funcionan para el caso concreto (*inter partes*). Esto, sin embargo, como se ha mencionado, no siempre es así, pues llegado el caso, se puede presentar la situación del *stare decisis*.¹⁴⁰

1.6.2 Modelo de control constitucional concentrado (Kelseniano)

1.6.2.1 Razonamiento de Kelsen

Hans Kelsen, el artífice del modelo europeo de control constitucional, lo haría desde el punto de vista neopositivista, basado exclusivamente en el criterio de la validez. Kelsen resalta un particular interés en el criterio de la validez entre grados u órdenes del sistema jurídico, lo que lo llevó a concluir en una necesidad de asegurar el

¹⁴⁰ Eto Cruz, Gerardo. "John Marshall y la sentencia Marbury vs. Madison", *op. cit.*, pp. 58-59.

ejercicio regular de las funciones estatales mediante una determinada garantía jurisdiccional de la Constitución a la que desde entonces adjetivó como justicia constitucional.¹⁴¹

La teoría de Kelsen, considera el sistema jurídico como un orden desdoblado, esto es, un conjunto de normas que no se encuentran en un plano normativo horizontal, ya que sería imposible determinar la norma que es fundamento de validez de la otra. Mientras que si están ordenadas en un plano vertical, se advierte una jerarquía normativa, en donde las normas están alineadas una debajo de la otra y cuyo punto de unión del sistema se centra en el fundamento de validez de las normas.

Así, la norma de mayor jerarquía será la que otorgue la validez a la norma de menor jerarquía. De modo que se aprecia un orden concatenado y coherente de normas, alineadas una sobre otra en donde la norma de grado más elevado se convertirá en el elemento cohesionador y unificador del sistema por la validez que otorga a la totalidad del entramado normativo¹⁴². Esa norma es sin lugar a dudas la Constitución, así lo expresa literalmente el jurista de Praga en su obra denominada la Teoría Pura del Derecho, al tenor siguiente:

Dado que, atento el carácter dinámico del derecho, una norma vale en tanto y en la medida en que ha sido producida en la forma determinada por otra norma; esta última configura el fundamento inmediato de validez de la primera. La relación entre la norma que regula la producción de otra norma, y la norma producida conforme a esa determinación, puede representarse mediante la imagen espacial de la supra y subordinación. La norma que regula la producción es una norma superior, mientras que la producida conforme a esa determinación es la norma inferior. El orden jurídico no es un sistema de normas de derecho situadas en un mismo plano, ordenadas equivalentemente, sino una construcción escalonada de diversos estratos de normas jurídicas. Su unidad está configurada por la relación resultante de que la validez de una norma, producida conforme a otra, reposa en esa otra norma, cuya producción a su vez está determinada por otra; un regreso que concluye, a la postre, en la norma fundante básica presupuesta. La norma fundante básica, hipotética en ese sentido, es así el fundamento de validez supremo que funda la unidad de esta relación de producción. Si, por de pronto, se observa un orden jurídico estatal, el estrato superior jurídico positivo, está representado por la constitución.¹⁴³

¹⁴¹ Kelsen, Hans. *La garantía jurisdiccional de la Constitución*, op. cit., p. 10.

¹⁴² Astudillo Reyes, Cesar I., *Ensayos de justicia constitucional...*, op. cit., p. 23.

¹⁴³ Hans, Kelsen, *Teoría pura del derecho*, 15ª ed., México, Porrúa, 2007, p. 232.

El desdoblamiento supone la concreción material de la Constitución, lo que deja sobre el escenario un conjunto de grados del orden jurídico, en el que cada grado constituye a la vez una producción de derecho, frente al grado inferior, y una reproducción del derecho, ante el grado superior.¹⁴⁴ La regularidad será entonces el elemento de correspondencia dentro de la dualidad de grados que hacen coherente un orden con otro; dentro de esta línea argumental, destacarán como garantías de regularidad, la legalidad de los reglamentos y la constitucionalidad de las leyes, sin que ello obste para considerar que esa noción subsiste y se emplea para los actos jurídicos individualizados. Por lo que garantías de la Constitución serán básicamente aquéllas que se avoquen a constatar la regularidad de las normas inmediatamente subordinadas a la ley fundamental.¹⁴⁵

En esta noción de orden jurídico jerarquizado en conjunción con la idea de regularidad, referidas a un concepto de Constitución, destacan tres aspectos básicos como: la determinación de las reglas sobre los órganos y procedimientos de la producción legislativa, las reglas que tratan de los órganos ejecutivos supremos –expresión que incorpora la actividad ejecutiva y judicial en el entendido de que ejecutan un derecho preestablecido -, y la determinación de las relaciones fundamentales entre el Estado y sus súbditos -básicamente mediante el establecimiento de un catálogo de derechos.¹⁴⁶ Lo cual llevó a Kelsen a la conclusión que la medida para garantizar la regularidad de las funciones estatales es la anulación del acto que expresa una incoherencia entre grados del orden jurídico, especialmente entre la Constitución y la ley, y que dicha irregularidad ha de ser pronunciada por un órgano diferente al que ha dictado la norma cuestionada; consecuencia lógica y razonable si se observa que confiar la anulación de los actos irregulares al mismo órgano que los ha realizado es condenar a la idea de control al más estrepitoso de los fracasos.¹⁴⁷

¹⁴⁴ Hans Kelsen, *La garantía jurisdiccional de la constitución*, op. cit., p. 14.

¹⁴⁵ *Ibidem*, pp. 14-15.

¹⁴⁶ *Ibidem*. pp. 26.

¹⁴⁷ *Ibidem*. pp. 51 y ss.

Kelsen rechazó la idea de que fuera el propio parlamento quien llevara a cabo la anulación, de ahí que buscó en otro órgano independiente de aquél la realización del control, de ahí que optó por una jurisdicción constitucional, al que también denominó legislador negativo o Tribunal Constitucional.¹⁴⁸

El Tribunal Constitucional conocería sobre la inconstitucionalidad de leyes y reglamentos inmediatamente subordinados a la Constitución¹⁴⁹ y de los tratados internacionales que también deben guardar armonía con la Constitución a fin de sostener con la Constitución exactamente la misma relación que ésta guarda con las leyes.¹⁵⁰ Kelsen no consideró oportuno implementar una *actio popularis* para iniciar el procedimiento de control constitucional, a fin de que sean las autoridades quienes activen el control.¹⁵¹ Finalmente Kelsen opta porque en determinadas circunstancias, se permita a los particulares acudir al tribunal cuando son parte en un proceso judicial; en Estados de composición federal se decanta por la participación de los gobiernos de los Estados miembros para impugnar los actos de la federación y también el derecho de ésta para inconformarse contra los actos de los Estados miembros. Destacó la relevancia de otorgar legitimación a las minorías parlamentarias para iniciar el control de constitucionalidad de la ley, como una garantía para las minorías.¹⁵²

En caso de detectar la inconstitucionalidad el efecto de la sentencia será la anulación de la ley y su consecuente expulsión del orden jurídico con efectos hacia el futuro o *ex nunc*. La sentencia que declarara la invalidez entraría en vigor a partir de su publicación en el medio oficial, de tal forma de ser publicada de la misma manera en que lo fue la norma anulada.¹⁵³

Por tanto, para Kelsen el sistema jurídico fue una estructura jerárquica con diversos peldaños, en el que las normas son el fundamento de validez de otras,

¹⁴⁸ *Ibidem.* p. 52.

¹⁴⁹ *Ibidem.* p. 25.

¹⁵⁰ *Ibidem.* p. 31.

¹⁵¹ *Ibidem.* pp. 87- 88.

¹⁵² *Ibidem.* pp. 89-90.

¹⁵³ *Ibidem.* p. 93.

siendo la Constitución la de grado superior, de la cual emanan todas las demás, que sirve además de equilibrio político-social. De ahí que la Justicia Constitucional tiene la finalidad de verificar la armonía de grados u órdenes y asegurar el ejercicio regular de las funciones estatales.

1.6.2.2. Elementos característicos del modelo concentrado.

El modelo Kelseniano de control constitucional se extendió en Europa al finalizar la primera guerra mundial, después de la memorable controversia intelectual que sostuvo con Carl Schmitt, por lo que se destacan los rasgos característicos del modelo de justicia constitucional.

Este modelo contiene diferencias respecto al americano y conduce a una noción ampliada de control; algo que por ese sólo hecho lleva a considerar, siguiendo a Cappelletti, que el modelo europeo es más completo que el de su similar estadounidense.¹⁵⁴ Esto debido a los sujetos legitimados para instar la labor de la jurisdicción constitucional, por las características del órgano en que ha de confiarse tal atribución, por los instrumentos procesales que se establecen, configurados como procesos autónomos de constitucionalidad, y por los efectos de las sentencias en caso de estimarse la inconstitucionalidad de la ley, aunque en realidad los modelos se complementan.

Se destaca que el modelo *kelseniano*, no se llegó a aplicar en su concepción pura. Pero sirvió su teoría para la creación de la jurisdicción constitucional en Europa, iniciando históricamente en Austria y Checoslovaquia, sin embargo, ni en la primera, en la que participó Kelsen de manera fundamental se logró establecer el modelo fiel de control que confeccionó en su teoría. Kelsen estableció de manera doctrinal su modelo, estableciendo los rasgos esenciales del modelo, sin embargo, sostenía que las modalidades particulares de la justicia constitucional dependían de las necesidades directas de cada Estado.¹⁵⁵

¹⁵⁴ Cappelletti, Mauro, citado por Astudillo Reyes, Cesar I., *Ensayos de justicia constitucional...*, op. cit., p. 27.

¹⁵⁵ Astudillo Reyes, Cesar I., *Ensayos de justicia constitucional...*, op. cit., p. 28.

A pesar de los elementos técnicos que caracterizan a los modelos de control, hay puntos de confluencia que los identifican. Así, una de características del modelo concentrado es la facultad otorgada a un tribunal especializado para que en virtud de su competencia realice pronunciamiento de inconstitucionalidad de una ley.¹⁵⁶ Ello en su carácter de un auténtico guardián de la Constitución.

Una segunda característica es la pluralidad de medios de control, de naturaleza procesal e instrumental con el objeto asegurar la supremacía de la Constitución. Otro elemento deriva del anterior y es el relativo a la ampliación de los entes o sujetos legitimados para promover la acción siendo además una nota distintiva del modelo, los efectos generales de la sentencia lo que implica en su caso, la expulsión de la ley del ordenamiento jurídico derivado de su inconstitucionalidad. Así lo expresa Kelsen:

De lo explicado anteriormente se deduce que para que la Constitución sea efectivamente garantizada, es necesario, que el acto sometido al control del tribunal constitucional sea directamente anulado en su sentencia en caso de que lo considere irregular. Esta sentencia debe tener, aun cuando se refiera a normas generales, -éste es precisamente el caso principal-, fuerza anulatoria.¹⁵⁷

Así mismo, se aprecia una sentencia con efectos *pro futuro*, es decir, una anulación de los actos posteriores a la resolución recaída que declare la inconstitucionalidad de la ley, expresándolo el jurista de Praga de la siguiente manera: *“En todo caso sería conveniente, en interés de la propia seguridad jurídica, no atribuir, en principio, ningún efecto retroactivo a la anulación de normas generales. Al menos dejar subsistir todos los actos jurídicos anteriormente realizados con base en la norma en cuestión. .. la norma general es anulada pro futuro, esto es, para los hechos posteriores a la anulación, de acuerdo con la norma anulada”*.¹⁵⁸

¹⁵⁶ Para Louis Favoreu “los tribunales constitucionales son jurisdicciones constitucionales a *tiempo completo* situados fuera del aparato jurisdiccional ordinario, e independientes de éste, a los que la Constitución atribuye el monopolio del control de la constitucionalidad de las leyes”. “Los tribunales constitucionales”, trad. José Julio Fernández Rodríguez, en García Balaúnde, D., y Fernández Segado, F., *La jurisdicción constitucional en Iberoamérica*, Madrid, Dykinson, 1997, p. 105.

¹⁵⁷ Hans Kelsen, “*La garantía jurisdiccional de la Constitución*”, *op. cit.*, p. 82.

¹⁵⁸ *Ibidem*. p. 83.

Así, la jurisdicción constitucional busca desalentar los actos de poder mal encaminados *a priori*, como ya el mismo Kelsen lo pensaba, y como herramienta correctora *a posteriori*, una vez que no se haya podido desalentar el acto por la sola coerción psicológica que supone la existencia de un órgano de control que en última instancia podrá derribar el acto cuando haya tomado forma jurídica. De modo que los sujetos o entes legitimados para solicitar su protección en algunos casos son lo que, en otros, pueden causar una violación a sus directivas.¹⁵⁹

De ahí que en este modelo no se requiere de un proceso judicial en el que un juez deba o no aplicar una norma inconstitucional para solicitar la intervención del Tribunal Constitucional, ya que estos se ubican como una instancia principal que no juzga hechos o casos concretos, sino que realiza un análisis abstracto de una ley con la Constitución.

Por lo que, no se requiere un derecho vulnerado en concreto para activar el medio de control, sino que es suficiente que uno de los sujetos o entes legitimados advierta la posible inconstitucionalidad para acudir al tribunal en interés de la Constitución y con el objeto de salvaguardarla.

Finalmente, como rasgos característicos del modelo europeo, cabe resaltar la existencia de un órgano *ex profeso* que ejerce el control de vigilar el cumplimiento de la Constitución, esto es un Tribunal Constitucional concentrado, a diferencia del difuso en el que al conocer de un caso concreto, cualquier juez puede inaplicar una ley por estimarla contraria a la Constitución. Asimismo, el modelo concentrado se ejerce en abstracto, es decir, no se requiere de un agravio personal y directo para instar el procedimiento, basta que el ente facultado para entablar la acción advierta la posible inconstitucionalidad de una ley para iniciar la acción constitucional. De igual manera se plantea con una acción principal, sin necesidad de sustanciar el procedimiento derivado de algún incidente en un caso en concreto; los efectos de la sentencia, son generales, la ley es expulsada del ordenamiento jurídico en su totalidad para su nunca retorno al sistema jurídico.

¹⁵⁹ Astudillo Reyes, Cesar I., *Ensayos de justicia constitucional...*, op. cit., p. 30.

Así, el examen de constitucionalidad de las leyes, tiene como propósito declarar que la misma guarda armonía con la Constitución o que en su defecto, contiene un vicio de inconstitucionalidad. En los procesos desarrollados ante los tribunales constitucionales, la decisión del conflicto constitucional tiene, en la generalidad de los ordenamientos jurídicos, una eficacia *erga omnes*. Siendo esta una de las características más típicas de los sistemas concentrados de control constitucional. La ley declarada inconstitucional por el Tribunal Constitucional no existe más, y nace un interés público a que la decisión sobre la duda de la constitucionalidad de la ley se resuelva para siempre y para todos.¹⁶⁰

La eficacia *erga omnes* de las decisiones, de los tribunales constitucionales viene a significar que ellas vinculan a todos los órganos, poderes y autoridades constitucionales, así como a todos los ciudadanos, como se ha dicho esto constituye una de las características de sistemas de control concentrado de constitucionalidad de normas, diferenciando la actividad jurisdiccional de la política, con el comportamiento del juez como verdadero juzgador, interpretando y argumentando en derecho, fijando los puntos de “no retorno” del proceso de verificación jurídica de los valores constitucionales y esta irreversibilidad de los efectos de sus decisiones, cerrando lo discutido por medio de la cosa juzgada, esto es producto de una pura actividad jurisdiccional.

1.7 Hibridación de los modelos originales

En la década de los cincuenta, cuando los sistemas de control concentrado de la segunda posguerra estaban asentándose, tomando cauce y forma, el procesalista Piero Calamandrei dio cuenta puntual de los rasgos que diferenciaban y, de hecho, oponían a los sistemas de justicia constitucional al sostener que el control de la *judicial review* era un sistema difuso, incidental, especial y declarativo, mientras que el control *autónomo*, como lo llamaba, se caracterizaba por ser concentrado, principal, general y constitutivo.¹⁶¹

¹⁶⁰ Calamandrei, Piero, citado por Bordalí Salamanca, Andrés, *op. cit.*, pp. 31-32.

¹⁶¹ Calamandrei, Piero, citado por Astudillo Reyes, Cesar I., *Ensayos de justicia constitucional...*, *op. cit.*, p. 47.

Actualmente, las características que identificaban a los sistemas de justicia han ido diluyéndose, de tal manera, que más allá de configurarse un tercer sistema, diferenciado por el elemento de la incidentalidad o bien la mixtificación, por lo que se han dado multiplicidad de sistemas definidos cada uno por sus particularidades que los hacen únicos y no del todo compatibles con las características de los sistemas clásicos de control constitucional.¹⁶²

Con el paso del tiempo y con el arribo de nuevas interpretaciones constitucionales, los modelos fueron evolucionando para ampliar sus posibilidades y llegar actualmente con las peculiaridades que se le conocen.

Cabe destacar que Kelsen, fue consciente de que cada país por su tradición, cultura, historia, o por sus requerimientos políticos, jurídicos o sociales necesitaba adaptar su sistema de justicia constitucional a la propia realidad. De ahí que el modelo europeo nació incluso con una gran dosis de ductilidad, no representando una construcción rígida aplicable exclusivamente bajo los dictados teóricos de su autor. Por el contrario, desde sus inicios aparece como un modelo dócil, condescendiente, que en aras de su flexibilidad se puede acomodar al conjunto de peculiaridades que condicionan al sistema en que pretende establecerse.¹⁶³

De cada sistema en particular, pueden desprenderse elementos rígidos e inamovibles. Pero si ellos fueran intercambiables, lejos se estaría de configurar un modelo particular y específico. Kelsen hace la diferenciación entre los elementos insustituibles y aquéllos que sí lo son. Por ejemplo entre los primeros está el tribunal encargado de conocer de la inconstitucionalidad de las leyes como órgano independiente, que los procesos constitucionales que conoce los tramita en vía principal, que los entes legitimados para acudir al tribunal deben ser preferentemente órganos del Estado y que las resoluciones del tribunal tienen una doble implicación: tienden a privar de eficacia la norma afectada de inconstitucionalidad y esa pérdida de eficacia suele expandirse de manera general

¹⁶² *Idem.*

¹⁶³ Astudillo Reyes, Cesar I., *Ensayos de justicia constitucional...*, op. cit., p. 48.

y no particularizada.¹⁶⁴ Mientras que dentro de los elementos no esenciales considera a la elección de los jueces, integración del tribunal, requisitos para su designación, facultades accesorias del tribunal.

De ahí que si bien, los sistemas de control de la segunda posguerra instituyen como garantía jurisdiccional de la Constitución elementos del modelo concentrado, no obstante ello, algunos países como Italia, Alemania y España, generaron una conexión entre la jurisdicción ordinaria y la constitucional por medio de la cuestión de inconstitucionalidad, al cual se le ha considerado como un tercer modelo *incidental*, e incluso uno cuarto denominado *mixto*.¹⁶⁵

Así, se advertían dos jurisdicciones distintas, la ordinaria y la constitucional, que no tenían puntos de intersección, la cual se logró conectar a través de la *cuestión de inconstitucionalidad*. Por lo que, empezó a teorizarse la irrupción de un nuevo modelo pero con elementos de americano y europeo; ya que el juez que debía resolver un asunto sometido a su competencia, podía elevar la duda de constitucionalidad al tribunal constitucional para el análisis exclusivo de compatibilidad de la ley aplicable al caso con la Constitución y en algunos casos, declarar la inconstitucionalidad con efectos generales.

Kelsen destacó que la Constitución no es solamente norma jurídica sino también equilibrio político. De ahí que también trato de evitar que la justicia constitucional no causara un desajuste de proporciones mayores, dando su lugar preponderante al Parlamento, estableciendo que sólo en caso de extrema exigencia se legitimaba la función del legislador negativo para eliminar los excesos de la mayoría. La intención de fortalecer a la ley, como mediadora entre la Constitución y los actos particulares, lo llevó a constreñir a la totalidad de los jueces a su apego irrestricto a la ley. Empero, él mismo destacó la oportunidad de que los tribunales interrumpieran sus procesos y elevaran sus dudas sobre la constitucionalidad de un precepto ante el

¹⁶⁴ Acúdase a Cruz Villalón, Pedro, *La formación del sistema europeo del control de constitucionalidad (1918-1939)*, Madrid, Centro de Estudios Constitucionales, 1987, p.33.

¹⁶⁵ Pegoraro, Lucio, citado por Astudillo Reyes, Cesar I., *Ensayos de justicia constitucional...*, op. cit., p. 49.

Tribunal Constitucional para que fuera éste quien juzgase su compatibilidad o no con la Constitución. Ello fue para ponderar la jerarquía de la jurisdicción constitucional frente a la ordinaria pues era la única que estaba en posibilidades de realizar una interpretación homogénea del texto y dar integridad y coherencia a la totalidad del sistema.¹⁶⁶

El aporte Kelseniano se retomó mediante reforma en la Constitución de Austria de 1929, para incorporar un elemento extraño al modelo, al otorgar competencia al Tribunal Constitucional un control concreto a través de la cuestión de inconstitucionalidad, limitando al Tribunal Supremo y al Tribunal Administrativo como órganos legitimados para plantearla.¹⁶⁷ Así, en caso de duda, solicitaran la intervención de la jurisdicción constitucional a efecto de que sea ésta quien se encargue de la valoración y eventual anulación de la norma en cuestión.

De manera que este mecanismo de *duda de constitucionalidad* se instala entonces para tratar de equilibrar el principio parlamentario con el principio de supremacía constitucional, resaltándose la importancia de la jurisdicción ordinaria y su conexión con la jurisdicción constitucional. Ante ello, el juez ordinario interpreta la ley aplicable y la Constitución para generarse una convicción propia de la compatibilidad con la ley fundamental, para en el caso de que estar convencido o dudar de su inconstitucionalidad activar la cuestión para esclarecer el tema de constitucionalidad y con ello aplicar o no una norma sin problema alguno.

La cuestión de inconstitucionalidad permite hablar de un control incidental, similar al control difuso, aunque parecido sólo por el hecho de que la cuestión emana de un litigio particular y que de la resolución del incidente depende el sentido de la sentencia dictada por el juez ordinario. No alcanza al órgano que la decide, ni la forma en que lo hace, que es en donde reside la diferencia esencial. Existen quienes destacan, siguiendo la nomenclatura alemana, que lo que realiza el tribunal constitucional es un control concreto debido a que juzga hechos particulares tal y

¹⁶⁶ Astudillo Reyes, Cesar I., *Ensayos de justicia constitucional...*, op. cit., p. 50.

¹⁶⁷ Véase Cruz Villalón, Pedro, op. cit., p. 267.

como sucede en Estados Unidos. Frente esta lectura existe una más viable, en el sentido de que una vez trasladada la cuestión de constitucionalidad al juez, se opera bajo las mismas categorías normativas – Constitución y ley -, su actuación sirve a un mismo objetivo – salvaguardar el status de superioridad de la Constitución – y las consecuencias jurídicas son idénticas: la expulsión del sistema jurídico de la norma afectada de inconstitucionalidad. La conclusión a la que se llega entonces es que la actitud del juez constitucional al resolver la cuestión es la misma que despliega cuando conoce del control abstracto.¹⁶⁸

Por lo que es necesario reconocer que parte de las tesis *kelsenianas* siguen vigentes hoy día debido a que los mismos tribunales siguen, en estos casos, ejerciendo un control abstracto y también siguen vigentes elementos del difuso, en tanto muchos problemas de constitucionalidad se advierten de los casos concretos, que a partir de la aplicación de normas es dable activar un medio de control.

Así, es de resaltar, que el acercamiento de los sistemas actuales debe verse no como una ruptura de las bases comunales de donde desprenden su origen histórico, sino más bien como la completa racionalización de los sistemas con su correspondiente acoplamiento a las circunstancias imperantes en los países en donde se actúa. Actualmente no existen modelos puros a los originales, pero tampoco existe una mezcla que genere el extremo de no identificar las características principales de los modelos clásicos.

Si bien es cierto el concepto y la función de la justicia constitucional han combinado en respuesta a la metamorfosis ocurrida dentro de las Constituciones, también lo es, que las técnicas de uno y otro se conservan; pero en aras de la armonización de sus competencias y la eficiencia de sus alcances, se han entremezclado a efecto de intentar salvaguardar un documento que por sus contenidos materiales está expuesto a ser violentado reiteradamente, dejando

¹⁶⁸ Astudillo Reyes, Cesar I., *Ensayos de justicia constitucional...*, op. cit., p. 53.

entrever la necesidad de ampliación de los objetos de control a fin de proteger a la Constitución desde todos sus ángulos.¹⁶⁹

La hibridación se manifiesta en dos sistemas particulares al combinar las técnicas y características del modelo europeo y americano, siendo frecuente encontrar sistemas de este tipo en América Latina, debido al primer influjo del constitucionalismo estadounidense y a la posterior recepción del modelo austriaco. Así conjugan características de ambos, Costa Rica, Chile, El Salvador, Brasil, Bolivia, Venezuela y México, entre otros.¹⁷⁰

Es así como se sugiere, fuera de la superada división entre control político y control jurisdiccional, un criterio temporal de control (control *a priori* o *a posteriori*), uno que atienda a la naturaleza del interés constitucional protegido (control *objetivo* o *subjetivo*), al tipo de enjuiciamiento (control *abstracto* o *concreto*), o a la organización específica del órgano que ha de declarar la inconstitucionalidad (control *difuso* o *concentrado*). Sin existir un consenso tal que lleve a apartarse totalmente de las virtudes didácticas que muestran los modelos históricos.¹⁷¹

¹⁶⁹ *Ibidem*, p. 56.

¹⁷⁰ García Belaude, Domingo y Fernández Segado, Francisco (coords.), *La jurisdicción constitucional en Iberoamérica*, Madrid, Dykinson, 1997, p. 155.

¹⁷¹ Astudillo Reyes, Cesar I., *op. cit.*, p. 57.

Capítulo Segundo

El Tribunal Constitucional

2.1. El surgimiento de los Tribunales Constitucionales.

Con posterioridad a la Primera Guerra Mundial, y particularmente, después de la Segunda Guerra Mundial, los países europeos *redescubrieron* la Constitución como texto jurídico y norma fundamental, para ello se diseñó un órgano que se encargara de la defensa de la Constitución como lo es, por regla general, un Tribunal o Corte Constitucional, dotado de autonomía e independencia frente a los poderes clásicos del Estado y en algunos casos inmerso dentro del Poder Judicial, lo que implica que la defensa constitucional se ha centrado en un órgano jurídico y no así en un órgano de naturaleza política, cuyas propias actuaciones pudieran ser objeto de cuestionamiento por incurrir en vicios de inconstitucionalidad, o ser susceptibles de entrar en conflicto de competencias con otro de los órganos estatales.

Estos tribunales realizan una tarea especializada de carácter jurídico-político, para la cual se requiere concretar una hermenéutica finalista y sistemática que considera los valores y principios que orientan el conjunto del texto constitucional, enjuiciando las normas jurídicas a partir de la Constitución, lo que requiere de una preparación y perspectiva diferente de la del juez ordinario.¹⁷²

Como se ha indicado en líneas anteriores, fue Kelsen quién desarrolló la idea de un tribunal constitucional, destacando que en su obra *¿Quién debe ser el defensor de la Constitución?*¹⁷³, responde a Carl Schmitt y a su trabajo traducido como *defensa de la Constitución*¹⁷⁴, sosteniendo que la idea de defensor de la Constitución apunta, a las garantías que deben establecerse respecto de los órganos constitucionales capaces de provocar infracciones, como asimismo, que el órgano que defiende la Constitución no debe ser el mismo que el que puede violarla.

¹⁷² Nogueira Alcalá, Humberto, *Justicia y Tribunales Constitucionales en América del sur*, Lima, Palestra, 2006, p. 67.

¹⁷³ Kelsen, Hans, *¿Quién debe ser el defensor de la Constitución?*, Madrid, España, Ed. Tecnos, 1995.

¹⁷⁴ Schmitt, Carl, *La defensa de la Constitución*, Madrid, España, Ed. Tecnos, 1998.

Así, en el esquema *kelseniano*, un *Tribunal Constitucional* se caracteriza por ser un *Tribunal especial*, situado fuera del Poder Judicial; que desarrolla la jurisdicción constitucional en forma *concentrada*, vale decir, en forma exclusiva; dicho control es de *carácter abstracto*, analizando la ley en su constitucionalidad con independencia de los casos concretos; ejercido por *vía de acción*, presentando el fallo o sentencia los *efectos de cosa juzgada* y de efectos *erga omnes*, anulando el precepto legal e impide que éste produzca efectos desde el momento del fallo y hacia el futuro, no teniendo efectos retroactivos. Dicho modelo se concretó en el Tribunal Constitucional Austriaco de 1920.¹⁷⁵

De esta manera, los primeros tribunales constitucionales nacen en Europa,¹⁷⁶ el primero es el Tribunal Constitucional de Checoslovaquia establecido por la Constitución de 29 de febrero de 1920. El mismo año se concreta el Alto Tribunal Constitucional de Austria en la Constitución de octubre de 1920, en su artículo 140; precedida de la ley austriaca de 25 de enero de 1919, que genera un órgano denominado Tribunal Constitucional, al cual la Ley del 14 de marzo de 1919 le entrega un control preventivo de constitucionalidad de las leyes de los Lander.¹⁷⁷

Asimismo, el propio modelo kelseniano del Tribunal Constitucional Austriaco tuvo modificaciones, pues si bien permaneció como característica esencial la acción directa ante el Tribunal y los efectos generales de la sentencia, adoptó el control concreto por vía incidental, ello mediante reforma constitucional austriaca de 1929, que modifica el artículo 140 para ampliar la legitimación activa para recurrir leyes consideradas inconstitucionales al Tribunal Supremo y al Tribunal de Justicia Administrativa¹⁷⁸. Así, cualquiera de las partes en litigio en conocimiento de alguno de los tribunales mencionados, podía plantear el problema del vicio de constitucionalidad de una ley que se buscaba aplicar al caso específico, lo que era

¹⁷⁵ Nogueira Alcalá, Humberto, Justicia y Tribunales Constitucionales en América del sur, *op. cit.*, p. 68.

¹⁷⁶ Véase Cruz Villalón, Pedro, La formación del sistema europeo de control de constitucionalidad (1918-1939), Madrid, España, Centro de Estudios Constitucionales, 1987.

¹⁷⁷ Nogueira Alcalá, Humberto, Justicia y Tribunales Constitucionales en América del sur, *op. cit.*, p. 72.

¹⁷⁸ *Ibidem*, p. 69.

analizado por el tribunal correspondiente, el que si encontraba sustentable el planteamiento de inconstitucionalidad podía tomar la decisión de elevar los antecedentes al Tribunal Constitucional para que decidiera sobre la materia. De esta manera se introdujeron elementos incidentales en un sistema caracterizado de concentrado por vía de acción directa. Asimismo, se introducen elementos de concreción, lo que deriva de la prejudicialidad, en la medida de que el tribunal administrativo u ordinario, realiza el mismo un juicio de constitucionalidad para determinar si eleva o no los antecedentes al Tribunal Constitucional, lo que vincula al Tribunal Constitucional a un caso concreto, en cuyo ámbito la norma cuestionada en su constitucionalidad podrá o no operar, aun cuando el enjuiciamiento del Tribunal será abstracto.

Por su parte, en el periodo de entreguerras se creó en la Constitución española de 1931 el Tribunal de Garantías Constitucionales, que desapareció con el advenimiento al poder del régimen de Franco. A su vez, en América Latina, siguiendo el antecedente español, en la Constitución de 1940, Cuba crea un Tribunal de Garantías Constitucionales y Sociales, el cual integraba el Poder Judicial como Sala de la Corte Suprema, ejerciendo un control concentrado de constitucionalidad sobre todo tipo de normas jurídicas.¹⁷⁹

La generación de tribunales constitucionales europeos responden a una Constitución que centra su atención en los derechos fundamentales, los cuales son directamente exigibles al legislador, aunado a la plena eficacia normativa de la Constitución. La reconstrucción democrática europea garantiza el respeto de los derechos humanos, reemplaza el Estado Legal de Derecho por el Estado Constitucional, subordinando todos los poderes a los derechos.

Así, en la segunda posguerra, además del restablecimiento de la Corte Constitucional austriaca a partir de 1945, se crearon, de acuerdo con el modelo *kelseniano* o continental europeo, cortes o tribunales constitucionales especializados en Italia (1948); República Federal de Alemania (1949); la antigua

¹⁷⁹ *Ibidem*, pp. 72-73.

Yugoslavia (1963-1974); Portugal (1976-1982); España (1978); Turquía (1952-1961-1982); Bélgica con el nombre peculiar de Tribunal de Arbitraje (1980-1989); y en esa misma dirección se pueden mencionar el Consejo Constitucional francés, que inició sus actividades como un órgano político, pero que en la actualidad la doctrina considera que realiza funciones predominantes de jurisdicción constitucional.¹⁸⁰

Es de considerarse que, el paradigma europeo continental ha tenido influencia considerable, en especial en los ordenamientos constitucionales de los países de Europa del Este, que con anterioridad a las profundas transformaciones iniciadas en 1989 seguían el modelo soviético, y en la actualidad han creado tribunales o cortes constitucionales, por medio de reformas o expedición de nuevas cartas fundamentales en los siguientes países (citado por orden alfabético): Albania (1992); Bosnia Herzegovina (1995); Bulgaria (1991); Croacia (1990); República Checa (1992); Eslovaquia (1992); Eslovenia (1991); Estonia (1992); Hungría (1989); Letonia (1996); Lituania (1992); Macedonia (1992); Moldavia (1994); Polonia (1982-1986 y actualmente en su nueva carta fundamental de 1997); Rumania (1991), y Yugoslavia (1992).¹⁸¹

En la República Federal Rusa, formada al desaparecer la Unión Soviética, se estableció la Corte Constitucional, después de algunos ensayos previos, en su carta fundamental de 1993, del mismo modo lo hicieron algunas Repúblicas que al separarse de la propia Unión Soviética se confederaron en la Unión de Estados Independientes, como Ucrania, Urzeibakán; Bielorusia; Georgia, Armenia y Moldavia. Todos estos ordenamientos siguieron el ejemplo de la Federación Rusa y establecieron, con algunos matices, tribunales o cortes constitucionales, entre 1993-1996.¹⁸²

¹⁸⁰ Favoreau, Louis, *Los tribunales constitucionales*, trad. de Vicente Villacampa, Barcelona, Ariel, 1994, pp. 1994, pp. 43-136; Fix-Zamudio, Héctor, *Estudio de la Defensa de la Constitución en el ordenamiento jurídico mexicano*, México, Porrúa, 2011, pp. 6-7.

¹⁸¹ Fix Zamudio, Héctor, *Estudios de la Defensa de la Constitución...*, *op. cit.*, p. 7.

¹⁸² *Ibidem*, pp. 7-8.

Así, la creación de una Corte o Tribunal Constitucional, constituye uno de los elementos que coadyuvan a transitar de la autocracia a la democracia, o que desarrollan transiciones desde regímenes autoritarios a sistemas democráticos, o bien que desarrollan un nuevo comienzo democrático. Esto es así, puesto que los tribunales constitucionales tienen la función de prevenir la traición de los poderes constituidos a la Constitución, controlar la distribución del poder, asegurar y garantizar los derechos fundamentales frente al abuso o desviación del poder, como supervigilar que las pautas que la Constitución establece a través de valores y principios para la acción de los poderes públicos sean cumplidas por estos, asegurando su efectiva vigencia.

Por su parte, los sistemas de justicia constitucional de América Latina se construyeron históricamente a partir de la influencia de los modelos norteamericano y europeo. En experiencias más recientes han surgido combinaciones que producen una composición híbrida a partir de la asociación de los elementos del sistema difuso que fueron armonizados con elementos típicos del sistema concentrado. Como ha sostenido Fix-Zamudio, la fuerte influencia que introdujo el constitucionalismo estadounidense, produjo la incorporación, durante el siglo XIX, del control difuso de constitucionalidad en Constituciones latinoamericanas.¹⁸³ El esquema, sin embargo, tomó nuevos matices rápidamente, ante la exigencia institucional de compatibilizar un control ejercido por todos los jueces con los primeros intentos de implantar un control ejercido por un tipo específico de jueces.

Uno de los primeros antecedentes de esta mixtura, se encuentra en Venezuela en el siglo XIX, donde a un embrionario control concentrado de constitucionalidad de las leyes se adhirió con posterioridad el control difuso¹⁸⁴. No obstante ello, no fue sino con la influencia del diseño del Tribunal de Garantías Constitucionales de la Constitución Española de 1931, que se incorpora plenamente en nuestro continente el control concentrado de constitucionalidad mediante un tribunal constitucional, lo

¹⁸³ Fix-Zamudio, Héctor, "La justicia constitucional en América Latina", *op. cit.*, p. 68 y ss.

¹⁸⁴ Ayala Corao, Carlos M., "La jurisdicción constitucional en Venezuela", en García Belaúnde, Domingo y Fernández Segado, Francisco (coords.), *La jurisdicción constitucional en Iberoamérica*, Madrid, Dykinson, 1997, p. 935.

que acontece con la expedición de la Constitución de Cuba de 1940 y la de Ecuador de 1945¹⁸⁵.

La consolidación de este cambio de orientación, es decir, de pasar a modelos con fuerte influencia del sistema americano al concentrado, se produjo con la instauración de un verdadero tribunal constitucional en la Constitución guatemalteca de 1965. Es en esa experiencia en la que se observa por primera vez la plena armonía del control difuso de constitucionalidad con la existencia de un control en vía principal cuya declaratoria de inconstitucionalidad asumía efectos generales.¹⁸⁶ De este modo se produjo la reunión en un mismo sistema, de los dos modelos históricos, que al convivir generaron un esquema de organización nueva y diferente, que fue preciso racionalizar en aras de su propia funcionalidad, y que en los hechos se asumió como algo distinto a lo previamente existente.

De esta manera, se advierte la tendencia creciente para introducir organismos jurisdiccionales centralizados y especializados en la solución de conflictos fundamentales en América Latina, por lo que se pueden anunciar los sistemas establecidos en las Constituciones de Chile, Tribunal Constitucional (1970-1973-1980-1989); Guatemala, Corte de Constitucionalidad (1965-1985); Perú, primero Tribunal de Garantías Constitucionales (1979), ahora Tribunal Constitucional (1993); Colombia, Corte Constitucional (1991); Bolivia, Tribunal Constitucional Plurinacional (reforma 1994), y Ecuador, Tribunal de Garantías Constitucionales (1948), ahora Tribunal Constitucional (1998). A los anteriores deben agregarse las Salas Constitucionales autónomas pero situadas dentro de las Cortes o Tribunales Supremos de, El Salvador (1989); Costa Rica (reforma de 1989); Paraguay (1992); Nicaragua (1987, reforma de 1995) y Venezuela (1999).¹⁸⁷

¹⁸⁵ Palomino Manchego, José F., "Los orígenes de los tribunales constitucionales en Iberoamérica (1931-1979) en Ferrer Mac-Gregor, Eduardo (coord), *Derecho Procesal Constitucional*, 5ª ed., México, Porrúa, 2006, pp. 409 y ss.

¹⁸⁶ Fernández Segado, Francisco, *Del control político al control jurisdiccional. Evolución y aportes de la justicia constitucional en América Latina*, Bolonia, Center for Constitutional Studies and Democratic Development, Librería Bonomo Editrice, 2005, p. 102.

¹⁸⁷ Fix-Zamudio, Héctor, *Estudio de la Defensa de la Constitución...*, op cit., p. 8.

Al respecto, César Astudillo señala que la confluencia de los dos fenotipos históricos para dar vida a un tercero puede considerarse, en este sentido, una aportación del constitucionalismo latinoamericano a la sistemática de los modelos de justicia constitucional, en la medida en que se presenta como resultado de un conjunto de consideraciones de índole temporal, geográfico y cultural, que si bien no fueron idénticas, tuvieron la capacidad de desembocar en una forma de organización paradigmática, a la que hoy se reconoce como una formulación verdaderamente original¹⁸⁸.

Finalmente, será en líneas subsecuentes que detallaremos el caso mexicano, por lo que nos limitaremos a señalar que a partir de la reforma al artículo 105 a la Constitución mexicana de diciembre de 1994, se estableció un sistema de instrumentos procesales para la defensa de la Constitución, introduciendo la acción abstracta de inconstitucionalidad propia del sistema europeo de control constitucional y ampliando los supuestos de procedencia de la controversia constitucional, otorgando la facultad exclusiva a la Suprema Corte de Justicia de la Nación para conocer de estos mecanismos, en aras de fortalecer su identidad como Tribunal Constitucional.

2.2. Las razones que justifican el desarrollo de los Tribunales Constitucionales.

Nogueira Alcalá ha señalado que el desarrollo de los tribunales constitucionales en América y Europa se ha producido porque se ha constatado el fracaso de la jurisdicción constitucional en manos de los jueces ordinarios. Para ello cita al profesor Cappelletti quien señala algunas razones para el caso europeo, que son susceptibles de ser aplicables también a muchos países latinoamericanos: los jueces ordinarios son *magistrados de carrera* poco aptos para asegurar la tarea de control de las leyes, tarea que es inevitablemente creadora y va mucho más lejos

¹⁸⁸ Astudillo, Cesar, "El genotipo y los fenómenos de justicia constitucional. Particular referencia a América Latina", en Astudillo Cesar, *Estudios sobre la Suprema Corte de Justicia de la Nación*, México, Tirant lo Blanch, 2019, pp.107-108

que sus funciones tradicionales de simples intérpretes y de fieles servidores de las leyes. La interpretación misma de las normas constitucionales, y especialmente del nudo central de éstas que es la declaración de los derechos fundamentales es normalmente muy diferente de la interpretación de las leyes ordinarias, ello exige una aproximación que se conjuga con la tradicional “debilidad o timidez” del juez del modelo continental.¹⁸⁹

En este sentido, el maestro Nogueira Alcalá coincide que una de las principales razones del desarrollo de los tribunales constitucionales se debe a que los tribunales ordinarios, tienden a sacralizar las leyes, producto de su cultura continental de *aplicadores* de la ley, más que juzgadores de la ley a partir de la Constitución. En ese sentido, sigue apuntando que los magistrados ordinarios no están preparados para realizar interpretación constitucional y juzgar las leyes y demás normas internas desde los valores, principios y reglas constitucionales.¹⁹⁰

Por su parte, García de Enterría¹⁹¹ señala que el Tribunal Constitucional en lugar de competidor del Parlamento, termina siendo su complemento lógico; no puede indagar la relación de adecuación o no de la norma legislativa con el supuesto de hecho que intenta regular (no examina, pues, la eventual injusticia de la ley), sino que, como depositario de las categorías lógicas del ordenamiento, enjuiciará sólo la *validez* de la Ley, por vía de simple lógica racional, desvinculada de la necesidad de decidir las controversias de pleitos reales, actuando pues, conforme a la doctrina *kelseniana*, como un “legislador negativo”, aunque sea un legislador que no actúe espontáneamente, sino a petición de parte.

García de Enterría es enfático en el sentido de que la existencia de un Tribunal Constitucional afianza y arraiga el papel rector de la Constitución en el arbitraje social y extiende el rol del Derecho en la vida política y colectiva y de ello surgen capitales beneficios para los sistemas políticos y para las sociedades que dentro de

¹⁸⁹ Nogueira Alcalá, Humberto, *Justicia y Tribunales Constitucionales en América del sur...*, op. cit., pp. 75.

¹⁹⁰ *Idem*.

¹⁹¹ García de Enterría, Eduardo, *La Constitución como norma...*, op. cit., p. 65.

ellos viven. Así, una Constitución sin un Tribunal Constitucional que imponga su interpretación y la efectividad de la misma en los casos cuestionados es una Constitución herida de muerte, que liga su suerte a la del partido en el poder, que impone en esos casos, por simple prevalencia fáctica, la interpretación que en ese momento le conviene. La Constitución pasa a ser instrumentalizada políticamente por unos grupos o partidos frente a otros.¹⁹²

Actualmente la legitimidad de los tribunales constitucionales se ha acrecentado en la medida que son los protectores de los derechos humanos frente a los eventuales actos de la mayoría que suele controlar el gobierno y el parlamento, los que pueden desarrollar intereses coyunturales que son contrarios a los derechos de los gobernados asegurados constitucionalmente, así también son órganos de garantía del respeto de la distribución de competencia hecha por el constituyente entre los órganos constituidos. Asimismo, han contribuido a racionalizar los conflictos políticos y a pacificarlos evitando crisis institucionales, fortaleciendo el sistema institucional democrático y potenciando la estabilidad institucional y los derechos de las personas.

2.3. Hacia un concepto de Tribunal o Corte Constitucional y la determinación de sus características esenciales.

En principio, se resalta la afirmación que en su momento hizo Louis Favoreu en el sentido de que, no es posible confundir control concentrado de constitucionalidad con tribunales constitucionales, al señalar que: *“Un Tribunal Supremo o, incluso, la cámara constitucional de un tribunal supremo pueden ser jurisdicciones constitucionales, pero no son Tribunales Constitucionales”*. Por lo que, para Favoreu partiendo de un sentido formal: *“un Tribunal Constitucional es una jurisdicción creada para conocer especial y exclusivamente en materia de lo contencioso constitucional, situada fuera del aparato jurisdiccional ordinario e independiente tanto de éste como de los poderes públicos”*.¹⁹³

¹⁹² *Ibidem*, pp. 198-199.

¹⁹³ Favoreu, Louis, *Los Tribunales Constitucionales*, Barcelona, España, Ed. Ariel, 1994, p. 15.

Por su parte, en una concepción material se entiende a los tribunales que realizan la función de defensa e interpretación final de la Constitución pero que no necesariamente se encuentran al margen del Poder Judicial. En esta concepción se encuentran varias cortes o tribunales supremos de América Latina, en la que podemos ubicar a la Suprema Corte de Justicia de la Nación en México.¹⁹⁴ Así, Fix-Zamudio los describe como organismos jurisdiccionales especializados en la resolución de conflictos directamente constitucionales, los que encuadrados dentro o fuera del Poder Judicial, “deciden en última instancia sobre la interpretación definitiva de los principios, valores o normas fundamentales, y por ello adquieren, aun cuando no estatuya expresamente, el carácter de órganos autónomos constitucionales con funciones de carácter jurídico-político.”¹⁹⁵

Por su parte, Ferrer Mac-Gregor, en un enfoque material entiende por *“Tribunal Constitucional al órgano jurisdiccional de mayor jerarquía que posee la función esencial o exclusiva de establecer la interpretación final de las disposiciones de carácter fundamental”*¹⁹⁶, y sigue apuntando que en un enfoque moderno y más amplio, es necesario conocer las atribuciones y competencias del órgano para determinar su naturaleza jurídica, por lo que Mac-Gregor señala que: *“entendemos por tribunal constitucional a los altos órganos judiciales o jurisdiccionales situados dentro o fuera del poder judicial, independientemente de su denominación, cuya función material esencialmente consista en la resolución de litigios o conflictos derivados de la interpretación o aplicación directa de la normativa constitucional.”*¹⁹⁷

Asimismo, se coincide con Nogueira Alcalá quién señala que deben reunirse tanto aspectos formales y materiales para determinar la existencia de un Tribunal Constitucional y no asimilar toda jurisdicción constitucional concentrada a los

¹⁹⁴ Véase, Fix-Zamudio, Héctor, voz “tribunales constitucionales”, en Diccionario Jurídico Mexicano, México, UNAM, 2000.

¹⁹⁵ Fix-Zamudio, Héctor, “Breves reflexiones sobre la naturaleza, estructura y funciones de los organismos jurisdiccionales especializados en la resolución de procesos constitucionales”, en Vega G., Juan y Corzo S., Edgar, Tribunales y Justicia Constitucional, México, IJ-UNAM, 2002, p.212.

¹⁹⁶ Ferrer Mac-Gregor, Eduardo, *Los Tribunales Constitucionales en Iberoamérica*, México D.F., Ed. Fundap, 2002, pp. 55-56.

¹⁹⁷ Ferrer Mac-Gregor, Eduardo, “Los tribunales constitucionales y la Suprema Corte de Justicia de México”, en Ferrer Mac-Gregor, Eduardo (Coordinador), *Derecho Procesal Constitucional*, 5ª ed., México D.F., Porrúa, 2006, p. 243.

primeros, como tampoco identificar Tribunal Constitucional con el solo ejercicio de competencias en materia de procesos constitucionales, al margen del status del Tribunal respectivo; por lo que, se comparte la conceptualización que realiza Nogueira Alcalá sobre los Tribunales Constitucionales como:

órganos supremos constitucionales de única instancia, de carácter permanente, independientes e imparciales, que tienen por función esencial y exclusiva la interpretación y defensa jurisdiccional de la Constitución, a través de procedimientos contenciosos constitucionales referentes como núcleo esencial a la constitucionalidad de normas infraconstitucionales y la distribución vertical y horizontal del poder estatal, agregándose generalmente la protección extraordinaria de los derechos fundamentales, que actúan en base a razonamientos jurídicos y cuyas sentencias tienen valor de cosa juzgada, pudiendo expulsar del ordenamiento jurídicas las normas consideradas inconstitucionales.¹⁹⁸

De lo anterior, Nogueira realiza un análisis¹⁹⁹ con elementos que extrae de dicho concepto, a fin de explicitar la naturaleza de los Tribunales constitucional, al tenor siguiente:

- a) Los tribunales constitucionales son *órganos constitucionales* en cuanto reciben directamente de la Constitución su estatus, su integración y sus competencias esenciales, son componentes fundamentales de la estructura constitucional del Estado, siendo supremos en su orden, no existiendo relaciones de subordinación respecto de otros órganos, sino solo relaciones de coordinación, estando sometidos únicamente a la Constitución, extendiendo su autoridad a todo el territorio del Estado.
- b) Son *órganos jurisdiccionales y no órganos legislativos negativos*, ya que resuelven como órganos independientes, sólo sometidos a la Constitución, conflictos por medio de un proceso que debe ser justo, aun cuando sea de Derecho objetivo, en base a razonamientos jurídicos y cuyas sentencias tienen valor de cosa juzgada. No puede negarse el carácter de órganos jurisdiccionales por el hecho de realizar en ocasiones control preventivo, por resolver sin contradicción o *ultra petita*.

¹⁹⁸ Nogueira Alcalá, Humberto, *La Jurisdicción constitucional y los Tribunales Constitucionales de Sudamérica en la alborada del siglo XXI*, op. cit., p. 49.

¹⁹⁹ *Ibidem*, pp. 49-53.

- c) Son *Tribunales independientes*, ya que ejercen sus funciones sin que ningún otro órgano constitucional pueda interferir en sus funciones específicas, ya sea avocándose causas pendientes, revisando los contenidos de los fallos, reviviendo causas resueltas, o dándole instrucciones sobre su cometido jurisdiccional. No es una característica esencial que el Tribunal se sitúe como órgano extra poder, ya que eventualmente puede formar parte del Poder Judicial, siempre y cuando disponga de independencia orgánica y funcional y no se encuentre sometido a la superintendencia correccional o disciplinaria de la Corte Suprema de Justicia, pudiendo hacer respetar sus fallos ante la Corte Suprema o las demás salas de la misma, como ocurre en otros tribunales constitucionales como los de Alemania en Europa y de Colombia en América del Sur. Debiendo contar con garantías de independencia funcional, autonomía estatutaria, administrativa y financiera.
- d) Un Tribunal Constitucional debe estar integrado por *magistrados letrados imparciales*, ya que resuelven conflictos jurisdiccionales en los cuales son terceros, con desinterés objetivo o sin intereses comprometidos en la resolución del conflicto.
- e) Son *órganos permanentes*, ya que su funcionamiento es de carácter continuo y estable dentro de los respectivos ordenamientos jurídicos, al igual que los tribunales ordinarios de justicia, no siendo ejercida su función por tribunales o comisiones *ad hoc* o de carácter transitorio.
- f) Resuelven a través de *procedimientos contenciosos constitucionales*, que es su *competencia especializada*, la determinación de la inconstitucionalidad de normas infraconstitucionales o que provienen del derecho internacional al incorporarse al derecho interno, resuelven conflictos entre órganos constitucionales y protegen a través de acciones o recursos extraordinarios, por regla general, los derechos fundamentales, sin perjuicio de ejercer competencias no esenciales, en todo caso, las *materias contenciosas reservadas al Tribunal Constitucional deben contener como mínimo la constitucionalidad de las leyes, siendo los únicos órganos que pueden impedir su incorporación o su expulsión del ordenamiento jurídico y la*

distribución horizontal y vertical del poder estatal. Además, ellos no ejercen jurisdicción ordinaria. Este aspecto determina el elemento material de la definición de un Tribunal Constitucional. En este elemento, es importante destacar lo que señala Humberto Nogueira²⁰⁰, pues considera que un Tribunal Constitucional no debe tener como elemento esencial de su cualificación, un control monopólico de constitucionalidad de las leyes, ya que pueden existir otros órganos jurisdiccionales que realizan control de constitucionalidad de preceptos legales con efectos *inter partes* o de inaplicación al caso concreto, como ocurre en América del Sur en países que tienen Tribunales Constitucionales como Colombia, Chile, Perú y Ecuador.

- g) Los Tribunales Constitucionales *dictan sentencias que tienen valor de cosa juzgada y gozan de imperio, además de ser irrevocables*, no pudiendo ser desconocidas por ningún otro órgano estatal o persona dentro del respectivo Estado.
- h) Los Tribunales Constitucionales *los integran magistrados nombrados por las autoridades políticas (Gobierno, Congreso Nacional y, eventualmente, la Corte Suprema o las jurisdicciones superiores del Estado), no siendo en su mayoría magistrados de carrera*, todo ello refuerza la legitimidad política del Tribunal, sin descuidar la legitimidad jurídica. Esta perspectiva no es incompatible con el hecho de que una parte minoritaria de sus integrantes puedan provenir de las más altas magistraturas del país como ocurre, por ejemplo, con el caso de Italia en Europa y de Chile en América del Sur.
- i) Deben estar dotados de una *adecuada autonomía administrativa y reglamentaria* referente a las normas de su funcionamiento interno, incorporación y dirección del personal asesor y administrativo y la adecuada utilización de los recursos económicos asignados.

Así, se coincide con Humberto Nogueira, que el conjunto de estos criterios formales y materiales permiten identificar a un Tribunal Constitucional y diferenciarlo de otros tipos de jurisdicción constitucional concentrada. No se concuerda con

²⁰⁰ *Ibidem*, p. 52.

aquellas conceptualizaciones de los tribunales constitucionales puramente formales o puramente materiales, que por su ambigüedad, unilateralidad o generalidad no dan cuenta de la naturaleza jurídica de los tribunales constitucionales.

Concluye Rudolf Smend²⁰¹ que un Tribunal Constitucional cumple una triple tarea. Por una parte, crea orden en el amplio espacio de las cuestiones jurídico-constitucionales, en las que sólo puede crear un orden auténtico, una justicia independiente del más alto rango. En segundo lugar, fortalece las bases de nuestra existencia política, en las que nos permite a los ciudadanos experimentar la vivencia de la condición de Estado de Derecho de nuestra comunidad y de la dignidad garantizada de ciudadanos libres. Finalmente lucha por el imperio de los derechos y de los bienes al tomar como motivación expresa de sus decisiones estos más altos valores de la tierra.

2.4. La Suprema Corte de Justicia de la Nación como Tribunal Constitucional (evolución-reformas).

En el Estado mexicano, el órgano que ha ejercido materialmente las funciones de un Tribunal Constitucional, es la Suprema Corte de Justicia de la Nación, la cual ha experimentado una evolución progresiva para intentar convertirse y consolidarse en un auténtico Tribunal Constitucional, a pesar de conservar aún la denominación de Suprema Corte.

Al respecto, Ferrer Mac-Gregor distingue dos grandes etapas de conversión del más alto Tribunal: la primera, que se inicia con la promulgación de la Constitución vigente de 5 de febrero de 1917 y se desarrolla a lo largo del siglo XX hasta las reformas constitucionales y legales que entraron en vigor el 15 de enero de 1988; y la segunda, a partir de 1988 hasta la actualidad.²⁰²

²⁰¹ Citado por García de Enterría, Eduardo, *La Constitución como norma...*, *op. cit.*, pp. 207-208.

²⁰² Ferrer Mac-Gregor, Eduardo, "Los tribunales constitucionales y la Suprema Corte de Justicia de México", en Ferrer Mac-Gregor, Eduardo (coord.), *Derecho procesal constitucional*, *op. cit.*, tomo I, p. 254.

En la primera etapa, las reformas constitucionales y legales en realidad se efectuaron para combatir el rezago derivado del incremento desorbitante en el número de demandas de amparo (de mera legalidad), que originó la resolución de la Suprema Corte de Justicia de 29 de abril de 1869, en el famoso caso conocido como “Amparo Vega”, en el cual declaró de manera implícita la inconstitucionalidad del artículo 8º de la Ley de Amparo de 20 de enero de 1869 que prohibía expresamente la procedencia del amparo contra las resoluciones judiciales; lo que ocasionó que a partir de esa fecha la Suprema Corte se convirtiera fundamentalmente en un tribunal de casación, para combatir en última instancia la inexacta aplicación de las disposiciones legales secundarias.²⁰³

Las reformas constitucionales y legales más importantes durante este primer periodo son:

Reforma constitucional de 1928

La primer reforma significativa es la de 20 de agosto de 1928, en la que se reformaron los artículos 94, 96 al 100 y el 111 del texto original de 1917, para aumentar el número de ministros de la Suprema Corte de Justicia de once a dieciséis, funcionando en Pleno y en tres Salas de cinco ministros cada una: civil, penal y administrativa; que sus ingresos no podrían ser disminuidos durante su encargo, y que los ministros serían inamovibles, salvo cuando observaran mala conducta (art. 94); segundo, que los nombramientos de los ministros serían hechos por el Presidente y aprobados por el Senado (art. 96); tercero, se previó el modo como el Presidente cubriría las faltas de los ministros con la participación del Senado (art. 98); cuarto, se estableció que el Presidente y el Senado (y no el Congreso) calificarían las renunciaciones de los ministros (art. 99); quinto, se estableció que las licencias de los ministros superiores a un mes, serían concedidas por el Presidente con aprobación del Senado; sexto, que el Presidente de la República podía pedir directamente ante la Cámara de Diputados, la destitución por mala conducta de los ministros de la Suprema Corte y de los magistrados y jueces

²⁰³ *Idem.*

federales y del Distrito y territorios federales, correspondiendo a la de Senadores declarar en su caso la responsabilidad (art. 111) y séptimo, que los ministros que en ese momento ocupaban el cargo, debían esperar su ratificación por el Presidente y el Senado de la República (art. 4º transitorio).²⁰⁴

Reforma constitucional de 1934

Una nueva reforma a los artículos 94 y 96 constitucional, aconteció el 15 de diciembre de 1934, aumentando otra vez el número de ministros de dieciséis a veintiuno (art. 94), se previó la posibilidad de que la Corte funcionaria en cuatro salas, se agregó una laboral (art. 94). Asimismo, se estableció un periodo de seis años para el encargo de ministro, magistrado de circuito y juez de distrito, y que sólo podrían ser privados de ellos por mala conducta y siguiendo los procedimientos previstos en el artículo 111 constitucional (art. 94); se modificaron los requisitos para ser designado como ministro, tanto al prever que la edad máxima de designación sería de sesenta y cinco años, como al exigir una práctica profesional de abogado de cinco años (art. 96), y se estableció que los ministros en funciones al momento de entrar en vigor la reforma cesarían el 31 de diciembre del mismo año (art. 2º transitorio).²⁰⁵

Reformas constitucionales y legales de 1951-1968

Cabe señalar, que la reforma constitucional publicada el 19 de febrero de 1951 en el Diario Oficial de la Federación, tuvo su origen en la iniciativa presentada por el presidente Alemán, que en la exposición de motivos señaló que su propósito era resolver los más importantes problemas de la administración de justicia de la Federación y los territorios y el Distrito Federal. Inmediatamente después sostuvo que: *“El problema más grave que ha surgido en el campo de la justicia federal, ha sido suscitado por el rezago de juicios de amparo que existe en la Suprema Corte de Justicia de la Nación”*. Asimismo, en la exposición de motivos se hizo un

²⁰⁴ Cossío, José Ramón, *La teoría constitucional de la Suprema Corte de Justicia*, México, Fontamara, 2002, pp. 33-34.

²⁰⁵ *Ibidem*, p. 39.

pronunciamiento expreso a favor de la creación de un nuevo sistema. Partiéndose de la existencia de los tribunales (unitarios) de circuito y de su exclusiva competencia que en materia de apelación, debían crearse

... mediante su inclusión en el artículo 94 de la Constitución Federal, los tribunales colegiados de Circuito dedicados a materias de amparo, cuyos antecedentes como cuerpos jurisdiccionales colegiados los encontramos en el artículo 140 de la Constitución de 1824, y que por su especial organización prestarán las garantías necesarias de su competencia y eficacia en los asuntos que esta iniciativa les confía.²⁰⁶

En cuanto al amparo directo, la competencia de estos nuevos órganos era, se dijo en la iniciativa, el conocimiento del rezago proveniente de las salas Primera, Tercera y Cuarta; esto es,

... amparos directos civiles, penales y del trabajo contra sentencias definitivas de segunda instancia, por violaciones cometidas durante la secuela del procedimiento; amparos civiles y penales directos, cualesquiera que sean las violaciones alegadas, cuando se trate de sentencias definitivas contra las que no proceda recurso de apelación, y los penales y del trabajo en revisión, a más de los administrativos, siempre que la autoridad responsable sea del orden local.²⁰⁷

En lo concerniente al amparo indirecto, podemos leer en el mismo documento lo siguiente:

... La Corte sólo conocerá de la revisión contra las sentencias pronunciadas en amparos indirectos, cuando se reclame la **constitucionalidad de una ley**, cuando la autoridad responsable en materia administrativa sea federal y cuando se reclame, en materia penal, únicamente la violación del artículo 22 de la Constitución. En los demás casos corresponde el conocimiento de la revisión a los tribunales colegiados de circuito".²⁰⁸

Asimismo, en un punto relevante, en la exposición de motivos también se dijo:

Es necesario subrayar que estas nuevas normas de competencia para los diversos órganos del Poder Judicial de la Federación, se adapten sin perjuicio de **atribuir a la Suprema Corte de Justicia el conocimiento del amparo en que se planteen problemas auténticamente constitucionales**.²⁰⁹

²⁰⁶ Cossío Díaz, José Ramón, Sistemas y Modelos de control constitucional en México, *op. cit.*, p. 95.

²⁰⁷ *Idem.*

²⁰⁸ *Idem.*

²⁰⁹ *Ibidem*, p. 96.

En el dictamen de las Comisiones Unidas Primera y Segunda de Puntos Constitucionales y de Justicia de la Cámara de Diputados leído el 17 de noviembre de 1950, volvió a señalarse que la administración de justicia federal enfrentaba un problema que la ponía en grave rezago, que había llegado al extremo de la denegación “*y que es por medio de una distribución de competencias entre los diversos órganos del Poder Judicial de la Federación como puede lograrse que ese rezago desaparezca y garantizarse que no se produzca de nuevo*”, lo que implicó la creación y asignación de ciertas competencias a los tribunales colegiados.²¹⁰

Por su parte, en la sesión ordinaria del Senado del 29 de noviembre de 1950 se dio lectura al dictamen de las Comisiones Segunda de Justicia y Primera de Puntos Constitucionales, en el que de manera destacada se señaló que la Corte conocería de la revisión en contra de sentencias dictadas por los jueces de distrito siempre que, entre otros supuestos, se reclamara *la inconstitucionalidad de una ley*, así como en contra de las resoluciones dictadas por los colegiados siempre que decidieran en contra de *la constitucionalidad de una ley o se establecieran de manera directa la interpretación de un precepto constitucional*.²¹¹

En este sentido, Ferrer Mac-Gregor²¹² señala que se trata de una reforma que pretendió combatir el rezago existente en la Corte, la cual impactó al artículo 94, que constituyó un paso significativo en nuestro sistema judicial federal, al crearse los tribunales colegiados en materia de amparo. El conocimiento de los amparos se dividió entre estos nuevos órganos y la Suprema Corte. Los primeros conocían de las infracciones procesales, mientras que las Salas y el Pleno de la Corte resolvían de las infracciones de fondo. Si bien con la creación de los tribunales disminuyeron los asuntos que llegaban al más alto tribunal, no terminó con el rezago, pues en realidad todos los asuntos podían llegar a éste a través del recurso de revisión, fungiendo primordialmente como un tribunal de casación.

²¹⁰ *Idem*.

²¹¹ *Ibidem*, p 97.

²¹² Ferrer Mac-Gregor, Eduardo, “Los tribunales constitucionales y la Suprema Corte de Justicia de México”, *op. cit.*, pp. 254-255.

Asimismo, en esta reforma y con el ánimo de combatir el rezago, se aumenta el número de ministros de 21 a 26 debido a la creación de la Sala Auxiliar compuesta de 5 ministros supernumerarios, con la particularidad de que en ningún caso podían integrar el tribunal Pleno.

En virtud de la reforma de 1951, el presidente Díaz Ordaz presentó una iniciativa con la intención de adaptar las nuevas necesidades de la estructura adoptada en ese año, por lo que buscaba que la Suprema Corte no conociera de los asuntos que no revistieran especial trascendencia. En el dictamen de las Comisiones Unidas Primera y Segunda de Justicia y Primera y Segunda de Puntos Constitucionales leído en la sesión de la Cámara de Senadores del 15 de noviembre de 1966 se hizo un análisis técnico de importancia, diluyéndose así las consideraciones generales que la iniciativa contenía. Sin embargo, en el dictamen leído en la Cámara de Diputados el 9 de diciembre de 1966 se reitera con toda claridad la propuesta de la iniciativa presidencial y se aprueban las modificaciones al juicio de amparo previstas en el artículo 107 constitucional, a partir de la siguiente descripción general:

Se limita la materia civil a la obligación de interponer ante las autoridades judiciales del orden común la reparación constitucional de las violaciones de procedimiento como medio de preparar el juicio de amparo directo; se establece la procedencia del amparo directo para reclamar las sentencias definitivas de los tribunales administrativos federales; tratándose de amparo contra leyes, se introduce una reforma por demás interesante en el sentido de que la resolución de los recursos de revisión sobre la inconstitucionalidad de leyes corresponde en forma originaria al Pleno de la Suprema Corte de Justicia, pero una vez que se llegue a establecer jurisprudencia respecto de una ley, el conocimiento de las revisiones pasará a la Sala respectiva para que las resuelva de acuerdo con esa jurisprudencia ..., se suprime la competencia de la Suprema Corte para conocer de las revisiones derivadas de amparo contra actos de las autoridades del Distrito y territorios federales, para conferírselas a los tribunales colegiados de Circuito ...²¹³

Asimismo, mediante reforma a la Ley Orgánica del Poder Judicial de la Federación de 31 de diciembre de 1957, se faculta al Tribunal Pleno para conocer en revisión, es decir, en segunda instancia, de los juicios de amparo contra la inconstitucionalidad de leyes, competencia que antes tenían las Salas.

²¹³ Cabrera, L., *Los tribunales colegiados de circuito*, México, Suprema Corte de Justicia de la Nación, 2003, pp. 175-178.

Mientras que con la reforma constitucional de 25 de octubre de 1967 se otorgó la posibilidad a que los ministros supernumerarios formaran parte del pleno al suplir a los ministros numerarios.

De igual manera en la reforma a la Ley Orgánica del Poder Judicial de la Federación de 30 de abril de 1968, por una parte, se introdujo la facultad discrecional de la Segunda Sala de la Suprema Corte para conocer de aquellos asuntos de “importancia trascendente para los intereses de la nación”, cuya competencia originaria correspondía a los tribunales colegiados; y por otra, se otorga competencia a las salas para conocer de la inconstitucionalidad de leyes cuando exista jurisprudencia del Pleno, lo que aligera considerablemente la carga a éste debido a la reforma comentada de 1957.²¹⁴

Estas reformas constitucionales y legales de 1951, 1957, 1967 y 1968, si bien nacieron con el objeto de combatir el rezago, marcan los cimientos de lo que vendría después, es decir, la idea de convertir materialmente a la Suprema Corte en un Tribunal Constitucional.

La segunda etapa, comprende las reformas constitucionales de 1987, 1994, 1996, y 1999.

Reforma constitucional de 1987

El 21 de abril de 1987 el Presidente De la Madrid presentó a la Cámara de Senadores la iniciativa para adicionar y reformar diversos preceptos constitucionales. En lo que aquí interesa, en la exposición de motivos se expresó, por una parte y con clara vinculación a las reformas de 1950 y 1967, la necesidad de enfrentar los problemas del rezago; por otra, sin embargo, se introdujo una línea discursiva que sin dejar de relacionarse con el problema anterior, señalaba la necesidad de perfeccionar al más alto tribunal del país. Por lo que, se aludió a la magnificencia del juicio de amparo, a la necesidad de resolver los problemas del

²¹⁴ Ferrer Mac-Gregor, Eduardo, “Los tribunales constitucionales y la Suprema Corte de Justicia de México”, *op. cit.*, pp. 254-255.

rezago, a la necesidad de concentrar a la Suprema Corte en funciones de estricto control de constitucionalidad de leyes, así como asignar a los tribunales colegiados el control de todas las cuestiones de legalidad. En la parte final de esta exposición de motivos se apuntó lo siguiente:

El ejecutivo a mi cargo expresa su convicción de que el sistema propuesto en la presente iniciativa fortalecerá al Poder Judicial de la Federación en su conjunto, restablecerá para la Suprema Corte de Justicia su **carácter de Tribunal Constitucional**, perfeccionará el principio de División de Poderes y contribuirá a mantener la solidez del régimen político y jurídico del país. La descentralización de la justifica federal en materia de legalidad y la eliminación del problema del rezago de los asuntos de la competencia de la Suprema Corte de Justicia darán a México la más perfecta vigencia del Estado de Derecho, que es compromiso que comparto con todos los mexicanos.²¹⁵

Respecto de lo anterior, Cossío Díaz señala que si volvemos al texto de la iniciativa, a las reformas y adiciones propuestas, el carácter de tribunal constitucional buscaba alcanzarse mediante la división de competencias entre la Suprema Corte y los tribunales colegiados de circuito. A la primera le corresponderían las cuestiones relacionadas con la interpretación definitiva de la Constitución, de ahí que su competencia básica en el amparo sería para determinar la validez de las normas generales respecto de ella y para definir la interpretación final que debiera corresponder a los preceptos de este ordenamiento; a los colegiados correspondería, a su vez, la resolución de las violaciones relacionadas con lo dispuesto en los artículos 14 y 16 constitucionales o, lo que en nuestro argot judicial es lo mismo, las violaciones de legalidad.²¹⁶

Las Comisiones Unidas Primera de Gobernación y de Puntos Constitucionales del Senado dictaminaron favorablemente la iniciativa. En un párrafo de este dictamen se resume, el sentido general que para los integrantes de las comisiones tenía la reforma: *“El propósito central de las reformas es el de redistribuir competencias entre la Suprema Corte de Justicia de la Nación y los Tribunales Colegiados de Circuito, con objeto de agilizar la tramitación de los asuntos sujetos*

²¹⁵ Cossío Díaz, José Ramón, *Sistemas y modelos de control constitucional en México*, 2ª ed., México, UNAM-IIJ, 2013, pp. 92-93.

²¹⁶ Idem.

al conocimiento de los tribunales federales y avanzar en el logro de una pronta y expedita impartición de justicia". En esta misma línea de argumentación, en el Senado no se trató el tema del "tribunal constitucional" ni se entendió que se estaba viviendo un cambio mayor, a pesar de las muchas correcciones que los integrantes de las Comisiones Unidas introdujeron a la iniciativa. En la Cámara de Diputados el dictamen estuvo a cargo de la Comisión de Justicia, de manera muy escueta, sus integrantes se sumaron a las consideraciones de la colegisladora, reiterando que la iniciativa tenía como propósito fundamental "redefinir competencias", porque el sistema hasta entonces vigente "... *no responde cabalmente a una íntegra y justa administración de Justicia, además de que ocasiona un cúmulo excesivo de asuntos que provocan un importante rezago en nuestro Tribunal Supremo*". En el párrafo siguiente se concluyó la idea: "*Por ello la presente iniciativa asigna a la Suprema Corte de Justicia de la Nación la trascendente función de máximo intérprete de la Constitución que le permita ejercer el tutelaje de la constitucionalidad, según debe corresponder al Tribunal Supremo de los Estados Unidos Mexicanos*".²¹⁷

Respecto de dicha reforma, el profesor Fix-Zamudio, en un libro publicado en 1987 que tenía por objeto el análisis de las nuevas bases constitucionales derivadas de la reforma judicial 1986-1987, afirmó:

Consideramos muy acertadas las modificaciones introducidas en la iniciativa que se analiza, ya que no significa una reforma extraña a nuestra tradición jurídica, sino por el contrario, debe considerarse como una culminación del paulatino desarrollo que *redujo la competencia de la Corte a los asuntos de mayor trascendencia jurídica, económica y social*, entre los cuales destacan los de *naturaleza constitucional*, para conferirle de manera predominantemente estos últimos, con lo cual se convierte en un *verdadero tribunal constitucional*, como ha ocurrido en otros ordenamientos, inclusive latinoamericanos, como una consecuencia irreversible de nuestra evolución jurídico-social.²¹⁸

No obstante ello, en realidad se estuvo frente a un cambio en la distribución de competencias entre la Corte y los tribunales colegiados, el cual, sí bien pudo estimarse como la culminación del proceso que años atrás estaba generándose,

²¹⁷ *Ibidem*, p. 94.

²¹⁸ Fix-Zamudio, Héctor, "La Suprema Corte de Justicia como tribunal constitucional" en *Las nuevas bases constitucionales y legales del sistema judicial mexicano. La reforma judicial 1986-1987*, México, Porrúa, 1987, p. 380.

ello no determina que la Suprema Corte haya adquirido el carácter de tribunal constitucional, pues en todo caso se constituía como un tribunal de última instancia especializado en materias de amparo, lo cual no engloba el carácter de tribunal constitucional.

En este sentido, Cossío²¹⁹ señala que dicha reforma no logró producir la totalidad de las consecuencias buscadas en cuanto al carácter integral del órgano de control constitucional, por tres razones. Primera, ni los juzgadores ni los juristas de la época aceptaban que se hubiera producido un cambio significativo en la Suprema Corte, como no fuera el cambio competencial mismo. Segundo, las condiciones técnicas del juicio de amparo no permitían observar donde estaba el cambio si, finalmente, en lo que la Corte conocía y resolvía la supremacía constitucional seguía vinculada a la violación de garantías individuales, los efectos de las sentencias seguían siendo relativos y la idea de protección integral de la Constitución permanecía acotada por ambas limitaciones técnicas. Tercera, nuestro nuevo “tribunal constitucional” seguía sin realizar todo aquello que hacían los tribunales constitucionales y hacía mucho de lo que había hecho siempre.

Ferrer Mac-Gregor²²⁰ señala que este periodo que inició con la reforma constitucional de 29 de agosto de 1987, se complementó con las reformas a la Ley de Amparo y con la nueva Ley Orgánica del Poder Judicial Federal de 5 de enero de 1988, reformas todas que entraron en vigor el 15 de enero del mismo año. El contenido fundamental y la importancia de este paquete de reformas consistieron en la intención del legislador de convertir a la Corte en un *tribunal especializado de naturaleza constitucional* como expresamente señala la exposición de motivos de la reforma constitucional. De esta forma, el control de mera legalidad que antes de la reforma conocía el alto Tribunal, pasa a los Tribunales Colegiados de Circuito.

Reforma constitucional de 1994

²¹⁹ Cossío Díaz, José Ramón, *Sistemas y modelos de control constitucional en México*, op. cit., pp. 106-107.

²²⁰ Ferrer Mac-Gregor, “Los tribunales constitucionales y la Suprema Corte de Justicia de México”, op. cit. p. 255.

Así, seis años después aparece la reforma constitucional en materia judicial más importante de los últimos años. La reforma publicada el 31 de diciembre de 1994 comprendió un total de 27 artículos sustantivos y 12 transitorios. La importancia de la misma se desdobra en dos aspectos fundamentales: primero, en la composición orgánica de nuestro más alto tribunal; y segundo, en la creación de todo un sistema de control constitucional, acercándose considerablemente a los Tribunales Constitucionales europeos.²²¹

Fue mediante iniciativa presentada el 5 de diciembre de 1994 al Senado de la República, que el Presidente Zedillo inició el proceso de reforma de, entre otros, el artículo 105 constitucional. En primer lugar señaló que:

La iniciativa plantea la reforma del artículo 105 constitucional a fin de ampliar las facultades de la Suprema Corte de Justicia de la Nación para conocer de las controversias constitucionales que se susciten entre la Federación, los Estados y los municipios; entre el Ejecutivo Federal y el Congreso de la Unión; entre los Poderes de las entidades federativas, o entre los órganos de gobierno del Distrito Federal. Al ampliarse la legitimación para promover las controversias constitucionales, se reconoce la complejidad que en nuestros días tiene la integración de los distintos órganos federales, locales y municipales.²²²

Asimismo, en la iniciativa se señaló que la necesidad de alcanzar un renovado federalismo hacía necesario encontrar vías adecuadas para resolver los conflictos que con la nueva dinámica se pudieran suscitar, así como los que se originen respecto de la división de poderes, de manera que se consolidaba la solución de conflictos ocasionados por la invasión de esferas competenciales y destacadamente se creaba la acción abstracta de inconstitucionalidad, la cual constituye un elemento principal de los Tribunales Constitucionales y del modelo concentrado de constitucionalidad como vía directa para plantear la no conformidad de una ley con la Constitución, sin la exigencia de un agravio o afectación sino con el sólo interés genérico de preservar la supremacía constitucional, otorgando legitimidad para plantearla a diversos órganos o fracciones de órganos de naturaleza política, incluyendo las minorías parlamentarias, con la posibilidad de que la resolución

²²¹ Ferrer Mac-Gregor, "Los tribunales constitucionales y la Suprema Corte de Justicia de México", *op. cit.*, pp. 255-256.

²²² Cossío Díaz, José Ramón, *Sistemas y Modelos de control constitucional...*, *op. cit.*, p. 108.

produjera efectos generales de invalidez, todo ello propio del modelo *kelseniano* o de corte europeo, en ese sentido, por su relevancia, se cita la iniciativa del Ejecutivo Federal en los términos siguientes:

Con la modificación propuesta, cuando alguno de los órganos mencionados en el párrafo anterior (todos) estime vulnerada su competencia por actos concretos de autoridad o por disposiciones generales provenientes de otro de esos órganos, podrá ejercitar las acciones necesarias para plantear a la Suprema Corte la anulación del acto o disposición general. El gran número de órganos legitimados por la reforma para plantear las controversias constitucionales es un reconocimiento a la complejidad y pluralidad de nuestro sistema federal. Todos los niveles de gobierno serán beneficiados con estas reformas. ***El otorgamiento de estas nuevas atribuciones reconoce el verdadero carácter que la Suprema Corte de Justicia tiene en nuestro orden jurídico, al ser un órgano de carácter constitucional.*** Es decir, un órgano que vigila que la Federación, los Estados y los municipios actúen de conformidad con lo previsto por nuestra Constitución.

El segundo proceso que se propone recoger en el artículo 105 constitucional es el de las denominadas ***acciones de inconstitucionalidad***. En este caso, se trata de que con el voto de un porcentaje de los integrantes de las Cámaras de Diputados y de Senadores, de las legislaturas locales o de la Asamblea de Representantes del Distrito Federal ***se puedan impugnar aquellas leyes que se estimen como contrarias a la Constitución***. El procurador General de la República podrá también impugnar leyes que estime contrarias a la Constitución. Lo que acontece en el juicio de amparo y en las controversias en las acciones de inconstitucionalidad no es necesario que exista agravio para que sean iniciadas. Mientras que en el amparo se requiere de una afectación de las garantías individuales y en las controversias constitucionales de una invasión de esferas las acciones de inconstitucionalidad se promueven con el puro interés genérico de preservar la supremacía constitucional. Se trata, entonces, de reconocer en nuestra Carta Magna una vía para que una representación parlamentaria calificada, o el Procurador General de la República, puedan plantearle a la Suprema Corte de Justicia si las normas aprobadas por la mayoría de un órgano legislativo son, o no, acordes a la Constitución.

Siendo indudable que México avanza hacia una pluralidad creciente, otorgar a la representación política la posibilidad de ***recurrir a la Suprema Corte de Justicia para que determine la constitucionalidad de una norma aprobada por las mayorías de los congresos***, significa, en esencia, ***hacer de la Constitución el único punto de referencia para la convivencia de todos los grupos o actores políticos***. Por ello, y no siendo posible confundir a las representación mayoritaria con la constitucionalidad, las fuerzas minoritarias contarán con una vía para lograr que las normas establecidas por las mayorías se contrasten con la Constitución a fin de ser consideradas inválidas.²²³

La formulación del dictamen correspondió a las “Comisiones Unidas de Justicia, de Puntos Constitucionales y de Estudios Legislativos, Primera Sección” del

²²³ *Ibidem*, pp. 109-110.

Senado. En el proceso de reforma se llevó a cabo una sola modificación a la iniciativa en lo que hace a las controversias constitucionales, a fin de introducir la expresión “disposiciones generales” en los incisos h) a k) de la fracción I del artículo 105. En lo que ve a las acciones de inconstitucionalidad el cambio más relevante fue la disminución del porcentaje de integrantes de los órganos legislativos legitimados para promoverla del 45% al 33%. Asimismo, en el dictamen se redujo de 9 a 8 votos de los ministros de la Suprema Corte para que sus resoluciones tuvieran efectos generales anulatorios.

El dictamen se discutió en la sesión del 17 de diciembre de 1994, el cual fue aprobado por unanimidad de votos de los senadores presentes y remitido a la Cámara de Diputados, en donde el dictamen se emitió el 20 del mismo mes por las “Comisiones Unidas de Gobernación, Puntos Constitucionales y Justicia”, aceptándose las modificaciones hechas por el Senado, sin agregar mayores elementos considerativos. Por lo que se votó dicho dictamen en la sesión del 21 de ese mes, así el artículo 105 fue aprobado por unanimidad de 387 votos. De ahí que la declaratoria de reforma fue emitida por la Comisión Permanente el 29 de diciembre de 1994 y en consecuencia, la reforma constitucional fue publicada en el Diario Oficial de la Federación el día 31 de diciembre de 1994.²²⁴

Así, se estableció un sistema de control constitucional, que se vio cristalizado en la Ley Reglamentaria de las Fracciones I y II del artículo 105 de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos publicada el 11 de mayo de 1995. Si bien con precedentes en el siglo XIX, se crea un nuevo proceso que tiene por objeto la impugnación abstracta de las normas de carácter general, de competencia exclusiva del Pleno de la Corte, semejante a las acciones europeas, ejercitándose por medio de un instrumento procesal de control constitucional denominado “acción de inconstitucionalidad”. Por otra parte, se ampliaron los supuestos de procedencia de la *controversia constitucional*, que resuelve los conflictos constitucionales entre los órganos del Estado. Por lo que se otorgó a los municipios legitimación y se

²²⁴ *Ibidem*, pp.110-111.

agregó la procedencia de la controversia entre los distintos órganos integrantes de los diversos niveles de gobierno en los términos de la propia ley reglamentaria.

Si quería lograrse que la Corte cumpliera su función al estilo de un tribunal constitucional, se hacía necesario dotarla de atribuciones para controlar la constitucionalidad de cualquier acto de autoridad, permitir que los órganos del Estado defendieran sus competencias, facultar el planteamiento de cuestiones de constitucionalidad de tipo abstracto, y darle a las resoluciones efectos generales. Ello es lo que caracteriza a los tribunales constitucionales como el que se aspiraba a realizar y ello es lo que permite que tales órganos se constituyan en garantes del proceso democrático.

Ferrer Mac-Gregor detalla que si bien las controversias constitucionales se previeron desde el texto original de la Constitución de 1917, en la práctica el único instrumento de control constitucional efectivo fue el juicio de amparo, si se tiene en cuenta que desde 1917 hasta la reforma de 1994, es decir, durante 77 años de vigencia de este instrumento, se presentaron cerca de 50 casos (en la mayoría no se estudió el fondo). En la actualidad se ha ampliado, mediante interpretación jurisprudencial, el objeto de las controversias constitucionales a violaciones indirectas de la Constitución. Las sentencias en estos procesos al igual que en las acciones de inconstitucionalidad, también pueden tener efectos generales, requiriendo la votación favorable de por lo menos ocho ministros; en caso contrario sólo tendrá efectos entre las partes.²²⁵

En cuanto a la composición orgánica de la Suprema Corte, se vuelve a la prevista en el texto original de la Constitución de 1917, reduciéndose el número de sus integrantes de 26 a 11. Asimismo, se suprime la inamovilidad de sus miembros al establecer un periodo de quince años, aunque en el artículo transitorio cuarto del Decreto de reformas se estableció que el periodo de los ministros culminaba, en forma escalonada, el último día de noviembre de 2003, 2006, 2009, 2012 y 2015.

²²⁵ Mac-Gregor, Ferrer, “Los tribunales constitucionales y la Suprema Corte de Justicia de México”, *op. cit.*, pp. 257-258.

Esta nueva composición orgánica se acercó considerablemente a los Tribunales Constitucionales europeos, cuyos miembros varían entre nueve y dieciséis y son electos por periodos determinados.²²⁶

En esa virtud, se modificó entonces el estatus de los ministros, pues se alteraron los requisitos, la forma de designación, la duración en el cargo, las razones no se explicitaron de un modo completo en la iniciativa, quedando enunciado de la siguiente manera:

En virtud de las nuevas competencias con que es necesario dotar a la Suprema Corte de Justicia y debido también a la asignación de las tareas administrativas a un órgano especializado, se pretende que la Suprema Corte sea un órgano más complejo y altamente calificado, cuyos miembros sigan siendo personas de reconocido prestigio profesional y altas virtudes morales, dedicados en exclusiva al conocimiento y resolución de las más importantes controversias jurídicas que puedan suscitarse en el país.²²⁷

Así, se modificaron diversos aspectos del régimen jurídico de los ministros²²⁸, pues se estableció la corresponsabilidad de la designación de ministros entre varios órganos; de que los integrantes de la terna propuesta comparecieran ante el Senado e hicieran públicos sus méritos y las objeciones que sobre ellos existan, se limitó la temporalidad en el cargo, lo que permite que los criterios de validez de las normas se actualicen de acuerdo con la oxigenación de nuevas generaciones, así como de que la modificación de requisitos de designación impediría que factores políticos interfirieran en ella, y el establecimiento de impedimentos para el ejercicio

²²⁶ *Ibidem*, p. 256.

²²⁷ Cossío, José Ramón, *La teoría constitucional de la Suprema Corte de Justicia*, México, Fontamara, 2002, p. 66.

²²⁸ Se estableció el impedimento para que los ministros ocuparan el cargo de diputado o senador a menos que se separaran de él dos años antes de la elección (art. 55); se previó que la designación de los ministros se haría por votación de dos terceras partes del Senado y de entre la terna propuesta por el Ejecutivo (arts. 76, 89, 95, 96); se redujo la integración de la Corte de 21 a 11 ministros (arts. 94); se determinó que la duración en el cargo sería de quince años sin posibilidad de reelección y que sólo podrían ser removidos en términos del Título Cuarto y tendrían derecho a un haber al concluir su periodo (art. 94); se modificaron los requisitos de designación (art. 95); se estableció el término condiciones de designación del Presidente de la Suprema Corte (art. 97); se fijó el sistema de sustitución de los ministros por faltas temporales o definitivas y del otorgamiento de licencias (arts. 98 y 99); se estableció una prohibición para que aquellas personas que se hubieren desempeñado como ministros, magistrados o jueces, no puedan desempeñar el cargo de abogado, patrono o representante en litigios frente a los órganos del Poder Judicial (art. 101); y se dispuso la remoción de la totalidad de los integrantes de la Suprema Corte a fin de llevar a cabo su integración mediante los procesos que habrían de resultar de la reforma (art. Segundo transitorio).

profesional o político una vez concluido el cargo, a fin de evitar desviaciones de conducta. La idea que subyacía al otorgamiento de nuevas atribuciones de la Corte era la de constituirla en un garante de la Constitución, de ahí que se hacía necesario modificar el estatus de quienes se iban a desempeñar en ese órgano, lo cual no aconteció.

Otro aspecto importante fue la facultad que se le otorgó a la Corte para emitir acuerdos generales, a fin de lograr una adecuada distribución entre las Salas de los asuntos que competía conocer a la propia Corte y remitir a los tribunales colegiados de aquellos asuntos en los que hubiera establecido jurisprudencia.

Finalmente, se creó el Consejo de la Judicatura Federal como órgano integrante del Poder Judicial e independiente de la Suprema Corte, de clara influencia española, para la administración del Poder Judicial Federal y para velar por la carrera judicial, a través de sistemas objetivos de control y ascenso de los funcionarios judiciales (posteriormente se modificó la estructura del Consejo, mediante reforma constitucional de 11 de Julio de 1999). Con la creación del Consejo se le quita aquella carga administrativa que antes realizaba la Suprema Corte.²²⁹

El cambio debió alterar la comprensión de la Constitución, a un sentido plenamente normativo, el cual debió haber quedado plasmado en las decisiones del órgano de constitucionalidad, en la práctica constitucional y el quehacer jurisdiccional en favor del ordenamiento jurídico, a fin de privilegiar los asuntos de estricta constitucionalidad o que definieran interpretativamente el sentido de la Constitución.

Reforma constitucional de 1996

Posteriormente mediante reforma constitucional publicada el 22 de agosto de 1996 con motivo de la llamada “reforma política”, junto con sus respectivas reformas

²²⁹ Ferrer Mac-Gregor, “Los tribunales constitucionales y la Suprema Corte de Justicia de México”, *op. cit.*, pp. 256-257.

legales, se elimina la improcedencia de la acción de inconstitucionalidad en materia electoral, cubriendo la zona de inmunidad que existía para combatir leyes electorales. Por lo que a partir de esa reforma es procedente la acción de inconstitucionalidad como un control constitucional abstracto de las leyes electorales. Y por otra parte el antiguo Tribunal Federal Electoral, pasa a formar parte del Poder Judicial de la Federación, incorporándose dentro de su competencia, el conocimiento del *juicio de revisión constitucional electoral*, con el objeto de combatir la inconstitucionalidad de los actos concretos o resoluciones de las autoridades electorales de las entidades federativas; que junto con el *juicio para la protección de los derechos político-electorales del ciudadano*, constituyen garantías constitucionales en materia electoral de competencia de ese órgano jurisdiccional.

Así, con dichas reformas se agregó el inciso f) a la fracción II del artículo 105 constitucional, con el fin de otorgarle legitimación activa a los partidos políticos con registro ante el Instituto Federal Electoral, para que por conducto de sus dirigencias nacionales, pudieran promover acciones en contra de leyes electorales federales o locales, así como otorgar legitimación a los partidos políticos con registro estatal para que pudieran hacerlo también en contra de leyes electorales expedidas por los órganos legislativos del estado que les otorgó el registro. Igualmente se estableció que la única vía para plantear la no conformidad de las leyes electorales con la Constitución es la prevista en el artículo 105 y que las leyes electorales deberían promulgarse y publicarse por lo menos 90 días antes del inicio del proceso electoral en que fueran a aplicarse, sin que pudiera haber modificaciones legales fundamentales a ellas.²³⁰

Reforma constitucional de 1999

Después de estas reformas de 1996, siguió la reforma constitucional del 11 de junio de 1999, que confirma la tendencia de “fortalecer a la Suprema Corte en su

²³⁰ Cossío Díaz, José Ramón, *Sistemas y Modelos de control constitucional en México*, op. cit., pp. 11-112.

carácter de tribunal constitucional”, como textualmente señala la exposición de motivos del proyecto de Decreto que el Presidente de la República envió al Senado como cámara de origen.

Mediante reforma a la fracción IX del artículo 107 constitucional, se establece que las resoluciones que se dicten en materia de *amparo directo* por los tribunales colegiados no admiten recurso alguno, excepto los casos en que decidan sobre la inconstitucionalidad de una ley o establezcan la interpretación directa de un precepto de la Constitución y, además, a juicio de la Suprema Corte y conforme a los acuerdos generales que emita el pleno de ésta, entrañe la fijación de un criterio *de importancia y trascendencia*. Sólo en este caso procederá el recurso de revisión, limitándose la materia del recurso exclusivamente a la decisión de las cuestiones propiamente constitucionales; en caso contrario se *desechará el recurso*. Como se advierte, en este último supuesto de amparo directo, se deja a la Corte la facultad discrecional para conocer del recurso de revisión, a semejanza del *writ of certiorari* estadounidense. En cambio, en el *amparo indirecto*, cuando decida la Corte que no es necesaria su intervención se remitirá el asunto a un tribunal colegiado correspondiente.²³¹

Como se indicó, se facultó a la Suprema Corte a emitir acuerdos generales, de los cuales en este ámbito, destacan primordialmente los acuerdos del tribunal Pleno 5 y 6 de 1999, y el acuerdo 4 de 2000, en los que establecen las bases de tramitación de los amparos directos, envió de asuntos a los tribunales colegiados de circuito en amparo indirecto, así como reglas para la remisión de asuntos de competencia originaria del Pleno a las Salas de la Corte. También se expidieron los acuerdos 9 y 10 de 2000, publicados en el *Diario Oficial* de la Federación los días 19 y 20 de septiembre del mismo año, consistentes, el primero, en enviar a las Salas todos los amparos en revisión y amparos directos de 1988 y años posteriores, cuya competencia original corresponde al Pleno. En cambio, el acuerdo 10/2000 establece que cuando se impugnen leyes locales, la competencia atribuida también

²³¹ Ferrer Mac-Gregor, “Los tribunales constitucionales y la Suprema Corte de Justicia de México”, *op. cit.*, pp. 258-259.

al tribunal Pleno pasa ahora a los tribunales colegiados de circuito. Por lo que con este acuerdo plenario 10/2000 se le quitó una atribución netamente constitucional a la Suprema Corte, como lo es el control constitucional de las leyes locales y va en contra de la tendencia de los últimos años de convertir y fortalecer al más alto tribunal órgano jurisdiccional en su calidad de tribunal constitucional.

De esta manera, los tribunales colegiados de circuito se convierten en órganos terminales no sólo del control de legalidad sino también del control constitucional de leyes locales, existiendo el peligro latente de que las contradicciones de tesis que en su momento se denuncien, en algunos casos se declaren inexistentes al provenir de preceptos diferentes de las distintas leyes de las entidades federativas. Posteriormente se dictaron otros acuerdos generales con el fin de seguir depurando la competencia constitucional del Tribunal Pleno. La mayoría de estos acuerdos quedaron abrogados por el nuevo acuerdo plenario 5/2001, de 21 de junio, relativo a la determinación de los asuntos que conserva para su resolución el pleno y el envío de los de su competencia originaria a las salas y a los Tribunales Colegiados de Circuito, lo que originó una disminución considerable de casos en la Suprema Corte a partir de ese acuerdo.²³²

Por todo lo anterior, las señaladas reformas constitucionales de 1987, 1994, 1996 y 1999, junto con los acuerdos generales referidos, de manera consciente han marcado las directrices para transitar en la conversión de la Suprema Corte de Justicia de la Nación como un órgano jurisdiccional especializado en materia constitucional

Reforma constitucional de 2011

El 10 de junio de 2011 se publicó la llamada “reforma en materia de derechos humanos”, en lo que hace al artículo 105 constitucional, se introdujo un cambio al inciso g) de la fracción II con la finalidad de permitir a la Comisión Nacional de los Derechos Humanos promover acciones en contra de leyes de carácter federal,

²³² *Ibidem*, pp. 260-261.

estatal y del Distrito Federal y de tratados internacionales que vulneren los derechos humanos consagrados en la constitución o en los tratados internacionales de los que México sea parte.

Se destaca también, que cuatro días antes a la reforma antes indicada, se publicó el 6 de junio de 2011, una reforma en materia de amparo, en la que se agregó una función que tradicionalmente corresponde a los tribunales constitucionales: *la declaratoria general de inconstitucionalidad*. Y también se crearon los Plenos de Circuito con el propósito que sea un Pleno integrado por magistrados de Circuito, los que resuelvan las contradicciones de tesis entre tribunales colegiados de su Circuito, y aminorar la carga de trabajo para las Salas y el Pleno.²³³

2.5. ¿Son las competencias de la Suprema Corte propias de un Tribunal Constitucional?

Esta serie de reformas, si bien han generado nuevas competencias a la Suprema Corte de estricta constitucionalidad, es importante destacar, que los temas de legalidad y la función de casación, en realidad ha sido distribuida entre la Corte y los tribunales colegiados, lo cual bien puede estimarse como la culminación del proceso que años atrás estaba generándose.

Lo que desde luego ya no queda tan claro es que por esa razón y por ese sólo hecho, nuestra Suprema Corte de Justicia haya adquirido el pretendido carácter de Tribunal Constitucional.²³⁴

Puesto que, el solo hecho de tener conferidas nuevas atribuciones no hacen de un órgano jurisdiccional un tribunal constitucional en un sistema en el que, de una manera u otra, una pluralidad de órganos jurisdiccionales federales actúa respecto de la Constitución²³⁵, y que sobretodo, conoce de una serie de mecanismos que los

²³³ Caballero González, Edgar S., *Curso Básico de Derecho Procesal Constitucional*, México, Centro de Estudios Carbonell, 2018, pp. 77-78

²³⁴ Cossío Díaz, José Ramón, *Sistemas y Modelos de control constitucional en México*, op. cit., p. 104.

²³⁵ *Ibidem*, p. 106.

tribunales constitucionales no suelen conocer, lo que menoscaban la defensa constitucional al no poder enfocar sus energías en la función de interpretación constitucional.

Ahora bien, a fin de responder a la interrogante ¿Es la Suprema Corte un auténtico Tribunal Constitucional? Tendré apoyo en la obra del Doctor Cesar Astudillo²³⁶ quien a través de una metodología adecuada, desentraña mediante una clasificación de asuntos, aquellos que debe conocer nuestro Alto Tribunal, y sobre los cuales debe tener la facultad de decidir: sobre qué decidir y como decidir. Esto a fin de que la Corte se encuentre en condiciones de aplicar su mayor esfuerzo y concentración en los asuntos propios de un Tribunal Constitucional, privilegiando la función de defensa e interpretación constitucional.

Así, ha transcurrido un ciclo constitucional de 30 años, en que la Suprema Corte ha buscado su identidad como Tribunal Constitucional, dicho ciclo comienza con la reforma constitucional de 1987, seguida de la de 1994 que como se ha dado cuenta en líneas precedentes, buscaron convertirla en un auténtico Tribunal Constitucional, buscando orientar su marco competencial, su estructura y funcionamiento interno, el perfil del ministro y su designación, la manera en que se agrupan, el esquema en que deliberan, la dinámica bajo la que votan y la forma en la que exteriorizan sus discrepancias, lo anterior, revela la capacidad de la Suprema Corte para moverse en una dirección.

No es desconocido, el reto de la Suprema Corte para desligarse de aquellos asuntos ajenos a la función de interpretación constitucional, como por ejemplo, trasladando hacia los tribunales colegiados de circuito su competencia originaria, a lo cual contribuyó la reforma constitucional de 1987, que trasladó a los Tribunales Colegiados de Circuito el conocimiento de los amparos, mientras que la realizada en 1999 redefinió la procedencia de la revisión ante la Suprema Corte para reservar

²³⁶ Astudillo, Cesar, "El desempeño de la Suprema Corte de Justicia de la Nación como Tribunal Constitucional. Dilema de decidir sobre qué decidir y cómo decidir", en *Derecho Procesal Constitucional-Estudios sobre la Suprema Corte de Justicia de la Nación*, México, Tirant lo Blanch, 2019.

los de mayor trascendencia para el interés nacional, en una especie de *writ of certiorari*²³⁷, no obstante ello, el problema siguió latente.

En esa virtud, se apuntó que el acuerdo 5/2001 del Pleno, racionalizó los asuntos que conservaría la Suprema Corte y aquellos que enviaría a las Salas y a los tribunales colegiados, de él emanó la forma en que la Corte asumiría su competencia originaria en pleno y establecería las directrices para reasumir su competencia originaria, así como la facultad de atracción, dicho acuerdo fue relevante pero con las reformas de 2011, fue derogado por el 5/2013 en el que la Corte expuso una visión más acabada de los asuntos que quiere mantener.

Ahora bien, Astudillo realiza un análisis sobre el margen de decisión de la Corte, partiendo de que los Tribunales Constitucionales deben tener un amplio ámbito de libertad para decidir que asuntos resolver, para ello parte de la doctrina de Bickel que lo denominó como el poder de “*decidir no decidir*” o “*decidir sobre qué decidir*”²³⁸, en cuya connotación se encuentra la potestad para inhibirse del conocimiento de cierto tipo de asuntos, a partir de su capacidad de selección. Esta libertad se encuentra condicionada por el sistema competencial atribuido a cada Tribunal Constitucional y por el margen de discrecionalidad que se le otorga.

Para verificar ese margen de discrecionalidad y de competencias, es fundamental la clasificación que propone Cruz Villalón²³⁹, sobre la capacidad de lo que se puede decidir, de la que se concluye que la Corte mexicana tiene una *capacidad mínima* para decidir que conoce en el control constitucional de la ley y la revisión de la regularidad en el ejercicio de atribuciones y competencias, ya que se encuentra obligada a conocer de diversos tipos de asuntos, sólo cumpliendo con criterios de admisibilidad, como por ejemplo, los recursos de reclamación contra los

²³⁷ El funcionamiento del *writ of certiorari* se explica en el capítulo cuarto referente a los procesos constitucionales en el derecho comparado, particularmente al analizar el caso del sistema de control constitucional en Estados Unidos.

²³⁸ Ibidem, p. 339.

²³⁹ Cruz Villalón, Pedro, “El Tribunal Constitucional Español”, Pasquino, Pasquale e Randazzo, Barbara (a cura di), *Come decidono le Corti Costituzionali (E altre Corti). How Constitutional Courts make decisions*, Pasquino Pasquale, Randazzo Barbara (A cura di), Milano, Giuffré Editore, 2009, p. 87, citado por Astudillo Cesar, El desempeño de la Suprema Corte de Justicia de la Nación como Tribunal Constitucional, *op. cit.*, p. 339-340.

acuerdos de trámite dictados por el Presidente de la Corte o de sus Salas, recurso que en la iniciativa de reforma constitucional sobre el Poder Judicial Federal, presentada en el mes de febrero de 2020 denominada reforma “por y para el Poder Judicial”, se eliminó.

Por su parte la Corte tiene una *capacidad media* para conocer de los amparos directos e indirectos en revisión, que cuentan con una fase de procedencia, en donde la Corte para su conocimiento requiere un agravio sobre la interpretación directa de la Constitución o del bloque de constitucionalidad, que se trate de un tema de constitucionalidad de leyes o bien, que estime que el asunto conduzca a la fijación de un criterio de importancia y trascendencia para el entero del ordenamiento jurídico²⁴⁰. Para conocer de estos asuntos la corte se basa en los acuerdos plenarios 5/2013 y 9/2015 que han delegado a los tribunales colegiados de circuito la resolución de aquellos que no revistan la importancia y trascendencia, utilizando criterios para su selección, como por ejemplo, a fin de ejercer su facultad de atracción o reasumir su competencia originaria, no debe existir jurisprudencia aplicable, incluso el hecho de que no exista jurisprudencia no es óbice para la remisión del asunto al tribunal colegiado, ya que aun así pueden ser del conocimiento de dichos tribunales colegiados, puesto que además la Corte requiere que el precedente sirva para generar un criterio de política judicial, como doctrina constitucional que impregne el ordenamiento jurídico.

Asimismo, el margen de maniobra se encuentra atemperado en los casos de incidentes de inejecución y los recursos de inconformidad de sentencias de amparo; si bien dichas competencias se han delegado al conocimiento de los tribunales colegiados de circuito, se ha previsto que dichos asuntos sean del conocimiento de la Corte cuando los tribunales colegiados propongan la separación del cargo de autoridades y su consignación ante el juez de distrito; además porque se han

²⁴⁰ *Ibidem*, p. 340.

delimitado los supuestos para que las inconformidades se eleven a la Corte una vez dictaminados por los colegiados.²⁴¹

Del mismo modo, al conocer las contradicción de tesis entre los Plenos de Circuitos, los Tribunales Colegiados de Circuito, las Salas del TEPJF y las Salas o el Pleno de la propia Corte, también se encuentra en una *capacidad media* respecto del ámbito de “decidir qué decidir”, ya que su procedencia está sujeta a una previa calificación de la existencia de contradicción, en ellas la Corte mantiene su carácter de órgano terminal en la interpretación del orden jurídico nacional, en defensa del principio de seguridad jurídica²⁴². Es importante señalar que, aunque muchas contradicciones de tesis definan un criterio interpretativo y que coadyuve a la seguridad jurídica, no todas abordan cuestiones de estricta constitucionalidad.

Por otra parte, la Corte sí tiene una *capacidad máxima* para poder decidir algunas competencias, como es al ejercer la facultad de atracción, en donde la decisión de conocer no se produce en negativo, cuando no se hayan satisfecho ciertos requisitos, sino en positivo, a partir de la selección discrecional de casos cuyo “interés y trascendencia” llamen a la Corte atraerlos a su conocimiento. La Corte ha señalado que se cumplen estos estándares cuando la naturaleza intrínseca del caso reviste un interés superlativo reflejado en la gravedad de la afectación producida, y su trascendencia se refleje en lo excepcional o novedoso para la fijación de un criterio.²⁴³

Una vez definido el margen de decisión con el que cuenta la Corte, es importante evaluar su actividad, en este sentido el Dr. Astudillo con apoyo de la estadística que muestra el ministro en retiro Cossío Díaz, describe como en un espacio de 23 años –enero de 1995 a diciembre de 2017-, se advierte que el número de asuntos ingresados hasta enero de 1995 ascendía a 2,478, mientras que durante todo 2017 ingresaron 17,275 es decir, siete veces más²⁴⁴. Lo que refleja que la Corte

²⁴¹ Acuerdos generales 5/2013 y 10/2013 expedidos por el Pleno de la Suprema Corte de Justicia de la Nación, el 13 de mayo y el 02 de julio de 2013 respectivamente.

²⁴² Astudillo Cesar, El desempeño de la Suprema Corte de Justicia..., *op. cit.*, p. 341.

²⁴³ *Ídem.*

²⁴⁴ *Ídem.*

conoce gran cantidad de asuntos que no corresponden a su *núcleo esencial de su competencia*, por lo menos en su carácter de Tribunal Constitucional, siendo parte de ese núcleo los dos procesos constitucionales que le confirieron esa identidad, esto es, las acciones y controversias constitucionales, así como el proceso constitucional de amparo en su vertiente únicamente de amparo en revisión y amparo directo en revisión.

En ese sentido, es ilustrativo como en 2017 ingresaron en su totalidad 17,275, de los cuales 9,675 corresponden al *núcleo esencial de su competencia* (Acciones-Controversias-Amparos), lo que representa que conoció el 56% en ese ámbito propio de un TC, desagregado de la siguiente manera:

Total de asuntos del núcleo esencial de su competencia 2017	Acciones de inconstitucionalidad	Controversias Constitucionales	Amparos Directos en Revisión	Amparos en Revisión
9,675	163	354	7,790	1,368

Por otra parte, dentro de su *competencia accesorio* se ubica a la contradicción de tesis, facultades de atracción, recursos de inconformidad, incidentes de inejecución de sentencias, recursos de reclamación y recursos de queja, al respecto se utiliza esa denominación de accesorio porque se considera que estamos en presencia de seis mecanismos que se ejercen en el contexto de los procesos constitucionales que conforman la competencia principal de la Corte. Así, dicha competencia accesorio, desagregada por asuntos, se conformó en el año 2017 de la siguiente manera:

Año 2017 Competencia accesorio	Contradicciones de Tesis	Facultad de atracción	Incidentes inejecución	Recursos Reclamación	Recursos de Queja	Recursos Inconformidad
3,555	428	636	267	2,038	177	9

Ante ello, si se consideran los asuntos conocidos en el *núcleo esencial de su competencia* y la *accesorio*, y se contraponen al número total de asuntos ingresados anualmente, se obtiene una aproximación a la *competencia residual*, que es producto de las reminiscencias de su anterior identidad o de sus competencias ordinarias, como son: aclaraciones, excepciones, incidentes, juicios federales, recursos de apelación, revisiones administrativas, quejas, solicitudes, consultas y

varios, entre otros. Lo que de forma desagregada la competencia residual se expresa de la forma siguiente:

Año	Competencia Residual Asuntos
2017	4045

Definido lo anterior, por cuenta propia he delimitado el porcentaje de asuntos por competencia, a fin de determinar los esfuerzos que la Corte direcciona por asuntos:

Año	Núcleo esencial	Accesoría	Residual	Asuntos total
2017	9,675 56%	3,555 20.57%	4,045 23.41%	17,275 100%

Así, entre 1995 y 2017 en el ejercicio de la función de control de la ley y árbitro de conflictos competenciales, ha conocido en acciones y controversias constitucionales 179.26 asunto por año. Mientras que en su función de tutela de derechos por la vía del amparo, ha conocido 67,649 amparos directos en revisión (promedio anual 2,941.26) y de 35,649 amparos en revisión (promedio anual 1,551.26), es decir, 4,492.52 asuntos por cada año.²⁴⁵

Es importante como a partir de la clasificación por competencias, no hay duda de que el amparo forma parte del *núcleo esencial de la competencia* de un Tribunal Constitucional y que incluso la actividad de la Corte mexicana es preponderante en su conocimiento, ya que a ellos dedica la mayor parte de su tiempo e infraestructura y no solo en las resoluciones de fondo, sino en el tratamiento de cuestiones procesales de inadmisibilidad.

De manera que, en total de asuntos ingresados en sus tres procesos constitucionales emblemáticos, se obtiene 107,451 en 23 años (1995-2017), de lo que se advierte que 103,328 corresponde al 96.16% fueron amparos, y si le sumamos los asuntos ingresados en su *competencia accesoría* que están íntimamente vinculados al proceso de amparo, se suman otros 51,012 asuntos, con lo cual, la cifra de asuntos aumenta a 158,463, que representa el 97.39% que ocupa en el conocimiento de amparos y de las figuras procesales que de él derivan, por lo

²⁴⁵ *Ibidem*, p. 349.

que únicamente el 2.61% se dedican a las acciones y controversias constitucionales.²⁴⁶

Ahora, la atención que la Corte pone sobre el amparo y sobre lo que orbita a su alrededor, es coincidente con lo que sucede, en dos de los Tribunales Constitucionales más representativos de Europa, por ejemplo, en el año 2017 el TC Español, dedicó alrededor del 98.51% al conocimiento de autos y sentencia en amparo, y el 1.5% a recursos y cuestiones de inconstitucionalidad y conflictos de competencia. En esa misma lógica, el TC Alemán de 1951 a 2013, el 96.56% de los casos fueron en amparo y en los 5 años siguientes subió hasta 97.22%.²⁴⁷

Si bien, los porcentajes se encuentran muy próximos, lo que varía es el total de asuntos conocidos, pues la Corte Suprema de Estados Unidos tomaba en 2005 cerca de 250 decisiones al año, en el contexto de un flujo anual cercano a las 8000 peticiones. Doce años después, dentro del flujo de apelaciones, el número de asuntos admitidos a revisión ha bajado a 80 casos. En Canadá en el 2016 su Corte Suprema resolvió 74 asuntos en el año; la Corte Constitucional italiana, si bien no cuenta con el instrumento del amparo sino el de la cuestión de inconstitucionalidad, admitió en 2005 cerca de 1,000 asuntos y emitió 482 pronunciamientos, diez años más tarde, descendió el número de asuntos resuelto al tomar únicamente 276 decisiones, entre sentencias y *ordinanze*. El Tribunal Constitucional de Alemania sí contempla el amparo y recibió en 2007, cerca de 6,000 al año, diez años más tarde disminuyeron considerablemente si se considera que 5,250 asuntos terminaron en inadmisión. Mientras que el Tribunal Constitucional Español, antes de la reforma relevante de 2007, recibía 10,000 demandas al año, diez años después se registraron 6,381, de los cuales sólo se resolvieron en sentencia 156 y el resto fueron inadmitidos.²⁴⁸

²⁴⁶ *Ibidem*, pp. 349-350.

²⁴⁷ *Idem*.

²⁴⁸ *Ibidem*, pp. 350-351.

Ahora bien, es importante reconocer que durante el año 2020²⁴⁹, la cantidad de asuntos que ingresaron a la Suprema Corte ha disminuido, en comparación con el año 2017:

Año	Ingresos
2017	17,275
2020	10,312

De los cuales, en el año 2020, en realidad 5,837 corresponden al *núcleo esencial de su competencia* (Acciones-Controversias-Amparos), lo que representa que conoció el 56% en ese ámbito propio de un TC, lo cual se compara con los asuntos del 2017, desagregado de la siguiente manera:

Año	Asuntos del núcleo esencial de su competencia	Acciones de inconstitucionalidad	Controversias Constitucionales	Amparos Directos en Revisión	Amparos en Revisión
2017	9,675	163	354	7,790	1,368
2020	5,837	315	201	4,677	644

Por otra parte, como se indicó dentro de su *competencia accesoria* se ubica a la contradicción de tesis, facultades de atracción, recursos de inconformidad, incidentes de inejecución de sentencias, recursos de reclamación y recursos de queja, por tratarse de seis mecanismos que se ejercen en el contexto de los procesos constitucionales que conforman la competencia principal de la Corte. Así, dicha competencia accesoria, desagregada por asuntos, se conformó en el año 2020 y en comparación con el 2017, de la siguiente manera:

Año 2017						
Competencia accesoria	Contradicciones de Tesis	Facultad de atracción	Incidentes inejecución	Recursos Reclamación	Recursos de Queja	Recursos Inconformidad
3,555	428	636	267	2,038	177	9
Año 2020						
Competencia accesoria	Contradicciones de Tesis	Facultad de atracción	Incidentes inejecución	Recursos Reclamación	Recursos de Queja	Recursos Inconformidad
2,498	293	452	116	1,548	85	4

²⁴⁹ Información consultable en la página oficial de la Suprema Corte de Justicia de la Nación, <https://www.scjn.gob.mx/sites/default/files/pagina/documentos/2021-06/SGA-IngresosEgresos-1917-2020.pdf>

Ante ello, si se consideran los asuntos conocidos en el *núcleo esencial de su competencia* y la *accesoria*, y se contraponen al número total de asuntos ingresados anualmente, se obtiene una aproximación a la *competencia residual*, que es producto de las reminiscencias de su anterior identidad o de sus competencias ordinarias, como son: aclaraciones, excepciones, incidentes, juicios federales, recursos de apelación, revisiones administrativas, quejas, solicitudes, consultas y varios, entre otros. Lo que de forma desagregada la competencia residual se expresa de la forma siguiente:

Año	Competencia residual Asuntos
2017	4045
2020	1977

Definido lo anterior, por cuenta propia he delimitado el porcentaje de asuntos por competencia, a fin de determinar los esfuerzos que la Corte direcciona por asuntos:

Año	Núcleo esencial	Accesoria	Residual	Asuntos total
2017	9,675 56%	3,555 20.57%	4,045 23.41%	17,275 100%
2020	5,837 56.60%	2,498 24.22%	1,977 19.17%	10,312 100%

Si bien se aprecia una disminución de asuntos ingresados y que el porcentaje sigue acercándose al del año 2017, ello es derivado de un menor número de conocimiento de amparos en revisión y directos en revisión, no obstante ello la cifra siguen siendo excesiva en comparación con la cantidad de asuntos que conocen los tribunales constitucionales en la experiencia comparada, aunado a que la competencia residual se acerca al 20% del total de asuntos que ingresa, lo cual implica una cantidad preocupante, si se considera que los tribunales constitucionales deben concentrarse y enfocar sus energías y esfuerzos, en el análisis de los asuntos que corresponden al núcleo esencial de su competencia.

Lo anterior nos permite concluir, que es necesaria una reforma que delimite con mayor precisión el *núcleo esencial* de la competencia constitucional de la Suprema Corte mexicana, con la posibilidad de transitar hacia un Tribunal Constitucional de

tipo europeo y dejar la competencia que no corresponde a ese núcleo a la Suprema Corte, cuya posición le permita alejarse de los problemas y los asuntos típicos que derivan de una doble competencia constitucional y ordinaria.

Actualmente, se están sufriendo las consecuencias de haber adoptado las funciones institucionales concebidas bajo los presupuestos del modelo europeo de control constitucional, dentro de un diseño mexicano caracterizado por la tradición del amparo y en el que la Corte históricamente ha realizado funciones de tribunal de casación, que ha sido difícil despojarse de ellas, pues ha quedado de manifiesto que ni aún con la serie de reformas constitucional antes descritas, ha podido concentrar sus esfuerzos en los asuntos que corresponden al núcleo esencial de su competencia y mucho menos, con la selección debida en el caso de la revisión en amparo en sus dos vertientes.

De manera que, subsisten defectos en la arquitectura institucional y competencial de la Suprema Corte, que le impiden ajustar su actuación, funcionamiento y desempeño a los cánones marcados por los Tribunales Colegiados más emblemáticos.

Capítulo Tercero

Estatuto del Juez Constitucional

3.1 Independencia judicial

Existen diversas garantías que han sido instituidas para salvaguardar la independencia judicial, ello en virtud de que pudieran existir experiencias en las que se intente debilitar las defensas institucionales de la democracia, incluidos los tribunales, con la intención de subordinar el poder judicial o la jurisdicción constitucional al poder político.

En ese sentido, el artículo 16 de la Declaración de los Derechos del Hombre y del Ciudadano estableció que: *Una sociedad en la que la garantía de los derechos no está asegurada, ni la separación de poderes determinada, no tiene Constitución*²⁵⁰, dicha declaración constituye un parte aguas del constitucionalismo liberal, que privilegia la división de poderes como un presupuesto de la Constitución, lo que implica que se garantice la independencia del poder encargado de la administración e impartición de justicia, máxime si la jurisdicción se ejerce para proteger directamente la Constitución.

Actualmente el principio de independencia judicial en el Estado mexicano se encuentra previsto en los artículos 100 párrafo séptimo y 116 fracción III, de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos, así el texto fundamental la reconoce como uno de los pilares de la función judicial y requisito indispensable para hacer efectivo el principio de división de poderes.

El Pleno de la propia Corte, en ejercicio de una interpretación sistemática²⁵¹ concluyó que los titulares de los órganos jurisdiccionales se rigen por un sistema que garantiza su independencia, consistente en la actitud que debe asumir todo

²⁵⁰ Aprobada por la Asamblea Nacional Constituyente francesa el 26 de agosto de 1789, consultable en: https://www.conseil-constitutionnel.fr/sites/default/files/as/root/bank_mm/espagnol/es_ddhc.pdf

²⁵¹ Tesis P. XIII/2006, Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta, Novena Época, t. XXIII, febrero de 2006, p. 25, de rubro: "INDEPENDENCIA JUDICIAL. LOS DERECHOS QUE ASISTEN AL TITULAR DEL ÓRGANO JURISDICCIONAL TIENDEN A GARANTIZAR QUE RESUELVA SIEMPRE CONFORME A DERECHO, SIN INFLUENCIAS AJENAS".

juzgador para emitir sus resoluciones con apego a derecho, al margen de todo tipo de presiones o intereses extraños, lo cual se protege mediante diversos mecanismos.

Por su parte, el Código de Ética del Poder Judicial de la Federación²⁵², en su artículo 1º señala que la independencia judicial consiste en juzgar desde la perspectiva del derecho y no a partir de presiones, recomendaciones o intereses extraños de aquél, inclusive las que pudieran provenir de cualquier servidor público del poder judicial. De esta manera, ningún juzgador puede recomendar, insinuar o sugerir a algún homólogo el sentido de cualquier determinación que deba tomar.

Por su parte, Aharon Barack²⁵³ señala que, para cumplir con un papel judicial adecuado, se requiere como precondition: la independencia del Poder Judicial, que significa, que el Juez no está sujeto a nada más que al derecho. El derecho es el único amo del Juez, a veces esta independencia está expresa en la Constitución, pero incluso en su ausencia, es un principio constitucional implícito en toda Constitución democrática. Por lo que, las otras ramas del gobierno deben ser incapaces de influir en las decisiones judiciales. A las otras ramas del gobierno no se les debe permitir amenazar la seguridad de los ingresos del Juez, incluso si no existe una disposición expresa en la Constitución que verse sobre este tema. El comportamiento judicial debe ser regulado por las reglas de la ética judicial, todas estas salvaguardas asegurarán la independencia personal del Juez.

Así, la independencia del Juez individual, aunque de importancia central, es en sí insuficiente. La independencia judicial debe ser acompañada por una independencia institucional, sólo si la independencia judicial está garantizada en todos sus aspectos puede un Juez cumplir adecuadamente con su papel en una

²⁵² Aprobado en el año 2004 por los Pleno de la Suprema Corte de Justicia de la Nación, del Tribunal Electoral del Poder Judicial de la Federación y del Consejo de la Judicatura Federal, consultable en: https://www.scjn.gob.mx/sites/default/files/material_didactico/2016-11/codigo-de-etica.pdf

²⁵³ Barack, Aharon, *Un Juez reflexiona sobre su labor: el papel de un Tribunal Constitucional en una democracia*, México, Suprema Corte de Justicia de la Nación, 2008, pp. 40-41. Consultable en la versión digital de la página de la Suprema Corte, visible en el siguiente link: http://sistemabibliotecario.scjn.gob.mx/sisbib/po_2010/74147/74147_1.pdf

democracia. La independencia judicial no está diseñada para asegurar beneficios económicos a los Jueces, ni tampoco tiene como propósito suprimir la crítica. Sólo tiene un propósito: proteger a la Constitución y a la democracia.²⁵⁴

Ahora bien, no basta que los textos constitucionales establezcan que los jueces deben ser independientes, sino que deben establecerse mecanismos para la independencia judicial, en este sentido, la Comisión Interamericana de Derechos Humanos²⁵⁵, ha señalado que los Estados deben prever en sus legislaciones diversos elementos o garantías para una correcta independencia judicial, tales como la inamovilidad, inmunidad judicial, autonomía financiera, entre otros que se analizarán.

Por su parte, en el caso del Tribunal Constitucional Vs. Perú²⁵⁶, la Corte Interamericana de Derechos Humanos sostuvo que uno de los principales objetivos que tiene la separación de los poderes públicos, es la garantía de la independencia de los jueces y, para tales efectos, los diferentes sistemas políticos han ideado procedimientos estrictos, tanto para su nombramiento como para su destitución, Así mismo, los principios Básicos de las Naciones Unidas Relativos a la Independencia de la Judicatura²⁵⁷, establecen en el principio 1 que: *la independencia de la judicatura será garantizada por el Estado y proclamada por la Constitución o la legislación del país. Todas las instituciones gubernamentales y de otra índole respetarán y acatarán la independencia de la judicatura.*²⁵⁸

²⁵⁴ *Idem.*

²⁵⁵ Informe denominado “Garantías para la Independencia de las y los operadores de justicia. Hacia el fortalecimiento del acceso a la justicia y el estado de derecho en las Américas”, en CIDH, Operadores de justicia, OAS, (s.l.e.) 2018, disponible en: <https://www.oas.org/es/cidh/defensores/docs/pdf/operadores-de-justicia-2013.pdf>

²⁵⁶ Caso del Tribunal Constitucional vs. Perú. Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencias de 31 de enero de 2001, Serie C. No. 71, párrafos 73 a 75. Consultable en: http://www.corteidh.or.cr/cf/jurisprudencia2/ficha_tecnica.cfm?nld_Ficha=205&lang=es

²⁵⁷ Principios Básicos de las Naciones Unidas Relativos a la Independencia de la Judicatura, Adoptados por el Séptimo Congreso de las Naciones Unidas sobre Prevención del Delito y Tratamiento del Delincuente, celebrado en Milán del 26 de agosto al 6 de septiembre de 1985, y confirmados por la Asamblea General en sus resoluciones 40/32 de 29 de noviembre de 1985 y 40/146 de 13 de diciembre de 1985.

²⁵⁸ *Idem.*

En dicha resolución del Tribunal Constitucional vs Perú, la Corte Interamericana en el párrafo 75 destacadamente precisó que considera necesario que se garantice la independencia de cualquier juez en un Estado de Derecho *y, en especial, la del juez constitucional en razón de la naturaleza de los asuntos sometidos a su conocimiento. Como lo señalara la Corte Europea, la independencia de cualquier juez supone que se cuente con un adecuado proceso de nombramiento, con una duración establecida en el cargo y con una garantía contra presiones externas.*

Se precisa que la independencia judicial y sus garantías no son lo mismo, la independencia es una cualidad intrínseca de la persona que está juzgando. Atañe a su convencimiento. Por lo que, podemos afirmar que el juzgador independiente es aquél, que actúa con el ánimo firme e inquebrantable de impartir justicia. Por otro lado, las garantías son herramientas extrínsecas que apoyan al juzgador.²⁵⁹

De manera que, Fix-Zamudio señaló que las *garantías jurisdiccionales* son entendidas como *el conjunto de instrumentos establecidos por las normas constitucionales con el objetivo de lograr la independencia y la imparcialidad del juzgador.*²⁶⁰ Asimismo, para aludir a dichas garantías jurisdiccionales se ha utilizado el término *estatus del juez constitucional*, que comprende la posición que se reconoce a los ministros de la Suprema Corte y se refiere al conjunto de situaciones jurídicas vinculadas a la función de garantía del ordenamiento constitucional, con cometido que se dirige a precisar “la posición general del juez” al interior del sistema constitucional, dichas situaciones conforman el estatuto constitucional, esto es, el régimen jurídico de garantías que el ordenamiento constitucional les asigna para que puedan cumplir con eficacia la delicada labor que les ha sido conferida.²⁶¹ Así, el estatus constitucional del juez constitucional, será analizado a continuación.

²⁵⁹ Aguiló, Josep, “Independencia e imparcialidad de los jueces y argumentación jurídica”, *Isonomía: Revista de teoría y filosofía del derecho*, núm. 6, abril, México, 1997, p. 74.

²⁶⁰ Fix-Zamudio, Héctor y Cossío Díaz, José Ramón, *El Poder Judicial en el ordenamiento mexicano*, Fondo de Cultura Económica, 1996, pp. 31.

²⁶¹ Astudillo, Cesar y Estrada Marún, José Antonio, *Nombramiento de Ministros de la Suprema Corte de Justicia de la Nación*, México, Porrúa, Instituto Mexicano de Derecho Procesal Constitucional, 2019, p. 94.

3.2 Composición de la Suprema Corte mexicana y duración del cargo de ministro.

La composición de la Suprema Corte ha cambiado constantemente en virtud de reformas constitucionales y legales que tuvieron como finalidad abatir el rezago y convertir a la Corte en un tribunal constitucional, lo cual ha sido precisado en capítulos anteriores. Destacándose que con la reforma constitucional publicada el 19 de febrero de 1951 en el Diario Oficial de la Federación, que sirvió de fundamento para la instauración de los tribunales colegiados de circuito, entraron en funcionamiento 5 ministros supernumerarios que integraron una Sala Auxiliar, pero sin la posibilidad de integrar el Pleno, ello originó una integración de 21 ministros numerarios que formaban parte del pleno y 5 ministros supernumerarios que se organizaban en la Sala Auxiliar.²⁶² Fue con la reforma constitucional publicada el 25 de octubre de 1967, en la que los supernumerarios pudieron formar parte del Pleno al suplir a los numerarios.²⁶³

Así mismo, con la reforma de 30 de abril de 1968 a la Ley Orgánica del Poder Judicial de la Federación, se introdujo la facultad discrecional de la Corte para conocer de los asuntos que considerara de *importancia y trascendencia para los intereses de la nación*, cuya competencia originaria era de los tribunales colegiados, y se otorgó competencia a las salas para resolver asuntos de inconstitucionalidad de leyes cuando existiera jurisprudencia del Pleno. Mientras que, con la reforma de 10 de agosto de 1987 a la Constitución, se trasladó el control de legalidad a los tribunales colegiados y de aquellos asuntos que no fueran de trascendencia, lo cual era del conocimiento de la Corte, lo que disminuyó el trabajo del Pleno pero no solucionó el problema de fondo.²⁶⁴

²⁶² Cfr. Ferrer Mac-Gregor, Eduardo, "Comentario al artículo 94", *Derecho del pueblo mexicano, México a través de sus constituciones. Exégesis constitucional, introducción histórica, comentario y trayectoria del articulado 69-95*, 9a. ed., México, Cámara de Diputados LXIII Legislatura, Senado de la República LXIII Legislatura, MA Porrúa, Suprema Corte de Justicia de la Nación, UNAM IJ, 2016, t. IX Sección Tercera, p. 838. Esta obra es consultable en el siguiente link: <http://biblioteca.diputados.gob.mx/janium/bv/lxiii/DerPM/VOL9.pdf>

²⁶³ *Ibidem*, p. 839.

²⁶⁴ *Idem*.

Si bien dichas reformas constitucionales y legales, tenían la finalidad de combatir el rezago, marcaron las bases de la idea de convertir a la Corte en un tribunal constitucional. Por lo que, aparecería una de las reformas constitucionales en materia judicial, más importantes, la reforma publicada el 31 de diciembre de 1994, con la que se introdujeron cambios en la composición y funcionamiento de la Suprema Corte, pues además de reducir el número de ministros a su integración original de 11 contemplada en el texto de la Constitución de 1917, se establecieron cambios en los requisitos y en el procedimiento para su nombramiento, mientras que entre sus competencias se estableció el conocimiento de las acciones de inconstitucionalidad propias del modelo europeo, para resolver en abstracto de la inconstitucionalidad de leyes con efectos generales, aunado a que se agregaron supuestos de procedencia en las controversias constitucionales. A partir de ello, se dejó en claro, que la intención de que el órgano que ejerciera el control de constitucional en México, fuera la Suprema Corte, por lo menos materialmente, conforme a la definición de los tribunales constitucionales que hemos adoptado.

De modo que el órgano que ejerce principalmente la jurisdicción constitucional en México es la Suprema Corte que a su vez es órgano de cierre del Poder Judicial de la Federación al estar incardinado en dicho Poder, siendo su integración de 11 ministros y funciona en Pleno y en Salas, por un periodo de quince años, de conformidad con lo previsto en el artículo 94 de la Constitución mexicana.

La nueva integración sentó las bases para impulsar un proceso deliberativo acorde con su nueva identidad, que se estaba confiriendo a la Suprema Corte, en consonancia con el rango de jueces que integraban los tribunales constitucionales contemporáneos, y que oscilaban entre los 16 jueces constitucionales alemanes, 15 italianos, 13 portugueses, 12 españoles, 9 franceses, 9 de Colombia y los 7 de Perú.

El periodo de designación y las posibilidades de ratificación son consideraciones que pueden favorecer una mayor o menor dependencia, ya que, si el periodo es corto y la ratificación está prevista, la dependencia a otros órganos será mayor al

de aquellos supuestos en donde el mandato es amplio y definitivo²⁶⁵, así el periodo de los ministros al ser prolongado y sin posibilidad de ratificación, salvo que se haya ejercido con el carácter de provisional o interino, ello atempera en cierta manera la posibilidad de que se vea afectada la independencia judicial, destacando el caso de la experiencia de los Jueces de la Corte de Estados Unidos de América, en el que su encargo es indefinido.

El objetivo de estas modalidades es blindar al órgano de control de cualquier interferencia externa, para que pueda asumirse como un poder moderador que no se vea afectado por las eventuales presiones de las partes en conflicto, de los poderes públicos, privados o de los partidos políticos.

Asimismo, Fix-Zamudio señaló que la renovación una vez concluido el encargo, evita un esquema rígido de interpretación constitucional, ya que los criterios de validez de las normas jurídicas requieren actualizarse de acuerdo con las percepciones y aspiraciones de cada generación²⁶⁶. Por su parte, Magaloni²⁶⁷ señala que los casos como el de México, al tener una designación temporal en el cargo, ello mantiene abierto el debate sobre qué tipo de Corte se necesita. El hecho de que, de acuerdo a Magaloni la Corte mexicana haya sido una institución que se diseñó e implementó en las postrimerías de un régimen autoritario, ha inhibido el debate que se dio en otros países respecto del sentido y significado de la jurisdicción constitucional en un régimen democrático. Así, el hecho de que cada tres años existan dos vacantes para el puesto de ministros puede ir generando las condiciones para que se dé ese debate.

El ejercicio del encargo por un periodo amplio pero determinado, se encuentra en los parámetros de la mayoría de ordenamientos que cuentan con una Corte de

²⁶⁵ Astudillo Cesar y Estrada Marún, José Antonio, *Nombramiento de Ministros de la Suprema Corte de Justicia de la Nación...*, *op. cit.*, p. 123.

²⁶⁶ Fix-Zamudio, Héctor y Fix Fierro, Héctor, "Comentario al artículo 94", en Carbonell, Miguel (coord.), *Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos. Comentada y concordada*, 19 ed., México, Porrúa-UNAM-IIJ, 2006, t. IV, p. 11.

²⁶⁷ Elizondo Mayer-Serra, Carlos y Magaloni, Ana Laura, "La forma es fondo: cómo se nombran y deciden los ministros de la Suprema Corte de Justicia", *Cuestiones Constitucionales, Revista Mexicana de Derecho Constitucional*, número 23, julio-diciembre 2010, p. 41.

esta naturaleza, lo cual además es compatible con los estándares recomendados para proteger la independencia de los operadores de justicia, ya que les brinda *la estabilidad necesaria para realizar con independencia y autonomía sus labores sin presiones ni temor de estar sujeto a una confirmación o ratificación posterior*.²⁶⁸ Por el contrario, mandatos de corta duración y sujetos a ratificación, debilitan el sistema de justicia y afectan su independencia.

No obsta destacar que el amplio periodo propicia que el natural vínculo de lealtad o agradecimiento entre *designado y designante* se diluya rápidamente ante la estabilidad que ésta, en conjunción con el resto de garantías, confiere al conjunto de ministros.²⁶⁹

Finalmente un sistema escalonado permite la actualización y legitimación periódica, lo cual posibilita la renovación ordenada de miembros, la continuidad de sus funciones, la generación de nuevas mayorías al interior del Pleno, y la revisión paulatina de sus criterios y jurisprudencia, todo ello dentro de nuevos equilibrios que intentan mantener el conocimiento y la experiencia de los que permanecen con el ímpetu renovador de los que llegan.²⁷⁰

3.3. Incompatibilidades y prohibiciones

La existencia de un régimen de incompatibilidades tiene como finalidad asegurar la imparcialidad e independencia de quienes conforman el colegio de ministros y del propio órgano. Cesar Astudillo²⁷¹ realiza un análisis de las incompatibilidades que prevé la Constitución mexicana y las clasifica en: *prefuncionales, funcionales y posfuncionales*.

²⁶⁸ En este sentido, *Garantías para la independencia de las y los operadores de justicia. Hacia el fortalecimiento del acceso a la justicia y el estado de derecho de las Américas*, CIDH, OEA, 5 de diciembre de 2013, p. 37.

²⁶⁹ Astudillo Cesar y Estrada Marún, José Antonio, *Nombramiento de Ministros de la Suprema Corte de Justicia de la Nación...*, *op. cit.*, p. 152.

²⁷⁰ Fix-Fierro, Héctor, "Reformas y adiciones a la Constitución federal en materia de administración de Justicia", *Anuario Jurídico* 1994, México, UNAM-IIJ, 1995, p. 46.

²⁷¹ Astudillo Cesar y Estrada Marún, José Antonio, *Nombramiento de Ministros de la Suprema Corte de Justicia de la Nación...*, *op. cit.*, p. 159-164.

Las *prefuncionales* se prevén en la fracción VI del artículo 95 constitucional²⁷², se trata de supuestos que inhabilitan para ser sujeto de nominación, ya que su intención se dirige a impedir que las personas nominadas hayan estado vinculadas al ejercicio de cargos políticos, ya sea por elección popular o por nombramiento. Los cargos enunciados en la disposición constitucional, por su método de elección o designación, presuponen la cercanía del aspirante con el gobierno en turno, con los partidos políticos, o al menos, con los intereses políticos que persiguen unos u otros. Así, al establecerse estas inelegibilidades se busca impedir que la Corte se integre con miembros que tenga méritos políticos exclusivamente, y cuya nominación sea producto de la retribución por favores políticos, con el propósito de que su desempeño jurisdiccional no se vea afectado, ni la independencia e imparcialidad de la institución comprometida. Con ello se pretende priorizar un perfil técnico sobre uno eminentemente político, no obstante ello la restricción es únicamente parcial, pues tiene un ámbito temporal definido por un año previo al día de su nombramiento.

Las incompatibilidades *prefuncionales* evitan o atemperan que sean nombradas personas con fuerte cercanía con el poder político en turno, que privilegie el vínculo político sobre el perfil técnico, a manera de ejemplo, sin esta incompatibilidad se llegaron a nombrar a políticos, militares, líderes sindicales, en este sentido, en 1975 el líder sindical Juan Moisés Calleja García²⁷³ y cuatro veces diputado federal en donde llegó a ser Presidente de la Cámara, fue propuesto como ministro por el entonces presidente Luis Echeverría Álvarez y asumió el cargo el 17 de junio de 1975 y permaneció en él hasta su jubilación el 1º de noviembre de 1984, lo cual no impidió que posterior a su mandato fuera nombrado secretario general del Instituto Mexicano del Seguro Social desde 1994, lo cual además pone en evidencia una falla en las incompatibilidades *posfuncionales*.

²⁷² El artículo 95 fracción VI dispone: Para ser electo ministro de la Suprema Corte de Justicia de la Nación, se necesita: ... VI. No haber sido Secretario de Estado, Fiscal General de la República, senador, diputado federal, ni titular del poder ejecutivo de alguna entidad federativa, durante el año previo al día de su nombramiento.

²⁷³ Su semblanza es visible en la página oficial de la Suprema Corte en el siguiente link: http://sistemabibliotecario.scjn.gob.mx/sisbib/po2007/59122/59122_05.pdf

Asimismo, Enrique Álvarez del Castillo Labastida²⁷⁴ quien fue ministro de la Suprema Corte de 1980 a 1982, se destaca que previa a su nominación fue Diputado Federal a la L Legislatura del Congreso de la Unión (1976-1979) y que renunció al cargo de ministro el 14 de septiembre de 1982, para ser postulado candidato a Gobernador de Jalisco, por el cual resultó electo (1983-1988) y posteriormente fungió como Procurador General de la República (1988-1991), lo que revela una débil incompatibilidad tanto *prefuncional* como *postfuncional*.

Del mismo modo, Irma Cué Sarquis de Duarte, quien de 1982 a 1985 fue Diputada Federal electa por el Estado de Veracruz, aunado a que de 1984 a 1987 fue Secretaria General del Comité Ejecutivo Nacional del Partido Revolucionario Institucional (PRI), para posteriormente ser designada a propuesta del Presidente de la República, Miguel de la Madrid Hurtado como Ministra Supernumeraria de la Suprema Corte el 28 de octubre de 1987, adscrita a la entonces Sala Auxiliar, hasta la fecha de su retiro por jubilación el día 31 de diciembre de 1994.²⁷⁵ De lo que se aprecia que las incompatibilidades *prefuncionales* merecen ser fortalecidas.

En esta misma línea, Victoria Adato Green²⁷⁶ ejerció el cargo de ministra de 1985 hasta su retiro en 1994, quien si bien tuvo una carrera jurisdiccional en el fuero común, llegando a ser magistrada numeraria del Tribunal Superior de Justicia del Distrito Federal, fue designada en 1982 como Procuradora General de Justicia del Distrito Federal que ejerció hasta el año de 1985, esto es, antes de su llegada a la Suprema Corte²⁷⁷, de lo que nuevamente se aprecia una debilidad en la incompatibilidad *prefuncional*.

²⁷⁴ Suprema Corte de Justicia de la Nación, 2013, *Semblanza de los Ministros de la Suprema Corte de Justicia de la Nación (1917-2013) Breve recorrido de su vida y obra, a través de las Épocas del Semanario Judicial de la Federación*, México, SCJN, pp. 375-376, http://sistemabibliotecario.scjn.gob.mx/sisbib/CST_2014/000264454/000264454.pdf

²⁷⁵ Su semblanza es visible en la página oficial de la Suprema Corte en el siguiente link: http://sistemabibliotecario.scjn.gob.mx/sisbib/po2007/59122/59122_08.pdf

²⁷⁶ Cfr, <https://eljuegodelacorte.nexos.com.mx/?p=4989>.

²⁷⁷ Su semblanza es visible en la página oficial de la Suprema Corte en el siguiente link: http://sistemabibliotecario.scjn.gob.mx/sisbib/po2007/59122/59122_02.pdf

Por su parte, las incompatibilidades *funcionales* se centran en el presente y el futuro, se encuentran previstas en el artículo 101 constitucional²⁷⁸, por virtud del cual prohíben que mientras exista el encargo, se involucren en actividades diferentes o se ocupen de responsabilidades paralelas, impidiéndoles aceptar o desempeñar empleo o cargo en la Federación, los estados, la ciudad de México o de particulares, salvo los cargos no remunerados en asociaciones científicas, docentes, literarias o de beneficencia.

Las *posfuncionales*, se prevén en el segundo y tercer párrafo del artículo 101 constitucional²⁷⁹, que son restricciones a la libertad profesional de los ministros una vez que han concluido su mandato, pues durante un tiempo relativamente corto de dos años, están impedidos para ejercer como patronos, abogados o representantes en cualquier proceso tramitado ante el Poder Judicial Federal, de lo contrario podría originarse un conflicto de interés. Asimismo, están restringidos sus derechos políticos dentro del mismo periodo para acceder a cargos de relevancia política como diputaciones, senadurías, gubernaturas, ni ser titulares de secretarías de Estado o de la Fiscalía General.

Este tipo de incompatibilidades busca evitar que los ministros una vez retirados, tengan el incentivo para ejercer de inmediato una actividad política o para que puedan utilizar en su provecho la experiencia adquirida y la red de contactos que tienen al interior del Poder Judicial, lo que afectaría la independencia institucional. Sin embargo, como se mostrará en líneas posteriores, dicha incompatibilidad *posfuncional* no ha sido obstáculo para que el cargo de ministro no sea el último al que se pueda aspirar, ya que transcurrido el breve periodo de dos años, es posible

²⁷⁸ Artículo 101. Los Ministros de la Suprema Corte de Justicia,..., no podrán, en ningún caso, aceptar ni desempeñar empleo o encargo de la Federación, de las entidades federativas o de particulares, salvo los cargos no remunerados en asociaciones científicas, docentes, literarias o de beneficencia.

²⁷⁹ Artículo 101. ... Las personas que hayan ocupado el cargo de Ministro de la Suprema Corte de Justicia,..., no podrán, dentro de los dos años siguientes a la fecha de su retiro, actuar como patronos, abogados o representantes en cualquier proceso ante los órganos del Poder Judicial de la Federación.

Durante dicho plazo, las personas que se hayan desempeñado como Ministros, salvo que lo hubieran hecho con el carácter de provisional o interino, no podrán ocupar los cargos señalados en la fracción VI del artículo 95 de esta Constitución.

que el ministro en retiro vuelva a desempeñarse en el servicio público, volver a la abogacía e incluso ejercer un cargo de elección popular como es el caso de la ministra en retiro Olga Sánchez Cordero quién tomó el cargo de Senadora de la República y Secretaria de Gobernación, lo cual puede ver afectada la independencia judicial.

3.4 Inamovilidad y responsabilidades

El principio de inamovilidad se encuentra en el penúltimo párrafo del artículo 94 constitucional, como una garantía de independencia y estabilidad en el cargo. Se destaca que el Dictamen del Senado a la iniciativa de reforma presidencial de 1994 sostuvo que la inamovilidad significa la certeza de los ministros *de que no van a ser removidos arbitrariamente de su puesto*.²⁸⁰ La finalidad es que bajo esta garantía quedaran protegidos de los *vaivenes políticos que pudieran afectar su función*²⁸¹. La inamovilidad encuentra una vertiente en la inmunidad judicial, que permite el ejercicio seguro e imperturbable de la función jurisdiccional.

La inamovilidad desde estándares internacionales significa la permanencia en el cargo de los integrantes del Pleno de la Corte hasta que expire el periodo de quince años para el que fueron designados, así como el establecimiento de las garantías reforzadas de estabilidad en el ejercicio de la función.²⁸²

Así, la garantía de inamovilidad consiste en que los ministros conserven sus cargos hasta que cumplan el plazo de su nombramiento o lleguen a cierta edad de retiro forzoso en los casos en los que se prevea. Sin embargo, ello no implica que no puedan ser separados o destituidos por motivos de responsabilidad, cuando se incurra en los supuestos expresa y limitativamente establecidos como causas de responsabilidad y una vez agotado el procedimiento sancionador respectivo. De ese modo, es posible que sobrevenga la remoción del cargo de forma excepcional en la

²⁸⁰ Dictamen del Senado de la República a la iniciativa de reforma presidencial de 1994, p. 7.

²⁸¹ Sánchez Cordero, Olga, *Magistratura constitucional en México. Elementos de juicio*, México, UNAM-IIJ, 2005, p. 42.

²⁸² Principios 10 y 12 de los Principios básicos de Naciones Unidas relativos a la Independencia de la Judicatura.

forma, términos y condiciones estipulados en el régimen de responsabilidades, en el caso mexicano establecidas en el Título Cuarto constitucional, de suerte que la inamovilidad no implica la imposibilidad de separación, sino la garantía de que únicamente será posible en los términos y bajo los procedimientos de responsabilidad que prevé la propia Constitución, que pueden ser de tipo político, penal y administrativa.²⁸³

La responsabilidad política se prevé en los artículos 109 y 110 constitucionales, al señalar que los ministros pueden ser sujetos de juicio político, cuando en el ejercicio de sus funciones incurran en actos u omisiones que redunden en perjuicio de los intereses públicos fundamentales o de su buen despacho.²⁸⁴ En este caso, la Cámara de Diputados actúa como órgano de acusación y la Cámara de Senadores como jurado de sentencia, conforme al artículo 110 constitucional. Si bien este mecanismo es esencialmente político que no se sujeta a ningún tipo de control sobre su regularidad, los estándares interamericanos exigen que sobre él recaigan las garantías y controles de naturaleza jurídica en donde destaca, la tutela convencional ofrecida por la Corte Interamericana de Derechos Humanos.²⁸⁵ En Argentina por ejemplo, los jueces de la Corte Suprema pueden interponer recurso extraordinario federal frente a la declaratoria de remoción, ante la propia Corte Suprema.²⁸⁶

Por su parte, la *responsabilidad penal*, se prevé en los artículos 110 y 111 constitucionales, por lo que, podrán ser sujetos de responsabilidad penal cuando durante el tiempo en el que desempeñen su encargo cometan alguna de las

²⁸³ En ese sentido el Pleno de la Corte lo sostuvo en la Tesis P. LX/96, *Semanario Judicial de la Federación*, Novena Época, Tomo III, abril de 1996, p. 128, de rubro: “RESPONSABILIDADES DE SERVIDORES PÚBLICOS. SUS MODALIDADES DE ACUERDO CON EL TÍTULO CUARTO CONSTITUCIONAL”.

²⁸⁴ El artículo 7 de la Ley Federal de Responsabilidades de los Servidores Públicos especifica en ocho fracciones, las hipótesis concretas en las que se considera que se está en actos u omisiones que redundan en perjuicio de los intereses públicos fundamentales o de su buen despacho.

²⁸⁵ Herrera García, Alfonso, ¿Juzgar a los juzgadores? Estándares interamericanos del juicio político contra jueces” en Sagüés, Néstor Pedro, María Sofía y R. Toledo, Pablo (coords.), *Jurisprudencia Argentina. Número especial: Derecho Procesal Constitucional*, Argentina, Abeledo Perrot, 2018-III, p. 108.

²⁸⁶ Sagüés, Néstor Pedro, “El estatuto del juez constitucional en Argentina”, en Fix-Zamudio, Héctor y Astudillo, César (coords.), *Estatuto Jurídico del juez constitucional en América Latina y Europa. Libro en homenaje al doctor Jorge Carpizo*, México, IIJ-UNAM, 2012, p. 249.

conductas tipificadas como delitos por la legislación penal, sin embargo, para ello previamente deberá ocurrir que la Cámara de Diputados apruebe el retiro de la inmunidad procesal que los protege a través de la declaración de procedencia, conocida comúnmente como fuero constitucional.²⁸⁷ La Cámara de Diputados por mayoría absoluta de los miembros presentes en la sesión, declarará si se autoriza proceder contra un ministro, de resultar procedente, el ministro quedará separado del encargo y a disposición de las autoridades competentes para que pueda afrontar el respectivo proceso penal.

La *responsabilidad administrativa* se presenta cuando los ministros incurran en actos u omisiones que afecten la legalidad, honradez, lealtad, imparcialidad y eficiencia que deben observar en el desempeño de sus empleos, cargos o comisiones, tal y como se prevé en el artículo 109 fracción III de la Constitución, es decir, cuando cometan infracciones administrativas ordinarias o agravadas que desencadenen la imposición de sanciones. En este sentido, tanto el artículo 101 constitucional como el Título Octavo de la Ley Orgánica del Poder Judicial de la Federación determinan que los ministros serán responsables por la violación de lo que hemos señalado que se trata de incompatibilidades *funcionales* y *postfuncionales*, lo que puede ameritar la pérdida o destitución del cargo. Por su parte, el artículo 131 de la misma ley orgánica, establece catorce fracciones que prevén supuestos de infracción administrativa, a las que se añaden los supuestos previstos por reenvío en la Ley General de Responsabilidades Administrativas²⁸⁸, en donde se distinguen las faltas graves y no graves.

Se destaca en la responsabilidad administrativa que, en aras de mantener a la Corte y a sus miembros al margen de presiones indebidas de los otros poderes del

²⁸⁷ Orozco Henríquez, José de Jesús, "Comentario a los artículos 110 y 111", *Derechos del pueblo mexicano, México a través de sus constituciones*, 9ª ed., México, H. Cámara de Diputados LXIII Legislatura, Cámara de Senadores, Suprema Corte de Justicia de la Nación, Tribunal Electoral del Poder Judicial de la Federación, Instituto Nacional Electoral, UNAM-IIJ, Miguén Ángel Porrúa, 2016, vol. X, Sección Tercera, pp. 604-614 y 630-640.

²⁸⁸ Artículo 49 y sucesivos de la Ley General de Responsabilidades Administrativas, publicada en el Diario Oficial de la Federación el 18 de julio del 2016.

Estado, ello justifica que sea la propia Corte la que conozca e imponga las sanciones correspondientes.²⁸⁹

Luego entonces, la inamovilidad no implica la imposibilidad de no ser separado del encargo, sino que en todo caso, se realice mediante un procedimiento previsto constitucionalmente y no mediante una libre remoción, lo cual obliga a que dentro de cualquier procedimiento se respete el debido proceso, en particular el derecho de audiencia, defensa, contradicción, acceso a un recurso efectivo, la garantía de una autoridad independiente e imparcial, el deber de motivar las sanciones impuestas y el acceso a los recursos legales que correspondan ante un órgano igualmente independiente.²⁹⁰

3.5 Garantía económica

Con un régimen de incompatibilidades y prohibiciones que tienen los ministros, aunado a la alta responsabilidad que la función jurisdiccional constitucional les confiere, el artículo 94 de la Constitución mexicana prevé que la remuneración que perciban por sus servicios los Ministros de la Suprema Corte no podrá ser disminuida durante su encargo. Ello con la finalidad que la independencia judicial sea asegurada por un sueldo que garantice la independencia económica.

En concordancia con lo anterior, la Suprema Corte mexicana²⁹¹ ha señalado que el legislador, en aras de garantizar la independencia judicial, debe establecer ciertas restricciones, tanto al Estado como a los juzgadores, a saber: a) la fijación de un plazo de duración en el cargo; b) la imposibilidad de disminuir las remuneraciones de juezas y jueces; y c) la prohibición a titulares del poder judicial de ocupar diverso empleo o encargo durante su función.

²⁸⁹ Ello conforme al artículo 94 constitucional; los diversos 131 y 133 de la ley orgánica del Poder Judicial, así como el artículo 8 fracción V de la Ley General de Responsabilidades Administrativas.

²⁹⁰ En este sentido se sugiere en las *Garantías para la independencia de las y los operadores...*, *op cit.*, pp. 79 y siguientes, así como en los Principios 17 al 20 de las *Principios básicos de Naciones Unidas...* cit.

²⁹¹ Tesis P. XIII/2006, *Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta*, Novena Época, Tomo XXIII, febrero de 2006, p. 25, de rubro: "INDEPENDENCIA JUDICIAL. LOS DERECHOS QUE ASISTEN AL TITULAR DEL ÓRGANO JURISDICCIONAL TIENDEN A GARANTIZAR QUE RESUELVA SIEMPRE CONFORME A DERECHO, SIN INFLUENCIAS AJENAS".

Un aspecto importante ha sido destacado por la Comisión Interamericana de Derechos Humanos, al señalar que existe dependencia de las autoridades judiciales cuando corresponde al ejecutivo proponer el presupuesto del poder judicial, o si debe de aprobarlo el legislativo. La Comisión establece que al no preverse un porcentaje mínimo de presupuesto asignado a los órganos de administración de justicia se generan amplios riesgos a la independencia institucional, precisamente por su sujeción a las decisiones que sobre el monto de su presupuesto puedan tomar discrecionalmente otros poderes. A manera de ejemplo, el Poder Judicial Federal y el Instituto Nacional Electoral sufrieron un recorte a su presupuesto para el ejercicio fiscal 2021 para destinarlo a programas sociales, lo cual pudiera revelar el sometimiento del poder judicial a los poderes políticos²⁹².

De manera que, la Comisión recoge la sugerencia del Relator Especial de Naciones Unidas sobre la Independencia de Magistrados y Abogados, de establecer un porcentaje fijo del producto interno bruto nacional (PIB) en el marco legislativo, como presupuesto mínimo del poder judicial. México no reúne ese requisito.²⁹³

Los estándares internacionales recomiendan garantizar una *remuneración, pensiones y condiciones de servicio y jubilación adecuadas*²⁹⁴, que les permitan asegurar su independencia económica, sin que se encuentren vinculadas al resultado de su actividad cotidiana, mucho menos del sentido de sus pronunciamientos, y se les proteja para que no sea “reducida mientras preste servicio profesional”.²⁹⁵

La garantía de una adecuada remuneración y prohibición de reducirla procura un espacio de tranquilidad y serenidad para que el juez pueda desarrollar la función de manera adecuada, sin estar condicionados por preocupaciones de carácter

²⁹² Véase: <https://www.elfinanciero.com.mx/nacional/pef-2021-quitaa-al-ine-y-tepfj-para-programas-del-presidente>

²⁹³ Velilla Antolin, Natalia y Soto Morales, Carlos Alfredo, Experiencias sobre la independencia judicial en México y España, Revista del Instituto de la Judicatura Federal, número 47, Enero-Junio de 2019, p. 318.

²⁹⁴ *Principios básicos de Naciones Unidas*, op. cit., principio 11.

²⁹⁵ Así lo dispone el Estatuto Universal del Juez en su artículo 13, retomado por las *Garantías para la Independencia de las y los operadores...*, op. cit., p. 56.

económico que los orille a ceder ante presiones políticas o de las partes en conflicto o, en el extremo de incurrir en corrupción. En este sentido Ferrer Mac-Gregor señala que “la idea fundamental no se refiere al monto de la remuneración, sino a la variación durante el encargo de los ministros” modificada a discreción con la intención de “ejercer presión política”.²⁹⁶

3.6 Pensión vitalicia

La parte final del artículo 94 constitucional dispone que los ministros tendrán derecho a un *haber por retiro* de carácter vitalicio, que comenzaría desde el momento en que culmina su mandato. La exposición de motivos de la iniciativa presidencial de la reforma de 1994 estableció que con dicha previsión se *garantiza que la función jurisdiccional se ejerza con independencia*.

Sin embargo, el diseño normativo no asegura que el cargo de ministro sea el último cargo al que se pueda aspirar, ello es así, puesto que la propia Constitución permite que los ministros que se retiran puedan después de un tiempo, ocupar otro cargo público, incluso también pueden optar por patrocinar litigios, después de transcurridos dos años desde la fecha de su retiro, aprovechando su experiencia y red de contactos al interior del Poder Judicial. Pues incluso se otorga sin excepciones, es decir, sin distinguir si el ministro se encuentra desempeñando alguna otra actividad profesional o no²⁹⁷, pues la prohibición de no realizar actividad posterior al cargo es únicamente por dos años.

El hecho que el marco normativo no garantice mediante prohibición expresa que el cargo de ministro sea el último cargo al que se pueda aspirar, vulnera los cimientos sobre los que se construye la libertad de los jueces constitucionales para decidir asuntos de manera independiente. Incluso el diseño actual permite que

²⁹⁶ Ferrer Mac-Gregor, Eduardo, “Comentario al artículo 94”, Derecho del pueblo mexicano, México a través de sus constitucionales, 9ª ed., México, H. Cámara de Diputados LXIII Legislatura, Cámara de Senadores, Suprema Corte de Justicia de la Nación, Tribunal Electoral del Poder Judicial de la Federación, Institucional Nacional Electoral, UNAM-IIJ, Miquel Ángel Porrúa, 2016, vol. IX, p. 886.

²⁹⁷ Elizondo Mayer-Sierra, Carlos y Magaloni, Ana Laura, “La forma es fondo: cómo se nombran y deciden los ministros de la Suprema Corte de Justicia”, *op. cit.*, p. 42.

puedan tener una pensión vitalicia sin importar que el ministro en retiro ocupe otro cargo público o se haya convertido en un importante abogado litigante.

Por lo que, debe existir una prohibición expresa para que no ocupe otro cargo público ni pueda patrocinar negocios judiciales, ya que las pensiones sirven para fortalecer la autonomía e independencia del máximo tribunal, incluso la justificación de otorgarla es para que no realice otra labor. Así, reformar la Constitución para que el cargo de ministro sea el último cargo público al que se aspire, fortalecería la independencia de la Corte.

3.7 Procedimiento de designación de ministros la Suprema Corte mexicana.

La relevancia específica del acto selectivo de ministros de la Suprema Corte y en general de los jueces que integran los Tribunales Constitucionales, tiene su base en su propia configuración. En ese sentido, es la propia Constitución la que debe precisar su integración, composición, función y posición de la institución frente a los poderes.

El modelo de composición de la Suprema Corte mexicana se prevé en el artículo 94 constitucional al señalar que se compondrá de once integrantes y funcionara en Pleno o en Salas, los ministros son designados por un periodo único de quince años (se eliminó la edad máxima de nombramiento a los 65 años y la de retiro forzoso a los 70) sin posibilidad de ser nombrado para un nuevo periodo, salvo que hubiere ejercido el cargo con el carácter de provisional o interno.

De acuerdo con el artículo 96 constitucional, el proceso para nombrar a los ministros de la Suprema Corte, es el siguiente:

- a) El Presidente de la República somete una terna a consideración del Senado, la cual, previa comparecencia de las personas propuestas, realiza la designación con una votación de las dos terceras partes de los miembros presentes, dentro de un plazo de treinta días. Si el Senado no designa en ese plazo, el Presidente de la República tendrá la libertad de designar de entre las personas en la terna, a la persona que ocupará el cargo de Ministro.

- b) Si el Senado rechaza la totalidad de la terna propuesta, el Ejecutivo enviará una nueva. Si en esta segunda terna tampoco se logra el nivel de consenso requerido, el Presidente de la República designará, dentro de esta misma terna, a la persona que ocupará el cargo.

Ahora bien, en este aspecto, Magaloni²⁹⁸ ha señalado que las reglas de elección apuntadas sólo se pueden explicar en el contexto político en el que se aprobó la reforma constitucional de 1994. Esto es, el hecho de que el nombramiento de los once ministros se hiciera al mismo tiempo –dado que con dicha reforma se removió a los veintiún ministros- hacía difícil, en términos políticos, que el Ejecutivo simplemente mandara once candidatos por separado. Por lo que la terna fue un mecanismo que aminoró la percepción de que el presidente Zedillo estaba conformando una Corte a su modo. Al mismo tiempo, si la designación no se daba en dos ocasiones por el rechazo del Senado, podía nombrar libremente al ministro de su preferencia. Se trataba de conformar un nuevo tribunal con mayor legitimidad, pero al mismo tiempo, de no renunciar de forma absoluta al control del Ejecutivo en el sistema de nombramientos.

Conforme el poder político se fue descentralizando, las reglas fijadas en 1994 para la sustitución de ministros han mostrado sus debilidades. El proceso cada vez es más complejo y politizado, en la medida que el Presidente presenta ternas, el Senado puede negociar entre los candidatos propuestos, aunado a la falta de reglas claras y precisas sobre el procedimiento, que ha sido colmado por acuerdos parlamentarios de la Cámara alta.

En atención de Estrada Marún²⁹⁹, el diseño mexicano de designación responde al de un modelo de “acto compuesto”, en el que en una primera etapa de propuesta participa el Poder Ejecutivo al remitir una terna y en una segunda en la que participa el Senado. Sin embargo, el sistema de renovación prevé pocos aspectos del procedimiento, lo que genera en la práctica, que sea mediante acuerdos

²⁹⁸ *Ibidem*, pp. 36-37.

²⁹⁹ Véase Astudillo, Cesar y Estrada Marún, José Antonio, *Nombramiento de Ministros de la Suprema Corte...*, *op. cit.*, pp. 7-11.

parlamentarios que se cubran los aspectos procedimentales ante el Senado. Así, para hacer frente a las cuestiones del procedimiento no previstas ni en la Constitución ni en la Ley, ni tampoco en el Reglamento del Senado de la República, éste último prevé en su artículo primero que el Pleno del Senado puede emitir disposiciones complementarias, de ahí que con este fundamento ha expedido *Acuerdos parlamentarios* con los que ha buscado definir las reglas del procedimiento³⁰⁰, lo cual genera que las reglas se formulen a discreción del Senado, el cual se dicta caso por caso, de ahí que el legislador tiene en la práctica completa disposición de las reglas del procedimiento, dado que son disposiciones fruto de un acuerdo político.³⁰¹

Dichos acuerdos han permitido allegarse de elementos de información necesarios para verificar los requisitos de elegibilidad y formación profesional de los nominados. Así en 2012³⁰² ante la nominación de candidaturas provenientes de la carrera judicial, la Comisión solicitó información al Consejo de la Judicatura Federal sobre las visitas y evaluaciones del desempeño judicial, las quejas presentadas en su contra, el historial de capacitación o formación en la carrera judicial de los últimos tres años, los reconocimientos recibidos y las sanciones que hubieren causado estado. Destacadamente a la Suprema Corte le solicitaron las tesis de jurisprudencia o aisladas en las que los magistrados participaron como ponentes, contradicciones de tesis en las que debatieron los criterios de los tribunales en los que estuvieron adscritos y el registro de votos particulares emitidos por ellos. Asimismo a los propios candidatos se les requirió de tres sentencias de preferencia de amparo contra leyes en las que hubieren sido ponentes, tres ejecutorias de la

³⁰⁰ Previo al 2009 el órgano interno que aprobaba dichos acuerdos era la Junta de Coordinación Política, posterior a ese año, cambiaron su denominación derivado del nuevo órgano que los aprobó, véase “Acuerdo de la Mesa Directiva en relación con el procedimiento para la elección de ministros de la Suprema Corte de Justicia de la Nación”, de 26 de noviembre de 2000, de 2 de diciembre de 2010, de 9 de octubre de 2012, de 19 de febrero de 2015, de 18 de noviembre de 2015, y de 13 de diciembre de 2018, respectivamente.

³⁰¹ Astudillo, Cesar y Estrada Marún, José Antonio, *Nombramiento de Ministros de la Suprema Corte de Justicia de la Nación...*, *op. cit.*, pp. 208-209.

³⁰² Véase “Acuerdo de la Junta Directiva de la Comisión de Justicia, por el que se establece el procedimiento para la comparecencia y dictaminación de las ternas presentadas por el Ejecutivo Federal, para la elección de ministros de la Suprema Corte de Justicia de la Nación”, aprobado el 17 de octubre de 2012.

Suprema Corte que a su juicio fueren las más relevantes por sus implicaciones jurídicas, institucionales y sociales; tres votos particulares y dos trabajos académicos publicados.³⁰³

Para hacer frente a las ternas de 2015, una integrada por aspirantes de la carrera judicial y otra por externos a ella, la Comisión de Justicia pidió un ensayo en el que se expusieran los principales retos de la Justicia Constitucional en México, tres ejecutorias de la Suprema Corte, dos por considerarlas relevantes y una por implicar un retroceso en la impartición de justicia; un escrito en el que explicitaran tres temas de atención urgente en el que el aspirante planteara que la Corte debería ejercer su facultad de atracción, un estudio de derecho comparado sobre jurisprudencia de derechos humanos emitida por tres reconocidos tribunales constitucionales o internacionales, cuya aplicación se encontrare pendiente en nuestro país, finalmente se les solicitó que revelaran los perfiles que buscarían integrar a su ponencia en caso de ser designados. En dicho Acuerdo se solicitó adicionalmente de quienes se desempeñaban en un órgano jurisdiccional, un escrito en el que abordaran tres sentencias de las que hubieren sido ponentes y que reflejaran su entendimiento de la Constitución y los derechos humanos y tres votos particulares en los que se advirtiera su interpretación constitucional. Mientras que a los candidatos externos, se les pidió un texto en el que refirieran sus tres principales contribuciones profesionales y justificaran por qué daban cuenta de su distinción y competencia en el ejercicio de la profesión jurídica.³⁰⁴

Aun con dichos avances, el procedimiento es flexible ya que debería regularse en una ley orgánica de la Corte Constitucional, en donde se prevea la designación de los jueces constitucionales.

Sin duda, integrar el colegio de ministros contiene una elevada carga de politización que no es comparable con la de ningún otro cargo judicial, en el que la nominación presidencial puede basarse en una nominación con un perfil

³⁰³ Astudillo, Cesar y Estrada Marún, José Antonio, *Nombramiento de Ministros de la Suprema Corte de Justicia de la Nación...*, op. cit., p. 210.

³⁰⁴ *Ibidem*, p. 211.

eminentemente político, o bien, un perfil altamente especializado que garantice una interpretación autorizada de la Constitución, ubicándose al margen de cualquier interés político que condicione su forma de aproximarse al significado de las normas.

Lo anterior revela la preponderancia del Ejecutivo Federal como del Senado de la República que participan en el procedimiento de designación, con una garantía de la independencia judicial consistente en la exigencia de una mayoría cualificada de las dos terceras partes de los presentes para alcanzar el acuerdo de designación, así como la renovación sin reelección y el perfil profesional. Ello obliga a que la decisión para alcanzarse, no venga monopolizada por el partido político mayoritario, dado que se requiere del acuerdo de al menos dos de las principales fuerzas políticas.

Estrada Marún³⁰⁵ señala que el acuerdo parlamentario de designación puede generarse de al menos dos formas: una primera podría ser a través del consenso, es decir, del convencimiento y adición de la mayor cantidad de voluntades políticas respecto al nombre que pretende seleccionarse, o bien, podría ser mediante un sistema que se ha denominado “de cuotas” o “consenso previo”, el cual, resulta un método no escrito en el que se hace un reparto de cargos entre los grupos parlamentarios atendiendo a su intensidad numérica.

El mecanismo que se ha implementado en la práctica parecer ser este último. En este sentido, las cúpulas de los grandes partidos políticos son las que proceden a la negociación del reparto de las plazas para cada uno y los nombres de las personas en quienes recaerá el cargo, “una vez logrado el acuerdo”, se ratifica formalmente en el acuerdo logrado en sede extraparlamentaria³⁰⁶. En tales

³⁰⁵ Estrada Marún, José Antonio, “El retraso en la designación parlamentaria de magistrados constitucionales: la experiencia española” en Herrera García, Alfonso y Rodríguez Chandoquí, Pedro (coords.), *Justicia constitucional, derechos fundamentales y democracia*, México, Ubijus Editorial-Instituto Interamericano de Derechos Humanos, Centro de Estudios de Actualización en Derecho-Universidad Complutense, 2016, p. 39.

³⁰⁶ Fernández Segado, Francisco, “La estructura orgánica del Tribunal Constitucional”, en Trujillo, Gumersindo; López Guerra, Luis María y González-Trevijano, Pedro José (Dirs.), *La experiencia constitucional (1978-2000)*, Madrid, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, 2000, p. 442.

circunstancias, el consenso se ha entendido como una “negociación y reparto de puestos a cubrir en el que no ha importado tanto el perfil de los propuestos como conseguir la aceptación de los propios a cambio de transigir en el nombramiento de los candidatos presentados por otro/s grupo/s parlamentarios.³⁰⁷

Por su parte, el sistema de ternas obliga a los tres candidatos a competir entre ellos para lograr los apoyos requeridos, lo cual puede tener un efecto negativo en la fortaleza e independencia del máximo tribunal. El ministro Azuela lo explica con claridad: “las ternas llevan a debate y consensos políticos que pudieran traducirse en que después se reclamen los apoyos que se dieron para que la persona saliera”. Un sistema de nombramiento donde el presidente propusiera a un solo candidato y que éste tuviese que ser ratificado por mayoría calificada del Senado sería mucho mejor para aminorar la politización del nombramiento y, al mismo tiempo, generaría un debate público más amplio y profundo sobre los méritos y cualidades del candidato propuesto.³⁰⁸

La fórmula de ternas adoptada actualmente fue modificada en 1994 en la segunda lectura del dictamen de las Comisiones Unidas del Senado, donde la nominación individual se transformó en una nominación compuesta, a través de la figura de la terna, ello permite atemperar el papel del presidente, impidiéndole mostrar, al menos formalmente, su preferencia personal por uno de los candidatos, ello fortalece el papel del Senado, a quien corresponde la designación.³⁰⁹

Sin embargo, la propuesta de volver a la nominación individual ha cobrado nueva relevancia y constituye al día de hoy uno de los temas que es necesario repensar, ya que puede favorecer por un lado, la aceptación de un candidato al incrementarse las probabilidades de su eventual nombramiento, pero también puede inhibir la participación de algunos interesados, porque siempre resulta más

³⁰⁷ Pauner Chulvi, Cristina, *La designación parlamentaria de cargos públicos*, Madrid, Congreso de los Diputados, 2003, p. 146.

³⁰⁸ Elizondo Mayer-Serra, Carlos y Magaloni, Ana Laura, “La forma es fondo: como se nombran y deciden los ministros de la Suprema Corte...”, *op. cit.*, p. 39.

³⁰⁹ Astudillo, Cesar y Estrada Marún, José Antonio, *Nombramiento de Ministros de la Suprema Corte de Justicia de la Nación...*, *op. cit.*, p. 223.

traumático ser rechazado de forma directa y en solitario que al interior de una nominación colectiva en donde puede haber oposición a una terna sin realizar ningún tipo de personalización.

Aun en el sistema de ternas, la comparecencia al Senado es un componente de designación que debiera ser abierto, transparente y vigoroso, ya que tiene la finalidad de realizar una valoración de las nominaciones e indagar sobre el perfil, las cualidades, la preparación, la ideología, la experiencia adquirida y sobre todo advertir el entendimiento que el candidato tiene sobre la Constitución y su interpretación, a fin de poder elegir al más idóneo. Dicha comparecencia debe ser un verdadero acto de interlocución, a fin de exponer la visión de la judicatura y el control constitucional en el contexto de una democracia constitucional.

En Estados Unidos la nominación no se realiza mediante terna, sino una nominación directa e individual que por su propia naturaleza atiende a centrar la atención en una sola persona, lo cual podría replicarse, pues la Comisión del Senado pudiera programar tantas audiencias como temas a abordar existan, a fin de cuestionar respecto de temas o posiciones que reflejen la ideología del candidato y encontrar con ello, el perfil más idóneo.

Asimismo, tales comparecencias debieran extenderse más allá de treinta días a fin de procurar un escrutinio sobre las candidaturas, en donde en diversas ocasiones concurra el nominado a la Comisión de Justicia, a ser evaluado en un conjunto de temas que coadyuve a desentrañar el entendimiento que tiene sobre la Constitución a fin de optar por el perfil más idóneo para la defensa constitucional. Incluso, en el ámbito de la comparecencia deben colaborar la academia, las barras de abogados, facultades de derechos e instituto de investigaciones jurídicas, así como la sociedad civil para que no solamente puedan externar una opinión, sino brindar información adicional sobre las candidaturas o formular preguntas a los aspirantes a fin de ser retomadas en la comparecencia.

Por otra parte, el artículo 96 constitucional prevé una mayoría calificada para la designación de ministros, lo cual procura que las itinerantes mayorías legislativas

no puedan tener una incidencia exclusiva y excluyente en el procedimiento, garantizando la apertura de un proceso de negociación entre partidos o grupos parlamentarios que puedan derivar en un amplio acuerdo político que trascienda los particulares intereses o de grupo.

La votación de distintos grupos parlamentarios abona a que el designado no se encuentre demasiado próximo a las posiciones políticas, los intereses o expectativas del partido en el poder, y que las minorías políticas se sienta involucrada en la elección de una magistratura, en virtud de que el consenso constitucional a defender, en el contexto de una democracia avanzada, no es únicamente el que deriva de las mayorías, sino también y de forma relevante, el que proviene de las minorías.³¹⁰ Ello abona a un mejor perfil que permite un consenso o facilita la voluntad compartida entre diversos grupos, para que ninguno vea al futuro ministro como una posición propia, y que todos reconozcan en él una garantía de inclusión y una posición recíprocamente compartida.

3.8 Experiencias del procedimiento de designación del juez constitucional en el Derecho comparado.

A fin de evidenciar los diversos procedimientos de designación de jueces constitucionales, se ponen de relieve experiencias nacionales del derecho comparado, al tenor siguiente:

1. Estados Unidos de América.

La Corte Suprema de Estados Unidos está integrada por nueve jueces nombrados por el Senado con la propuesta de una nominación del Presidente ante cada vacante. El proceso de elección de ministros en México, contrasta con el de Estados Unidos donde no hay terna, ya que el Presidente norteamericano conforme con el artículo 2º constitucional tiene el poder para nombrar, con *la asesoría y consentimiento del Senado* al candidato de su preferencia, ni siquiera hay requisitos

³¹⁰ En este sentido se pronuncia Landa, Cesar, "La elección del juez constitucional", *Anuario Iberoamericano de Justicia Constitucional*, núm. 6, Madrid, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, 2002, p. 267.

para el cargo. El Senado puede rechazar la propuesta, lo que obliga al Presidente a presentar un nuevo candidato, el cual inhibe el tipo de politización que tiene el sistema de ternas. Además, dado que los nombramientos son vitalicios, la designación difícilmente involucra dos vacantes o más, ello ayuda a evitar transacciones o intercambios políticos.

Ello no significa que no exista politización en los nombramientos de los *Justices* de la Corte Suprema estadounidense, se sabe que la ideología de los jueces cuenta mucho para predecir el sentido de sus fallos. Por lo que el escrutinio de los candidatos es muy riguroso y, evidentemente, la elección de un *Justice* refleja el tipo de equilibrios políticos entre los republicanos y los demócratas. Cuanto más senadores existan de uno u otro partido, se elegirá a un *Justice* más liberal o más conservador. Sin embargo, más allá de la ideología del *Justice* designado, es muy difícil que llegue alguien que carezca de méritos importantes para el puesto.

El caso de Estados Unidos de América, puede decirse que constituye la fuente original del modelo de “acto compuesto”, es decir, para la designación se requiere más de una voluntad orgánica (Presidente y Senado), uno es quien propone y otro el que aprueba o rechaza. El procedimiento norteamericano se lleva a cabo con la propuesta del presidente con la audiencia y aprobación o rechazo del senado. El consentimiento senatorial se traduce en una medida de control parlamentario sobre el gobierno y así ha funcionado en la práctica, pues el Comité Judicial del Senado lleva a cabo un vigoroso examen de la candidatura³¹¹.

En esta fase senatorial se investiga al candidato, solicitando información al Departamento de Justicia, a la Oficina Federal de Investigación (FBI), a la asociación profesional de los abogados (ABA); en ocasiones se requiere además la consulta y la aprobación a los senadores del Estado de donde proviene el candidato. El elemento más visible es la celebración de comparecencias públicas en sede parlamentaria, en las que los senadores pueden interpelar y debatir con el candidato

³¹¹ Astudillo Cesar y Estrada Marún, José Antonio, *Nombramiento de Ministros de la Suprema Corte de Justicia de la Nación...*, op. cit., pp. 16-17.

propuesto con márgenes de tiempo muy amplios, pudiendo llegar al rechazo de la propuesta presidencial.³¹²

Las comparecencias se han articulado a fin de que reflejen la forma en la que el candidato interpreta la Constitución, para ello la comparecencia aborda temas sociales delicados como el aborto, la pena de muerte, la eutanasia, la libertad de expresión, entre otras. Las sesiones, por tanto, tienen por objeto conocer la ideología del candidato, a fin de extraer sus posibles criterios jurídicos.

Para ello, el presidente anuncia con anticipación considerable el nombre del candidato a fin de estudiar el perfil del candidato, incluso el Senado puede hacer muy tormentoso el procedimiento, llegando incluso al rechazo. Es por ello que el presidente de la República prepara sus nominaciones con especial cuidado, pues el rechazo del mismo llega a verse como una derrota política.³¹³

En México dado el poco tiempo para la designación con el que cuenta el Senado y el formato en el que se desarrolla la comparecencia, no existe un escrutinio riguroso pero sí una politización, a diferencia de lo que sucede en Estados Unidos, en México no se tiene claridad sobre la ideología de los candidatos, lo que se espera de sus resoluciones, ni cuál es el papel que debería desempeñar en la Corte en el proceso de consolidación democrática. De ahí que posiblemente la persona designada no necesariamente tenga los mejores méritos sino el que construyó la mejor red de apoyos políticos, lo que después pueda ver afectada su independencia e imparcialidad.

2. *Alemania*

El Tribunal Constitucional Federal Alemán (*das Bundesverfassungsgericht*) está compuesto por dos salas de ocho jueces, los cuales son elegidos por mitades por el Parlamento Federal y el Consejo Federal. No podrán, sin embargo, pertenecer al Parlamento Federal, al Consejo Federal, al Gobierno Federal ni a órganos

³¹² *Idem.*

³¹³ *Idem.*

equivalentes de Estado alguno, ello de acuerdo con el artículo 94 de la Ley Fundamental para la República Federal Alemana³¹⁴ y el artículo 2º de la Ley sobre el Tribunal Constitucional Federal³¹⁵, mientras que la duración de sus mandatos es de doce años sin posibilidad de reelección. En la designación por parte del Parlamento Federal se destaca que la decisión final del nombramiento no llega al Pleno, sino que la decisión es tomada por la Comisión parlamentaria.

El Tribunal Constitucional Federal Alemán, goza de autonomía en el plano administrativo y financiero, y no depende del Ministerio de Justicia para su personal, su presupuesto está diferenciado de los demás órganos constitucionales. Conforme a la tradición alemana según la cual las jurisdicciones supremas no tienen su sede en la misma ciudad que las Asambleas del Gobierno (Béguin), el Tribunal Constitucional radica en *Karlsruhe*. De ahí que el Tribunal Constitucional puede ser definido como un órgano jurisdiccional y constitucional, en el sentido que forma parte de la organización del Poder Judicial (junto a los tribunales federales previstos por la *Grundgesetz* y a los tribunales de los *Länder*) y desarrolla actividad jurisdiccional, pero está dotado de una estructura organizativa más autónoma con respecto a los demás tribunales y que lo coloca en el nivel o en el ámbito de los demás órganos constitucionales, con respecto a los cuales como se ha dicho goza de independencia y autonomía.³¹⁶

³¹⁴ “El Tribunal Constitucional Federal estará compuesto por jueces federales y otros miembros. Los miembros del Tribunal Constitucional Federal serán elegidos por mitades por el Parlamento Federal y el Consejo Federal. No podrán, sin embargo, pertenecer al Parlamento Federal, al Consejo Federal, al Gobierno Federal ni a órganos equivalentes de Estados alguno. Una ley federal regulará la composición y el procedimiento del tribunal y determinará en qué casos sus decisiones tendrán fuerza de ley. Dicha ley podrá disponer que para los recursos constitucionales sea condición necesaria el agotamiento previo de la vía de la apelación, así como prever un procedimiento especial de recepción de los asuntos”.

³¹⁵ Por su parte, la Ley sobre el Tribunal Constitucional Federal, dispone: (1) El Tribunal Constitucional está compuesto por dos salas. (2) En cada sala se eligen ocho jueces. (3) Tres de los jueces de cada sala serán elegidos de entre los jueces de los altos tribunales de Federación. Serán elegibles aquellos jueces que hayan ocupado el cargo por lo menos durante tres años en uno de los tribunales de la Federación.

³¹⁶ Orozco Solano, Víctor, “La composición y el funcionamiento de los Tribunales Constitucionales desde una perspectiva comparada: los casos de Alemania, Italia, España y Costa Rica”, en Herrera García, Alfonso y Rodríguez Chandoquí, Pedro (coords.), *Justicia constitucional, derechos fundamentales y democracia*, México, Ubijus Editorial, Instituto Interamericano de Derechos Humanos, Centro de Estudios de Actualización en Derecho, Universidad Complutense, 2016, p. 115.

3. Italia

Existen sistemas en los que la designación es directa y distribuida entre varios órganos, en esta línea se sumó la Corte Constitucional italiana. El modelo consiste en la atribución a diversos órganos estatales para que procedan a la designación de un número determinado de magistrados sin la necesidad de que se vean constreñidos a la voluntad, consenso o colaboración de otro.

En Italia, la Corte Constitucional se conforma de quince jueces, cinco son designados por la sesión conjunta de las cámaras parlamentarias, cinco por las supremas magistraturas y cinco por el presidente de la República, conforme al artículo 135 constitucional³¹⁷, que son nombrados por un periodo de nueve años, sin posibilidad de reelección.

Así cada órgano facultado tiene el poder de llevar al tribunal constitucional a los miembros cuyos procedimientos internos arrojen. El poder de configuración de la candidatura y el poder de designación de la misma reposa en un mismo órgano, pero no es el único que puede hacerlo porque otras entidades se encuentran habilitadas.

Este modelo es ejemplar en virtud de que la modalidad de distribución del poder de designación encuentra su inspiración en el deseo de dotar al Tribunal Constitucional, además de un principio de imparcialidad y legitimidad con la exigencia de amplias mayorías para su designación, de una mixta visión institucional derivada de la designación directa de órganos de diversa índole; por ejemplo, si participan los órganos legislativos, ejecutivos y judiciales. Se trataría, al menos, de una seña estructural, que permitiría suponer el ingreso al Tribunal de la confluencia de diversas “sensibilidades” y experiencias profesionales que cada órgano selector imprimiría.³¹⁸

³¹⁷ Artículo 135.- El Tribunal Constitucional estará compuesto de quince jueces nombrados en un tercio por el Presidente de la República, en otro tercio por el Parlamento en sesión conjunta y en el tercio restante por las supremas magistraturas ordinaria y administrativa.

³¹⁸ Astudillo Cesar y Estrada Marún, José Antonio, *Nombramiento de Ministros de la Suprema Corte de Justicia de la Nación...*, op. cit., p. 78.

4. *España*

El Tribunal Constitucional Español está integrado por doce miembros nombrados por el Rey, cuatro de ellos designados a propuesta del Congreso por mayoría de tres quintos de sus miembros, cuatro por el Senado con idéntica mayoría, dos por iniciativa del Gobierno y dos a propuesta del Consejo General del Poder Judicial. En este sistema los jueces son nombrados por un periodo de nueve años y el cargo resulta incompatible con todo mandato representativo y diversos cargos políticos y administrativos, conforme al artículo 159 de la Constitución española de 1978. Cabe mencionar que para las primeras composiciones del Tribunal se previó la práctica bastante curiosa de echar a suertes las series objeto de renovación cada tres años y con posterioridad de seis. De esta forma en 1983 todos los miembros designados por los diputados fueron sometidos a renovación.³¹⁹

Así, en el caso de España al igual que en Italia, se distribuye la facultad de nombramiento entre órganos, sin embargo en España dicha facultad no es simétrica, dejando la designación de dos miembros al gobierno, ocho a las Cortes (cuatro al Senado y cuatro al Congreso) y dos al Consejo General del Poder Judicial, el cual, sin ser un órgano representativo del Poder Judicial, mediante su participación se conecta en la práctica cierto influjo del poder judicial en las designaciones.

Asimismo, si bien la fórmula constitucional de España prevé que los jueces son “nombrados por el Rey” conforme al artículo 159 constitucional, sin embargo esta remisión se constriñe a efectos de formalidad del acto.

5. *Portugal*

Los modelos de “designación directa” es el que ha imperado esencialmente en los tribunales constitucionales europeos más consolidados, que en atención a Estrada Marún se trata de un modelo que no supedita el acto selectivo a la confluencia de

³¹⁹ Orozco Solano, Víctor, “La composición y el funcionamiento de los Tribunales Constitucionales desde una perspectiva comparada...”, *op. cit.*, pp. 118-119.

voluntad o consenso entre poderes distintos, sino que directamente deposita en el ámbito de un mismo órgano esa tarea, es decir, el acto selectivo se planea y ejecuta desde el mismo órgano o Poder, sin que para ello se requiera sustantivamente el acuerdo o aprobación de otro³²⁰.

Así, existen experiencias interesantes como el caso de Portugal, que han introducido en sus procedimientos selectivos a otros órganos para designar a los magistrados, además de los parlamentarios. En Portugal la Asamblea designa a diez jueces y luego estos se reúnen y proceden a la cooptación de los tres restantes, esto es, en el procedimiento participa el órgano parlamentario y el propio Tribunal Constitucional portugués. El Tribunal se integra por trece jueces nombrados para un periodo único de nueve años.

El Parlamento realiza la votación con el voto favorable de dos tercios de los diputados presentes, siempre que ésta sea superior a la mayoría absoluta de los diputados en funciones. El procedimiento lo instruye la Presidencia del Parlamento y las propuestas de magistrados son presentadas mediante listas cerradas, formuladas por un mínimo de 25 y un máximo de 50 diputados, no pudiendo los parlamentarios suscribir más de una lista de candidaturas.³²¹ El colegio de diez magistrados constitucionales de selección parlamentaria tiene diez días para cooptar a los tres magistrados que completan la integración del Tribunal.³²²

6. *Estonia*

Un caso singular lo plantea la experiencia de Estonia, debido a que la formulación de todas las propuestas de candidatos a jueces recae en la cabeza del máximo órgano jurisdiccional del país, esto es, en el presidente del Tribunal Supremo, lo que no es habitual en la experiencia comparada.

³²⁰ Astudillo Cesar y Estrada Marún, José Antonio, *Nombramiento de Ministros de la Suprema Corte de Justicia de la Nación...*, op. cit, 2019, p. 12.

³²¹ Artículo 163 h, de la Constitución de Portugal y los diversos 14.1 y 16.4 de la Ley del Tribunal Constitucional.

³²² El procedimiento de cooptación se encuentra en los artículos 18 y 19 de la Ley del Tribunal Constitucional.

Estonia es la única que en Europa ha adoptado en su jurisdicción constitucional el modelo de una sala especializada en la materia dentro del Tribunal Supremo (*Riigikohus*). El número de miembros que componen al Tribunal Supremo no se encuentra en la Constitución sino en la Ley de Jurisdicción (*Courts Act, CA*), que establece la cantidad de diecinueve jueces (25.3 CA). El presidente del Tribunal Supremo no es elegido por el propio colegio del Tribunal, sino por el Parlamento a propuesta del presidente de la República, para un periodo único de nueve años (65.7 y 150 C, 27 CA).

Todos los jueces son designados por el Parlamento a partir de las propuestas presentadas por el presidente del Tribunal Supremo (150 C, 27.2.2 CA). Los jueces son designados hasta la jubilación para el Tribunal en general³²³, y luego internamente el Pleno establece la integración de las Salas, entre ellas la Sala de Revisión Constitucional.

Actualmente la Sala Civil está integrada por siete jueces, la Sala Penal por seis, la Sala Administrativa por cinco jueces, y con el presidente suman los diecinueve integrantes que debe tener el Tribunal (25.3 CA). La Sala de Revisión Constitucional debe integrarse de nueve personas, esto es, del presidente del Tribunal Supremo y ocho miembros más designados por el Pleno de entre los jueces del resto de salas (28, 29 CA). De ahí que la Sala Constitucional es un tipo de formación especial, dentro del Tribunal, y no una Sala independiente del resto, además cuenta con un mecanismo de renovación escalonado por medio del cual se integran a la misma dos jueces de las otras salas cada año.³²⁴

Las propuestas de designación de jueces que lleva a cabo el presidente del Tribunal Supremo, se articulan sobre la base de un concurso público para cubrir la vacante. Antes de proponer los candidatos al Parlamento unicameral, el presidente debe considerar la opinión del Pleno del Tribunal Supremo (55.4 CA) y el Pleno del Consejo de Administración de los Tribunales (41.3.1 CA). El Parlamento deberá

³²³ La edad de jubilación es a los 68 años, conforme al artículo 99.2 de la CA.

³²⁴ Astudillo Cesar y Estrada Marún, José Antonio, *Nombramiento de Ministros de la Suprema Corte de Justicia de la Nación...*, op. cit., p. 35.

designar entre las propuestas presentadas a quien habrá de ser juez, al que obtenga la mayoría simple en una votación secreta, siempre que se encuentren presentes más de la mitad de los miembros del Parlamento, se trata de una votación baja.

7. *Serbia*

El modelo de integración de la Corte Constitucional de la República de Serbia es muy original, se tiene la peculiaridad de que cada tercio de magistrados son designados mediante la propuesta y designación de distintas autoridades. El artículo 172 de su Constitución establece que de los quince jueces de la Corte Constitucional, cinco son designados por la Asamblea Nacional (250 miembros) entre las diez propuestas presentadas por el presidente de la República; otros cinco jueces son designados por el presidente de la República de entre las diez candidaturas que le son presentadas por la Asamblea Nacional, y finalmente los cinco jueces restantes son designados por el Pleno de la Corte Suprema de Casación de entre las diez propuestas que le son presentadas por la sesión general que se realice entre el Consejo Superior del Poder Judicial y el Consejo Fiscal del Estado. En un esquema quedaría de la siguiente forma:

Propone 10 el Presidente de la República	————→	Asamblea Nacional designa 5
Propone 10 la Asamblea Nacional	————→	Presidente de la República designa 5
Propone 10 el Consejo Judicial y Fiscal	————→	Corte Suprema designa 5

El sistema combina la distribución de la facultad selectiva de jueces siguiendo un criterio de participación de los tres poderes del Estado, pero matizado con el poder de propuesta de otros órganos. El peculiar modelo se ha confeccionado de un modo que tanto el presidente de la República como la Asamblea Nacional tienen en un determinado momento las dos calidades, tanto de órgano proponente como de órgano selectivo. En una tercera banda estará la participación del ámbito judicial, con la designación del Pleno de la Corte Suprema de Casación, y la propuesta del órgano de gobierno del Poder Judicial y el fiscal. La estructura del sistema se ha llegado a calificar de “equilibrada”, sin embargo, en cuanto a la forma de designar a

los magistrados no deja de resultar un tanto arriesgado no haber contemplado una mayoría calificada para acordar las designaciones.³²⁵

8. *Argentina*

En el diseño de Argentina los jueces de la Corte Suprema de Justicia de la Nación son designados por el presidente de la Nación con acuerdo del Senado. Mediante reforma constitucional de 1994, a fin de dar más transparencia y consenso político al procedimiento, se estableció que ese acuerdo debía prestarse en sesión pública y con el apoyo favorable de dos tercios de los miembros presentes, conforme al artículo 99.4 de la Constitución.

Una peculiaridad que conviene resaltar es el Decreto 222/03³²⁶, por medio del cual el presidente racionaliza su propia facultad de propuesta introduciendo un procedimiento de difusión y consulta pública de la candidatura.³²⁷

Asimismo, en el modelo argentino de selección del juez constitucional convive el control del Senado, el cual, mediante la Comisión de Acuerdos, somete la candidatura a un escrutinio ciudadano y celebra una intensa audiencia pública en sede parlamentaria, en la que se pueden presentar preguntas y observaciones por cualquier ciudadano. El Senado puede rechazar la propuesta presidencial, sin que se prevea algún límite a la facultad de veto y ello, según ha señalado la doctrina, fuerza un equilibrio de actuación y negociación entre los poderes.³²⁸

³²⁵ *Ibidem*, p. 47. Respecto de la votación requerida, la Constitución ni la Ley de la Corte Constitucional señalan las mayorías necesarias, sino que al no establecer nada, corren el régimen general que prevé el Reglamento parlamentario para la adopción de decisiones, como lo es la mayoría de votos, como se contempla en los artículos 13 y 19.

³²⁶ Decreto publicado en el Boletín Oficial de la República Argentina, número 30.175, de 20 de junio de 2003. Un estudio acerca de dicho decreto, y en general sobre el contexto en el que fue confeccionado puede verse en Ruibal, Alba, *Proceso de reformas a la Corte Suprema Argentina. Gobierno, sociedad civil y crisis institucional*, México, UNAM, IJ, 2010, pp. 65-80 y 174-175.

³²⁷ Dicho decreto contempla que para la publicación de la candidatura, se deberá incluir la hoja de vida del candidato, declaración jurada de su patrimonio y la indicación de las asociaciones civiles o comerciales, los estudios de abogados que haya integrado en los últimos ocho años y la nómina de clientes durante el mismo periodo, conforme a los artículos 4 y 5.

³²⁸ Cesar Astudillo y Estrada Marún, José Antonio, *Nombramiento de los ministros de la Suprema Corte de Justicia de la Nación...*, *op. cit.*, p. 22.

9. *Brasil*

En Brasil los once ministros del Supremo Tribunal Federal son electos por un acto compuesto entre la propuesta del presidente de la República y el acuerdo del Senado por mayoría absoluta y previa audiencia pública de los candidatos, de conformidad con los artículos 52, 84 y 101 de la Constitución de Brasil. Esta forma de designación está dispuesta desde la primera Constitución republicana de 1891 y permanece inalterado hasta hoy en la Constitución vigente de Brasil, que data de 1988.³²⁹

Así, los modelos en donde la facultad de proposición reside en el titular del Poder Ejecutivo, los desarrollos apuntan a la implementación de mecanismos que racionalicen la potestad propositiva del presidente. En Estados Unidos la solución ha venido por el control político que ejerce el Senado y la visibilidad del procedimiento, pero también otras alternativas han transitado por la vía normativa.³³⁰

En las experiencias donde no se ha previsto mecanismo que regule con cierto detalle el modo de ejercer la facultad presidencial como lo es en México y Brasil, lo más común es que se padezca de transparencia en la confección del acto y sea discrecional, convendría que se favoreciera la apertura, publicidad y la transparencia en la confección de las ternas de candidatos.

10. *Colombia*

Otra de las modalidades que se puede encontrar es aquella donde la facultad para proponer magistrados se encuentra distribuida entre varios órganos, los cuales deben presentar sus propuestas al Poder Legislativo, para que este lleve a cabo el acto final de designación.

³²⁹ Véase Alfonso Da Silva, Virgilio, "Supremo Tribunal Federal (Brasil)", en Ferrer Mac-Gregor, Eduardo (coord.), *Crónica de Tribunales Constitucionales en Iberoamérica*, Buenos Aires, Marcial Pons, UNAM, 2009, p. 88.

³³⁰ Astudillo Cesar y Estrada Marún, José Antonio, *Nombramiento de los ministros de la Suprema Corte de Justicia de la Nación...*, *op. cit.*, p. 27.

En Colombia el Senado de la República debe designar por mayoría simple a los nueve magistrados de la Corte Constitucional para un periodo individual de ocho años, de entre las ternas que le presenten, tres el Consejo de Estado, tres el presidente de la República y tres la Corte la Corte Suprema³³¹.

La intención que subyace en este tipo de modalidades es múltiple. Por un lado, se busca que la facultad de propuesta sea extraída de diversos ámbitos del poder público, en especial, de cada uno de los tres clásicos poderes del Estado. Por otro lado, se favorece que la candidatura pueda venir confeccionada tanto por elementos técnico-profesionales como con determinado respaldo y visión política.

En cuanto a los elementos técnico-profesionales, se estima que estos atributos pueden venir derivados del influjo que podrían imprimir en la confección de la candidatura los tribunales supremos, sus presidentes o los concejos judiciales o de Estado. Así, los especialistas de la judicatura llevarán a los tribunales constitucionales a miembros de su propia extracción y perfil profesional de la carrera judicial.

Por su parte, los perfiles con visión o sensibilidad política derivan de la intervención de las designaciones del titular del Poder Ejecutivo, del consejo de ministros o los parlamentarios, de ese modo, podrían colocar a miembros cercanos a los postulados ideológicos del partido al que pertenezcan.

En esa virtud, este modo de elegir a los jueces constitucionales con el reparto de la facultad selectiva, tiene la intención de evitar monopolios en el poder de designación, intentando hacer más equilibrada dicha facultad, en un marco general de inserción de pesos y contrapesos entre los órganos estatales. En otras palabras, este sistema permite que el poder de selección se “reparta” entre varios órganos del Estado, evitando que esta facultad se concentre en uno o dos órganos estatales.

³³¹ Véase el artículo 239 de la Constitución y el artículo 44 de la Ley Estatutaria de la Administración de Justicia. Un análisis sobre la composición de la Corte Constitucional de Colombia puede verse en Ortiz Gutiérrez, Julio César, “El estatuto del juez constitucional de Colombia. El régimen jurídico de la Corte Constitucional y de sus magistrados”, en Fix Zamudio, Héctor y Astudillo, Cesar, (coords.), *Estatuto Jurídico del juez constitucional en América Latina y Europa. Libro en homenaje al Doctor Jorge Carpizo*, México, IJ-UNAM, 2012, pp. 363-407.

Además de Colombia, en Letonia, Estonia, Macedonia e Italia, del mismo modo se aprecia que la Corte Suprema o Consejo Judicial pueden proponer a los jueces Constitucionales.

11. Perú

El Tribunal Constitucional del Perú es el órgano de control de la Constitución, es autónomo e independiente del Poder Judicial y demás poderes públicos. No obstante ello, es un organismo jurisdiccional colegiado, integrado por siete jueces de derecho que ocupan el cargo de magistrados por cinco años y están impedidos de ser reelectos de manera inmediata, conforme al artículo 201 de su Constitución.³³²

Así, en atención del artículo 201 de la Constitución de Perú de 1993, corresponde al Congreso de la República el nombramiento de los siete magistrados del Tribunal Constitucional, con una mayoría de dos tercios del número de parlamentarios del Pleno del Congreso unicameral integrado por ciento veinte representantes, previa convocatoria que realiza una comisión especial para la recibir las propuestas y seleccionar a los candidatos³³³, una vez obtenida la nómina de candidatos aptos para ser electos, el Congreso elige en votación de dos tercios del número legal de congresistas, lo que supone la necesaria concertación de voluntades de la mayoría parlamentaria con las minorías parlamentarias, para lograr la nominación de los candidatos con ochenta votos como mínimo. Aun así, Cesar Landa señala que este sistema se expresa en dos aspectos: por un lado, en la falta de consenso de las fuerzas parlamentarias, con el consiguiente deterioro del proceso de selección, el maltrato a los candidatos y la renuncia posterior a postular a destacados juristas y, por otro lado, en el sistema de cuotas y negociación política, que cada vez es utilizado finalmente para convenir entre la mayoría y las minorías parlamentarias, que hacen de la integración del Tribunal Constitucional un

³³² Landa, César, "Estatuto del Juez Constitucional en el Perú", en Fix-Zamudio, Héctor y Astudillo, César (coords.), *Estatuto Jurídico del juez constitucional en América Latina y Europa. Libro en homenaje al Doctor Jorge Carpizo*, México, IJ-UNAM, 2012, p. 575.

³³³ El procedimiento se encuentra regulado en el artículo 8 de la Ley Orgánica del Tribunal Constitucional de Perú.

prisionero de las tensiones políticas entre el gobierno y la oposición, al punto que la mayoría y minoría no se orientan a valorar y preferir candidatos de reconocida competencia jurídica e independencia, sino que centran la elección en los acuerdos de las cúpulas partidarias, los grupos parlamentarios y la Junta de Portavoces del Congreso, no obstante de que los electos cumplan con los requisitos de elegibilidad.³³⁴

12. Guatemala

Con independencia del golpe de Estado sufrido en Guatemala en 1993 y la consecuente crisis política e interferencias inadecuadas de órganos políticos y grupos de intereses paralelos que perjudican el adecuado funcionamiento de la Corte de Constitucionalidad de Guatemala³³⁵, ésta tiene aspectos peculiares, puesto que además de contemplar en su sistema de designación a los tres poderes, incluye a otro tipo de corporaciones, a saber, el Consejo Superior Universitario de la Universidad de San Carlos y la Asamblea del Colegio de Abogados. Este modelo no es habitual en los modelos selectivos de magistrados constitucionales.

La actual Constitución de Guatemala fue promulgada el 31 de mayo de 1985 y entró en vigor el 14 de enero de 1986, una de sus novedades fue la creación de la Corte de Constitucionalidad permanente y su función esencial es la jurisdicción privativa de la defensa del orden constitucional que actúa como tribunal colegiado con independencia de los demás organismos del Estado y autonomía económica.³³⁶

Así, la Corte de Constitucionalidad se integra por cinco magistrados titulares con su respectivo suplente nombrados cada uno de ellos por: 1) el pleno de la Corte Suprema de Justicia; 2) el pleno el Congreso de los Diputados; 3) el presidente de la República en consejo de ministros; 4) el Consejo Superior de la Universidad

³³⁴ Landa, César, "Estatuto del Juez Constitucional en el Perú...", *op. cit.*, p. 575.

³³⁵ García Laguardia, Jorge Mario, "La justicia constitucional en Guatemala. El estatuto del juez constitucional: asignatura pendiente", en Fix-Zamudio, Héctor y Astudillo, César (coords.), *Estatuto Jurídico del juez constitucional en América Latina y Europa. Libro en homenaje al doctor Jorge Carpizo*, México, IIJ-UNAM, 2012, pp. 475-488.

³³⁶ *Ibidem*, p. 484.

Autónoma de San Carlos, que es la única universidad nacional, y 5) la Asamblea General del Colegio de Abogados (en Guatemala la colegiación es obligatoria).

Cuando el Tribunal conozca de asuntos contra la Corte Suprema, el Congreso, el presidente o vicepresidente, el número de sus miembros se elevará a siete, los otros dos magistrados se escogerán por sorteo entre los suplentes, de conformidad con el artículo 269 constitucional.³³⁷ El nombramiento de magistrado es por un periodo de cinco años y pueden ser reelectos, así como también gozan de las mismas prerrogativas e inmunidades que los magistrados de la Corte Suprema, conforme a los artículos 205, 206 y 270 de la Constitución.

No existen requisitos fijados para ocupar el cargo de magistrado y sólo se exige ser guatemalteco de origen, abogado colegiado, ser de “reconocida honorabilidad” y tener por lo menos quince años de graduación profesional. La presidencia del Tribunal es desempeñada por los titulares en forma rotativa, en periodos de un año, comenzando el de mayor edad y siguiendo en orden descendente en edades, conforme al artículo 271 constitucional.

13. *Bolivia*

Bolivia en su Constitución de 2009 ha configurado un sistema con bastantes peculiaridades, entre las cuales se ha integrado el sufragio popular como método de designación de las magistraturas supremas, incluyendo a los jueces del Tribunal Constitucional Plurinacional, previo a una etapa de preselección de candidaturas a cargo del Poder Legislativo.

El modelo prevé que los siete magistrados titulares y siete suplentes del Tribunal Constitucional Plurinacional, serían aquellos que reciban el mayor número de votos en una elección popular organizada al efecto, previo procedimiento de preselección llevado a cabo por la Asamblea Legislativa Plurinacional. Es decir, se trata de un procedimiento llevado en dos fases, una de preselección y otra de elección popular,

³³⁷ *Ibidem*, p. 485.

las cuales se encuentran reguladas por un conjunto amplio de disposiciones normativas³³⁸.

El procedimiento comienza con la emisión de la convocatoria que realiza el Tribunal Supremo Electoral, una vez publicada se abre el camino a las dos etapas siguientes, en la primera la Asamblea efectúa convocatoria para recibir postulaciones, depurarlas y hacer una preselección de candidaturas, para ello una comisión parlamentaria verifica requisitos, evalúa candidaturas, entrevista a los candidatos y presenta un informe al Pleno para su preselección. En la segunda etapa, el procedimiento vuelve al Tribunal Supremo Electoral para la organización, campaña y votación de las candidaturas preseleccionadas. Existe una rotunda prohibición a los candidatos para realizar campaña electoral, puesto que el órgano electoral es el único responsable de difundir los méritos de las candidatas y candidatos³³⁹.

Estrada Marún³⁴⁰ detalla la experiencia de este procedimiento que se puso en marcha entre los meses de mayo y octubre de 2011, sin que los resultados hayan sido satisfactorios, la designación se llevó a cabo junto con otras autoridades judiciales del país, con lo cual implicó llamar a la ciudadanía para designar a un total de 118 cargos judiciales. La jornada dio como resultado un mayor número de votos nulos sobre los válidos (44%.03 a 42.1%) y además hubo un 13.87% de votos en blanco. Entre los tres candidatos más votados se observó un respaldo equivalente

³³⁸ El régimen normativo de las dos fases del procedimiento, además de la Constitución Política del Estado y la Ley núm. 27, del 6 de julio de 2010, del Tribunal Constitucional Plurinacional, es el siguiente: Ley núm. 18, del 16 de junio de 2010, del Órgano Electoral Plurinacional; Ley núm. 26, del 30 de junio de 2010, del Régimen Electoral; Ley núm. 125, del 27 de mayo de 2011, que modificó la Ley del Régimen Electoral; Reglamento interno de preselección de candidatas y candidatos para la conformación del TCP, Tribunal Supremo de Justicia, Tribunal Agroambiental y Consejo de la Magistratura (Resolución núm. 04/2011, del 6 de mayo de 2011, de la Asamblea Legislativa Plurinacional); Reglamento de elecciones de autoridades del Órgano Judicial y del TCP (Resolución núm. 151/2011, del 15 de julio del Tribunal Supremo Electoral).

³³⁹ El Tribunal Supremo Electoral ha emitido el "Reglamento del régimen especial de propaganda para el proceso de elección de autoridades del Órgano Judicial y del TCP (Resolución núm. 127/2011, de 30 de junio)", en el cual detalla la forma en que se dará difusión a las candidaturas, las directrices que deberán observar los medios de comunicación en la campaña de información, su monitoreo, las sanciones y el procedimiento de inhabilitación de candidaturas.

³⁴⁰ Cfr. Astudillo, Cesar y Estrada Marún, José Antonio, *Nombramiento de Ministros de la Suprema Corte de Justicia de la Nación...*, op. cit., pp. 48-69.

al 5.26%, 3.54% y 2.43% del padrón de electores, y entre los cuatro restantes que obtuvieron la plaza, lo hicieron con una media del 1.84% del padrón³⁴¹. Estas cantidades tan reducidas ponen en duda el adjudicado “respaldo popular”, que se predica de las designaciones. Por otro lado, el hecho de que se hayan registrado más votos nulos que válidos, en alguna medida proyecta un menoscabo en la legitimidad de la elección³⁴².

La falta de este tipo de experiencias de designación, se explica por el riesgo que supone para la independencia e imparcialidad judicial, exponer la selección de los jueces a procedimientos con una excesiva carga política, por lo que no es la alternativa más deseable. El sistema consigue reproducir los vicios de una elección de autoridades políticas, ya que impone a los candidatos la necesidad de promoverse y competir con sus compañeros. La necesidad de promoción y el interés que cierta candidatura pudiera despertar en diversas organizaciones, son los ingredientes que pueden orquestar una campaña indirecta, poniendo en riesgo la independencia del futuro juez constitucional.

Existen los suficientes incentivos como para que el candidato se comprometa, respalde o permita el apoyo de poderosos grupos que tienen efectivamente una mejor posición para difundir a determinado candidato y movilizar a la ciudadanía para votar. Puede tratarse, por supuesto, de los partidos políticos, las iglesias, alguna minoría, pero también de otros grupos influyentes en el contexto boliviano, como son los sindicatos, las federaciones de productores, entre otras organizaciones sociales.³⁴³

Si tomamos en cuenta que el perfil que se requiere debe ser técnico-jurídico e incluso especializado en jurisdicción constitucional, su selección debe ser cuidadosa a fin de elegir a los mejor cualificados, mediante una ponderación de

³⁴¹ Entre los 7 magistrados y magistradas titulares designados se encuentran: 1 Gualberto Cusi Mamani, 2 Efrén Choque Capuma, 3 Ligia Mónica Velásquez Castaños, 4 Mirtha Camacho Quiroga, 5 Ruddy José Flores Monterrey, 6 Neldy Virginia Andrade Martínez y 7 Soraida Rosario Chanez Chire. Cfr. Astudillo, Cesar y Estrada Marún, José Antonio, *Nombramiento de Ministros de la Suprema Corte de Justicia de la Nación...*, op. cit., pp. 51 y 56.

³⁴² *Ibidem*, p. 51.

³⁴³ *Ibidem*, p. 63.

méritos profesionales y no sólo políticos, dicha ponderación es más probable que pueda escapar al numeroso y heterogéneo cuerpo electoral.

Derivado del análisis en diversos países sobre la integración y diseño de los tribunales constitucionales y a fin de apreciar el procedimiento de designación, el número jueces y periodo de su encargo, se muestra el siguiente esquema:

Tribunal o Corte Constitucional	Integración	Periodo
Corte Suprema de los Estados Unidos	9 jueces nombrados por el Senado con la propuesta un único candidato por el Presidente	Vitalicio
Tribunales o Cortes Europeos		
Tribunal Constitucional Federal Alemán	16 jueces, de los cuales 8 nombrados por el Parlamento Federal y 8 por el Consejo Federal (art. 94 LF).	12 años sin posibilidad de reelección.
Corte Constitucional de Italia	15 jueces, nombrados: - 1/3 por el Presidente de la República; - 1/3 por el Parlamento en sesión conjunta; y - 1/3 por la suprema magistratura ordinaria y administrativa. (art. 135 C.)	9 años sin posibilidad de reelección.
Tribunal Constitucional Español	12 jueces, nombrados por el Rey, - 4 propuesta del Congreso - 4 propuesta del Senado - 2 por el Gobierno - 2 por el Consejo General del Poder Judicial (art. 159 C.)	9 años, sin posibilidad de reelección.
Tribunal Constitucional de Portugal	13 jueces, la Asamblea designa a 10 y éstos cooptan 3 restantes, esto es, en el procedimiento participa el órgano parlamentario y el propio Tribunal Constitucional portugués que coopta 3 (art. 163 C.)	Periodo único de 9 años.
Sala de Revisión Constitucional del Tribunal Supremo de Estonia (<i>Riigikohus</i>)	El Tribunal Supremo se integra por 19 jueces y la Sala de Revisión Constitucional se integra por 9 jueces, el presidente del Tribunal Supremo y 8 miembros designados por el Pleno de entre los jueces del resto de salas (art. 147 Constitución de Estonia). Los jueces son designados por el Parlamento a propuestas del presidente del Tribunal Supremo sobre la base de un concurso público.	Hasta cumplir la edad de jubilación de 68 años
Corte Constitucional de la República de Serbia	Se integra por 15 jueces, de los cuales: - 5 designados por la Asamblea Nacional de entre las 10 propuestas presentadas por el presidente de la República; - 5 designados por el presidente de la República de entre las 10 candidaturas que le son presentas por la Asamblea Nacional, y - 5 designados por el Pleno de la Corte Suprema de Casación de entre las 10 propuestas presentadas por el "Consejo Superior del Poder Judicial" y el Consejo Fiscal del Estado.	Periodo de 9 años
Tribunales o Cortes en América Latina		
Corte Suprema de Justicia de Argentina	7 jueces designados por el presidente de la Nación con acuerdo del Senado (art. 99.4 constitucional).	Vitalicia

Supremo Tribunal Federal de Brasil	11 ministros, nombrados con la propuesta del presidente de la República y el acuerdo del Senado (arts. 52, 84 y 101 Constitución)	Vitalicia
Corte Constitucional de Colombia	9 magistrados designados por el Senado de la República de entre las ternas que le presenten: 3 el Consejo de Estado, 3 el presidente de la República y 3 la Corte la Corte Suprema (art. 239 y art. 44 Ley Estatutaria de la Administración de Justicia).	8 años sin reelección.
El Tribunal Constitucional del Perú	7 magistrados designados por el Congreso Unicameral de la República, previa convocatoria que realiza una comisión especial para la recibir las propuestas y seleccionar a los candidatos (art. 201 y art. 8 Ley Orgánica del TC).	5 años sin reelección inmediata
Corte de Constitucionalidad de Guatemala	5 magistrados titulares con su suplente, nombrados por: 1) el pleno de la Corte Suprema, 2) el pleno del Congreso de los Diputados, 3) el presidente de la Republica, 4) el Consejo Superior Universitario de la Universidad de San Carlos y, 5) Asamblea del Colegio de Abogados. Cuando la Corte conoce de asuntos contra la Corte Suprema, el Congreso, el presidente o vicepresidente, el número de sus miembros aumento a 7, que se toman por sorteo entre los suplentes. (Art. 269).	5 años y pueden ser reelectos.
Tribunal Constitucional Plurinacional de Bolivia	7 magistrados, designados por sufragio popular, previo procedimiento de preselección de la Asamblea Legislativa Plurinacional (Arts. 119 constitucional; arts. 14 y 15 Ley del TC).	10 años y se prohíbe reelección inmediata.
Suprema Corte mexicana	11 ministros, nombrados por una terna que propone el Presidente de la República a consideración del Senado (art. 95).	15 años sin posibilidad de ser reelectos.

Es dable apreciar que en diversos ordenamientos se otorga la facultad al órgano técnico de proponer candidaturas, por lo que, si a un Tribunal Constitucional se le reconoce la función de erigirse como guardan constitucional y del sistema político y jurídico, resulta necesario considerar la oportunidad y viabilidad de incorporar a otros órganos estatales en la definición de aquellos perfiles, pues en última instancia habrán de arbitrar los conflictos de los distintos ámbitos de decisión política.³⁴⁴

Por lo que, atendiendo diversas experiencias antes precisadas así como una integración más plural del órgano de control, es dable abrir la nominación a un abanico más amplio de órganos, en donde se podría incluir la participación del propio Poder Judicial, a la Academia, al Foro y mantener la nominación presidencial junto a la aprobación del Senado en todos los casos, pues constituye el órgano

³⁴⁴ Fix-Zamudio, Héctor, “Los tribunales constitucionales en la consolidación democrática”, *Tribunales Constitucionales y Democracia*, México, SCJN, 2008, p. 50.

legislativo que representa los intereses de las entidades federativas y del conjunto federativo.

3.9 La objeción democrática

No pasan desapercibidas las circunstancias que señala Víctor Ferreres³⁴⁵ que dan lugar a la *dificultad contra-mayoritaria* que enfrentan los jueces constitucionales, pues la ley que analiza el juez constitucional proviene de un Parlamento elegido periódicamente por el electorado, por sufragio universal, mientras el juez no es elegido por el electorado por ese medio, aun así el sistema de elección boliviano por las razones señaladas no parece ser la mejor opción para dotar de legitimación democrática al juez constitucional. En este sentido Ferreres señala que si el juez constitucional es designado por los órganos políticos representativos, entonces tiene mayor legitimidad democrática de origen que si fuera designado de otro modo, sin intervenciones de esos órganos. En el mismo sentido Cruz Villalón³⁴⁶, destacó la necesidad de que los Tribunales Constitucionales tengan una intensa legitimación democrática a través de un sistema de elección de sus miembros de carácter fundamentalmente parlamentario, incluso si el juez ocupa su cargo de manera temporalmente limitado, es decir, no vitalicio, la objeción democrática es de menor intensidad.

Asimismo, en la generalidad de los sistemas electivos participan los poderes del Estado, en especial el Legislativo, en el cual para la designación se suelen e incluso se deben exigir elevadas mayorías para acordar la designación, así además de que el juez sería designado con mayor legitimidad democrática, con la mayoría requerida al ser elevada se evita que la designación sea monopolizada por la fuerza política mayoritaria, a fin de que tenga que apoyarse con la voluntad de otros partidos. Ello refuerza a los tribunales constitucionales con los atributos de

³⁴⁵ Ferreres, Víctor, *Justicia Constitucional y democracia*, Madrid, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, 1997, pp. 42-45.

³⁴⁶ Cruz Villalón, Pedro, *La formación del sistema europeo de control de constitucionalidad (1918-1939)*, Madrid, Centro de Estudios Constitucionales, 1987, pp. 411-412.

independencia e imparcialidad que incluso los pueden llevar a contrariar la voluntad de la mayoría política del momento.

Por su parte Astudillo señala que la legitimidad democrática del juez constitucional no se encuentra ligada a establecer un método de carácter electivo; emana más bien de la legitimidad del método de designación contemplado al efecto por la norma con mayor legitimidad dentro del Estado, por ser expresión del principio democrático que reconoce la soberanía en el pueblo.³⁴⁷

3.10 El retraso en la designación

La experiencia en la renovación de los ministros de la Suprema Corte ha revelado que los órganos facultados constitucionalmente para designarlos han retrasado el procedimiento respectivo, lo que ha generado un vacío en la conformación plena del máximo órgano de control constitucional, teniendo como consecuencia una interferencia a su funcionamiento ordinario que le viene impuesta desde fuera, que no sólo afecta a su capacidad jurisdiccional, sino que también menoscaba la legitimidad y el reconocimiento social de sus delicados cometidos institucionales.

Así, el plazo de treinta días al que se refiere el artículo 96 constitucional únicamente vincula al órgano que designa, pero no se contempla un plazo para realizar la nominación, esto es, al Titular del Ejecutivo, pues no existe un plazo que obligue al presidente al envío de la terna dentro de un lapso de tiempo determinado, una vez ocurrida la vacante. En los hechos, tanto el presidente de la Suprema Corte como el Ejecutivo tienen completa libertad para determinar el momento en que aquél notifica la existencia de una vacante y éste se da por enterado y, a su vez, confecciona y envía la terna al órgano legislativo, así como para decidir si la envía al Senado en periodo de sesiones, o durante el receso, según sea el caso. La finalidad de garantizar la oportuna integración de la Suprema Corte y su cabal

³⁴⁷ Astudillo Cesar y Estrada Marún, José Antonio, *Nombramiento de Ministros de la Suprema Corte de Justicia de la Nación...*, op. cit., p. 124.

funcionamiento no se alcanzó porque a los titulares de ambos poderes se les dejaron relevantes márgenes de discrecionalidad.³⁴⁸

Por lo que, el plazo de treinta días inicia a partir de que la terna presidencial llega al Senado, para que éste decida lo conducente en un plazo de treinta días improrrogables, pues de no hacerlo el original poder de nominación presidencial podría convertirse en un posterior acto de designación, pues sería el presidente quien determinará a la persona que dentro de la terna ha de acceder a la toga. Sin embargo, de no presentarse la terna, no existe plazo que lo vincule a presentarla.

Por lo que, la solución que protege de mejor manera la continuidad de los trabajos del pleno es aquella que permite que con anterioridad a que se origine el vacío, se notifique al presidente de la República para que con oportunidad pueda confeccionar la terna y remitirla al Senado. En la práctica el amplio margen de discrecionalidad presidencial para formular la terna se aprecia en distintos casos, por ejemplo: la terna para sustituir al ministro Humberto Román Palacios quien falleció el 15 de junio de 2004, se presentó al Senado el 28 de Septiembre siguiente, esto es, 105 días después; dentro del procedimiento de sustitución del ministro Gudiño Pelayo en diciembre de 2010, el presidente tardó 72 días en enviar la terna inicial y lo hizo cuando estaba por finalizar el primer periodo de sesiones, la terna fue rechazada por el Senado y el presidente esperó otros 52 días para remitir la nueva terna; por su parte, la terna para sustituir al ministro Valls Hernández luego de su fallecimiento en 2014, fue enviada por el presidente Peña Nieto 76 días después; destacadamente en 2018 el presidente Peña Nieto se abstuvo de enviar la terna para ocupar el espacio dejado por el ministro Cossío Díaz y el presidente López Obrado la remitió al Senado seis días después de generada la vacante en el pleno³⁴⁹. Máxime que, la regla de realizar la designación en los treinta días de presentada la terna, no contempla el hecho de si el Senado se encuentra en periodo ordinario o en receso, ya que en éste último supuesto, se tendría que convocar a sesión extraordinaria para su atención, de ahí que derivado del poco margen de

³⁴⁸ *Ibidem*, p. 250.

³⁴⁹ *Ibidem*, pp. 254-255.

tiempo, se ve limitado aún más el espacio para el escrutinio de los candidatos y las comparecencias a fin de conocer su perfil.

Dicho problema no es exclusivo del Estado mexicano, pues por ejemplo en España, se ha llegado a designar magistrados constitucionales realizada por el Senado con un retrasado de hasta veinte meses³⁵⁰ e incluso en una ocasión hasta por tres años³⁵¹.

El retraso en la designación implica una violación a la Constitución que afecta directamente el régimen del Tribunal o Corte previsto en la Constitución. Ello genera efectos adversos a la vida institucional del Tribunal, su correcta integración y su adecuado funcionamiento, por el contrario, una adecuada integración permanente evita problemas tan graves como una eventual parálisis de sus funciones ante la falta de la integración de su órgano de dirección.

No es desconocido que los partidos políticos son conscientes de que en determinado momento tendrán que acatar las resoluciones y consecuencias de las decisiones del Tribunal Constitucional, por lo que resulta consecuente que busquen la manera de ejercer determinada influencia sobre la integración del órgano a través de la participación en su designación de sus miembros, lo que se convierte en una decisión estratégica y relevante.

³⁵⁰ El periodo del cargo de los magistrados salientes había finalizado a principios de noviembre de 2010, sin embargo, fueron sustituidos hasta la sesión plenaria del Congreso del 17 de julio de 2012. Se designaron como magistrados constitucionales a Juan José González Rivas, Andrés Ollero Tassara, Encarna Roca Trías y a Fernando Valdés Dal-Ré. Cfr. Estrada Marún, José Antonio, “El retraso en la designación parlamentaria de magistrados constitucionales...”, *op. cit.*, : la experiencia española” en Herrera García, Alfonso y Rodríguez Chandoquí, Pedro (Coords.), *Justicia constitucional, derechos fundamentales y democracia*, México, Ubijus Editorial- Instituto Interamericano de Derechos Humanos- Centro de Estudios de Actualización en Derecho- Universidad Complutense, 2016, p. 28.

³⁵¹ El periodo del cargo de los magistrados había finalizado en diciembre de 2007 y fueron renovados hasta la sesión plenaria del Senado del 1 de diciembre de 2010. Las designaciones recayeron en Adela Asúa Batarrita, Francisco José Hernando Santiago, Luis Ignacio Ortega Álvarez, y Francisco Pérez de los Cobos Orihuel, a través de los Reales Decretos 1784, 1785, 1786 y 1787/2010, de 29 de diciembre, publicados en el Boletín Oficial del Estado, número 8, de 10 de enero de 2011. Cfr. Estrada Marún, José Antonio, “El retraso en la designación parlamentaria de magistrados constitucionales...”, *op. cit.*, p. 28.

Por lo que debe preverse un sistema de renovación que se active con anticipación a la fecha de conclusión del periodo del cargo del ministro saliente. Si bien en España no se respetan los plazos en el procedimiento seguido ante la Cámara, el artículo 17.1 de la Ley Orgánica del Tribunal Constitucional, prevé que antes de los cuatro meses previos a la fecha de expiración del nombramiento del magistrados, le corresponde a la presidencia del Tribunal Constitucional solicitar a los órganos que han de hacer las propuestas de designación que inicien el procedimiento para ello.

En el caso español, si la selección se retrasa, los magistrados cuyo mandato ha concluido, continuarán “en el ejercicio de sus funciones hasta que hayan tomado posesión quienes hubieren de sucederles” conforme al artículo 17.2 de la Ley Orgánica del Tribunal Constitucional (LOTIC)³⁵². En este caso, a los nuevos magistrados que fuesen designados se les restará del mandato el tiempo de retraso en la renovación (art. 17.5 LOTIC). Así, una propuesta para evitar la vacancia en el cargo de ministro por la falta de nombramiento, ha sido la *prorrogatio* utilizada en España, la cual opera de manera automática y comienza en la fecha exacta en que el periodo del cargo del magistrado saliente se ha agotado y finalizará el momento en que materialmente se toma la posesión a quién habrá de sucederle, es decir, el límite temporal de la prórroga se deja en manos del órgano que corresponda renovar a los magistrados.

No se descarta que el nombramiento de juez constitucional no se concrete deliberadamente para mantener una integración o composición específica del Tribunal Constitucional, conveniente a los intereses de los órganos que participan en la designación, y ello derivado de que la *prorrogatio* permite que el juez que debió dejar el cargo, continúe hasta la designación de su sucesor. El incumplimiento en los plazos de designación no se encuentra sancionada, incluso se podría decir que el diseño de la *prorrogatio*, llega a consentir y estimular en algunos casos tan negligente comportamiento.

³⁵² Art. 17.2. ...“Los Magistrados del Tribunal Constitucional continuarán en el ejercicio de sus funciones hasta que hayan tomado posesión quienes hubieren de sucederles”.

Ahora bien, dicha figura si bien permite que el cargo de juez constitucional siga funcionando de manera permanente, lo cual evita parálisis de la Corte e inestabilidad, puede mejorarse con un mecanismo que propone Estrada Marún³⁵³, a través del establecimiento de un plazo predeterminado a los órganos proponentes y de designación para realizar el nombramiento e incluso en caso de incumplimiento, introducir una sanción institucional por el incumplimiento a efecto de dotar de mayor eficacia al plazo, como lo es, una sanción que implique que el órgano encargado de realizar la propuesta pierda dicha facultad para pasarla a cargo de la propia Corte Constitucional.

La propuesta a cargo del Tribunal Constitucional sería más eficaz si se articulara con la fuerza de una facultad de nombramiento establecida constitucionalmente, con plenos efectos electivos y no, como se ha formulado en Alemania, con plenos efectos consultivos³⁵⁴. Podría tratarse de una facultad de nombramiento del Tribunal para seleccionar definitivamente a los miembros faltantes luego de que el Parlamento no la ejerciese en determinado tiempo, todo ello sería al estilo del Tribunal Constitucional portugués, que coopta directamente a tres de sus miembros.

De los trece miembros del Tribunal Constitucional portugués, diez son designados por la Asamblea de la República y luego los diez jueces elegidos cooptan a los tres restantes. Esta fórmula de composición fue criticada en sus inicios por alguna parte de la doctrina lusa, pero actualmente la tendencia general es el reconocimiento positivo de la institución en gran parte debido al desempeño prudente de calidad de los jueces constitucional que han sido elegidos³⁵⁵. Se conoce como un sistema de “cooptación electiva directa”, en el cual se le confía una carga o función de parte de un reducido grupo de electores, el funcionamiento mismo

³⁵³ Cfr. Estrada Marún, José Antonio, “El retraso en la designación parlamentaria de magistrados constitucionales...”, *op. cit.*, p. 54-67.

³⁵⁴ En Alemania se prevé en la Ley del Tribunal Constitucional Federal alemán la posibilidad de que el Pleno del Tribunal formulase propuestas de candidatos de carácter consultivo, después de que dentro de los dos meses siguientes a la conclusión del mandato de magistrado o de la terminación anticipada, los órganos proponentes no hayan designado sucesor, lo cual se prevé en el artículo 7. Dicha propuesta consultiva no ha evitado la dilación, pues las propuestas pueden no ser acogidas, dada la falta de fuerza vinculante.

³⁵⁵ Estrada Marún, José Antonio, “El retraso en la designación parlamentaria de magistrados constitucionales...”, *op. cit.*, p. 60.

permite presumir una elección más pacífica y atemperar interferencias ajenas al órgano que elige.

La cooptación electiva directa es un elemento del proceso potestativo que se desarrolla en el interior de las organizaciones; asimismo, constituye un medio para mantener a los miembros de un grupo que ya existe y que el mismo decide los criterios de quienes pasarán a formar parte de él. La cooptación a cargo del Tribunal, no supone un proceso de elección ciego, sino que presentaría bastantes posibilidades de que los cooptantes se informasen sobre la capacidad de las funciones del candidato, prestigio, especialización profesional, ideología, etc., pudiendo con ello garantizar el perfil que exige su función.

En este sentido, se coincide con Estrada Marún³⁵⁶ en introducir una propuesta consistente en establecer un plazo predeterminado y perentorio de tres meses, para que la Cámara alta proceda a la selección del juez constitucional; si luego de transcurrido este plazo no se hubiere proveído la designación, a efectos de una “sanción institucional”, el órgano proponente perderá por esa ocasión la facultad de nombramiento y ésta pasará a la Corte Constitucional, el cual, dentro de un plazo breve³⁵⁷, proveerá a la designación mediante acuerdo del Pleno de la Suprema Corte. Dicha propuesta puede representar un efectivo impulso a la Cámara y a los órganos proponentes para que las fuerzas políticas, procedan a realizar la designación del juez constitucional en tiempo. Ello permitiría dar certeza jurídica y además constituye un mecanismo que garantiza el desarrollo y la consecución de los pasos de un proceso jurisdiccional o administrativo hasta su finalización, destacándose que en tanto se designa al nuevo juez constitucional, el juez saliente continuará en funciones debido al mecanismo de la *prorrogatio*, pero ahora

³⁵⁶ *Ibidem*, p. 62.

³⁵⁷ Dicho plazo en el caso portugués es de diez días hábiles con que cuenta el Pleno para realizar la propuesta. Puede ser orientativo, en relación con el procedimiento para que el Pleno del Tribunal realice la cooptación, el estipulado en los artículos 17 a 19 de la Ley que regula al Tribunal Constitucional portugués, en cuanto a que previene detalladamente la presentación de las propuestas, la discusión, el procedimiento y rondas de votación, el escrutinio, el acuerdo de designación y la formalización del cargo.

debidamente limitada, de manera que no se extienda discrecionalmente en el tiempo.

La propuesta no prescindiría de la participación del órgano parlamentario, sino que se establece una medida subsidiaria para desbloquear el procedimiento selectivo y garantizar la completa integración del Tribunal, así como su funcionamiento. El plazo de tres meses para proveer el nombramiento se considera prudente y pretende objetivar el límite del periodo en que los magistrados cesantes pueden permanecer prorrogados. Este plazo se formula considerando que cuatro meses previos a la culminación del mandato del juez, se propone que inicie el procedimiento de designación ya que con esa antelación la Corte avisaría al órgano proponente para que en atención a su regulación interna prepare el perfil que nominará ante el Senado para su evaluación, a fin de que la Cámara Alta pueda evaluar debidamente el perfil de los candidatos a ocupar el cargo de juez constitucional. Así, la suma de los plazos arrojaría un periodo general de siete meses para efectuar el nombramiento, el cual se presenta lo suficientemente amplio como para que sea evaluado con el correspondiente periodo deliberativo, lo cual además de otorgar un periodo suficiente para la evaluación del perfil del juez, se otorga certeza sobre los plazos para ocupar el cargo aunada a la garantía de que la función jurisdiccional constitucional seguirá prestándose debido a la *prorrogatio* del juez saliente.

Es relevante como el propio Kelsen en su obra *La Garantía Jurisdiccional de la Constitución*, recomendó para la conformación de los tribunales constitucional, de que se dejase al propio Tribunal el derecho a elegir algunos magistrados³⁵⁸. Esta posibilidad podría descansar en la consideración de que el Tribunal Constitucional estaría en las mejores condiciones de evitar interferencias o retrasos en el proceso de renovación o sustitución de sus miembros, a lo cual podría incluso proveer dentro del personal con el mejor perfil para realizar la función de juez constitucional.

³⁵⁸ Citado por Estrada Marún, José Antonio, "El retraso en la designación parlamentaria de magistrados constitucionales...", *op. cit.*, p. 64.

3.11 Escalonamiento

En el caso mexicano, el escalonamiento se fijó en el artículo cuarto transitorio del Decreto de reformas a la Constitución de 1994, donde se dispuso que dos ministros del colegio terminarían su mandato el último día de noviembre del año 2003, 2006, 2009, y 2012, y que los tres ministros restantes lo haría el último día de noviembre de 2015.

Por su parte, en España el Tribunal Constitucional se compone de 12 miembros nombrados para un periodo de nueve años³⁵⁹ y el sistema de renovación de magistrados en España está diseñado para que cada tres años se designen cuatro de ellos, es decir, el órgano se renueva por terceras partes de cada trienio. En una ocasión corresponderá seleccionarlos al Senado, en el siguiente periodo al Congreso de Diputados, en otros tres años de manera conjunta al Gobierno y al Consejo General del Poder Judicial³⁶⁰.

Esta característica de renovación parcial es cada vez más frecuente en las experiencias europeas de justicia constitucional que tiene como finalidad evitar que la composición del Tribunal propenda a irradiar de manera excesiva “la mayoría parlamentaria existente en un momento dado, permitiendo, sin embargo, un progresivo reflejo de las nuevas mayorías que puedan surgir posteriormente. Así también, evita cambios bruscos en la composición del Tribunal, estableciendo una dinámica de acoplamiento didáctico entre la nueva y anterior promoción de jueces constitucionales.

En el caso español, a fin de garantizar el escalonamiento, en caso de fallecimiento, renuncia, incapacidad, incompatibilidad sobrevenida, entre otras que prevé el artículo 23 de la LOTC, dicha vacante será cubierta con arreglo al mismo procedimiento para la designación del magistrado sólo por el tiempo que a éste restase, según el párrafo quinto del artículo 17 LOTC.

³⁵⁹ Artículo 159.3 de la Constitución Española y 16.3 de la Ley Orgánica del Tribunal Constitucional.

³⁶⁰ La agrupación de nombramientos de los magistrados en terceras partes y el comienzo de las renovaciones quedó establecida en la Disposición Transitoria Novena de la Constitución española.

Las bondades del sistema de escalonamiento son evidentes, pues tiene el objetivo de asegurar la continuidad como la renovación institucional de los órganos del Estado. Es un mecanismo que busca tutelar la estabilidad de la Corte y de su jurisprudencia, situación que se vería comprometida con un cambio de bloque; pero además, permite la conformación paulatina y ordenada de nuevas mayorías al interior del pleno, con los consecuentes cambios de criterio que ello produciría, así como la progresiva redefinición de los controles internos de la propia Corte, además permite una sana convivencia entre la experiencia acumulada en los que se quedan y la fresca de perspectiva de quienes llegan.³⁶¹

3.12 Colegialidad

En el Estado mexicano se parte del principio de que los ministros están obligados a participar y votar en todos los asuntos de su competencia, con la excepción de aquellos en los que tengan algún impedimento legal o en los que no hayan estado presentes al momento de su deliberación.³⁶²

Así, al tratarse de un órgano plural, cuya organización y funcionamiento se racionaliza a través del principio de colegialidad, el cual alienta la recíproca implicación entre la libertad de expresión y el derecho de voto que se encomienda a los ministros, y la correspondiente motivación de sus resoluciones, pero una vez que se ha votado, el principio de colegialidad determina que la decisión debe imputarse a todo el colegio, con independencia de la visión individual de sus miembros.³⁶³

Si bien, la aprobación de forma unánime de las resoluciones otorga autoridad de sus pronunciamientos, no en todos los casos se generan los consensos para exteriorizar una voluntad común del colegio. El diseño institucional de la Suprema Corte permite que sus resoluciones se tomen con distintos estándares de votación,

³⁶¹ Corzo Sosa, Edgar (coord.), "Introducción", *I Congreso Internacional sobre Justicia Constitucional, México*, UNAM-IIJ, 2009, pp.12-13.

³⁶² Artículo 7 párrafo segundo y 17 párrafo primero de la Ley Orgánica del Poder Judicial de la Federación.

³⁶³ Astudillo, Cesar, *El funcionamiento de la Suprema Corte de Justicia de la Nación. El dilema de decidir sobre qué y cómo decidir*, México, Tirant Lo Blanch, UNAM-IIJ, 2018, p. 122.

ya que al margen de la unanimidad se prevén tres modalidades de mayorías, como lo es: la simple, absoluta y calificada, atendiendo al tipo de proceso de que se trate, incluso los ministros pueden formular voto particular si consideran relevante fijar una ruta de interpretación alternativa a la de la mayoría, dicho voto particular se acompañará a la resolución y se agregará al final, siempre y cuando se presenten dentro de los cinco días posteriores a la fecha en que las mismas fueren aprobadas.³⁶⁴

Conjuntamente con el mecanismo de selección de ministros, Magaloni³⁶⁵ ha señalado que el proceso a través del cual el Pleno de la Corte toma sus decisiones, impacta en el desempeño y legitimidad de la Suprema Corte. Un aspecto importante, es que la aceptación social y la percepción de justicia que se tenga de las decisiones judiciales no sólo dependen del contenido de las mismas, también están correlacionadas positivamente con la forma o proceso a través del cual los jueces llegan a ellas y de la legitimidad con la que se perciben tienen para tomar estas decisiones. En la medida en que el proceso se percibe como legítimo, las sentencias serán más aceptables por el público.

Ahora bien, el proceso de decisión del pleno de la Corte tiene dos características centrales que la distinguen de la mayoría de Tribunales Constitucionales y Cortes Supremas:

1. Asignación de casos a partir de un sistema aleatorio; y
2. Amplia publicidad del debate y deliberación entre los ministros

Estas dos características impactan negativamente en la calidad, claridad y legitimidad de las sentencias de la Suprema Corte, destacándose que la Corte mexicana tiene una mayor carga de trabajo en comparación con la que tienen muchos tribunales constitucionales y en especial la Corte estadounidense, pues en 2008 recibió 7,868 solicitudes de revisión, pero sólo se aceptaron 87. Dada la

³⁶⁴ Artículo 7 de la Ley Orgánica del Poder Judicial de la Federación.

³⁶⁵ Elizondo Mayer-Serra, Carlos y Magaloni, Ana Laura, "La forma es fondo: como se nombran y deciden los ministros de la Suprema Corte de Justicia", *op. cit.*, pp. 27-60.

enorme carga de trabajo, la Corte mexicana opera en dos salas, además de en Pleno, la Corte de Estados Unidos siempre opera en Pleno.³⁶⁶

1. *Asignación de casos a partir de un sistema aleatorio*

Los asuntos que llegan al Pleno de la Corte mexicana son asignados a un determinado Ministro a partir de una lista preestablecida, la cual determina un orden secuencial entre ministros, por lo que, a quien se le asigna un asunto tiene que elaborar el proyecto de sentencia que en su momento se discutirá de manera colegiada.

A cambio de esta equidad en el número de asuntos a resolver y la aleatoriedad en su importancia, el método de asignación inhibe o dificulta el consenso entre los ministros respecto al sentido final de la sentencia. Cuando se asigna un asunto a un ministro determinado con bases aleatorias no es relevante la posición jurídica del ministro respecto del caso a resolver. Tampoco lo es el grado de acuerdo o discrepancia que existe entre los miembros del Tribunal. El ministro que proyecta la sentencia puede estar con la mayoría o estar con clara minoría, de manera que el proceso por el que se asignan los casos ni siquiera permite saber esto *ex ante*. Es decir, el ministro elabora su proyecto sin conocer previamente la opinión jurídica de sus compañeros de tribunal.³⁶⁷

Un mecanismo de esa naturaleza tiene lógica desde una concepción formalista respecto a la función jurisdiccional, esto es, en casos ordinarios o de legalidad, más no en la jurisdicción constitucional. Ello es así, pues la función del juez simplemente es la de aplicar al caso concreto el derecho preexistente, sin embargo dicha premisa no opera en la jurisdicción constitucional, en la que los casos no suelen ser tan claros e incontrovertibles, por lo que, el proceso de asignación de casos lo único que garantiza es que las cargas de trabajo entre los ministros sean lo más

³⁶⁶ *Ibidem*, p. 44.

³⁶⁷ *Ibidem*, pp. 45-46.

equitativas posibles, sin embargo no atiene a una especialización y también dificulta el consenso.

Los casos del *núcleo esencial* de la competencia de un tribunal constitucional, rara vez son claros, unívocos e incontrovertibles, muestra de ellos son los frecuentes votos concurrentes y disidentes de los ministros. Cada ministro tiene su propia ideología y su forma de entender e interpretar la Constitución, sin embargo, en la medida que estas divergencias ideológicas entre los ministros encuentren puntos de consenso y unidad, las decisiones de la Corte tendrán mayor claridad, contundencia y grado de autoridad hacia el futuro.

Es común ver como las decisiones de la Corte se toman de manera dividida y pocas por unanimidad a menos de que el caso sea muy claro, advirtiendo votos concurrentes y disidentes lo que sólo refleja la falta de colegialidad y consenso, y muestra distintas posturas jurídicas e ideológicas de sus miembros que lo integran.

Con ello, la fuerza y autoridad del órgano jurisdiccional como tal se diluye, este tipo de sentencias constata que los ministros no logran ponerse de acuerdo sobre el sentido e interpretación de la norma constitucional y en su caso, de la norma infralegal cuya inconstitucionalidad se reclama. Lo que hace que se debilite un criterio interpretativo vinculante para el ordenamiento jurídico que impacte en la resolución de casos futuros.

Una decisión dividida genera incertidumbre jurídica debido a lo impredecible en que los ministros actuarán en el futuro en casos análogos o similares, una decisión por consenso manda una señal clara, contundente y con mayor autoridad sobre la interpretación constitucional y la doctrina constitucional que se genera.

Las decisiones divididas son generadas en muchos de los casos por el propio proceso de asignación de casos, pues incluso en el Tribunal Supremo de Estados Unidos, el proceso para asignar asuntos busca ayudar a mantener unida a la mayoría, para ello, todos los *Justices* tienen que estudiar el asunto y asistir a la audiencia oral en donde las partes plantean sus primeros argumentos y los *Justices*,

a su vez, les formulan preguntas puntuales a los litigantes. Una vez terminada la audiencia, los Justices se reúnen a puerta cerrada para conocer la posición jurídica de cada uno de ellos y determinar en qué sentido pareciera que la mayoría de los miembros del tribunal quiere que sea proyectado el asunto. De manera que el proyecto de sentencia se le asigna a uno de los *Justices* que se encuentran en la mayoría, el Presidente de la Corte lo asigna si está dentro de la mayoría, quien lo hace de forma discrecional. De no estar el presidente del lado de la mayoría, esta responsabilidad le compete al *Justice* con más antigüedad que se encuentre del lado de la mayoría.³⁶⁸

Esta forma de designación en la Corte norteamericana ayuda a iniciar la discusión en el sentido en que, en principio, se inclina la mayoría. Esto también puede permitir que el responsable de elaborar la sentencia busque una redacción que cuente con el apoyo de sus pares, para ello los proyectos circulan ampliamente entre los ministros que están con la mayoría. Así, a través del sistema de asignación de casos, la Corte Suprema de Estados Unidos busca incentivar consensos entre sus miembros y generar decisiones que reflejan la “opinión del tribunal” y no los puntos de vista particulares de cada juez, ello es parte intrínseca de su autoridad y legitimidad.

Así, es dable destacar dos cosas: a) el sistema de asignación en función de donde está la mayoría ayuda a encontrar consensos en ciertos casos y contextos, y b) la opinión pública y el debate académico son muy críticos ante decisiones muy divididas de la Corte Suprema, ya que hace evidente la politización del cuerpo y su operación con base en principios ideológicos más que jurídicos.

2. *Amplia publicidad del debate y proceso de deliberación de los ministros.*

Conforme al artículo 94 constitucional: “las sesiones del Pleno y de las salas serán públicas y por excepción secretas en los casos en que así lo exijan la moral o el interés público”, de ello se desprende la obligación de hacer público el proceso de

³⁶⁸ *Ibidem*, p. 49.

deliberación de los asuntos entre los ministros. Máxime que a partir del año 2006 las sesiones del Pleno de la Corte son difundidas de manera televisiva y vía internet, incluso con versiones estenográficas de las mismas. De manera que actualmente cualquier persona puede conocer la deliberación palabra por palabra. No se duda que la transparencia puede servir para adquirir una visibilidad pública, sin embargo, genera dificultades para lograr consenso en las decisiones de la Corte.

Así, es común la confrontación de los ministros por la visión que se tiene del asunto y la interpretación constitucional que se asigna, lo que genera que dado un punto de vista de un ministro, éste pueda cambiar su posición y se ve forzado a mantener su postura hasta la decisión final del asunto, lo que origina la formulación de votos ya sea concurrentes o disidentes del asunto, lo cual se podría evitar con el previo análisis del caso previo a la asignación del asunto, así como la previa discusión que en privado se pueda dar, a fin de estar en condiciones de alcanzar un consenso y lograr una sentencia con autoridad y contundencia.

Máxime que, la amplia publicidad del proceso de deliberación ha hecho que la distinción entre el proceso de deliberación y la versión final de la sentencia, se haya desdibujado casi por completo. La opinión pública e inclusive el debate académico tienden a analizar el trabajo de la Corte a través de las versiones estenográficas o del debate televisivo de las sesiones y no a partir de la sentencia engrosada³⁶⁹, que incluso puede hasta terminar de redactarse varios meses después, la cual es la que realmente tiene el valor jurídico y que sirve de precedente.

De igual manera, los ministros tienen reuniones privadas con alguna de las partes sin que esté la contraria, práctica a la que se denomina “cabildeo”, lo cual contrasta con otros tribunales constitucionales como el caso de Estados Unidos a nivel federal³⁷⁰, España, Portugal, Cuba, Brasil, Colombia, Uruguay, Chile y otros estados miembros de la Cumbre Judicial Iberoamericana, que decidieron suscribir

³⁶⁹ *Ibidem*, p. 51.

³⁷⁰ *Code of Conduct for United States Judges. Canon 3. A judge should perform the routines of the office impartially and diligently.*

en forma conjunta el Código Iberoamericano de Ética Judicial, cuyo artículo 15 prohíbe las reuniones privadas entre juez y parte.

La experiencia exitosa de la jurisdicción constitucional en otros países ha demostrado que la fuerza e impacto de un tribunal constitucional radica0 principalmente en su capacidad para ir definiendo, casuísticamente, el sentido y alcance de los principios y valores que subyacen en el texto constitucional. Ello lo hace a través de los razonamientos jurídicos de sus sentencias, pues es lo que termina teniendo impacto hacia el futuro en el quehacer público y la vida ordinaria de los ciudadanos.³⁷¹

En este sentido, es en las resoluciones en donde se construye el sentido y alcance de los preceptos constitucionales que definen los límites jurídicos del quehacer público, de manera que si se otorga mayor prioridad al debate público y no a las razones plasmadas en la resolución, ello coloca en un segundo plano la construcción del significado de los preceptos constitucionales que están en los argumentos vertidos en la sentencia.

Mayer-Serra y Magaloni son enfáticos en que seguramente al tener en frente una cámara de televisión acentúa el impulso de cada uno por hacer notar su individualidad y dificulta la posibilidad de que alguno de ellos rectifique o modifique su posición en aras de alcanzar una decisión que sume voluntades. El carácter público del proceso de deliberación de la Corte mexicana es atípico, los tribunales constitucionales europeos y la Corte Suprema de Estados Unidos discuten sus decisiones a puerta cerrada, nadie conoce el proceso de deliberación de los máximos jueces constitucionales,³⁷² las partes públicas del proceso son:

1. La audiencia oral frente a las partes, y

³⁷¹ Elizondo Mayer-Serra, Carlos y Magaloni, Ana Laura, "La forma es fondo: como se nombran y deciden los ministros de la Suprema Corte de Justicia", *op. cit.*, p. 52.

³⁷² *Ibidem*, p. 53.

2. La audiencia en donde el *justice* ponente expone oralmente el veredicto y las principales razones para alcanzarlo, a veces, también algunos de los votos particulares.

La idea es dejar a los jueces deliberar con toda libertad: que unos y otros se traten de convencer sobre las bondades de sus argumentos o posiciones, que nadie pierda cara porque modificó su argumento o cambió de posición, que abiertamente se discutan las dimensiones políticas, sociales o económicas que plantean los asuntos, así como las ventajas que tiene para la Corte resolver en un sentido u otro, a fin de ir construyendo una decisión con el mayor consenso posible.

De manera que la voz pública de la Corte son sus sentencias, las cuales deben hacerse públicas, a fin de conocer el producto final del proceso de discusión a través de los razonamientos dados en la sentencia, pues se trata realmente del sentido e interpretación de la Corte, y lo que en realidad servirá de base para casos futuros y generar una doctrina constitucional que impacte en el ordenamiento jurídico.

Por otra parte, en el sistema alemán sólo se puede declarar la inconstitucionalidad de una disposición con la mayoría de sus miembros (16 jueces), de modo que en caso de empate se considera que la norma no es incompatible con la Ley Fundamental³⁷³, existe la posibilidad de realizar votos particulares, a diferencia del caso italiano y francés, donde los jueces no tienen esa facultad. Así, en el caso alemán, el voto particular acompaña a la decisión del Tribunal y es publicado en la compilación de las sentencias del Tribunal, aun careciendo de eficacia jurídica. El juez disidente puede expresar el contenido esencial de su voto en el momento en que se produzca la lectura pública de la sentencia³⁷⁴.

En el caso italiano, la Corte de Constitucionalidad italiana se caracteriza por la más amplia colegialidad; de ahí que el Presidente de la Corte asigna cada cuestión que llega a ésta a un juez ponente, que lleva a cabo la fase de instrucción a puerta

³⁷³ Artículo 15(4) de la Ley sobre el Tribunal Constitucional Federal.

³⁷⁴ Orozco Solano, Víctor, "La composición y el funcionamiento de los Tribunales Constitucionales desde una perspectiva comparada...", *op. cit.*, p. 114.

cerrada o en audiencia pública, de acuerdo a la importancia del asunto. La decisión es adoptada por el Colegio por mayoría, sin que esté prevista la posibilidad de presentar votos particulares.³⁷⁵

Así, en el sistema italiano si bien se puede declarar la inconstitucionalidad de una norma con la simple mayoría de sus miembros, sus jueces no tienen la posibilidad de consignar sus votos particulares, por lo que los pronunciamientos de la Corte son unívocos de cara a los ciudadanos. Con ello, la imposibilidad de esbozar los criterios minoritarios hace que los fallos de la Corte posean mayor legitimación, lo que se traduce en un mayor poder de convencimiento con respecto a los razonamientos y a los argumentos empleados por la Corte, pues no existe una visión distinta a la “oficial” por parte de los magistrados que hubiesen compartido ese criterio.

Es distinto el caso del Tribunal Constitucional Español, en el cual los jueces si tienen la posibilidad de salvar su voto y expresar los motivos por los cuales no comparten las razones de su mayoría. Además, se ha atribuido a su Presidente un voto de calidad para resolver la disputa entre sus miembros, si no existe acuerdo sobre la inconstitucionalidad de una disposición, tal como se prevé en el artículo 90 de la Ley Orgánica del Tribunal Constitucional Español³⁷⁶.

XIII. Conclusión del análisis comparado del Estatuto del Juez Constitucional.

1. Diseño y composición del órgano

³⁷⁵ Celotto, A., y Groppi, T., *La Justicia Constitucional en Italia*, Fundación Universitaria de Derecho, Administración y Política, Colección Constitucionalismo y Derecho Público, Estudios, 2004, p. 84.

³⁷⁶ Artículo noventa 1. Salvo en los casos para los que esta Ley establece otros requisitos, las decisiones se adoptarán por la mayoría de los miembros del Pleno, Sala o Sección que participen en la deliberación. En caso de empate, decidirá el voto del Presidente. 2. El Presidente y los Magistrados del Tribunal podrán reflejar en voto particular su opinión discrepante, siempre que haya sido defendida en la deliberación, tanto por lo que se refiere a la decisión como a la fundamentación. Los votos particulares se incorporarán a la resolución y cuando se trate de sentencias, autos o declaraciones se publicarán con éstas en el Boletín Oficial del Estado.

Es conveniente repensar en el diseño de una Corte Constitucional si bien dentro de la estructura del Poder Judicial, que cuenta con independencia, con inspiración en el diseño colombiano y alemán; destacándose la garantía de una autonomía presupuestal en el plano administrativo como el caso del Tribunal Constitucional Federal Alemán. Aunado a que es necesario que la Corte cuenta con su propia Ley Orgánica de la Corte Constitucional en donde se regule debidamente el proceso de designación y selección del Juez Constitucional, a fin de evitar un procedimiento a discreción de los órganos políticos, como se realiza actualmente a través de los acuerdos parlamentarios del Senado, así como diseñarse el procedimiento teniendo en cuenta el perfil de juez que se desea reclutar, aumentando los requisitos de especialidad en la materia de derecho constitucional y derechos humanos, los cuales serán evaluados en la comparecencia ante la cámara alta.

2. Distribución de la facultad de nominación y eliminación del sistema de ternas.

Se aprecia en algunas experiencias, que las categorías para acceder al encargo son amplias y variadas, favoreciendo el sustancial enriquecimiento del derecho constitucional, ante la oportunidad de que sus normas sean valoradas a través de distintas ópticas, distintas culturas jurídicas o distintas sensibilidades, cada una de las cuales aporta su particular visión que por su carácter colegiado debe empeñar el esfuerzo de la totalidad de sus jueces. Por lo que, en la composición de la Corte, deben confluír distintos perfiles, armonizarlos y mantenerlos en equilibrio, para no privilegiar exclusivamente la vertiente jurisdiccional, política, académica o la práctica jurídica, sino para auspiciar su necesaria convivencia en beneficio de la experiencia judicial, especialización, sensibilidad política y habilidad litigiosa, en abono al incremento de la autoridad del órgano jurisdiccional.

En esa virtud, se destacan que se han incluido en la designación de jueces constitucionales al propio órgano técnico, en los casos de España, Italia, Colombia, Letonia, Estonia y Macedonia, en donde la Corte o Consejo Judicial pueden proponer a los jueces Constitucionales, a fin de garantizar un perfil profesional técnico-jurídico, aunado a los perfiles con visión o sensibilidad política que designan los poderes Ejecutivo y Legislativo.

Destacadamente en el caso de Guatemala se aprecia que se incluye tanto a la barra de abogados o al foro como a la Academia para proponer a un juez constitucional, experiencia singular que asegura un espacio tanto al perfil del abogado postulante como al académico, lo que garantiza una visión más amplia y plural en el análisis de los casos.

Asimismo, es relevante como el sistema de nominación única en Estados Unidos de América permite que se concentre completamente la atención en el nominado para discernir públicamente sus méritos, constringiendo al Senado a realizar una labor de escrutinio más intenso sobre sus cualidades, su visión del derecho, su ideología y entendimiento de la Constitución, lo que es posible en virtud de las comparecencias públicas y la interpelación e interlocución de la Cámara con el candidato, con un amplio margen de tiempo para extraer el perfil del juez.

3. Ampliación del procedimiento de designación, inclusión de la prorrogatio y sanción institucional en caso de retraso de la designación.

Se ha hecho notar como el procedimiento de designación puede retrasarse de tal modo que la vacante se extienda y con ello una falta de integración de la Corte puede provocar una crisis institucional y de funcionamiento, a lo cual se destaca que en el caso español, la figura de la *prorrogatio* permite que en tanto se designa al nuevo juez constitucional, el juez saliente continuará en funciones, lo que garantiza la continuidad en la integración del órgano y de la función jurisdiccional.

4. Duración del periodo y escalonamiento.

Se aprecia la conveniencia de extender la duración del cargo más allá del periodo de los órganos de designación, lo que facilita su independencia, aunado a que prohibir la reelección permite que los jueces no busquen vínculos con los órganos proponentes durante su función, ya que afectaría la autonomía e independencia, tal y como se prohíbe en Colombia, Perú, Alemania, España, Francia, Italia y Portugal.

Aunado a ello, mantener una renovación parcial derivado del escalonamiento, facilita que los que acceden a la función puedan aprender más rápido en contacto con los que se encuentran en funciones, los cuales tienen la memoria institucional. Asimismo los antiguos pueden modificar su razonamiento o enfoque metodológico en contacto con los nuevos jueces, lo que posibilita la renovación de enfoques y jurisprudencia de la Corte.

5. Sistema de turnos y colegialidad.

Se destaca el sistema de asignación de asuntos que se utiliza en la Corte Suprema de Estados Unidos, considerando la asignación del caso a un juez que forme parte del sentido de la mayoría miembros Corte, lo que ayuda a encontrar consensos en ciertos casos y contextos.

CAPÍTULO CUARTO

Los Procesos Constitucionales. Una perspectiva comparada

4.1 Introducción

En el presente capítulo se analizarán las competencias de los órganos que ejercen el control de constitucionalidad desde una perspectiva comparada en los países europeos de Alemania, Italia, España, mientras que en América Latina se analizarán las competencias de Colombia y Perú, ello en virtud de que la implementación de los tribunales constitucionales en dichos países responde al de un diseño especializado en el conocimiento de la jurisdicción constitucional al margen de una Corte Suprema, aunado a que funcionan con una considerable influencia en su ejercicio interpretativo.

Así, en aras de proponer un modelo de control constitucional para el Estado mexicano se hace indispensable examinar las distintas modalidades de control en esos ordenamientos, partiendo de los procesos de defensa de la Constitución ya sea por medios abstractos o concretos, así como el modelo que adoptan en cada ordenamiento.

4.2 Sistema Alemán de control constitucional

Las competencias para defender la supremacía constitucional están previstas en la Ley Fundamental para la República Federal Alemana y en la Ley sobre el Tribunal Constitucional Federal, la primera distingue entre el control concreto y el control abstracto. De manera que el control es *a posteriori*, y este se ejerce a través de casos concretos mediante la consulta de constitucionalidad, y por una vía directa mediante procesos abstractos de control ante el Tribunal Constitucional.

1. Consulta de constitucionalidad

El control concreto en Alemania se ejerce por los jueces ordinarios quienes cuentan con la competencia para formular una consulta de constitucionalidad ante el Tribunal

Constitucional Federal Alemán en aquellos casos sometidos a su potestad, en virtud de considerar que la norma que han de aplicar para resolver el asunto pudiera ser inconstitucional. En este caso, el pronunciamiento del Tribunal Constitucional sobre la norma sometida a consulta, en caso de determinar su irregularidad constitucional, tendría efectos equivalentes a los del control *abstracto*, es decir, la norma es expulsada del ordenamiento jurídico con efectos *erga omnes*, a partir del momento en que nació a la vida jurídica.³⁷⁷

2. Recurso constitucional

Por su parte, el control abstracto se realiza con independencia de todo conflicto concreto, de ahí que únicamente se valora la conformidad de una norma con la Constitución, en este sistema, el Gobierno Federal, el Gobierno Local o *Länder* o un tercio de los miembros del *Bundestag* (Parlamento Federal), gozan de legitimación para promover el control abstracto sin limitación de plazo. En este caso, si el Tribunal Constitucional determina que la disposición es incompatible con la Ley Fundamental de Bonn de 1949, se declara su nulidad, de acuerdo con el artículo 78 de la Ley sobre el Tribunal Constitucional Federal Alemán.³⁷⁸

En el sistema alemán sólo puede declararse la inconstitucionalidad de una disposición con la mayoría de sus miembros, de modo que en caso de empate se considera que la norma no es incompatible con la Constitución³⁷⁹, asimismo existe la posibilidad de realizar votos particulares, a diferencia del caso italiano en donde no se cuenta con dicha facultad.

3. Recurso de amparo o queja constitucional

³⁷⁷ Orozco Solano, Víctor, "La composición y el funcionamiento de los Tribunales Constitucionales desde una perspectiva comparada...", *op. cit.*, p. 122 y ss.

³⁷⁸ El artículo 78 de la Ley sobre el Tribunal Constitucional Federal Alemán, dispone: "*Si el Tribunal Constitucional Federal llega a la convicción que el derecho federal es incompatible con la Ley Fundamental o el derecho del Estado, u otro derecho federal, entonces declarará la nulidad de la ley. Si otras disposiciones de la misma ley son incompatibles con la Ley Fundamental u otro derecho federal, entonces el Tribunal Constitucional Federal podrá igualmente declararlas nulas*".

³⁷⁹ Artículo 15(4) de la Ley sobre el Tribunal Constitucional Federal.

En el sistema alemán, la doctrina considera que el recurso previsto en el artículo 93.1 numeral 4, inciso a) de la Ley Fundamental, es independiente al contemplado en el artículo 19.4, pues sólo el primero faculta a los particulares para acudir directamente al Tribunal Constitucional, ante la violación de un derecho fundamental. Pero también ha considerado la doctrina que el recurso de amparo constitucional tiene un carácter híbrido, pues al rasgo subjetivo inicial se le suma un componente de carácter objetivo, a partir de la concepción de los derechos fundamentales como un orden jurídico en un sistema coherente y completo de valores dirigido a la protección de la dignidad de la persona y a su libre desarrollo. Este valor objetivo del sistema es de tal magnitud, que convierte al Estado constitucional alemán en un Estado de los derechos fundamentales y a la sociedad en una sociedad de los derechos fundamentales.³⁸⁰ En este sentido, Favoreau señala:

la mayor parte de los recursos constitucionales se dirigen contra fallos de tribunales federales, o sea “fallos generalmente pronunciados en tercera instancia”. El Tribunal se convierte así en una especie de jurisdicción suprema encargada de imponer una interpretación uniforme de las normas constitucionales al conjunto de los tribunales superiores alemanes, lo que le permite ejercer una influencia decisiva sobre el conjunto del derecho alemán, comprendidos los derechos civil y penal.³⁸¹

Sin embargo, una instancia como el recurso de amparo ante el Tribunal Constitucional puede generar una gran cantidad de recursos individuales sino se prevén limitaciones o reglas de procedencia, de suerte que en este sentido Lucio Pegoraro señaló que: *éste se ha visto obligado a elaborar una jurisprudencia restrictiva basada en el principio de subsidiariedad; en particular, la acción directa se puede intentar sólo si no existen otros remedios jurisdiccionales y si se considera indispensable para eliminar o prevenir una violación de los derechos indicados.*³⁸²

4. Conflicto sobre órganos

³⁸⁰ Acosta Sánchez, José, *Formación de la Constitución y Jurisdicción Constitucional. Fundamentos de la democracia constitucional*, Madrid, Tecnos, 1998, p. 270.

³⁸¹ Favoreau, Louis, *Los Tribunales Constitucionales*, Barcelona, Ariel, 1994, p. 70.

³⁸² Pegoraro, Lucio, *La Justicia Constitucional. Una perspectiva comparada*, Madrid, Dykinson, S. L., 2004, p. 52.

A los Tribunales Constitucionales se les ha asignado la facultad de resolver los conflictos de competencia entre los órganos constitucionales. En este aspecto, el Tribunal Constitucional Federal Alemán goza de la potestad para resolver aquellos conflictos que se susciten entre los órganos constitucionales y entre la Federación y los *Länder*, o de éstos últimos entre sí, de conformidad con el artículo 93.1 numeral 1 y 3 de la Ley Fundamental.³⁸³

5. Prohibición de partidos políticos

La Ley Fundamental de Bonn le ha otorgado la competencia al Tribunal Constitucional Alemán de prohibir a los partidos políticos su funcionamiento si contradicen los principios recogidos constitucionalmente.³⁸⁴ Destaca Fernández Rodríguez que lo anterior se puede verificar si lo solicitan cualquiera de las dos cámaras o el gobierno federal, lo cual le ha permitido al Tribunal Constitucional declarar la inconstitucionalidad, en 1952 del Partido Nacionalsocialista, y en 1956 del Partido Comunista.³⁸⁵ Sin embargo, sobre los alcances de este tipo de control Fernández Rodríguez advierte:

... puede tener sentido ante un cambio radical de sistema con el objetivo de protegerse frente a peligrosos retornos a un pasado antidemocrático. Pero en líneas generales, dejando a un lado supuestos extremos, parece más conveniente vaciar al órgano de justicia constitucional de tales competencias y que frente a los grupos antisistema sea la justicia ordinaria la que actúe vía penal.³⁸⁶

De manera que este tipo de competencias ponen en peligro la estabilidad del órgano de control, por el riesgo que implica desaparecer algún partido político. Por tanto, el control es a posteriori y este puede ser concreto o abstracto.

³⁸³ La Ley Fundamental establece: “El Tribunal Constitucional decidirá: ... núm.1 “sobre la interpretación de la presente Ley Fundamental con motivo de conflictos sobre el alcance de los derechos y obligaciones de un órgano federal supremo o de otras partes que tengan derecho propio por esta Ley Fundamental o por el Reglamento de un órgano federal supremo”. ... núm. 3. “en el caso de controversias sobre derechos y deberes de la Federación y de los Estados, especialmente en la aplicación del ordenamiento federal por los Estados y en el ejercicio de la supervisión federal”.

³⁸⁴ Artículo 21. ... 2... Los partidos políticos que por sus fines o por el comportamiento de sus adherentes tiendan a desvirtuar o eliminar el régimen fundamental de libertad y democracia, o a poner en peligro la existencia de la República Federal de Alemania, son inconstitucionales. Sobre la constitucionalidad decidirá la Corte Constitucional Federal.

³⁸⁵ Fernández Rodríguez, José Julio, *La Justicia Constitucional Europea ante el Siglo XXI...*, op. cit., nota 43, p. 88.

³⁸⁶ *Ibidem*, p. 89.

4.3 Sistema italiano de control constitucional

En el sistema de justicia constitucional italiano el control es a posteriori y se ejerce vía abstracta (*vía principale*) y otra concreta (*vía incidentale*), destacándose que la vía incidental se refiere a la posibilidad del juez ordinario de plantear la “consulta” a la Corte Constitucional cuando tenga dudas fundadas sobre la conformidad a la Constitución de las leyes que aplicará para resolver un conflicto de intereses determinado, mientras que la vía abstracta se ejerce través del recurso de inconstitucionalidad.

1. Cuestión de inconstitucionalidad

Se precisa que en Italia no se ha diseñado un procedimiento particular o específico para la defensa de los derechos por la vía de amparo, sino que se ha previsto el instrumento de control denominado: *cuestión de inconstitucionalidad* que surge en Austria con la reforma constitucional de 1929, su relevancia propició su irradiación en Italia, Alemania y más tarde España. Destacándose que en Italia, dicho instrumento ha sido significativo, ya que no existe un recurso directo, los derechos humanos se protegen a través de ese instituto.³⁸⁷

En Italia propio de un Tribunal Constitucional, el control de los actos legislativos es la principal competencia de la Corte Constitucional, ya que estadísticamente es la que más incide en el volumen de trabajo. En este sentido, Alfonso Celotto y Tania Gropi señalan:

basta pensar que en promedio, cada año, la Corte dicta alrededor de 500 decisiones (para ser precisos, por ejemplo, 471 en 1999, 592 en 2000, 447 en 2001, 536 en 2002 y 382 en el año 2003), de las cuales aproximadamente el 85% se pronuncian en procesos de constitucionalidad, con grandísima predominancia de los juicios que se producen en vía incidental (alrededor del 80% del total) y una presencia marginal de los juicios en vía principal (en promedio, el 5% del total).³⁸⁸

³⁸⁷ Cruz Villalón, Pedro, *La formación del sistema europeo del control de constitucionalidad (1919-1939)*, Madrid, Centro de Estudios Constitucionales, 1987, pp. 266 y ss.

³⁸⁸ Celotto, A. y Gropi, T., *La Justicia Constitucional en Italia*, Fundación Universitaria de Derecho, Administración y Política, Colección Constitucionalismo y Derecho Público, Estudios, 2004, pp. 85 y 86, citado por Orozco Solano, Víctor, “La composición y el funcionamiento de los Tribunales Constitucionales desde una perspectiva comparada...”, *op. cit.*, p. 123.

Así, se aprecia que la Corte Constitucional dedica sus mayores esfuerzos a resolver la cuestión de constitucionalidad y no así de los asuntos sometidos por la vía de control abstracta, destacándose que su función se centra principalmente en conflictos de control de leyes propio de un auténtico tribunal constitucional, es decir, no conoce de asuntos de mera legalidad.

Finalmente, la Corte Constitucional italiana se caracteriza por la más amplia colegialidad, ya que su decisión es adoptada por el colegio por mayoría, sin que esté prevista la posibilidad de presentar votos particulares.

2. Juicios en vía principal

La única forma de acceso directo al control de constitucionalidad corresponde al Estado para impugnar las leyes regionales y a las Regiones para impugnar las leyes estatales o de otras regiones, por vicios de competencia.³⁸⁹ De manera que, derivado de una reforma constitucional del regionalismo (ley constitucional número 3 del 2001) modificó el artículo 127 de la Constitución y ha equiparado la posición del Estado y de las Regiones, especialmente desde el punto de vista procesal. Así, en los casos en que el Gobierno estime que una ley regional excede de la competencia de la Región, podrá plantearse la cuestión de constitucionalidad ante el Tribunal Constitucional dentro de los sesenta días siguientes a su publicación. Así también, en los casos en que una Región estime que una ley o un acto con fuerza de ley del Estado o de otra región lesionan su ámbito de competencia, podrá entablar cuestión de constitucionalidad en el mismo plazo contados a partir de la publicación de la ley o del acto con fuerza de ley.

Alfonso Celotto y Tania Groppi señalan que se trata de controversias sobre la distribución constitucional de las competencias, que generan un auténtico conflicto entre partes en el cual la *litis* se constriñe a resolver sobre la constitucionalidad de la competencia del órgano demandado, con el fin de proteger el pluralismo institucional y de las autonomías territoriales, de manera que se disputa: *sobre a*

³⁸⁹ Celotto, Alfonso, *La Corte Constitucional en Italia*, México, Porrúa, 2005, p. 71.

*quién corresponde una determinada competencia, mientras que el interés en la eliminación de los actos inconstitucionales (por incompetencia) queda relegado a un segundo plano, en un giro radical de perspectiva respecto del juicio de constitucionalidad.*³⁹⁰

3. Referéndum abrogativo

Asimismo, en Italia el Tribunal debe pronunciarse sobre la posibilidad de organizar un referéndum cuando se tienen quinientas mil firmas necesarias para ello o cinco consejos regionales, no es posible someter a referéndum las leyes tributarias y presupuestarias, de amnistía y de indulto, ni de autorización para ratificar tratados internacionales. Por su parte, tendrán derecho a participar en el referéndum todos los ciudadanos llamados a elegir la Cámara de Diputados. La propuesta sometida a referéndum será aprobada siempre que participen en la votación la mayoría de quienes tengan derecho a hacerlo y sí se alcanza la mayoría de los votos válidamente emitidos, ello de conformidad con el artículo 75 de la Constitución Italiana.

4. Proceso penal contra el Jefe de Estado

Es particularmente relevante la competencia atribuida a la Corte Constitucional prevista en el artículo 135 de la Constitución, relativa a entablar un proceso penal al Jefe de Estado. En este supuesto a los quince jueces ordinarios se suman otros dieciséis miembros (llamados jueces agregados), que son extraídos al azar entre un elenco de ciudadanos que únicamente reúnen los requisitos para ser electos como senador.³⁹¹ Esta composición se explica por el papel que la Corte realiza en estos casos, que se aproxima al de un Tribunal Penal, lo que potencia un carácter político del juicio sobre la responsabilidad del Jefe de Estado, justamente por la

³⁹⁰ Celotto, A, y Groppi, A., citados por Orozco Solano, Víctor, “La composición y el funcionamiento de los Tribunales Constitucionales desde una perspectiva comparada...”, *op. cit.*, p. 144.

³⁹¹ En ese sentido, el artículo 58 de la Constitución italiana, establece: “*Los senadores serán elegidos por sufragio universal y directo por los electores que tengan veinticinco años de edad cumplidos. Serán elegibles como senadores los electores que hayan cumplido cuarenta años de edad*”.

preponderancia de los jueces que, en ese supuesto, han sido designados por el Parlamento, para constituir ese colegio especial.³⁹²

Fue aprobada una revisión constitucional mediante la ley constitucional número 1, de 1989, en cuya virtud la Corte de Constitucionalidad únicamente asumiría el conocimiento de los juicios contra el Presidente de la República en los casos en que, de conformidad con el artículo 90, párrafo 1 de la Constitución sea responsable por los delitos de alta traición o por atentado a la Constitución.³⁹³

Esta función ha sido criticada por la doctrina y en particular por Fernández Rodríguez, quien señala que al asumir esta atribución interviene directamente en el juego político-partidista, lo que puede, por un lado ser un elemento negativo para la necesaria imagen de independencia e imparcialidad que tiene que transmitir la actuación del tribunal y, por otra, generar oscuridades en la distinción entre la Justicia Constitucional y la Justicia Política.³⁹⁴

5. Características del sistema

En Italia, el control de constitucionalidad es de tipo sucesivo y principalmente concreto, en el sentido de que interviene sobre leyes y actos legislativos ya en vigor, los cuales producen sus efectos, en el que el control del ordenamiento se realiza mediante la vinculación procesal de los casos vía incidental a través de la cuestión de constitucionalidad. Se destaca que la vía principal se ejerce minoritariamente y es relativo a los conflictos de competencias, prevaleciendo el control en la vía incidental.

4.4 Sistema español de control constitucional

La Constitución española de 1978, así como la Ley Orgánica del Tribunal Constitucional prevén diversos procedimientos mediante los cuales realiza las

³⁹² Celotto, A, y Groppi T. *La Justicia Constitucional en Italia*, Fundación Universitaria de Derecho, Administración y Política, Colección Constitucionalismo y Derecho Público, Estudios, 2004, p. 93, citado por Orozco Solano, Víctor, "La composición y el funcionamiento de los Tribunales Constitucionales desde una perspectiva comparada...", *op. cit.*, p. 150.

³⁹³ *Ibidem*, p. 151.

³⁹⁴ Fernández Rodríguez, *La Justicia Constitucional Europea ante el Siglo XXI*, *op. cit.*, p. 90.

funciones de control constitucional e interpretación última de la Constitución, como lo es, a través del recurso de inconstitucionalidad que hace las veces de control abstracto, y la cuestión de constitucionalidad que comparte las características del control alemán y de la vía incidental italiana, sin dejar de lado, el control previo de tratados internacionales.

1. Recurso de Inconstitucionalidad

De conformidad con el artículo 161 inciso a) de la Constitución española, el recurso de inconstitucionalidad es una vía abstracta con el que se conoce la regularidad constitucional de una ley o disposición con rango de ley, con independencia de su aplicación en un caso concreto, y cuentan con legitimación para interponer el recurso, el Presidente del Gobierno, el Defensor del Pueblo, 50 Diputados, 50 Senadores, los órganos colegiados ejecutivos de las Comunidades Autónomas y, en su caso, las Asambleas de las mismas, ello en términos del artículo 162 de la Constitución. De suerte que la legitimación se atribuye exclusivamente a órganos o fracciones de órganos, ideado para la defensa objetiva de la Constitución.

Se precisa que el recurso de inconstitucionalidad, a diferencia del control abstracto alemán, sólo puede ser planteado dentro de los tres meses siguientes, a partir de su publicación oficial, de acuerdo con el artículo 33 de la Ley Orgánica del Tribunal Constitucional.

2. Cuestión de Inconstitucionalidad

El control concreto se prevé en el artículo 163 de la Constitución española³⁹⁵, consiste en que un juez ordinario al estimar que una disposición que habría de aplicar a un caso concreto es inconstitucional, puede plantear la cuestión ante el Tribunal Constitucional a fin de que resuelva sobre su constitucionalidad. El juez o tribunal puede plantear la cuestión de oficio o a instancia de parte, en los casos en

³⁹⁵ Artículo 163. Cuando un órgano judicial considere, en algún proceso, que una norma con rango de ley, aplicable al caso, de cuya validez dependa el fallo, pueda ser contraria a la Constitución, planteará la cuestión ante el Tribunal Constitucional en los supuestos, en la forma y con los efectos que establezca la ley, que en ningún caso serán suspensivos.

que se considere que la norma de cuya validez dependa el fallo de un caso pueda ser contraria a la Constitución. El momento para plantear la cuestión es una vez concluido el procedimiento y dentro del plazo para dictar sentencia, debiendo concretar la norma cuestionada, el precepto que se supone infringido y en qué medida la decisión del proceso depende de la validez de la norma en cuestión, ello con audiencia de las partes, de conformidad con el artículo 35 de la Ley Orgánica del Tribunal Constitucional.³⁹⁶

Una vez elevada la cuestión ante el Tribunal Constitucional, éste decidirá mediante un juicio abstracto entre normas, en virtud de su competencia exclusiva para declarar la inconstitucionalidad de las leyes. De suerte que a través de la cuestión la jurisdicción ordinaria se conecta con la jurisdicción constitucional a fin de dilucidar un auténtico problema de constitucionalidad de leyes, en este sentido Carrillo López señala:

Si bien, el monopolio de esta función corresponde a la jurisdicción constitucional, es lo cierto que a través del incidente de inconstitucionalidad del artículo 163 de la Constitución española, los jueces y tribunales ordinarios disponen de un cauce de participación no decisorio y de colaboración con el juicio de constitucionalidad sobre la ley que lleva a cabo del Tribunal Constitucional.³⁹⁷

³⁹⁶ Artículo treinta y cinco. ... Dos. El órgano judicial sólo podrá plantear la cuestión una vez concluido el procedimiento y dentro del plazo para dictar sentencia, o la resolución jurisdiccional que procediere, y deberá concretar la ley o norma con fuerza de ley cuya constitucionalidad se cuestiona, el precepto constitucional que se supone infringido y especificar o justificar en qué medida la decisión del proceso depende de la validez de la norma en cuestión. Antes de adoptar mediante auto su decisión definitiva, el órgano judicial oirá a las partes y al Ministerio Fiscal para que en el plazo común e improrrogable de 10 días puedan alegar lo que deseen sobre la pertinencia de plantear la cuestión de inconstitucionalidad, o sobre el fondo de ésta; seguidamente y sin más trámite, el juez resolverá en el plazo de tres días. Dicho auto no será susceptible de recurso de ninguna clase. No obstante, la cuestión de inconstitucionalidad podrá ser intentada de nuevo en las sucesivas instancias o grados en tanto no se llegue a sentencia firme.

Tres. El planteamiento de la cuestión de constitucionalidad originará la suspensión provisional de las actuaciones en el proceso judicial hasta que el Tribunal Constitucional se pronuncie sobre su admisión. Producida ésta el proceso judicial permanecerá suspendido hasta que el Tribunal Constitucional resuelva definitivamente sobre la cuestión.

³⁹⁷ Carrillo, Marc, "Jurisprudencia constitucional y tribunales ordinarios", en Miguel Revenga Sánchez, Emilio Pajares Montolió y Juan Rodríguez-Drincourt (comp.), *50 años de Corte Constitucional italiana, 25 años de Tribunales Constitucional Español, IV Jornadas Italo-españolas de Justicia Constitucional*, Madrid, Ministerios de Justicia, Secretaría General Técnica, Imprenta Nacional del Boletín Oficial del Estado, 2007, p. 304.

Este instrumento es útil para someter a consulta de la jurisdicción especializada, aquellos problemas que surjan de la aplicación concreta de leyes en casos prácticos, de donde derivan vicios de inconstitucionalidad no perceptibles de manera abstracta. Incluso, conforme al artículo 29 de la Ley Orgánica se prevé que una eventual desestimación de un recurso de inconstitucionalidad, no es obstáculo para que la misma ley, disposición o acto que fueron impugnados, sean objeto de una cuestión de inconstitucionalidad con ocasión de su aplicación a otro proceso.

Si bien conforme al artículo 30 de la Ley Orgánica, la admisión de un recurso o una cuestión de inconstitucionalidad no suspende la vigencia de la ley, disposición normativa o acto con fuerza de ley, conforme al artículo 35 de la citada ley, el planteamiento de la cuestión sí origina la suspensión provisional de las actuaciones en el proceso judicial hasta que el Tribunal Constitucional se pronuncie sobre su admisión, lo cual genera que el proceso permanezca suspendido hasta que se resuelva definitivamente la cuestión.

Una vez admitida la cuestión, las partes en el procedimiento judicial pueden formular alegaciones dentro de los 15 días siguientes, asimismo el Tribunal dará traslado al Congreso de los Diputados y al Senado, al Fiscal General, al Gobierno por conducto del Ministerio de Justicia y en caso de ser una ley dictada por una Comunidad Autónoma a los órganos legislativo y ejecutivo de la misma, quienes podrán formular alegaciones sobre la cuestión en el plazo de 15 días. Concluido el plazo, el Tribunal dicta sentencia en el plazo de quince días, con posibilidad de ampliarse.³⁹⁸

3. Control previo de tratados internacionales

Asimismo, se ha conferido al Tribunal Constitucional la competencia para realizar control previo de constitucionalidad sobre los tratados internacionales, si así lo pide el Gobierno o cualquiera de ambas Cámaras, en los casos en los que consideren la existencia o inexistencia de contradicción entre la Constitución y las estipulaciones

³⁹⁸ Artículo 37 de la Ley Orgánica del Tribunal Constitucional.

de un tratado internacional cuyo texto estuviera ya definitivamente fijado, pero al que no se hubiere prestado aún el consentimiento del Estado, de acuerdo con el procedimiento que prevé el artículo 78 de la Ley Orgánica 2/1979, de 3 de octubre del Tribunal Constitucional.³⁹⁹

En ese sentido, una vez que se recibe el requerimiento del control, el Tribunal emplaza al propio solicitante ya los órganos legitimados, a fin de que en el término de un mes expresen opinión fundada sobre la cuestión, transcurrido ese término y dentro del mes siguiente el Tribunal emitirá su declaración que de acuerdo con el artículo 95 de la Constitución tendrá carácter vinculante.

4. Recurso previo de inconstitucionalidad contra proyectos de Estatutos de Autonomía y sus propuestas de reforma.

En el artículo 79 de la Ley Orgánica del Tribunal Constitucional se prevé el recurso de inconstitucionalidad con carácter previo, en contra de los proyectos de Estatutos de Autonomía y las propuestas de reforma de los mismos. Para ello el recurso tiene por objeto la impugnación del texto definitivo del proyecto de Estatuto o propuesta de reforma de Estatuto, una vez aprobado por las Cortes Generales.

Tienen facultad para interponer el recurso previo de inconstitucionalidad los legitimados para presentar el recurso de inconstitucionalidad contra Estatutos de Autonomía y cuentan con un plazo de tres días desde la publicación del texto

³⁹⁹ Artículo 78. Uno. El Gobierno o cualquiera de ambas Cámaras podrán requerir al Tribunal Constitucional para que se pronuncie sobre la existencia o inexistencia de contradicción entre la Constitución y las estipulaciones de un tratado internacional cuyo texto estuviera ya definitivamente fijado, pero al que no se hubiere prestado aún el consentimiento del Estado.

Dos. Recibido el requerimiento, el Tribunal Constitucional emplazará al solicitante y a los restantes órganos legitimados, según lo previsto en el apartado anterior, a fin de que, en el término de un mes, expresen su opinión fundada sobre la cuestión. Dentro del mes siguiente al transcurso de este plazo y salvo lo dispuesto en el apartado siguiente, el Tribunal Constitucional emitirá su declaración, que, de acuerdo con lo establecido en el artículo noventa y cinco de la Constitución, tendrá carácter vinculante.

Tres. En cualquier momento podrá el Tribunal Constitucional solicitar de los órganos mencionados en el apartado anterior o de otras personas físicas o jurídicas u otros órganos del Estado o de las Comunidades Autónomas, cuantas aclaraciones, ampliaciones o precisiones estimen necesarias, alargando el plazo de un mes antes citado en el mismo tiempo que hubiese concedido para responder a sus consultas, que no podrá exceder de treinta días.

aprobado en el “Boletín Oficial de las Cortes Generales”, lo que suspende automáticamente todos los trámites subsiguientes.

En el caso de que la aprobación del proyecto o propuesta de reforma haya de ser sometida a referéndum, no podrá convocarse hasta que se haya resuelto el recurso por el Tribunal y, en su caso, se hayan suprimido o modificado por las Cortes Generales los preceptos declarados inconstitucionales.

El Tribunal cuenta con el plazo improrrogable de seis meses para resolver el recurso, con la posibilidad de reducir los plazos ordinarios y dando preferencia a la resolución de este recurso sobre el resto de asuntos en tramitación.

Cuando el pronunciamiento del Tribunal declare la inexistencia de la inconstitucionalidad alegada, seguirán su curso los trámites conducentes a la entrada en vigor del proyecto o propuesta impugnados, incluido, en su caso, el correspondiente procedimiento de convocatoria y celebración de referéndum. Si, por el contrario, se declara la inconstitucionalidad del texto impugnado, se precisarán los preceptos a los que afecta la sentencia y aquellos que por conexión o consecuencia quedan afectados por tal declaración y el precepto o preceptos constitucionales infringidos. En este supuesto, la tramitación no podrá proseguir sin que tales preceptos hayan sido suprimidos o modificados por las Cortes Generales.

Se destaca que el pronunciamiento en el recurso previo no prejuzga la decisión del Tribunal en los recursos o cuestiones de inconstitucionalidad que pudieren interponerse tras la entrada en vigor con fuerza de ley del texto impugnado en la vía previa.

5. Recurso de amparo constitucional

El recurso de amparo constitucional es competencia del Tribunal Constitucional español, en los términos en que se regula por el artículo 53.2 de la Constitución española, que otorga protección a los derechos proclamados en la Sección Primera del Capítulo II del Título I de la Constitución Española (arts. 15 a 29), aunado a la

protección del principio de igualdad previsto en el artículo 14 constitucional y el derecho a la objeción de conciencia contenido en el artículo 30.

El Tribunal Constitucional por vía jurisprudencial emitida en recursos de amparo, ha sentado criterios que guían las actuaciones de los tribunales ordinarios, quienes son los llamados a ser los primeros defensores de los derechos fundamentales⁴⁰⁰.

Si bien, la naturaleza de los recursos de amparo en España y Alemania son similares, ya que su procedencia se actualiza una vez agotados los recursos ordinarios, al respecto Fernández Rodríguez señala que el uso que se hace de ambas figuras es muy importante desde el punto de vista cuantitativo, lo que obliga a los dos tribunales constitucionales a efectuar una destacada labor de filtro que trate de soslayar el problema de saturación. El éxito en este sentido es relativo a pesar de que más del 95% de estos recursos son rechazados al comienzo del procedimiento por parte de las secciones correspondientes del tribunal.⁴⁰¹ Lo que implica desde luego, la selección de casos estratégicos que permiten generar un criterio de relevancia constitucional y de tutela de los derechos.

De suerte que el recurso de amparo si bien, tiene por objeto la protección particular y subjetiva de los derechos, también tutela objetivamente la Constitución, sin embargo, el cúmulo de asuntos merece un filtro que le permita al Tribunal realizar una adecuada y estratégica función de interpretación de la Constitución, lo cual se reforzó con la aprobación a una reforma a la Ley Orgánica del Tribunal Constitucional (aprobada por LO 6/2007 de 24/5), según la cual el recurrente debe justificar la *especial trascendencia constitucional*, para que pueda ser admitida.⁴⁰²

⁴⁰⁰ Orozco Solano, Víctor, "La composición y el funcionamiento de los Tribunales Constitucionales desde una perspectiva comparada...", *op. cit.*, p. 132.

⁴⁰¹ Fernández Rodríguez José Julio, *La Justicia Constitucional Europea ante el Siglo XXI*, 2a. ed., Madrid, Tecnos, 2007, pp. 80-81.

⁴⁰² En este sentido, en el preámbulo de la Ley Orgánica 6/2007 de 24/5 que sirvió de base para la reforma a la Ley Orgánica del Tribunal Constitucional, se señaló que: "El elevado número de demandas de amparo ha provocado un amplio desarrollo de la función de garantía de los derechos fundamentales en detrimento de otras competencias del Tribunal Constitucional. El número de solicitudes de amparo y el procedimiento legalmente previsto para su tramitación son las causas que explican la sobrecarga que en la actualidad sufre el Tribunal a la hora de resolver estos procedimientos de garantía de los derechos fundamentales. Por esta razón, las reformas que se abordan van dirigidas a dotar al amparo de una nueva configuración que resulte más eficaz y

Lo anterior implica que la finalidad de la reforma fue reducir la cantidad de asuntos que conoce el Tribunal Constitucional, al requerir que el recurrente justifique la especial trascendencia constitucional, de conformidad con el artículo 49 de la Ley Orgánica del Tribunal Constitucional.⁴⁰³

6. Conflictos constitucionales

La Constitución española le atribuye competencia al Tribunal Constitucional para conocer de los conflictos constitucionales, los cuales pueden ser, por una parte, los atinentes a la organización territorial del Estado, entre éste y las Comunidades Autónomas, o por éstas entre sí, y por otra, los conflictos entre los principales órganos constitucionales del Estado.

Así, Víctor Orozco señala que en la Ley Orgánica del Tribunal Constitucional español se distinguen cuatro tipos de asuntos:

- a) Los conflictos positivos (cuando los órganos involucrados reclaman la competencia para sí);
- b) Los conflictos negativos (cuando se produce el caso contrario);
- c) Los conflictos entre órganos constitucionales del Estado, y
- d) Los conflictos en Defensa de la Autonomía Local⁴⁰⁴

eficiente para cumplir con los objetivos constitucionalmente previstos por esta institución. Y así, entre las modificaciones que se introducen en relación con el amparo se puede destacar el cambio en la configuración del trámite de admisión del recurso, la habilitación a las secciones para su resolución y la reforma del trámite de cuestión interna de constitucionalidad prevista en el artículo 55.2 de la Ley Orgánica 2/1979, de 3 de octubre. La primera de estas novedades es la que afecta a la configuración del trámite de admisión del recurso de amparo. Y es que frente al sistema anterior de causas de inadmisión tasadas, la reforma introduce un sistema en el que el recurrente debe alegar y acreditar que el contenido del recurso justifica una decisión sobre el fondo por parte del Tribunal en razón de su especial trascendencia constitucional, dada su importancia para la interpretación, aplicación o general eficacia de la Constitución”, citado por Orozco Solano, Víctor, “La composición y el funcionamiento de los Tribunales Constitucionales desde una perspectiva comparada..., op. cit., nota 42, p. 132

⁴⁰³ El artículo 49 de la Ley Orgánica del Tribunal Constitucional señala: *1. El recurso de amparo constitucional se iniciará mediante demanda en la que se expondrán con claridad y concisión los hechos que la fundamenten, se citarán los preceptos constitucionales que se estimen infringidos y se fijará con precisión el amparo que se solicita para preservar o restablecer el derecho o libertad que se considere vulnerado. En todo caso, la demanda justificará la especial trascendencia constitucional del recurso.*

⁴⁰⁴ Orozco Solano, Víctor, “La composición y el funcionamiento de los Tribunales Constitucionales desde una perspectiva comparada..., op. cit., p. 145.

Señala García de Enterría que sólo el Tribunal Constitucional, donde existe, puede ser órgano adecuado para la resolución de estos conflictos, que afectan a la esencia misma de la Constitución, a la cuidadosa distribución de poder y de correlativas competencias por ella operada.⁴⁰⁵

7. Conflictos en defensa de la autonomía local

Es relevante la competencia atribuida para resolver los conflictos que sean planteados en defensa de la autonomía local, de conformidad con los artículos 75bis⁴⁰⁶ a 75 quinque de la Ley Orgánica del Tribunal Constitucional. Este procedimiento en defensa de la autonomía local fortalece las instituciones locales que se realiza a través de la Ley 11/1999, así como de las Leyes Orgánicas 7/1999 y 8/1999, todas de 21 de abril, que modificaron la Ley de Bases del Régimen Local, la Ley Orgánica del Tribunal Constitucional y la Ley Orgánica de Régimen Electoral General.⁴⁰⁷

De manera que, con la reforma a la Ley Orgánica del Tribunal Constitucional para introducir este procedimiento de defensa de la autonomía local, se fortalece la garantía institucional al facilitarle a los entes locales el acceso al Tribunal Constitucional. Así, se otorgó legitimación para plantear el conflicto a los municipios o provincias que sean los únicos destinatarios de la ley o un séptimo número de municipios del ámbito territorial a que afecte, siempre que representen al menos a un sexto de la población oficial de este territorio, o a la mitad de las provincias de ese ámbito siempre que representen a la mitad de la población oficial del territorio del Estado.

⁴⁰⁵ García de Enterría, Eduardo, *La Constitución como norma...*, *op. cit.*, p.160.

⁴⁰⁶ Artículo 75 bis. 1. Podrán dar lugar al planteamiento de los conflictos en defensa de la autonomía local las normas del Estado con rango de ley o las disposiciones con rango de ley de las Comunidades Autónomas que lesionen la autonomía local constitucionalmente garantizada. 2. La decisión del Tribunal Constitucional vinculará a todos los poderes públicos y tendrá plenos efectos frente a todos.

⁴⁰⁷ Troncoso, A., *La Autonomía Local: garantía institucional, desarrollo político y dificultades prácticas; Estudios de derecho constitucional. Homenaje al Profesor Dr. D. Joaquín García Morillo*, Valencia, Tirant lo Blanch, 2001, p. 593, citado por Orozco Solano, Víctor, "La composición y el funcionamiento de los Tribunales Constitucionales desde una perspectiva comparada...", *op. cit.* pp. 151-152.

4.5 Sistema peruano de control constitucional

En el sistema peruano, convergen los dos esquemas de control sin embargo ello no supone la articulación de los mismos, ya que cada uno funciona bajo su lógica, sin que en realidad lleguen a “mezclarse, deformarse o desnaturalizarse”; de ahí que el mismo sistema haya sido adjetivado por García Belaúnde como “sistema dual o paralelo”, lo que si puede ocurrir en el caso mexicano, en el que la articulación puede darse en una eventual desaplicación de una norma realizada por un juez de distrito que ante una eventual revisión, sea el órgano que ejerce el control concentrado, esto es, la Suprema Corte quien resuelva directamente.⁴⁰⁸ Así en el sistema peruano se cuenta con las siguientes competencias.

1. Control difuso

El control difuso se encuentra regulado por el artículo 138 de la Constitución, el cual determina que en todo proceso, de existir incompatibilidad entre una norma constitucional y una norma legal, los jueces deben preferir la primera, del mismo modo, deben preferir la norma legal sobre toda norma de rango menor. Así, todo tribunal ordinario tiene facultades para ejercer control de constitucionalidad en casos concretos en que le toca conocer, dejando de aplicar la norma inconstitucional con efectos *inter-partes*.

Por su parte, el artículo VI del Código Procesal Constitucional peruano señala que los jueces no pueden dejar de aplicar una norma cuya constitucionalidad haya sido confirmada en un proceso de inconstitucionalidad o en un proceso de acción popular y que, cuando exista incompatibilidad entre una norma constitucional y otra de inferior jerarquía, el juez debe preferir la primera, siempre que ello sea relevante para resolver la controversia y no sea posible obtener una interpretación conforme a la Constitución.

⁴⁰⁸ Astudillo, Cesar, “El genotipo y los fenómenos de justicia constitucional. Particular referencia a América Latina”, en Astudillo Cesar, *Estudios sobre la Suprema Corte de Justicia de la Nación*, México, Tirant lo Blanch, 2019, p. 108

Humberto Nogueira⁴⁰⁹ señala que el control difuso peruano tiene características particulares que lo diferencian del modelo original de la *judicial review*. Como lo es, la obligación de los jueces de elevar en consulta a la Sala de Derecho Constitucional y Social de la Corte Suprema de Justicia, cada vez que inapliquen con efectos particulares una norma legal por inconstitucional. Así, dicha Sala es la que, en definitiva determina si la evaluación practicada por el juez de inferior jerarquía fue o no adecuada, validando la no aplicación de la ley al caso concreto, todo ello de acuerdo con el artículo 14 del Texto Único ordenado de la Ley Orgánica del Poder Judicial.

2. Acción de inconstitucionalidad

El artículo 200, número 4 de la Constitución peruana, consagra el proceso de inconstitucionalidad como “garantía constitucional” para el control de las normas, decretos legislativos, decretos de urgencia, tratados, reglamentos del Congreso, normas regionales de carácter general y ordenanzas municipales que contravengan la Constitución por forma o fondo.

La legitimación activa para interponer la acción de inconstitucionalidad, conforme al artículo 203 de la Constitución corresponde al Presidente de la República, al Fiscal de la Nación, al Presidente del Poder judicial con acuerdo de la Sala Plena de la Corte Suprema de Justicia, al Defensor del Pueblo, al veinticinco por ciento del número legal de congresistas, a cinco mil ciudadanos, tratándose de preceptos de rango legal, y al uno por ciento de ciudadanos de la localidad, cuando se impugnen ordenanzas municipales, siempre que dicho porcentaje no exceda cinco mil firmas, asimismo, se habilita para impugnar a los Gobernadores Regionales o los alcaldes provinciales y los colegios profesionales en materias de su especialidad.

⁴⁰⁹ Nogueira Alcalá, Humberto, *La Jurisdicción constitucional y los Tribunales Constitucionales de Sudamérica en la alborada del siglo XXI*, op. cit., p. 114.

La sentencia produce autoridad de cosa juzgada, con efectos *erga omnes* y carecen de efectos retroactivos, debiendo publicarse en el Diario Oficial, expulsando del ordenamiento jurídico la norma inconstitucional al día siguiente de su publicación.⁴¹⁰

3. Conocer en última instancia de las resoluciones judiciales denegatorias de las acciones de hábeas corpus, amparo, hábeas data y cumplimiento.

La impugnación de las resoluciones judiciales denegatorias de acciones protectoras de derechos humanos, se ejerce por medio del *recurso extraordinario*, promovido por el demandado en los casos en que el órgano judicial desestima su pretensión.

Se destaca que el Tribunal Constitucional tiene competencias originarias y exclusivas de los procesos de inconstitucionalidad y el conflicto entre órganos constitucionales. Así, en sede judicial se encuentra la acción popular a través de la cual se realiza el control de reglamentos y normas generales y procesos constitucionales concretos o incidentales en los casos penales, civiles, laborales, entre otros. Es necesario precisar que hay materias que son compartidas por la judicatura ordinaria y el Tribunal Constitucional, como son las acciones de amparo, *hábeas corpus*, *hábeas data* y de cumplimiento, donde el Tribunal Constitucional puede llegar a conocer de la materia, una vez que ella haya sido resuelta por la judicatura ordinaria, con la condición que en sede judicial el accionante o quejoso haya tenido sentencia desestimatoria.⁴¹¹

4. Proceso de Acción popular

La demanda de acción popular procede contra los reglamentos, normas administrativas y resoluciones de carácter general, cualquiera que sea la autoridad de la que emanen, siempre que infrinjan la Constitución o la ley, o cuando no hayan sido expedidas o publicadas en la forma prescrita por la Constitución o la ley, según el caso.⁴¹² La demanda puede interponerse por cualquier persona y es de la

⁴¹⁰ Artículos 81 y 82 del Código Procesal Constitucional.

⁴¹¹ *Cfr.* Palomino Manchego, José, "Control y magistratura constitucional en el Perú", en Vega Gómez, Juan y Corzo Sosa, Edgar (coords.), *Instrumentos de tutela y justicia constitucional*, México, Instituto de Investigaciones Jurídicas-UNAM, 2002, p. 435 y ss.

⁴¹² Artículo 76 del Código Procesal Constitucional peruano.

competencia exclusiva del Poder Judicial a través de: la Sala correspondiente, por razón de la materia de la Corte Superior del Distrito Judicial al que pertenece el órgano emisor, cuando la norma objeto de la acción popular es de carácter regional o local; o bien por la Sala correspondiente de la Corte Superior de Lima, en los demás casos.

5. Proceso o conflicto competencial.

Conforme al artículo 202 numeral 3, corresponde al Tribunal Constitucional conocer de los conflictos competenciales o de atribuciones asignadas por la Constitución. Este proceso se encuentra regulado en el título X del Código Procesal Constitucional, en donde el artículo 109 prevé como supuestos de procedencia: al Poder Ejecutivo con uno o más gobiernos regionales o municipales; a dos o más gobiernos regionales, municipales o de ellos entre sí; o a los poderes del Estado entre sí o con cualquiera de los demás órganos constitucionales, o a éstos entre sí. Por su parte, conforme al artículo 110 del Código Procesal Constitucional, el conflicto se produce cuando alguno de los poderes o entidades estatales adopta decisiones o rehúye deliberadamente actuaciones, afectando competencias o atribuciones que la Constitución y las leyes orgánicas confieren a otro. Se destaca que, si el conflicto versare sobre una competencia o atribución expresada en una norma con rango de ley, el Tribunal declara que la vía adecuada es el proceso de inconstitucionalidad.

6. Características del Sistema

La Constitución de 1979 creó un modelo dual de control de constitucional, uno de carácter difuso en manos de los tribunales ordinarios, estableciéndose que, cualquier juez, en todo tipo de procesos, debe preferir la Constitución e inaplicar las normas contrarias a ésta, de conformidad con el artículo 236 de la Constitución, y de manera paralela, un control concentrado en manos de un Tribunal de Garantías

Constitucionales, de conformidad con el artículo 236 constitucional, de competencias restringidas.⁴¹³

En este sentido, Domingo García Belaunde⁴¹⁴ señala que “el modelo dual o paralelo” es aquel que existe cuando en un mismo país, en un mismo ordenamiento jurídico, coexisten el modelo americano y el modelo europeo, pero sin mezclarse, deformarse ni desnaturalizarse. Y esto, que no es frecuente, tiene su nacimiento en la Constitución Peruana de 1979, reiterada en la vigente de 1993. Lo mismo supone una mixtura, una mezcla de dos o más elementos, que en el caso peruano no sólo no se mezclan sino que tampoco originan un *tertium* que sea distinto a sus dos fuentes de origen.

Así, Perú cuenta con un sistema de control constitucional dualista de tribunales ordinarios y control concentrado por el Tribunal Constitucional, con control parcial, carácter represivo, legitimación activa amplia, procedimientos mixtos, control único como parámetro, efectos *inter-partes* ante tribunales ordinarios, y generales por el Tribunal Constitucional el cual declara la inconstitucionalidad de normas.⁴¹⁵

4.6 Sistema colombiano de control constitucional

En principio, es importante destacar que la Constitución colombiana de 1858, se organizó dentro de un control mixto suspensivo de inexecuibilidad ante la Corte y definitivo de inexecuibilidad para el Congreso, a su vez, se dio el carácter de efectos generales a las decisiones de inconstitucionalidad, apareciendo así el control concentrado de constitucionalidad de las leyes en territorio americano, antes de su implementación en Austria en 1919-1920.⁴¹⁶ Mientras que mediante reforma

⁴¹³ Nogueira Alcalá, Humberto, *La Jurisdicción constitucional y los Tribunales Constitucionales de Sudamérica en la alborada del siglo XXI*, op. cit., p. 85.

⁴¹⁴ García Belaunde, Domingo, “La jurisdicción constitucional y el modelo dual o paralelo”, en la *La Ley*, año LXII, No 197, 16 de octubre de 1998, Buenos Aires, Argentina, página 2, citado por Nogueira Alcalá, Humberto, *La Jurisdicción constitucional y los Tribunales Constitucionales de Sudamérica en la alborada del siglo XXI* op. cit., p. 112.

⁴¹⁵ De la Mata Pizaña, Felipe, *Control de Convencionalidad de los Derechos Político-Electorales del Ciudadano*, México, Tirant lo Blanch, 2016, p. 132.

⁴¹⁶ Nogueira Alcalá, Humberto, *La Jurisdicción constitucional y los Tribunales Constitucionales de Sudamérica en la alborada del siglo XXI*, op. cit., p. 85.

constitucional de 1910 también se estableció el control de constitucionalidad por vía de excepción, origen del control difuso en el sistema colombiano.⁴¹⁷

Por su parte, la Constitución colombiana de 1991 mantiene el control mixto de constitucionalidad, pero vino a reemplazar una Sala Constitucional que formaba parte de la Corte Suprema para crear la Corte Constitucional,⁴¹⁸ con las competencias que a continuación se señalarán.

1. Acción pública de inconstitucionalidad

En el ámbito de los sujetos habilitados para requerir el control de constitucionalidad, destaca el sistema colombiano, a través de la “acción popular de inconstitucionalidad”, incorporada en la Constitución de 1811 y desarrollada completamente en una ley de junio de 1850, fue la primera en conferir legitimación procesal al ciudadano para promover una acción directa contra un acto normativo (ordenanza) que contraviniera la Constitución o la ley, esta particular legitimación sobrevivió a distintos textos constitucionales hasta llegar a la actual Constitución de 1991.⁴¹⁹

Desde 1910 la característica esencial del sistema colombiano fue *la acción popular de inconstitucionalidad*, reconociendo a todo ciudadano la posibilidad de interponerla en cualquier tiempo contra normas constitucionales en vigencia, a fin de obtener su retiro del orden jurídico, ya que las sentencias de inconstitucionalidad tenían el efecto de hacerlas inaplicables *erga omnes, pro futuro y definitivamente*.

Así, en 1910 se estableció por primera vez en el mundo, la acción popular de inexecutable de leyes inconstitucionales, teniendo la sentencia de la Corte declaratoria de inexecutable de efectos *erga omnes*.⁴²⁰ En este sentido, el propio

⁴¹⁷ *Idem*.

⁴¹⁸ *Ibidem*, p. 86.

⁴¹⁹ Cifuentes Muñoz, Eduardo, “La jurisdicción constitucional en Colombia” en García Belaúnde, Domingo y Fernández Segado, Francisco (coords.), *La jurisdicción constitucional en Iberoamérica*, Madrid, Dykinson, 1997, pp. 473 y ss.

⁴²⁰ Nogueira Alcalá, Humberto, *La jurisdicción constitucional y los tribunales constitucionales de Sudamérica en la Alborada del siglo XXI*, op. cit., p. 86.

Kelsen en su estudio teórico, señaló que la acción popular representaba la mayor garantía del orden constitucional, en virtud de que satisfacía de modo pleno el interés en la eliminación de los actos irregulares,⁴²¹ sin embargo esta propuesta no fue materializada en la propia Constitución austriaca.

De manera que, de conformidad con el artículo 241 de la Constitución, a la Corte Constitucional se le confía la guarda de la integridad y supremacía de la Constitución, al conocer de entre otras competencias de:

- a) Actos reformativos de la Constitución, los cuales pueden ser promovidos por los ciudadanos con independencia del origen, por vicios en el procedimiento de formación.
- b) La constitucionalidad con anterioridad al pronunciamiento popular, de la convocatoria a un referendo o una Asamblea Constituyente para reformar la Constitución, sólo por vicios de procedimiento en su formación.
- c) Leyes, por vicios formales y materiales, esto es, cuando no se acatan las normas procedimentales, algunos de estos vicios aceptan la posibilidad de que sean subsanados; mientras que los vicios materiales son insubsanables por tratarse de normas constitucionales sustanciales.
- d) Decretos de leyes expedidos por el gobierno, por vicios materiales o en su procedimiento de formación.
- e) Decreto con fuerza de ley, Por su contenido material o vicios en el procedimiento de formación.
- f) Exequibilidad de los tratados internacionales y de las leyes que los aprueban, si se declaran constitucionales puede darse pie al canje de notas, en caso contrario no serán ratificados. Cuando sólo se trate de alguna norma o normas declaradas inexecutable, el Presidente podrá manifestar el consentimiento formulando reservas.

Estas competencias son del conocimiento de la Corte vía acción pública de inconstitucionalidad y conforme al artículo 242 de la Constitución, tienen legitimación para ejercer estas acciones cualquier ciudadano colombiano y el

⁴²¹ Kelsen, Hans, *La garantía jurisdiccional...*, op. cit., p. 87.

Procurador General de la Nación. Se destaca que la acción no tiene término de caducidad, sin embargo cuando se trate de acciones por vicios de forma, caducan en un año, contado desde su publicación, de conformidad con el mismo numeral.

Admitida la demanda, se corre traslado al Procurador para que en treinta días rinda concepto, transcurrido el plazo el magistrado instructor tiene treinta días para presentar su proyecto ante la Corte y se tienen sesenta días para dictar sentencia, ello de conformidad con el artículo 242 constitucional.

2. Excepción de inconstitucionalidad

Una de las instituciones previstas para hacer respetar la Constitución es la *excepción de inconstitucionalidad*, que opera cuando una de las partes solicita al juez dar aplicación preferente a la Constitución sobre la norma infraconstitucional contraria a ella, lo que debe hacer el juez directamente, incluso sin petición de parte, con la facultad de inaplicar la norma contraria a la Constitución, en los casos que conozca de oficio. En este sentido, el artículo 4º de la Constitución señala la aplicación preferente de las normas constitucionales en caso de incompatibilidad con una ley, lo que implica una modalidad de control que pueden operar todos los funcionarios.

3. Control automático y previo

La Corte Constitucional colombiana conoce de oficio sobre la constitucionalidad de determinadas disposiciones, sin que medie alguna solicitud de trámite, para ello Felipe de la Mata Pizaña⁴²², las enumera al tenor siguiente:

- a) Los proyectos de ley estatutaria, la naturaleza jurídica del objeto estudiado no conlleva un cambio en la función jurisdiccional, para entrar a su estudio no requiere de la interposición de algún escrito, por ello es automático. Los artículos que componen la ley son analizados de conformidad con la norma superior. Una vez que es expedida la norma, los ciudadanos no pueden demandarla, con la excepción de que surja algún vicio posterior. De manera

⁴²² De la Mata Pizaña, Felipe, *Control de Convencionalidad...*, op. cit., pp. 129-130.

que se trata de un control previo y participativo, ya que se efectúa antes de que el Presidente sancione la norma y permite la colaboración del ministerio público y los ciudadanos⁴²³.

- b) Los tratados internacionales y las leyes que los aprueban, aquí es importante distinguir si el tratado se perfeccionó ante o después de 1991. En el primer supuesto se trata de un control previo, toda vez que el análisis es previo al perfeccionamiento, pero es posterior por la ley que es aprobada por el Presidente; asimismo es integral, porque estudia el tratado y la ley que lo aprobó. En el segundo supuesto la Corte determinó su competencia para conocer de las demandas de los tratados internacionales y sus leyes aprobatorias por vicios de forma y materiales.⁴²⁴
- c) Los decretos legislativos expedidos en estado de excepción. En este supuesto se deben analizar los elementos materiales y formales; no obstante, se considera que la postura asumida por la Corte se ha tornado demasiado rigurosa al grado de que algunos de sus integrantes manifiestan su disconformidad, pues consideran que está suplantando las funciones de control político encomendadas al Congreso para declarar los estados de excepción.⁴²⁵

⁴²³ En este sentido, el artículo 153 constitucional señala: “La aprobación, modificación o derogación de las leyes estatutarias exigirá la mayoría absoluta de los miembros del Congreso y deberá efectuarse dentro de una sola legislatura. Dicho trámite comprenderá la revisión previa, por parte de la Corte Constitucional, de la exequibilidad del proyecto. Cualquier ciudadano podrá intervenir para defenderla o impugnarla”.

⁴²⁴ Artículo 241 de la Constitución que al efecto establece: A la Corte Constitucional se le confía la guarda de la integridad y supremacía de la Constitución, en los estrictos y precisos términos de este artículo. Con tal fin, cumplirá las siguientes funciones: ... 10. Decidir definitivamente sobre la exequibilidad de los tratados internacionales y de las leyes que los aprueben. Con tal fin, el Gobierno los remitirá a la Corte, dentro de los seis días siguientes a la sanción de la ley. Cualquier ciudadano podrá intervenir para defender o impugnar su constitucionalidad. Si la Corte los declara constitucionales, el Gobierno podrá efectuar el canje de notas; en caso contrario no serán ratificados. Cuando una o varias normas de un tratado multilateral sean declaradas inexecutable por la Corte Constitucional, el Presidente de la República sólo podrá manifestar el consentimiento formulando la correspondiente reserva.

⁴²⁵ Artículo 214. Los Estados de Excepción a que se refieren los artículos anteriores se someterán a las siguientes disposiciones: ... 6. El Gobierno enviará a la Corte Constitucional al día siguiente de su expedición, los decretos legislativos que dicte en uso de las facultades a que se refieren los artículos anteriores, para que aquella decida definitivamente sobre su constitucionalidad. Si el Gobierno no cumpliera con el deber de enviarlos, la Corte Constitucional aprehenderá de oficio y en forma inmediata su conocimiento.

4. Control automático sobre la constitucionalidad de la convocatoria a referendo o asamblea constituyente.

Es competencia de la Corte Constitucional, destacadamente como un control automático, el de la decisión de la Corte, antes del pronunciamiento popular, sobre la constitucionalidad de la convocatoria a un referendo o a una asamblea constituyente para reformar la Constitución, sólo por vicios de procedimiento en su formación. De manera que, conforme al numeral 2 del artículo 241 de la Constitución, la Corte de manera automática, examina la constitucionalidad de la convocatoria, no la del referendo en sí mismo, ni la del acto que expida la asamblea constituyente, que sólo podrá verificar si son demandados por vicios de forma. Así, la convocatoria, en el caso del referendo, está conformada por la ley que al efecto se expida, luego la competencia de la Corte es relativa a establecer si los trámites de esa ley se ajustan a la Constitución. Del numeral 2 del artículo 241 constitucional puede desprenderse que, si bien la convocación es hecha por el pueblo, la decisión de éste en tal sentido no es el objeto de control, ya que expresamente el pronunciamiento de constitucionalidad debe darse con anterioridad al pronunciamiento popular.

5. Control de los referendos sobre leyes, consultas populares y plebiscitos del orden nacional.

La Corte Constitucional conoce sobre la constitucionalidad de los referendos de leyes y las consultas populares y plebiscitos del orden nacional, estos últimos sólo por vicios de procedimiento en su convocatoria y realización, conforme al artículo 241 numeral 3 de la Constitución.

El artículo 377 constitucional expresa que deberán someterse a referendo las reformas constitucionales aprobadas por el Congreso cuando se refieran a los derechos fundamentales y a sus garantías, a los procedimientos de participación popular o al Congreso; si así lo solicita, dentro de los seis meses siguientes a la promulgación del acto legislativo. En su caso, la reforma se entenderá derogada por

el voto negativo de la mayoría de los sufragantes, siempre que en la votación hubiere participado al menos la cuarta parte del censo electoral.

Así, por iniciativa del Gobierno o de los ciudadanos en un número igual o superior al cinco por ciento del censo electoral existente a la fecha respectiva o el treinta por ciento de los concejales o diputados del país, el Congreso mediante ley que requiere la aprobación de la mayoría de los miembros de ambas Cámaras, podrá someter a referendo un proyecto de reforma constitucional que el mismo Congreso incorpore a la ley, de conformidad con el artículo 378 de la Constitución.

Por su parte, un número de ciudadanos equivalente a la décima parte del censo electoral, puede solicitar ante la organización electoral la convocación de un referendo para la derogatoria de una ley, la cual podrá quedar derogada si así lo determina la mitad más uno de los votantes que concurren al acto de consulta, siempre que participe una cuarta parte de los ciudadanos que componen el censo electoral, en términos del artículo 170 de la Constitución.

Respecto de la consulta popular, está prevista en el artículo 104 constitucional, a cuyo tenor el presidente de la República, con la firma de todos los ministros y previo concepto favorable del Senado, puede consultar al pueblo de decisiones de trascendencia nacional, siendo obligatoria la decisión que adopte el pueblo. Dichas consultas son las que se someten al control de la Corte.

Mientras que el Plebiscito que se señala en los artículos 103 y 241, se desarrolla en el artículo 76 de la Ley Estatutaria sobre Mecanismos de Participación, en el que se contempla que el presidente de la República, con la firma de todos los ministros, puede convocar al pueblo para que se pronuncie sobre las políticas del Ejecutivo que no requieran aprobación del Congreso, excepto las relacionadas con los estados de excepción y el ejercicio de los poderes.

6. Control de revisión de las sentencias en materia de tutela por violación de derechos constitucionales.

El artículo 241 numeral 9 de la Constitución, otorga a la Corte Constitucional, entre otras competencias, la de revisar, las decisiones judiciales relacionadas con la acción de tutela de los derechos constitucionales. En este caso, la Ley 270 de 1996 Estatutaria de la Administración de Justicia, señala en su artículo 48 numeral 2, que las sentencias proferidas en cumplimiento del control constitucional tienen el efecto de que las decisiones judiciales adoptadas en ejercicio de la acción de tutela tienen carácter obligatorio únicamente para las partes y que su motivación sólo constituye criterio auxiliar para la actividad de los jueces.

7. Objeciones presidenciales

Aprobado un proyecto por el Congreso, de conformidad con el artículo 165 de la Constitución, se remite al Gobierno para su sanción, donde el Presidente de la República puede objetarlo por motivos de inconveniencia o por considerarlo inconstitucional total o parcial, ya sea en el aspecto material o formal. Si la objeción formulada es por inconstitucional, la insistencia de las cámaras implica que el proyecto pase a la Corte Constitucional para que ésta, dentro de los seis días siguientes, decida sobre su exequibilidad, el cual en caso de ser parcialmente inexecutable, así se indicará a la Cámara para que una vez oído el Ministro del ramo, se rehaga e integre las disposiciones afectadas en términos del dictamen de la Corte, ello de conformidad con el artículo 167 constitucional.⁴²⁶

De manera que el proyecto puede someterse a control constitucional ante la Corte Constitucional, y para ello, la Constitución Colombiana en el artículo 166 prevé distintos plazos atendiendo el número de artículos que integran el proyecto de ley aprobado por las Cámaras, otorgándole al Gobierno seis días para objetar cuando el proyecto no conste de más de veinte artículos, diez días si consta de veintiuno a

⁴²⁶ Artículo 167. ... Exceptúase el caso en que el proyecto fuere objetado por inconstitucional. En tal evento, si las Cámaras insistieren, el proyecto pasará a la Corte Constitucional para que ella, dentro de los seis días siguientes decida sobre su exequibilidad. El fallo de la Corte obliga al Presidente a sancionar la ley. Si lo declara inexecutable, se archivará el proyecto. Si la Corte considera que el proyecto es parcialmente inexecutable, así lo indicará a la Cámara en que tuvo su origen para que, oído el Ministro del ramo, rehaga e integre las disposiciones afectadas en términos concordantes con el dictamen de la Corte. Una vez cumplido este trámite, remitirá a la Corte el proyecto para fallo definitivo.

cincuenta artículos y hasta veinte días si tiene más de cincuenta. En caso de una declaración parcial de inconstitucionalidad, se rehacen las disposiciones para ser remitidas nuevamente para otro fallo; en caso de ser declarado constitucional, el presidente procede a sancionarlo.

Mediante la sentencia C-1404/00 se determinó la necesidad de extender el juicio de constitucionalidad a razones no invocadas en las objeciones presidenciales, en el entendimiento de que, si no se hacía el análisis pertinente de temas conexos, los mismos serían considerados como cosa juzgada, impidiendo que algún ciudadano pudiese controvertirlos en un futuro.⁴²⁷

8. Características del sistema.

Luego entonces, el sistema colombiano se caracteriza por un control descentralizado judicial y centralizado en una Corte Constitucional, con control parcial, preponderancia del control represivo pero con existencia de control previo, legitimación activa amplia, procedimientos mixtos, efectos de cosa juzgada e inter-partes (tribunales ordinarios) y control plural y efectos *erga omnes* cuando se trata de la Corte Constitucional.⁴²⁸

4.7 Sistema de control constitucional en Estados Unidos, el caso del *writ of certiorari* y su sistema de precedentes

1. Writ of certiorari

En Estados Unidos la Corte Suprema recibe aproximadamente 10,000 peticiones de pronunciamiento anualmente, de los cuales sólo resuelve alrededor de 70 asuntos, a través de un sistema de *writ of certiorari*⁴²⁹, dada la discrecionalidad para decidir qué decidir, basado en un grupo de casos que decidirá (*docket*), es decir,

⁴²⁷ De la Mata Pizaña, Felipe, *op. cit.*, p. 130.

⁴²⁸ *Ibidem*, pp. 125-126.

⁴²⁹ Saba, Roberto, "Dilemas supremos: ¿Qué, cuándo y cuánto decidir?", *Revista del Centro de Estudios Constitucionales-Suprema Corte de Justicia de la Nación*, México, Año VI, Núm. 10, enero-julio 2020, p. 90, <https://www.sitios.scjn.gob.mx/cec/biblioteca-virtual/enero-junio-2020>

derivado de una agenda que le ayuda a cumplir su rol de intérprete de la Constitución.

La Corte Suprema para resolver esos 70 asuntos, realiza una selección apoyada en *clerks*, es decir, jóvenes graduados de las mejores facultades del país. Esos casos son seleccionados mediante un “proceso de *certiorari*”, que comienza con la parte que no le favorece una resolución en una instancia inferior de ahí que se presenta a la Corte, esa petición de *certiorari* se turna a un *Clerk* del *cert pool*. El *cert pool* inició sus funciones en 1972 a fin de reducir el tiempo que ocupaba a los jueces resolver las peticiones de *certiorari*. Se entendía que si todos los *clerks* de todos los jueces revisaban todas las peticiones, se generaría un uso ineficiente del tiempo. Por lo que era más importante que ese tiempo se invirtiera en elaborar proyectos de resolución relativas al fondo del asunto. De manera que aquel año, el *justice* Lewis F. Powell reunió a un grupo o *pool de clerks*, con la finalidad de reducir la cantidad de asuntos que llegaban a la Corte. El *Clerk* al que se le asignaba la petición debe escribir un memo que resuma lo que se pide y lo que existe en el expediente, para después ese *Clerk* emite una recomendación de cómo debe proceder la Corte. Con esos memos, el presidente circula entre sus colegas la denominada “lista de discusión”, que contiene las peticiones que considera debe ser materia de decisión de la Corte. Este procedimiento se mantiene a la fecha con variantes, de modo que la Corte deniega las peticiones que no integran la lista sin que medie una votación, partiendo de una “regla de los cuatro” que consiste en que cuatro de los nueve jueces estén de acuerdo, para que el caso sea considerado por el Pleno para emitir sentencia. Ello descarga una considerable carga de trabajo en la selección de asuntos en los *clerks* de cinco de los nueve jueces.⁴³⁰

La Corte establece su agenda de conformidad con los temas que pretende resolver para lo cual elige los asuntos adecuados para pronunciarse. Algunos criterios para aceptar asuntos son por ejemplo: que sean temas que arrastren una gran controversia interpretativa que requiera una resolución, cuestiones en las que los tribunales inferiores no han decidido de manera consistente; que existan

⁴³⁰ *Ibidem*, pp. 96-97.

evidentes errores interpretativos o contradictorios; aquellos en los que los precedentes requieren un cambio drástico de interpretación de un artículo constitucional, o bien, casos relativos al alcance de un derecho sobre el que la Corte no se ha pronunciado. Asimismo puede seleccionar aquellos asuntos que motiven un gran debate público y que la sociedad a través de movimientos sociales, esté madurando una interpretación con la que la Corte puede coincidir, lo que implica que pueda evitar asuntos en donde no haya claridad o existan discrepancias entre la propia sociedad, la academia o contradicciones entre los tribunales inferiores.⁴³¹

Destacadamente, la jueza Sonia Sotomayor explica que entre los criterios que la Corte debe utilizar para decidir qué decidir, se asocia al rol institucional de la Corte, derivada de su obligación de intervenir cuando el sistema de justicia ha fallado en la promesa de proveer justicia imparcial, por defectos estructurales o transgresiones individuales.⁴³²

2. *El sistema de jurisprudencia por precedentes*

El éxito del sistema de precedentes en Estados Unidos radica en el liderazgo que ejerce la Corte Suprema, mediante el desarrollo de jurisprudencia constitucional vinculante en materia de derechos humanos. Magaloni⁴³³ señala que en el proceso de creación jurisprudencial constitucional en Estados Unidos, se destacan tres aspectos centrales.

El primero es que el conocimiento de los asuntos de apelación por la Corte Suprema es discrecional, mediante el *writ of certiorari*, con el cual selecciona y elige libremente los asuntos que considera relevantes para dedicar su atención, pues propio de los tribunales vértice, se les solicita su atención en una gran cantidad de asuntos, sobre los cuales no existe la capacidad incluso de pronunciarse

⁴³¹ *Ibidem*, pp. 111-112.

⁴³² *Ibidem*, p. 115.

⁴³³ Magaloni Kerpel, Ana Laura, ¿Por qué la Suprema Corte no ha sido un instrumento para la defensa de derechos fundamentales?, *Centro de Investigación y Docencia Económicas CIDE*, 2007, número 25, pp. 11-15, <http://repositorio-digital.cide.edu/handle/11651/1282>

razonadamente sobre cada uno de ellos. De ahí que, la Corte Suprema elige asuntos estratégicos sobre los temas que tiene programado abordar.

Aunado a ello, no sólo elige estratégicamente los casos, sino que analiza el momento adecuado u oportuno para tomar el asunto y pronunciarse, a través de un proceso de *percolation* en los tribunales de apelación o intermedios. Los juristas norteamericanos emplean el término *percolation* para referirse a un proceso de experimentación de distintas soluciones y reglas de decisión que plantean los tribunales de diversas jurisdicciones o inferiores.⁴³⁴ Es decir, que los tribunales de circuito en su jurisdicción hayan decidido ya asuntos relacionados con la controversia que merece el conocimiento de la Corte Suprema, de manera que cuando la Corte toma el asunto, cuenta con una perspectiva amplia del problema, las distintas soluciones que se han planteado por los tribunales intermedios o de apelación y evalúa el impacto que tendrá, así como los efectos jurídicos y sociales que pudieran generarse, lo que le permitirá analizarse con las decisiones que previamente han emitido los tribunales inferiores.

Cuando la Corte Suprema resuelve un caso, determina un precedente que sirve para empezar, delinear o consolidar una doctrina sobre temas específicos de interpretación, preferentemente sobre el contenido de los derechos, su significado y alcance, a fin de que sean tutelados, pero ello no se logra con un solo precedente sino que si bien cada precedente es importante, éstos siguen una línea evolutiva sobre la interpretación constitucional que permite entender el tema o problemática desde diferentes ámbitos, a través de sus precedentes a fin de abordarlos de manera sistemática, siendo relevante que la Corte lo que hace en realidad es controlar y vigilar la dirección que otorgan sus precedentes, a fin de servir de influencia a los jueces y tribunales, con posibilidades de autorizar en unos casos un amplio margen de interpretación y en otros, delimitarlo.

Incluso, aprovechándose de la discrecionalidad en la selección de casos que garantiza el *writ of certiorari*, cuando aborda un asunto previamente analizado, lo

⁴³⁴ *Ibidem*, p. 12.

hace con la intención de aclarar, desarrollar o hasta para modificar su jurisprudencia vinculante⁴³⁵, dado el sistema de precedentes propio del sistema norteamericano. Así, monitorea el alcance de sus precedentes en los tribunales inferiores e interviene nuevamente si lo considera necesario para aclarar, uniformar o modificar su doctrina constitucional.

En Estados Unidos, una sentencia cuyo parámetro es la Constitución para configurar los principios y reglas de decisión del caso, crea un precedente constitucional que rige en casos futuros análogos o similares, destacándose que la fuerza normativa de un precedente constitucional no se origina en relación a una ley inaplicada sino a partir de los hechos que motivaron el caso que llevó al pronunciamiento de constitucionalidad.⁴³⁶ Así, ninguna sentencia de la Corte Suprema es indiferente, ya que toda sentencia interpreta y aplica la Constitución lo que origina un precedente, el cual forma parte de un conjunto de precedentes que concatenados crean política judicial de interpretación constitucional, especialmente en materia de derechos humanos, es decir, los precedentes en su conjunto, definen el alcance y contenido de los derechos.

De modo que, la jurisprudencia o doctrina constitucional es el conjunto de sentencias que entrelazadas y sistematizadas, explican y dan contenido a la eficacia de un derecho derivado de casos en los que estuvo implicado el ejercicio del mismo, a fin de definir su alcance para ser objeto de tutela constitucional.⁴³⁷

Magaloni señala que existen dos formas de creación doctrinal a partir de los precedentes norteamericanos, la maximalista y la minimalista, las cuales coexisten en la práctica judicial de los tribunales. El minimalismo se apoya en la flexibilidad, dinamismo y capacidad de adaptar la doctrina creada mediante el precedente, lo cual se desarrolla casuísticamente caso por caso. Un precedente se aplica mediante una técnica de interpretación analógica, esto es, el tribunal o juez compara el patrón

⁴³⁵ *Ibidem*, pp. 12-13.

⁴³⁶ Magaloni Kerpel, Ana Laura, *La Suprema Corte y el obsoleto sistema de jurisprudencia constitucional*, Centro de Investigación y Docencia Económicas CIDE, 2011, número 57, p. 6, <http://repositorio-digital.cide.edu/handle/11651/1324>

⁴³⁷ *Ibidem*, p. 7.

de hechos del caso sometido a su potestad con aquél del que derivó el precedente a fin de determinar si guardan analogía y es relevante para la solución del caso, en términos del principio de igualdad. Si no existen diferencias que ameriten un trato distinto, extiende o aplica el precedente al caso concreto o bien, si estima que existen diferencias importantes que no guardan armonía con el patrón de hechos, distingue la regla y no lo aplica, generando una nueva regla.⁴³⁸

La jurisprudencia minimalista no resuelve el tema controvertido de manera general, sino que otorga un margen de interpretación a los tribunales de apelación o inferiores para que decidan si la aplican o no a los casos concretos. Asimismo, este tipo de resoluciones indican que la Corte utiliza la flexibilidad en virtud de que aún no está preparada para generar una decisión definitiva al tema constitucional controvertido y por lo tanto, el tema sigue abierto al debate político y jurídico. Se parte de que la regla general y abstracta es prematura y pudiera ser negativa, por lo que decide dar un amplio margen para que los jueces no la apliquen sin considerar los hechos del caso concreto, de ahí que la decisión opere con flexibilidad y de manera dinámica en casos análogos o similares, definiendo el alcance del precedente con las limitaciones que implica su no aplicación en los casos donde no exista el mismo patrón interpretativo, hasta llegar a decisiones entrelazadas por principios de interpretación comunes que abordarán el tema de manera integral.

Por su parte, en la teoría maximalista el precedente sirve de base para un tipo de casos concretos o definidos, donde el juez o tribunal se ve obligado a aplicar la regla del precedente mediante la deducción en los asuntos comprendidos en el mismo, de modo que el principio de igualdad en la resolución de los casos se garantiza por la generalidad de la regla y no así por el razonamiento análogo que se usa en el minimalismo. A los casos no comprendidos en la regla del precedente no les aplica y por tanto el juez decide no utilizarlo.⁴³⁹

⁴³⁸ *Ibidem*, pp. 7-14.

⁴³⁹ *Ibidem*, p. 10.

Este tipo de resoluciones maximalistas reducen el ámbito de discreción de los jueces dada la regla general del precedente, propiciando certeza jurídica. Por ejemplo, la Corte Suprema estableció que cualquier distinción por motivo de raza está sujeta a un escrutinio más estricto (*strict scrutiny*) arrojando la sospecha que la distinción basada en un motivo de raza genera una presunción de inconstitucionalidad de la ley, de ahí que toda distinción en ley es analizada bajo este escrutinio, de no justificarse la distinción, se trataría de una discriminación que protege la Constitución y debe ser reparada.

Por otra parte, es importante señalar que las decisiones minimalistas y maximalistas no siempre son aplicables de manera precisa, ya que en la práctica de los jueces y tribunales se llega a no aplicar el precedente en atención a las características del caso, lo que genera se mantengan abiertos los criterios de interpretación para analizarlos de conformidad con los cambios sociales, así el *case law* se va transformando en atención al ritmo social y la evolución que requiere la atención del caso, aunado a los nuevas características que surjan y que dan motivo a un nuevo tratamiento, tomando en cuenta el patrón de hechos del precedente y de las diferencias del nuevo.

Finalmente se destaca, que la jurisprudencia por precedentes en Norteamérica no genera fragmentación en la interpretación constitucional, esto es, no se encuentran fragmentados los sentidos de interpretación generados por los jueces. La fuerza del precedente entrelaza y armoniza los casos pasados con los futuros, de modo que en los casos concretos nuevos, los jueces siguen la jurisprudencia en atención de lo que se dijo en el pasado, siendo un proceso colectivo, con la convergencia de ideologías de los jueces que conforman la Corte Suprema. Así el contenido de la Constitución y su significado se vuelve comprensible, uniforme y sometido también a la evolución social cuando tiene que cambiar, en una dinámica que permite el sistema de precedentes de manera concatenada y articulada.

4.8 Conclusiones al capítulo

En el presente capítulo se han analizado los casos europeos de Alemania, Italia y España, así como en América Latina, las experiencias de Perú y Colombia, tomando en consideración su diseño estructural del órgano de control constitucional que genera una gran influencia interpretativa de la Constitución, la cual permea entre la jurisdicción ordinaria para tutelar eficazmente tanto de manera objetiva como subjetiva la Constitución, la cual suele desarrollarse por influjo de la vía abstracta pero también, a través de su vinculación con los casos concretos.

Se destaca la experiencia de Estados Unidos, en donde el sistema de selección de casos permite que únicamente resuelva en promedio alrededor de 70 asuntos al año y con un sistema de precedentes que es ejemplar para su adaptación en el caso mexicano, incluso derivado de la reforma “por y para el Poder Judicial” recientemente aprobada, se pretende mudar a la implementación de la jurisprudencia por precedentes.

Asimismo, la elección de tales países se debió a la incorporación de nuevas vías de control, adoptadas en su sistema de justicia constitucional, que plantean soluciones con resultados aceptables para la defensa de la Constitución. De ahí que desde una perspectiva comparada, los procesos constitucionales analizados ya sea en vía abstracta o incidental, se hicieron consistir en los siguientes:

País	Competencias	Sistema
Alemania	<ul style="list-style-type: none"> ➤ Consulta de constitucionalidad del juez ordinario al Tribunal Constitucional, con efectos generales. ➤ Control abstracto vía acción de inconstitucionalidad con efectos generales. ➤ Recurso de amparo o queja constitucional. ➤ Conflicto sobre órganos ➤ Prohibición de partidos políticos 	El control es a <i>posteriori</i> El cual es concreto y abstracto
Italia	<ul style="list-style-type: none"> ➤ Cuestión de inconstitucionalidad ➤ Recurso de legitimidad constitucional ➤ Conflictos de constitucionalidad ➤ Referéndum derogativo ➤ Proceso Penal contra el Jefe de Estado 	El control es a <i>priori</i> y a <i>posteriori</i> El control a <i>posteriori</i> es abstracto y concreto
España	<ul style="list-style-type: none"> ➤ Recurso de inconstitucionalidad es una vía abstracta ➤ Cuestión de Inconstitucionalidad ➤ Control previo de Tratados Internacionales 	El Control es a <i>priori</i> y a <i>posteriori</i> , concreto y abstracto Abstracto y a <i>priori</i>

	<ul style="list-style-type: none"> ➤ Recurso previo de inconstitucionalidad de proyectos de Estatutos de Autonomía y sus propuestas de reforma. ➤ Recurso de Amparo constitucional ➤ Conflictos constitucionales ➤ Conflictos en defensa de la autonomía local 	<p>Abstracto y <i>a posteriori</i> Concreto y <i>a posteriori</i></p>
América Latina		
Perú	<ul style="list-style-type: none"> ➤ Control difuso ➤ Acción de inconstitucionalidad ➤ Conocer de las resoluciones judiciales denegatorias de las acciones de hábeas corpus, amparo, hábeas data y cumplimiento ➤ Proceso de Acción popular ➤ Proceso o conflicto competencial. 	<p>Sistema dual o paralelo Control a posteriori Concreto y abstracto Legitimación amplia</p>
Colombia	<ul style="list-style-type: none"> ➤ Acción pública de inconstitucionalidad (actos reformativos de la Constitución por vicios en el procedimiento, convocatoria a referendo o Asamblea Constituyente, leyes, Decretos, Tratados Internacionales) ➤ Excepción de inconstitucionalidad ➤ Control automático y previo (Leyes Estatutarias, tratados internacionales y estados de excepción) ➤ Control automático sobre la constitucionalidad de la convocatoria a referendo o asamblea constituyente. ➤ Control de los referendos sobre leyes, consultas populares y plebiscitos del orden nacional. ➤ Control de revisión de las sentencias en materia de tutela por violación de derechos constitucionales. ➤ Objeciones presidenciales 	<p>El Control es a priori y a posteriori, concreto y abstracto. Abstracto y a priori Abstracto y a posteriori Concreto y a posteriori Legitimación activa amplia</p>
Estados Unidos de América		
Estados Unidos	<ul style="list-style-type: none"> ➤ <i>Writ of certiorari</i> ➤ Jurisprudencia por precedentes 	<p>Control a posteriori Concreto y abstracto a través del <i>stare decisis</i>, y el sistema jurisprudencia por precedentes</p>

CAPÍTULO QUINTO

Una propuesta de Corte Constitucional como fundamento de un modelo de Justicia Constitucional

5.1 Introducción

Derivado del análisis realizado en el capítulo tercero sobre el estatuto del juez constitucional, se comprueba que es fundamental para que el órgano de control constitucional realice su función con independencia e imparcialidad, contar con un adecuado sistema de garantías jurisdiccionales, consistente en: un adecuado procedimiento de designación, la estabilidad en el cargo y una duración prolongada, inamovilidad, garantía económica o de remuneración, incompatibilidades y régimen de responsabilidades, inmunidad procesal, así como una adecuada colegialidad y publicidad de sus resoluciones.

Lo anterior, aunado a que es menester que el órgano de control cuente con un sistema integral de medios de control constitucional, que a partir del análisis realizado en el capítulo cuarto sobre los principales procesos de control en diversas experiencias del derecho comparado, permitan considerar instrumentos adecuados para realizar la función de defensa e interpretación constitucional, ello de manera eficaz y con la influencia y vinculación necesaria para irradiar en el ordenamiento jurídico, no sólo a partir del ejercicio del control abstracto sino también mediante el conocimiento de casos concretos estratégicamente seleccionados para generar contenido a los derechos a fin de ser aplicados por los jueces o tribunales inferiores en favor de los solicitantes de tutela constitucional.

Luego entonces, se propone un diseño de Corte Constitucional que a partir de un modelo de justicia constitucional que integre una diversidad de medios de control realice una defensa integral de la Constitución, partiendo de una Corte Constitucional como su vértice, con un adecuado estatuto del juez constitucional, la que conocerá de competencias de estricta constitucionalidad (exclusión de las de mera legalidad), acorde al núcleo esencial de la competencia de los tribunales constitucionales, en el que se incluyan los instrumentos que de manera abstracta

tutelan la Constitución, así como los que protegen derechos subjetivos, con base en un amplio criterio de discrecionalidad en su selección atendiendo una agenda estratégica que responda a una adecuada política judicial.

Asimismo, el diseño de Corte Constitucional que se propone, se sitúa dentro de la esfera del Poder Judicial, esto es, estaría incardinada en el propio Poder Judicial, lo cual coadyuvaría a evitar el fenómeno de “la guerra de las Cortes”, consistente en las tensiones y desavenencias de los tribunales constitucionales y las Cortes Supremas, particularmente en la unificación de criterios interpretativos, ello dada la idea de que el tribunal constitucional tiene una posición privilegiada en el sistema que le garantiza una amplia discrecionalidad para determinar, en los hechos, lo que pueden legítimamente resolver el resto de órganos y poderes constitucionales.

En Italia, se denominó “guerra de las cortes” al enfrentamiento entre altos tribunales, dándose en 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 cual era el sentido “correcto” de esas normas, tales interpretaciones eran contrarias a las de la Corte de Casación, la que no las aceptaba.⁴⁴⁰

En Alemania se reprodujo el conflicto, lo que ahí suscitó discusión y enfrentamiento fue 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”⁴⁴¹ de la

⁴⁴⁰ Cossío Díaz, José Ramón, *Sistemas y modelos de control constitucional en México, op. cit.*, p. 255.

⁴⁴¹ Esta tesis consiste en sostener que el grado de control constitucional sobre las sentencias ordinarias depende de la intensidad del perjuicio que estas últimas causaran en un derecho fundamental, estándar que en algunos casos ha permitido al Tribunal Constitucional Alemán 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 otras 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, al respecto *Cfr.* Grote R., “Las relaciones entre jurisdicción constitucional y justicia ordinaria a la luz de la experiencia alemana”, en *La ciencia del derecho procesal constitucional. Estudios en homenaje a Héctor Fix-Zamudio en sus cincuenta años como investigador del derecho*,

aplicación del derecho ordinario. Asimismo, en España también existió dicho problema, radicando en que el Tribunal Constitucional llegó al extremo de tomar la decisión final de los casos concretos que corresponden al Supremo, en lugar de sólo revisar el problema de constitucionalidad planteado y reenviar⁴⁴². Lo anterior se evitaría no sólo con situar a la Corte Constitucional dentro del Poder Judicial, sino con la precisión de criterios que delimiten sus competencias, con sus conexiones necesarias con la jurisdicción ordinaria, a fin de generar certeza en la aplicación del derecho y preservación de la supremacía de la Constitución.

Aunado a un adecuado estatuto del juez constitucional, que implica desde un nuevo sistema de nombramientos y verificación del perfil, así como las garantías judiciales tendientes a preservar su independencia. De ahí que se propone la creación de una Corte Constitucional con las características y garantías jurisdiccionales siguientes:

5.2 Diseño y composición del órgano

Es conveniente repensar en el diseño de una Corte Constitucional incardinada dentro de la estructura del Poder Judicial, que cuente con independencia y autonomía con inspiración en el diseño colombiano y alemán. Con la inclusión de la Corte en el Poder Judicial se aprovecha la estructura ya existente en cuyos órganos recaerá la vinculación e influencia de las sentencias y precedentes que emita la Corte Constitucional, aunado a que al formar parte del Poder Judicial no se fragmentarán los criterios interpretativos y se consolidará la identidad de un tribunal constitucional, evitando la “guerra de las cortes” que se suele generar entre el órgano de control constitucional y las cortes supremas o el tribunal cúspide del Poder Judicial, principalmente cuando nace como un diseño al margen del Poder Judicial.

Ferrer Mac-Gregor, E., y Zaldívar, Arturo (coords.) México, UNAM-Marcial Pons, 2008, t. II, pp. 653-671.

⁴⁴² *Cfr.*, Gutiérrez de Cabiedes Hidalgo, P., “El Tribunal Constitucional español y su conflicto con el Tribunal Supremo. Jurisdicción constitucional y jurisdicción ordinaria”, en Ferrer Mac-Gregor, E., y Zaldívar, Arturo (coords.), *La ciencia del derecho procesal constitucional. Estudios en homenaje a Héctor Fix-Zamudio en sus cincuenta años como investigador del derecho*, México, UNAM, Marcial Pons, 2008, t. II, pp. 673-703.

Se destaca que contará con la garantía de una autonomía presupuestal en el plano administrativo como el caso del Tribunal Constitucional Federal Alemán. Aunado a que es necesario que la Corte cuente con su propia Ley Orgánica de la Corte Constitucional en donde se regule debidamente el proceso de designación y selección del Juez Constitucional, a fin de evitar un procedimiento a discreción de los órganos políticos, como se realiza actualmente a través de los acuerdos parlamentarios del Senado descritos en capítulos anteriores, así como diseñarse el procedimiento teniendo en cuenta el perfil de juez que se desea reclutar, aumentando los requisitos de especialidad en la materia de derecho constitucional y derechos humanos, los cuales serán evaluados en la comparecencia ante la cámara alta.

5.3 Integración

Se propone que la integración de la Corte Constitucional continúe en 11 jueces constitucionales, en consonancia con el rango de jueces que integran los tribunales constitucionales contemporáneos, y que oscilan entre los 16 jueces constitucionales alemanes, 15 italianos, 13 portugueses, 12 españoles, 9 franceses, 9 de Colombia y los 7 de Perú.

Así, se propone que la Corte Constitucional se integre por 11 jueces constitucionales, los cuales serán nombrados por el Senado de la República a partir de la propuesta que realicen diversos poderes, entes o corporaciones, en quienes se distribuirá el poder de nominación, con inspiración del modelo italiano, colombiano y guatemalteco.

De manera que, de los 11 miembros que conformarán la Corte, 3 serán a propuesta del Ejecutivo, 3 a propuesta de la Cámara de Diputados, 3 a propuesta del pleno de la Suprema Corte, 1 a propuesta de la Academia y 1 a propuesta del Foro de abogados; todos con la respectiva aprobación de la Cámara de Senadores, previa nominación individual (eliminando el sistema de ternas) a fin de favorecer un diseño de comparecencias y evaluación que permita desentrañar de mejor manera la ideología y el entendimiento que el nominado tenga sobre la Constitución. La idea

de repartir el poder de designación evita monopolios o excesos, y favorece el pluralismo de visiones en la Corte Constitucional, impulsadas por los órganos que designan, como se señalará en líneas posteriores.

5.4 Procedimiento de designación

En el modelo de nominación que se propone, se requiere de la aprobación, consenso y participación de al menos dos órganos distintos, como ejemplo se encuentra el caso ya analizado de Estados Unidos de América, en donde participan el presidente de la República con una propuesta, la cual se somete a la aprobación del Senado, quien realiza un fuerte escrutinio sobre el perfil del candidato.

Sin embargo, la facultad de nominación no sería únicamente del presidente de la República, ya que si bien, se trata de un modelo de acto compuesto a diferencia del modelo de designación directa en donde no se requiere de la participación de diverso órgano⁴⁴³, ni tampoco sería un modelo mixto en donde se combina el acto compuesto y la designación directa⁴⁴⁴, atendiendo la clasificación de Estrada Marún ya apuntada. De ahí que el acto compuesto, sería a partir de una distribución de la facultad de nominación entre diversos órganos, con la consecuente aprobación del Senado.

En este sentido, en Italia⁴⁴⁵ y España⁴⁴⁶ se han decantado por la distribución del poder de designación entre varios órganos, aunque en la propuesta se agregaría que la nominación que realicen diversos entes sería sometida al escrutinio y aprobación del Senado de la República en semejanza del modelo colombiano⁴⁴⁷, en

⁴⁴³ Alemania es un ejemplo de este modelo, en donde cada una de sus Cámaras, de manera separada designa a un número de magistrados. Incluso la designación es realizada por la propia Comisión del *Bundestag*.

⁴⁴⁴ El caso de Chile es un ejemplo, en donde para la integración del Tribunal Constitucional, ocho miembros se designan de manera directa, mientras que dos por acto compuesto.

⁴⁴⁵ En Italia, de los quince jueces, cinco son designados por la sesión conjunta de las cámaras parlamentarias, cinco por las supremas magistraturas y cinco por el presidente de la República, conforme al artículo 135 de la Constitución.

⁴⁴⁶ En España, se deja la designación de dos jueces al gobierno, ocho a las Cortes (cuatro al Senado y cuatro al Congreso) y dos al Consejo General del Poder Judicial.

⁴⁴⁷ En Colombia el Senado de la República debe designar por mayoría simple a los nueve magistrados de la Corte Constitucional para un periodo individual de ocho años, de entre las ternas

una suerte de acto compuesto, en donde la nominación se distribuye en los tres poderes del Estados y dos corporaciones no incardinadas en los poderes, como son la barra de abogados y la Academia, con inspiración del diseño de Guatemala único en este sentido que incluye a dos corporaciones, el Consejo Superior Universitario de la Universidad de San Carlos y la Asamblea del Colegio de Abogados, este diseño no es habitual en los modelos de designación, pero atiende las voces de garantizar el perfil académico y del abogado postulante, que suelen ser excluidos del máximo órgano de control constitucional.

Este modo de elegir a los jueces constitucionales con el reparto de la facultad de nominación, tiene la intención de evitar monopolios en el poder de designación, intentando hacer más equilibrada dicha facultad, en un marco general de inserción de pesos y contrapesos entre los órganos estatales. En otras palabras, este sistema permite que el poder de selección se “reparta” entre varios órganos del Estado, evitando que esta facultad se concentre en uno o dos órganos estatales, con la consecuente aprobación del Senado.

La finalidad es, que la potestad de efectuar propuestas sea extraída de diversos ámbitos y sectores, incluyendo a los poderes clásicos así como con la participación de dos órganos o corporaciones no incardinadas en los poderes del Estado, como son la barra de abogados y la Universidad de mayor prestigio, lo cual garantiza que la candidatura se confeccione por diversos perfiles, entre ellos, técnico-profesionales, de la academia, del perfil del abogado postulante, e incluso con visión política que se conformaría con el abogado que se ha dedicado a la administración pública.

El perfil técnico-profesional se garantizaría de la propuesta que hiciera la Suprema Corte, para ello la judicatura llevaría a los perfiles de su propia extracción y de carrera judicial, con pleno conocimiento del sistema de administración e impartición de justicia. Para la extracción de este perfil, una convocatoria pública

que le presenten, tres el Consejo de Estado, tres el presidente de la República y tres la Corte la Corte Suprema.

podría servir para definir al nominado, a la cual sería idóneo que se invitara a participar a magistrados y jueces de las entidades federativas, por conducto de la Comisión Nacional de Tribunales Superiores de Justicia.

El perfil de sensibilidad política, podría proponerse por parte del Poder Ejecutivo y de la Cámara de Diputados, por lo que, posiblemente el perfil del candidato sea de postulados ideológicos partidistas o inmiscuido en la vida política y de la administración pública. Mientras que la propuesta del foro de abogados, garantizaría un perfil del abogado litigante, y las Universidades podrían proponer un perfil eminentemente académico.

Para la nominación del perfil de extracción académica o proveniente de las Universidades, podría participar la Asociación Nacional de Facultades, Escuelas de Derecho (ANFADE), así como la Asociación Nacional de Universidades e Instituciones de Educación Superior (ANUIES), en la emisión de una convocatoria que señale las reglas para participar en un procedimiento interno transparente en el que puedan participar profesores de las universidades, con reglas definidas que culmine con la selección de la persona que sería la nominada ante el Senado de la República.

Lo anterior garantiza la ruptura de un monopolio en el poder de designación, con la intención de equilibrar la pluralidad de perfiles, que abonaría a una evolución dinámica de la interpretación, con garantía de un debate integrado por posturas ideológicas diversas en el ejercicio de la profesión, lo que generaría pesos y contrapesos internos.

En este sentido, el sistema Colombiano nos aporta un modelo similar aunque no idéntico, ya que como ha quedado señalado, en Colombia el Senado de la República designa por mayoría simple a sus nueve magistrados de entre las ternas que le envían, tres el Consejo de Estado, tres el Presidente de la República y tres la Corte Suprema, pero sin que en Colombia se contemple al foro de abogados y a la Academia como órganos proponentes, lo cual para el modelo mexicano se considera oportuno.

Asimismo, cómo se previó en el capítulo tercero, en Letonia también se distribuye la facultad de proposición, entre un grupo de no menos diez parlamentarios para tres plazas, el Consejo de Ministros para dos y el Pleno de la Suprema Corte para dos, para que sea el Parlamento quien designe a las siete magistraturas que integren la Corte Constitucional.

Por su parte, se propone que la nominación sea única y directa a fin de sustituir al sistema de ternas. Un sistema de nombramiento donde se propusiera a un sólo candidato y que éste tuviese que ser ratificado por mayoría calificada del Senado sería mucho mejor para aminorar la politización del nombramiento y, al mismo tiempo, generaría un debate público más amplio y profundo sobre los méritos y cualidades del candidato propuesto.⁴⁴⁸ A fin de que se favorezca la apertura, publicidad y transparencia, mediante un sistema de comparecencias en donde se pueda extraer la ideología del candidato.

La comparecencia al Senado es un componente de designación que debiera ser abierto, transparente y vigoroso, ya que tiene la finalidad de realizar una valoración de las nominaciones e indagar sobre el perfil, las cualidades, la preparación, la ideología, la experiencia adquirida y sobre todo advertir el entendimiento que el candidato tiene sobre la Constitución y su interpretación, a fin de poder elegir al más idóneo. Dicha comparecencia debe ser un verdadero acto de interlocución, a fin de exponer la visión de la judicatura y el control constitucional en el contexto de una democracia constitucional.

Las comparecencias deberán extenderse más allá de treinta días a fin de procurar un escrutinio sobre las candidaturas, en donde en diversas ocasiones concurra el nominado a la Comisión de Justicia, a ser evaluado en un conjunto de temas que coadyuven a desentrañar el entendimiento que tiene sobre la Constitución a fin de optar por el perfil más idóneo para la defensa constitucional. Incluso, en el ámbito de la comparecencia deben colaborar la academia, las barras

⁴⁴⁸ Elizondo Mayer-Serra, Carlos y Magaloni, Ana Laura, “La forma es fondo: como se nombran y deciden los ministros de la Suprema Corte de Justicia”, *op. cit.*, p. 39.

de abogados, facultades de derechos, instituto de investigaciones jurídicas y la sociedad civil para que no solamente externen una opinión, sino brindar información adicional sobre las candidaturas o formular preguntas a los aspirantes para que por conducto del Senado se interpele a los candidatos.

Así, el elemento más visible es la celebración de comparecencias públicas en sede parlamentaria, en la que los senadores puedan interpelar y debatir con el candidato propuesto con márgenes de tiempo muy amplios, pudiendo llegar al rechazo de la propuesta, a fin de que reflejen la forma en la que el candidato interpreta la Constitución.

Con el poco tiempo para la designación con el que cuenta el Senado actualmente y el formato en el que se desarrolla la comparecencia, no se logra un escrutinio riguroso pero sí una politización, a diferencia de lo que sucede en Estados Unidos que prevé un sistema de comparecencias intenso, contrario a ello en México no se tiene claridad sobre la ideología de los candidatos.

Destacándose que el plazo de treinta días al que se refiere el artículo 96 constitucional únicamente vincula al órgano que designa, pero no se contempla un plazo para realizar la nominación, esto es, al Titular del Ejecutivo, pues no existe un plazo que obligue al presidente al envío de la terna dentro de un lapso de tiempo determinado, una vez ocurrida la vacante. En los hechos, tanto el presidente de la Suprema Corte como el Ejecutivo tienen completa libertad para determinar el momento en que aquél notifica la existencia de una vacante y éste se da por enterado y, a su vez, confecciona y envía la terna al órgano legislativo, así como para decidir si la envía al Senado en periodo de sesiones, o durante el receso, según sea el caso, por lo que se propone regular los tiempos para que los poderes y corporaciones proponentes presenten las candidaturas y por su parte extender el tiempo de las comparecencias en el Senado para la valoración del candidato.

Por lo que se propone establecer un plazo predeterminado y perentorio de tres meses, para que el Senado proceda a la selección del juez constitucional a partir de la nominación que se le formule; sí luego de transcurrido este plazo no se hubiere

proveído la designación, a efectos de una “sanción institucional”, el órgano proponente perderá por esa ocasión la facultad de nombramiento y el Senado de aprobarlo, y ésta pasará a la Suprema Corte, la cual, dentro de un plazo breve⁴⁴⁹, proveerá a la designación mediante acuerdo del Pleno de la Suprema Corte. Dicha propuesta puede representar un efectivo impulso a la Cámara y a los órganos proponentes para que las fuerzas políticas, procedan a realizar la designación del juez constitucional en tiempo. Ello permitiría dar certeza jurídica y además constituye un mecanismo que garantiza el desarrollo y la consecución de los pasos de un proceso jurisdiccional o administrativo hasta su finalización, destacándose que en tanto se designa al nuevo juez constitucional, el juez saliente continuará en funciones debido al mecanismo de la *prorrogatio*, debidamente limitada, de manera que no se extienda discrecionalmente en el tiempo.

La propuesta no prescindiría de la participación del órgano parlamentario, sino que se establece una medida subsidiaria para desbloquear el procedimiento selectivo y garantizar la completa integración del Tribunal, así como su funcionamiento. El plazo de tres meses para proveer el nombramiento del Senado se considera prudente y pretende objetivar el límite del periodo en que los jueces constitucionales cesantes pueden permanecer prorrogados. Este plazo se formula considerando que cuatro meses previos a la culminación del mandato del juez, se propone que inicie el procedimiento de designación ya que con esa antelación la Corte avisaría al órgano proponente para que en atención a su regulación interna o convocatoria prepare el perfil que nominará ante el Senado para su evaluación, a fin de que la Cámara Alta pueda evaluar debidamente el perfil de los candidatos a ocupar el cargo de juez constitucional. Así, la suma de los plazos arrojaría un periodo general de siete meses para efectuar el nombramiento, el cual se presenta lo suficientemente amplio como para que sea evaluado con el correspondiente

⁴⁴⁹ Dicho plazo en el caso portugués es de diez días hábiles con que cuenta el Pleno para realizar la propuesta. Puede ser orientativo, en relación con el procedimiento para que el Pleno del Tribunal realice la cooptación, el estipulado en los artículos 17 a 19 de la Ley que regula al Tribunal Constitucional portugués, en cuanto a que previene detalladamente la presentación de las propuestas, la discusión, el procedimiento y rondas de votación, el escrutinio, el acuerdo de designación y la formalización del cargo.

periodo deliberativo, que además de otorgar un periodo suficiente para la evaluación del perfil del juez, se otorga certeza sobre los plazos para ocupar el cargo, aunada a la garantía de que la función jurisdiccional constitucional seguirá prestándose debido a la *prorrogatio* del juez saliente.

Por otra parte, en cuanto a la votación que haga el Senado sobre la designación, se propone una votación de las dos terceras partes de los presentes, Ello abona a un mejor perfil que permita un consenso o facilita la voluntad compartida entre diversos grupos, para que ninguno vea al futuro ministro como una posición propia, y que todos reconozcan en él una garantía de inclusión y una posición recíprocamente compartida, pues ninguna fuerza política por sí sola puede en lo individual obtener la votación requerida.

Todo lo anterior, con su debida regulación en una ley orgánica de la Corte Constitucional que al efecto se expida, en donde se prevea la designación de los jueces constitucionales y la valoración del perfil que se pretende obtener.

5.5 El principio de paridad en la Corte Constitucional

La integración de la Corte Constitucional se vería fortalecida si se incluye un criterio transversal para su designación, como tomar en consideración la paridad de género con la finalidad de garantizar la presencia equilibrada de hombres y mujeres, lo cual es oportuno si advertimos que actualmente el Pleno de la Suprema Corte mexicana se integra solamente con cuatro mujeres siendo la composición actual la que más ministras ha tenido en la historia de la Suprema Corte, destacándose que en toda la historia institucional de la Suprema Corte mexicana, ha sido integrada por catorce mujeres y ello contemplando a la ministra nombrada recientemente por el Senado de la República el veintitrés de noviembre del año dos mil veintiuno⁴⁵⁰, las cuales

⁴⁵⁰ El Pleno del Senado de la República avaló con 92 votos a favor, la designación de Loretta Ortíz Ahlf como ministra de la Suprema Corte de Justicia de la Nación, para ocupar la vacante generada por la conclusión del cargo del ministro José Fernando Franco González Salas, consultable en:

https://www.canaldelcongreso.gob.mx/noticias/14795/Senado_designa_a_Loretta_Ortiz_Ahlf_cmo_ministra_de_la_SCJN

se indican en la siguiente tabla⁴⁵¹, conjuntamente con su periodo en el que ejercieron o ejercen la función.

No.	Ministra	Periodo
1.	María Cristina Salmorán de Tamayo	1961-1986
2.	Livier Ayala Manzo	1975-1976
3.	Gloria León Orantes	1976-1984
4.	Fausta Moreno Flores	1983-1994
5.	Victoria Adato Green	1985-1994
6.	Martha Chávez Padrón	1985-1994
7.	Irma Cué Sarquis de Duarte	1987-1994
8.	Clementina Gil Guillén de Léster	1988-1994
9.	Olga María del Carmen Sánchez Cordero	1995-2015
10.	Margarita Beatriz Luna Ramos	2004-2019
11.	Norma Lucía Piña Hernández	2015-2030
12.	Yasmín Esquivel Mosa	2019-2034
13.	Ana Margarita Ríos Farjat	2019-2034
14.	Loretta Ortiz Ahlf	2021-2036

Lo anterior es un dato⁴⁵² que debe considerarse para impulsar la debida paridad en aras de erradicar la desigualdad estructural, al tratarse de un espacio de deliberación constitucional que debe estar integrado con diversidad de ideologías, al tutelar los derechos de una sociedad cada vez más plural.

La paridad en la Corte Constitucional debe considerarse como una exigencia para su integración, considerando la enorme desigualdad estructural en que se encuentran las mujeres en el Estado mexicano, destacándose que actualmente la paridad es un mandato de optimización flexible que no se concreta sólo desde un aspecto cuantitativo, sino cualitativo en aras de alcanzar una igualdad sustantiva.

No pasa desapercibido, que el principio de paridad ha cobrado fortaleza en el Estado mexicano, pues incluso en junio de dos mil diecinueve se aprobó la reforma

⁴⁵¹ Cfr. *Semblanzas de los Ministros de la Suprema Corte de Justicia de la Nación (1917-2013) Breve recorrido de su vida y obra, a través de las Épocas del Semanario Judicial de la Federación*, consultable en Consultable en: <file:///D:/Doctorado%20DID/Transparencia/Semblanzas%20de%20los%20Ministros%20SCJN%201917-2013.pdf>

⁴⁵² Julio Martínez Rivas, Abogado (ITAM), *La historia de las mujeres en la Suprema Corte*, <https://eljuegodelacorte.nexos.com.mx/la-historia-de-las-mujeres-en-la-suprema-corte/>

constitucional conocida como “paridad en todo”⁴⁵³, con la finalidad de garantizar que todos los órganos del Estado -incluidos los autónomos-, se integren paritariamente, a fin de hacer real el acceso a las mujeres en la conformación de órganos públicos.

La reforma en cita establece el principio de paridad en la postulación en los cargos de elección popular tanto de los municipios, en los órganos legislativos, en el nombramiento de titulares de las Secretarías de Estado tanto federal como local e incluso la obligación de que en los concursos abiertos para la integración de los órganos jurisdiccionales sea observado el principio de paridad, no obstante ello, la reforma no vincula a que el Pleno de la Suprema Corte se integre de manera paritaria, pues del texto de la reforma se aprecia que en el ámbito del Poder Judicial, es una obligación que debe ser atendida únicamente en los concursos abiertos para la integración de órganos jurisdiccionales no así de la Suprema Corte como cabeza del Poder Judicial. Lo anterior se advierte del propio texto de la reforma constitucional denominada “paridad en todo”, que fue del tenor siguiente:

Paridad de género	
Ayuntamientos	<p>Artículo 2º. VII. Elegir, en los municipios con población indígena, representantes ante los ayuntamientos, observando el principio de paridad de género conforme a las normas aplicables.</p>
Cargos de elección popular	<p>Artículo 35. Son derechos de la ciudadanía: II. Poder ser votada en condiciones de paridad para todos los cargos de elección popular, teniendo las calidades que establezca la ley. El derecho de solicitar el registro de candidatos y candidatas ante la autoridad electoral corresponde a los partidos políticos, así como a los ciudadanos y las ciudadanas que soliciten su registro de manera independiente y cumplan con los requisitos, condiciones y términos que determine la legislación</p>
Titulares de Secretarías de Despacho del Poder Ejecutivo Federal y de las entidades federativas	<p>Artículo 41. La ley determinará las formas y modalidades que correspondan, para observar el principio de paridad de género en los nombramientos de las personas titulares de las secretarías de despacho del Poder Ejecutivo Federal y sus equivalentes en las entidades federativas. En la integración de los organismos autónomos se observará el mismo principio.</p>

⁴⁵³ Reforma constitucional publicada en el Diario Oficial de la Federación, el día 6 de junio de 2019, consultable en el siguiente link: http://dof.gob.mx/nota_detalle.php?codigo=5562178&fecha=06/06/2019

<p>Postulación de candidaturas</p>	<p>...</p> <p>I. Los partidos políticos son entidades de interés público; la ley determinará las normas y requisitos para su registro legal, las formas específicas de su intervención en el proceso electoral y los derechos, obligaciones y prerrogativas que les corresponden. En la postulación de sus candidaturas, se observará el principio de paridad de género.</p> <p>Los partidos políticos tienen como fin promover la participación del pueblo en la vida democrática, fomentar el principio de paridad de género, contribuir a la integración de los órganos de representación política, y como organizaciones ciudadanas, hacer posible su acceso al ejercicio del poder público, de acuerdo con los programas, principios e ideas que postulan y mediante el sufragio universal, libre, secreto y directo, así como con las reglas que marque la ley electoral para garantizar la paridad de género, en las candidaturas a los distintos cargos de elección popular. Sólo los ciudadanos y ciudadanas podrán formar partidos políticos y afiliarse libre e individualmente a ellos; por tanto, quedan prohibidas la intervención de organizaciones gremiales o con objeto social diferente en la creación de partidos y cualquier forma de afiliación corporativa</p>
<p>Cámara de Diputados Federal</p>	<p>Artículo 53. La demarcación territorial de los 300 distritos electorales uninominales será la que resulte de dividir la población total del país entre los distritos señalados. La distribución de los distritos electorales uninominales entre las entidades federativas se hará teniendo en cuenta el último censo general de población, sin que en ningún caso la representación de una entidad federativa pueda ser menor de dos diputados o diputadas de mayoría.</p> <p>Para la elección de los 200 diputados y diputadas según el principio de representación proporcional y el Sistema de Listas Regionales, se constituirán cinco circunscripciones electorales plurinominales en el país conformadas de acuerdo con el principio de paridad, y encabezadas alternadamente entre mujeres y hombres cada periodo electivo. La Ley determinará la forma de establecer la demarcación territorial de estas circunscripciones.</p>
<p>Cámara de Senadores</p>	<p>Artículo 56. La Cámara de Senadores se integrará por ciento veintiocho senadoras y senadores, de los cuales, en cada Estado y en la Ciudad de México, dos serán elegidos según el principio de votación mayoritaria relativa y uno será asignado a la primera minoría. Para estos efectos, los partidos políticos deberán registrar una lista con dos fórmulas de candidatos. La senaduría de primera minoría le será asignada a la fórmula de candidaturas que encabece la lista del partido político que, por sí mismo, haya ocupado el segundo lugar en número de votos en la entidad de que se trate.</p> <p>Las treinta y dos senadurías restantes serán elegidas según el principio de representación proporcional, mediante el sistema de listas votadas en una sola circunscripción plurinomial nacional, conformadas de acuerdo con el principio de paridad, y encabezadas alternadamente entre mujeres y hombres cada periodo electivo. La ley establecerá las reglas y fórmulas para estos efectos.</p>

Integración de órganos jurisdiccionales	Artículo 94. La ley establecerá la forma y procedimientos mediante concursos abiertos para la integración de los órganos jurisdiccionales, observando el principio de paridad de género.
Ayuntamientos	Artículo 115. ... I. Cada Municipio será gobernado por un Ayuntamiento de elección popular directa, integrado por un Presidente o Presidenta Municipal y el número de regidurías y sindicaturas que la ley determine, de conformidad con el principio de paridad. ...

Se aprecia que el cambio constitucional no logró impactar en la integración del Pleno de la Suprema Corte, de ahí que es necesario que se prevea de manera expresa la obligación de las nominaciones a la alta magistratura constitucional respetando el principio de paridad de género, a fin de incluirlo en la propuesta de integración para la Corte Constitucional, el cual funcionaría con nominaciones alternadas de géneros, de manera que al poder u órgano a quien le corresponda la nominación deberá respetar el género correspondiente, con la posibilidad de que si el género para la nominación corresponde al hombre, en esos casos también podrá nominarse a una mujer, atendiendo el principio de paridad como un mandato de optimización flexible.

En este sentido, el mandato de optimización flexible ha sido desarrollado por la Sala Superior del Tribunal Electoral del Poder Judicial de la Federación⁴⁵⁴, la cual emitió el criterio jurisprudencial 11/2018⁴⁵⁵, relativo a que la aplicación de acciones afirmativas debe procurar el mayor beneficio para las mujeres, en materia de paridad de género, de manera que la paridad y las acciones afirmativas de género tienen entre sus principales finalidades:

- 1) Garantizar el principio de igualdad entre hombres y mujeres,

⁴⁵⁴ La interpretación cualitativa de la paridad o paridad flexible, fue desarrollada por la Sala Superior del Tribunal Electoral del Poder Judicial de la Federación, en la sentencia del recurso de reconsideración SUP-REC-1279/2017, en el recurso de reconsideración SUP-REC-7/2018, así como en el juicio de revisión constitucional electoral SUP-JRC-4/2018.

⁴⁵⁵ Jurisprudencia 11/2018 sostenida por la Sala Superior del Tribunal Electoral del Poder Judicial de la Federación, consultable en Gaceta de Jurisprudencia y Tesis en materia electoral, Tribunal Electoral del Poder Judicial de la Federación, Año 10, Número 21, 2018, páginas 26 y 27.

- 2) Promover y acelerar la participación política de las mujeres en cargos de elección popular, y
- 3) Eliminar cualquier forma de discriminación y exclusión histórica o estructural.

No pasa inadvertido, que si bien el criterio en cita es relativo a la materia política-electoral, se precisa que es la disciplina en que mejor se ha desarrollado el principio de paridad de género en la integración tanto de la representación popular, cómo de órganos colegiados, y que ha puesto de relieve el poco índice de mujeres en cargos de decisión, evidenciando diferencias estructurales entre géneros por desequilibrios de poder y que, por tanto, resulta necesario perfeccionar los procedimientos para dotarlos de eficacia, de modo que a través de acciones afirmativas se ha logrado disminuir la brecha entre mujeres y hombres.

Como ejemplo de ello, se destaca la resolución de catorce de diciembre de dos mil veinte⁴⁵⁶, emitida por la Sala Superior del Tribunal Electoral del Poder Judicial de la Federación en que, a fin de garantizar la postulación paritaria en la elección de quince gubernaturas, fue necesario vincular directa y obligatoriamente a los partidos políticos a que por lo menos, postularan a siete mujeres a esos cargos.

Ello derivado que desde el reconocimiento constitucional del derecho de las mujeres a votar y ser votadas (1953), al resolverse el caso citado habían sido electas 351 personas para ocupar gubernaturas, de las cuales, el noventa y ocho por ciento han sido hombres y solo dos por ciento, mujeres. De manera que, en México únicamente se habían tenido siete titulares mujeres de los poderes ejecutivos⁴⁵⁷, ello implicaba que en 25 entidades federativas nunca había gobernado una mujer,

⁴⁵⁶ Resolución emitida en el Recurso de Apelación, Juicio para la Protección de los Derechos Político-Electorales del Ciudadano y Juicio Electoral con número de expediente: SUP-RAP-116/2020 y acumulados.

⁴⁵⁷ Griselda Álvarez Ponce de León (Colima, 1979), Beatriz Paredes Rangel (Tlaxcala, 1987), Amalia García Medina (Zacatecas, 2004), Ivonne Ortega Pacheco (Yucatán, 2007), Claudia Pavlovich Arellano (Sonora, 2015), Martha Erika Alonso Hidalgo (Puebla, 2018) y Claudia Sheinbaum Pardo (Ciudad de México, 2018). Asimismo, ha habido una gobernadora interina: Dulce María Sauri Riancho (Yucatán, 1991) y una jefa de gobierno sustituta, María del Rosario Robles Berlanga (Distrito Federal, 1999).

lo cual denota una desigualdad estructural, que afecta no sólo en la integración de la Suprema Corte sino en los cargos de elección popular.

De ahí que, es importante incluir como una medida desde la propia Constitución, el principio de paridad de género para la integración de la Corte Constitucional, mediante un procedimiento de colaboración alternada de hombres y mujeres, que permita lograr la igualdad formal y material respecto de la efectiva y real representación de géneros, en beneficio de la interpretación constitucional que derive de las diversas ideologías.

En consecuencia, aunque en la formulación de las disposiciones normativas que incorporan un mandato de postulación paritaria, cuotas de género o cualquier otra medida afirmativa de carácter temporal por razón de género, no se incorporen explícitamente criterios interpretativos específicos, al ser medidas preferenciales a favor de las mujeres, deben interpretarse y aplicarse procurando su mayor beneficio.

Lo anterior exige adoptar una perspectiva de la paridad de género como mandato de optimización flexible que admite una participación mayor de mujeres que aquella que la entiende estrictamente en términos cuantitativos, como cincuenta por ciento de hombres y cincuenta por ciento de mujeres. Una interpretación de tales disposiciones en términos estrictos o neutrales podría restringir el principio del efecto útil en la interpretación de dichas normas y a la finalidad de las acciones afirmativas, pues las mujeres se podrían ver limitadas en la postulación o acceso a un número de cargos que excedan la paridad en términos cuantitativos, cuando existen condiciones y argumentos que justifican un mayor beneficio para las mujeres, esto es, que incluso pudieran integrar en su totalidad el órgano de control constitucional.

De manera que, el objetivo de la paridad es erradicar la desigualdad estructural en que se encuentran las mujeres, haciendo real, la posibilidad de que conformen órganos públicos de decisión, como acción concreta para la igualdad material; sobre todo, que con su participación como iguales y con su perspectiva al tomar

decisiones en el máximo órgano de dirección, pueden impactar en todo el ente en que actúan.⁴⁵⁸

Ante ello, el principio de paridad en la Corte Constitucional, no implica que se alcance el 50% de cada género, sino que como se señaló, la interpretación cualitativa de la paridad o paridad flexible, como mandato de optimización, permitiría no sólo que la Corte se integre cuando menos con el cincuenta por ciento de mujeres, sino que ello representaría la base o el piso, con la posibilidad de que la Corte se pudiera integrar en su totalidad por mujeres en aras de una igualdad sustantiva, lo cual no vulneraría la paridad, sino que abonaría a erradicar la desigualdad estructural en que se encuentran las mujeres, como un proceso que desestructura el esquema de exclusión en el que el género femenino se ha visto excluido históricamente en el Estado mexicano.

En esa virtud, es factible establecer la medida de incluir desde el texto constitucional, el respeto al principio de paridad de género en la integración de la Corte Constitucional, lo cual implicaría revertir la desventaja de las mujeres ante su falta de nominación no por una cuestión de capacidad o especialización sino por una desigualdad estructural, y ello a su vez, debe permear en todos los demás ámbitos de su impacto, a través de las decisiones e interpretaciones que se tomen en la salvaguarda de la Constitución.

Máxime que, la Corte Constitucional acorde a la función de interpretación y defensa de la Constitución, en el ámbito de sus atribuciones, a su vez debe disponer lo necesario para asegurar el cumplimiento de la normativa, entre ella, la relativa a tutelar la paridad y promover la igualdad sustantiva, así como prohibir la discriminación; de ahí la importancia de integrar con paridad, al órgano de control constitucional, por ser la voz institucional de conceptualización y respeto de los derechos.

⁴⁵⁸ El objetivo de la paridad de género fue conceptualizado en la sentencia de la Sala Superior del Tribunal Electoral del Poder Judicial de la Federación, al resolver el Juicio para la Protección de los Derechos Político-Electorales del Ciudadano SUP-JDC-9914-2020.

En este aspecto, es importante considerar la experiencia ecuatoriana, que su Constitución en el artículo 436⁴⁵⁹ prevé que para la selección de miembros de la Corte Constitucional, debe realizarse un concurso público en el que se procurará atender “*la paridad entre hombres y mujeres*”, en este sentido, dentro de las normas que rigen el concurso, se debe asegurar la igualdad de oportunidades entre los candidatos, prohibiendo cualquier forma de discriminación y procurar la paridad de género, de manera que deberá preferirse la candidatura de la mujer en caso de igualar en condiciones con un hombre, aunado a ello se prohíben factores de evaluación subjetivos, como creencias y opinión política del candidato, creencias religiosas, lugar de origen y origen familiar.⁴⁶⁰

Por tanto, es necesario establecer a nivel constitucional el principio de paridad en la nominación y designación en la Corte Constitucional, el cual funcionaría con nominaciones alternadas de géneros, en el que al poder u órgano correspondiente, realice la nominación con el género respectivo, con la posibilidad de que si el espacio corresponde a un hombre, en esos casos también podrá nominarse a una mujer, atendiendo el principio de paridad como un mandato de optimización flexible.

Lo anterior exige una participación mayor de mujeres que aquella que la entiende estrictamente en términos cuantitativos, en el que las mujeres se podrían ver limitadas en el acceso al cargo, de ahí que incluso pudieran existir condiciones para que la Corte se integrara en su totalidad por mujeres.

⁴⁵⁹ Artículo 436. Los miembros de la Corte Constitucional se designarán por una comisión calificadora que estará integrada por dos personas nombradas por cada una de las funciones, Legislativa, Ejecutiva y de Transparencia y Control Social. La selección de los miembros se realizará de entre las candidaturas presentadas por las funciones anteriores, a través de un proceso de concurso público, con veeduría y posibilidad de impugnación ciudadana. En la integración de la Corte se procurará la paridad entre hombres y mujeres.

⁴⁶⁰ Al respecto, véase la obra de: Salgado Pesantes, Hernán y Oyarte Martínez, Rafael, “El Estatuto Jurídico del Juez Constitucional en Ecuador”, en Fix-Zamudio, Hector y Astudillo Reyes, César Iván (Coords.), *Estatuto jurídico del juez constitucional en América Latina y Europa*, México, 2012, UNAM, Instituto de Investigaciones Jurídicas, p. 447. Consultable en: <http://ru.juridicas.unam.mx/xmlui/handle/123456789/12071>

Así, la participación en el procedimiento de designación sería mediante una colaboración alternada de hombres y mujeres, a fin de alcanzar no sólo la igualdad formal sino material respecto de la efectiva y real representación de géneros.

Con esa base, la paridad en la Corte Constitucional abonaría a erradicar la desigualdad estructural, como un proceso que desestructura el esquema de exclusión en el que el género femenino se ha visto excluido históricamente en el Estado mexicano, en beneficio de la interpretación constitucional que derive de las diversas ideologías.

5.6 El perfil del juez constitucional

1. ¿Qué tipo de corte se pretende conformar?

No obstante la paradigmática reforma constitucional de 1994, en la que se otorgaron facultades de control constitucional a la Suprema Corte a fin de convertirla en un tribunal constitucional de corte europeo, no se previeron calidades específicas para quienes habrían de ocupar la categoría de juez constitucional y con ello, realizar la función técnica de interpretar la Constitución.

El perfil que se busca para integrar una Corte Constitucional, depende en gran manera de los requisitos o calidades que para su acceso se requieren, ya sea de carácter técnico y personal, así como del sistema de nombramiento; de ahí que deben estar adecuadamente definidos a fin de visualizar que tipo de Corte se pretende conformar.

En ese sentido, en el artículo 95 de la Constitución mexicana que prevé los requisitos para ser ministro, si bien permaneció la exigencia del título profesional de licenciatura en Derecho, la cual es compatible con la función, únicamente representa una base que no garantiza el ejercicio del cargo de manera especializada, ni tampoco coadyuva a que se vean representados los diversos perfiles y sensibilidades que se desarrollan en el ámbito de la profesión jurídica, como lo son: la carrera judicial, el foro, la academia o la administración pública. Contrario a ello, para integrar tribunales constitucionales en otras latitudes, se exige un fuerte grado de especialización profesional y académica.

Por su parte, la previsión de preferencia prevista en el artículo 95 último párrafo de la Constitución mexicana⁴⁶¹, que precisa que los nombramientos de los ministros debe recaer preferentemente entre aquellas personas que hayan servido con eficiencia, capacidad y probidad en la impartición de justicia o que se hayan distinguido por su honorabilidad, competencia y antecedentes profesionales en el ejercicio de la actividad jurídica, si bien permite el acceso tanto de perfiles de carrera judicial y de externos a ella, dicha previsión no garantiza la especialización requerida, en virtud de que la designación sobre las personas que reúnan dichas calidades es “preferente”, esto es, se trata de una cláusula de preferencia no vinculatoria para que los nominados reúnan forzosamente las calidades referidas, en las que incluso normativamente no se requiere especialización acreditada en las materias que garanticen la defensa constitucional, ni tampoco requiere la acreditación de estudios de posgrados que garanticen un nivel académico considerable para el cargo.

Así, se advierte que con la reforma de 1994 no se previó que quienes habrían de integrar la Suprema Corte lo harían en su calidad de jueces constitucionales con la más alta función de interpretar la Constitución y con ello dar contenido y valor a los derechos que tutela.

En esa virtud, el juez constitucional debe contar con una consciencia democrática y ser respetuoso de los valores y principios contenidos en la Constitución, esto es, debe ser un especialista en Derecho Constitucional, aunado a que debe contar con la capacidad y sensibilidad suficientes, en temas de justicia social e individual, con calidad humana y sobre todo prudencia en la toma de decisiones.

⁴⁶¹ Art. 95 ... Los nombramientos de los Ministros deberán recaer *preferentemente* entre aquellas personas que hayan servido con eficiencia, capacidad y probidad en la impartición de justicia o que se hayan distinguido por su honorabilidad, competencia y antecedentes profesionales en el ejercicio de la actividad jurídica.

Sobre este aspecto, Zagrebelsky⁴⁶² ha señalado que se requiere un perfil que logre discernir el impacto y alcance de las resoluciones, ello mediante sensibilidad política, así como de que el objetivo de los tribunales constitucionales y de sus jueces, es fomentar el “pluralismo de los equilibrios dinámicos, que se nutre de moderación, reconocimiento, respeto y diálogo recíprocos”. De modo que la eficiencia de la protección constitucional requiere en gran medida de un perfil idóneo de quienes integran la Corte Constitucional.

Por su parte, Astudillo⁴⁶³ señala que la norma, el órgano y las funciones de una Corte, se encuentran en medio de lo político y lo jurisdiccional, de ahí que el perfil del juez constitucional cobra mayor relevancia, puesto que permite establecer criterios para atemperar un sentido o potenciar el otro, en su caso podría buscarse cualidades específicas que potencien la naturaleza de la Corte, o bien buscarse un equilibrio razonable. De manera que si el perfil exige requisitos de experiencia judicial, se estará privilegiando la carrera jurisdiccional; si se enfatizan criterios técnicos basados en la especialización, se estará priorizando la autoridad y magisterio de las resoluciones; si se integra por perfiles con experiencia política previa, se buscará un papel más activo del órgano en las relaciones políticas que se desarrollan al interior del Estado, aunque con el inconveniente de verse afectada por la influencia de factores externos.

Sin embargo, si se prevé la integración de una Corte con un perfil “mixto” o “intermedio”, que armonice las experiencias de uno u otro, existirá una mayor correspondencia entre la naturaleza del garante y las características de los jueces, generándose márgenes de libertad y flexibilidad para que, conforme con las exigencias que impone el sistema constitucional, puedan moverse dentro de los extremos que permite un perfil más técnico, más judicial, más político o más especializado. Este perfil ayudaría a dirigirse a la esfera política con el lenguaje de

⁴⁶² Zagrebelsky, Gustavo, “Jueces constitucionales”, en Fernández Segado, Francisco (coord.), *Dignidad de la persona, derechos fundamentales, justicia constitucional*, Madrid, Dykinson, S.L., 2008, p. 756 y 760.

⁴⁶³ Astudillo, Cesar, “El perfil constitucional de los ministros de la Suprema Corte de Justicia de la Nación”, *Revista Iberoamericana de Derecho Procesal Constitucional*, México, Porrúa-Instituto Iberoamericano de Derecho Procesal Constitucional, núm. 11, enero-junio de 2009, p. 23.

los jueces y a la esfera judicial a través del lenguaje que emerge de los valores políticos asentados en el tejido social.⁴⁶⁴

De modo que los requisitos para ser juez constitucional no deben ser los mismos que para juez ordinario, puesto que el juez constitucional debe tener la capacidad y conocimiento para insertarse eficazmente en el esquema funcional estatal de control del poder y acción de gobierno del Ejecutivo y del Legislativo y, además, la necesidad de ponderar con previsión las consecuencias sociales de sus decisiones articulándolas con el sistema constitucional y con las leyes infraconstitucionales⁴⁶⁵. En este sentido, Böckenförde⁴⁶⁶ señala:

El juez constitucional no puede ser valorado con el mismo parámetro que se emplea para medir al juez ordinario civil o penal. En primer lugar porque se ocupa de un derecho como es el derecho constitucional que reparte posiciones de poder y de decisión, regula y estabiliza el proceso político y por tanto el objeto sometido al examen de esta jurisdicción viene afectado, particularmente, por las tensiones propias de la dinámica del poder político. En segundo lugar porque las partes procesales suelen ser órganos constitucionales o supremos titulares del poder político. Y por último, porque sus decisiones están cubiertas por el techo del ordenamiento jurídico legal existente, es decir tiene menos apoyo en el sistema jurídico de lo que tiene la jurisdicción ordinaria, lo que termina por requerir un mayor apoyo institucional que en gran medida supone contar con un grado muy alto de consenso y legitimidad social.

Por lo que, es evidente que no deben ser exigibles los mismos requisitos para conformar la jurisdicción ordinaria de los exigibles para integrar una jurisdicción constitucional, que requiere no sólo una especialización en Derecho Constitucional sino la capacidad de discernir y solucionar problemas originados en sede política con las tensiones propias de la dinámica del poder político, en especial del Ejecutivo y Legislativo, de ahí que sus resoluciones deben transmitirse como una sola voz institucional, aparejada de un fuerte consenso por quienes integren la Corte Constitucional.

⁴⁶⁴ *Idem*.

⁴⁶⁵ Bercholc, Jorge O., *Estudios comparados. El Tribunal Constitucional de España a través del control de constitucionalidad: el rol desempeñado por el Tribunal en el sistema político-institucional español*, Argentina, Ediar, 2017, p. 84.

⁴⁶⁶ Böckenförde, E., *Verfassungsgerichtbarkeit. Strukturfragen, Organisation, Legitimation*, en *Staat Nation Europa*, Shurkamp, Frankfurt, 1999, p. 157, citado por Bercholc, Jorge O., *op. cit.*, p. 84.

Cesar Landa⁴⁶⁷ señala que *se busca a un magistrado constitucional instalado en el medio de la vida social, en el medio del sentimiento constitucional del pueblo y que actúe como representante jurídico de la unidad de la sociedad*. Así como que el magistrado constitucional es *un tipo de juez que posee experiencia política y que le preocupa la política*. En este sentido Landa señala que se requiere más que un excelente jurista, se necesita un hombre que esté especializado en el campo del Derecho Constitucional, inclusive con las cualidades de un hombre de Estado.

García de Enterría⁴⁶⁸ precisa que el Tribunal Constitucional decide conflictos políticos, pero lo característico es que la resolución de los mismos se hace por criterios y métodos jurídicos, por lo que el juez constitucional no debe perder en ningún momento de vista las consecuencias políticas de la decisión que está llamado a dictar, de ahí que se exija un método interpretativo específico, para servir la función y la esencia de los valores propios del ámbito jurídico. Por lo que, el juez puede enjuiciar la ley sólo sobre el parámetro de la Constitución, sobre principios jurídicos fundamentales, lo que implica en el otro extremo, que un tribunal constitucional no puede rehusar la validez o no de una ley sólo por las consecuencias políticas implicadas en ella.

La función que ejerce el juez constitucional, es para García de Enterría⁴⁶⁹ de tal relevancia que para su pervivencia como institución básica de un sistema político, depende de su autenticidad y de su rigor, de modo que ningún otro órgano constitucional se juega su vida día a día como éste sobre el acierto de su función judicial. De ahí que la existencia de un tribunal constitucional afianza y arraiga el papel rector de la Constitución en el arbitraje social, extiende, por tanto, el rol del Derecho en la vida política y colectiva y de ello surgen capitales beneficios para los sistemas políticos y para las sociedades que dentro de ellos viven.

⁴⁶⁷ Landa, Cesar, "La elección del juez constitucional", *Anuario Iberoamericano de Justicia Constitucional*, No 6, Madrid, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, 2002, p. 261, <https://dialnet.unirioja.es/servlet/articulo?codigo=1975581>

⁴⁶⁸ García de Enterría, Eduardo, *La Constitución como norma y el Tribunal Constitucional*, Madrid, Civitas, 2006, pp. 190-196.

⁴⁶⁹ *Ibidem*, p. 198.

Finalmente, Mariano Azuela⁴⁷⁰ señaló que para ser miembro de la magistratura constitucional no es suficiente con ser un connotado jurista, sino que se requiere de una sólida especialización en el derecho constitucional; aunado a una vocación de juzgador independiente, responsable e imparcial a fin de cumplir con el deber primordial de salvaguardar la Constitución. Por tanto, dependerá del tipo de Corte que se quiera conformar, para privilegiar el perfil del juez constitucional que dará voz a los postulados de la Constitución. A continuación, veremos la experiencia comparada y las cualidades del juez constitucional en otras latitudes.

2. La experiencia comparada

Los requisitos y cualidades que se aprecian de la experiencia del derecho comparado para elegir a los miembros de los tribunales constitucionales, es muy diversa, de las cuales es dable resaltar las siguientes:

A. Ecuador

Para integrar la Corte Constitucional de Ecuador, se establecieron requisitos similares a los previstos para ser juez de la Corte Nacional de Justicia (artículos 183 y 433 CE), que consisten en: ser ecuatoriano en goce de sus derechos políticos; tener título de tercer nivel en derecho legalmente reconocido en el país; haber ejercido con probidad notoria la profesión de abogado, la judicatura o la docencia universitaria en ciencias jurídicas por un lapso mínimo de diez años; demostrar probidad y ética, y no pertenecer ni haber pertenecido en los últimos diez años a la directiva de ningún partido o movimiento político.

Salgado Pesantes y Oyarte Martínez señalan que existe una disminución de requisitos en comparación con los que se requería hasta la Constitución de 1998, ya que no se exige nacionalidad de origen, se eliminó la edad como requisito, al igual que el grado de doctor en derecho, jurisprudencia o ciencias jurídicas, y se disminuye el tiempo de ejercicio previo que era de quince años.⁴⁷¹

⁴⁷⁰ Azuela Guitron, Mariano, "Jueces constitucionales", en Corzo Sosa, Edgar (coord.), *I Congreso Internacional sobre Justicia Constitucional*, México, UNAM, Instituto de Investigaciones Jurídicas, 2009, p. 25.

⁴⁷¹ El Estatuto Jurídico del Juez Constitucional en Ecuador, pp. 438-439. Consultable en <http://ru.juridicas.unam.mx/xmlui/handle/123456789/12071>

Se destaca la eliminación de la exigencia del grado de doctor en derecho, para requerir únicamente título de tercer nivel en Derecho legalmente reconocido en el país (artículo 433, núm. 2 CE), por lo que, en atención a la Ley de Educación Superior, corresponden a este nivel “el grado de licenciado y los títulos profesionales universitarios o politécnicos, que son equivalentes (artículo 44, letra b) contándose entre estos últimos el título profesional de abogado.⁴⁷²,

B. Colombia

Los artículos 231 y 232 de la Constitución de Colombia prevé que para integrar la Corte Constitucional se requiere, ser colombiano de nacimiento y ciudadano en ejercicio; ser abogado; no haber sido condenado por sentencia judicial a pena privativa de libertad, excepto por delitos políticos o culposos; haber ejercido durante diez años, cargos en la Rama Judicial o el Ministerio Público, o haber ejercido la profesión de abogado o cátedra universitaria en una disciplina jurídica. Por su parte, el artículo 239 de la Constitución señala que en su integración se atenderá el criterio de designación de magistrados pertenecientes a diversas especialidades del Derecho.

C. Perú

En Perú, para ser nombrado magistrado del tribunal constitucional se requieren los mismos requisitos que para ser vocal de la Corte Suprema, de acuerdo con el artículo 201 de la Constitución y el artículo 10 de la Ley No. 26.435 Orgánica del Tribunal Constitucional, que señalan como requisitos: ser peruano de nacimiento; estar en el ejercicio de los derechos ciudadanos; tener más de cuarenta y cinco años; haber ejercido la abogacía o cátedra universitaria por más de quince años o haber sido magistrado de la Corte Suprema o Superior o Fiscal Supremo o Superior por un periodo no inferior a diez años.

D. Venezuela

Por su parte, en Venezuela para ser nombrado magistrado de la Sala Constitucional, de conformidad con el artículo 263 de la Constitución, se requiere ser venezolano

⁴⁷² *Íbidem*, p. 440.

por nacimiento y sin otra nacionalidad; tener reconocida honorabilidad; jurista con reconocida competencia; haber ejercido la abogacía por un mínimo de quince años y tener título de postgrado en materia jurídica, o ser profesor universitario de ciencias jurídicas durante al menos quince años y tener la calidad de profesor titular, o juez superior en la especialidad de la sala, con reconocido prestigio en el desempeño de sus funciones y con un mínimo de quince años en la carrera judicial.

E. Bolivia

En Bolivia, en el artículo 117 fracción III de la Constitución se prevén los requisitos para ser ministro, el cual señala que se requiere ser boliviano de origen y haber cumplido los deberes militares, estar inscrito en el Registro Electoral, no haber sido condenado a pena corporal, ni estar comprendido en los casos de exclusión e incompatibilidad, tener treinta y cinco años, haber ejercido con idoneidad la judicatura, la profesión o la cátedra universitaria por lo menos diez años.

F. Panamá

En Panamá, para ser Magistrado de la Corte Suprema de Justicia conforme al artículo 204 constitucional, se requiere: ser panameño por nacimiento; haber cumplido treinta y cinco años de edad; hallarse en pleno goce de los derechos civiles y políticos; ser graduado en Derecho y haber inscrito el título universitario en la oficina que la Ley señale; haber completado un periodo de diez años durante el cual haya ejercido indistintamente la profesión de abogado, cualquier cargo del Órgano Judicial o de Tribunal Electoral que requiera título universitario en Derecho, o haber sido profesor de Derecho en un establecimiento de enseñanza universitaria.

G. Paraguay

Destacadamente en Paraguay, en el artículo 258 de la Constitución se prevé que para integrar la Corte Suprema de Justicia se requiere tener nacionalidad paraguaya natural, haber cumplido treinta y cinco años, poseer título universitario de Doctor en Derecho y gozar de notoria honorabilidad. Así como haber ejercido efectivamente durante el término de diez años, cuando menos la profesión, la magistratura judicial o la cátedra universitaria en materia jurídica, conjunta, separada o sucesivamente.

H. Chile

En la experiencia chilena, la Corte Suprema se compone de veintiún ministros, se precisa que conforme al artículo 75 constitucional, los ministros son nombrados por el presidente de la República, eligiéndolos de una nómina de cinco personas que propone la misma Corte y con acuerdo del Senado, sin embargo se destaca que cinco de los integrantes deben ser abogados ajenos al sistema de administración de justicia, contar con no menos de quince años de título, haberse destacado en la actividad profesional o universitaria, se precisa que los nominados provienen de un concurso público de antecedentes. Asimismo, la Corte tiene la posibilidad de nominar en exclusiva a miembros provenientes del Poder Judicial cuando le corresponde cubrir ese espacio, para lo cual en la nómina propuesta se considera al ministro más antiguo de la Corte de Apelaciones, los otros cuatro lugares se llenan en atención a los méritos de los candidatos.

I. El Salvador

En el Salvador, la designación se formula a partir de una lista de candidatos que conforma el Consejo Nacional de la Judicatura, en la que por lo menos, la mitad de las nominaciones provendrá de los aportes de las entidades representativas de los abogados y destacadamente señala que deberán estar representadas las más relevantes corrientes del pensamiento jurídico, de conformidad con el artículo 186 constitucional.

J. Guatemala

El artículo 215 de la Constitución de Guatemala prevé que el Congreso realiza el nombramiento con base en una lista de veintiséis candidatos propuestos por una comisión integrada por un representante de los Rectores de las Universidades del país, quien la preside, así como por los decanos de las facultades de derecho o ciencias jurídicas y sociales de cada Universidad del país, un número equivalente de representantes electos por la Asamblea General del Colegio de Abogados y Notarios de Guatemala y por igual número de representantes electos por los magistrados titulares de la Corte de Apelaciones y demás tribunales.

K. España

Por su parte, en España el artículo 159 numeral 2, de la Constitución señala que los miembros del Tribunal Constitucional deberán ser nombrados entre Magistrados y Fiscales, Profesores de Universidad, funcionarios públicos y Abogados, todos ellos juristas de reconocida competencia con más de quince años de ejercicio profesional.

L. Italia

En Italia, los miembros de la Corte Constitucional se eligen entre los magistrados de las jurisdicciones superiores ordinarias y administrativas, incluso los jubilados o en retiro, los catedráticos universitarios en disciplinas jurídicas y los abogados con veinte años de ejercicio, de conformidad con el artículo 135 de la Constitución de Italia.

M. Grecia

Destacadamente en Grecia, lo que su Constitución denomina como el “Más Alto Tribunal” compuesto por el presidente del Supremo Tribunal Administrativo, el presidente del Supremo Tribunal Civil y Criminal y el Presidente del Tribunal de Cuentas, más cuatro consejeros de cada uno de los dos primeros tribunales elegidos por sorteo, no obstante ello, cuando le corresponde conocer de recursos de inconstitucionalidad o controversias constitucionales, su integración se extiende para incluir a dos profesores de Derecho de las universidades del país, elegidos por sorteo, de conformidad con el artículo 100 de su Constitución.

Ahora bien, la experiencia comparada muestra cómo la conformación de los órganos que ejercen el control constitucional se integra si bien en algunos casos por perfiles emanados de la carrera judicial, en otros se privilegia el perfil proveniente de la docencia y de la cátedra universitaria en materia jurídica, como es el caso de Ecuador, Colombia, Perú, Venezuela, Bolivia, Panamá, Paraguay, España, Italia y Grecia, incluso la Constitución de tales países, realiza mención expresa sobre el perfil del profesor o académico, lo cual es importante en la integración en una Corte Constitucional, por la visión que se aporta a la solución de conflictos del poder público, desde el ámbito de la ciencia jurídica.

Del mismo modo, se aprecia que se considera el perfil proveniente del ejercicio libre de la profesión, como lo es en Ecuador, Colombia, Perú, Chile, El Salvador,

Guatemala y España, el cual aporta la experiencia de la práctica profesional desde la visión del solicitante de la administración de justicia.

Asimismo, en el caso de Paraguay se exige poseer título de Doctor en Derecho, mientras que en Colombia se privilegia la especialización, y en Venezuela se requiere título de postgrado.

Por su parte, en España se considera también a los funcionarios públicos, en Chile se destina un espacio a perfiles ajenos al Poder Judicial, mientras que en todos los demás países indicados, queda abierta la posibilidad de nominar a personas proveniente del ejercicio de la profesión jurídica en general, lo que permite reclutar a perfiles provenientes de la administración pública, que pueden aportar sensibilidad política, discernimiento de la problemática presente y futura, capaz de medir la forma de su intervención y en qué forma la resolución de asuntos puede impactar al Estado.

Por tanto, determinar su origen y formación profesional y académica son factores que influyen en el funcionamiento del órgano.

3. El Perfil u origen profesional de los ministros de la Suprema Corte mexicana
Ahora bien, a fin de desentrañar el perfil de los miembros de la Suprema Corte se tomará en cuenta el origen profesional y académico, lo cual es relevante para advertir la ideología del juez constitucional, por lo que se analizarán principalmente los cargos ejercidos previamente a la designación de ministro, su trayectoria, así como los estudios profesionales de sus miembros, precisando que únicamente se tomaron en cuenta a los ministros designados a partir de la reforma constitucional de 1994, en la que se considera que se otorgaron facultades de control constitucional de corte europeo, lo cual es un parte aguas al ejercicio de la jurisdicción constitucional en México, que pretendió otorgar una nueva identidad a la Suprema Corte en su carácter de tribunal constitucional.

Por lo que, a continuación, se muestran datos de las personas que han ocupado el cargo de ministros de la Suprema Corte a partir de la reforma constitucional de 1994, a fin de desentrañar su perfil profesional y académico, al tenor siguiente:

	Nombre	Periodo	Perfil	Estudios y Academia
1	José Vicente Aguinaco Alemán	26/01/1995 a 30/11/2003	Secretario Estudio y Cuenta SCJN (1951 y 1959); Juez de Distrito (1960-1968); Magistrado Circuito (1968-1973); Ejercicio Libre de la Abogacía (1973-1994)	Licenciatura en UNAM; Profesor en UNAM.
2	Juventino Víctor Castro Castro	26/01/1995 a 30/11/2003	Secretario Estudio y Cuenta SCJN (1948-1952); Subjefe y Jefe Depto. Consultivo Jurídico de la Lotería Nacional (1953-1977); Director Jurídico de la Gran Comisión Cámara de Diputados (1977-1979); Ministro Plenipotenciario en Madrid (1982); Coordinador Jurídico y Director General de Amparo en PGR (1991-1994); Diputado plurinominal y Presidente de la Comisión de Juntas Constitucionales LXI Legislatura (2009-2012)	Licenciatura y Doctor en Derecho por la UNAM; Licenciatura en Letras en UNAM. Profesor en Escuela Libre de Derecho y UNAM; autor diversos libros.
3	Humberto Román Palacios	26/01/1995 a 16/06/2004 defunción	Abogado postulante (1958-1962); Sub-Procurador General de Justicia del Estado de Guerrero (1966-1969); Secretario Proyectista Tribunal Superior de Justicia DF (1970-1975); Secretario Estudio y Cuenta SCJN (1976-1978); Juez de Distrito (1978); Magistrado Circuito (1978-1983 y 1986-1995)	Licenciatura UNAM; Profesor en Universidad Autónoma de Guerrero; UNAM; Universidad Anáhuac; Panamericana; Coautor libro.
4	Juan Díaz Romero	26/01/1995 a 30/11/2006	Secretario de Estudio y Cuenta de la Suprema Corte (1967-1971); Juez de Distrito (1975-1977); Magistrado de Circuito (1977-1986); Ministro de la Suprema Corte (1986-1994);	Licenciatura UNAM
5	Genaro David Góngora Pimentel	26/01/1995 a 30/11/2009	Secretario Estudio y Cuenta SCJN (1969); Juez de Distrito (1972-1978), Magistrado de Circuito (1978-1995).	Licenciatura UNAM, Doctor en Derecho UNAM, Profesor UNAM y Anáhuac, publicación de libros
6	Mariano Azuela Güitrón	26/01/1995 a 30/11/2009	Secretario Estudio y Cuenta SCJN (1960-1971); Magistrado Tribunal Fiscal de la Federación (1971-1983); Ministro SCJN (1983-1994)	Licenciatura UNAM, Maestro Centro Universitario México, Universidad Iberoamericana, Panamericana.
7	José de Jesús Gudiño Pelayo	26/01/1995 a 19/09/2010 defunción	Secretario de Estudio y Cuenta SCJN (1977); Juez de Distrito (1978-1984); Magistrado Circuito (1985-1995)	Licenciatura Universidad Iberoamericana; Maestría en Universidad Iberoamericana; Doctorado en Universidad de Salamanca; publicación de libros
8	Guillermo Iberio Ortiz	26/01/1995 a 30/11/2012	Actuario (1965-1966); Secretario Juzgado Distrito(1969-1972); Secretario Estudio y Cuenta SCJN (1973-1976);	Licenciatura Universidad

	Nombre	Periodo	Perfil	Estudios y Academia
	Mayagoitia		Juez de Distrito (1976); Magistrado Circuito (1981-1995); Magistrado Sala de Segunda Instancia del Tribunal Federal Electoral (1993)	Veracruzana, publicación libros
9	Sergio Salvador Aguirre Anguiano	26/01/1995 a 30/11/2012	Abogado y Consultor (1970-1974); Regidor H. Ayuntamiento de Guadalajara (1985-1986); Notario asociado (1974-1995)	Licenciatura Universidad Autónoma de Guadalajara; Catedrático en Universidad Panamericana
10	Juan N. Silva Meza	26/01/1995 a 30/11/2015	Secretario Estudio y Cuenta en SCJN (1974-1977 y 1984-1985); Juez de Distrito (1986-1988); Magistrado de Circuito (1988-1994)	Licenciatura UNAM; Profesor UNAM e Instituto Nacional de Ciencias Penales; autor diversas obras.
11	Olga María del Carmen Sánchez Cordero	26/01/1995 a 30/11/2015	Titular de Notaría Pública (1984-1993); Magistrada del Tribunal Superior de Justicia del DF (1993-1995)	Licenciatura UNAM; Maestra UNAM, diversas obras y artículos publicados
12	José Ramón Cossío Díaz	01/12/2003 a 30/11/2018	Socio fundador de Asesoría y Dirección Corporativa (1980-1984); Técnico académico asociado "A" y "C" tiempo completo en IJ-UNAM (1985-1986 y 1988-1989); asesor de Presidencia de Comisión de Derechos Humanos de Cámara de Diputados del Congreso de la Unión (1989); Secretario particular de Ministro y de Estudio y Cuenta (1989-1990); Jefe del Departamento de Derecho del Instituto Tecnológico Autónomo de México (1995-2003)	Licenciatura Universidad de Colima; Maestría Centro de Estudios Constitucionales de Madrid; Doctorado Universidad Complutense de Madrid; Miembro Sistema Nacional de Investigadores; diversos libros publicados.
13	Sergio Armando Valls Hernández	28/10/2004 a 03/12/2014 defunción	Diputado Federal LIII Legislatura 1985-1988); Magistrado Tribunal Superior de Justicia del DF (1989-1993); Director Jurídico IMSS (1993-1999); Consejero de la Judicatura Federal (1999-2004)	Licenciatura UNAM; Profesor Universidad Intercontinental y Universidad Iberoamericana
14	Margarita Beatriz Luna Ramos	19/02/2004 a 18/02/2019	Oficial, actuario, secretaria proyectista en Juzgado y Colegiado (1975-1984), Secretaria Estudio y Cuenta SCJN (1984-1986), Juez de Distrito (1986-1992); Magistrada Circuito (1993-2003), Magistrada del Tribunal Federal Electoral (1994) y Consejera del Consejo de la Judicatura (2003-2004)	Licenciatura UNAM; Especialidad Derecho Constitucional y Administrativo (UNAM); Maestría (UNAM); Doctorado (UNAM). Diversas obras publicadas.
15	José Fernando Franco González Salas	12/12/2006 a 11/12/2021	Magistrado Presidente Tribunal Federal Electoral (1990-1996); Subsecretario de Desarrollo Político de la Secretaría de Gobernación (1996-1998); Secretario General H. Cámara Diputados (1999-2000); Subsecretario del Trabajo, Seguridad y Previsión Social (2000-2005); Profesor ITAM (2005-2006).	Licenciatura Escuela Libre de Derecho; Docente en Escuela Libre de Derecho e ITAM.

	Nombre	Periodo	Perfil	Estudios y Academia
16	Luis María Aguilar Morales	01/12/2009 - vigente	Secretario en Juzgado de Distrito y Tribunal Colegiado (1975-1978); Secretario Estudio y Cuenta SCJN (1978-1980); Juez de Distrito (1980-1985); Magistrado Circuito (1985-1995 y 1999-2004); Secretario General de Presidencia y Oficial Mayor SCJN (1995-1999); Consejero de la Judicatura Federal (2004-2009)	Licenciatura UNAM;
17	Arturo Fernando Zaldívar Lelo de Larrea	01/12/2009 - vigente	Abogado postulante independiente en materia constitucional (1985-2009)	Licenciatura Escuela Libre de Derecho; Especialidad Constitucional UNAM; Maestría y Doctorado UNAM. Profesor Escuela Libre Derecho, Panamericana y UNAM. Obras publicadas.
18	Jorge Mario Pardo Rebolledo	10/02/2011 - vigente	Actuario, Secretario de Juzgado; Secretario Estudio y Cuenta SCJN; Juez de Distrito; Magistrado Circuito.	Licenciatura Escuela Libre de Derecho; Maestría y Doctorado por Instituto de Ciencias Jurídicas de Estudios Superiores.
19	Alberto Gelacio Pérez Dayán	01/12/2012 - vigente	Secretario de Tribunal Colegiado; Secretario Estudio y Cuenta SCJN; Juez de Distrito; Magistrado de Circuito;	Licenciatura Universidad La Salle; Especialidad Amparo y Constitucional; Maestría y Doctorado en UNAM; Tutor en UNAM; Profesor en U. Yucatán, IJF y U. Panamericana.
20	Alfredo Gutiérrez Ortiz Mena	01/12/2012 - vigente	Ocupó diversos cargos en la Administración Pública Federal en el sector hacendario: Jefe del Servicio de Administración Tributaria, Administrador General Jurídico, y Administrador General de Grandes Contribuyentes (1995-2012)	Licenciatura UNAM; Maestría Universidad Harvard EUA.
21	Eduardo Tomas Medina Mora Icaza	10/03/2015 a 08/10/2019 renuncia	Director General CISEN (2000-2005); Secretario de Seguridad Pública Federal (2005-2006); Procurador General de la República (2006-2009); Embajador Extraordinario y Plenipotenciario ante el Reino Unido (2009-2013) y ante Estados Unidos (2013-2015)	Licenciatura UNAM.
22	Norma Lucía Piña Hernández	10/12/2015 -vigente	Secretaria proyectista Tribunal Colegiado (1988-1992); Secretaria Estudio y Cuenta SCJN (1992-1998); Juez de Distrito (1998-2000); Magistrada Circuito (2000-2015)	Licenciatura UNAM; Especialidad Derecho Constitucional y Administrativo UNAM; Doctorante UNAM;

	Nombre	Periodo	Perfil	Estudios y Academia
				Profesora ITAM y Panamericana.
23	Javier Laynez Potisek	10/12/2015 - vigente	Consejero Jurídico Adjunto de la Consejería Jurídica del Ejecutivo Federal (1997-2005 y 2007-2008); Procurador Fiscal de la Federación en SHCP (2008-2015); Magistrado Sala Superior del Tribunal Federal de Justicia Fiscal y Administrativa (2015).	Licenciatura U. Regiomontana; Maestría y Doctorado Universidad de París; Profesor Colegio de México y CIDE.
24	Juan Luis González Alcántara Carrancá	20/12/2018 - vigente	Magistrado del TSJ del DF (1992-2003); Magistrado Cuarta Sala Familiar del TSJ de Ciudad de México (2004-2018); Director Escuela Derecho de la Universidad Anáhuac.	Licenciatura y Doctor UNAM; Maestría U. Barcelona; Profesor UNAM, IBERO, CIDE e ITAM.
25	Yasmín Esquivel Mosa	12/03/2019 - vigente	Magistrada Unitaria de los Tribunales Agrarios (2004); Magistrada Sala Superior Tribunal Contencioso Administrativo DF (2009); Presidenta de dicho Tribunal (2012); Presidenta Asociación Magistrados de Tribunales de lo Contencioso Administrativo (2016-2019).	Licenciatura UNAM; Maestría UVM; Doctora UNAM;
26	Ana Margarita Ríos Farjat	05/12/2019 -vigente	Actuaria Juzgado Distrito (1996-1999); Litigante en firma transnacional (1999-2008); consultoría en firma boutique (2009-2011); consultoría independiente (2011-2018); Jefa del Servicio de Administración Tributaria (2018)	Licenciatura y Maestría en Universidad Autónoma de Nuevo León; Doctora Tecnológico de Monterrey; catedrática Facultad Libre de Derecho de Monterrey
27	Loretta Ortiz Ahlf	12/12/2021 - vigente	Asesora del Consultor Jurídico de la Secretaría de Relaciones Exteriores; Asesora de la Dirección General Adjunta del Banco de México (1990-1993); Directora Jurídica del Consejo Nacional para la Cultura y las Artes (1993-1998); Consejera Legal del Acuerdo de Cooperación Ambiental del TLCAN; Consejera de la Comisión Nacional de Derechos Humanos (2002-2006); Diputada Federal (2012-2015); Consejera de la Judicatura Federal (2019-2021).	Licenciatura en Escuela Libre de Derecho; Maestría en Derecho Humanos por Universidad Iberoamericana y Doctora en Derechos Humanos y Derecho Comunitario Europeo por Universidad Nacional de Educación a Distancia de España. Docente de Universidad Iberoamericana.

Fuente: Elaboración propia, con datos de la obra: Suprema Corte de Justicia de la Nación, 2013, *Semblanzas de los Ministros de la Suprema Corte de Justicia de la Nación (1917-2013)*, México, Suprema Corte de Justicia de la Nación; así como de la Plataforma Nacional de Transparencia y de la Página oficial de la Suprema Corte de Justicia de la Nación, <https://www.scjn.gob.mx/conoce-la-corte>, así como de la solicitud de transparencia con el folio 0330000063521.

Derivado de dicha información, a partir de la reforma constitucional de 1994 que otorga una nueva identidad a la Suprema Corte, se han nombrado 27 ministros, que

escalonados mantienen una conformación de 11 miembros, por lo que, para alcanzar el debido escalonamiento y evitar que en un mismo periodo gubernamental se diera la conclusión y la consecuente designación íntegra de sus miembros, los nombramientos realizados en enero del año de 1995 con el nuevo mecanismo de ternas propuestas por el Ejecutivo y la designación del Senado, no se efectuaron nombramientos por el periodo constitucional de 15 años, sino que se realizaron por 8, 11, 14, 17 y hasta 20 años respectivamente, a fin de garantizar el escalonamiento que permite el fortalecimiento de la independencia judicial y con ello un sistema de nombramiento que no permita que en un mismo periodo de gobierno tanto de la Cámara de Senadores como del Ejecutivo se realice una nueva conformación en su integridad sino que se renueve de manera periódica. Ello permite aprovechar la experiencia de quienes permanecen en el cargo y la energía de los nuevos que podrán coadyuvar con criterios que generen una interpretación evolutiva y progresiva de la Constitución.

Se precisa que los ministros Mariano Azuela Güitrón y Juan Díaz Romero ya ocupaban el cargo de ministros de la Suprema Corte anterior a la reforma judicial de 1994, los cuales fueron considerados nuevamente para continuar en el cargo bajo el nuevo mecanismo de selección. Por su parte, se señala que los ministros José de Jesús Gudiño Pelayo, Humberto Román Palacios y Sergio Armando Valls Hernández no concluyeron su periodo de nombramiento, debido a que fallecieron durante el ejercicio del cargo. Respecto del ministro Eduardo Tomás Medina Mora Icaza dejó el cargo por renuncia. Por su parte, de los 11 ministros en los que se señala la palabra “vigente” son quienes actualmente conforman la integración de la Suprema Corte, cuyo encargo es de quince años a partir de su designación, de conformidad con el artículo 94, párrafo décimo cuarto, de la Constitución General.

La tabla muestra que, de los 26 ministros designados a partir de la reforma constitucional de 1994, 15 son egresados de la Facultad de Derecho de la UNAM, por lo que se aprecia un predominio del 55.55% de egresados de dicha institución de formación profesional.

En cuanto a los estudios de posgrado, se advierte que 17 ministros⁴⁷³ que representan el 62.96% realizaron estudios de especialización, maestría o doctorado; de los cuales, 13 de ellos cuentan con doctorado⁴⁷⁴, esto es, el 48.14%.

Por su parte, en lo relativo a las actividades docentes, 21 ministros ejercieron la docencia⁴⁷⁵, lo que representa el 77.77%, sin que ello implique que la docencia fuera su actividad principal, sino que era combinada con otro ejercicio profesional, salvo el caso del ministro José Ramón Cossío Díaz, que si bien por breve tiempo fue asesor de Presidencia de la Comisión de Derechos Humanos de la Cámara de Diputados del Congreso de la Unión (1989) y también Secretario particular de Ministro y Secretario de Estudio y Cuenta (1989-1990), se aprecia que su principal actividad la desarrolló en la investigación y en la academia.

⁴⁷³ Es el caso de los ministros: 1. Juventino Víctor Castro y Castro, 2. Margarita Beatriz Luna Ramos, 3. José de Jesús Gudiño Pelayo, 4. Genaro David Góngora Pimientel, 5. Olga María del Carmen Sánchez Cordero, 6. José Ramón Cossío Díaz, 7. Sergio Armando Valls Hernández, 8. Arturo Fernando Zaldívar Lelo de Larrea, 9. Jorge Mario Pardo Rebolledo, 10. Alfredo Gutiérrez Ortiz Mena, 11. Alberto Gelacio Pérez Dayán, 12. Norma Lucía Piña Hernández, 13. Javier Laynez Potisek, 14. Juan Luis González Alcántara Carrancá, 15. Yasmín Esquivel Mosa, 16. Ana Margarita Ríos Farjat y 17. Loretta Ortiz Ahlf.

⁴⁷⁴ Es el caso de los ministros: 1. Juventino Víctor Castro y Castro, 2. Margarita Beatriz Luna Ramos, 3. José de Jesús Gudiño Pelayo, 4. Genaro David Góngora Pimientel, 5. José Ramón Cossío Díaz, 6. Arturo Fernando Zaldívar Lelo de Larrea, 7. Jorge Mario Pardo Rebolledo, 8. Alberto Gelacio Pérez Dayán, 9. Javier Laynez Potisek, 10. Juan Luis González Alcántara Carrancá, 11. Yasmín Esquivel Mosa, 12. Ana Margarita Ríos Farjat y 13. Loretta Ortiz Ahlf.

⁴⁷⁵ Es el caso de los ministros: 1. Humberto Román Palacios (Universidad Autónoma de Guerrero; UNAM; Universidad Anáhuac; Panamericana); 2. José Vicente Aguinaco Alemán (UNAM), 3. Sergio Salvador Aguirre Anguiano (Panamericana); 4. Juventino Víctor Castro y Castro (Escuela Libre de Derecho, División de Estudios de Posgrado de la Facultad de Derecho de la UNAM); 5. Humberto Román Palacios (Universidad Autónoma de Guerrero, UNAM, Universidad Anáhuac; Panamericana), 6. Juan N. Silva Meza (UNAM, INACIPE); 7. Genaro David Góngora Pimentel (UNAM, Anáhuac); 8. José de Jesús Gudiño Pelayo (Universidad Autónoma de Baja California-ITESO, Universidad de Guadalajara y en la Panamericana, UNAM y Universidad Iberoamericana); 9. Olga María del Carmen Sánchez Cordero (UNAM); 10. José Ramón Cossío Díaz (Instituto Tecnológico Autónomo de México - ITAM), 11. Mariano Azuela Güitrón (Centro Universitario México, Universidad Iberoamericana, Panamericana); 12. Margarita Beatriz Luna Ramos (Universidad de Estudios de Posgrado en Derecho, IJF, Panamericana, ITAM, UA Chiapas), 13. Sergio Armando Valls Hernández (UNAM, U. Iberoamericana); 14. José Fernando Franco González Salas (Escuela Libre de Derecho, ITAM); 15. Arturo Fernando Zaldívar Lelo de Larrea (Escuela Libre de Derecho, Panamericana y UNAM); 16. Alberto Gelacio Pérez Dayán (UNAM, U. de Yucatán, IJF y U. Panamericana); 17. Norma Lucía Piña Hernández (ITAM y Panamericana); 18. Javier Laynez Potisek (Colegio de México, CIDE); 19. Juan Luis González Alcántara Carrancá (UNAM, IBERO, CIDE, ITAM); 20. Ana Margarita Ríos Farjat (Facultad Libre de Derecho de Monterrey); y 21. Loretta Ortiz Ahlf (Universidad Iberoamericana).

Un dato que revela la necesidad de implementar el principio de paridad en la integración de la Suprema Corte, lo es, que de los 27 miembros que han conformado la Corte en ese periodo, únicamente 6 han sido mujeres, lo que representa el 22.22%.

También se destaca, la información relativa al origen profesional, la cual es relevante para desentrañar el perfil e ideología del juez constitucional. En ese sentido, se señala que, en muchos de los casos se advierte el paso que tuvieron los ministros de la Suprema Corte como secretarios de estudio y cuenta, ya que fue un factor relevante para posteriormente ser designados como jueces de distrito y magistrados de circuito. Por tanto encontramos aquí una cooptación indirecta⁴⁷⁶, pues al ser los ministros los que nombran a los secretarios de estudio y cuenta, posteriormente serían nombrados jueces y magistrados, de ahí que se advierte un importante número de ministros de la Suprema Corte que siguieron ese tránsito de la carrera judicial, esto es, 12 ministros⁴⁷⁷ que ostentaron el cargo de secretarios de estudio y cuenta, y que posteriormente fueron nombrados Jueces de Distrito y sucesivamente Magistrados de Circuito, en ese orden; para culminar con la máxima toga, al ser nombrados ministros de la Suprema Corte⁴⁷⁸. Lo que implica que de los 27 nombramientos efectuados en la nueva identidad de la Suprema Corte, 12 de ellos recayeron en este perfil, lo que arroja un 44.44% de integrantes con un perfil de carrera judicial.

Del anterior 44.44% de integrantes que siguieron la trayectoria indicada, se considera que se suman al perfil de carrera judicial *cuatro ministros más*, como lo

⁴⁷⁶ Fix Fierro, Héctor, Jorge Carpizo, “Jorge Carpizo, la jurisdicción constitucional y los ministros de la Suprema corte de Justicia de la Nación”, *Revista Latino-Americana de Estudios Constitucionales*, México, Volumen 12(14) 2013, p. 43, consultable en: [Jorge Carpizo, la jurisdicción constitucional y los ministros de la Suprema Corte de Justicia de I \(unam.mx\)](http://unam.mx)

⁴⁷⁷ Es el caso de los ministros: 1. José Vicente Aguinaco Alemán, 2. Juan Díaz Romero, 3. Guillermo Iberio Ortiz Mayagoitia, 4. Margarita Beatriz Luna Ramos, 5. José de Jesús Gudiño Pelayo, 6. Juan N. Silva Meza, 7. Genaro David Góngora Pimentel, 8. Humberto Román Palacios, 9. Luis María Aguilar Morales, 10. Jorge Mario Pardo Rebolledo, 11. Alberto Gelacio Pérez Dayán, 12. Norma Lucía Piña Hernández.

⁴⁷⁸ En el caso del ministro José Vicente Aguinado Alemán es importante precisar que si bien transitó por los cargos de secretario, juez de distrito y magistrado de circuito, renunció a la carrera judicial para desempeñarse en el ejercicio libre de la abogacía desde el año 1973 a 1994.

es el ministro Mariano Azuela Güitrón quién también fungió como secretario de estudio y cuenta de la Suprema Corte (1960-1971), pero no seguiría la trayectoria de los ministros antes indicados, ya que posteriormente sería nombrado Magistrado del Tribunal Fiscal de la Federación (1971-1983), y luego ministro de la Suprema Corte previo a la reforma constitucional de 1994 (1983-1994), y que sería nuevamente considerado para continuar en el Alto Tribunal. Por su parte, existen otros ministros con experiencias en la *carrera judicial*, como son los casos del ministro Sergio Armando Valls Hernández que fungió como magistrado del Tribunal Superior de Justicia del Distrito Federal (1989-1993) y también Consejero del Consejo de la Judicatura Federal (1999-2004); el ministro Juan Luis González Alcántara Carrancá quién desde 1992 ejerció el cargo de Magistrado del Tribunal Superior de Justicia del Distrito Federal; y finalmente la ministra Yasmín Esquivel Mosa que desde el año 2009 ejerció el cargo de Magistrada del Tribunal Contencioso Administrativo del Distrito Federal y previamente había ejercido el cargo de Magistrada unitaria de los Tribunales Agrarios en 2004.

De ahí que, sumados estos 4 ministros a los 12 que transitaron por los cargos de secretario de estudio y cuenta, juez de distrito y magistrado de circuito, se alcanzaría un 59.25%, lo que arroja un predominio en el perfil proveniente de la carrera judicial.

En este aspecto, si bien la ministra Olga Sánchez Cordero de García Villegas también ocupó el cargo de magistrada del Tribunal Superior de Justicia del Distrito Federal, no se consideró como proveniente de la carrera judicial, ya que fue un breve periodo en el que ejerció la magistratura, esto es de 1993 a 1995, siendo su principal actividad profesional la de notaria pública titular.

Ahora bien, en cuanto a los miembros de la Suprema Corte que se consideran como *externos*, se incluyen a los que se desarrollaron principalmente en la administración pública, en el ejercicio libre de la abogacía así como en la academia. Precizando que han existido miembros del alto tribunal que desempeñaron previamente cargos en el Poder Judicial de la Federación, pero que no se

consideran internos o de carrera judicial en virtud de que dicha actividad no se constituyó como su principal actividad profesional desarrollada o predominante.

En cuanto a los que ejercieron principalmente cargos en la administración pública, se considera que asciende a 8 de los 27 ministros que han sido designados a partir de la reforma judicial de 1994, lo que representa el 29.62% de perfiles que provienen de la administración pública⁴⁷⁹, siendo los ministros: Juventino Víctor Castro y Castro, Sergio Salvador Aguirre Anguiano, Olga María del Carmen Sánchez Cordero, José Fernando Franco González Salas, Alfredo Gutiérrez Ortiz Mena, Javier Laynez Potisek, Eduardo Medida Mora Icaza y Loretta Ortiz Ahlf. Se precisa que si bien, la ministra Ana Margarita Ríos Farjat previo a su nombramiento en el alto tribunal, ejerció el cargo de Jefa del Servicio de Administración Tributaria en el año 2018, no se considera en esta actividad profesional, ya que su actividad profesional predominante la desempeñó como litigante en una firma transnacional (1999-2008) y en una consultoría en firma boutique (2009-2011), así como en una consultoría independiente (2011-2018).

Respecto, del ejercicio libre de la abogacía, se encuentra la ministra Ana Margarita Ríos Farjat, así como el ministro Arturo Fernando Zaldívar Lelo de Larrea quien se desempeñó como abogado postulante independiente en materia constitucional de 1985 a 2009. Por su parte, si bien el ministro José Vicente Aguinaco Alemán por renuncia a la carrera judicial se dedicó al ejercicio libre, debe señalarse que este ministro es considerado como de carrera judicial, ya que

⁴⁷⁹ 1. Juventino Víctor Castro y Castro (Coordinador Jurídico y Director General de Amparo en PGR, 1991-1994); 2. Sergio Salvador Aguirre Anguiano (Notario Público, Regidor); 3. Olga María del Carmen Sánchez Cordero (Notaria Pública); 4. José Fernando Franco González Salas (Subsecretario de Desarrollo Político de la Secretaría de Gobernación 1996-1998, Secretario General de la Cámara de Diputados (1999-2000) y Subsecretario del Trabajo, Seguridad y Previsión Social 2000-2005); 5. Alfredo Gutiérrez Ortiz Mena (Jefe del Servicio de Administración Tributaria, Administrador General Jurídico, Administrador General de Grandes Contribuyentes 1995-2012); 6. Javier Laynez Potisek (Procurador Fiscal de la Federación 2008-2015, Consejero Jurídico Adjunto de la Consejería Jurídica del Ejecutivo Federal 2007-2008 y 1997-2005); y Eduardo Medida Mora Icaza (Director General CISEN 2000-2005; Secretario de Seguridad Pública Federal 2005-2006; Procurador General de la República 2006-2009; Embajador Extraordinario y Plenipotenciario ante el Reino Unido de 2009-2013 y ante Estados Unidos de 2013-2015).

previamente se había desempeñado en los cargos de secretario de estudio y cuenta de la Suprema Corte, juez de distrito y magistrado de circuito.

Finalmente, como se ha indicado, respecto del ejercicio exclusivo de la academia, se considera al ministro José Ramón Cossío Díaz, quien previo a su designación ejercía el cargo de Jefe del Departamento de Derecho del Instituto Tecnológico Autónomo de México (1995-2003) y también se desempeñó como Técnico académico asociado “A” y “C” de tiempo completo en el Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM (1985-1986 y 1988-1989).

De manera que, sumados los 8 perfiles provenientes de la administración pública, con los 2 del litigio o ejercicio libre de la abogacía y el proveniente de academia como actividad prioritaria, se obtiene en total que la Suprema Corte ha sido integrada por 11 ministros externos, que representa el 40.74%.

Por lo que, de los 26 miembros que han ocupado el cargo de ministro de la Suprema Corte atendiendo su origen profesional o actividad prioritaria a partir de la reforma constitucional de 1994, se obtiene la siguiente información:

Internos o de carrera judicial	Externos
16 ministros ⁴⁸⁰ 59.25%	11 ministros ⁴⁸¹ 40.74%

Por otra parte, no pasa desapercibido que 3 ministros ejercieron cargos políticos previos a su nombramiento, como lo son: Sergio Salvador Aguirre Anguiano en su calidad de Regidor del H. Ayuntamiento de Guadalajara de 1985 a 1986; asimismo Sergio Armando Valls Hernández en su carácter de Diputado Federal de la LIII

⁴⁸⁰ 1. José Vicente Aguinaco Alemán, 2. Mariano Azuela Güitrón, 3. Juan Díaz Romero, 4. Guillermo Iberio Ortiz Mayagoitia, 5. Margarita Beatriz Luna Ramos, 6. José de Jesús Gudiño Pelayo, 7. Juan N. Silva Meza, 8. Genaro David Góngora Pimentel, 9. Humberto Román Palacios, 10. Luis María Aguilar Morales, 11. Jorge Mario Pardo Rebolledo, 12. Alberto Gelacio Pérez Dayán, 13. Norma Lucía Piña Hernández, 14. Sergio Armando Valls Hernández, 15. Juan Luis González Alcántara Carrancá, y 16. Yasmín Esquivel Mosa.

⁴⁸¹ 1. Juventino Víctor Castro y Castro, 2. Sergio Salvador Aguirre Anguiano, 3. Olga María del Carmen Sánchez Cordero, 4. José Ramón Cossío Díaz, 5. José Fernando Franco González Salas, 6. Alfredo Gutiérrez Ortiz Mena, 7. Javier Laynez Potisek, 8. Ana Margarita Ríos Farjat, 9. Arturo Fernando Zaldívar Lelo de Larrea, 10. Eduardo Medina Mora Icaza y 11. Loretta Ortiz Ahlf.

Legislatura 1985-1988, mientras que Loretta Ortiz Ahlf fue diputada federal por la LXII Legislatura (2012-2015), por la vía de representación proporcional bajo el partido político de MORENA.

Del mismo modo, existen 2 ministros que han ocupado cargos políticos posteriores a la conclusión de su encargo en el periodo que se analiza, como lo son: Juventino Víctor Castro y Castro al desempeñarse como Diputado de Representación Proporcional y Presidente de la Comisión de Juntas Constitucionales de la LXI Legislatura 2009-2012, así como la ministra Olga Sánchez Cordero quien es Senadora de la República y solicitó licencia por tiempo indefinido a partir del 1º de septiembre de 2018 para ocupar el cargo de Secretaria de Gobernación, reincorporándose al Senado en agosto de 2021. Lo cual comprueba la necesidad de reforzar la incompatibilidad *postfuncional*.

Ahora bien, a diferencia de la conformación de tribunales constitucionales de otras latitudes, en la que han iniciado sus labores con predominio de perfiles académicos y funcionarios públicos, la composición de la Suprema Corte en 1995 reforzó la presencia de ministros provenientes de la carrera judicial, a consideración de Fix-Fierro esta mayor presencia de ministros con carrera judicial amerita alguna explicación, sobre todo tomando en cuenta que, sus integrantes se habían formado e iniciado su vida profesional, en el Poder Judicial de los años cincuenta y setenta, un periodo en el que la función de la Corte se centraba en la resolución de amparos de legalidad o de casación, por tanto podría argumentarse que, en términos generales, los integrantes de la carrera judicial de ese momento carecían de una formación y experiencia suficientes para ejercer las funciones de los jueces constitucionales.⁴⁸²

Sin embargo, Fix-Fierro también señala que ello parecía preferible, porque de algún modo ofrecía certidumbre en cuanto a la formación y antecedentes de sus miembros, así como a su paulatina adaptación a las nuevas facultades de control

⁴⁸² Fix-Fierro, Héctor, "Jorge Carpizo, la jurisdicción constitucional y los ministros de la Suprema Corte de Justicia de la Nación", *op. cit.*, p. 50.

constitucional, no solo para los actores políticos sino también para los propios integrantes del Poder Judicial, del cual la Corte seguiría siendo la cabeza.⁴⁸³

Se destacan los comentarios de Mayer-Serra y Magaloni al señalar que, en la configuración de la Corte posterior a la reforma de 1994, no se apostó por un tribunal constitucional para la democracia sino uno que permitiera atender los problemas de la naciente pluralidad política de la última fase del régimen autoritario y los ministros con experiencia judicial eran una apuesta razonable para lograr ese objetivo.⁴⁸⁴

4. El perfil que se busca

Una vez que se ha advertido que en otras latitudes, para la integración del tribunal constitucional se consideran espacios para la academia así como también se reservan espacios a los abogados postulantes, lo cual contrasta con la experiencia mexicana, en la que ha predominado el perfil proveniente de carrera judicial; por lo que, privilegiar un perfil puede producir un estancamiento en la interpretación constitucional, ya que las lecturas adicionales y visiones sobre la lectura del texto constitucional disminuyen, las cual pueden enriquecerse si se hacen desde otras ópticas de la profesión jurídica y académica.

Por tanto, se busca que las categorías para acceder al encargo sean amplias y variadas, lo cual favorece el sustancial enriquecimiento del derecho constitucional, al permitirse que la norma sea valorada a través de distintas ópticas, distintas culturas jurídicas o distintas sensibilidades, cada una de las cuales aporta su particular visión de las cosas a una empresa que por su carácter colegiado debe empeñar el esfuerzo de la totalidad de sus jueces.⁴⁸⁵

Entre mejores sean los perfiles compatibles con el cargo, mayores serán las posibilidades de contar con un órgano plural integrado con una suma de aptitudes y actitudes, que permitiría que concurren aspectos tan variados como la formación profesional, los conocimientos jurídicos, el bagaje intelectual, la vocación social, el

⁴⁸³ *Ibidem*, p. 51.

⁴⁸⁴ Elizondo Mayer-Serra, Carlos y Magaloni, Ana Laura, "La forma es fondo: como se nombran y deciden los ministros de la Suprema Corte...", *op. cit.*, p. 37.

⁴⁸⁵ Astudillo, Cesar y Estrada Marún, José Antonio, *Nombramiento de Ministros de la Suprema Corte...*, *op. cit.*, p. 129.

empaques culturales, la posición ideológica, la sensibilidad política, sin dejar de señalar las cualidades y calidades humanas, como los valores, comportamientos, compromisos y actitudes, entre ellas la prudencia, magnanimidad, coraje y equilibrio.⁴⁸⁶

Por ello, el juez constitucional debe reunir capacidad y experiencia profesional, con estudios de especialización, sin dejar de lado la honestidad e integridad personal, que otorguen prestigio y autoridad a la Corte, en este sentido el Principio 10 de los Principios básicos de Naciones Unidas relativos a la Independencia de la Judicatura⁴⁸⁷.

Asimismo, se comparte la postura de Cesar Landa⁴⁸⁸ en el sentido de que la defensa de la independencia judicial no es un asunto de información, sino de formación y experiencia previa, pero que se afirma o se debilita si en la práctica judicial se conquista o se pierde la autoridad y la legitimidad constitucional de que debe gozar todo Tribunal Constitucional.

En esa virtud, el procedimiento de designación sería un factor fundamental e influyente en el perfil que habrá de elegirse para integrar la Corte Constitucional, ya que al erradicar tanto el sistema de ternas y la facultad de nominación única del Ejecutivo y permitir una modalidad de distribución de la nominación no sólo a los órganos políticos, sino a la Suprema Corte, a la academia y al foro, tiene la finalidad de dotar a la Corte Constitucional de una mixta visión institucional derivada de la proposición de órganos de diversa índole. Se trataría, al menos, de una señal estructural, que permitiría suponer el ingreso a la Corte de la confluencia de diversas “sensibilidades” y experiencias profesionales que cada órgano selector imprimiría.

Así, quienes provengan de la carrera judicial se regirán bajo el perfil que han desarrollado en la judicatura, esto es, de autonomía e independencia que debe regir en la función judicial así como disciplina y mesura en cuanto a la aplicación de la

⁴⁸⁶ *Ibidem*, p. 130.

⁴⁸⁷ 10. Las personas seleccionadas para ocupar cargos judiciales serán personas íntegras e idóneas y tendrán la formación o las calificaciones jurídicas apropiadas.

⁴⁸⁸ Landa, Cesar, “La elección del juez constitucional”, *op. cit.*, p. 265.

jurisprudencia, mientras que, los que provengan tanto del ejercicio libre de la profesión (litigio), los asesores, funcionarios públicos o provenientes de la administración pública, ellos aportarían una perspectiva práctica que les confiaría su función de operadores del derecho en el ámbito que les permitió su ejercicio profesional y principalmente el alcance de las decisiones que pueden afectar al Estado visto desde el ámbito de la administración pública; y por su parte, los académicos aportarían reflexiones desde la ciencia del derecho, con una fuerte base en los principios de derecho constitucional y derechos humanos, desde una perspectiva científica, analítica y progresiva.

De ahí que, es encomiable este ejercicio de equilibrio y complemento de perfiles, a fin de incluir miembros de la carrera judicial, de la cátedra, del foro y del servicio público o administración pública, lo que abonaría a una dinámica jurisdiccional basada en la experiencia de diversas áreas, lo que podría complementarse con la exigencia del requisito de especialización académica en las materias de derechos humanos y derecho constitucional que aportarían los perfiles académicos, en la mejora de una jurisprudencia complementada entre el pragmatismo y la ciencia jurídica.

Esta distribución de facultades de nominación, incluso fue considerada por Kelsen del modo siguiente:

Entre los modos de designación particularmente típicos, no podría pregonarse sin reservar ni la simple elección por el Parlamento ni el nombramiento exclusivo por el jefe de Estado o por el gobierno. Posiblemente se les podría combinar, así, por ejemplo, **elegir los jueces al Parlamento a propuesta del gobierno**, quien podría designar varios candidatos para cada puesto o inversamente.

Es de gran importancia **otorgar, en la composición de la jurisdicción constitucional, un lugar adecuado a los juristas de profesión**. Podría llegarse a esto concediendo, por ejemplo, a las **facultades de derecho** de un país o a una comisión común de todas ellas el derecho a proponer candidatos, al menos para una parte de los puestos. Podría, asimismo, **atribuirse al propio tribunal el derecho a proponer aspirantes para cada puesto vacante o de proveerlo por elección, es decir, por cooptación**. El tribunal tiene, en efecto, el más grande interés en reforzar su autoridad llamando a su seno a especialistas eminentes.

Es igualmente importante excluir de la jurisdicción constitucional a los miembros del Parlamento o del gobierno, puesto que son precisamente sus actos los que deben ser controlados. Es muy difícil pero sería deseable, alejar de la jurisprudencia del tribunal constitucional toda influencia política. No puede negarse que las determinaciones de

los especialistas podrían estar influenciadas –consciente o inconscientemente- por consideraciones políticas. Si este peligro es particularmente grande es preferible aceptar, más que una influencia oculta y por tanto incontrolable de los partidos políticos, su participación legítima en la formación del tribunal, por ejemplo, proveer una parte de los puestos por el Parlamento mediante la vía de elección, sin dejar de tener en cuenta la fuerza relativa de los partidos. Si los otros puestos son atribuidos a especialistas, éstos pueden tener mucho más en cuenta las consideraciones puramente técnicas puesto que su conciencia política se encuentra descargada por la colaboración de los miembros llamados a la defensa de los intereses propiamente políticos.⁴⁸⁹

Es relevante como el propio Kelsen señaló que si bien es deseable alejar de la integración del tribunal constitucional toda influencia política, es muy difícil erradicar toda intervención política, por lo que pueden reservarse espacios para los entes políticos, si los otros puestos son atribuidos a especialistas, ya que éstos pueden privilegiar las consideraciones puramente técnicas, función que desempeñarían los perfiles provenientes de la academia, así lo hace notar el jurista de Praga al señalar que en la composición de la jurisdicción constitucional, debe reservarse un lugar adecuado a los juristas de profesión, quienes pudieran elegirse por las facultades de derecho de un país o por una comisión común de todas ellas con el derecho a proponer candidatos, al menos para una parte de los puestos, y concluyó que del mismo modo, pueden atribuirse espacios al propio tribunal, al tener el derecho a proponer aspirantes, lo cual sería una especie de cooptación.

Por tanto, con la inspiración del modelo italiano, colombiano y guatemalteco, se propone que la Corte Constitucional se integre por 11 jueces constitucionales, los cuales serán nombrados por el Senado de la República a partir de la propuesta que realicen diversos poderes, entes o corporaciones, en quienes se distribuirá el poder de nominación. Esto es, de los 11 miembros que conformarían la Corte, 3 serán a propuesta del Ejecutivo, 3 a propuesta de la Cámara de Diputados, 3 a propuesta del Pleno de la Suprema Corte, 1 a propuesta de la Academia y 1 a propuesta del Foro de abogados; todos con la respectiva aprobación de la Cámara de Senadores, previa nominación individual (eliminando el sistema de ternas) a fin de favorecer un diseño de comparecencias y evaluación que permita desentrañar de mejor manera

⁴⁸⁹ Kelsen, Hans, *La garantía jurisdiccional de la Constitución (La justicia constitucional)*, trad. de Rolando Tamayo, México, Instituto de Investigaciones Jurídicas, UNAM, 2001, pp. 57-59.

la ideología y el entendimiento que el nominado tenga sobre la Constitución. La idea de repartir el poder de designación evita monopolios o excesos, y favorece el pluralismo de visiones en la Corte Constitucional, impulsadas por los órganos proponentes.

El perfil técnico-profesional se garantizaría con la propuesta que hiciera la Suprema Corte, para ello la judicatura llevaría a los perfiles de su propia extracción y de carrera judicial, con pleno conocimiento del sistema de administración e impartición de justicia, con la invitación extensiva a los Poder Judiciales de los Estados a fin de participar en la convocatoria.

El perfil de sensibilidad política, podría cubrirse por parte del Poder Ejecutivo y de la Cámara de Diputados, por lo que, posiblemente el perfil del candidato sea de postulados ideológicos partidistas o inmiscuido en la vida política y de la administración pública, además advertiría sobre el impacto institucional de las resoluciones en asuntos de alta carga política.

Mientras que la propuesta del foro de abogados, garantizaría un perfil del abogado litigante con la experiencia compleja que otorga la práctica profesional, y las Universidades propondrían un perfil eminentemente académico. Asimismo, se requiere que cuente con cualidades técnicas derivadas de su especialización en Derecho Constitucional y Derechos Humanos.

Lo anterior garantiza la ruptura de un monopolio en el poder de designación, con la intención de equilibrar la pluralidad de perfiles, que abonaría a una evolución dinámica de la interpretación, con garantía de un debate integrado por posturas ideológicas diversas en el ejercicio de la profesión, lo que generaría pesos y contrapesos internos.

Así, la comparecencia ante el Senado permitirá desentrañar la filosofía, ideología y en general el perfil de la persona que aspira a integrar la magistratura constitucional, sobre este aspecto Landa señala que resulta importante conocer los puntos de vista de los candidatos sobre aspectos fundamentales de la vida de la sociedad y política al momento de la preselección, como son la política económica,

social, filosófica y ética, así como la vocación de pertenencia a las diferentes manifestaciones etno-culturales del país, de ahí que no hay espacio para una limitada concepción apolítica, en un proceso de desarrollo jurídico del valor libertad.⁴⁹⁰ Por tanto la neutralidad formal como indiferencia a los problemas sociales es perjudicial en el perfil del magistrado constitucional, ya que se requiere de jueces autoconscientes de su subjetividad y de la representación pluralista de los distintos intereses de la sociedad, que es una forma real para acercarse a la justicia.⁴⁹¹

De una pluralidad de perfiles del juez constitucional derivarían interpretaciones constitucionales emanadas desde el enfoque de la experiencia de sus miembros, lo que favorecería el enriquecimiento del significado de la Constitución, ya que sus normas serían valoradas desde distintas ópticas. Con ello se lograría una diversidad de lecturas y visiones sobre el modo en que los derechos previstos en la Constitución deben desarrollarse.

Se destaca que en los países en donde se han instaurado Tribunales Constitucionales en sentido estricto, se privilegia el perfil especializado que no es propiamente el del perfil que proviene de la carrera judicial, sino el que se basa en la especialización técnica particularmente en derecho constitucional. Sin embargo, el permitir perfiles de carrera judicial, de la docencia, de la administración pública e incluso de la política, enriquecería la interpretación constitucional.

El nombramiento de perfiles idóneos para ejercer el cargo de juez constitucional, reduce la posible influencia política que sobre el órgano de control puede recaer, aunado a que se promueve una efectiva separación de poderes y con ello se fortalece la independencia judicial y la democracia constitucional.

Por lo que, en la integración de la Corte confluiría un equilibrio de distintos perfiles, sin privilegiar la vertiente jurisdiccional, política, académica o la práctica jurídica, para generar una armónica pluralidad en beneficio de la interpretación constitucional vista desde diversas ópticas, al contar con experiencia judicial,

⁴⁹⁰ Landa, Cesar, "La elección del juez constitucional", *op. cit.*, p. 262.

⁴⁹¹ *Ibidem*, p. 263.

especialización, sensibilidad política, académica y habilidad litigiosa, en abono al incremento de la autoridad del órgano de control.

Así, es conveniente que la Corte se conforme por una pluralidad de perfiles, y sobre todo, cada vez más calificado en el ámbito de los postulados de los derechos humanos y del constitucionalismo democrático contemporáneo, privilegiando las capacidades jurídicas por encima de los intereses puramente políticos en el proceso de designación; de ahí la propuesta de intervención de organismos profesionales, judiciales y académicos, en la nominación y designación del juez constitucional.⁴⁹²

5.7 Prorrogatio

Como se dijo, además de proponer un sistema de renovación que se active con anticipación a la fecha de conclusión del periodo del cargo del ministro saliente, se precisa que, en los casos de retraso en la designación, el juez saliente se mantenga en el cargo hasta el nuevo nombramiento, con inspiración del caso español⁴⁹³.

Así, una propuesta para evitar la vacancia en el cargo de juez constitucional por la falta de nombramiento, ha sido la *prorrogatio* utilizada en España⁴⁹⁴, la cual opera de manera automática y comienza en la fecha exacta en que el periodo del cargo del juez saliente se ha agotado y finalizará el momento en que materialmente se toma la posesión a quién habrá de sucederle, es decir, el límite temporal de la prórroga se deja en manos del órgano que corresponda renovar a la Corte.

Dicha figura si bien permite que el cargo de juez constitucional siga funcionando de manera permanente, lo cual evita parálisis de la Corte e inestabilidad, puede mejorarse con un mecanismo que propone Estrada Marún⁴⁹⁵, a través del establecimiento de un plazo predeterminado a los órganos proponentes y de

⁴⁹² Fix-Fierro, Héctor, "Jorge Carpizo, la jurisdicción constitucional y los ministros de la Suprema Corte de Justicia de la Nación", *op. cit.*, p. 56.

⁴⁹³ En el caso español, si la selección se retrasa, los magistrados cuyo mandato ha concluido, continuarán "en el ejercicio de sus funciones hasta que hayan tomado posesión quienes hubieren de sucederles" (17.2 LOTC). En este caso, a los nuevos magistrados que fuesen designados se les restará del mandato el tiempo de retraso en la renovación (art. 17.5 LOTC).

⁴⁹⁴ Prevista en el artículo 17.2 de la LOTC.

⁴⁹⁵ Cfr. Estrada Marún, José Antonio, "El retraso en la designación parlamentaria de magistrados constitucionales...", *op. cit.*, p. 54-67.

designación para realizar el nombramiento e incluso en caso de incumplimiento, introducir una sanción institucional por el incumplimiento a efecto de dotar de mayor eficacia al plazo, como lo es, una sanción que implique que el órgano encargado de realizar la propuesta pierda dicha facultad para pasarla a cargo de la propia Corte Constitucional.

Se coincide con Estrada Marín⁴⁹⁶ en introducir una propuesta consistente en establecer un plazo predeterminado y perentorio de tres meses, para que la Cámara alta proceda a la selección del juez constitucional; sí luego de transcurrido este plazo no se hubiere proveído la designación, a efectos de una “sanción institucional”, el órgano proponente perderá por esa ocasión la facultad de nombramiento y ésta pasará a la Corte Constitucional, el cual, dentro de un plazo breve⁴⁹⁷, proveerá a la designación mediante acuerdo del Pleno de la Suprema Corte.

La propuesta representa un impulso a la Cámara y a los órganos proponentes para que las fuerzas políticas, procedan a realizar la designación del juez constitucional en tiempo. Destacándose que se propone que la *prorrogatio* se encuentre debidamente limitada, de manera que no se extienda discrecionalmente en el tiempo, así el juez saliente únicamente podrá estar en el cargo por tres meses posteriores para el que fue nombrado, plazo que se considera prudente para que se haga la designación.

Se insiste que, este plazo es prudente, considerando que cuatro meses previos a la culminación del mandato del juez, se propone que inicie el procedimiento de designación como ya se apuntó en líneas anteriores, así existe una garantía de que la función jurisdiccional constitucional seguirá prestándose debido a la *prorrogatio* del juez saliente.

⁴⁹⁶ *Ibidem*, p. 62.

⁴⁹⁷ Dicho plazo en el caso portugués es de diez días hábiles con que cuenta el Pleno para realizar la propuesta. Puede ser orientativo, en relación con el procedimiento para que el Pleno del Tribunal realice la cooptación, el estipulado en los artículos 17 a 19 de la Ley que regula al Tribunal Constitucional portugués, en cuanto a que previene detalladamente la presentación de las propuestas, la discusión, el procedimiento y rondas de votación, el escrutinio, el acuerdo de designación y la formalización del cargo.

5.8 Periodo del nombramiento.

Se propone que el periodo de nombramiento se mantenga en 15 años que actualmente tienen los ministros de la Suprema Corte, pues en el derecho comparado como quedó revelado, sólo los *justices* de la Corte Suprema de Estados Unidos, los miembros del Supremo Tribunal de Brasil y la Corte Suprema de Argentina tienen un nombramiento más prolongado al ser vitalicio; mientras que en Alemania se nombran por 12 años; en Italia, España y Portugal por 9 años; y en Perú y Guatemala por 5 años.

Lo anterior permite concluir que únicamente en los países en donde se nombran de manera vitalicia, se contaría con periodos de nombramiento más prolongados, sin embargo considerando el sistema de escalonamiento y la renovación de ideologías, se propone que se mantenga el de 15 años, aunado a que la tradición en México nos revela como un aspecto negativo la permanencia vitalicia en los cargos públicos.

De este modo, se contempla que, si bien los senadores pueden optar por la reelección y con ello permanecer en el cargo por 12 años, de conformidad con el artículo 59 constitucional, se evita que tengan el mismo tiempo de ejercicio que los jueces de la Corte Constitucional, evitando también la influencia de un presidente de la República que su encargo es de seis años. Se precisa que no es desconocido que el sistema vitalicio garantiza aún más la independencia judicial, sin embargo dada la historia constitucional en México ha revelado que la permanencia por largos periodos en puestos de poder han llevado a movimientos violentos e inconformidad, se considera que podría evaluarse posteriormente el aumento al nombramiento vitalicio, con inspiración del modelo de Estados Unidos.

Por tanto, el periodo de los jueces al ser prolongado y sin posibilidad de ratificación garantiza el fortalecimiento de la independencia judicial, de modo que si el periodo es corto y la ratificación está prevista, la dependencia a otros órganos será mayor al de aquellos supuestos en donde el mandato es amplio y definitivo. Un periodo amplio pero determinado, se encuentra en los parámetros de la mayoría de

ordenamientos que cuentan con una Corte de esta naturaleza, mandatos de corta duración y sujetos a ratificación, debilitan el sistema de justicia y afectan su independencia. El amplio periodo propicia que el natural vínculo de lealtad o agradecimiento entre *designado y designante* se diluya rápidamente ante la estabilidad que ésta, en conjunción con el resto de garantías, confiere al conjunto al juez constitucional.⁴⁹⁸

El periodo amplio pero determinado es compatible con los estándares recomendados para proteger la independencia de los operadores de justicia, ya que les brinda *la estabilidad necesaria para realizar con independencia y autonomía sus labores sin presiones ni temor de estar sujeto a una confirmación o ratificación posterior*.⁴⁹⁹

5.9 Escalonamiento

Un sistema escalonado permite la actualización y legitimación periódica, lo cual posibilita la renovación ordenada de miembros, la continuidad de sus funciones, la generación de nuevas mayorías al interior del pleno, y la revisión paulatina de sus criterios y jurisprudencia, todo ello dentro de nuevos equilibrios que intentan mantener el conocimiento y la experiencia de los que permanecen con el ímpetu renovador de los que llegan⁵⁰⁰. La renovación una vez concluido el encargo, evita un esquema rígido de interpretación constitucional, ya que los criterios de validez de las normas jurídicas necesitan irse actualizando de acuerdo con las percepciones y aspiraciones de cada generación.

Esta característica de renovación parcial es cada vez más frecuente en las experiencias europeas de justicia constitucional que tiene como finalidad evitar que la composición del Tribunal propenda a irradiar de manera excesiva la *mayoría*

⁴⁹⁸ Astudillo Cesar y Estrada Marún, José Antonio, Nombramiento de Ministros de la Suprema Corte de Justicia de la Nación, *op. cit.*, p. 152.

⁴⁹⁹ En este sentido, *Garantías para la independencia de las y los operadores de justicia. Hacia el fortalecimiento del acceso a la justicia y el estado de derecho de las Américas*, CIDH, OEA, 5 de diciembre de 2013, p. 37.

⁵⁰⁰ Fix-Fierro, Héctor, "Reformas y adiciones a la Constitución federal en materia de administración de Justicia", *Anuario Jurídico 1994*, México, UNAM-IIJ, 1995, p. 46.

parlamentaria existente en un momento dado, permitiendo, sin embargo, un progresivo reflejo de las nuevas mayorías que puedan surgir posteriormente. Así también, evita cambios bruscos en la composición del Tribunal, estableciendo una dinámica de acoplamiento didáctico entre la anterior y nueva promoción de jueces constitucionales.

A manera de ejemplo y como se señaló en el capítulo tercero, el caso español, garantizara el escalonamiento, en caso de fallecimiento, renuncia, incapacidad, incompatibilidad sobrevenida⁵⁰¹, dicha vacante será cubierta con arreglo al mismo procedimiento para la designación del magistrado sólo por el tiempo que a éste restase⁵⁰².

En esa virtud, en la reforma a la Constitución que establezca la instauración de la Corte Constitucional si bien señalará una duración en el cargo de 15 años, en el artículo transitorio del decreto respectivo, se deberá regular el escalonamiento, limitando por una única ocasión el nombramiento de los jueces por un periodo menor a fin de garantizar el escalonamiento, pero que desde su designación se tendrá certeza del periodo por el cual se designa.

Las bondades del sistema de escalonamiento son evidentes, pues tiene el objetivo de asegurar la continuidad como la renovación institucional de los órganos del Estado. Es un mecanismo que busca tutelar la estabilidad de la Corte y de su jurisprudencia, situación que se vería comprometida con un cambio de bloque; pero además, permite la conformación paulatina y ordenada de nuevas mayorías al interior del pleno, con los consecuentes cambios de criterio que ello produciría, así como la progresiva redefinición de los controles internos de la propia Corte, además permite una sana convivencia entre la experiencia acumulada en los que se quedan y la fresca de perspectiva de quienes llegan.

⁵⁰¹ Entrás otras que prevé el artículo 23 de la Ley Orgánica del Tribunal Constitucional.

⁵⁰² De conformidad con el párrafo quinto del artículo 17 de la Ley Orgánica del Tribunal Constitucional.

Asimismo, en caso de alguna vacante definitiva por renuncia, enfermedad, incompatibilidad entre otras, se activaría el procedimiento para designar al ministro únicamente por el periodo que falte por concluir de quien dejó el cargo, lo cual garantizaría el escalonamiento, precisando que si bien por la complejidad del procedimiento puede tardar algunos meses la designación, en tanto ello se realiza, asumiría la función de manera provisional una persona nombrada por la propia Corte a manera de cooptación.

5.10 Incompatibilidades

Si bien en el capítulo tercero se explicaron los tipos de incompatibilidades, los cuales pueden ser *prefuncionales* (inhabilitan para ser sujeto de nominación), funcionales (prohíben actividades en el ejercicio del cargo) y *postfuncionales* (restricciones concluido el mandato por 2 años). La incompatibilidad *posfuncional* no ha sido obstáculo para que el cargo de ministro no sea el último al que se pueda aspirar, ya que, trascurrido el breve periodo de dos años, es dable que el ministro en retiro vuelva a desempeñarse en el servicio público e incluso volver a la abogacía, lo cual puede afectar la independencia judicial.

De modo que la incompatibilidad *posfuncional* es insuficiente, lo cual se propone fortalecerse en el sentido de que la persona que cumpla el periodo de su nombramiento se encuentre imposibilitada para ocupar diverso cargo público y ejercer la profesión como abogado postulante, con la garantía de una pensión adecuada e irrenunciable.

Asimismo, es necesario fortalecer la incompatibilidad prefuncional, ya que conforme a la fracción VI del artículo 95 constitucional⁵⁰³, se trata de supuestos que inhabilitan para ser sujeto de nominación aunque sólo por un año, cuya intención se dirige a impedir que las personas nominadas hayan estado vinculadas al ejercicio de cargos políticos, ya sea por elección popular o por nombramiento, dicha

⁵⁰³ El artículo 95 fracción VI dispone: Para ser electo ministro de la Suprema Corte de Justicia de la Nación, se necesita: ... VI. No haber sido Secretario de Estado, Fiscal General de la República, senador, diputado federal, ni titular del poder ejecutivo de alguna entidad federativa, durante el año previo al día de su nombramiento.

imposibilidad se propone se aumente hasta dos años de no ocupar los puestos públicos que señala la disposición constitucional para ser elegible al cargo de juez constitucional, lo que garantiza que no existe un fuerte vínculo político entre el que designa y el designado.

5.11 Inamovilidad

Es necesario mantener para los jueces de la Corte Constitucional la garantía de inamovilidad consiste en que los jueces conserven sus cargos hasta que cumplan el plazo de su culminación o lleguen a cierta edad de retiro forzoso en los casos en los que se prevea. La inamovilidad no implica la imposibilidad de no ser separado del encargo, sino que, en todo caso se realice mediante un procedimiento previsto constitucionalmente y no mediante una libre remoción.

Como se dijo en el capítulo tercero, es una garantía de que los jueces *no van a ser removidos arbitrariamente de su puesto*.⁵⁰⁴ La finalidad es que bajo esta garantía quedaran protegidos de los *vaivenes políticos que pudieran afectar su función*⁵⁰⁵. La inamovilidad encuentra una vertiente en la inmunidad judicial, que permite el ejercicio seguro e imperturbable de la función jurisdiccional.

La inamovilidad desde estándares internacionales significa la permanencia en el cargo de los integrantes de la Corte hasta que expire el periodo de quince años para el que sean designados, así como el establecimiento de las garantías reforzadas de estabilidad en el ejercicio de la función⁵⁰⁶.

Lo anterior, salvo que se incurran en los supuestos de responsabilidad ya sea política, penal o administrativa que ya han sido analizados en capítulos anteriores, de ahí que la inamovilidad no implica que no puedan ser separados o destituidos por motivos de responsabilidad, cuando se incurra en los supuestos expresa y limitativamente establecidos como causas de responsabilidad y una vez agotado el

⁵⁰⁴ Dictamen del Senado de la República a la iniciativa de reforma presidencial de 1994, p. 7.

⁵⁰⁵ Sánchez Cordero, Olga, *Magistratura constitucional en México...*, *op. cit.*, p. 42.

⁵⁰⁶ Principios 10 y 12 de los Principios básicos de Naciones Unidas relativos a la Independencia de la Judicatura.

procedimiento sancionador respectivo. De ahí que, es posible que sobrevenga la remoción del cargo de forma excepcional en la forma, términos y condiciones estipulados en el régimen de responsabilidades que se prevea constitucionalmente.

De ahí que se propone que los procedimientos de responsabilidad sean revisables a fin de garantizar de que se haya respetado el derecho de audiencia, pues como se ha indicado, incluso en el caso del mecanismo esencialmente político que no se sujeta a ningún tipo de control sobre su regularidad, los estándares interamericanos exigen que sobre él recaigan las garantías y controles de naturaleza jurídica en donde destaca, la tutela convencional ofrecida por la Corte Interamericana de Derechos Humanos⁵⁰⁷. En Argentina por ejemplo, los jueces de la Corte Suprema pueden interponer recurso extraordinario federal frente a la declaratoria de remoción, ante la propia Corte Suprema.⁵⁰⁸

Asimismo, es necesario mantener para los jueces de la Corte Constitucional la inmunidad procesal que comúnmente se le conoce como fuero constitucional, a fin de que no sean juzgados por responsabilidad penal cuando durante el tiempo en el que desempeñen su encargo cometan alguna de las conductas tipificadas como delitos por la legislación penal, sin embargo, para ello previamente deberá ocurrir que la Cámara de Diputados apruebe el retiro de la inmunidad procesal que los proteja, por lo que únicamente sería retirada la inmunidad en aquellos casos en donde la mayoría absoluta de los parlamentarios así lo decida, ello implica que no cualquier hecho que se impute logrará la remoción del fuero, sino aquel que logre el consenso de la mayoría absoluta que forzosamente contemplará distintas fuerzas políticas o grupos parlamentarios distintos al gobierno en turno.

Por su parte, en el caso de las destituciones por responsabilidad administrativa, como se señaló, en aras de mantener a la Corte y a sus miembros al margen de

⁵⁰⁷ Herrera García, Alfonso, ¿Juzgar a los juzgadores? Estándares interamericanos del juicio político contra jueces” en Sagües, Néstor Pedro, María Sofía y R. Toledo, Pablo (coords.), *Jurisprudencia Argentina. Número especial: Derecho Procesal Constitucional*, Argentina, Abeledo Perrot, 2018-III, p. 108.

⁵⁰⁸ Sagües, Néstor Pedro, “El estatuto del juez constitucional en Argentina”, en Fix-Zamudio, Héctor y Astudillo, César (coords.), *Estatuto Jurídico del juez constitucional en América Latina y Europa. Libro en homenaje al doctor Jorge Carpizo*, México, IIJ-UNAM, 2012, p. 249.

presiones indebidas de los otros poderes del Estado, ello justifica que sea la propia Corte la que conozca e imponga las sanciones correspondientes.⁵⁰⁹

Luego entonces, la inamovilidad no implica la imposibilidad de no ser separado del encargo, sino que en todo caso, se realice mediante un procedimiento previsto constitucionalmente y no mediante una libre remoción, lo cual obliga a que dentro de cualquier procedimiento se respete el debido proceso, en particular el derecho de audiencia, defensa, contradicción, acceso a un recurso efectivo, la garantía de una autoridad independiente e imparcial, el deber de motivar las sanciones impuestas y el acceso a los recursos legales que correspondan ante un órgano igualmente independiente.⁵¹⁰

5.12 Garantía económica

Con la finalidad de garantizar la independencia judicial se propone mantener y fortalecer la garantía económica. Así, el artículo 94 de la Constitución mexicana prevé que la remuneración que perciban por sus servicios los ministros de la Suprema Corte no podrá ser disminuida durante su encargo. Asimismo, es importante tomar en consideración los estándares internacionales que se recomiendan para garantizar *una remuneración, pensiones y condiciones de servicio y jubilación adecuadas*⁵¹¹, que les permitan asegurar su independencia económica, sin que se encuentren vinculadas al resultado de su actividad cotidiana, mucho menos del sentido de sus pronunciamientos, y se les proteja para que no sea “reducida mientras preste servicio profesional”.⁵¹²

A fin de garantizar que el presupuesto de la Corte no se vea disminuido, se propone prever a nivel constitucional la sugerencia de la Comisión Interamericana

⁵⁰⁹ Actualmente el artículo 94 constitucional y los diversos 131 y 133 de la ley orgánica del Poder Judicial, así como el artículo 8 fracción V de la Ley General de Responsabilidades Administrativas, prevén el régimen de responsabilidades para los miembros de la Suprema Corte.

⁵¹⁰ En este sentido se sugiere en las *Garantías para la independencia de las y los operadores...*, *op cit.*, pp. 79 y siguientes, así como en los Principios 17 al 20 de las *Principios básicos de Naciones Unidas... op. cit.*

⁵¹¹ *Principios básicos de Naciones Unidas, op. cit.*, principio 11.

⁵¹² Así lo dispone el Estatuto Universal del Juez en su artículo 13, retomado por las *Garantías para la Independencia de las y los operadores...*, *op. cit.*, p. 56.

de Derechos Humanos recogida del Relator Especial de Naciones Unidas sobre la Independencia de Magistrados y Abogados, de establecer un porcentaje fijo del producto interno bruto nacional (PIB) en el marco legislativo, como presupuesto mínimo del poder judicial, sobre lo cual, México no reúne este requisito⁵¹³.

En este sentido, Ferrer Mac-Gregor señala que: “la idea fundamental no se refiere al monto de la remuneración, sino a la variación que durante el encargo de los ministros” sea modificada a discreción con la intención de “ejercer presión política”.⁵¹⁴ Con ello, se propone para los jueces de la Corte Constitucional la garantía de la no reducción de las remuneraciones que perciban, así como el de un presupuesto irreductible, el cual sería el del Poder Judicial al formar parte de su estructura, con la autonomía que amerita el diseño de Corte Constitucional a semejanza el Tribunal Constitucional Federal Alemán.

5.13 Pensión vitalicia

El artículo 94 constitucional dispone que los ministros tendrán derecho a un *haber por retiro* de carácter vitalicio, que comenzaría desde el momento en que culmina su mandato. Sin embargo, ese diseño normativo no asegura que el cargo de ministro sea el último al que se pueda aspirar, ello es así, puesto que la propia Constitución permite que los ministros que se retiran puedan después de un tiempo, ocupar otro cargo público, incluso también pueden optar por litigar desde un despacho u ocupar un cargo público, lo cual coincide que la propuesta señalada líneas anteriores relativo al fortalecimiento de la incompatibilidad *posfuncional*.

No contar con una pensión vitalicia y permitir ocupar diversos cargos públicos después de concluido el periodo del nombramiento, vulnera los cimientos sobre los que se construye la libertad de los jueces constitucionales para decidir asuntos de

⁵¹³ Velilla Antolin, Natalia y Soto Morales, Carlos Alfredo, “Experiencias sobre la independencia judicial en México y España”, *Revista del Instituto de la Judicatura Federal*, México, número 47, Enero-Junio de 2019, p. 318.

⁵¹⁴ Ferrer Mac-Gregor, Eduardo, “Comentario al artículo 94”, *Derechos del pueblo mexicano, México a través de sus constituciones*, 9ª ed., México, H. Cámara de Diputados LXIII Legislatura, Cámara de Senadores, Suprema Corte de Justicia de la Nación, Tribunal Electoral del Poder Judicial de la Federación, Instituto Nacional Electoral, UNAM-IIJ, Miguén Ángel Porrúa, 2016, vol. IX, p. 886.

manera independiente. Incluso el diseño actual permite que puedan tener una pensión vitalicia sin importar que el ministro en retiro ocupe otro cargo público o ejerza como abogado postulante. Por lo que, se propone incluir constitucionalmente una prohibición expresa para que no ocupe otro cargo público ni pueda patrocinar negocios judiciales, ya que las pensiones sirven para fortalecer la autonomía e independencia del máximo tribunal, incluso la justificación de otorgarla es para que no realice otra labor. Así, reformar la Constitución para que el cargo de ministro sea el último cargo público al que se aspire, fortalecería la independencia de la Corte.

5.14 Turnos por especialización, audiencias y colegialidad

Como se dijo en capítulos anteriores, el proceso de decisión del pleno de la Suprema Corte tiene dos características centrales que la distinguen de la mayoría de Tribunales Constitucionales y Cortes Supremas, como son:

1. Asignación de casos a partir de un sistema aleatorio; y
2. Amplia publicidad del debate y deliberación entre los ministros

Estas dos características impactan negativamente en la calidad, claridad y legitimidad de las sentencias de la Suprema Corte, destacándose que la Corte mexicana tiene una mayor carga de trabajo en comparación con la que tienen muchos tribunales constitucionales y en especial la Corte estadounidense que en 2008 recibió 7,868 solicitudes de revisión, pero sólo se aceptaron 87. Dada la enorme carga de trabajo, la Corte mexicana opera en dos salas, además de en Pleno, por su parte la Corte de Estados Unidos siempre opera en Pleno.⁵¹⁵

1. Asignación de casos a partir de un sistema aleatorio

El método de asignación por turno o sistema aleatorio inhibe o dificulta el consenso entre los ministros respecto al sentido final de la sentencia. Cuando se asigna un asunto a un ministro determinado con bases aleatorias no es relevante la posición jurídica del ministro respecto del caso a resolver ni su ideología o postura respecto

⁵¹⁵ Elizondo Mayer-Serra, Carlos y Magaloni, Ana Laura, “La forma es fondo: como se nombran y deciden los ministros de la Suprema Corte de Justicia”, *op. cit.*, p. 44.

del tema. Tampoco lo es el grado de acuerdo o discrepancia que existe entre los miembros del Tribunal. El ministro que proyecta la sentencia puede estar con la mayoría o estar con clara minoría, de manera que el proceso por el que se asignan los casos ni siquiera permite saber esto *ex ante*. Es decir, el ministro elabora su proyecto sin conocer previamente la opinión jurídica de sus compañeros de la Corte.

Como ejemplo de lo anterior, se tiene el caso de la acción de inconstitucionalidad 6/2018 y sus acumuladas 8/2018, 9/2018, 10/2018 y 11/2018 promovida⁵¹⁶ en contra de la Ley de Seguridad Interior publicada en el Diario Oficial de la Federación el 21 de diciembre de 2017, en la cual el ministro ponente Jorge Mario Pardo Rebolledo proponía que el legislativo federal sí tiene la facultad para aprobar la ley, sin embargo y contrario a ello se declaró su nulidad, ya que dicha ley resultaba inconstitucional al contener disposiciones que pretendían normalizar la utilización de las Fuerzas Armadas en temas de seguridad pública, lo que es contrario al orden constitucional y convencional⁵¹⁷, de lo cual se aprecia que 9 de los 11 ministros votaron en contra de la propuesta del ponente, lo que revela una indebida colegialidad, principalmente ocasionada por la falta de consenso previo y la forma en la que se asigna el caso, esto es, con bases aleatorias sin tomar en cuenta la posición jurídica del ministro respecto del caso a resolver ni su ideología o postura respecto del tema. Asimismo, el caso es ejemplar puesto que revela la falta de acuerdo y consenso que existe entre los miembros del Tribunal, ya que el ministro proyecta la sentencia sin conocer la postura de sus pares y con la posibilidad de no estar con la mayoría o estar con clara minoría, de manera que el proceso por el que se asignan los casos ni siquiera permite saber esto *ex ante*.

Así, cada ministro tiene su propia ideología y su forma de entender e interpretar la Constitución, sin embargo, en la medida que estas divergencias ideológicas entre los jueces encuentren puntos de consenso y unidad, las decisiones de la Corte

⁵¹⁶ Promovida por diputados federales, senadores, el Instituto Nacional de Transparencia, Acceso a la Información y Protección de Datos Personales, la Comisión Nacional de los Derechos Humanos y el Partido Político Movimiento Ciudadano, en contra de la Ley de Seguridad Interior.

⁵¹⁷ En este sentido, el comunicado oficial de la Suprema Corte, <https://www.internet2.scjn.gob.mx/red2/comunicados/noticia.asp?id=5794>

Constitucional tendrán mayor claridad, contundencia y grado de autoridad hacia el futuro.

Es común ver como las decisiones actuales de la Suprema Corte se toman de manera dividida y pocas por unanimidad a menos de que el caso sea muy claro, advirtiendo votos concurrentes y disidentes lo que sólo refleja la falta de colegialidad y consenso, y muestra distintas posturas jurídicas e ideológicas de sus miembros que lo integran.

Con ello, la fuerza y autoridad del órgano jurisdiccional como tal se diluye, este tipo de sentencias constata que los ministros no logran ponerse de acuerdo sobre el sentido e interpretación de la norma constitucional y en su caso, de la norma cuya inconstitucionalidad se reclama. Lo que hace que se debilite un criterio interpretativo vinculante para el ordenamiento jurídico que impacte en la resolución de casos futuros.

Las decisiones divididas son generadas en muchos de los casos por el propio proceso de asignación de asuntos, pues incluso en el Tribunal Supremo de Estados Unidos, el proceso para asignar los casos buscar ayudar a mantener unida a la mayoría, para ello, todos los *Justices* tienen que estudiar el asunto y asistir a la audiencia oral en donde las partes plantean sus primeros argumentos y los *Justices*, a su vez, les formulan preguntas puntuales a los litigantes. Una vez terminada la audiencia, los *Justices* se reúnen a puerta cerrada para conocer la posición jurídica de cada uno de ellos y determinar en qué sentido pareciera que la mayoría de los miembros del tribunal quiere que sea proyectado el asunto. De manera que el proyecto de sentencia se le asigna a uno de los *Justices* que se encuentran en la mayoría, el Presidente de la Corte lo asigna si está dentro de la mayoría, quien lo hace de forma discrecional. De no estar el presidente del lado de la mayoría, esta responsabilidad le compete al *Justice* con más antigüedad que se encuentre del lado de la mayoría.⁵¹⁸

⁵¹⁸ Elizondo Mayer-Serra, Carlos y Magaloni, Ana Laura, “La forma es fondo: como se nombran y deciden los ministros de la Suprema Corte de Justicia”, *op. cit.*, p. 49.

Por lo que, se propone avanzar a un sistema de especialización con base en la tipología de amparos directos e indirectos en revisión, así como por la especialización de materias en acciones de inconstitucionalidad y controversias constitucionales.

En este aspecto, se coincide en la reforma constitucional recientemente aprobada en febrero de 2021, en cuanto a la especialización de los secretarios de estudio y cuenta en el contexto de un modelo mixto, en el que por una parte, pertenezcan a la carrera judicial a fin de racionalizar su perfil el cual sea preferentemente de carrera judicial y su ingreso haya sido por concurso con sus correspondientes garantías de inamovilidad, los cuales pertenezcan o estén adscritos a una materia, sección o secretaría específica, para atender asuntos conforme a su perfil. Por su parte, la otra mitad de los secretarios estaría sujeta a la designación de los jueces constitucionales mediante regulación en Acuerdo General, donde se prevea el perfil y su organización interna, con base en una adscripción de secretarios que responda al perfil del conocimiento de determinados medios de control o para competencias del Pleno o Salas, incluso por materias. Ello revela un sistema mixto de perfiles de secretarios de estudio y cuenta que se utiliza por ejemplo en el Tribunal Constitucional de España.⁵¹⁹

Así, se insiste que la forma de asignación de casos de la Corte norteamericana ayuda a iniciar la discusión en el sentido en que, en principio, se inclina la mayoría. Esto también puede permitir que el responsable de elaborar la sentencia busque una redacción que cuente con el apoyo de sus pares, para ello los proyectos circulan ampliamente entre los ministros que están con la mayoría. De modo que, a través del sistema de asignación de casos, la Corte Suprema de Estados Unidos busca incentivar consensos entre sus miembros y generar decisiones que reflejan la “opinión del tribunal” y no los puntos de vista particulares de cada juez, ello es parte intrínseca de su autoridad y legitimidad.

⁵¹⁹ Cfr. Astudillo, Cesar, “25 años de evolución en la organización y funcionamiento de la Suprema Corte de Justicia de la Nación”, *op. cit.*, p. 84.

Lo que se busca es un diseño que permita mayor colegialidad, lo cual puede lograrse con la asignación de asuntos que atienda a la especialización de los jueces constitucionales, es decir, eliminar los turnos aleatorios, para establecer turnos por especialización, o bien incluso mejor, que el asunto sea asignado partiendo de la posición que respecto de los casos tengan los jueces constitucionales, en donde el asunto previo a su designación para la instrucción y consecuente elaboración de sentencia, sea asignado a uno de los jueces que derivado de una sesión privada en donde se recojan de manera preliminar las opiniones o posturas respecto del asunto, se encuentre en la posición mayoritaria, ello con inspiración en el modelo de Estados Unidos.

Así, es dable destacar dos cosas: a) el sistema de asignación en función de donde está la mayoría ayuda a encontrar consensos en ciertos casos y contextos, y b) la opinión pública y el debate académico son muy críticos ante decisiones muy divididas de la Corte Suprema, ya que hace evidente la politización del cuerpo y su operación con base en principios ideológicos más que jurídicos.

2. Amplia publicidad del debate y proceso de deliberación

Es común la confrontación de los jueces por la visión que se tiene del asunto y la interpretación constitucional que se tenga del mismo, ello se maximiza con el amplio debate público en donde un juez ante la fijación de una postura, difícilmente pueda cambiarla y se ve forzado a mantenerla hasta la decisión final del asunto, lo que origina la formulación de votos ya sea concurrentes o disidentes del asunto, lo cual se podría evitar con el análisis del caso previo a la asignación del asunto, así como la previa discusión que en privado se pueda dar, a fin de estar en condiciones de alcanzar un consenso y lograr una sentencia con autoridad y contundencia.

La amplia publicidad del proceso de deliberación ha hecho que la distinción entre el proceso de deliberación y la versión final de la sentencia, se desdibuje casi por completo. La opinión pública e inclusive el debate académico tienden a analizar el trabajo de la Corte a través de las versiones estenográficas o del debate televisivo

de las sesiones y no a partir de la sentencia engrosada⁵²⁰, que incluso puede hasta terminar de redactarse varios meses después, la cual es la que realmente tiene el valor jurídico y que sirve de precedente.

Por lo que, se propone como se señaló en capítulos anteriores, que al efecto la Corte Constitucional celebre dos audiencias públicas, la primera para escuchar los alegatos de las partes con interpelación de los jueces constitucionales a fin de esclarecer dudas o formar un criterio, y la segunda, para el dictado de la sentencia definitiva, en donde en lugar del debate y deliberación que se haga en sesiones privadas, pueda explicarse el sentido del fallo.

En su momento, la Suprema Corte utilizó un sistema de apertura de opiniones especializadas, a fin de que los ministros se hicieran llegar de información técnica para sustentar científicamente sus decisiones⁵²¹, por lo que se llegaron a programar audiencias públicas para ese efecto, sin embargo dicha práctica cayó en desuso para caer en una práctica poco habitual en los Tribunales Constitucionales, al pasar de las audiencias públicas al *lobby judicial* a través de audiencias de carácter privado entre los ministros y las partes o sus abogados.⁵²²

El modelo de deliberación abierto y público se encuentra preponderantemente en aquellos ámbitos en donde la defensa de la Constitución se deja en manos de los tribunales o cortes supremas, por su parte, en los sistemas que siguen el modelo europeo de Tribunal Constitucional, el modelo es más bien en todos los casos, cerrado y secreto.⁵²³ Lo anterior con excepción de la Corte estadounidense.

⁵²⁰ Elizondo Mayer-Serra, Carlos y Magaloni, Ana Laura, “La forma es fondo: como se nombran y deciden los ministros de la Suprema Corte de Justicia”, *op. cit.*, p. 51.

⁵²¹ Tal y como se previó en los Acuerdos Generales AG-10/2007 y AG-2/2008.

⁵²² Cfr. Tortolero Cervantes, Francisco, “El fin del lobby judicial: una crítica (concurrente) a Magaloni y Elizondo respecto de los alegatos de oreja”, en Guerrero Galván, Luis René y Pelayo y Moller, Carlos María (coords.), *100 años de la Constitución mexicana. De las garantías individuales a los derechos humanos*, México, UNAM-IIJ, 2016, pp. 445 y ss.

⁵²³ Rufino Do Vale, André, *La deliberación en los tribunales constitucionales*, pról. de Manuel Aienza, Madrid, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, 2017, pp. 31 y ss.

En este sentido, conforme a la clasificación de Rufino⁵²⁴, el caso mexicano es *extremadamente abierto de deliberación pública*, ya que mediante un Canal Judicial transmite en su integridad las sesiones de deliberación de los asuntos, con gran visibilidad pública y transparencia del debate, lo que pareciera una buena práctica en realidad dificulta el consenso y la colegialidad, pues se genera incluso mayor disidencia y formulación de votos particulares y concurrentes, ya que los jueces se comprometen en público y difícilmente seden sus posturas o admiten falencias en su argumentación.

Incluso, la deliberación pública puso en evidencia la falta de perfiles acordes a la nueva identidad que buscaba la Suprema Corte, lo que se evita con una adecuada selección de perfiles por especialización acordes a la exigencia de un Tribunal Constitucional. Así, la transmisión televisada de las sesiones rigidizó la deliberación, lo que genera que los ministros acomoden sus opiniones y posturas, que seleccionen sus argumentos y difícilmente cambian de postura o se convencen de la del otro juez, inflexibilizando su posición, lo que dificulta una sola voz institucional del tribunal.⁵²⁵

Lo anterior se maximiza, con la indebida práctica del reenvío de las resoluciones a un tiempo futuro a través de la práctica del engrose, que incluso no llegan a ser un reflejo fiel de los argumentos vertidos en el debate de la deliberación. Así, todo lo que debió hacerse previamente con el consenso del sentido de la sentencia, tiene que realizarse con posterioridad a través de una nueva resolución, si el proyecto original es rechazado o bien, a través de atender observaciones mediante el engrose, en cuyo caso se trata de reconfigurar la decisión de la Corte, a fin de incluir los argumentos esenciales de los ministros en el proceso deliberativo, sin que ello garantice que el ejercicio es fidedigno, pues el engrose conlleva contenido que no fue materia incluso de la deliberación o bien, no contiene lo que sí fue materia de ello.

⁵²⁴ *Ibidem*, pp. 133 y 134.

⁵²⁵ Fix-Fierro, Héctor (coord.), *Ocho propuestas para fortalecer al Poder Judicial de la Federación y completar su transformación*, México, UNAM-IIJ, 2018, pp. 25 y ss.

Esto dificulta que la voz institucional de la Corte sea entendida claramente, derivado primero, de la pluralidad de posturas que se desarrollan mediante votos concurrentes y particulares, así como de la falta de consenso, por lo que es dable que se transite a una sesión en donde previa discusión privada se pueda dar públicamente una explicación del sentido del fallo y de la interpretación del contenido de los derechos.

En este sentido, la sesión pública de deliberación muestra un ejercicio deliberativo con poco consenso que en lugar de dar certeza llega a confundir, aunado a que lo debatido, pocas veces se refleja en el engrose respectivo, que en realidad es el documento oficial en donde se contiene la voz institucional de la Corte y que es vinculante, la cual no llega con claridad a las instancias políticas, la judicatura, el foro, la academia y principalmente a la propia ciudadanía que lejos de tener certeza sobre lo que dijo la Corte, desconoce el sentido final de sus resoluciones, lo que dista de la forma en la que un Tribunal Constitucional debe exteriorizar su función y comunica lo que resuelve.

Por tanto, es necesario modificar la dinámica de deliberación, a fin de otorgar mayor fuerza y certeza a las sentencias, aunado a que con la disminución de asuntos de los que conocerá la Corte Constitucional, el modelo de deliberación de asuntos aumentará en calidad, lo que se reforzará con las reuniones privadas entre jueces constitucionales en donde sin ninguna limitación entre pares, puedan discutir y deliberar sobre las posiciones que orbitan en un asunto, llegando incluso a cambiar de puntos de vista sin el compromiso de haber fijado antes su postura públicamente, a fin de reservar para la sesión pública la explicación y el sentido de las sentencias.

En este sentido, se destaca que la Ley Orgánica del Poder Judicial de la Federación en su artículo 6º, otorga facultades al Pleno para determinar cuándo podrá celebrar sesiones privadas, en donde pudieran realizarse los debates y la deliberación libre y sin los reflectores propios de la transmisión pública, lo que permitiría un mayor consenso.

Al fortalecerse los esfuerzos deliberativos previos, podrá alcanzarse mayores consensos en las resoluciones, con lo cual, no sólo se fortalece la certidumbre del precedente sino la autoridad misma de sus pronunciamientos, elevando el costo de elaborar votos particulares y acondicionando el camino para la futura eliminación de la práctica del engrose.⁵²⁶

Destacándose que, en realidad la voz de la Corte es la sentencia oficial y vinculante, la cual mediante su contenido que conlleva la interpretación de la Constitución y el alcance de los derechos, debe ser la que adquiera difusión y sea del pleno conocimiento social.

Incluso, la Primera Sala de la Suprema Corte⁵²⁷ reconoció que las sentencias de amparo son en realidad las que tienen efectos en la vida cotidiana de la sociedad en general, pues el impacto de las sentencias es precisamente la que dota de legitimidad a los impartidores de justicia y que dicha legitimidad no se construye en una sesión pública, en la que los juzgadores expongan sus ideas, debatan y discutan los asuntos, pues en última instancia, la decisión del expediente, es decir, la postura oficial del órgano deberá constar en una sentencia. Así, las sentencias de amparo son el mecanismo idóneo para generar la legitimidad social antes referida, así como propiciar una impartición de justicia abierta y transparente. De manera que si las sentencias no se encuentran fundamentadas y motivadas de manera adecuada, y en las mismas no se expresan los argumentos necesarios para sostener una decisión y peor aún si estas no son las que se explican a la sociedad como documento oficial, no importará el número y extensión de los argumentos que se hayan expuesto en la sesión correspondiente, pues si no se contienen en las sentencias y no se difunden como tal, en realidad las consideraciones definitivas y las que son vinculantes en la explicación del alcance de los derechos, no serán del

⁵²⁶ Astudillo, Cesar, "25 años de evolución en la organización y funcionamiento de la Suprema Corte de Justicia de la Nación", *op. cit.*, p. 83.

⁵²⁷ Tesis CDXI/2014 (10a.), *Gaceta del Semanario Judicial de la Federación*, Décima Época, Tomo I, Libro 12, Noviembre de 2014, p. 731, de rubro: SENTENCIAS DE AMPARO. SON EL ELEMENTO IDÓNEO PARA LEGITIMAR LA LABOR DE LOS ÓRGANOS DEL PODER JUDICIAL DE LA FEDERACIÓN.

conocimiento público, lo que implica que la sociedad seguirá sin conocer la interpretación final de la Corte.

En esa virtud, para cumplir con la apertura y transparencia no se parte de que los argumentos y el debate sean públicos, sino que en realidad lo que merece ser explicada públicamente es su resolución, que es la que contiene el razonamiento definitivo y genera la legitimidad de la Corte, y la que dota de contenido a los derechos humanos de las personas; pues los argumentos que se adoptan para un caso en particular, son los que serán aplicados en el futuro como precedente.

Por tanto, resulta claro que la dinámica social cotidiana se ve afectada por las decisiones que se adoptan y en gran medida, el sistema jurídico nacional se va moldeando a partir de los criterios que emite la Corte, lo cual debe conocerse mediante la postura oficial, lo que hará que la Corte Constitucional asuma su rol central de intérprete de la Constitución y de los derechos contenidos en ella.

Mayer-Serra y Magaloni son enfáticos en que seguramente al tener en frente una cámara de televisión acentúa el impulso de cada uno por hacer notar su individualidad, se dificulta la posibilidad de que alguno de ellos rectifique o modifique su posición en aras de alcanzar una decisión que sume voluntades. El carácter público del proceso de deliberación de la Corte mexicana es atípico, los Tribunales Constitucionales europeos y la Corte Suprema de Estados Unidos discuten sus decisiones a puerta cerrada, nadie conoce el proceso de deliberación de los máximos jueces constitucionales,⁵²⁸ por lo que, como se ha dicho en Norteamérica las partes públicas del proceso sólo son:

1. La audiencia oral frente a las partes, y
2. La audiencia en donde el *justice* ponente expone oralmente el veredicto y las principales razones para alcanzarlo, a veces, también algunos de los votos particulares.

⁵²⁸ Elizondo Mayer-Serra, Carlos y Magaloni, Ana Laura, "La forma es fondo: como se nombran y deciden los ministros de la Suprema Corte de Justicia", *op. cit.*, p. 53.

La idea es dejar a los jueces deliberar con toda libertad en privado: que unos y otros se traten de convencer sobre lo acertado o equivocado de sus argumentos o posiciones, que nadie pierda cara porque modificó su argumento o cambió de posición, que libremente se discutan las dimensiones políticas, sociales o económicas que plantean los asuntos, así como las ventajas que tiene para la Corte resolver en un sentido u otro, a fin de ir construyendo una decisión con el mayor consenso posible.

De manera que, la voz pública de la Corte tienen que ser sus sentencias, las cuales deben hacerse públicas, a fin de conocer el producto final del proceso de discusión a través de los razonamientos en ella, pues se trata realmente del sentido e interpretación de la Corte, y lo que en realidad servirá de base para casos futuros y generar una doctrina constitucional que impacte en el ordenamiento jurídico.

5.15 El núcleo esencial de su competencia ¿Qué decidir?

La evolución orgánica y funcional de nuestra actual Suprema Corte revela que mediante reformas tanto a la Constitución y a la ley, así como mediante la emisión de acuerdos generales, se ha buscado consolidar la identidad de Tribunal Constitucional, particularmente con las reformas constitucionales de 1987, 1994 y 1999, por lo que a un poco más 26 años no se ha logrado consolidar como un auténtico Tribunal Constitucional.

La objeción principal, es sobre todo aquello que conoce que no es propio de un Tribunal Constitucional y en la forma que lo lleva a cabo, lo que es originado en su mayor parte por la forma en la que selecciona sus asuntos que decide conocer, y en la forma en las que está obligada a decidir sobre aquello que no debe decidir, es decir, un Tribunal Constitucional debe tener la facultad de decidir qué decidir, lo que no sucede cuando normativamente está obligada a pronunciarse de todo o mucho de lo que no debería.

En el mismo sentido, las debilidades se han mostrado en la poca facilidad que tiene para *decidir que decidir o decidir que no decidir*, en la forma en que selecciona sus asuntos, la poca claridad en los temas de constitucionalidad que prioriza, su

substanciación, la forma de su resolución y deliberación, lo que en parte sucede por ser además el órgano de cierre o cabeza del Poder Judicial de la Federación, que la obliga a cargar con las reminiscencias del pasado o de la función de su anterior identidad, esto es, la de un tribunal de casación o legalidad, que la obligan a compartir vínculos institucionales, competenciales y recursales con un conjunto amplio de instancias jurisdiccionales.

Incluso, es posible que el cambio de identidad de la Suprema Corte continúe resintiendo las repercusiones de haber adoptado el diseño de un modelo europeo cuando en realidad su estructura responde a la del modelo estadounidense, en donde persistió una cultura de la legalidad pero no así del Estado Constitucional, sin privilegiar la interpretación constitucional.

Incluso con la iniciativa de reforma constitucional presentada el 18 de febrero del año 2020, difícilmente podrá armonizarse el funcionamiento de la Suprema Corte, si previamente no se toma la decisión de filtrar su ámbito de competencia, a reducir el volumen de asuntos que le llegan al año, aliviar las cargas laborales y escapar de la saturación temática de los asuntos de legalidad, la cual se proyecta dentro de los 18,854 asuntos recibidos por la Suprema Corte, en el año 2019, cantidad que se agrega a los recibidos en años anteriores.⁵²⁹

Este desazolve competencial es clave para que la Suprema Corte se libere del conocimiento de un abultado número de expedientes que nada tienen que hacer en el escritorio de los ministros, para que éstos puedan concentrar su tiempo, sus capacidades y su energía al estudio y resolución de los conflictos exclusivamente constitucionales.⁵³⁰ Destacándose incluso que, en el Informe de Labores del 2016, el entonces Presidente Luis María Aguilar Morales, se refirió a esta problemática

⁵²⁹ Astudillo, Cesar, “25 años de evolución en la organización y funcionamiento de la Suprema Corte de Justicia de la Nación”, en Astudillo, Cesar y Cossío Díaz, José Ramón (coords.), *Organización y Funcionamiento de la Suprema Corte de Justicia de la Nación*, México, Tirant lo Blanch, 2020, p. 78.

⁵³⁰ *Idem*.

como una necesidad de revisar las competencias de legalidad en nuestro Tribunal Constitucional”, quien expresamente señaló:

“Empero, entre más amplias son las tareas asignadas por el legislador a los tribunales constitucionales, menos oportunidad hay para que los jueces que los integran, reduzcan la brecha entre ley y sociedad, y llenen de contenido los valores y principios que de la Constitución emanan.

En el Derecho Comparado, se puede constatar que tanto en las Cortes Constitucionales de los sistemas jurídicos de la familia de la Ley Común, tales como el de los Estados Unidos y Canadá, que conocen, el primero aproximadamente 80 asuntos al año y el segundo que resolvió 74 en este periodo; o en otras tradiciones jurídicas, como en España, que en el año resolvió 274 casos; y en los tribunales constitucionales de nuestros países hermanos de Latinoamérica, que resuelven, por ejemplo Chile, un promedio de 115 asuntos al año, y así por lo regular.

Lo que pone de manifiesto que con independencia del sistema jurídico de cada Nación, la constante es que sus más Altos Tribunales, únicamente conocen de asuntos de significativa trascendencia.

Pero, ¿Por qué pasa eso? Porque los asuntos que someten a la consideración de esos Tribunales Constitucionales pueden ser muchos, pero tienen la facultad inherente a su calidad de tribunal más alto del sistema legal del país, de no aceptar los asuntos que consideren que no reúnen las características necesarias y no tienen, por ende, el deber irrenunciable de conocer y resolver, ya que a esos tribunales sólo debe corresponder ocuparse de asuntos de trascendencia nacional, de asuntos que afecten de manera general a la sociedad o a la sana convivencia social o de aquellos que sirvan, aun derivado de un caso concreto, para fijar la decisión interpretativa final que incida en la Nación entera.

Pero ¿qué hacen esos tribunales con las restantes solicitudes? En ejercicio de la investidura de quienes los integran, si consideran que no tienen los méritos suficientes para abordar su estudio, determinan no aceptarlos, sin que contra esa elevada decisión proceda algún recurso de acceso ordinario que la combata.⁵³¹

Lo anterior revela, que la Suprema Corte sigue cargando con las reminiscencias de su antigua identidad y que no ha podido centrarse en las funciones propias de los Tribunales Constitucionales, en donde pueda generar una adecuada política judicial. Incluso, sin dejar de considerar la reforma constitucional recientemente aprobada y publicada el día 11 de marzo del año 2021 en el Diario Oficial de la

⁵³¹ Informe de Labores del 2016, por Ministro Presidente Luis María Aguilar Morales, https://www.scjn.gob.mx/sites/default/files/informe_labores_transparencia/version/2016-12/INFORME%20MINISTRO%20PRESIDENTE%202016.pdf, pp. 13-15.

Federación⁵³², que se trató si bien, de una iniciativa presentada formalmente por el Ejecutivo, pero que fue elaborada “con y para” el Poder Judicial presentada en febrero de 2020, en donde se reitera la necesidad de consolidar a la Suprema Corte como Tribunal Constitucional. No obstante, el diseño estructural y de competencias de la Corte no se lo permitirán.

Si bien, se le otorga potestad a la Suprema Corte para autorregularse competencialmente y poder decidir los asuntos que puede decidir, es decir, podrá enfocarse en asuntos más relevantes e incluso delegar los asuntos a los Tribunales Colegiados de Circuito, como se precisó en capítulos atrás, carga con asuntos que no forman parte del núcleo esencial de su competencia, y sobre los cuales no tiene amplia facultad para decidir no decidir.

De manera destacada la reforma le quita la facultad de revocar los acuerdos del Consejo de la Judicatura Federal, se despoja del conocimiento del recurso de revisión administrativo contra la designación de jueces de distrito y magistrados de circuito, para trasladarse como una competencia del propio Consejo de la Judicatura Federal; se elimina el amparo soberanía, los recursos de inconformidad y los incidentes de cumplimiento sustituto e inejecución dejan de ser de su competencia, lo cual le otorga más libertad para centrar sus energías en la función de interpretación constitucional y generar una política judicial con base en una estratégica selección de asuntos.

Asimismo, se eliminó la posibilidad de interponer el recurso de inconformidad en contra de los desechamientos o inadmisiones de los amparos directos en revisión, con lo que se otorga libertad a la Corte para decidir sobre que decidir, lo cual es propio de los Tribunales Constitucionales.

La reforma constitucional “con y para el Poder Judicial”, refuerza las controversias constitucionales, al otorgar legitimación activa a los órganos

⁵³² El Decreto por el que se declara reformadas y adicionadas diversas disposiciones de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos, relativos al Poder Judicial de la Federación, es consultable en: https://www.dof.gob.mx/nota_detalle.php?codigo=5613325&fecha=11/03/2021

constitucionales autónomos, así como también, amplía el objeto de las controversias para combatir las omisiones legislativas y administrativas, lo cual ya era reconocido jurisprudencialmente, lo cual es un acierto.

Del mismo modo, la reforma constitucional prevé que el Pleno de la Suprema Corte conocerá de los amparos cuando revistan un interés excepcional en el ámbito constitucional o en materia de derechos humanos, destacándose que si emite un acuerdo de rechazo o inadmisión, éste no será impugnabile ya que se elimina el recurso de reclamación que obligaba a las Salas a pronunciarse sobre las razones que explicaban la inexistencia de un tema de constitucionalidad que no reunía los requisitos de importancia y trascendencia, ello con el objeto de reforzar el carácter de Tribunal Constitucional a la Corte a fin de no distraerla de los asuntos del núcleo esencial de su competencia y privilegiar la excepcionalidad de asuntos en amparo, lo cual se ve fortalecido con la facultad de emitir acuerdos generales que determinarán su competencia.

También, la reforma “con y para” el Poder Judicial, modifica el sistema previsto para la declaratoria general de inconstitucionalidad ya que, desde el primer pronunciamiento de inconstitucionalidad de la ley en amparo indirecto en revisión, la Corte notificará a la autoridad emisora para que en un plazo de quince días, atienda la inconstitucionalidad manifiesta a través de la modificación legislativa o argumente respecto de su constitucionalidad. Destacándose que transitará de un sistema de jurisprudencia por reiteración a uno de precedentes, lo que dará importancia y autoridad a cada una de las sentencias que emita.

En este sentido, si bien la reforma tiene buenas intenciones, es insuficiente si lo que se busca es, como lo reitera la iniciativa, consolidar nuestro Tribunal Constitucional, pues sigue pesando sobre ella las competencias del pasado, ya que como ha quedado afirmado en capítulos anteriores, el juicio de amparo en los últimos 25 años ha representado el 96.94% de su carga laboral.⁵³³

⁵³³ Astudillo, Cesar, “25 años de evolución en la organización y funcionamiento de la Suprema Corte de Justicia de la Nación”, *op. cit.*, p. 80.

Así, los ingresos anuales de asuntos en la Suprema Corte, si bien mostraron un decremento de amparo en revisión a partir del 2015, sin embargo de esa fecha en adelante se incrementaron los amparos directos en revisión, pues a partir de ese año ingresaron 7009, 7473, 7790, 8399 y 9377 anualmente⁵³⁴, cifras que muestran una tarea imposible de la Corte para atender el amparo judicial.⁵³⁵ Ante ello se sostiene la necesidad de dejar a la Suprema Corte de los asuntos propios de una tribunal de casación, cargando con las reminiscencias del pasado, e instituir a una Corte Constitucional, para que conozca del núcleo esencial de la competencia de un Tribunal Constitucional, a saber, de los siguientes instrumentos o procedimientos:

a) Acción abstracta de inconstitucionalidad,

b) Controversias Constitucionales,

c) Control previo de Constitucionalidad de Tratados Internacionales,

d) Competencia para conocer del Procedimiento de Reforma Constitucional por realizarse de manera contraria a lo previsto en el artículo 135 constitucional (por vicios propios), y de su contenido esencial, que para la permanencia de un Estado constitucional se erigen como cláusulas pétreas,

e) Amparo en Revisión o Directo en Revisión con amplio criterio de discrecionalidad en su selección atendiendo una agenda estratégica que responda a una adecuada política judicial, ya sea a través del ejercicio de la facultad de atracción o bien de la asunción de su competencia originaria.

⁵³⁴ *Idem.*

⁵³⁵ Sobre este particular, Fix-Fierro, Héctor, "El amparo judicial y la imposible tarea del Poder Judicial de la Federación. Perspectivas en el centenario de la Constitución de Querétaro", en Fix-Fierro, Héctor, El poder del Poder Judicial y la modernización jurídica en el México contemporáneo, México, UNAM-Instituto de Investigaciones Jurídicas, 2020, pp. 459 y ss, <http://ru.juridicas.unam.mx/xmlui/handle/123456789/59175>

f) De la revisión de oficio de los decretos expedidos por el Ejecutivo Federal durante la restricción o suspensión de derechos humanos y garantías, para pronunciarse sobre su constitucionalidad y validez, y

g) De la constitucionalidad de la materia de las consultas populares convocadas por el Congreso de la Unión.

Todas las anteriores dejarían de ser del conocimiento de la Suprema Corte, la cual válidamente podría disminuir su integración a 5 miembros y desaparecer el funcionamiento por Salas, y por tanto conocer de manera residual del resto de competencias que actualmente tiene asignadas, principalmente la resolución de denuncias de contradicción de criterios, de plenos de circuitos o tribunales colegiados de circuito pertenecientes a distintas regiones; de todos los recursos e incidentes que se deriven por el incumplimiento de sentencias de amparo o del cumplimiento sustituto, del recurso de revocación contra resoluciones emitidas por la Comisión de Conflictos Laborales del Poder Judicial de la Federación, en los conflictos de trabajo suscitados por sus servidoras y servidores, así como ser la instancia de resolución de conflictos que sean impugnados contra resoluciones del Consejo de la Judicatura.

5.16 Política judicial

La propuesta de Corte Constitucional debe tener discrecionalidad para modular su competencia en los Amparos Directos en Revisión y Amparos en Revisión, ya que podrá agendar y programar las categorías de amparos sobre los que busca pronunciarse, marcando una directriz sobre los asuntos de especial trascendencia constitucional de manera discrecional, con una amplia facultad de decidir sobre qué decidir.

Debe mostrar una facultad de atracción discrecional para contar con una capacidad de seleccionar los asuntos para su conocimiento, aquellos más significativos para el orden constitucional, a fin de acercarse al diseño estadounidense del *writ of certiorari*. Con ello, elegirá los precedentes que la encaminen a cumplir con una agenda que cumpla una política judicial, compuesta

de precedentes de trascendencia importante y altamente aleccionadora para el orden jurídico, que influya en los operadores jurídicos del país y proporcione una cultura del respeto de los derechos humanos a través de la interpretación de sus contenidos.

Incluso, la Suprema Corte con apoyo en sus Acuerdos Generales, se atribuyó facultades constitucionales de política judicial, a fin de perfilar y proyectar los asuntos de su competencia y rechazar los asuntos en donde no consideró la importancia y trascendencia debida para su conocimiento. Ello es así, puesto que la propia Corte ha señalado que los Acuerdos Generales en donde se precisan las características de importancia y trascendencia de los asuntos para su conocimiento, en realidad contienen “razones de política judicial”, en ese sentido la Primera Sala⁵³⁶ señaló que en cada acuerdo general plenario, ha buscado configurar los conceptos de importancia y trascendencia para el conocimiento del Amparo Directo en Revisión, para reflejar el papel que la Suprema Corte debe desempeñar en cada época, de ahí que si bien es necesario pero no suficiente que exista una genuina cuestión constitucional, pues en realidad debe comprobarse que existen en el caso notas de importancia y trascendencia, así los acuerdos generales han servido para reglamentar esos conceptos, en un ejercicio de facultades constitucionales de política judicial otorgadas para determinar en qué casos se requiere del establecimiento de doctrina jurisprudencial a fin de lograr la progresiva supremacía del texto constitucional en la vida nacional, de ahí la importancia de explicitar las razones de política judicial que subyacen a los distintos acuerdos generales emitidos por el Tribunal Pleno.

En dicha tesis CLXXXVIII/2016 (10a.), la Suprema Corte explicitó que desde 1999, han existido dos acuerdos tendientes a generar política judicial: el primero fue el Acuerdo Plenario Número 5/1999, emitido el 21 de junio de ese mismo año, al

⁵³⁶ Tesis: 1a. CLXXXVIII/2016 (10a.), *Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta*, Décima Época, Libro 32, Tomo I, Julio de 2016, p. 325, de rubro: REVISIÓN EN AMPARO DIRECTO. LA CONFIGURACIÓN DE LOS CONCEPTOS DE IMPORTANCIA Y TRASCENDENCIA EN CADA ACUERDO GENERAL PLENARIO, REFLEJA EL PAPEL QUE LA SUPREMA CORTE DE JUSTICIA DE LA NACIÓN DEBE DESEMPEÑAR EN CADA ÉPOCA.

inicio de la novena época. La principal preocupación en ese momento fue consolidar a la Suprema Corte de Justicia de la Nación como Tribunal Constitucional, mediante la depuración de sus competencias en materia de amparo, a fin de especializarse en la resolución de temas propiamente constitucionales y delegar todos los temas de legalidad. Por tanto, la preocupación subyacente fue la de consolidar un cuerpo de doctrina jurisprudencial en materia constitucional que sirviera de base a la función judicial en todo país. De ahí que cualquier tema constitucional no definido jurisprudencialmente, que no adoleciera de algún obstáculo técnico para su resolución en el fondo, regularmente ameritaría admisión. La política judicial era apuntalar la doctrina jurisprudencial sobre cualquier tema constitucional, para concluir el proceso de transformación del órgano en un verdadero tribunal constitucional.

Posteriormente, se sucedieron una serie de reformas constitucionales en junio de 2011, mediante las cuales se estableció al *corpus iuris* de los derechos humanos como centro de protección constitucional y se introdujeron nuevas reglas para el juicio de amparo. Así, con el inicio de la Décima Época, se constató una redimensión cuantitativa y cualitativa del control constitucional: cuantitativamente, se ha constatado una descentralización, pues todos los jueces del país deben aplicar control difuso de constitucionalidad; cualitativamente, el parámetro de control constitucional encuentra una expansión en sus elementos, ya que también se integra con todos los derechos humanos reconocidos en los tratados internacionales de los que México sea parte. La Suprema Corte de Justicia de la Nación debió modificar su política judicial y procedió a emitir el Acuerdo General Número 9/2015. Conforme a éste, ahora lo importante y trascendente no parece ser tanto que ésta resuelva todas las cuestiones constitucionales, sino que sirva de guía en el diálogo interpretativo constitucional a que dieron lugar todos los cambios mencionados; de ahí que, en el Punto Segundo de dicho Acuerdo General, se establece que los temas que ameritan procedencia son aquellos que impliquen pronunciamientos "novedosos o de relevancia para el orden jurídico". Se insiste, esto es posible, dado que "importancia y trascendencia" no son elementos

normativos de un contenido inequívoco ni permanente en el tiempo, sino conceptos variables en el tiempo.

Lo anterior revela que la propia Suprema Corte ha buscado despojarse de asuntos de mera legalidad, pero que al no contar con un amplio margen para decidir que decidir y que excluir, se ve obligada a resolver asuntos que no forman parte del núcleo esencial de su competencia, previamente definidos en capítulos anteriores, cargando con las reminiscencias del pasado, es decir, derivado de su antigua identidad propia de un tribunal de casación.

Destacándose, que la implementación de la Corte Constitucional no eliminaría a la Suprema Corte, ya que fungirá como un Tribunal que conocería del resto de competencias que viene cargando de su propia reminiscencia, como son aquellos asuntos en los que no realiza interpretación de la Constitución, de inconstitucionalidad de leyes o de trascendencia constitucional en derechos humanos, aunada a la competencia para resolver las contradicciones de tesis y conflictos competenciales de los tribunales de la federación y de inejecución de sentencias de amparo, así como los conflictos laborales y sobre la impugnación derivada de decisiones del Consejo de la Judicatura.

5.17 La Jurisprudencia

Si bien la visión de los Tribunales Constitucionales de la primera posguerra, tuvieron la finalidad principal de llevar a cabo el control abstracto de constitucionalidad de las leyes en una faceta de “legislador negativo”, actualmente los jueces constitucionales tanto de Europa como de la Corte Suprema de Estados Unidos, realizan una función de interpretación de los preceptos constitucionales con lo cual se da significado y contenido a los derechos, generando con ello un auténtico contenido de derecho constitucional en materia de derechos humanos, lo cual llega a ser guía de aplicación interpretativa para los operadores jurídicos, en especial los jueces.

En este sentido, Ana Laura Magaloni⁵³⁷ ha referido que la Suprema Corte olvidó una asignatura de la justicia constitucional y quizá la más importante, esto es, la protección de los derechos y libertades constitucionales, considerando que los tribunales constitucionales europeos dedican la mayor parte de su tiempo y esfuerzo a la protección de los derechos por la vía de la interpretación y formulación de precedentes, esto es, a través de un adecuado sistema de jurisprudencia constitucional vinculante para los operadores jurídicos en particular los jueces que estarían obligados a seguirla en casos análogos. De ahí que, lo que dice la Corte de la Constitución y la interpretación de los derechos se vuelve especialmente importante.

Si bien, las funciones de control abstracto de normas mediante la acción de inconstitucionalidad y la resolución de conflictos de competencia a través de las controversias constitucionales pareciera que se han llevado a cabo de manera regular con los inconvenientes de que nuestra Suprema Corte dedica mucho tiempo a asuntos que no forman parte del núcleo esencial de su competencia, aun así en México prevaleció la visión de que la función de la Corte era depurar el ordenamiento de las normas contrarias a la Constitución, al estilo del primer Tribunal Constitucional europeo de Kelsen, sin embargo, se ha dejado de lado, la función fundamental y primaria de establecer criterios constitucionales en materia de derechos humanos, que fueran vinculantes para los jueces del país a fin de coadyuvar en una línea jurisprudencial sólida de contenido de los derechos. De manera que la idea del “legislador negativo” ha sido sustituida por una faceta activa de las Cortes para dar contenido a los derechos mediante la interpretación constitucional, labor que como señala Magaloni es una tarea fundamental de los actuales tribunales europeos y de la Corte Suprema de Norteamérica.

Marian Ahumada, señala que una nota principal de la justicia constitucional sobre todo de los tribunales constitucionales de la segunda posguerra, era

⁵³⁷ Magaloni Kerpel, Ana Laura, ¿Por qué la Suprema Corte no ha sido un instrumento para la defensa de derechos fundamentales?, Centro de Investigación y Docencia Económicas CIDE, 2007, número 25, pp. 1 y 4, <http://repositorio-digital.cide.edu/handle/11651/1282>

garantizar constituciones con amplio catálogo de derechos que ocuparan el lugar central de la organización del poder y que fueran exigibles aun ante el legislador.⁵³⁸ Por lo que, el modelo europeo original, ha evolucionado desde el conocimiento de lo abstracto o de una función de depuración de normas inconstitucionales hacia la protección de los derechos y su interpretación.

Y si bien, en este aspecto, la desventaja de los tribunales constitucionales europeos es que no son la cabeza del Poder Judicial, como sí lo es la Corte Suprema de Estados Unidos en donde al ser el órgano cúspide puede conocer de casos concretos y crear jurisprudencia, actualmente dicha función ya forma parte del núcleo esencial de la competencia de los tribunales constitucionales, como ejemplo tenemos España y Alemania.

De modo que, para evitar la guerra de Cortes y aprovechar la estructura del Poder Judicial en México, se propone que la Corte Constitucional se encuentre incardinada en el Poder Judicial pero al margen de la Suprema Corte con funciones específicas, esto es, un núcleo esencial de su competencia delimitado, ya que para garantizar la eficacia de la Constitución y la protección de los derechos se requiere además de una Corte, una maquinaria judicial completa que atiendan los criterios de interpretación constitucional vinculantes que establezca la Corte Constitucional, esto es, dotar de contenido a la Constitución mediante la generación de derecho constitucional en materia de derechos humanos.

Incluso, en sus inicios, el hecho de que los tribunales constitucionales estuvieran situados fuera del Poder Judicial, era para que el control que ejercieran fuera principalmente en abstracto o para resolución de conflictos de invasión de esferas competencias, más no así, para solución de actos concretos de aplicación en casos particulares o de hechos específicos, de ahí que no podían ejercer con plenitud su facultad de interpretar los derechos humanos aplicados en casos concretos, dado principalmente por su función de “legislador negativo”, situación

⁵³⁸ Ahumada, Marian, *La jurisdicción constitucional en Europa*, España, Civitas, Universidad de Navarra, 2005, p. 38.

que hoy ha cambiado, dado el rol activo que se exige de los Tribunales Constitucionales para generar doctrina constitucional en materia de derechos humanos.

En este sentido, a fin de aprovechar la estructura del Poder Judicial y no generar una guerra de las Cortes, se propone que la Corte Constitucional se sitúe dentro del Poder Judicial con tareas exclusivas de control constitucional en donde se incluya la interpretación de la Constitución a fin de dotar de contenido a los derechos humanos derivado de casos estratégicamente elegidos en donde se extraigan los precedentes y con ello crear guía interpretativa en materia de derechos humanos.

Ahora bien, esta función sólo la podrá realizar la Corte Constitucional con la realización de dos cuestiones básicas para generar jurisprudencia, que ha planteado Magaloni, esto es, mediante: 1) una metodología de argumentación de casos; así como, 2) la posibilidad que da la facultad de atracción para constituirse en un tribunal que controla la aplicación judicial de la ley (juez de casos y no sólo de normas).

1. Metodología de argumentación de casos

Las resoluciones no quedan en el olvido o aisladas, en ellas se establece de alguna forma un criterio, un sentido y una línea de interpretación sobre la Constitución, la manera en que se emiten sobre un mismo tema o similar, van definiendo el contenido y alcance de los derechos implicados en los casos en cuestión.

Toda decisión de justicia constitucional se convierte en un eslabón entre el pasado y el futuro, de manera que la decisión propuesta es un punto de unión entre lo que los jueces hicieron y lo que se espera que harán en casos futuros. De ahí que la jurisprudencia constitucional son el conjunto de sentencias que se pueden entrelazar y ordenar de modo que se pueda tener una visión global de la eficacia de un derecho en cuestión, y desde luego, la interpretación y alcance de la Constitución en esos casos y en especial, del contenido de ese derecho interpretado.⁵³⁹

⁵³⁹ Magaloni Kerpel, Ana Laura, ¿Por qué la Suprema Corte no ha sido un instrumento..., *cit.*, p. 8.

La Suprema Corte mexicana no establecía una explicación del proceso casuístico de construcción del sentido interpretativo que le dio origen y ha sido a penas reciente que ha modificado el sistema de jurisprudencia del Pleno y de sus Salas, pero sigue sin establecer o distinguir sistemáticamente los casos en función de los valores y principios constitucionales que subyacen en los mismos. La Suprema Corte se refiere a jurisprudencia en términos de reglas generales fijadas, sin conexión explícita con el resto de su obra jurisprudencial, ni tampoco con referencias de nuevos aspectos de interpretación adicionales a su decisión o a la línea evolutiva de interpretación que había adoptado.⁵⁴⁰

Aunque, recientemente ha cambiado su diseño y estructura de jurisprudencia del Pleno y de Salas en materia de amparo, agregando una explicación de los hechos, el criterio adoptado y su justificación, lo que ayuda a que la jurisprudencia no sea sólo un aspecto formal o fragmentado de una sentencia sino que se contextualiza en los hechos que le dieron origen⁵⁴¹, sigue sin prever una línea evolutiva de interpretación y referencias sobre el fortalecimiento del contenido de derechos. De ahí la necesidad de mudar al sistema de jurisprudencia por uno de precedentes, que si bien se plantea en la reciente reforma judicial “con y para el Poder Judicial” aprobada recientemente en febrero del año dos mil veintiuno, aun así es necesario ver la forma en la que se desarrolla y evoluciona.

Los lectores de los criterios de la Suprema Corte no pueden tener una visión del asunto del que derivó el precedente, ya que no hace explícito el proceso casuístico de construcción del sentido de los preceptos constitucionales, tampoco extiende o distingue de manera sistemática los casos en razón de los principios y valores de la Constitución que contienen los precedentes. Ya que, por lo general, la jurisprudencia se visualiza a modo de reglas generales fijas, sin correlación o conexión con sus precedentes, ni señala referencias de los nuevos contenidos o aspectos que añade al criterio. Incluso Magaloni señala que esta forma de

⁵⁴⁰ *Idem.*

⁵⁴¹ A manera de ejemplo tenemos la Tesis 2a./J. 64/2020, Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta, Décima Época, 05 de marzo de 2021, Semanario Judicial de la Federación (scjn.gob.mx)

jurisprudencia es una práctica que derivó de un sistema político autoritario, como una manera de garantizar el formalismo judicial extremo que requería un sistema autoritario, concentrándolo en pocos juzgadores a fin de garantizar predictibilidad y certidumbre jurídica en los asuntos que resolvieran tribunales inferiores.⁵⁴²

Sin embargo, este sistema de jurisprudencia impide un sistema dinámico que fuera transformando el contenido de los derechos en virtud de los cambios sociales, de ahí que se requiere que la jurisprudencia sea adaptable y encuentre un equilibrio entre la necesidad de certeza y predictibilidad y la necesidad de flexibilidad y cambio de nuevos valores de la Constitución, lo cual se logra a través de un adecuado sistema de jurisprudencia por precedentes.

Como se señaló en el capítulo anterior, mientras la Corte Suprema de Estados Unidos selecciona casos para definir una línea jurisprudencial con directrices mediante un proceso evolutivo de sus precedentes, la Corte mexicana expide acuerdos generales sólo con el objeto de descongestionar su carga de trabajo, sin una visión estratégica para elegir casos en función de la trascendencia del tema constitucional que se pretenda delinear en cuanto el contenido de los derechos que merecen desentrañar su contenido e interpretación.⁵⁴³

2. Facultad de atracción

Por su parte, cobra relevancia la forma en la que la Corte Constitucional conozca de asuntos estratégicamente elegidos en materia de amparo que puedan desarrollar una política judicial, tal y como se realiza por el Tribunal Constitucional Alemán y por la Corte Suprema de Estados Unidos, en donde se pueda desarrollar una línea jurisprudencial evolutiva y sólida de derechos humanos, y si bien, como se ha demostrado en capítulos anteriores, los Tribunales Constitucionales dedican sus mayores esfuerzos y tiempo en el conocimiento y resolución de asuntos de amparo o derechos humanos en casos concretos, debe elegir únicamente aquellos de

⁵⁴² Magaloni Kerpel, Ana Laura, ¿Por qué la Suprema Corte no ha sido un instrumento..., *cit.*, pp. 8-9.

⁵⁴³ *Ibidem*, p. 12.

trascendencia constitucional que puedan generar una línea jurisprudencial de derechos que sirva de influencia para los jueces, evitándose un trabajo excesivo en materia de amparo, con la debida selección de asuntos y principalmente que sirvan de base para la generación de su política judicial en materia de derechos humanos.

Así, la facultad de atracción es una herramienta clave para controlar la constitucionalidad de la interpretación en la aplicación de la ley en casos relevantes o bien en aquellos asuntos que, si bien no impliquen el control de la ley, sirvan de base para interpretar la estructura y contenido de los derechos. Por lo que, la facultad de atracción utilizada estratégicamente, puede convertirse en el *writ of certiorari* de Estados Unidos, a través del cual seleccione asuntos para desarrollar la interpretación de los derechos de forma casuística y concatenada, así como para modificar la jurisprudencia establecida en el régimen autoritario.⁵⁴⁴

Así, tanto con una correcta metodología de argumentación de casos; así como de un adecuado ejercicio en la facultad de atracción, la Corte Constitucional puede constituirse en un tribunal que controla la aplicación judicial de la ley y que influye en el sistema jurídico y sus operadores.

Lo anterior sin desvincular la jurisprudencia de los razonamientos de las sentencias, lo cual se podrá lograr a través de la jurisprudencia por precedentes, de lo contrario, de persistir en el mismo sistema de jurisprudencia se ocasiona en atención de Magaloni⁵⁴⁵ en una jurisprudencia fragmentada y dispersa.

⁵⁴⁴ *Ibidem*, p. 10.

⁵⁴⁵ Magaloni Kerpel, Ana Laura, *La Suprema Corte el obsoleto sistema de jurisprudencia constitucional*, Centro de Investigación y Docencia Económicas CIDE, 2011, número 57, p. 2; consultable en: <http://repositorio-digital.cide.edu/handle/11651/1324>

CONCLUSIONES

PRIMERA. La Corte Constitucional. El juez constitucional en el mundo, opera dentro de diferentes sistemas de jurisdicción constitucional; en todos los casos, debe distinguirse entre tribunales constitucionales y ordinarios que ejercen en una mayor o menor medida la protección de la Constitución.

En el caso mexicano, el órgano que ejerce principalmente el control constitucional es la Suprema Corte de Justicia de la Nación, sin embargo, aunado a que conoce de diversas competencias que no forman parte del *núcleo esencial de la competencia* de un Tribunal Constitucional, tiene muy poco margen para *decidir qué decidir* y, por el contrario, se encuentra obligada a pronunciarse sobre temas de legalidad.

En este aspecto, se ha comprobado la hipótesis, ya que la Suprema Corte mexicana ejerce materialmente funciones de un Tribunal Constitucional, sin embargo, dada la diversidad de competencias que no conforman el núcleo esencial de la competencia de un Tribunal Constitucional, aunado al poco margen para decidir qué decidir, se ve desnaturalizada la jurisdicción constitucional, afectando su funcionamiento. De ahí que es viable una propuesta de Corte Constitucional que, con las garantías judiciales adecuadas, proteja su independencia judicial y conozca en exclusiva del núcleo esencial de la competencia de un Tribunal Constitucional, conforme a un modelo que proteja eficazmente la Constitución, mediante su interpretación y la protección de los derechos.

De manera que, se comprueba que es fundamental para que el órgano de control constitucional realice su función con independencia e imparcialidad, contar con un adecuado sistema de garantías jurisdiccionales o estatuto del juez constitucional, consistente en: un adecuado procedimiento de designación, el perfil especializado, la estabilidad en el cargo y una duración prolongada, inamovilidad, garantía económica o de remuneración, incompatibilidades reforzadas y régimen de responsabilidades, inmunidad procesal, así como una adecuada colegialidad y publicidad de sus resoluciones.

SEGUNDA. Diseño. Es adecuada la instauración de una Corte Constitucional incardinada en el Poder Judicial a fin de aprovechar su estructura ya existente en cuyos órganos recaerá la vinculación e influencia de las sentencias y precedentes que emita la Corte Constitucional, que cuenta con independencia, con inspiración en el diseño colombiano y alemán; destacándose la garantía de una autonomía presupuestal en el plano administrativo como el caso del Tribunal Constitucional Federal Alemán. Ello además coadyuvaría a evitar el fenómeno de “la guerra de las Cortes”, consistente en las tensiones y desavenencias de los Tribunales Constitucionales y las Cortes Supremas, buscando la unificación de criterios interpretativos sin fragmentarlos, ello dada la idea de que el Tribunal Constitucional tiene una posición privilegiada en el sistema que le garantiza una amplia discrecionalidad para determinar, en los hechos, lo que pueden legítimamente resolver el resto de órganos e influir en la resolución de asuntos mediante la generación de doctrina constitucional.

TERCERA. Composición y órganos proponentes. Con inspiración del modelo italiano, colombiano y guatemalteco, la Corte Constitucional se integrará por 11 jueces constitucionales, los cuales serán nombrados por el Senado de la República a partir de la propuesta que realicen diversos poderes, entes o corporaciones, en quienes se distribuirá el poder de nominación. De manera que, de los 11 miembros que conformarán la Corte, 3 serán a propuesta del Ejecutivo, 3 a propuesta de la Cámara de Diputados, 3 a propuesta del pleno de la Suprema Corte, 1 a propuesta de la Academia y 1 a propuesta del Foro de abogados; todos con la respectiva aprobación de la Cámara de Senadores, previa nominación individual con la consecuente eliminando del sistema de ternas, a fin de favorecer un diseño de comparecencias y evaluación que permita desentrañar de mejor manera la ideología y el entendimiento que el nominado tenga sobre la Constitución. La idea de repartir el poder de designación evita monopolios o excesos, y favorece el pluralismo de visiones en la Corte Constitucional, impulsadas por los órganos que designan.

Como ejemplo de ello con sus notables diferencias, se analizaron las experiencias de Italia, España y Colombia, precisando que el diseño, composición y procedimiento de designación propuesto en la investigación no tiene identidad con ninguno en el mundo. Así, el procedimiento sería en una suerte de acto compuesto, en donde la nominación se distribuye en los tres poderes del Estados y dos corporaciones no incardinadas en los poderes, como son la barra de abogados y la academia, con inspiración del diseño de Guatemala único en este sentido que incluye a dos corporaciones, el Consejo Superior Universitario de la Universidad de San Carlos y la Asamblea del Colegio de Abogados, este diseño no es habitual en los modelos de designación, pero atiende las voces de garantizar el perfil académico y del abogado postulante, que suelen ser excluidos del máximo órgano de control constitucional.

Lo anterior garantizará que la Corte se confeccione por diversos perfiles, entre ellos, técnico-profesionales, de la academia, del perfil del abogado postulante, e incluso con visión política.

El perfil técnico-profesional se garantizaría de la propuesta que hiciera la Suprema Corte, para ello la judicatura llevaría a los perfiles de su propia extracción y de carrera judicial, con pleno conocimiento del sistema de administración e impartición de justicia.

El perfil de sensibilidad política, podría proponerse por parte del Poder Ejecutivo y de la Cámara de Diputados, por lo que, posiblemente el perfil del candidato sea de postulados ideológicos partidistas o inmiscuido en la vida política y de la administración pública. Mientras que la propuesta del foro de abogados, garantizaría un perfil del abogado litigante, y las Universidades podrían proponer un perfil eminentemente académico.

CUARTA. Procedimiento de designación. Para iniciar el procedimiento de designación ante el Senado, el poder u órgano proponente, efectuará una nominación única y directa a fin de sustituir al sistema de ternas. Un sistema de nombramiento donde se proponga a un sólo candidato y que éste tuviese que ser

ratificado por mayoría calificada del Senado aminora la politización del nombramiento y, al mismo tiempo, generaría un debate público más amplio y profundo sobre los méritos y cualidades del candidato propuesto. A fin de que se favorezca la apertura, publicidad y transparencia, mediante un sistema de comparecencias en donde se pueda extraer la ideología del candidato.

Asimismo, es relevante como el sistema de nominación única en Estados Unidos de América permite que se concentre completamente la atención en el nominado para discernir públicamente sus méritos, construyendo al Senado a realizar una labor de escrutinio más intenso sobre sus cualidades, su visión del derecho, su ideología y entendimiento de la Constitución, lo que es posible en virtud de las comparecencias públicas y la interpelación e interlocución de la Cámara con el candidato, con un amplio margen de tiempo para extraer el perfil del juez.

La comparecencia al Senado es un componente de designación que debe ser abierto, transparente y vigoroso, ya que tiene la finalidad de realizar una valoración de las nominaciones e indagar sobre el perfil, las cualidades, la preparación, la ideología, la experiencia adquirida y sobre todo advertir el entendimiento que el candidato tiene sobre la Constitución y su interpretación, a fin de poder elegir al más idóneo. Dicha comparecencia debe ser un verdadero acto de interlocución, a fin de exponer la visión de la judicatura y el control constitucional en el contexto de una democracia constitucional.

Las comparecencias deberán extenderse más allá de treinta días a fin de procurar un escrutinio sobre las candidaturas, en donde en diversas ocasiones concurra el nominado a la Cámara alta, a fin de ser evaluado en un conjunto de temas que coadyuven a desentrañar el entendimiento que tiene sobre la Constitución a fin de optar por el perfil más idóneo para la defensa constitucional. Incluso, en el ámbito de la comparecencia deben colaborar la academia, las barras de abogados, facultades de derechos, instituto de investigaciones jurídicas y la sociedad civil para que no solamente externen una opinión, sino brindar información adicional sobre las candidaturas o formular preguntas a los aspirantes para que por conducto del Senado se interpele a los candidatos.

Asimismo, se demostró que el plazo de treinta días previsto en el artículo 96 constitucional no vincula al Poder Ejecutivo para que presente la terna una vez que ocurre la vacante lo que ha generado la prolongación de la designación, aunado al poco margen para resolver.

De manera que se propone establecer un plazo predeterminado y perentorio de tres meses, para que el Senado proceda a la selección del juez constitucional a partir de la nominación que se le formule; sí luego de transcurrido este plazo no se hubiere proveído la designación, a efectos de una “sanción institucional”, el órgano proponente perderá por esa ocasión la facultad de nombramiento y el Senado de aprobarlo, y ésta pasará a la Suprema Corte, la cual, dentro de un plazo breve, proveerá a la designación mediante acuerdo del Pleno de la Suprema Corte. Dicha propuesta puede representar un efectivo impulso a la Cámara y a los órganos proponentes para que las fuerzas políticas, procedan a realizar la designación del juez constitucional en tiempo. Ello permitiría dar certeza jurídica y además constituye un mecanismo que garantiza el desarrollo y la consecución de los pasos de un proceso jurisdiccional o administrativo hasta su finalización, destacándose que en tanto se designa al nuevo juez constitucional, el juez saliente continuará en funciones debido al mecanismo de la *prorrogatio*, debidamente limitada, de manera que no se extienda discrecionalmente en el tiempo.

El plazo de tres meses para proveer el nombramiento del Senado es adecuado y limita el periodo en que los jueces cesantes pueden permanecer prorrogados. Este plazo se formula considerando que cuatro meses previos a la culminación del mandato del juez, se propone que inicie el procedimiento de designación ya que con esa antelación la Corte avisaría al órgano proponente para que en atención a su regulación interna prepare el perfil que nominará ante el Senado para su evaluación, a fin de que la Cámara Alta pueda evaluar debidamente el perfil de los candidatos a ocupar el cargo de juez constitucional. Así, la suma de los plazos arrojaría un periodo general de siete meses para efectuar el nombramiento, el cual se presenta lo suficientemente amplio como para que sea evaluado con el correspondiente periodo deliberativo, que además de otorgar un periodo suficiente para la evaluación

del perfil del juez, se otorga certeza sobre los plazos para ocupar el cargo aunada a la garantía de que la función jurisdiccional constitucional seguirá prestándose debido a la *prorrogatio* del juez saliente.

En cuanto a la votación que haga el Senado sobre la designación, se propone una votación de las dos terceras partes de los presentes, Ello abona a un mejor perfil que permita un consenso o facilita la voluntad compartida entre diversos grupos, para que ninguno vea al futuro ministro como una posición propia, y que todos reconozcan en él una garantía de inclusión y una posición recíprocamente compartida, pues ninguna fuerza política por sí sola puede en lo individual obtener la votación requerida. Todo ello con su debida regulación en la Ley Orgánica de la Corte Constitucional que al efecto se expida, que además de prever el procedimiento, defina el perfil deseable.

QUINTA. Principio de paridad de género. La integración de la Corte Constitucional se verá fortalecida al incluirse un criterio transversal para su designación, al considerar la paridad de género con la finalidad de garantizar la presencia equilibrada de hombres y mujeres, lo cual es oportuno si advertimos que actualmente el Pleno de la Suprema Corte mexicana se integra solamente con cuatro mujeres, siendo la composición actual la que más ministras ha tenido en la historia de la Suprema Corte.

La paridad en la Corte Constitucional debe considerarse como una exigencia para su integración, considerando la enorme desigualdad estructural en que se encuentran las mujeres en el Estado mexicano, destacándose que actualmente la paridad es un mandato de optimización flexible que no se concreta sólo desde un aspecto cuantitativo, sino cualitativo en aras de alcanzar una igualdad sustantiva. Funcionaría con nominaciones alternadas de géneros, de manera que al poder u órgano a quien le corresponda la nominación deberá respetar el género correspondiente, con la posibilidad de que, si el género para la nominación corresponde al hombre, en esos casos también podrá nominarse a una mujer, atendiendo el principio de paridad como un mandato de optimización flexible.

La paridad abonaría a erradicar la desigualdad estructural, como un proceso que desestructura el esquema de exclusión en el que el género femenino se ha visto excluido históricamente en el Estado mexicano, en beneficio de la interpretación constitucional que derive de las diversas ideologías.

SEXTA. Perfil del juez constitucional. En cuanto al perfil, la sola exigencia del título profesional de licenciatura en derecho, actualmente es insuficiente, se trata de una base que no garantiza el ejercicio del cargo de manera especializada, ni tampoco coadyuva a que se vean representados los diversos perfiles y sensibilidades que se desarrollan en el ámbito de la profesión jurídica, como lo son: la carrera judicial, el foro, la academia o la administración pública. Contrario a ello, para integrar Tribunales Constitucionales en otras latitudes, se exige un fuerte grado de especialización profesional y académica.

Se requiere un perfil que logre discernir el impacto y alcance de las resoluciones, ello mediante sensibilidad política, así como de que el objetivo de los tribunales constitucionales y de sus jueces, es fomentar el “pluralismo de los equilibrios dinámicos, que se nutre de moderación, reconocimiento, respeto y diálogo recíprocos”. De modo que la eficiencia de la protección constitucional requiere en gran medida de un perfil idóneo de quienes integran la Corte Constitucional.

Como se evidenció, en algunas experiencias, las categorías para acceder al encargo son amplias y variadas, favoreciendo el sustancial enriquecimiento del derecho constitucional, ante la oportunidad de que sus normas sean valoradas a través de distintas ópticas, distintas culturas jurídicas o distintas sensibilidades, cada una de las cuales aporta su particular visión que por su carácter colegiado debe empeñar el esfuerzo de la totalidad de sus jueces. Por lo que, en la composición de la Corte, deben confluír distintos perfiles, armonizarlos y mantenerlos en equilibrio, para no privilegiar exclusivamente la vertiente jurisdiccional, política, académica o la práctica jurídica, sino para auspiciar su necesaria convivencia en beneficio de la experiencia judicial, especialización,

sensibilidad política y habilidad litigiosa, en abono al incremento de la autoridad del órgano jurisdiccional.

De modo que, los requisitos para ser juez constitucional no deben ser los mismos que para juez ordinario, puesto que el juez constitucional debe tener la capacidad y conocimiento para insertarse eficazmente en el esquema funcional estatal de control del poder y acción de gobierno del Ejecutivo y del Legislativo y, además, la necesidad de ponderar con previsión las consecuencias sociales de sus decisiones articulándolas con el sistema constitucional y con las leyes infraconstitucionales.

Del análisis comparado relativo a los perfiles en atención a los requisitos exigidos en diversos países, se aprecia como se privilegia el perfil proveniente de la docencia y de la cátedra universitaria, el perfil del abogado en ejercicio libre la profesión y el poseer títulos de posgrado o especialización e incluso en algunos casos se exigen perfiles ajenos al Poder Judicial, a fin de reclutar perfiles provenientes de la administración pública, que pueden aportar sensibilidad política, discernimiento de la problemática presente y futura, capaz de medir la forma de su intervención y en qué forma la resolución de asuntos puede impactar al Estado. El análisis reveló, como el origen, formación profesional y académica son factores que influyen en el funcionamiento del órgano.

Por su parte, el análisis de los perfiles de los ministros de la Suprema Corte a partir de la reforma constitucional de 1994, fue relevante para advertir su extracción, prevaleciendo la del perfil de carrera judicial, la cual no es coincidente con la que opera en otros Tribunales Constitucionales, con predominio del perfil académico, del abogado postulante y de alta especialización. Privilegiar un sólo perfil puede producir un estancamiento en la interpretación constitucional, ya que las lecturas adicionales y visiones sobre la lectura del texto constitucional disminuyen, las cual pueden enriquecerse si se hacen desde otras ópticas de la profesión jurídica y académica.

El nombramiento de perfiles idóneos para ejercer el cargo de juez constitucional, reduce la posible influencia política que sobre el órgano de control puede recaer, aunado a que se promueve una efectiva separación de poderes y con ello se fortalece la independencia judicial y la democracia constitucional.

Para garantizar diversos perfiles, se han incluido en la designación de jueces constitucionales al propio órgano técnico, como en los casos de España, Italia, Colombia, Letonia, Estonia y Macedonia, en donde la Corte o Consejo Judicial pueden proponer a los jueces Constitucionales, a fin de garantizar un perfil profesional técnico-jurídico, aunado a los perfiles con visión o sensibilidad política que designan los poderes Ejecutivo y Legislativo.

Destacadamente en el caso de Guatemala se aprecia que se incluye tanto a la barra de abogados o al foro como a la Academia para proponer a un juez constitucional, experiencia singular que asegura un espacio tanto al perfil del abogado postulante como al académico, lo que garantiza una visión más amplia y plural en el análisis de los casos.

SÉPTIMA. El retraso en la designación, la *prorrogatio* y la sanción institucional. Se hizo constar como el procedimiento de designación puede retrasarse de tal modo que la vacante se extienda y con ello una falta de integración de la Corte puede provocar una crisis institucional y de funcionamiento, a lo cual se destaca que, en el caso español, la figura de la *prorrogatio* permite que en tanto se designa al nuevo juez constitucional, el juez saliente continuará en funciones, lo que garantiza la continuidad en la integración del órgano y de la función jurisdiccional.

Se demostró que la *prorrogatio* opera de manera automática y comienza en la fecha exacta en que el periodo del cargo del juez constitucional saliente se ha agotado y finalizará el momento en que materialmente se toma la posesión a quién habrá de sucederle, es decir, el límite temporal de la prórroga se deja en manos del órgano que corresponda renovar al juez.

Dicha figura si bien permite que el cargo de juez constitucional siga funcionando de manera permanente, lo cual evita parálisis de la Corte e inestabilidad, se propone mejorarlo superando el diseño español, a través del establecimiento de un plazo predeterminado a los órganos proponentes y de designación para realizar el nombramiento e incluso en caso de incumplimiento, introducir una sanción institucional por el incumplimiento a efecto de dotar de mayor eficacia al plazo, como lo es, una sanción que implique que el órgano encargado de realizar la propuesta pierda dicha facultad para pasarla a cargo de la propia Corte Constitucional.

Es conveniente establecer un plazo predeterminado y perentorio de tres meses como se ha indicado, para que la Cámara alta proceda a la selección del juez constitucional; sí luego de transcurrido este plazo no se hubiere proveído la designación, a efectos de una “sanción institucional”, el órgano proponente perderá por esa ocasión la facultad de nombramiento y ésta pasará a la Corte Constitucional, el cual, dentro de un plazo breve, proveerá a la designación mediante acuerdo del Pleno de la Suprema Corte.

OCTAVA. Periodo prolongado y prohibición de reelección. Se aprecia la conveniencia de extender la duración del cargo más allá del periodo de los órganos de designación, lo que facilita su independencia, aunado a que prohibir la reelección permite que los jueces no busquen vínculos con los órganos proponentes durante su función, ya que afectaría la autonomía e independencia, tal y como se prohíbe en Colombia, Perú, Alemania, España, Francia, Italia y Portugal.

El periodo de los jueces al ser prolongado y sin posibilidad de ratificación garantiza el fortalecimiento de la independencia judicial, de modo que, si el periodo es corto y la ratificación está prevista, la dependencia a otros órganos será mayor al de aquellos supuestos en donde el mandato es amplio y definitivo. Un periodo amplio pero determinado, se encuentra en los parámetros de la mayoría de ordenamientos que cuentan con una Corte de esta naturaleza, mandatos de corta duración y sujetos a ratificación, debilitan el sistema de justicia y afectan su independencia. El amplio periodo propicia que el natural vínculo de lealtad o agradecimiento entre designado y designante se diluya rápidamente ante la

estabilidad que ésta, en conjunción con el resto de garantías, confiere al conjunto al juez constitucional

NOVENA. Escalonamiento. Mantener una renovación parcial derivado del escalonamiento, facilita que los que acceden a la función puedan aprender más rápido en contacto con los que se encuentran en funciones, los cuales tienen la memoria institucional. Asimismo, los antiguos pueden modificar su razonamiento o enfoque metodológico en contacto con los nuevos jueces, lo que posibilita la renovación de enfoques y jurisprudencia de la Corte.

Un sistema escalonado permite la actualización y legitimación periódica, lo cual posibilita la renovación ordenada de miembros, la continuidad de sus funciones, la generación de nuevas mayorías al interior del pleno, y la revisión paulatina de sus criterios y jurisprudencia, todo ello dentro de nuevos equilibrios que intentan mantener el conocimiento y la experiencia de los que permanecen con el ímpetu renovador de los que llegan. Así, la renovación una vez concluido el encargo, evita un esquema rígido de interpretación constitucional, ya que los criterios de validez de las normas jurídicas necesitan irse actualizando de acuerdo con las percepciones y aspiraciones de cada generación.

La renovación parcial evita además que la composición de la Corte propenda a irradiar de manera excesiva la mayoría parlamentaria existente en un momento dado, permitiendo, sin embargo, un progresivo reflejo de las nuevas mayorías que puedan surgir posteriormente. Así también, evita cambios bruscos en la composición del Tribunal, estableciendo una dinámica de acoplamiento didáctico entre la anterior y nueva promoción de jueces constitucionales

DÉCIMA. Incompatibilidades. Como se evidenció al analizar los perfiles de los ministros de la Suprema Corte, la incompatibilidad *posfuncional* no ha sido obstáculo para que el cargo de ministro no sea el último al que se pueda aspirar, ya que, transcurrido el breve periodo de dos años, es dable que el ministro en retiro vuelva a desempeñarse en el servicio público e incluso volver a la abogacía, lo cual puede afectar la independencia judicial.

De modo que, la incompatibilidad *posfuncional* es insuficiente, lo cual se propone fortalecerse en el sentido de que la persona que cumpla el periodo de su nombramiento se encuentre imposibilitada para ocupar diverso cargo público y ejercer la profesión como abogado postulante, con la garantía de una pensión adecuada e irrenunciable.

Asimismo, es necesario fortalecer la incompatibilidad *prefuncional*, ya que conforme a la fracción VI del artículo 95 constitucional, se trata de supuestos que inhabilitan para ser sujeto de nominación aunque sólo por un año, cuya intención se dirige a impedir que las personas nominadas hayan estado vinculadas al ejercicio de cargos políticos, ya sea por elección popular o por nombramiento, dicha imposibilidad se propone se aumente a dos años de no ocupar los puestos públicos que señala la disposición constitucional para ser elegible al cargo de juez constitucional, lo que garantiza que no exista un fuerte vínculo político entre el que designa y el designado.

DÉCIMA PRIMERA. Inamovilidad. Es necesario mantener la garantía de inamovilidad consiste en que los jueces conserven sus cargos hasta que cumplan el plazo de su encargo o lleguen a cierta edad de retiro forzoso en los casos en los que se prevea. La inamovilidad no implica la imposibilidad de no ser separado del encargo, sino que, en todo caso se realice mediante un procedimiento previsto constitucionalmente y no mediante una libre remoción.

Como se indicó, es una garantía de que los jueces no van a ser removidos arbitrariamente de su puesto. La finalidad es que bajo esta garantía quedaran protegidos de los vaivenes políticos que pudieran afectar su función. La inamovilidad encuentra una vertiente en la inmunidad judicial, que permite el ejercicio seguro e imperturbable de la función jurisdiccional.

Los supuestos de responsabilidad pueden ser de tipo política, penal o administrativa, de ahí que la inamovilidad no implica que no puedan ser separados o destituidos por motivos de responsabilidad, cuando se incurra en los supuestos

expresa y limitativamente establecidos y una vez agotado el procedimiento sancionador respectivo.

Por lo que, se propone que los procedimientos de responsabilidad sean revisables a fin de garantizar de que se haya respetado el derecho de audiencia, pues como se ha indicado, incluso en el caso del mecanismo esencialmente político que no se sujeta a ningún tipo de control sobre su regularidad, los estándares interamericanos exigen que sobre él recaigan las garantías y controles de naturaleza jurídica en donde destaca, la tutela convencional ofrecida por la Corte Interamericana de Derechos Humanos . En Argentina, por ejemplo, los jueces de la Corte Suprema pueden interponer recurso extraordinario federal frente a la declaratoria de remoción, ante la propia Corte Suprema.

Asimismo, es necesario mantener para los jueces de la Corte Constitucional la inmunidad procesal (fuero), a fin de que no sean juzgados por responsabilidad penal sino únicamente en casos de retiro de la protección constitucional, por lo que únicamente sería retirada la inmunidad en aquellos casos en donde la mayoría absoluta de los parlamentarios así lo decida, ello implica que no cualquier hecho que se impute logrará la remoción del fuero, sino aquel que logre el consenso de la mayoría absoluta que forzosamente contemplará diversas fuerzas políticas o grupos parlamentarios distintos al gobierno en turno.

Por su parte, en el caso de las destituciones por responsabilidad administrativa, como se señaló, en aras de mantener a la Corte y a sus miembros al margen de presiones indebidas de los otros poderes del Estado, ello justifica que sea la propia Corte la que conozca e imponga las sanciones correspondientes.

DÉCIMA SEGUNDA. Garantía económica y pensión vitalicia. Con la finalidad de garantizar la independencia judicial se propone mantener y fortalecer la garantía económica. Así, el artículo 94 de la Constitución mexicana prevé que la remuneración que perciban por sus servicios los ministros de la Suprema Corte no podrá ser disminuida durante su encargo. Asimismo, es importante tomar en consideración los estándares internacionales que se recomiendan para garantizar

una remuneración, pensiones y condiciones de servicio y jubilación adecuadas, que les permitan asegurar su independencia económica, sin que se encuentren vinculadas al resultado de su actividad cotidiana, mucho menos del sentido de sus pronunciamientos, y se les proteja para que no sea “reducida mientras preste servicio profesional”.

A fin de garantizar que el presupuesto de la Corte no se vea disminuido, se propone prever a nivel constitucional la sugerencia de la Comisión Interamericana de Derechos Humanos recogida del Relator Especial de Naciones Unidas sobre la Independencia de Magistrados y Abogados, de establecer un porcentaje fijo del producto interno bruto nacional (PIB) en el marco legislativo, como presupuesto mínimo del poder judicial, sobre lo cual, México no reúne este requisito.

Aunado a ello, es conveniente mantener la pensión vitalicia, aunque fortaleciendo la incompatibilidad *postfuncional*, esto es, con la prohibición absoluta de ejercer cualquier cargo o ejercicio profesional, a fin de que el cargo de juez constitucional sea el último cargo al que se aspire, lo cual fortalecería la independencia de la Corte.

DÉCIMA TERCERA. Turnos por especialización, audiencias y colegialidad. Es imprescindible cambiar la asignación de casos que genera el sistema aleatorio en virtud de que dificulta e incluso inhibe el consenso, ya que ante la asignación aleatoria no es relevante la posición jurídica del juez respecto del caso a resolver ni su ideología o postura respecto del tema. Tampoco lo es el grado de acuerdo o discrepancia que existe entre los miembros del Tribunal. El juez que proyecta la sentencia puede estar con la mayoría o estar con clara minoría, de manera que el proceso por el que se asignan los casos ni siquiera permite saber esto *ex ante*. Es decir, se elabora el proyecto sin conocer previamente la opinión jurídica de sus compañeros de tribunal.

Las decisiones divididas son generadas en muchos de los casos por el propio proceso de asignación de asuntos, de ahí que es conveniente la asignación a partir de la posición de los jueces, a fin de turnar el caso a uno que integre la mayoría. Es

común ver como las decisiones actuales de la Suprema Corte se toman de manera dividida y pocas por unanimidad a menos de que el caso sea muy claro, advirtiendo votos concurrentes y disidentes lo que sólo refleja la falta de colegialidad y consenso, y muestra distintas posturas jurídicas e ideológicas de sus miembros que lo integran.

Así, la forma de asignación de casos de la Corte norteamericana ayuda a iniciar la discusión en el sentido en que, en principio, se inclina la mayoría. Esto también puede permitir que el responsable de elaborar la sentencia busque una redacción que cuente con el apoyo de sus pares, para ello los proyectos circulan ampliamente entre los ministros que están con la mayoría. De modo que, a través del sistema de asignación de casos, la Corte Suprema de Estados Unidos busca incentivar consensos entre sus miembros y generar decisiones que reflejan la “opinión del tribunal” y no los puntos de vista particulares de cada juez, ello es parte intrínseca de su autoridad y legitimidad.

Por su parte se ha mostrado como la amplia publicidad del debate y su proceso de deliberación, exhibe la confrontación de los jueces por la visión que se tiene del asunto y la interpretación constitucional que se tenga del mismo, ello se maximiza con el amplio debate público en donde un juez ante la fijación de una postura, difícilmente pueda cambiarla y se ve forzado a mantenerla hasta la decisión final del asunto, lo que origina la formulación de votos ya sea concurrentes o disidentes del asunto, lo cual se podría evitar con el previo análisis del caso previo a la asignación del asunto, así como la previa discusión que en privado se pueda dar, a fin de estar en condiciones de alcanzar un consenso y lograr una sentencia con autoridad y contundencia, privilegiando el principio de colegialidad.

La amplia publicidad del proceso de deliberación ha hecho que la distinción entre el proceso de deliberación y la versión final de la sentencia, se haya desdibujado casi por completo

Actualmente, la sesión pública de deliberación muestre un ejercicio deliberativo con poco consenso que en lugar de dar certeza llega a confundir, aunado a que lo

debatido, pocas veces se refleja en el engrose respectivo, que en realidad es el documento oficial en donde se contiene la voz institucional de la Corte y que es vinculante, la cual no llega con claridad a las instancias políticas, la judicatura, el foro, la academia y principalmente a la propia ciudadanía que lejos de tener certeza sobre lo que dijo la Corte, desconoce el sentido final de sus resoluciones, lo que dista de la forma en la que un Tribunal Constitucional debe exteriorizar su función.

Debe implementarse la deliberación en reuniones privadas entre jueces constitucionales en donde sin ninguna limitación entre pares, puedan discutir y deliberar sobre las posiciones que orbitan en un asunto, llegando incluso a cambiar de puntos de vista sin el compromiso de haber fijado antes su postura públicamente, a fin de reservar para la sesión pública la explicación y el sentido de las sentencias

El carácter público del proceso de deliberación de la Corte mexicana es atípico, los tribunales constitucionales europeos y la Corte Suprema de Estados Unidos discuten sus decisiones a puerta cerrada, nadie conoce el proceso de deliberación de los máximos jueces constitucionales

DÉCIMA CUARTA. El núcleo esencial de la competencia. Debe privilegiarse e incluso circunscribirse la Corte al conocimiento del núcleo esencial de su competencia, aunada a la facultad de *decidir qué decidir*, lo que no sucede actualmente puesto que normativamente la Suprema Corte está obligada a pronunciarse de mucho de lo que no debería, principalmente de cuestiones de legalidad o propias de un tribunal de casación. La Suprema Corte sigue cargando con las reminiscencias de su pasado o su anterior identidad, que la obligan a compartir vínculos institucionales, competenciales y recursos con un conjunto amplio de instancias jurisdiccionales.

La reforma constitucional por y para el Poder Judicial, difícilmente podrá armonizar el funcionamiento de la Suprema Corte, si previamente no se toma la decisión de filtrar su ámbito de competencia, a reducir el volumen de asuntos que le llegan al año, aliviar las cargas laborales y escapar de la saturación temática de los asuntos de legalidad, la cual se proyecta dentro de los 18,854 asuntos recibidos

por la Suprema Corte, en el año 2019, cantidad que se agrega a los recibidos en años anteriores

Si bien la reforma tiene buenas intenciones, es insuficiente si lo que se busca es, como lo reitera la iniciativa, consolidar al Tribunal Constitucional, pues sigue pesando sobre ella las competencias del pasado, ya que como ha quedado afirmado en el capítulo respectivo, el juicio de amparo en los últimos 25 años ha representado el 96.94% de su carga laboral.

Los ingresos anuales de asuntos en la Suprema Corte, si bien mostraron un decremento de amparo en revisión a partir del 2015, ante ello se sostiene la necesidad de instituir a una Corte Constitucional, para que conozca del núcleo esencial de la competencia de un Tribunal Constitucional, a saber, de los siguientes instrumentos o procedimientos: a) Acción abstracta de inconstitucionalidad, b) Controversias Constitucionales, c) Control previo de Constitucionalidad de Tratados Internacionales, d) Competencia para conocer del Procedimiento de Reforma Constitucional por realizarse de manera contraria a lo previsto en el artículo 135 constitucional (por vicios propios), y de su contenido esencial, que para la permanencia de un Estado constitucional se erigen como cláusulas pétreas, y e) Amparo en Revisión o Directo en Revisión con amplio criterio de discrecionalidad en su selección atendiendo una agenda estratégica que responda a una adecuada política judicial, f) De la revisión de oficio de los decretos expedidos por el Ejecutivo Federal durante la restricción o suspensión de derechos humanos y garantías, para pronunciarse sobre su constitucionalidad y validez, y g) De la constitucionalidad de la materia de las consultas populares convocadas por el Congreso de la Unión.

DÉCIMA QUINTA. Política Judicial. Respecto de la política judicial, la Corte Constitucional debe contar con amplia discrecionalidad para modular su competencia en los Amparos Directos en Revisión y Amparos en Revisión, ya que podrá agendar y programar las categorías de amparos sobre los que busca pronunciarse, marcando una directriz sobre los asuntos de especial trascendencia constitucional de manera discrecional, con una amplia facultad de decidir sobre qué decidir. Para ello debe privilegiarse la facultad de atracción a fin de seleccionar los

asuntos más significativos para el orden constitucional, en una especie del diseño de *writ of certiorari*. Con ello, elegirá los precedentes que la encaminen a cumplir con una agenda que cumpla una política judicial, compuesta de precedentes de trascendencia importante y altamente aleccionadora para el orden jurídico, que influya en los operadores jurídicos del país y proporcione una cultura del respeto de los derechos humanos a través de la interpretación de sus contenidos. La intención es consolidar un cuerpo de doctrina jurisprudencial en materia constitucional que sirva de base a la función judicial en todo país.

La Corte establecerá su agenda de conformidad con los temas que pretende resolver para lo cual elige los asuntos adecuados para pronunciarse. Algunos criterios para aceptar asuntos son por ejemplo: que sean temas que arrastren una gran controversia interpretativa que requiera una resolución, cuestiones en las que los tribunales inferiores no han decidido de manera consistente; que existan evidentes errores interpretativos o contradictorios; aquellos en los que los precedentes requieren un cambio drástico de interpretación de un artículo constitucional, o bien, casos relativos al alcance de un derecho sobre el que la Corte no se ha pronunciado y merece su atención. Asimismo, puede seleccionar aquellos asuntos que motiven un gran debate público y que la sociedad a través de movimientos sociales, esté madurando una interpretación con la que la Corte puede coincidir, lo que implica que pueda evitar asuntos en donde no haya claridad o existan discrepancias entre la propia sociedad, la academia o contradicciones entre los tribunales inferiores.

DÉCIMA SEXTA. La Suprema Corte. La implementación de la Corte Constitucional no eliminaría a la Suprema Corte, ya que fungirá como un Tribunal de Casación, sobre la cual se descargarán la diversidad de juicios que incluso actualmente conoce que no corresponden a la estrictamente constitucional, como son aquellos asuntos en los que no realiza interpretación de la Constitución, de inconstitucionalidad de leyes o de trascendencia constitucional en derechos humanos, ya que incluso existen casos en que la Suprema Corte atrae asuntos de importancia y trascendencia pero que no involucran temas de estricta

constitucionalidad, facultad que podrá seguir manteniendo, la cual válidamente podría disminuir su integración a 5 miembros y desaparecer el funcionamiento por Salas, y por tanto conocer de manera residual del resto de competencias que actualmente tiene asignadas, principalmente la resolución de denuncias de contradicción de criterios, de plenos de circuitos o tribunales colegiados de circuito pertenecientes a distintas regiones; conflictos competenciales; de todos los recursos e incidentes que se deriven por el incumplimiento de sentencias de amparo o del cumplimiento sustituto; del recurso de revocación contra resoluciones emitidas por la Comisión de Conflictos Laborales del Poder Judicial de la Federación, en los conflictos de trabajo suscitados por sus servidoras y servidores; así como ser la instancia de resolución de conflictos que sean impugnados contra resoluciones del Consejo de la Judicatura.

DÉCIMA OCTAVA. Sistema de jurisprudencia por precedentes. El éxito de un modelo de justicia puede radicar también en un adecuado sistema de jurisprudencia a fin de llevar a cabo el desarrollo jurisprudencial constitucional vinculante en materia de derechos humanos. Se insiste que los asuntos que conozca la Corte deben ser seleccionados por ella con discrecionalidad, debe elegir asuntos estratégicos sobre los temas que tiene programado abordar y además el momento adecuado para resolverlos. Así, a través de un proceso de *percolation* en los tribunales colegiados o de las entidades federativas, en que hayan decidido ya asuntos relacionados con la controversia que merece el conocimiento de la Corte, de manera que cuando la Corte tome el asunto, cuente con una perspectiva amplia del problema, las distintas soluciones que se han planteado por los tribunales intermedios o de apelación y evalúa el impacto que tendrá, así como los efectos jurídicos y sociales que pudieran generarse, lo que le permitirá analizarse con las decisiones que previamente han emitido los tribunales inferiores.

De manera que, se seguiría una línea evolutiva sobre la interpretación constitucional que permite entender el tema o problemática desde diferentes ámbitos, a través de sus precedentes a fin de abordarlos de manera sistemática, siendo relevante que la Corte lo que hace en realidad es controlar y vigilar la

dirección que otorgan sus precedentes, a fin de servir de influencia a los jueces y tribunales, con posibilidades de autorizar en unos casos un amplio margen de interpretación y en otros, delimitarlo.

La Corte utilizará la discrecionalidad en la selección de casos que garantiza el *writ of certiorari*, cuando aborda un asunto previamente analizado, lo hace con la intención de aclarar, desarrollar o hasta para modificar su jurisprudencia vinculante, dado el sistema de precedentes propio del sistema norteamericano. Así, podrá monitorear el alcance de sus precedentes en los tribunales inferiores e intervenir nuevamente si lo considera necesario para aclarar, uniformar o modificar su doctrina constitucional.

Ninguna sentencia será indiferente, ya que toda sentencia interpretará la Constitución lo que origina un precedente, el cual forma parte de un conjunto de precedentes que concatenados crean política judicial de interpretación constitucional, especialmente en materia de derechos humanos, es decir, los precedentes en su conjunto, definen el alcance y contenido de los derechos.

El ejemplo es la jurisprudencia por precedentes en Norteamérica que no genera fragmentación en la interpretación constitucional, esto es, no se encuentran fragmentados los sentidos de interpretación generados por los jueces. La fuerza del precedente entrelaza y armoniza los casos pasados con los futuros, de modo que en los casos concretos nuevos los jueces siguen la jurisprudencia en atención de lo que se dijo en el pasado, siendo un proceso colectivo, con la convergencia de ideologías de los jueces que conforman la Corte Suprema. Así el contenido de la Constitución y su significado será comprensible, uniforme y sometido también a la evolución social cuando tiene que cambiar, en una dinámica que permite el sistema de precedentes de manera concatenada y articulada.

En suma, la Corte Constitucional será la espada empuñada dispuesta a la protección y defensa del orden constitucional, como un auténtico: *guardián de la Constitución*.

FUENTES DE CONSULTA

- ACOSTA SÁNCHEZ, José, *Formación de la Constitución y Jurisdicción Constitucional. Fundamentos de la democracia constitucional*, Madrid, Tecnos, 1998.
- Aguiló, Josep, "Independencia e imparcialidad de los jueces y argumentación jurídica", *Isonomía: Revista de teoría y filosofía del derecho*, núm. 6, abril, México, 1997.
- AHUMADA, Marian, *La jurisdicción constitucional en Europa*, España, Civitas, Universidad de Navarra, 2005.
- ALEXY, Robert, *Derecho y Razón práctica*, 3ª Reimpresión, Fontamara, México, 2006.
- ALFONSO DA SILVA, Virgílio, "Supremo Tribunal Federal (Brasil)", en Ferrer MacGregor, Eduardo (coord.), *Crónica de Tribunales Constitucionales en Iberoamérica*, Buenos Aires, Marcial Pons, UNAM, 2009.
- ASTUDILLO, Cesar y ESTRADA Marún, José Antonio, *Nombramiento de Ministros de la Suprema Corte de Justicia de la Nación*, México, Porrúa, Instituto Mexicano de Derecho Procesal Constitucional, 2019.
- _____, *Ensayos de justicia constitucional en cuatro ordenamientos de México: Veracruz, Coahuila, Tlaxcala y Chiapas*, México, IIJ-UNAM, 2004.
- _____, *El funcionamiento de la Suprema Corte de Justicia de la Nación. El dilema de decidir sobre qué y cómo decidir*, México, Tirant Lo Blanch, UNAM-IIJ, 2018.
- _____, "El genotipo y los fenómenos de justicia constitucional. Particular referencia a América Latina", en Astudillo Cesar, *Estudios sobre la Suprema Corte de Justicia de la Nación*, México, Tirant lo Blanch, 2019.
- _____, "El desempeño de la Suprema Corte de Justicia de la Nación como Tribunal Constitucional. Dilema de decidir sobre qué decidir y cómo decidir", en

- Derecho Procesal Constitucional-Estudios sobre la Suprema Corte de Justicia de la Nación*, México, Tirant lo Blanch, 2019.
- _____, “25 años de evolución en la organización y funcionamiento de la Suprema Corte de Justicia de la Nación”, en Astudillo, Cesar y Cossío Díaz, José Ramón (coords.), *Organización y Funcionamiento de la Suprema Corte de Justicia de la Nación*, México, Tirant lo Blanch, 2020.
- _____, *El dilema de la última palabra. Mandato, autoridad y funcionamiento de las altas cortes de derechos*, México, Tirant lo Blanch, 2022.
- BAGNI, Silvia (Coord.), *Justicia Constitucional Comparada*, México, Porrúa-IMDPC, volumen 106, 2014.
- BAZÁN, Víctor (Coord.), *Derecho Procesal Constitucional Americano y Europeo*, Buenos Aires, AbeledoPerrot, 2010, Tomo I y II.
- BIDART CAMPOS, El derecho de la constitución y su fuerza normativa, UNAM, México, 2003.
- BRAGE CAMAZANO, Joaquín, *La acción abstracta de inconstitucionalidad*, México, UNAM, 2005.
- CABALLERO GONZÁLEZ, Edgar S., *Curso Básico de Derecho Procesal Constitucional*, México, Centro de Estudios Carbonell, 2018.
- CABRERA, L., *Los tribunales colegiados de circuito*, México, Suprema Corte de Justicia de la Nación, 2003.
- CALAMANDREI, Piero, citado por Astudillo Reyes, César I., “Doce tesis en torno al Derecho Procesal Constitucional”, en Ferre Mac-Gregor, Eduardo (Coordinador), *Revista Iberoamericana de Derecho Procesal Constitucional*, México, Porrúa-IIDPC, volumen 8, 2007.
- CAPPELLETI, Mauro, *Obras, la Justicia Constitucional, Dimensiones de la Justicia en el Mundo Contemporáneo*, México, Porrúa, Facultad de Derecho UNAM, 2007
- _____, *La jurisdicción constitucional de la libertad*, Milán, Italia, Ed Giuffré, 1974.

- _____, ¿Renegar de Montesquieu? La expansión y la legitimidad de la Justicia Constitucional, en *Revista Española de Derecho Constitucional*, año 6, núm. 17, mayo-agosto 1986
- CARBONELL, Miguel (coord.), *En busca de las normas ausentes. Ensayos sobre la inconstitucionalidad por omisión*, México, IJ-UNAM, 2003.
- _____, (Coord.) *Neoconstitucionalismo(s)*, 4ª ed., Editorial Trotta–UNAM–IJ-UNAM, 2009.
- _____, *Democracia y garantismo*, Madrid, Editorial Trotta, 2008.
- CARPISO, Jorge, *Concepto de democracia y sistema de gobierno en América Latina*, México, UNAM-Instituto de Investigaciones Jurídicas, 2008
- _____, *Estudios Constitucionales*, México, IJ-UNAM, 1980.
- _____, *Estudios Constitucionales*. 2a. ed., México, D.F., La Gran Enciclopedia Mexicana, UNAM, 1983.
- CARRILLO, Marc, “Jurisprudencia constitucional y tribunales ordinarios”, en Miguel Revenga Sánchez, Emilio Pajares Montolio y Juan Rodríguez-Drincourt (comp.), *50 años de Corte Constitucional italiana, 25 años de Tribunales Constitucionales Españoles, IV Jornadas Italo-españolas de Justicia Constitucional*, Madrid, Ministerios de Justicia, Secretaría General Técnica, Imprenta Nacional del Boletín Oficial del Estado, 2007.
- CASTRO Y CASTRO, Juventino V., *Biblioteca de amparo y derecho constitucional*, Vol. 1, Ed. Oxford University Press, México, 2001.
- CELOTTO, A, y GROPPI T. *La Justicia Constitucional en Italia*, Fundación Universitaria de Derecho, Administración y Política, Colección Constitucionalismo y Derecho Público, Estudios, 2004.
- _____, *La Corte Constitucional en Italia*, México, Porrúa, 2005.
- CIFUENTES MUÑOZ, Eduardo, “La jurisdicción constitucional en Colombia” en García Belaúnde, Domingo y Fernández Segado, Francisco (coords.), *La jurisdicción constitucional en Iberoamérica*, Madrid, Dykinson, 1997.
- CORZO SOSA, Edgar (coord.), “Introducción”, *I Congreso Internacional sobre Justicia Constitucional*, México, UNAM-IJ, 2009.

- COSSIO DÍAZ, José Ramón, *Sistemas y modelos de control constitucional en México*, 2a. ed., México, UNAM, 2013.
- _____, *La teoría constitucional de la Suprema Corte de Justicia*, México, Fontamara, 2002.
- CRUZ VILLALÓN, Pedro, *La formación del sistema europeo de control de constitucionalidad (1918-1939)*, Madrid, Centro de Estudios Constitucionales, 1987.
- DE LA CUEVA, Mario, *Teoría de la Constitución*, México, Porrúa, 2008.
- DE LA MATA PIZANA, Felipe, *Control de Convencionalidad de los Derechos Político-Electorales del Ciudadano*, México, Tirant lo Blanch, 2016.
- DE LA TORRE, Torres, Rosa María, et al; *La dinámica constitucional: un sistema caótico*, en Cuestiones Constitucionales, Revista Mexicana de Derecho Constitucional, número 26, junio-diciembre 2012
- DEL ROSARIO RODRÍGUEZ, Marcos, *La cláusula de supremacía constitucional. El artículo 133 constitucional a la luz de su origen, evolución jurisprudencial y realidad actual*, México, Porrúa-IMDPC, 2011.
- _____, (Coord.) *Supremacía Constitucional*, México, Porrúa-Universidad Panamericana, 2009.
- DE VEGA, Pedro, *La reforma constitucional y la problemática del Poder Constituyente*, Tecnos, Madrid, 1985.
- DE VERGOTTINI, Giuseppe, *Derecho constitucional comparado*, Trad. De Herrera Claudia, México, UNAM, 2004
- DÍAZ, REVORIO, F. Javier, *Las sentencias interpretativas del tribunal constitucional*, México, Porrúa-IMDPC, volumen 44, 2011.
- ELIZONDO MAYER-SERRA, Carlos y MAGALONI, Ana Laura, “La forma es fondo: como se nombran y deciden los ministros de la Suprema Corte de Justicia”, *Cuestiones Constitucionales, Revista Mexicana de Derecho Constitucional*, número 23, julio-diciembre, 2010.
- EL FEDERALISTA. *Los ochenta y cinco ensayos que Hamilton, Madison Y Jay escribieron en apoyo de la Constitución norteamericana*, Fondo de Cultura

Económica, México, Prólogo y versión en español de Gustavo R. Velasco; 3ª reimpresión, 1982.

ESTRADA MARÚN, José Antonio, "El retraso en la designación parlamentaria de magistrados constitucionales: la experiencia española" en Herrera García, Alfonso y Rodríguez Chandoquí, Pedro (coords.), *Justicia constitucional, derechos fundamentales y democracia*, México, Ubijus Editorial, Instituto Interamericano de Derechos Humanos, Centro de Estudios de Actualización en Derecho-Universidad Complutense, 2016.

ETO CRUZ, Gerardo, "John Marshall y la sentencia Marbury vs. Madison", en Ferrer Mac-Gregor, Eduardo (coord.), *Derecho procesal constitucional*, 5ª. Ed., México, Porrúa, 2006, tomo I.

FAVOREAU, Louis, *Los Tribunales Constitucionales*, Barcelona, Ariel, 1994.

FERNÁNDEZ RODRÍGUEZ, José Julio, *La inconstitucionalidad por omisión. Teoría general. Derecho comparado. El caso español*. Madrid, Civitas, 1998.

_____, "La omisión legislativa en la Constitución del estado de Veracruz-Llave en el marco de la teoría general de dicho instituto", en Ferrer Mac-Gregor, Eduardo y Vega Hernández Rodolfo (Coords.) *Justicia Constitucional Local*, México, Ed. FUNDAp., 2003.

_____, *La Justicia Constitucional Europea ante el Siglo XXI*, 2a. ed., Madrid, Tecnos, 2007.

FERNÁNDEZ SEGADO, Francisco, *La justicia constitucional ante el siglo XXI: la progresiva convergencia de los sistemas americano y europeo-kelseniano*, México, UNAM, 2004.

_____, "La estructura orgánica del Tribunal Constitucional", en Trujillo, Gumersindo; López Guerra, Luis María y González-Trevijano, Pedro José (Dirs.), *La experiencia constitucional (1978-2000)*, Madrid, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, 2000.

_____, *La búsqueda de nuevos causes de salvaguarda de la constitución: La inconstitucionalidad por omisión*", en la Justicia Constitucional, Una visión de derecho comparado, t. I, Dykinson, Madrid, 2009.

FERRAJOLI, Luigi, *Principia Iuris*, Madrid, Trotta, 2011.

- _____, *Democracia y garantismo*, Madrid, Editorial Trotta, 2008.
- FERRER MAC-GREGOR, Eduardo (coord.) *Derecho Procesal Constitucional*, 5ª. Ed., México, Porrúa, 2006, Tomo I, II, III y IV.
- _____, *Los tribunales Constitucionales en Iberoamérica*, México, Fundap, 2002.
- _____, “Comentario al artículo 94”, *Derechos del pueblo mexicano, México a través de sus constituciones*, 9ª ed., México, H. Cámara de Diputados LXIII Legislatura, Cámara de Senadores, Suprema Corte de Justicia de la Nación, Tribunal Electoral del Poder Judicial de la Federación, Institucional Nacional Electoral, UNAM-IIJ, Miquen Ángel Porrúa, 2016, vol. IX.
- _____, *Revista Iberoamericana de Derecho Procesal Constitucional*, México, Porrúa-IIDPC, volumen 8, 2007, p.43.
- _____, *Revista Iberoamericana de Derecho Procesal Constitucional*, México, Porrúa-IIDPC, volumen 12, 2009, pp.191-213.
- _____, “Los tribunales constitucionales y la Suprema Corte de Justicia de México”, en Ferrer Mac-Gregor, Eduardo (coord.), *Derecho Procesal Constitucional*, México D.F., Porrúa, 2002
- FERRERES COMELLA, Víctor, *Justicia Constitucional y Democracia*, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, Madrid, 1997.
- FIORAVANTI, Maurizio; *Constitución, de la antigüedad a nuestros días*, Madrid, Trotta, 2001.
- FIX-FIERRO, Héctor, “El amparo judicial y la imposible tarea del Poder Judicial de la Federación. Perspectivas en el centenario de la Constitución de Querétaro”, en Fix-Fierro, Héctor, *El poder del Poder Judicial y la modernización jurídica en el México contemporáneo*, México, UNAM-Instituto de Investigaciones Jurídicas, 2020.
- _____, (coord.), *Ocho propuestas para fortalecer al Poder Judicial de la Federación y completar su transformación*, México, UNAM-IIJ, 2018.
- _____, “Reformas y adiciones a la Constitución federal en materia de administración de Justicia”, *Anuario Jurídico 1994*, México, UNAM-IIJ, 1995.
- Fix-Zamudio, Héctor, *Estudio de la Defensa de la Constitución en el ordenamiento jurídico mexicano*, México, Porrúa, 2011.

_____, y Ferrer Mac-Gregor, Eduardo, *Las sentencias de los tribunales constitucionales*, Porrúa- UNAM- IMDPC, México, 2009.

_____, *Latinoamérica: Constitución, proceso y derechos humanos*, Ed. UDUAL, México, 1988.

_____, y Cossío Díaz, José Ramón, *El Poder Judicial en el ordenamiento mexicano*, Fondo de Cultura Económica, 1996.

_____, y Fix Fierro, Héctor, “Comentario al artículo 94”, en Carbonell, Miguel (coord.), *Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos. Comentada y concordada*, 19 ed., México, Porrúa-UNAM-IIJ, 2006, t. IV.

_____, “Los tribunales constitucionales en la consolidación democrática”, *Tribunales Constitucionales y Democracia*, México, SCJN, 2008.

GARCÍA DE ENTERRÍA, Eduardo, *La Constitución como norma y el Tribunal Constitucional*, 4ª ed., España, Thomson-Civitas, 2006.

_____, *Democracia, jueces y control de la administración*, Madrid, Ed. Civitas, 1995.

GARCÍA LAGUARDIA, Jorge Mario, “La justicia constitucional en Guatemala. El estatuto del juez constitucional: asignatura pendiente”, en Fix-Zamudio, Héctor y Astudillo, César (coords.), *Estatuto Jurídico del juez constitucional en América Latina y Europa. Libro en homenaje al doctor Jorge Carpizo*, México, IIJ-UNAM, 2012.

GARGARELLA, Roberto, *La justicia frente al gobierno, sobre el carácter contramayoritario del poder judicial*, España, editorial Ariel, S. A. Barcelona, 1996.

GARZÓN VALDÉZ, Ernesto, “Representación y democracia”, en Garzón, E., *Derecho, ética y política*, Madrid, CEC.

GONZÁLEZ OROPEZA, Manuel, *Constitución y Derechos Humanos. Orígenes del control jurisdiccional*, 2ª ed., México, Porrúa-CNDH, 2009.

_____, “Marbury v. Madison: La política en la justicia”, en *Estudios en Homenaje al Doctor Héctor Fix-Zamudio, en sus treinta años como investigador de las*

- ciencias jurídicas*, México, Universidad Nacional Autónoma de México, 1988, t. I.
- GROTE R., “Las relaciones entre jurisdicción constitucional y justicia ordinaria a la luz de la experiencia alemana”, en Ferrer Mac-Gregor, E., y Zaldívar, Arturo (coords.), *La ciencia del derecho procesal constitucional. Estudios en homenaje a Héctor Fix-Zamudio en sus cincuenta años como investigador del derecho*, México, UNAM, Marcial Pons, 2008, t. II.
- GUASTINI, Ricardo, “La Constitucionalización del ordenamiento jurídico: el caso italiano”, en Carbonell, Miguel (Coord.), *Neoconstitucionalismo(s)*, 4ª ed., Editorial Trotta–IIJ-UNAM, 2009.
- _____, *Teoría Constitucional*, Centro de Estudios Carbonell, México, 2016.
- GUTIÉRREZ DE CABIEDES HIDALGO, P., “El Tribunal Constitucional español y su conflicto con el Tribunal Supremo. Jurisdicción constitucional y jurisdicción ordinaria”, en Ferrer Mac-Gregor, E., y Zaldívar, Arturo (coords.), *La ciencia del derecho procesal constitucional. Estudios en homenaje a Héctor Fix-Zamudio en sus cincuenta años como investigador del derecho*, México, UNAM-Marcial Pons, 2008, t. II.
- HERRERA GARCÍA, Alfonso, “¿Cuestión interna de inconstitucionalidad o interpretación de la ley? Una Revisión a las formas de resolver el amparo indirecto frente a leyes en España”, en Herrera García, Alfonso y Rodríguez Chandoquí, Pedro (Coords.), *Justicia constitucional, derechos fundamentales y democracia, Colección Derecho Procesal de los Derechos Humanos*, México, UBIJUS-Universidad Complutense de Madrid-IIDH-Centro de Estudios de Actualización en Derecho, 2016.
- _____, “¿Juzgar a los juzgadores? Estándares interamericanos del juicio político contra jueces” en Sagûes, Néstor Pedro, María Sofía y R. Toledo, Pablo (coords.), *Jurisprudencia Argentina. Número especial: Derecho Procesal Constitucional*, Argentina, Abeledo Perrot, 2018-III.
- KELSEN, Hans, *La garantía jurisdiccional de la Constitución. La justicia constitucional*, trad. de Rolando Tamayo y Salmorán, México, Instituto de Investigaciones Jurídicas, UNAM, 2001.

- _____, ¿Quién debe ser el defensor de la Constitución? Madrid, Tecnos, 1995.
- _____, *Teoría pura del derecho*, 15ª ed., Trad. del original en alemán Roberto J. Vernengo, México, Porrúa, 2007.
- LANDA, Cesar, “La elección del juez constitucional”, *Anuario Iberoamericano de Justicia Constitucional*, núm. 6, Madrid, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, 2002.
- LASALLE, Ferdinand, *¿Qué es una Constitución?*, 3ª ed., Barcelona, Ariel, 1989.
- LEÓN BASTOS, Carolina y WONG MERAZ, Víctor Alejandro (Coords.), *Teoría de la Constitución Estudios jurídicos en homenaje al Dr. Jorge Carpizo en Madrid*, México, Porrúa, 2010.
- MAGALONI KERPEL, Ana Laura, *La Suprema Corte y el obsoleto sistema de jurisprudencia constitucional*, Centro de Investigación y Docencia Económicas CIDE, 2011, número 57.
- _____, ¿Por qué la Suprema Corte no ha sido un instrumento para la defensa de derechos fundamentales?, Centro de Investigación y Docencia Económicas CIDE, 2007, número 25.
- MARTÍNEZ SÁNCHEZ, León Javier, *La inconstitucionalidad por omisión legislativa*, México, Miguel Ángel Porrúa, 2007.
- MATEOS SANTILLÁN, Juan José et al., *Teoría de la Constitución*, 3ª ed., México, Porrúa, 2007.
- NOGUEIRA ALCALÁ, Humberto, “La soberanía, las constituciones y los tratados”, en Carbonell, Miguel, *Teoría Constitucional y derechos fundamentales*, México, CNDH, 2002.
- _____, *La jurisdicción constitucional y los Tribunales Constitucionales de Sudamérica en la alborada del siglo XXI*, México, Porrúa, 2004.
- OROZCO HENRÍQUEZ, José de Jesús, “Comentario a los artículos 110 y 111”, *Derechos del pueblo mexicano, México a través de sus constituciones*, 9ª ed., México, H. Cámara de Diputados LXIII Legislatura, Cámara de Senadores, Suprema Corte de Justicia de la Nación, Tribunal Electoral del

- Poder Judicial de la Federación, Instituto Nacional Electoral, UNAM-IIJ, Miguén Ángel Porrúa, 2016.
- OROZCO SOLANO, Víctor, “La composición y el funcionamiento de los Tribunales Constitucionales desde una perspectiva comparada: los casos de Alemania, Italia, España y Costa Rica”, en Herrera García, Alfonso y Rodríguez Chandoquí, Pedro (coords.), *Justicia constitucional, derechos fundamentales y democracia*, México, Ubijus Editorial, Instituto Interamericano de Derechos Humanos, Centro de Estudios de Actualización en Derecho, Universidad Complutense, 2016.
- ORTIZ GUTIÉRREZ, Julio César, “El estatuto del juez constitucional de Colombia. El régimen jurídico de la Corte Constitucional y de sus magistrados”, en Fix Zamudio, Héctor y Astudillo, Cesar, (coords.), *Estatuto Jurídico del juez constitucional en América Latina y Europa. Libro en homenaje al Doctor Jorge Carpizo*, México, IJ-UNAM, 2012.
- PALOMINO MANCHEGO, José, “Control y magistratura constitucional en el Perú”, en Vega Gómez, Juan y Corzo Sosa, Edgar (coords.), *Instrumentos de tutela y justicia constitucional*, México, Instituto de Investigaciones Jurídicas-UNAM, 2002.
- PANTOJA MORÁN, David, *La Asamblea Nacional Francesa de 1789-1791 y la invención de la Constitución*, México, UNAM-Instituto de Investigaciones Jurídicas, 2017.
- PAUNER CHULVI, Cristina, *La designación parlamentaria de cargos públicos*, Madrid, Congreso de los Diputados, 2003.
- PEGORARO, Lucio, *La Justicia Constitucional. Una perspectiva comparada*, Madrid, Dykinson, S. L., 2004.
- PIZZORUSSO, A., Curso de derecho comparado, Barcelona, Ariel, 1987.
- PRESNO LINERA, Miguel Ángel, y CAMPIONE, Roger, *Las sentencias básicas del Tribunal Constitucional Italiano*, Madrid, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales Boletín Oficial del Estado, 2010.

- RANGEL HERNÁNDEZ, Laura, *Inconstitucionalidad por omisión legislativa. Teoría General y su control jurisdiccional en México*, Porrúa-Instituto Mexicano de Derecho Procesal Constitucional, México, 2009
- REY CANTOR, José Ernesto, *El control de convencionalidad de las leyes y Derechos Humanos*, México, Porrúa, 2008.
- RUFINO DO VALE, André, *La deliberación en los tribunales constitucionales*, pról. de Manuel Atienza, Madrid, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, 2017.
- RUIBAL, Alba, *Proceso de reformas a la Corte Suprema Argentina. Gobierno, sociedad civil y crisis institucional*, México, UNAM, IJ, 2010.
- SAGÜÉS, Néstor Pedro, “El estatuto del juez constitucional en Argentina”, en Fix-Zamudio, Héctor y Astudillo, César (coords.), *Estatuto Jurídico del juez constitucional en América Latina y Europa. Libro en homenaje al doctor Jorge Carpizo*, México, IJ-UNAM, 2012.
- _____, *La interpretación judicial de la Constitución*, De palma, Argentina, 1998.
- SCHMITT, Carl., *La defensa de la Constitución*, Tecnos, Madrid, 1983.
- SABA, Roberto, “Dilemas supremos: ¿Qué, cuándo y cuánto decidir?”, *Revista del Centro de Estudios Constitucionales-Suprema Corte de Justicia de la Nación*, México, Año VI, Núm. 10, enero-julio 2020.
- SALAZAR UGARTE, Pedro, *La democracia constitucional una radiografía teórica*, México, Fondo de Cultura Económica-Instituto de Investigaciones Jurídicas-UNAM, 2006.
- SÁNCHEZ CORDERO, Olga, *Magistratura constitucional en México. Elementos de juicio*, México, UNAM-IJ, 2005.
- SILVA MEZA, Juan N., y SILVA GARCÍA, Fernando, *Derechos fundamentales, Bases para la reconstrucción de la jurisprudencia constitucional*, México, Porrúa, 2009.
- SUPREMA CORTE DE JUSTICIA DE LA NACIÓN, 2005, *Grandes temas del constitucionalismo mexicano, la defensa de la Constitución*, México, SCJN.

SUPREMA CORTE DE JUSTICIA DE LA NACIÓN, 2013, *Semblanza de los Ministros de la Suprema Corte de Justicia de la Nación (1917-2013) Breve recorrido de su vida y obra, a través de las Épocas del Semanario Judicial de la Federación*, México, SCJN.

TAJADURA, Javier, "Constitución y democracia en la Unión Europea" en Tajadura, Javier y Josu de Miguel (Coords.), *Justicia Constitucional y Unión Europea Un estudio comparado de las experiencias de Alemania, Austria, España, Francia, Italia y Portugal*, Madrid, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, 2008.

TENA RAMÍREZ, Felipe, Derecho constitucional mexicano, 39ª ed., México, Porrúa.

TORTOLERO CERVANTES, Francisco, "El fin del lobby judicial: una crítica (concurrente) a Magaloni y Elizondo respecto de los alegatos de oreja", en Guerrero Galván, Luis René y Pelayo y Moller, Carlos María (coords.), *100 años de la Constitución mexicana. De las garantías individuales a los derechos humanos*, México, UNAM-IIJ, 2016.

VALADÉS, Diego, Constitución y democracia, México, UNAM, 2002.

VEGA GÓMEZ, Juan y CORZO SOSA, Edgar (Coords.), *Instrumentos de tutela y justicia constitucional. Memoria del VII Congreso iberoamericano de Derecho Constitucional*, México, IIJ-UNAM, 2002.

VELILLA ANTOLIN, Natalia y SOTO MORALES, Carlos Alfredo, "Experiencias sobre la independencia judicial en México y España", *Revista del Instituto de la Judicatura Federal*, México, número 47, Enero-Junio de 2019.

VERGOTTINI, Giuseppe, *Derecho constitucional comparado*, Trad. De Herrera Claudia, México, UNAM, 2004.

VILLAVARDE MENÉNDEZ, Ignacio, *La inconstitucionalidad por omisión*, Mc-Graw-Hill, Madrid, 1997.

JURISPRUDENCIALES

Tesis P. C/92 publicada en la página 27, correspondiente a diciembre de 1992, número 60, en la Gaceta del Semanario Judicial de la Federación, con el rubro:

“LEYES FEDERALES Y TRATADOS INTERNACIONALES. TIENEN LA MISMA JERARQUÍA.

Tesis: P. LXXVII/99, publicada en la página 46, Tomo X, Noviembre de 1999, en el Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta, con el rubro: “TRATADOS INTERNACIONALES. SE UBICAN JERÁRQUICAMENTE POR ENCIMA DE LAS LEYES FEDERALES Y EN UN SEGUNDO PLANO RESPECTO DE LA CONSTITUCIÓN FEDERAL”.

Tesis P. IX/2007 publicada en la página 6, Tomo XXV, Abril de 2007, en el Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta, con el rubro: “TRATADOS INTERNACIONALES, SON PARTE INTEGRANTE DE LA LEY SUPREMA DE LA UNIÓN Y SE UBICAN JERÁRQUICAMENTE POR ENCIMA DE LAS LEYES GENERALES, FEDERALES Y LOCALES. INTERPRETACIÓN DEL ARTÍCULO 133 CONSTITUCIONAL”.

Tesis: P. LXVII/2011(9a.) sostenida por el Pleno de la Suprema Corte, consultable en la página 535, Libro III, Diciembre de 2011, Tomo 1, en el Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta, Décima Época, de rubro: CONTROL DE CONVENCIONALIDAD EX OFFICIO EN UN MODELO DE CONTROL DIFUSO DE CONSTITUCIONALIDAD.

Tesis: P./J. 20/2014 (10a.) sostenida por el Pleno de la Suprema Corte, consultable en la página 202, del Libro 5, Abril de 2014, Tomo I, en la Gaceta del Semanario Judicial de la Federación, Décima Época, con número de Registro: 2006224, de rubro: DERECHOS HUMANOS CONTENIDOS EN LA CONSTITUCIÓN Y EN LOS TRATADOS INTERNACIONALES. CONSTITUYEN EL PARÁMETRO DE CONTROL DE REGULARIDAD CONSTITUCIONAL, PERO CUANDO EN LA CONSTITUCIÓN HAYA UNA RESTRICCIÓN EXPRESA AL EJERCICIO DE AQUÉLLOS, SE DEBE ESTAR A LO QUE ESTABLECE EL TEXTO CONSTITUCIONAL.

Tesis P. LX/96, *Semanario Judicial de la Federación*, Novena Época, Tomo III, abril de 1996, p. 128.

Tesis P. XIII/2006, *Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta*, Novena Época, Tomo XXIII, febrero de 2006, p. 25.

Tesis CDXI/2014 (10a.), *Gaceta del Semanario Judicial de la Federación*, Décima Época, Libro 12, Tomo I, Noviembre de 2014, p. 731.

Tesis: 1a. CLXXXVIII/2016 (10a.), *Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta*, Décima Época, Libro 32, Tomo I, Julio de 2016, p. 325.

Tesis 2a./J. 64/2020, *Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta*, Décima Época, 05 de marzo de 2021.

NORMATIVAS

Code of Conduct for United States Judges

Código de Ética del Poder Judicial de la Federación

Código Procesal Constitucional peruano

Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos

Constitución de Alemania

Constitución de Bolivia

Constitución de Brasil

Constitución de Colombia

Constitución de España

Constitución de Italia

Constitución de Chile

Diario Oficial de la Federación

Declaración de Derechos del Hombre y del Ciudadano

Estatuto Universal del Juez

Garantías para la independencia de las y los operadores de justicia. Hacia el fortalecimiento del acceso a la justicia y el estado de derecho de las Américas, CIDH, OEA, 5 de diciembre de 2013

Ley del Tribunal Constitucional Plurinacional

Ley de Jurisdicción de Estonia

Ley Federal de Responsabilidades de los Servidores Públicos

Ley Fundamental para la República Federal Alemana

Ley General de Responsabilidades Administrativas

Ley Orgánica del Poder Judicial de la Federación

Ley Orgánica del Tribunal Constitucional Español.

Ley Orgánica del Tribunal Constitucional de Perú

Ley que regula al Tribunal Constitucional portugués

Ley sobre el Tribunal Constitucional Federal Alemán

Ley de Amparo, Reglamentaria de los artículos 103 y 107 de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos.

Principios básicos de Naciones Unidas relativos a la Independencia de la Judicatura.