CONSTITUCIONALISMO CONTEMPORÁNEO

JUSTICIA CONSTITUCIONAL Y DERECHOS HUMANOS

ESTUDIOS SOBRE EL DESARROLLO DEL CONTROL JURISDICCIONAL INCIDENTAL Y *EX OFFICIO* EN MÉXICO

Juan Manuel **Acuña**

INSTITUTO DE ESTUDIOS CONSTITUCIONALES
DEL ESTADO DE QUERÉTARO

JUAN MANUEL ACUÑA

Profesor e investigador de la Facultad de Derecho de la Universidad Panamericana, donde imparte los cursos de Teoría Constitucional y Derecho Procesal Constitucional, así como diversos cursos en programas de Maestría y en el Doctorado en Derecho.

Miembro del Sistema Nacional de Investigadores del CONAHCYT nivel I. Sus áreas de trabajo son la teoría constitucional, la justicia constitucional y los derechos humanos.

A nivel Posgrado, es profesor del Centro de Estudios de Actualización en Derecho, así como de la Universidad de Buenos Aires, Argentina. También ha impartido cursos en la Escuela Federal de Formación Judicial y en la Suprema Corte de Justicia de la Nación.

Autor de los libros *Justicia constitucional y políticas públicas sociales*, editado por Porrúa, *El modelo difuso de control de constitucionalidad y convencionalidad en México*, editado por Tirant lo Blanch, y *Nulidad de elecciones por violación de principios constitucionales*, editado por el Tribunal Electoral del Poder Judicial de la Federación. Con el doctor Eduardo Ferrer Mac-Gregor, coeditó la obra *Curso de Derecho Procesal Constitucional*, publicada por la editorial Porrúa.

Colección

Constitucionalismo Contemporáneo



PODER EJECUTIVO DEL ESTADO DE
QUERÉTARO



INSTITUTO DE ESTUDIOS
CONSTITUCIONALES
DEL ESTADO DE QUERÉTARO

Mauricio Kuri González
Gobernador Constitucional

Carlos Alberto Alcaraz Gutiérrez
Secretario de Gobierno

Gustavo Arturo Leal Maya
Secretario de Finanzas

Mario Fernando Ramírez Retolaza
Oficial Mayor

Rogelio Flores Pantoja
Director del Instituto de Estudios Constitucionales

Justicia constitucional y derechos humanos

Estudios sobre el desarrollo del control jurisdiccional incidental y *ex officio* en México

Juan Manuel Acuña

INSTITUTO DE ESTUDIOS CONSTITUCIONALES
DEL ESTADO DE QUERÉTARO

Instituto de Estudios Constitucionales
del Estado de Querétaro
México, 2023

Primera edición: julio de 2023

Justicia constitucional y derechos humanos
Estudios sobre el desarrollo del control jurisdiccional incidental y ex officio *en México*

© Juan Manuel Acuña

DR © Instituto de Estudios Constitucionales del Estado de Querétaro
Poder Ejecutivo del Estado de Querétaro
Av. 5 de Mayo, esquina Pasteur
Col. Centro, 76000, Querétaro, México

ISBN: 978-607-8908-05-9

Las opiniones del autor son de su exclusiva responsabilidad y no reflejan una posición de la institución editora.

Derechos reservados conforme a la ley. Ni la totalidad ni parte de este libro puede reproducirse o transmitirse por ningún procedimiento electrónico ni mecánico, incluyendo fotocopia, grabación magnética o cualquier almacenamiento de información y sistema de recuperación, sin permiso expreso del editor.

Instituto de Estudios Constitucionales del Estado de Querétaro

Coordinación editorial

Rogelio **Flores Pantoja**
Coordinación

Carolina **Hernández Parra**
Edición

Tania Mariel **Farfán García**
Apoyo editorial

Estephanía **Martínez Pineda**
Formación

Contenido

Introducción 13

Capítulo primero
Las razones de la justicia constitucional

I. Justicia constitucional y constitucionalismo 17
II. La justicia constitucional en México 28
III. Razones para la justicia constitucional 34
IV. Justicia constitucional, democracia constitucional y derechos 95
V. Conclusiones 100

Capítulo segundo
El modelo de control jurisdiccional difuso

I. Introducción 103
II. El origen del concepto 104
III. El uso del concepto 108
IV. La definición de un sistema de control difuso 116

Capítulo tercero
El sistema de control incidental y *ex officio* en México

I. Antecedentes del control incidental y *ex officio* en México 119
II. La tesis negativa acerca del control incidental y *ex officio* de los jueces locales 131
III. El reconocimiento de atribuciones de control incidental y *ex officio* a los jueces locales. 150

Capítulo cuarto
Configuración del control incidental y *ex officio* en México

I. Introducción 191
II. El sistema de control jurisdiccional. 192
III. El parámetro de control. 196
IV. Controversias en relación con los objetos controlables 230
V. El método del control incidental y *ex officio* 234
VI. Conclusiones 248

Capítulo quinto
Los ámbitos del control de constitucionalidad incidental y *ex officio*

I. Introducción 249
II. El control constitucional de las autoridades administrativas 250
III. Control constitucional incidental y *ex officio* en el juicio de amparo 268

IV. El control en el ámbito de la justicia electoral 282
V. Control constitucional desde la periferia 313

Comentarios finales 333

Bibliografía 335

Introducción

Este libro propone un recorrido crítico por el proceso de cambios y modificaciones efectuados al sistema de justicia constitucional en México, específicamente el que ha tenido lugar a partir del reconocimiento de la atribución de todos los jueces de llevar a cabo un control *ex officio* de constitucionalidad y convencionalidad. Una vez que la Suprema Corte de Justicia de la Nación estableció —o bien refrendó, según el caso— ese deber en cabeza de todos los jueces, comenzó un proceso de internalización que no solo implicó rediseños procesales, sino también cambios actitudinales.

La propuesta también pretende explicar que el proceso expansivo de la garantía jurisdiccional de la Constitución, producido por el reconocimiento de esta atribución, tiene como principal objetivo robustecer la garantía de los derechos. Posiblemente no sea difícil generar consensos en torno a esa idea, sin embargo, cuando es preciso ir más allá en aras de materializarla —y, por ejemplo, se vuelve necesario dejar de hacer las cosas como se venían haciendo y flexibilizar las sacrosantas formas procesales a las que se suele ser rígidamente devoto—, el consenso acerca de aquella idea puede comenzar a debilitarse.

No se sostendrá aquí que las formas procesales no son importantes; por el contrario, son sumamente relevantes y su respeto y seguimiento constituyen derechos en sí, y son a la vez garantía de los derechos humanos. No obstante, es preciso reconocer que el respeto a las formas procesales no está reñido con su adaptación para cumplir eficazmente el fin primordial de protección de los derechos.

En este trabajo se propone asumir la necesidad de adaptar las formas y los procesos para poder dar cumplimiento a ese objetivo, hacia el cual se ha dirigido buena parte de las reformas de los últimos años en nuestro país, y que es, como hemos sostenido, incrementar la protección de los derechos humanos.

También se formula una revisión de los conceptos que se emplean para nominar, describir y prescribir las formas y alcances del control. Se considera que las imprecisiones conceptuales oscurecen la comprensión de las actividades de control que se deben realizar.

En definitiva, el objetivo central de este trabajo es analizar los alcances del control incidental y *ex officio* que deben realizar los jueces locales y federales en el marco de los procesos para cuyo conocimiento son competentes, para, de ese modo, honrar de la mejor manera posible el compromiso con los derechos humanos.

El primer capítulo presenta un recorrido crítico por diferentes teorías que explican la difusión de la justicia constitucional como garantía. A partir de su estudio, se argumentará que, más allá de la multiplicidad de fines y objetivos que puedan perseguir los diferentes actores en los procesos de expansión institucional de la justicia constitucional, el objetivo fundamental —sobre todo cuando se trata del control incidental y *ex officio*— es incrementar la garantía jurisdiccional de los derechos humanos, y hacia ese objetivo debe dirigirse la práctica del control.

En el capítulo segundo se aborda la cuestión conceptual sobre el llamado "control difuso" para explicar que, en realidad, las características que definen lo que se suele denominar "control difuso" son el carácter incidental y *ex officio* de la actividad de control. Asimismo, se indica que los cambios estructurales que supondrán la inclusión de esta atribución de control deben impactar en el trabajo de los jueces, no solo locales, sino también federales, por lo que más adelante será necesario dilucidar el alcance que esto tiene en el ámbito de la justicia constitucional a nivel federal.

En el capítulo tercero se exponen los antecedentes del control jurisdiccional de tipo incidental y oficioso, así como los del

lento proceso que va desde la negación de esta clase de control a cargo de los jueces locales hasta su reconocimiento, hace algunos años.

El capítulo cuarto ofrece un análisis crítico del sistema tal como se ha configurado a lo largo de los últimos años, con la intención de detectar los problemas que presenta y plantear argumentos para superarlos.

Por último, en el capítulo quinto se analizan algunos ámbitos en los que el control incidental y *ex officio* se ha desarrollado, a fin de demostrar que la internalización de esta atribución ha permitido incrementar el nivel de protección de la garantía jurisdiccional de la Constitución, tanto desde el ámbito local como desde el federal.

Capítulo primero

Las razones de la justicia constitucional

I. Justicia constitucional y constitucionalismo

El control judicial de la ley se encuentra en la actualidad indisolublemente vinculado a la idea de Constitución y al constitucionalismo democrático[1] o, por lo menos, a una versión del constitucionalismo —tal vez a la más extendida y aceptada, aquella que manifiesta un compromiso fuerte con la protección de los derechos humanos como coto vedado a las decisiones políticas—.[2]

Si bien esta asociación es aceptada de manera general, resultaría incorrecto afirmar que una Constitución propia del constitucionalismo no puede funcionar donde no haya un control judicial de la ley. Al menos, no sería un enunciado aplicable a todos los sistemas y contextos, pues democracias constitucionales robustas funcionan sin tal tipo de control, o bien, con un control de baja intensidad.[3] Tal vez el ejemplo paradigmático sea el de Gran Bretaña —sobre todo antes de la Human Rights Act de 1998— y

---

1 Grimm, Dieter, *Constitucionalismo, pasado, presente y futuro*, trad. de Jorge Alexander Portocarrero Quispe, Bogotá, Universidad Externado de Colombia, 2020, p. 317.

2 Bayón, Juan Carlos, "Derechos, democracia y constitución", *Discusiones, Derechos y Justicia Constitucional*, Alicante, núm. 1, 2000, p. 66.

3 Dworkin, Ronald, *Justicia para erizos*, trad. de Horacio Pons, México, FCE, 2014, p. 483.

otras democracias que responden al modelo Westminster, como Nueva Zelanda, sistemas en los cuales los tribunales no pudieron, de ninguna manera y durante mucho tiempo, revisar las decisiones parlamentarias.[4]

En estos contados sistemas, la ausencia de control judicial de la ley puede explicarse debido a que —como Dworkin invita a suponer— las mayorías tienen un amplio historial de protección de los derechos.[5] Pero fuera de estas excepciones, en la actualidad —como sostiene Tushnet— se entiende de manera pacífica que el constitucionalismo implica un compromiso con los siguientes elementos: el primero, normativo, consistente en el compromiso de las autoridades de respetar los límites impuestos por el mismo constitucionalismo; segundo, el principio democrático, para que funcione el sistema político; tercero, la división de poderes, para organizar el poder, y, por último, algún sistema de revisión judicial para controlar el poder.[6]

La justicia constitucional ha logrado afianzarse hasta ser identificada como el paradigma del control constitucional. Gracias a esta es posible afirmar que vivimos tiempos en los que impera una verdadera soberanía de la Constitución,[7] permitiendo la existencia de constituciones garantizadas[8] o, más aún, posibilitando la existencia misma de las constituciones.[9]

---

4 Liphart, Arend, *Las democracias contemporáneas*, 4a. ed., trad. de Elena de Grau, Barcelona, Ariel, 1999, p. 26. En esos sistemas, esto no implicó que el Parlamento se concibiera como una institución carente de límites, como sostiene García de Enterría al explicar la primacía del derecho común sobre el derecho estatutario. García de Enterría, Eduardo, *La Constitución como norma y el Tribunal Constitucional*, Madrid, Civitas, 2011, p. 124.

5 Dworkin, Ronald, *op. cit.*, p. 483.

6 Tushnet, Mark, *Constitucionalismo y judicial review*, trad. de Manuel Chuquillanqui González, Lima, Palestra, 2013, pp. 63-66.

7 Zagrebelsky, Gustavo, *El derecho dúctil*, trad. de Marina Gascón, Madrid, Trotta, 2002, p. 26.

8 Prieto Sanchís, Luis, *Justicia constitucional y derechos fundamentales*, Madrid, Trotta, 2002, p. 214.

9 Aragón, Manuel, *Constitución y control del poder. Introducción a una teoría constitucional del control*, Bogotá, Universidad Externado de Colombia, 1999, p. 54.

El desarrollo de las instituciones de justicia constitucional ha sido gradual y expansivo: de ser considerada una institución peculiar en la primera mitad del siglo XIX[10] pasó a estar presente en la mayoría de los sistemas constitucionales.[11] Desde sus orígenes en Estados Unidos, el control jurisdiccional de constitucionalidad inició un lento proceso de expansión, primero en América Latina, en donde las ideas constitucionales estadounidenses permearon más tempranamente, y luego en Europa, ya en el siglo XX, una vez que se asumiera la idea de la fuerza normativa de la Constitución y la necesidad de dotarla de protección, aunque con una configuración diferente a la estadounidense, debido a las particulares notas prevalentes en el contexto europeo (principalmente un cierto antijudicialismo y la preocupación por el gobierno de los jueces, pero, sobre todo, la preferencia por la democracia y su expresión parlamentaria).

Una mirada al proceso de expansión de la justicia constitucional en América Latina permite dar cuenta de la paulatina y consistente incorporación del control jurisdiccional al ideario constitucional en la región. Durante las décadas iniciales del siglo XIX, las constituciones latinoamericanas estuvieron más influenciadas por las ideas constitucionales europeas,[12] por lo que, en general, optaron por el establecimiento de medios de control constitucional político y no jurisdiccional.

En Brasil, la Constitución de 1824 concedió al poder legislativo la facultad de hacer las leyes y suspenderlas, revocarlas e interpretarlas. La reforma constitucional de 1834 contempló un control político preventivo a cargo de los presidentes provinciales (algo así como gobernadores) sobre las leyes locales.[13] El sistema de control político perduró hasta 1891.

---

10 Tocqueville, Alexis de, *La democracia en América*, 2a. ed., trad. de Luis R. Cuéllar, México, FCE, 2002, p. 106.

11 Ginsburg, Tom y Versteeg, Mila, "Why do countries adopt constitutional review", *Journal of Law, Economics and Organization*, vol. 30, núm. 3, 2014, p. 587.

12 Fernández Segado, Francisco, "La jurisdicción constitucional en América Latina. Evolución y problemática desde la independencia hasta 1979", en Ferrer Mac-Gregor, Eduardo (coord.), *Derecho procesal constitucional*, México, Porrúa, 2003, vol. 1, pp. 149 y ss.

13 *Ibidem*, p. 154.

En Bolivia, las constituciones de 1826 y 1831 encomendaron el control a una Cámara de Censores y al Consejo de Estado, respectivamente, cuya función fue denunciar las violaciones a la Constitución ante la Cámara de Senadores, en el primer caso, y ante el Congreso, en el segundo. El sistema se mantuvo hasta 1851.[14]

En la Constitución de 1830, Ecuador depositó el control en el poder legislativo. La Constitución de 1851 creó el Consejo de Estado, que debía denunciar las violaciones a la carta magna ante el poder ejecutivo y, en caso de inacción de este, ante el Congreso. El sistema estuvo vigente hasta 1869.[15]

El caso chileno es una clara muestra del espíritu de la época, pues la Constitución de 1833 confirió el control constitucional al poder legislativo. Un pronunciamiento autorrestrictivo emitido por la Corte Suprema en 1848, por medio del cual se rechazó el control por parte del poder judicial, afianzó el sistema de control político.[16]

La Constitución de Uruguay confió el control al poder legislativo hasta 1918, y entre ese año y 1934 se detectaron solo algunos intentos jurisdiccionales aislados de realizar control en sede jurisdiccional.[17]

La Constitución Política del Perú de 1823, tras declarar el principio de supremacía de la Constitución, encargó la protección de la misma al órgano legislativo.

La Constitución Federal de los Estados Unidos Mexicanos de 1824 otorgó al Congreso la atribución exclusiva de resolver las dudas que surgieran sobre la interpretación de los artículos constitucionales;[18] en su artículo 137 concedió a la Suprema Corte de Justicia de la Nación la potestad de conocer las violaciones a la

14 *Ibidem,* p. 153.

15 *Ibidem,* p. 155.

16 *Ibidem,* p. 156.

17 *Ibidem,* p. 157.

18 Constitución Federal de los Estados Unidos Mexicanos de 1824, art. 165: Solo el Congreso general podrá resolver las dudas que ocurran sobre la inteligencia de los artículos de esta Constitución o el acta constitutiva.

Constitución y las leyes federales; sin embargo esta competencia nunca fue reglamentada tal como lo preveía la misma disposición fundamental. Posteriormente, las Siete Leyes Constitucionales dictadas entre 1835 y 1836 gestaron el Supremo Poder Conservador, órgano al cual se le facultó para decretar la nulidad de las leyes y actos de cada uno de los tres poderes, a petición de uno de ellos o de los otros dos. El sistema de control político se mantuvo a nivel federal hasta 1857.

En el periodo reseñado prevalecieron los medios de control político, sin embargo, al mismo tiempo, se promovieron algunos aislados y prematuros intentos por establecer formas de control jurisdiccional. La Constitución venezolana de 1811 estableció una cláusula de supremacía similar a la contenida en la Constitución de los Estados Unidos. Dicha previsión normativa fundamental, junto a aquella del mismo texto, que concedió poder a los jueces para conocer de los asuntos contenciosos civiles y criminales que se deriven del contenido de la Constitución, ha llevado a diversos autores a sostener que en Venezuela existió la potestad del control constitucional en manos de los jueces desde ese momento.[19]

Este incipiente sistema de control sucumbió cuando la Constitución de los Pueblos de la Gran Colombia de 1821 delegó el control de constitucionalidad al Congreso.[20]

La Constitución mexicana de 1824, a pesar de que, como se apuntó, optó por la prevalencia del control político a fin de ofrecer una vía de solución de conflictos entre las unidades componentes del sistema federal establecido, incorporó las controversias constitucionales, aunque este remedio procesal no sería utilizado sino hasta mucho tiempo después.

Entre 1838 y 1845, Guatemala, que en esos tiempos integraba la Federación de Estados Centroamericanos, estableció el control difuso de constitucionalidad, de efímera existencia, pues fue eliminado por el Gobierno de la restauración conservadora, que

---

19 Fernández Segado, Francisco, "La jurisdicción constitucional en América Latina...", *cit*., p. 165.

20 *Ibidem*, p. 166.

prohibió expresamente que los tribunales pudieran revisar los actos de los poderes legislativo y ejecutivo.[21]

Luego de los casos aislados reseñados y hacia la segunda mitad del siglo XIX, el control judicial de constitucionalidad de las leyes fue introducido en algunos sistemas de manera más general y explícita.[22] En México, la Constitución del Estado de Yucatán de 1841 —a instancias de Manuel Crescencio Rejón— estableció el juicio de amparo,[23] que luego fue elevado al nivel federal, al ser incorporado a la Constitución Federal de 1824 mediante el Acta Constitutiva de Reformas de 1847 y, posteriormente, ser contemplado en la Constitución Federal de 1857, hasta la actualidad.[24]

En Argentina, superadas las permanentes crisis que impidieron la organización nacional durante gran parte del siglo XIX luego de la independencia, y una vez logrado el marco constitucional para la incipiente organización institucional a partir de la promulgación de la Constitución de 1853-60, el control jurisdiccional de constitucionalidad de las leyes fue implementado en su vertiente difusa por vía pretoriana en el caso *Sojo*, resuelto por la Corte Suprema de Justicia de la Nación, el 22 de septiembre de 1887.[25]

---

21 Fernández Segado, Francisco y García Belaunde, Domingo, "La jurisdicción constitucional en Guatemala", en García Belaunde, Domingo y Fernández Segado, Francisco (coords.), *La jurisdicción constitucional en Iberoamérica,* Madrid, Dykinson, 1997, p. 718.

22 Brewer-Carías, Allan R., "La jurisdicción constitucional en América Latina", en García Belaunde, Domingo y Fernández Segado, Francisco (coords.), *op. cit.,* p. 126.

23 Carpizo, Jorge *et al*., "La jurisdicción constitucional en México", en García Belaunde, Domingo y Fernández Segado, Francisco (coords.), *op. cit.,* p. 752.

24 *Idem*.

25 El caso tiene gran similitud con el antecedente estadounidense *Marbury vs. Madison*, que motivara la implementación de la *judicial review* en Estados Unidos. Eduardo Sojo era el redactor del periódico *El Quijote*, en el que se habían publicado unas caricaturas satíricas sobre la Cámara de Diputados. Como consecuencia, Sojo fue puesto en prisión por disposición de la Cámara de Diputados, por el tiempo que duraran los debates que habían motivado las caricaturas satíricas publicadas. Sojo interpuso recurso de *habeas corpus* ante la CSJN, fundando su petición en la ley de jurisdicción y competencia de los tribunales federales, de 14 de septiembre de 1863. La

En igual sentido, pero mediante un mecanismo diferente, la Constitución Republicana de Brasil de 1891, con una fuerte influencia estadounidense, estableció las reglas básicas para el control difuso de la Constitución.[26]

Al tiempo en el que progresivamente se extendía el control jurisdiccional de constitucionalidad se observó una marcada tendencia hacia la concentración, por cuanto, si bien se incorporaron mecanismos de control jurisdiccional, esta tarea fue encargada de manera preponderante a las altas cortes de los Estados, con las claras excepciones de Brasil y Argentina, en donde se mantiene el carácter difuso del sistema. Una expresión menor de esta tendencia a la concentración se puede observar en México, en donde, a partir de la segunda mitad del siglo XIX, el control se concentraría en el Poder Judicial Federal, situación que solo se modificaría hasta años recientes, como lo estudiaremos más adelante.

La Constitución venezolana de 1858 acogió el control objetivo de constitucionalidad a través de una acción popular, atribuyendo a la Corte Suprema competencia exclusiva para declarar la nulidad de los actos legislativos sancionados por las legislaturas provinciales a petición de cualquier ciudadano. En opinión de Fernández Segado, la Constitución venezolana es pionera en el establecimiento del control jurisdiccional concentrado de la constitucionalidad de las leyes.[27] A partir de la reforma constitucional de 1893, y especialmente desde la sanción del Código de Procedimientos Civiles de 1897, Venezuela incorporó a su sistema la vertiente difusa.[28]

Corte resolvió que Sojo debía presentar su recurso ante tribunal competente, argumentando que la ley comentada le atribuía competencia originaria, contrariando la Constitución, y que el Congreso carecía de facultades para conceder esas competencias. Véase Sola, Juan Vicente, *Control judicial de constitucionalidad*, Buenos Aires, Abeledo Perrot, 2001, p. 193.

[26] Da Silva, José Alfonso, "O controle de constitucionalidade das leis no Brasil", en García Belaunde, Domingo y Fernández Segado, Francisco (coords.), *op. cit.,* pp. 391 y 392.

[27] Fernández Segado, Francisco, "Evolución histórica y modelos de control de constitucionalidad", en García Belaunde, Domingo y Fernández Segado, Francisco (coords.), *op. cit.,* pp. 68-73 y 166.

[28] *Ibidem,* p. 175.

Esta temprana inclinación hacia la concentración también se observa en el caso de Colombia, cuya carta fundamental de 1886 estableció el llamado "plan de veto", consistente en confiar a la Corte Suprema de Justicia la decisión acerca de la inconstitucionalidad de los proyectos de ley que hubieren sido objetados por el poder ejecutivo. La misma Corte Suprema también tenía competencia originaria para atender los reclamos que, por medio de la acción pública de inconstitucionalidad, presentara cualquier ciudadano contra las leyes y decretos que violasen la Constitución.[29]

La experiencia boliviana muestra esta tendencia. Luego de que la Constitución de 1851 contemplara una cláusula de supremacía constitucional que generó escasa comprensión en relación con el alcance del control jurisdiccional de la constitucionalidad de las leyes, el texto fundamental de 1861 encargó a la Corte de Casación el conocimiento de los asuntos judiciales de puro derecho cuya decisión dependiera de la constitucionalidad o inconstitucionalidad de las leyes. Más tarde, la Constitución de 1878 atribuiría esta competencia en única instancia a la Corte Suprema.[30]

Salvo algunas excepciones —por ejemplo, Cuba, cuya Constitución de 1940 estableció el Tribunal de Garantías Constitucionales y Sociales—, en América Latina el proceso evolutivo de la justicia constitucional continuó sin mayores novedades, aunque con un alcance menor al que adquiriría más adelante. Es a partir de las transiciones democráticas de los años ochenta y noventa que la justicia constitucional experimentaría un nuevo desarrollo impulsado por la necesidad de generar sistemas constitucionales estables en escenarios que se caracterizarían por el pluralismo y la alternancia política. En esta ocasión, los sistemas europeos de justicia constitucional desarrollados luego de las guerras mundiales serían los modelos a seguir.

Esta influencia determinó la introducción de tribunales constitucionales especializados ubicados fuera, o bien, dentro del po-

[29] Cifuentes Muñoz, Eduardo, "La jurisdicción constitucional en Colombia", en García Belaunde, Domingo y Fernández Segado, Francisco (coords.), *op. cit.*, p. 473.

[30] Fernández Segado, Francisco, "La jurisdicción constitucional en la reforma de la Constitución de Bolivia de 1994", en García Belaunde, Domingo y Fernández Segado, Francisco (coords.), *op. cit.*, pp. 360 y 361.

der judicial, aunque no se suprimieron las notas difusas preexistentes. Las combinaciones resultantes dieron lugar al nacimiento de sistemas mixtos.[31]

De esta forma, hoy existen en América Latina cortes o tribunales constitucionales fuera del poder judicial (Chile, Ecuador, Guatemala y Perú); tribunales constitucionales situados dentro del poder judicial (Bolivia y Colombia); salas constitucionales que forman parte de las cortes supremas (El Salvador, Costa Rica, Paraguay, Nicaragua, Honduras y Venezuela) y cortes o tribunales supremos que realizan funciones de tribunales constitucionales (Argentina, México, Panamá y Uruguay),[32] además del control jurisdiccional difuso que, en general, convive con el control ejercido por las mencionadas cortes, salas y tribunales, dando lugar a los modelos mixtos mencionados.[33]

En Europa la justicia constitucional se desarrollaría tiempo después que en América. Las razones son múltiples y, de acuerdo con la voz autorizada de Favoreu, podrían ser sintetizadas en: *i)* la sacralización de la ley; *ii)* la incapacidad del juez ordinario para ejercer la justicia constitucional; *iii)* la ausencia de unidad de jurisdicción, y *iv)* la insuficiente rigidez de la Constitución.[34] El prolongado rechazo puede explicarse también debido a la persistente preocupación por el gobierno de los jueces.[35]

Así, a excepción de algunos marcados intentos por establecer una jurisdicción constitucional,[36] no fue sino hasta la primera posguerra que, a la luz de las ideas de Hans Kelsen, se estableciera

---

31 *Ibidem,* p. 451.

32 *Ibidem,* p. 65.

33 Pou Giménez, Francisca, "Justicia constitucional y protección de derechos en América Latina: el debate sobre la regionalización del activismo", en Rodríguez Garavito, César (coord.), *El derecho en América Latina, un mapa para el pensamiento jurídico del siglo XIX*, Buenos Aires, Siglo XXI Editores, 2011, p. 232.

34 Favoreu, Louis, *Los tribunales constitucionales,* trad. de Vicente Villacampa, Barcelona, Ariel, 1994, pp. 18 y ss.

35 García Belaunde, Domingo, *Derecho procesal constitucional*, Bogotá, Temis, 2001, p. 130.

36 Fernández Segado, Francisco, "Evolución histórica y modelos de control de constitucionalidad", en García Belaunde, Domingo y Fernández Segado, Francisco (coords.), *op. cit.,* pp. 68-73.

un órgano especializado que concentraría el control jurisdiccional de la constitucionalidad de las leyes, primero en la Constitución de Checoslovaquia de 1920 y pocos meses después en la carta constitucional austriaca.[37] Esta primera etapa de establecimiento de tribunales constitucionales continuó con la creación del Tribunal Constitucional de Liechtenstein de 1921 y culminó en Europa con la instauración del Tribunal de Garantías Constitucionales, establecido por la fugaz Constitución española en 1931.

Una vez concluida la Segunda Guerra Mundial, dio inicio una segunda etapa de asentamiento de la justicia constitucional, conformada por los casos de Italia (1948); la República Federal de Alemania (1949), Turquía (1961), Yugoslavia (1963) y, aunque con peculiaridades, Francia (1958).[38] El proceso de asentamiento continuó con la denominada "tercera ola", cuyos representantes fueron: Grecia (1975); Portugal (1976); España (1978), y Bélgica (1983).[39] Por último, el proceso de democratización en los países de la Europa del Este generó una "cuarta ola" o etapa: Polonia (1985-1997); Hungría (1989); Bulgaria y Rumania (1991), y Rusia (1993), entre otros.[40]

La mayoría de los Estados integrantes de la Unión Europea cuentan hoy con un tribunal constitucional que ejerce el control de manera centralizada. En este sentido, es posible afirmar que, luego de las resistencias iniciales y en buena medida gracias a ellas, los sistemas europeos optaron en general por un modelo muy diferente al sistema de revisión judicial estadounidense.[41]

Sin embargo, es preciso hacer notar que, si bien el diseño europeo propuesto y defendido por Kelsen busca, en cierto modo, evitar caer en los problemas que el mismo Kelsen y otros detectaron en el modelo estadounidense, lo cierto es que su propues-

---

37 Fix-Zamudio, Héctor, "Breves reflexiones sobre el concepto y el contenido del derecho procesal constitucional", en Ferrer Mac-Gregor, Eduardo (coord.), *op. cit.*, vol. I, p. 278.

38 Fernández Rodríguez, José Julio, *La justicia constitucional europea ante el siglo xxi,* Madrid, Tecnos, 2002, p. 30.

39 *Idem*.

40 Fix-Zamudio, Héctor, "Breves reflexiones sobre el concepto...", *cit.,* p. 279.

41 Ferreres Comella, Víctor, *Una defensa del modelo europeo de control de constitucionalidad*, Madrid, Marcial Pons, 2011, p. 19.

ta implicó la aceptación de la revisión jurisdiccional y, luego, en virtud de las transformaciones incorporadas en los sistemas europeos, un acercamiento entre los modelos y sistemas.

De manera especial, la introducción de la "cuestión de inconstitucionalidad" morigeró las notas típicas del modelo concentrado europeo, desconcentrando o descentralizando el control, al permitir que los órganos judiciales, al momento de resolver los casos de su competencia, puedan elevar una consulta al tribunal constitucional cuando tengan dudas acerca de la constitucionalidad de la ley respectiva aplicable, para que decida la cuestión. Luego, el caso es resuelto por el juez de la causa de acuerdo con el criterio establecido por el tribunal constitucional.

Esta figura —contemplada en la mayoría de los sistemas, aunque con diferentes nombres— no solo desconcentró la actividad de control, pues, si bien mantuvo el monopolio de rechazo en manos del tribunal, incluyó a los órganos judiciales ordinarios en la labor de control, al permitirles provocarlo y aportar argumentos en contra de la ley. Además, generó la implementación de un control de tipo concreto, pues el estudio de la ley se produce en el contexto de un caso. Por último, produjo efectos particulares en el sistema de control, debido a que lo resuelto por el tribunal tendrá, además de los efectos generales de una sentencia del tribunal, efectos particulares respecto al caso en cuyo marco se produjo la cuestión de inconstitucionalidad.[42]

La tendencia de hibridación se produjo también por la introducción de otros procesos constitucionales en el ámbito de competencias de los tribunales constitucionales, por ejemplo, el recurso de amparo.[43] Pero existen más razones que explican este proceso, y es preciso mencionar la influencia de instancias supranacionales, como el Tribunal de Justicia de la Unión Europea, cuyos criterios, que deben ser seguidos por los jueces, son un insumo para el control de las leyes internas y su interpreta-

[42] Fernández Segado, Francisco, "La búsqueda de una nueva tipología explicativa de los sistemas de justicia constitucional", *Revista de las Cortes Generales*, Madrid, núm. 84, tercer cuatrimestre de 2011, pp. 39 y ss.

[43] Cascajo Castro, José L. y Gimeno Sendra, Vicente, *El recurso de amparo*, 2a. ed., Madrid, Tecnos, 1992, p. 64.

ción de acuerdo con el derecho de la Unión Europea, o bien, para el mismo control que los jueces pueden efectuar en seguimiento del Convenio Europeo de Derechos Humanos.[44]

La influencia de instancias supranacionales en el diseño de los sistemas de control jurisdiccional interno también ha sido muy relevante en América Latina para generar el mismo proceso de descentralización del control, incluso más que en Europa. Tal es el caso de la incorporación de características difusas en los sistemas nacionales debido a la internalización de la doctrina del control de convencionalidad establecida por la Corte Interamericana de Derechos Humanos. Analizaremos esta cuestión respecto a México en los próximos capítulos.

II. La justicia constitucional en México

En México, como ya fue apuntado, la garantía jurisdiccional de la Constitución se introdujo a nivel federal de modo claro y decidido en la Constitución de 1857. A partir de ese momento, y de manera paulatina, el control jurisdiccional se centralizaría en el Poder Judicial Federal a través del juicio de amparo, que sería durante mucho tiempo la garantía por excelencia y, en términos operativos, la única. El desarrollo de la justicia constitucional no experimentaría mayores novedades en la Constitución de 1917, salvo por la ampliación de los supuestos para la procedencia de la —en ese entonces poco más que inoperante— controversia constitucional, y la inclusión de una competencia siempre incómoda para la Suprema Corte: la llamada facultad de investigación.

A partir de allí, las instituciones de garantía jurisdiccional permanecerían casi inmutables, salvo por los cambios y desarrollos que se produjeron en el juicio de amparo por medio de su desenvolvimiento jurisprudencial. Las razones de la falta de avances en materia de justicia constitucional entre 1917 y fines del siglo xx pueden ser explicados por el contexto político

[44] Ferreres Comella, Víctor, *op. cit.*, p. 19.

y el régimen autoritario que dirigió al país durante esos años. El Poder Judicial Federal —y la Suprema Corte de Justicia de la Nación, en particular— no fue una institución demasiado gravitante en el escenario constitucional y político; su función se recondujo a ejercer el control de legalidad y la protección de ciertos derechos, de modo que con sus intervenciones no se molestara al poder político.[45]

La justicia constitucional experimentaría un profundo proceso de transformación con el inicio de la transición política que conllevó, necesariamente, una fase de transición jurídica hacia la generación de instituciones nuevas y de cambio de las existentes, para cumplir un nuevo papel en el proceso de democratización.

La reforma judicial, en general, y la expansión institucional y funcional de la justicia constitucional, en especial, han resultado ser ingredientes indispensables y necesarios en los cambios estructurales que han acometido a diversos países durante sus procesos de transición democrática. Esta necesidad se basa en una convicción profunda, consistente en que un régimen democrático estable requiere necesariamente del fortalecimiento del Estado de derecho y, para ello, resulta indispensable fortalecer al poder judicial y desarrollar la justicia constitucional. México, al igual que otros países de América Latina, asumió esta convicción y emprendió un profundo, aunque paulatino, proceso de reformas que, entre otras cosas, persiguió los cambios mencionados.[46]

Específicamente, la relación entre fortalecimiento del poder judicial y búsqueda del Estado de derecho se materializaría mediante la canalización de los conflictos sociales y políticos hacia los estrados judiciales, o, en otros términos, "juridificando y ju-

[45] Zaldívar Lelo de Larrea, Arturo, "La justicia constitucional en México. Balance y retos", en Vega Gómez, Juan y Corzo Sosa, Edgar (coords.), *Tribunales y justicia constitucional. Memorias del VII Congreso Iberoamericano de Derecho Constitucional*, México, IIJ-UNAM, 2002, p. 422.

[46] Para un análisis profundo de las causas de la reforma judicial, así como el desarrollo del proceso de la misma, véase Fix-Fierro, Héctor, "La reforma judicial en México: ¿de dónde viene? ¿Hacia dónde va?", *Reforma Judicial. Revista Mexicana de Justicia,* núm. 2, 2003.

dicializando ciertos ámbitos de la vida social".[47] En efecto, el proceso de reformas que describiremos no fue un mero cambio para reorganizar y mejorar; se trató de un verdadero cambio político y constitucional.

Se ha dicho —con acierto— que *la reforma judicial en México no es un momento, sino un proceso en marcha*,[48] y se trata de un proceso cronológicamente extenso, pero además complejo, debido a la diversidad de temas y niveles de decisión involucrados. Temas como: carrera judicial, administración y gobierno del poder judicial, los medios alternativos de solución de conflictos, procesos constitucionales, procesos ordinarios, la interrelación entre ambos, vinculación de los poderes judiciales con los restantes poderes del Estado, diseño de la agenda judicial y de las políticas judiciales, estrategias de comunicación, transparencia, fortalecimiento de los principios de independencia, eficiencia y eficacia, justicia penal, entre muchos otros, conforman una lista casi inagotable de temas, todos ellos de la mayor relevancia, que integran una agenda de reforma judicial aún en desarrollo.

A continuación intentaremos ofrecer, en una apretada síntesis, los principales mojones de dicho proceso. Particularmente nos referiremos a aquellos que impactaron de manera sensible el desarrollo de la jurisdicción constitucional en México, específicamente en lo relativo a la conformación de la Suprema Corte como tribunal constitucional.

---

47 Fix-Fierro, Héctor, "La reforma judicial de 1994 y las acciones de inconstitucionalidad", *Ars Iuris*, núm. 13, 1995, p. 114. Fix-Fierro sintetizó correctamente los fines de la reforma judicial: "En suma, el objetivo principal de la reforma es fortalecer al Poder Judicial Federal, dándole un mayor peso político e institucional, y en lo particular, otorgándole mayor efectividad y alcance a la función de la Suprema Corte como intérprete y garante último de la Constitución. Por esto último, no se trata de un mero cambio del Poder Judicial, sino de una reforma (política) que afecta las relaciones entre los tres poderes federales (incluso entre estos y los locales, y entre los poderes locales entre sí), lo que en última instancia debe contribuir a moderar y redefinir el régimen presidencialista y centralista en el que vivimos".

48 Suprema Corte de Justicia de la Nación, *Libro blanco de la reforma judicial. Una agenda para la justicia en México*, México, SCJN, 2006, p. 67.

Existe coincidencia en afirmar que la reforma judicial en México inició con las reformas constitucionales de 1987. Sintéticamente, estas reformas —junto a las reformas complementarias de la Ley de Amparo y de la Ley Orgánica del Poder Judicial Federal— tuvieron por finalidad convertir a la Suprema Corte de Justicia en un tribunal constitucional, mediante el traspaso del control de legalidad a los tribunales colegiados, control que hasta ese momento llevaba a cabo la Suprema Corte,[49] para que fuera el máximo tribunal el que se "dedique fundamentalmente a la interpretación de la Constitución". Esta finalidad se logró modificando las regulaciones competenciales establecidas en el artículo 107 constitucional.

A partir de la reforma, la Suprema Corte solo conocería de aquellos amparos en los que se impugnara la constitucionalidad de una norma inferior a la Constitución o se hiciera un pronunciamiento sobre algún precepto de ella. Asimismo, estableció a favor de la Corte la facultad de atracción de aquellos asuntos que, por su importancia y trascendencia, la propia Corte estimara que debía atender.[50]

Además, la reforma al párrafo sexto del artículo 94 constitucional facultó a la Corte para emitir acuerdos generales mediante los cuales pudiera remitir a los tribunales colegiados aquellos asuntos en los que hubiera establecido jurisprudencia. De esta forma, se transfirió a los tribunales colegiados de circuito la última decisión en materia de amparos de legalidad, reservando para la Corte los asuntos de constitucionalidad, aunque este objetivo tardaría más tiempo en alcanzarse.

Esta importante primera reforma, en opinión casi generalizada, convirtió a la Suprema Corte en un auténtico tribunal constitucional. De acuerdo con Fix-Zamudio, "a partir del mes de enero de 1988, puede afirmarse, que se ha convertido de manera plena desde el punto de vista material, aun cuando no de nombre, en

[49] Ferrer Mac-Gregor, Eduardo, *Los tribunales constitucionales en Iberoamérica*, México, Fundap, 2002, p. 95.

[50] Cossío Díaz, José Ramón, *La teoría constitucional de la Suprema Corte de Justicia*, México, Fontamara, 2002, p. 60.

un Tribunal constitucional".[51] En igual sentido —aunque dando mayor importancia al discurso que a la realidad de la propia Corte— se pronunció Cossío Díaz: "Desde el momento en que se renuevan las competencias de la Corte, se renueva también el discurso sobre ella y se pasa a considerarla un tribunal constitucional".[52]

La siguiente reforma de 1994 profundizó la senda iniciada en 1988 en aras de erigir a la Corte en un auténtico tribunal constitucional y, para ello, generó cambios sustantivos en dos ámbitos: primero, en el diseño institucional de la propia Corte; segundo, fortaleció la jurisdicción constitucional mediante la incorporación de un nuevo proceso constitucional y la potenciación de otro ya existente.

En relación con los cambios en el diseño institucional, diremos que la reforma implicó, primero, la reducción del número de integrantes de la Corte —que pasó de 26 a 11— y la creación de un Consejo de la Judicatura Federal, órgano integrante del Poder Judicial de la Federación que absorbería la administración del poder judicial (hasta ese momento encomendada a la Corte) y que estaría a cargo del gobierno de la carrera judicial y el poder disciplinario sobre jueces y magistrados.

En lo referente a los procesos constitucionales, la reforma incorporó la acción de inconstitucionalidad, medio de control abstracto diseñado para impugnar las normas de carácter general, y amplió los supuestos de procedencia de las controversias constitucionales, que tienen por objeto la solución de conflictos entre poderes en el plano horizontal y vertical. Ambos procesos son competencia exclusiva del Pleno de la Suprema Corte de Justicia de la Nación.[53]

A partir de esta reforma, el ejercicio jurisdiccional del control constitucional quedó estructurado bajo un modelo híbrido, por

[51] Fix-Zamudio, Héctor, *Ensayos sobre el juicio de amparo*, México, Porrúa, 2003, p. 643.

[52] Cossío Díaz, José Ramón, *La teoría constitucional..., cit*., p. 61.

[53] Para un estudio pormenorizado de la reforma constitucional de 1994 véase Fix-Zamudio, Héctor y Cossío Díaz, José Ramón, *El poder judicial en el ordenamiento mexicano*, México, FCE, 1996, pp. 547 y ss.

cuanto fue depositado en el Poder Judicial Federal mediante los procesos de acción de inconstitucionalidad, controversias constitucionales (ambos procesos competencia exclusiva del Pleno de la Corte) y el juicio de amparo. Los restantes poderes judiciales locales del país quedaron fuera del sistema de jurisdicción constitucional nacional, por estarles impedido el ejercicio de dicha labor. El llamado "control difuso" les estaba vedado, aunque sí se les reconocieron competencias para ejercer dicha actividad en su propio ámbito y tomando como parámetro de control sus propios documentos constitucionales.

Los cambios en la justicia constitucional a nivel federal continuaron durante los años siguientes. En general, las reformas tuvieron objetos específicos diversos, por ejemplo: reconocer legitimación activa a otros agentes para promover procesos constitucionales, como los partidos políticos y la Comisión Nacional de los Derechos Humanos, o continuar depurando la competencia de la Suprema Corte, permitiendo que mediante acuerdos generales se deriven asuntos a los tribunales inferiores.

En materia de juicio de amparo, la reforma de 6 de junio de 2011 y la posterior reforma legal de 2013 fueron centrales para mejorar y fortalecer este proceso constitucional. Entre otras modificaciones, se reconoció el interés legítimo como forma de legitimación activa para promover el juicio de amparo indirecto y se estableció la figura de la declaratoria general de inconstitucionalidad, que, si bien no afectó el principio de relatividad de las sentencias de amparo, ofrece la posibilidad de utilizar el juicio de amparo indirecto como un medio para lograr la eliminación de normas inconstitucionales del sistema. En materia de la conformación del parámetro de control constitucional, se incluyó a los derechos humanos de fuente internacional.

Los cambios apuntados, entre muchos otros, tuvieron como objetivo el fortalecimiento y la expansión del sistema de justicia constitucional en México, y especialmente para la protección de los derechos humanos.

En el ámbito de las entidades federativas también se produjeron avances importantes. Varios estados desarrollaron sistemas de justicia constitucional local, creando tribunales constituciona-

les locales bajo las formas de salas constitucionales o tribunales con competencias de tribunales constitucionales, y desarrollaron procesos constitucionales locales. Aunque el funcionamiento no ha sido relevante, la inclusión de estas instituciones ofrece la posibilidad de pensar en escenarios para fortalecer la protección de los derechos desde el nivel local.

Otro cambio fundamental que impactó en el ámbito de la labor jurisdiccional de los jueces, tanto federales como locales, consistió en el reconocimiento de atribuciones para realizar control de constitucionalidad y convencionalidad difuso, o, mejor dicho, incidental y *ex officio*. Este cambio impactó tanto en el nivel local como en el federal, aunque, si bien es cierto que implicó un cambio más radical para los jueces locales, quienes estaban impedidos de realizar control constitucional incidental y de oficio, también obligó a revisar los alcances que esta nueva atribución tendría para los jueces federales, especialmente en materia de amparo. Al análisis de este tema nos referiremos en capítulos subsiguientes.

III. Razones para la justicia constitucional

3.1. Introducción

El proceso evolutivo descrito ha tenido como resultado el redimensionamiento de la justicia constitucional, lo que ha sido, a su vez, consecuencia no solo de la introducción de instituciones para la configuración de una jurisdicción constitucional en cada sistema, sino que, además, con el correr del tiempo esas instituciones comenzaron a desarrollar su función de garantía, motivando un proceso de expansión hermenéutico y funcional de la justicia constitucional mediante el involucramiento de la justicia en materias y temas en los cuales antes no intervenía o a los que no era llamada.

Una vez constatada la difusión de la justicia constitucional, cabe preguntarse cuáles son las razones que la explican. En términos generales, las respuestas que se han ofrecido son aproximativas; la mayoría de ellas verosímiles y con fuerza ilustrativa.

Pero, en cierto modo, el énfasis dado a algunas explicaciones puede estar determinado por el rol que pretenden asignar a la justicia constitucional de acuerdo con ciertas ideas preconcebidas. Algunas respuestas pueden resultar algo especulativas y se apoyan en la creencia de que la intervención de la revisión judicial puede aportar algo valioso al sistema. Incluso es posible que, aunque pueda haber algunas respuestas más razonables y orientadas que otras, ninguna de ellas sea del todo equivocada y, en diferente medida, todas ellas ayuden a explicar el auge de la garantía jurisdiccional.

Los procesos de reforma constitucional y legal llevados a cabo para la inclusión de instituciones de justicia constitucional son normalmente impulsados por múltiples actores y es dable suponer que no todos los involucrados han estado motivados por las mismas causas. Es probable que los políticos hayan impulsado la justicia constitucional teniendo en miras la posible conveniencia de contar con un árbitro más o menos imparcial para cuando ya no ejerzan el poder, o, incluso, que ese árbitro pueda eventualmente mantener cambios efectuados en tiempos en los cuales su partido ejerció el poder y que, cuando otro partido ocupe el Gobierno, puedan peligrar.

Muy probablemente, estas finalidades distan mucho de las que pudieron tener, por ejemplo, los grupos defensores de los derechos humanos, que normalmente impulsan cambios en las instituciones de garantía pensando en elevar los niveles de protección de los derechos humanos. Es decir que los impulsos encaminados a un mismo objetivo pueden tener diversas motivaciones y justificaciones. Esto significa, como aquí se sostiene, que la justicia constitucional debe su desarrollo a diversas causas.

A continuación exploraremos y criticaremos algunas de las principales razones que se ofrecen para explicar la expansión de la revisión judicial de las leyes. Todas ellas aportan ideas interesantes a este debate, aunque es claro que unas tienen más fuerza ilustrativa que otras. Incluso, algunas resultan un tanto escuetas y se ubican en contextos teóricos e institucionales que son, en cierta medida, insulares y particulares, por lo que no resultan del todo trasplantables a sistemas donde no se encuentran presentes ciertas concepciones o condiciones.

3.2. Las ventajas epistémicas

Un primer grupo de explicaciones se orienta a identificar argumentos según los cuales la justicia constitucional ofrece ciertas ventajas epistémicas para la toma de decisiones.[54] Estos argumentos no son novedosos; de hecho, podemos encontrar una primera expresión en las razones que en su momento ofreció Alexander Hamilton para justificar la necesidad de adoptar la revisión judicial. En *El federalista núm. 78* argumentó que el poder ejecutivo no solo dispensa los honores, sino que posee la fuerza militar. Por su parte, el legislativo tiene el control del dinero y el poder de dictar las leyes que regirán los derechos de las personas, por eso, por el enorme poder que tiene, representa una amenaza importante para los derechos de las personas. El poder judicial, en cambio, no tiene ni fuerza ni voluntad, sino únicamente discernimiento, *judgment,* es decir, juicio.[55]

Hamilton no solo pretendió sensibilizar a su auditorio acerca de la debilidad del poder judicial —por lo que era el menos amenazante para los derechos—, sino que parece sugerir que el tipo de actividad que desempeña le permite ofrecer razones —buenas razones— para la toma de decisiones.

Con el tiempo, las apelaciones a las ventajas epistémicas de la revisión judicial fueron ganando terreno entre el conjunto de las teorías que buscan justificar este poder de los jueces. En general, postulan de manera prospectiva que los tribunales son capaces de llegar a mejores respuestas, o incluso a la respuesta correcta, debido a las condiciones en las que resuelven.[56]

De acuerdo con Langford, las explicaciones epistémicas identifican tres ventajas en la forma en la que resuelven los jueces: *i)* las que ofrece la posibilidad de incluir las particularidades del caso en el razonamiento; *ii)* las que provienen de la deliberación

[54] Langford, Malcolm, "Why Judicial Review", *Oslo Law Review*, núm. 1, 2015, p. 44.

[55] Hamilton, Alexander *et al*., *El federalista*, trad. de Gustavo R. Velasco, México, FCE, 1983, p. 330.

[56] Langford, Malcolm, *op. cit*., p. 45.

aislada, que evita que la presión política influya en ellos, y *iii)* la obligación de justificar de manera adecuada las decisiones. Analicemos estas explicaciones.

Primero examinemos aquellas que sostienen que la toma de decisiones particulares, propias de la revisión judicial, permite arribar a mejores determinaciones que las que toman los órganos decisores de carácter general, como los poderes legislativo y ejecutivo. Estos poderes, normalmente, dada la naturaleza de sus resoluciones, no pueden apreciar ni las aristas ni los detalles que surgen en el análisis de los casos particulares en los que la ley se aplica.[57] Bilchitz, en referencia a la intervención de la justicia en materia de derechos fundamentales, sostiene que el carácter general y abstracto de las leyes no permite apreciar el efecto real que pueda tener en casos particulares.[58]

Este argumento tendría fuerza explicativa limitada, pues solo aplicaría para los casos de control constitucional de tipo concreto (aquel que se lleva a cabo de manera incidental, o bien, el que habilitan ciertos procesos constitucionales como el juicio de amparo, la cuestión de inconstitucionalidad y ciertos supuestos de controversias constitucionales), quedando fuera de su ámbito de explicación los supuestos de control abstracto. Incluso, aun en el ejercicio del control concreto, puede resultar difícil identificar en qué medida las circunstancias del caso son realmente consideradas por el juez o tribunal para llevar a cabo el control, y en este supuesto las aparentes ventajas no se verificarían.

A esto se refiere Waldron cuando hace alusión al mito de la revisión judicial. En realidad —apunta—, cuando estos casos llegan a la Corte que realizará el control, quedan pocos rastros de los titulares de los derechos en juego. Es más, cuando se trata de litigios colectivos, estructurales o de interés público, lo que se suele enfatizar son las características generales y abstractas del caso, porque se pretende que se extraigan argumentos de po-

57 *Ibidem*, p. 48.

58 Bilchitz, David, *Pobreza y derechos fundamentales. La justificación y efectivización de los derechos socioeconómicos*, trad. de Jorge A. Portocarrero Quispe, Madrid, Marcial Pons, 2017, p. 189.

lítica pública para, así, promover cambios generales, es decir, ir mucho más allá de resolver un litigio específico y particular.[59]

Por otro lado, la idea acerca de que la revisión judicial brindaría mayores elementos para la decisión —algo así como mayores datos de contexto que podrían enriquecer el análisis— puede no ofrecer las ventajas esperadas. Los datos adicionales del caso pueden jugar tanto a favor como en contra. Si cambiamos nuestro punto de vista y analizamos los problemas que podría generar el caso particular como base para el control judicial, se podría alegar que esos particularismos, en lugar de ayudar, tienden a confundir el análisis de la cuestión de constitucionalidad de la ley, pues debe priorizar las consecuencias generales que tendrá la decisión.

Otro argumento de corte epistemológico indicaría que la revisión judicial permite llegar a mejores decisiones porque el proceso, en general, fomenta un cierto tipo de deliberación, aislada de las presiones políticas y, por ende, desprovista de argumentos partisanos y emociones. El aislamiento político permite una mejor versión de la imparcialidad y dificulta el desenvolvimiento de las pasiones en el debate.[60]

De acuerdo con esta postura, el control judicial consistiría en una actividad ascética, pura, libre de contaminaciones ideológicas, presiones políticas, o bien, preferencias morales. La labor de adjudicación —y más aquella que se desarrolla en las altas instancias de la justicia constitucional— no puede considerarse exenta de tales influencias. Esta clase de argumentos supone, además, que los estrados judiciales ofrecen condiciones para la deliberación que los parlamentos no tienen. En buena medida, es cierto que los parlamentos tienen un déficit deliberativo, pero de ahí a atribuirle a la justicia todo aquello que la política parlamentaria no ofrece hay un largo camino que recorrer.

Sobre estos argumentos a favor de la revisión judicial son dos las cuestiones a considerar. Primero, respecto a la falta de ideologías, puntos de vista políticos, morales y otras externalidades en

[59] Waldron, Jeremy, "The Core of the Case against Judicial Review", *The Yale Law Journal*, vol. 115, 2006, pp. 1379 y ss.

[60] Langford, Malcolm, *op. cit.*, p. 53.

el seno de los tribunales, esto debe matizarse. Si bien es posible considerar que el proceso facilita el aislamiento, ello no implica que este siempre se verifique y, por tanto, tal noción debe ser discutida y confrontada.[61]

La segunda idea implicada tiene que ver con todo aquello que se asume al afirmar que el proceso favorece una deliberación de calidad. Tradicionalmente atribuimos esa cualidad a la justicia, especialmente cuando nos referimos a los tribunales o cortes constitucionales. Afirmar eso implica asumir muchas cosas que también requieren más evidencia y discusión: primero, que los jueces cuentan con toda la información necesaria; segundo, que el proceso ha permitido asimilarla adecuadamente; tercero, que toda la información procesada ha podido ser convertida en razones jurídicamente relevantes para tomar la decisión y, además, que esas razones no resultarán contaminadas por las externalidades aludidas.

Las explicaciones desarrolladas hasta aquí justifican la calidad del razonamiento de la justicia en su desarrollo endogámico, es decir, en buena medida, lo valioso del razonamiento y la deliberación judicial radica en que se efectúa de manera aislada del entorno. Sin embargo, desde un tiempo a esta parte, resulta posible atribuir valor epistémico a las decisiones de la justicia porque delibera con otros actores fuera de las paredes de la corte o tribunal. La justicia incorpora a la discusión actores externos e incluye más razones provenientes del exterior.

En el marco de la llamada "revisión judicial dialógica o deliberativa" se han generado interesantes innovaciones que impactan en la cuestión de la deliberación judicial que estamos estudiando. Estas innovaciones consisten, generalmente, en la introducción de formas dialógicas en el sistema de frenos y contrapesos y, especialmente, en el control jurisdiccional.[62]

---

61 Sobre esta cuestión resultan esclarecedores los estudios críticos, particularmente los trabajos seminales de Duncan Kennedy sobre la adjudicación. Kennedy, Duncan, *A critique of adjudication (fin de siècle)*, Cambridge, Mass., Harvard University Press, 1997, pp. 133 y ss.

62 Gargarella, Roberto, "El nuevo constitucionalismo dialógico frente al sistema de frenos y contrapesos", en Gargarella, Roberto (comp.), *Por una justicia dialógica*, Buenos Aires, Siglo XXI Editores, 2014, p. 105.

No todas las formas dialógicas son iguales ni operan en el mismo plano y, por ende, no todas resultan relevantes para nuestro análisis. Un tipo de prácticas dialógicas son aquellas que posibilitan la generación de canales de comunicación interinstitucional en el desarrollo en el tiempo de la revisión judicial.

Estas formas se han desarrollado a partir de la adopción de la Carta Canadiense de los Derechos y Libertades, que introdujo la llamada "cláusula no obstante", por medio de la cual se permite al poder legislativo preservar de control judicial ciertas leyes sobre derechos por un cierto periodo y, también, que una ley que hubiera sido declarada inconstitucional por la Corte, y a pesar de ello, sea mantenida vigente por el poder legislativo por razones de interés general. La cláusula canadiense tiende a mantener la preeminencia del poder legislativo.

Otra variable de esta clase de diálogo lo ofrece la cláusula de incompatibilidad establecida por la Human Rights Act de 1998, en el Reino Unido, según la cual, cuando algunas altas cortes encuentren que una ley del Parlamento es incompatible con el Convenio Europeo de Derechos Humanos, deben denunciarlo ante el Parlamento.

Estas formas de intervención judicial han generado dudas acerca de su verdadera potencia para generar diálogo, porque más bien tienden a imponer restricciones al control sin propiciar una verdadera discusión. En el caso canadiense, cuando la "cláusula no obstante" es aplicada de forma previa al control, no existe diálogo alguno, y cuando es aplicada luego de la intervención de la Corte, la generación del debate dependerá de si el poder legislativo toma en cuenta las razones de inconstitucionalidad señaladas por la Corte. En el caso del Reino Unido, las posibilidades para el intercambio de opiniones son aún menores, porque el Parlamento no está obligado a responder a los señalamientos de incompatibilidad en los casos concretos.[63]

Sin embargo la forma de diálogo que aquí nos interesa es la que se ha desarrollado en ciertos sistemas del sur global, especí-

[63] Linares, Sebastián, "Justicia dialógica interinstitucional, de *lege ferenda* y de *lege data*", en Gargarella, Roberto (comp.), *op. cit.*, pp. 187 y 188.

ficamente en algunos sistemas de América Latina, cuyas cortes se han involucrado en la resolución de conflictos estructurales y colectivos acerca de violaciones a derechos humanos. Estas formas generan un diálogo interinstitucional, pero, además, intraprocesal.

En estos casos, los tribunales han implementado medidas de intervención novedosas, tanto durante el proceso como en la etapa de ejecución de la sentencia. Ejemplos de intervención del primer tipo son las audiencias públicas, las comparecencias de víctimas, autoridades, organizaciones de la sociedad civil y autoridades coadyuvantes. En estas audiencias los tribunales recaban información, escuchan a las víctimas e identifican sus necesidades para generar mejores soluciones, así como a las autoridades para determinar las razones que generan el bloqueo institucional, que suele ser la causa importante de los incumplimientos y violaciones. Incluso, estas comparecencias ofrecen a las personas afectadas la posibilidad de ser escuchadas, posibilidad que les pudo haber sido negada en las instancias deliberativas legislativas, favoreciendo así la participación.

Durante el proceso de ejecución de sentencia los tribunales también han desarrollado formas dialógicas de intervención, mediante la emisión de órdenes, muchas veces instrumentales, que no reemplazan a las autoridades en el diseño de los remedios necesarios para solucionar las situaciones de afectación a los derechos, sino que les obligan a presentar información e insumos y a diseñar vías y remedios para superar las violaciones a los derechos de los afectados.

La Corte Constitucional de Colombia ha llevado a cabo un trabajo señero en este sentido. Tal vez el ejemplo insignia de la justicia dialógica sea el caso sobre la población desplazada abordado en la sentencia T 025-2004.[64]

Si consideramos esta y otras experiencias, es posible reconocer que estas innovaciones en materia de adjudicación y

[64] Para un estudio pormenorizado de esta relevante sentencia véase Rodríguez Garavito, César y Rodríguez Franco, Diana, *Juicio a la exclusión. El impacto de los tribunales sobre derechos sociales en el sur global*, Buenos Aires, Siglo XXI Editores, 2015.

control jurisdiccional resultan valiosas, no solo porque permiten mitigar las tradicionales críticas democráticas, sino además porque han posibilitado que la justicia constitucional haga frente a conflictos de naturaleza compleja, policéntrica y estructural que no podían ser abordados con las formas de intervención tradicionales, y permiten conceder algún apoyo adicional a las teorías que remarcan las virtudes deliberativas del proceso de adjudicación.

Por último, y siguiendo a Langford, es posible mencionar un argumento más de naturaleza epistémica a favor de la justicia constitucional, según el cual la ventaja radicaría en la forma y sustancia del razonamiento judicial.[65] La forma del razonamiento judicial determina que los jueces deben identificar sus razones, establecer una justificación externa e interna adecuadas, evidenciar que los hechos han sido tomados en cuenta y que se han valorado y confrontado de manera adecuada. El razonamiento judicial exige cumplir con ciertas formas a las que otros órganos no están obligados o, por lo menos, no con el mismo rigor. La justificación correcta es no solo una forma de rendición de cuentas, sino además un medio para obtener legitimación.

De acuerdo con Atienza, "en el Derecho, hay que argumentar porque hay que decidir y porque no aceptamos que las decisiones (particularmente cuando provienen de órganos públicos), puedan presentarse de manera desnuda, desprovistas de razones... argumentar y decidir son facetas de una misma realidad".[66] Sin embargo, el autor señala que esta necesidad de argumentar, es decir, de dar razones, de motivar las decisiones judiciales, no siempre fue entendida como una exigencia en el ámbito del derecho continental.[67]

Entonces ¿por qué razón la justificación de las decisiones judiciales ahora sí es un tema central en la reflexión jurídica actual? ¿Por qué nos interesa dedicar estas líneas a estudiar la manera en que la Corte justifica una decisión? ¿Por qué la justificación ra-

65 Langford, Malcolm, *op. cit.*, p. 57.

66 Atienza, Manuel, *El Derecho como argumentación*, Barcelona, Ariel, 2006, pp. 61 y 62.

67 *Idem*.

cional de las decisiones se presenta para los órganos jurisdiccionales como un imperativo insoslayable? Estas preguntas han sido contestadas desde diferentes perspectivas y aduciendo diversas razones, fuertes cada una de ellas. A continuación presentaremos de manera sucinta algunas de las respuestas ensayadas.

Cabría afirmar que los cambios epistémicos producidos en el derecho por el proceso de debilitamiento de las posiciones positivistas excluyentes han motivado, entre otras cosas, que el criterio de legitimación de las decisiones jurídicas ya no recaiga en el concepto de autoridad, por lo menos no de modo exclusivo. Las decisiones jurídicas requieren ser, además, razonables.[68] Es decir, no basta que una decisión provenga del órgano autorizado para emitirla. La decisión debe ir acompañada de razones que la justifiquen de conformidad con normas del sistema o, si se quiere, con normas aceptadas y reconocidas que, además, sean articuladas de modo correcto.

Siguiendo esta idea, resulta indispensable la justificación de las decisiones judiciales que recaen sobre situaciones o normas sujetas a interpretaciones diversas debido a su carácter problemático para tornarlas aceptables. El solo hecho de que las mismas provengan de una autoridad competente es insuficiente para poder aceptarlas; también requerimos conocer las razones que las impulsan y sostienen.[69]

La justificación racional de las decisiones está ligada, además, al concepto mismo de democracia. Si aceptamos que, en última instancia, la esencia de la democracia consiste en la capacidad de los individuos para influir en las decisiones públicas, entonces es necesario que las personas conozcan las razones que justifican esas decisiones para participar en el diálogo y para poder controlar a los poderes públicos que las adoptan.

En el marco del Estado constitucional —apunta Ferrajoli— se ha superado el criterio exclusivista de validez formal imperante

---

68 Cabra Apalategui, José Manuel, *Argumentación jurídica y racionalidad de A. Arnio*, Madrid, Dykinson, 2000, Cuadernos "Bartolomé de las Casas", núm. 15, p. 52.

69 Atienza, Manuel, *op. cit*., p. 66.

durante mucho tiempo gracias a la influencia de una concepción jurídica paleopositivista. Es decir, la validez de una norma no depende solo de su adecuación a los lineamientos que regulan la producción legislativa. Además de esta racionalidad formal apuntada, cuyo producto es una norma dotada de validez formal o de vigencia, se requiere acudir a un concepto de validez sustancial de acuerdo con el cual una norma es una norma válida del sistema si, además, se dicta respetando los contenidos sustanciales impuestos por los parámetros iusfundamentales.[70] La validez de una norma depende, entonces, de su coherencia con las disposiciones sustanciales sobre su producción.[71]

Si adicionalmente consideramos que, sobre todo en materia de derechos fundamentales, las decisiones no resultan indubitables ni son impuestas de modo mecánico, sino que, por el contrario, debido a la textura abierta de los enunciados normativos que las contienen suelen ser controvertibles y es dudoso que exista una única respuesta correcta, la justificación de las decisiones judiciales en el marco del Estado constitucional resulta impuesta, por cuanto es una forma de explicitar la adecuación material con aquellas normas dadoras de validez sustancial, tomando en cuenta nuevamente el carácter problemático de la interpretación de los derechos fundamentales.

Debido a la zona de penumbra que suele rodear a los enunciados de normas iusfundamentales, y no existiendo un resultado interpretativo único, la adecuación material de la decisión —o de la norma impugnada, en el caso del control constitucional de las leyes— debe ser explicitada a través de la expresión de las razones por las que se otorga a la norma interpretada determinado contenido y no otro. Digamos que la justificación es una prueba de la validez sustancial de una norma y de su interpretación.

La justificación de una decisión resulta impuesta a los juzgadores por diversos motivos que podrían sintetizarse de la siguiente manera:

---

70 Ferrajoli, Luigi, *Derechos y garantías. La ley del más débil,* 3a. ed., trad. de Perfecto Andrés Ibáñez y Andrea Greppi, Madrid, Trotta, 2002, pp. 20 y 21.

71 *Idem.*

i) en la actualidad, debido a cambios producidos en nuestras concepciones acerca del derecho, la autoridad no agota el criterio de legitimidad de una decisión;
ii) en el marco de las sociedades democráticas, para influir en las decisiones públicas y, asimismo, controlarlas, resulta necesario explicitar las razones que motivan una determinada decisión, y
iii) en el marco del Estado constitucional, y junto al principio democrático, la expresión de la justificación de una decisión resulta ser un test para evaluar, en sede interpretativa, la validez sustancial de la decisión.

Junto a los argumentos expuestos –que, por cierto, no agotan de ninguna manera las razones que explican la necesidad de la justificación de las decisiones jurisdiccionales— se puede mencionar otro que atañe de modo directo a la propia función jurisdiccional. Un debate aún abierto es aquel que tiene como eje a la llamada "dificultad contramayoritaria". El debate consiste en lo siguiente: en la actualidad, debido al desarrollo y aceptación de la justicia constitucional, el poder judicial o los tribunales constitucionales están habilitados para decidir en última —y a veces única— instancia aquello que la Constitución autoriza o desautoriza en los más diversos temas: derechos fundamentales, economía, conflictos competenciales verticales y horizontales, etcétera.

La objeción que se suele apuntar consiste en que, en un sistema democrático, un cuerpo con legitimidad democrática de segundo orden o indirecta puede corregir la plana a los poderes que gozan, en principio, de un mayor grado de legitimidad democrática.[72] Esto resulta para algunos contraintuitivo y hasta contrario a los postulados democráticos, y les ha llevado a interrogarse acerca del lugar donde debería anclarse la legitimidad que la justicia constitucional necesita en un sistema democrático. Se han ensayado múltiples respuestas que no viene al caso analizar aquí. Lo que sí diremos es que ninguna de ellas está exenta de críticas y flancos débiles.

[72] Gargarella, Roberto, *La justicia frente al gobierno. Sobre el carácter contramayoritario del poder judicial,* Barcelona, Ariel, 1996, p. 13.

A causa de ello, hay quienes se preguntan acerca de la posible vacuidad del planteamiento de la objeción contramayoritaria. Otros, en cambio, han comenzado a explorar los caminos de una imposible legitimidad *ex ante* y a sondear las posibilidades de construir una legitimidad en función de la aceptación de sus resultados, es decir, de sus decisiones.

Sin pretender agotar esta discusión, diremos que esa falencia democrática congénita no representa un obstáculo para generar un grado de "legitimidad de ejercicio"[73] a través de sus actuaciones. La justificación que tiende a generar aceptación resulta fundamental para afianzar el papel de la justicia constitucional en un sistema democrático. En sentido opuesto, un tribunal que no justifica, o que lo hace de modo deficiente, o que selecciona sus premisas de modo arbitrario, y que pretende que sus decisiones sean a pesar de ello aceptadas, está sumando una alta dosis de desprestigio a las críticas acerca de su falta de legitimidad democrática congénita.

Establecidas estas ideas en relación con la importancia y necesidad de la justificación de las decisiones jurisdiccionales, nos avocaremos a trazar algunos mecanismos de justificación seguidos por los juzgadores y aconsejados por la doctrina, para, de esta forma, explicitar las formas del razonamiento judicial.

La aplicación del derecho tiene por objeto generar una decisión que sea correcta a la luz de un sistema jurídico dado.[74] En consecuencia, el juzgador debe adoptar una decisión aplicativa de derecho siguiendo las coordenadas establecidas por una premisa normativa y una premisa fáctica.[75] En esta labor se suelen distinguir dos fases:[76] la justificación interna y la externa. La jus-

---

73 Courtis, Christian, "Reyes desnudos. Algunos ejes de caracterización de la actividad política de los tribunales", en Carbonell, Miguel *et al.* (comps.), *Jueces y derecho. Problemas contemporáneos*, México, Porrúa-UNAM, 2005, p. 414.

74 Prieto Sanchís, Luis, *Apuntes de Teoría del Derecho*, Madrid, Trotta, 2005, p. 278.

75 *Idem*.

76 *Idem*.

tificación interna, o de primer orden,[77] se refiere a la racionalidad interna de la decisión jurídica. Una decisión está justificada internamente si se infiere de sus premisas y en apego a las reglas de inferencia aceptadas.[78] Asimismo, la justificación interna se refiere a un razonamiento deductivo realizado a partir de una premisa normativa y una premisa fáctica o cognitiva.[79] Por último, la justificación interna puede ser representada mediante el siguiente enunciado: *La decisión D está justificada en relación con un conjunto de premisas P si, y solo si, se deduce lógicamente de P.*[80]

Por su parte, la justificación externa, o de segundo orden, se refiere a la racionalidad externa de la decisión, alude a la fundamentación de las premisas que sirven de base a la decisión.[81] Tomando en consideración el principio de unidad del razonamiento práctico, de acuerdo con el cual la justificación judicial es sustantiva y, en consecuencia, se apoya necesariamente en premisas morales,[82] la justificación externa puede ser representada, en última instancia, de la siguiente forma: *La decisión D está justificada si, y solo si, se deduce lógicamente del conjunto de premisas P, moralmente correcto.*

Hasta aquí hemos descrito de modo resumido aquello que los adjudicadores ordinarios deben justificar; sin embargo, en materia de control jurisdiccional de constitucionalidad de las leyes, los esquemas descritos no permiten explicar el razonamiento justificatorio de un juez constitucional que debe confrontar dos normas —una de rango constitucional y otra de rango legal— para verificar la adecuación de esta a aquella en atención a los contenidos iusfundamentales.

De conformidad con la estructura expresada, que resultaría aplicable a los casos ordinarios de aplicación judicial del derecho,

---

77 *Idem*.

78 Wróblewski, Jerzy, *Sentido y hecho en el derecho*, trad. de Francisco Javier Ezquiaga Ganuzas y Juan Igartúa Salaverría, México, Fontamara, 2003, p. 52.

79 Prieto Sanchís, Luis, *Apuntes de Teoría del Derecho, cit*., p. 278.

80 Mendonca, Daniel, *Las claves del derecho*, Barcelona, Gedisa, 2000, p. 207.

81 *Idem*.

82 Redondo, María Cristina, "La justificación de decisiones judiciales", en Carbonell, Miguel *et al.* (comps.), *op. cit*., p. 265.

estaremos ante una premisa mayor o normativa y una premisa menor o fáctica. Recordemos que el juez debe justificar las premisas utilizadas (justificación externa) y, además, la corrección de la estructura inferencial que conecta las premisas. Pues bien, en el ámbito del control jurisdiccional de constitucionalidad de las leyes, y más particularmente en relación con el control del contenido material o sustancial de la legislación, este esquema se presenta insuficiente.

En primer término, la premisa menor no posee un carácter fáctico, sino normativo.[83] En estos casos, la tarea del juez constitucional es averiguar si existe una antinomia entre la norma constitucional y la norma legal,[84] que, en caso de constatarse, se resolvería, por ejemplo, mediante la aplicación del principio de razonabilidad o proporcionalidad,[85] según el cual el juzgador investigará si la norma legislativa ha transgredido una norma adscrita al texto constitucional[86] atendiendo a la necesaria conexión entre proporcionalidad y contenido esencial del derecho fundamental en cuestión. De este modo: *si la medida M afecta el contenido esencial del derecho fundamental DF, entonces la medida legislativa es desproporcionada.*

El esquema simple de operación del control judicial de constitucionalidad de las leyes descrito hasta aquí no permite dar cuenta de la operación de los jueces constitucionales, por lo menos no en su totalidad. Sucede que es frecuente que la norma que compone la premisa menor del razonamiento, y cuya adecuación al texto constitucional debe ser enjuiciada, puede ser interpretada a la luz de diversos principios constitucionales posiblemente contradictorios entre sí. Aquí se presenta una labor de complejidad gradual para el juez, consistente en la determinación de la premisa mayor, es decir, de la norma iusfundamental que regulará el caso. Nuevamente se debe recurrir a la ponderación, cuya

83 Prieto Sanchís, Luis, *Apuntes de Teoría del Derecho, cit*., p. 281.

84 *Idem*.

85 Bernal Pulido, Carlos, *El principio de proporcionalidad y los derechos fundamentales*, Madrid, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, 2003, p. 498.

86 *Ibidem,* p. 497.

aplicación resulta necesaria si aceptamos, en primer término, que en la Constitución —y especialmente entre derechos— no existen jerarquías internas y, en segundo término, que algunos de los principios que contienen derechos son mandatos de optimización —es decir, pueden ser cumplidos en diferente grado y la medida de su cumplimiento depende de posibilidades reales y de otras de carácter jurídico— y que el ámbito de las posibilidades jurídicas está determinado por otros principios y reglas.[87]

De acuerdo con lo señalado, la función del juez constitucional se encuentra enmarcada en un campo complejo y sembrado de dificultades, especialmente cuando se trata de determinar el contenido material de las leyes.

Debido a las características de las constituciones actuales, portadoras de principios y valores tendencialmente contradictorios, la elección de las premisas mayores del razonamiento resulta ser una labor compleja. Esta es, quizá, la tarea más desafiante: fundamentar las premisas.[88] En tal sentido, Alexy apunta que las dificultades en la determinación material no solo obedecen a la apertura estructural y semántica de las disposiciones iusfundamentales, sino también al carácter de los principios —y agregamos— tendencialmente contradictorios, lo que implica, como señalábamos, la necesidad de ponderar.[89]

A las dificultades reseñadas se agrega una más, referida al grado de racionalidad que el principio de proporcionalidad —tan presente, como hemos apreciado— concede al proceso argumentativo del juez en la labor de justificación.

Se ha afirmado que la ponderación no permite obtener una respuesta válida aplicable a todo supuesto de conflicto[90] y que no se trata de un procedimiento que conduzca en cada caso a una

---

87 Alexy, Robert, *Teoría de los derechos fundamentales*, Madrid, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, 2002, p. 86.

88 Prieto Sanchís, Luis, *Apuntes de Teoría del Derecho, cit*., p. 279.

89 Alexy, Robert, *op. cit*., p. 525.

90 Prieto Sanchís, Luis, *Justicia constitucional y derechos fundamentales,* Madrid, Trotta, 2002, p. 191.

única solución.[91] Incluso se ha dicho que la ponderación supone una fuerte dosis de discrecionalidad que lleva al judicialismo y, en definitiva, a la preeminencia de un poder elitista y no democrático.[92] Cierto es también que la ponderación conlleva una importante cuota de valoración y discrecionalidad,[93] pero se trata de una operación conformada por ciertos cánones y, en consecuencia, controlable.[94] Esta nos indica qué se debe fundamentar para resolver un conflicto constitucional, para lo cual es necesario justificar los enunciados de preferencia a favor de un principio u otro, ello en función del grado de afectación de un bien y del grado de satisfacción del bien contrario.[95]

Para finalizar este apartado diremos, con Prieto Sanchís: "Que exista un cierto peligro de particularismo no significa que la ponderación abra las puertas a juicios basados en la intuición, el pálpito o la corazonada. La ponderación se endereza a la construcción de una regla y, si nos tomamos en serio las exigencias de la argumentación, ello significa el respeto a un principio de universalidad que opera como garantía última de racionalidad".[96]

Tal como hemos venido comentando, la justificación no es una tarea sencilla. En tal escenario, adjudicamos una complejidad mayor a la selección de la norma iusfundamental que determinará el caso. Esta es una labor ciertamente valorativa en función de cuestiones ya apuntadas, y el principio de proporcionalidad no erradica dicho margen de valoración. En nuestra opinión, establece cauces para que dicha actividad valorativa esté sujeta a cánones y, en definitiva, la premisa seleccionada sea una premisa del sistema.

Tomemos el derecho a la libertad de expresión como un ejemplo para testear la influencia de las valoraciones. El derecho a la libre expresión de ideas ocupa un lugar central en el mar-

91 Alexy, Robert, *op. cit.,* p. 525.

92 Prieto Sanchís, Luis, *Justicia constitucional...*, *cit.*, p. 206.

93 *Ibidem,* p. 205.

94 *Ibidem,* p. 204.

95 *Ibidem,* p. 206.

96 *Idem.*

co de un sistema democrático. Esta es una idea pacífica sobre la que, es posible afirmar, existe un alto grado de consenso. Nadie podría defender el ideal democrático y, al mismo tiempo, desconocer ese lugar toral a la libertad de expresión. A eso apunta Bovero cuando afirma que la democracia se sostiene sobre la base de cuatro precondiciones: la libertad personal; la libertad de expresar, manifestar y difundir el propio pensamiento; la libertad de reunión, y la libertad de asociación. El carácter de "precondiciones" viene dado por asumir que la falta de garantía institucional de alguna de ellas impediría la existencia de la democracia misma.[97]

Sin embargo, parecería que, concretado este acuerdo, se comenzarían a difuminar las coincidencias, pues —como apunta Carlos Nino— no resulta tan evidente en dónde se fundamenta ese carácter central que concedemos a la libertad de expresión.[98] Nino, siguiendo a Greenawalt, afirma que es posible diferenciar entre fundamentaciones consecuencialistas y no consecuencialistas.

Entre las primeras podemos mencionar aquellas corrientes que justifican a la libertad de expresión en los beneficios que ella genera en la búsqueda de la verdad; en la importancia que ella tiene en cuanto al acomodamiento de intereses en conflicto y, en consecuencia, en su colaboración con la estabilidad social; en el control que se puede establecer sobre los abusos de la autoridad y, por último, encontramos aquellas posturas que fundamentan el carácter central de la libertad de expresión en su carácter instrumental para consolidar la democracia y aquellas que le conceden dicho carácter a efectos de fomentar la tolerancia, al permitir el conocimiento de las ideas y los sentimientos de otros.[99] Es decir, todas estas posturas, brevemente enunciadas, consideran a la libertad de expresión como un medio —fundamental, por cierto— para lograr una finalidad superior.

---

97 Bovero, Michelangelo, *Una gramática para la democracia. Contra el gobierno de los peores,* trad. de Lorenzo Córdova, Madrid, Trotta, 2002, pp. 49 y 50.

98 Nino, Carlos Santiago, *Fundamentos de derecho constitucional. Análisis filosófico, jurídico y politológico de la práctica constitucional*, Buenos Aires, Astrea, 2000, p. 260.

99 *Idem*.

Por el contrario, las posiciones no consecuencialistas conceden a la libertad de expresión el carácter central comentado en función de su carácter de precondición. Así, cabe mencionar a quienes justifican a la libertad de expresión por encontrar que es precondición necesaria para considerar a los ciudadanos como agentes autónomos, o quienes estiman que la igual dignidad de las personas obliga a reconocerles la libertad de expresar sus ideas.[100]

Mediante un esquema de diferente articulación, Rosenfeld nos ofrece cuatro justificaciones filosóficas para la libertad de expresión, propias, según el autor, de los Estados Unidos. En primer lugar menciona la justificación basada en la democracia, consistente en comprender que, sin la libertad para comunicar y recibir libremente las ideas, los ciudadanos no pueden autogobernarse democráticamente. En segundo lugar menciona una justificación basada en el contrato social, similar a la anterior, pero con la sensible diferencia consistente en que, en dicho escenario, no es posible excluir *ex ante* ninguna visión que pudiera resultar incompatible con la democracia. En tercer lugar ubica la justificación basada en la búsqueda de la verdad, de acuerdo con la cual el descubrimiento de la verdad es un proceso que descansa en la discusión desinhibida que discurre a partir del juicio y el error de los argumentos. Por último, existe, según el autor, una justificación que se apoya en la noción de autonomía. De acuerdo con esta, la autonomía individual y la dignidad exigen la protección de todas las formas de expresión.[101]

De modo desprevenido, podríamos considerar que el punto de partida desde el cual fundamentemos la libertad de expresión y su centralidad resulta inocuo de cara a su protección; sin embargo, Rosenfeld advierte —y con razón— que "cada una de estas justificaciones atribuye un diferente grado de legitimidad a la libertad de expresión. Además, las diferentes versiones de cada justificación representan cambios en los contornos que separan

[100] *Idem*.

[101] Rosenfeld, Michel, "La filosofía de la libertad de expresión en América", en Carbonell, Miguel (comp.), *Problemas contemporáneos de la libertad de expresión*, México, Porrúa-CNDH, 2004, pp. 238 y ss.

el discurso que exige protección del que puede ser constitucionalmente restringido".[102] De ese modo, explica que la justificación basada en la búsqueda de la verdad ofrece un marco de protección más amplio que aquellas justificaciones basadas en la democracia o en el contrato social, puesto que incluiría discursos no solo vinculados a ideas políticas, sino además a expresiones artísticas y, en definitiva, a todo discurso del más variado talante que colabore, a juicio del intérprete, al descubrimiento de la verdad.[103]

Asimismo, la libertad de expresión alcanzaría el más alto grado de protección si estuviese fundamentada en la autonomía personal, por cuanto toda clase de expresiones (a la sazón, pornográficas, de odio, etc., es decir, las expresiones más extremas) pueden "ser el producto de la necesidad de la autoexpresión".[104]

Las lúcidas observaciones de Rosenfeld permiten apreciar con claridad de qué modo una cuestión metajurídica genera toda clase de consecuencias en el campo jurídico. Justamente, las divergencias filosóficas comentadas han motivado severas fluctuaciones en la protección de la libertad de expresión y, consecuentemente, en el establecimiento de límites y restricciones al ejercicio de este derecho.

En tal sentido, Estados Unidos resulta un referente obligado y un caso de interesantes fluctuaciones. Más allá del lacónico —aunque prolífico— enunciado normativo que la Constitución de Estados Unidos establece desde 1791 ("el Congreso no hará ninguna ley por la que se limite la libertad de palabra o la de prensa"), las teorías, criterios y reglas con base en los cuales la libertad de expresión ha sido concebida a lo largo de los años han variado sensiblemente. Desde las resoluciones que juzgaron constitucionales las leyes que reprimieron las ideas comunistas (*Debs vs. United States*) hasta aquel fallo de la Corte Suprema que permitió la exhibición pública de la cruz esvástica (*Village of Skokie vs. National Socialist Party of America*), los criterios han variado en el tiempo y, con él, los postulados filosóficos para justificar

[102] *Ibidem*, p. 238.

[103] *Ibidem*, p. 240.

[104] *Ibidem*, p. 241.

a la libertad de expresión y, en consecuencia, las restricciones aceptables.

En cierto momento, los criterios comenzaron a arraigarse en el terreno de la noción de peligro. Es decir, el baremo para considerar un discurso como restringible o penalizable fue el grado de peligro que el mismo generara.[105]

Sánchez González explica que, con base en el peligro presumible de la actividad comunicativa, se generaron tres test. El primero, denominado "de la tendencia nociva", de acuerdo con el cual no se ampararían bajo el ala protectora de la libertad de expresión a aquellas manifestaciones que tendieran a corromper, dañar o afectar algún bien, valor o fin público, tales como la moral o el orden públicos.[106]

Posteriormente, el test de la tendencia nociva fue superado por una interpretación más progresista, realizada en ocasión del caso *Schenck vs. United States*, del cual surgió el test "del peligro claro y actual", conforme al cual, y en palabras del juez Holmes, "la cuestión en cada caso es si las palabras utilizadas lo son en circunstancias tales, y de tal naturaleza, que pueden crear un peligro claro e inmediato de que se produzcan los daños sustanciales que el Congreso tiene el derecho de evitar. // La supresión de la libertad de expresión se justifica si se teme, con fundamento que, de ejercitarse, va a ocurrir algo grave. Tiene que existir una base razonable para creer que el peligro percibido es inminente".

Más tarde, en el caso *Brandemburg vs. Ohio*, la Corte modificó la doctrina del peligro claro y actual y, además de exigir que el discurso produjera un peligro de tales características, requirió que el agente tuviera la intención de incitar a su audiencia a cometer actos ilícitos.[107]

---

105 Sánchez González, Santiago, *La libertad de expresión*, Madrid, Marcial Pons, 1992, p. 40.

106 *Idem*.

107 Bianchi, Enrique T. y Gullco, Hernán V., *El derecho a la libre expresión. Análisis de fallos nacionales y extranjeros*, La Plata, Librería Editora Platense, 1997, p. 79.

Esta somera narración indica que, en ocasiones, el texto constitucional no ayuda demasiado a encontrar la premisa normativa que gobernará el caso. Las dificultades para el intérprete son mayúsculas, si consideramos la indeterminación textual referida y agregamos las posibilidades valorativas que se abren para el intérprete.

En consecuencia, si bien el razonamiento judicial está sometido a formas y exigencias de razonamiento que permiten controlarlo, en ocasiones se habilita un amplio margen de discreción por el que se introducen las preferencias ideológicas, políticas y morales de los jueces.

Amén de las observaciones apuntadas y los espacios para las preferencias, lo cierto es que las decisiones tomadas por los órganos judiciales, en principio, deben cumplir con estándares más altos al momento de justificar sus decisiones.[108] Pero además, la existencia de instancias de control judicial determina que los poderes legislativo y ejecutivo deben incrementar sus propias exigencias de justificación para sortear un eventual y probable escrutinio jurisdiccional.[109] Incluso, para incrementar la calidad de las razones que justifiquen una cierta política, sería conveniente que ajusten sus determinaciones a los estándares constitucionales establecidos por la justicia constitucional en casos previos.

Así, la revisión judicial no solo sería una institución deseable gracias a la forma en la cual evalúa las decisiones de los poderes que controla, sino que también lo sería porque introduce al espacio público razones que pueden orientar y justificar, en términos constitucionales adecuados, las decisiones políticas que toman.

3.3. Las ventajas funcionales

Un segundo grupo de teorías sobre la expansión de la justicia constitucional afirma la existencia de beneficios funcionales, es decir que la opción por la introducción de la justicia constitucional genera beneficios para la consecución de uno o varios ob-

[108] Bilchitz, David, *op. cit*., p. 188.

[109] *Idem*.

jetivos. La justicia constitucional sería, así, un instrumento adecuado para obtener o alcanzar ciertas metas[110] vinculadas con la prosperidad y el adecuado funcionamiento de la sociedad.

3.3.1. Coordinación para la toma de decisiones

Un primer grupo de explicaciones funcionales argumenta que la justicia constitucional permite generar coordinación en sistemas constitucionales complejos que involucran diferentes niveles de gobierno y exigen la participación de múltiples actores para tomar decisiones. A su vez, las explicaciones de esta clase admiten variaciones.

En primer lugar, es posible identificar aquellas explicaciones que incluyen a la revisión judicial como una institución propia de sistemas federales, en los cuales es preciso coordinar actores federales y locales para la toma de decisiones. En estos sistemas es importante contar con un árbitro cuya intervención permita superar posibles problemas de falta de coordinación y bloqueo.[111]

Esta explicación resulta verosímil si consideramos la evolución temprana del control judicial en Estados Unidos. En el caso *Marbury vs. Madison*, la Corte invalidó una disposición de la ley del poder judicial —una ley federal— y no volvería a invalidar otra ley de ese rango sino hasta 1857, cuando, al resolver el caso *Dred Scott vs. Sandford*, declaró inconstitucional el Compromiso de Missouri de 1821. Es decir, solo dos leyes federales fueron invalidadas en un periodo de 54 años. Durante ese mismo tiempo, en cambio, se invalidaron más de 40 leyes estatales, lo que permite suponer que la revisión judicial fue un instrumento central en la construcción del federalismo estadounidense.[112]

En el caso europeo también se observa la relación entre federalismo y justicia constitucional. Cuando Kelsen abogó por la

110 Langford, Malcolm, *op. cit.*, p. 64.

111 Ginsburg, Tom y Versteeg, Mila, *op. cit.*, p. 8.

112 Acosta Sánchez, José, *Formación de la Constitución y jurisdicción constitucional. Fundamentos de la democracia constitucional*, Madrid, Tecnos, 1998, pp. 122 y 123.

justicia constitucional para generar una verdadera garantía de la Constitución, explicó que la justicia constitucional adquiere su significado más relevante en los sistemas federales, pues ellos deben su realización a la existencia de un tribunal constitucional.[113]

La centralidad identificada por Kelsen se ha visto reflejada en la importancia que tiene la resolución de conflictos competenciales propios de los sistemas federales, de autonomías y otras formas de descentralización política que han posibilitado identificar fenómenos como el de la "construcción jurisprudencial del Estado de Autonomías" en España.[114] La importancia de la justicia constitucional en sistemas descentralizados ha sido apuntada para el caso de Alemania,[115] Bélgica y su Corte de Arbitraje,[116] o Suiza,[117] entre otros tantos sistemas constitucionales.

La trascendencia de la justicia constitucional para los sistemas federales o descentralizados en general resulta evidente, y ha sido y es determinante para la configuración de esos sistemas. Sin embargo, no es la única circunstancia que explica la preferencia en esos sistemas por la garantía jurisdiccional ni es la razón principal en todos los sistemas, pues de lo contrario no se explicaría la existencia de instituciones de justicia constitucional en sistemas centralistas.

El nivel de relevancia de la justicia constitucional estará determinado por un mayor o menor nivel de descentralización, siendo mayor en sistemas con un más alto grado de descentralización y menor en aquellos sistemas más concentrados. Incluso,

---

113 Kelsen, Hans, *La garantía jurisdiccional de la Constitución (La justicia constitucional)*, trad. de Rolando Tamayo y Salmorán, México, UNAM, 2001, p. 101.

114 Cruz Villalón, Pedro, "La tarea del tribunal constitucional", en Morodo, Raúl y Vega, Pedro de (coords.), *Estudios de teoría del estado y derecho constitucional en honor de Pablo Lucas Verdú*, México, UNAM-UCM, 2000, p. 1388.

115 Rescigno, Francesca, "La justicia constitucional en Alemania", en Groppi, Tania *et al*., *La justicia constitucional en Europa*, trad. de Francisco Ruiz-Risueño Montoya, México, Fundap, 2004, p. 55.

116 Rescigno, Francesca, "La justicia constitucional en Bélgica", en Groppi, Tania *et al*., *op. cit.,* p. 173.

117 Ferioli, Helena, "El sistema de justicia constitucional en el ordenamiento federal helvético", en Groppi, Tania *et al*., *op. cit*., p. 219.

es posible argumentar que la importancia será mayor allí donde la opción por diseños federales está sustentada no solo en razones de estricto reparto político territorial o regionalismos, sino además en cuestiones de naturaleza identitaria, tales como las diferencias culturales, lingüísticas, étnicas e históricas.

Un segundo grupo de explicaciones funcionales y de coordinación son aquellas que se apoyan en la noción de jugadores con veto de las instituciones. Georges Tsebelis ha propuesto que, a efecto de entender el funcionamiento de las instituciones políticas, debemos comenzar por considerar que, para cambiar políticas o, en sus palabras, para cambiar el "*statu quo* legislativo", es necesario que determinados actores institucionales se pongan de acuerdo, no solo en el sentido del cambio, sino también en el curso de acción para llevarlo a cabo.[118]

Los jugadores con veto son esos actores, y pueden tener carácter institucional y partidario. Los primeros están establecidos en la Constitución y serían aquellos que desempeñan las funciones constitucionales propias de los poderes legislativo, ejecutivo, órganos autónomos y el poder judicial.[119] Ahora bien, el poder judicial o, en general, los actores de naturaleza jurisdiccional, solo tienen el carácter de jugadores con veto cuando realizan tareas de interpretación constitucional, no así cuando limitan su tarea interpretativa a las leyes. De tal modo, la justicia constitucional —no la justicia ordinaria— sería un jugador con veto,[120] y lo sería porque tiene la capacidad institucional de eliminar una ley o parte de ella del sistema jurídico, por resultar contraria a la Constitución[121] o a algún componente del parámetro de control, ya sea por razones sustantivas o formales.

En este sentido, el papel de jugador con veto —sostiene Tsebelis— no siempre puede ser desempeñado por las cortes constitucionales porque no siempre se hallan fuera de lo que denomina *núcleo de unanimidad*. El núcleo de unanimidad podría ser com-

118 Tsebelis, George, *Jugadores con veto. Cómo funcionan las instituciones políticas*, trad. de José Manuel Salazar, México, FCE, 2006, p. 2.

119 *Ibidem*, p. 27.

120 *Ibidem*, p. 290.

121 *Ibidem*, p. 291.

prendido como el ámbito de acuerdo entre los actores institucionales con capacidad de veto respecto a la necesidad de realizar un cambio o no hacerlo, y acerca de la forma de efectuarlo. Por ello, el ámbito de unanimidad se corresponde con el nivel de estabilidad política,[122] de forma que un mayor núcleo de unanimidad política equivale a un mayor nivel de estabilidad política y a un mayor número de temas respecto a los cuales no se pueden plantear cambios.[123]

La razón por la cual no podrían desempeñar su papel de jugadores con veto es el proceso de designación. Si las formas de nombramiento establecen restricciones tales como procedencia, mayorías calificadas, acuerdos entre otros jugadores con veto, etc., es más probable que se eliminen las posiciones extremas y los integrantes del tribunal, en su mayoría, se identifiquen con el espacio político.[124] Si esto es así, entonces el papel de jugadores con veto de la justicia constitucional sería menos determinante de lo que suponemos. Inclusive, en ciertos sistemas y en determinados momentos no desempeñarían ese papel.[125] Solo estarían en condiciones de ejercerlo cuando una mayoría de los integrantes del tribunal no se identifique con el espacio político en general, y ello ocurriría si en la Corte estuvieren representadas posiciones extremas, es decir, si la Corte estuviera polarizada en su interior.[126]

Sin embargo, las conclusiones de Tsebelis requieren algunas precisiones. Las posiciones extremas en el interior de las cortes no siempre se traducirán en el ejercicio del veto. Para ello, resultarán relevantes las mayorías al interior, lo cual estaría determinado por la participación que el poder en turno hubiera tenido en la integración del órgano. Aunque no existieran posiciones extremas al interior de la Corte, pero sí una mayoría contraria a los cambios que el poder quiere proponer, el rol de jugadores con veto sería desempeñado. Pero si las mayorías no son claras,

122 *Ibidem*, p. 31.

123 *Idem*.

124 *Ibidem*, p. 292.

125 *Ibidem,* p. 293.

126 *Idem*.

la polarización no permitiría establecer de manera clara qué tipo de rol jugaría la Corte.

De este modo, podríamos argumentar que la menor participación del poder cuyo ejercicio es evaluado en la integración del órgano permitiría un mayor ejercicio del rol de jugador con veto de la Corte; por el contrario, la mayor participación permitiría un menor desempeño del rol de jugador con veto. Incluso, habría que incluir la variable consistente en la necesidad de lograr mayorías calificadas para emitir una sentencia estimatoria de inconstitucionalidad, como ocurre en México para las acciones de inconstitucionalidad y ciertos supuestos de controversias constitucionales. Las posiciones extremas dentro del tribunal deberían relacionarse con las mayorías necesarias para eliminar una ley del sistema. La polarización en los cuerpos colegiados permite, como en todo otro ámbito en el que se decide mediante la regla de mayoría, que las minorías resulten determinantes.

Siendo así, entonces, la polarización eventualmente puede provocar decisiones en un sentido de veto o en otro, y ello dependerá del acomodo de las minorías o de los integrantes del cuerpo volátiles para lograr mayorías simples. Pero si se requirieran mayorías calificadas, el escenario es diferente. Si el poder legislativo emite una ley que por diversas razones debería ser declarada inconstitucional, en el seno del tribunal se debería alcanzar una mayoría calificada, que no resulta sencilla de lograr y que se dificulta más en cortes polarizadas, y el rol de jugador de veto se diluye. En este supuesto, Tsebelis tendría razón y las posiciones extremas dentro de la Corte impedirían que sea un jugador con veto, pues la conclusión sería la desestimación, es decir, permitir que la ley permanezca en el sistema.

Cuando todos los órganos jurisdiccionales, en todos los niveles, adquieren facultades para ejercer el control constitucional, estos no asumirían el carácter de jugadores con veto. Ese rol, con las salvedades realizadas, solo podría ser ejecutado por las altas cortes; sin embargo, desempeñarían otro tipo de rol, mucho más modesto pero en cierto modo colaborativo, debido a que introduciría insumos que eventualmente deberían ser considerados por las autoridades legislativas o administrativas para la generación de eventuales cambios, aunque siempre mediados por la volun-

tad política de atender la voz de los jueces, lo que resultaría difícil por la falta de incentivos, por ejemplo, sanciones.

En todo caso, ese rol tendría algún efecto cuando una determinación judicial aislada sin efectos generales coincida con cambios que el poder político tiene en su agenda de cambios. El trabajo de coordinación en estos supuestos es inexistente o irrelevante.

Amén de todas estas consideraciones, y si el rol de las cortes como jugadores con veto no fuera siempre tan determinante, sí es posible apelar a que las cortes pueden desempeñar un trabajo decente, debido al compromiso asumido al integrar el cuerpo.

Así, es posible considerar que, en ciertos casos, independientemente de las coincidencias políticas que disminuyan el trabajo de control de las cortes, es posible que cumplan el rol necesario de coordinación, especialmente, como ya se adelantó, en materias vinculadas con la cuestión del federalismo. Incluso pueden desempeñar el rol de veto, debido a que, en principio, fueron designados por su pericia técnica y, además, sin conocer sus opiniones en todos los asuntos que eventualmente deban decidir.

Estos factores pueden generar un ejercicio de control más allá de identificaciones políticas. Inclusive —como también señala Tsebelis—, el trabajo de control puede ser menos intenso respecto a la materia de los cambios y centrarse en la forma de llevarlos a cabo, o realizarse solo respecto a esta última cuestión,[127] en cuyo caso podrían desempeñar su rol de agentes para la coordinación adecuada que posibilite el alcance de los objetivos constitucionales mediante las formas que la Constitución autoriza.

Las posturas que identifican a la coordinación para la toma de decisiones como la principal aportación de tipo funcionalista que explicaría el desarrollo de la justicia constitucional parecen tener un alto grado de fuerza ilustrativa. Como hemos indicado, ha sido afirmada de manera expresa como una función esencial en los sistemas federales y, de hecho, en atención a la gran cantidad de asuntos que tienen por objeto el reparto de competencias entre

[127] *Ibidem*, p. 292.

los diversos niveles de gobierno, es indudablemente una de sus funciones principales.

Explicaciones como la de los jugadores con veto indican que las cortes, eventualmente y siempre que se den ciertas condiciones, pueden desempeñar un papel determinante mediante la aprobación indispensable para la toma de ciertas decisiones de cambio legal —o incluso constitucional— en aquellos sistemas que admiten el control judicial de las reformas constitucionales.

En ambos casos se trata de un rol de coordinación sustantivamente orientado, pues el papel de la Corte no solo se circunscribe a establecer quién puede hacer tal o cual cosa o emprender o no tal curso de acción, sino que además determinará si cierto curso de acción puede o no ser emprendido y en qué sentido se puede o no realizar.

3.3.2. Seguro frente al cambio político

Un segundo grupo de explicaciones funcionalistas proponen que las causas de la expansión de la revisión judicial se hallan más vinculadas con la lógica de las relaciones políticas y las afectaciones que puedan experimentar los grupos políticos en tiempos de cambio, especialmente cuando pierden poder. La justicia constitucional sería un seguro que los grupos políticos toman ante la incertidumbre intertemporal y el riesgo provocado por el cambio político-electoral[128] y la posibilidad real de perder el poder en elecciones futuras.

De acuerdo con la expresión básica de esta idea, propuesta por Ginsburg y otros autores, los tribunales ofrecerían una reducción de los costos de perder el poder mediante la preservación de la posibilidad de recuperarlo en un futuro.[129]

---

128 Ginsburg, Tom y Versteeg, Mila, *op. cit*., p. 9.

129 Dixon, Rosalind y Ginsburg, Tom, "The forms and limits of constitutions and political insurance", *International Journal of Constitutional Law*, vol. 15, núm. 4, octubre de 2017, p. 991.

En trabajos más recientes, Ginsburg y Dixon ofrecen una versión más detallada de la idea original y especifican que existen más riesgos respecto a los cuales la justicia ofrecería un seguro además del riesgo de que se reduzca el acceso al poder político, como el perder influencia política y el ser objeto de persecución individual por parte del nuevo régimen.[130]

El riesgo de perder acceso al poder político se configuraría cuando el nuevo grupo en el poder decida llevar a cabo prácticas electorales ilegales o ilegítimas para desequilibrar las futuras contiendas electorales a su favor. Ante tal escenario, el grupo que abandona el poder puede considerar como una buena estrategia el establecer cortes constitucionales con fuertes competencias en materia electoral para evaluar actos y leyes y, así, garantizar la equidad en las futuras contiendas electorales.[131]

El riesgo de persecución individual se generaría si el nuevo grupo en el poder decidiese usar el aparato del Estado, y en particular el derecho penal, para perseguir a los opositores. En estos casos, el papel de las cortes es más tradicional, no tan propio de la justicia constitucional, aunque se podría desempeñar por medio de su intervención en procesos constitucionales como el amparo y en instancias de revisión, y se enfocaría en roles habituales para la justicia tales como la protección contra arrestos, procesos y condenas arbitrarias. Incluso se podría extender a la protección de los bienes de las élites que han dejado el poder.[132]

Dixon y Ginsburg sostienen que esta estrategia puede ser útil tanto para gobiernos democráticos como autoritarios y, en este segundo supuesto, la justicia podría operar como un seguro contra la persecución por crímenes de lesa humanidad que hubiere cometido el Gobierno saliente.[133] Esto puede aplicar en determinados supuestos y tendría cierta capacidad explicativa, como para justificar las reformas de 2008 en Myanmar, que es el

130 *Ibidem*, p. 989.

131 *Ibidem*, p. 995.

132 *Idem*.

133 *Idem*.

ejemplo que ofrecen. No obstante, creemos que no puede explicar la expansión en otros casos.

Si se analiza el caso de Latinoamérica, la indicación es más bien contraria, es decir, las leyes de autoamnistía, que han sido utilizadas por diversos dictadores para evadir la persecución penal una vez que hubieran dejado el poder, o de amnistía propiamente dichas, expedidas por los gobiernos democráticos surgidos de la transición política y con el objetivo de superar dicha etapa, han sido declaradas nulas en diversos sistemas por la justicia constitucional, y esto ha sido expresión de lo que podríamos describir como un proceso de expansión funcional de la justicia constitucional y convencional. Recordemos que las amnistías habían sido tradicionalmente consideradas una cuestión política no justiciable y, como tal, excluida del control judicial. Pese a ello, y sobre todo a partir de los criterios establecidos por la Corte Interamericana de Derechos Humanos en casos como *Barrios Altos vs. Perú* y *Almonacid Arellano vs. Chile*, entre otros, las cortes nacionales, en ejercicio del control de convencionalidad, las han invalidado.

Por último, el tercer riesgo consiste en la posibilidad de perder influencia sobre la política —especialmente sobre las políticas públicas— y así, por ejemplo, no poder evitar que el nuevo Gobierno realice cambios, elimine instituciones o dé marcha atrás respecto a cuestiones que el Gobierno anterior considera valiosas, y no solo por motivos egoístas, sino también por razones legítimas, como consideraciones acerca de la necesidad de contar con ciertas instituciones para el buen funcionamiento del sistema democrático.[134]

La medida del éxito de este tipo de seguros dependerá de diversos factores. En primer lugar, la conservación de ciertas políticas o instituciones solo podrá lograrse en la medida en que hayan sido incluidas en la Constitución. Esto puede no resultar sencillo en algunos sistemas; en todo caso, dependerá de qué tan fácil o difícil resulte generar cambios constitucionales mediante procedimientos de reforma. Incluso podría depender de las consideraciones de la clase política acerca de introducir en

[134] *Ibidem*, p. 996.

las constituciones ciertas cuestiones que podrían ser consideradas más bien materia de desarrollo legislativo.

En general, es posible afirmar que las explicaciones basadas en el seguro aportan elementos para comprender ciertos procesos de reforma constitucional llevados a cabo en algunos sistemas que han transitado hacia el pluralismo político y la consolidación de la democracia constitucional.

Con matices, el proceso de reformas constitucionales llevado a cabo en México en 1995 para fortalecer la justicia constitucional podría ser mejor comprendido si en su análisis se incluyen este tipo de variables. Incluso la explicación basada en el seguro puede tener mayor fuerza explicativa respecto a ciertos cambios y menor para entender otros. Tal sería el caso de las reformas en materia de justicia constitucional electoral que se han promovido en México desde fines del siglo pasado. En cambio, otras transformaciones —como aquellas que tienen en la mira el fortalecimiento del sistema constitucional de derechos humanos— posiblemente se orienten por objetivos menos vinculados a la clase política.

3.3.3. La promoción de la democracia

El siguiente grupo de explicaciones de tipo funcionalista establecen que la justicia constitucional puede promover el fortalecimiento de la democracia. Todas ellas se desarrollan en un amplio rango de argumentos que esclarecen, de diversos modos, el vínculo entre el trabajo de las cortes constitucionales y la democracia. La mayoría de estas teorías se expresan en términos más bien prescriptivos, determinando la forma en la cual las cortes deben desarrollar su papel en una democracia y, así, orientar su trabajo al cuidado y fortalecimiento del sistema democrático.

De uno u otro modo, estas explicaciones asumen con seriedad el problema del carácter contramayoritario de la revisión judicial, según el cual no parece correcto que, en un sistema democrático, los jueces, que no son elegidos directamente por el pueblo y no responden por sus decisiones, puedan anular una ley votada por una mayoría de representantes del pueblo o por

el pueblo mismo.[135] Solo un trabajo democráticamente orientado permitiría la coexistencia de la revisión judicial y la democracia.

Antes de analizar las teorías que consideran que la justicia constitucional puede aportar algo a la democracia y asumen el funcionalismo que estamos estudiando, cabría decir algo de aquellas miradas que entienden que lo mejor que la justicia constitucional puede hacer por la democracia es no limitarla y, en el mejor de los casos, colaborar mediante la identificación de las inconstitucionalidades, y solo eso. Por consiguiente, rechazan la supremacía judicial, es decir, la posibilidad de que la interpretación judicial prevalezca sobre la interpretación realizada en sede legislativa.

Estas teorías son, en general, expresión del constitucionalismo popular, uno de cuyos máximos representantes es Larry Kramer, y se trata de explicaciones contextualizadas en el escenario estadounidense. De todas formas, su análisis sirve para orientar nuestras discusiones.

Kramer considera que quienes miran la historia constitucional de Estados Unidos lo hacen de manera anacrónica, enfatizando las expresiones de los padres fundadores acerca de los peligros de las mayorías para la república, lo que los llevó a desarrollar un sistema antidemocrático, dotado de frenos y contrapesos tendentes a limitar y controlar a las mayorías democráticas.[136] Si bien esto es cierto, sobre todo debido a la mayor aceptación que tuvieron las propuestas federalistas y su desarrollo posterior a la entrada en vigor de la Constitución, se ha soslayado que los padres fundadores —tanto los federalistas como los antifederalistas— colocaron al pueblo en el centro del debate y abogaron por su protagonismo en la dirección del Gobierno.[137]

Kramer critica lo que considera una visión relativamente nueva, que divide los ámbitos de la política y del derecho. En el

---

135 Bickel, Alexander M., *The Least Dangerous. The Supreme Court at the Bar of Politics,* Indianapolis, Bobbs Merrill Educational Publishing, 1962, pp. 16 y 17; Gargarella, Roberto, *La justicia frente al gobierno. Sobre el carácter mayoritario del poder judicial*, Barcelona, Ariel, 1996, p. 11.

136 Kramer, Larry D., *Constitucionalismo popular y control de constitucionalidad,* trad. de Paola Bergallo, Madrid, Marcial Pons, 2011, pp. 16 y 17.

137 *Ibidem*, p. 18.

ámbito de la política el pueblo manda; en el del derecho no, el derecho es gobernado por una élite compuesta por profesionales, jueces y abogados. La Constitución pertenece al ámbito del derecho y, por lo tanto, su desenvolvimiento interpretativo queda en manos de esa élite y fuera del alcance del pueblo.[138] Esta concepción —sostiene Kramer— no refleja la historia del constitucionalismo en Estados Unidos, pues, la mayor parte del tiempo, la última palabra en materia de interpretación constitucional fue dada por el pueblo.[139]

En esto consistiría el constitucionalismo popular: en una visión conforme a la cual la palabra final acerca de la Constitución debe ser la del pueblo y no la de una Corte Suprema. El constitucionalismo popular objeta la supremacía judicial y el desarrollo que en los últimos tiempos ha tenido el control judicial. La última palabra acerca de la Constitución no debe ser la de la Corte, sino la del pueblo.

De hecho, su comprensión acerca del control judicial de las leyes dista de las narraciones comunes según las cuales la revisión judicial, a partir de *Marbury vs. Madison,* se expandió y fortaleció, provocando que la supremacía judicial remplazara al pueblo desde el principio. Por el contrario, Kramer ofrece una lectura diferente del famoso caso y del desenvolvimiento posterior de la revisión judicial. Al dictar su paradigmática sentencia, el juez Marshall recurrió al control judicial, pero, al hacerlo, estuvo más determinado por el contexto político que por la intención de establecerlo. Su finalidad fue más bien *dejar constancia* de la existencia del control que *establecer su existencia*.[140] Además, la postulación del control judicial realizada en la sentencia fue más bien conservadora.[141]

Esta afirmación tiene sentido si consideramos que, en la misma resolución, Marshall postuló la categoría de las llamadas *political questions* (o cuestiones políticas no justiciables) como un

138 *Ibidem*, p. 20.

139 *Idem*.

140 *Ibidem*, p. 161.

141 *Ibidem*, p. 162.

área inaccesible para el control judicial, al sostener que los jueces tienen el poder de invalidar las leyes contrarias a los derechos de la Constitución, pero que no puede ejercerse cuando se trata de materias privativas de los otros poderes.

La historia del control judicial después de *Marbury* también tendrá carácter excepcional. Kramer analiza lo sucedido en tiempos del *New Deal* y, luego, el trabajo de las cortes Warren y Burger. Reconocerá que estas últimas fueron decididamente más activas, pero, en su opinión, se mantuvieron dentro de los márgenes establecidos por la Corte en tiempos del *New Deal*, y que consistió en mantener su escrutinio en un ámbito limitado a lo razonable, dejando un amplio margen de actuación a los poderes públicos.

Las cortes Warren y Burger trabajaron en el margen más amplio brindado por las cláusulas de debido proceso e igual protección y, desde allí, se pronunciaron sobre derechos específicos por razones de raza, género y privacidad. Pero el ejercicio de control aún dejaba amplios márgenes de acción a los poderes legislativo y ejecutivo, sobre todo en temas económicos.[142]

Para Kramer, la supremacía judicial comienza a ser aceptada en los años ochenta y se puede apreciar a partir de la pasiva aceptación de la ciudadanía y en el consenso generalizado en la academia, salvo excepciones como la suya.[143] No parece animarse a establecer las causas definitivas de este cambio; sin embargo, adelanta que puede explicarse debido a la pérdida de confianza en la democracia —lo que denomina "la anomalía histórica de la Corte Warren"— y al ya apuntado consenso en la academia y los formadores de opinión acerca de las bondades del control judicial.[144]

Más allá de estas razones y de la reconstrucción histórica de Kramer en clave de constitucionalismo popular, lo relevante es establecer por qué la supremacía judicial es un problema para él. La supremacía judicial es un rasgo aristocrático del sistema,

142 *Ibidem*, pp. 271 y 272.

143 *Ibidem*, p. 280.

144 *Ibidem*, p. 281.

aceptado e impulsado por quienes temen a los excesos de la democracia.[145] Nada de esto es novedoso. El sesgo elitista de los sistemas de supremacía judicial es una nota señalada por muchos, pero la crítica de Kramer pretende ir algo más allá. Para él, la supremacía judicial implica un acto de claudicación al ideal del autogobierno, una renuncia del pueblo a favor de la aristocracia de toga, conformada por las élites jurídicas representadas en la Corte. Ello implica, ni más ni menos, reconocer que la Corte es la autoridad máxima en lo que a la Constitución se refiere, y no la ciudadanía; que la Corte es el amo, no el sirviente; y en una república las cosas deben ser exactamente al revés.[146]

Para Kramer, la supremacía judicial es incompatible con el constitucionalismo popular,[147] que es la visión constitucional que mejor honra el ideal republicano. Pero, entonces, ¿qué lugar queda para el control judicial sin supremacía judicial? Para responder a esta pregunta es necesario comenzar por establecer que el constitucionalismo popular no rechaza el control judicial en general,[148] sino ciertas formas de control: aquellas que postulan que la Corte tiene la última palabra, que prevalecerá sobre la interpretación constitucional del pueblo y sus representantes.

Propondrá entonces un sistema de separación de poderes de tipo departamental en el cual las cortes pueden y deben pronunciarse acerca de la eventual inconstitucionalidad de las leyes, pero el efecto de esa declaración dependerá de las reacciones de los otros poderes y, por su intermedio, del público.[149] Así, su trabajo se mantendrá igual, solo que la Corte sabrá que lo que decida podrá ser revocado o, mejor, desoído por una autoridad superior.[150]

---

145 *Ibidem*, p. 301.

146 *Idem*.

147 Post, Robert y Siegel, Reva, *Constitucionalismo democrático. Por una reconciliación entre constitución y pueblo*, trad. de Leonardo García Jaramillo, Buenos Aires, Siglo XXI Editores, 2013.

148 Kramer, Larry D., *op. cit*., p. 259.

149 *Ibidem*, p. 307.

150 *Ibidem*, p. 308.

El papel que desarrolla la Corte en esta propuesta sería algo así como el de un jugador sin ningún poder de veto, que solo puede advertir los problemas de la ley en cuestión, insertar argumentos en la discusión pública, lo que desde la óptica de Kramer no es poco, pero sí lo es desde las miradas habituales acerca del control constitucional.

De hecho, cabría preguntarse qué tanto es posible identificar un rol de control en la revisión judicial tal como la concibe Kramer, pues, en la medida en que los otros poderes cumplan con la decisión de la Corte —si así lo consideran—, se trataría más bien de un esquema de autocontrol que podría considerarse como la negación del control mismo.

Post y Siegel han observado que la versión de departamentalismo vinculada al constitucionalismo popular que postula Kramer puede provocar resultados complejos y dilemáticos. El departamentalismo parte de concebir un sistema articulado con base en el concepto de separación de poderes y en el cual cada poder tiene sus funciones, que deben coordinarse. El poder judicial debe resolver los casos mediante interpretaciones aplicables a las partes del juicio y, a su vez, el poder ejecutivo debe cumplir las decisiones del poder judicial, aunque no comparta las interpretaciones judiciales. En esto consiste el departamentalismo.[151]

Pero ¿cómo aplicaría la propuesta de Kramer con base en esta idea común y extendida del departamentalismo apoyada en la separación de poderes? Post y Siegel presentan el siguiente ejemplo: el Congreso emite una ley que penaliza las expresiones de apoyo al terrorismo. Con fundamento en dicha ley, una persona es penalizada por proferir discursos que apoyan el terrorismo; acto seguido, la Corte decide que esa ley es inconstitucional porque viola la libertad de expresión. ¿Qué debería suceder? ¿El poder ejecutivo se debería negar a poner en libertad a la persona si, a la luz de una interpretación diferente, entiende que la libertad de expresión no debería amparar esa clase de discursos? Post y Siegel señalan que, si esta fuera la respuesta, la propuesta de Kramer se volvería dilemática. Si se sostiene que el presidente puede desobedecer la interpretación de la Corte, se afecta de manera

[151] Post, Robert y Siegel, Reva, *op. cit*., p. 126.

grave a los derechos fundamentales y su interpretación judicial, pero si, de acuerdo con el departamentalismo que Kramer dice sostener, el poder ejecutivo debe obedecer a la Corte porque su decisión es definitiva, termina por asumir la supremacía judicial que quiere desterrar.[152]

El problema central de la propuesta de Kramer es que se apoya en una visión sumamente confrontadora entre democracia y supremacía judicial, y se asume que el control judicial no puede hacer nada por la democracia mediante la protección de los derechos que sustentan un ejercicio adecuado de la democracia constitucional. Como también apuntan Post y Siegel, su concepto de democracia parece identificarse con un sistema democrático sustentado en la idea de agregación de preferencias,[153] y no de transformación de preferencias, más propio de la democracia constitucional. La propuesta de Kramer parece sugerir que la justicia debe acompañar a las instituciones representativas mediante la introducción de argumentos en la discusión pública, pero nunca limitarla. Lo mejor que la justicia constitucional puede hacer por la democracia es no estorbarle.

En una línea similar parece orientarse Jeremy Waldron, aunque, como veremos, su propuesta está condicionada a la existencia de ciertas características de contexto. Al igual que en Kramer, la supremacía judicial es un problema porque implica darle la última palabra a una Corte y quitársela al pueblo y a sus representantes; implica quitarles la decisión acerca de las políticas y el significado de los términos de la Constitución, lo que supone un costo muy alto para la democracia y, más aún, para el autogobierno.[154]

Específicamente, el interrogante al que procura dar respuesta Waldron es si los jueces deben anular leyes cuando estas violan derechos humanos. Se han postulado muchas respuestas a favor

152 *Ibidem*, p. 127.

153 *Ibidem*, p. 129.

154 Waldron, Jeremy, *Contra el gobierno de los jueces. Ventajas y desventajas de tomar decisiones por mayoría en el Congreso y en los tribunales*, trad. de Federico Jorge Gaxiola, Leonardo García Jaramillo y Santiago Virgüez-Ruiz, Buenos Aires, Siglo XXI Editores, 2018, p. 151.

de darles ese poder a los jueces y la mayoría asume que, aunque el trabajo de los jueces puede no ser perfecto, siempre arrojará beneficios, por lo que es preferible contar con un sistema de revisión judicial fuerte.[155]

De inicio, Waldron rebate un supuesto que se asume en todas las teorías que argumentan a favor del control constitucional, y es el pesimismo con el que se suele ver a las mayorías. Existen sistemas en los cuales las mayorías liberales, comprometidas con la idea de los derechos humanos, deliberan y deciden sobre los derechos. No solo a favor de sus derechos, sino también a favor de los de las minorías, y lo hacen bien.[156] Dicho esto, Waldron afirmará que su interés es ofrecer argumentos contra la revisión judicial en abstracto, es decir, desligados de casos particulares cuya resolución, en un sentido u otro, pueda inclinar la balanza a favor o en contra de la revisión judicial.[157]

La propuesta también está condicionada, porque supone la presencia de las siguientes cuatro condiciones: *i)* una sociedad cuyas instituciones democráticas funcionen razonablemente bien; *ii)* un poder judicial independiente que también funcione de manera adecuada; *iii)* una ciudadanía y funcionarios comprometidos con la idea de los derechos y, por último, *iv)* la existencia de desacuerdos acerca de los derechos.

Si alguna de las condiciones no se da y el sistema presenta patologías —sobre todo aquellas que aparecerían por la ausencia de alguna de las primeras tres condiciones—, se podría tener por adecuada a la revisión judicial.[158] Sin embargo, Waldron considera que la ausencia de alguna de estas condiciones no significa, *per se*, que la revisión judicial sea defendible, porque es posible que el control judicial tampoco ofrezca soluciones a los problemas que se quieren superar. Es decir, habría que generar argumentos que, por sí solos, justifiquen la adopción del control judicial.[159]

---

155 Waldron, Jeremy, "The Core of the Case against Judicial Review", *cit.*, p. 1348.

156 *Ibidem*, pp. 1349 y 1350.

157 *Ibidem*, p. 1351

158 *Ibidem*, p. 1360.

159 *Ibidem*, pp. 1402 y 1403.

Las objeciones de Waldron a la revisión judicial se centran en dos argumentos: el primero, conforme al cual, cuando la discusión se traslada a las cortes, la sociedad queda apartada de la misma y, además, el problema central de la discusión queda tapado, oscurecido por cuestiones secundarias tales como la técnica procesal, los precedentes y las reglas de interpretación, temas todos que atienden más al método de abordaje del tema propio de los estrados judiciales que al problema real en juego. En segundo lugar, considera que es más ilegítimo el método de privilegiar el voto mayoritario de un pequeño grupo de personas no electas y que no rinden cuentas por sus decisiones que el que permite llegar a una decisión democrática tomada por el pueblo a través de sus representantes.[160]

Entonces, para Waldron, el problema consiste en que, en un sistema con revisión judicial, el pueblo pierde su poder amplio de autodeterminación, de autogobierno, a favor de las cortes.[161] Ahora bien, no todas las formas de revisión judicial podrían generar este problema. Propone distinguir entre una forma de revisión judicial fuerte y otra suave. La primera es aquella que permite que la Corte impida que una ley se aplique a un caso concreto, o bien, que se elimine una norma del sistema jurídico, como ocurre en los sistemas que poseen mecanismos de control con efectos generales. En un sistema débil, los tribunales pueden revisar la ley, pero no pueden negarse a aplicarla.[162]

Para Waldron, la problemática radica en las formas fuertes de control, no en las débiles, pues estas últimas no permiten la configuración de la supremacía judicial. Las formas débiles, recordémoslo, agregan argumentos a la discusión pública, pero no la cierran, pues no se trata de decisiones definitivas. Cabría preguntarnos si es posible concebir una forma de revisión judicial que permita a las cortes inaplicar leyes contrarias a la Constitución, pero de manera mesurada, sin los excesos activistas a los

160 *Ibidem*, p. 1353. Estos argumentos y, en general, las objeciones al control judicial son más desarrolladas en Waldron, Jeremy, *Derechos y desacuerdos*, trad. de José Luis Martí y Águeda Quiroga, Madrid, Marcial Pons, 2005.

161 Waldron, Jeremy, *Contra el gobierno de los jueces*..., *cit*., pp. 132 y ss.

162 Waldron, Jeremy, "The Core of the Case against Judicial Review", *cit*., p. 1355.

que suelen temer aquellos que tienen un compromiso serio con la democracia. Waldron responderá que no.

El trabajo de la revisión judicial se vincula a una carta de derechos, y esos derechos son elementos particulares que, en la medida en que sean abordados de esa manera y no como parte integrada de un programa o política de gran calado, podrían mantener al control judicial dentro de márgenes aceptables. Pero tal cosa no puede ocurrir porque, de acuerdo con Waldron, los jueces tenderán a concebirse como hacedores de ese programa y de políticas con alcance general.[163]

En la medida en que un sistema de revisión judicial fuerte, es decir, con capacidad de inaplicación, no se mantendría en los márgenes que ofrece el estudio de los derechos como elementos particulares, la revisión débil es la única que permite mantener el autogobierno en manos de los ciudadanos.[164] Solo manteniendo la última palabra en boca de los ciudadanos para resolver sus desacuerdos en materia de derechos será posible que la sociedad conserve la capacidad de autogobernarse. Si esa función se traslada a los tribunales mediante un sistema de revisión judicial fuerte, se priva a las personas de su derecho a la participación, elemento esencial del sistema democrático.

Las explicaciones analizadas hasta aquí entienden que las cortes no deben ser actores centrales en un sistema democrático y, por lo tanto, no pueden tener la última palabra acerca de la interpretación de los derechos. El cierre de las discusiones en relación con los desacuerdos sobre los derechos corresponde a la ciudadanía, ya sea de manera directa o a través de sus representantes. Los jueces solo podrían introducir argumentos al debate público, sin carácter definitivo, solo como insumos para la deliberación principal, la cual se debe llevar a cabo en otro lugar, no en las cortes.

Estos razonamientos aplican en contextos acotados. Kramer desarrolla sus argumentos a partir de una reconstrucción revisionista de la historia constitucional de Estados Unidos, mientras

163 Waldron, Jeremy, *Contra el gobierno de los jueces...*, *cit*., pp. 141 y 142.

164 *Ibidem*, p. 80.

que para Waldron resultan centrales los modelos de democracia estilo Westminster, que también deben sus características de estabilidad a condiciones históricas, institucionales e incluso económicas determinados. Además de confiar demasiado en la corrección de las decisiones democráticas, y de ser explicaciones aplicables a ciertas circunstancias, descartan que la justicia constitucional tenga algo que aportar a la democracia, especialmente al desarrollo de sistemas democráticos robustos en términos deliberativos.

Las teorías que consideran que la justicia constitucional puede hacer algo más allá de no estorbar en una democracia constitucional podrían dividirse en aquellas que postulan el cuidado de la democracia procurando preservar las decisiones democráticas —salvo excepciones— y aquellas que sostienen que la justicia constitucional puede y debe desempeñar un rol más activo en el cuidado de la democracia, sobre todo posibilitando el desarrollo de un cierto tipo de democracia, más participativa y deliberativa.

Las primeras proponen el desempeño de un rol preservador, mientras que las segundas consideran que, además de preservar, las cortes deben desarrollar un papel más constructivo y configurador de una democracia que opere de manera adecuada.

La forma más básica de expresión de las teorías de la preservación de la democracia mediante la mínima intromisión en las decisiones democráticas sugiere no obstaculizar las decisiones de la legislatura a menos que haya motivos claros para hacerlo. Un argumento clásico de este tipo es el postulado por Thayer, según el cual, si el juez puede ignorar la ley, no lo debe hacer de manera rutinaria, sino porque se apoya en buenos argumentos, que se configurarían cuando quien tiene la facultad de hacer la ley no solo ha cometido un error, sino que además el error es tan claro que no puede ser considerado dentro del espectro de opciones razonables con las que se contaba para establecer en la ley. Es decir, el juez constitucional solo debería actuar en aquellos casos en los cuales la ley es clara y gravemente inválida.[165]

[165] Thayer, James B., "The origin and scope of the American constitutional law", *Harvard Law Review*, vol. 7, núm. 3, 25 de octubre de 1893, p. 144.

La deferencia que el poder judicial debe hacer a favor del poder legislativo se sustenta en razones específicas que, al mismo tiempo que justifican la centralidad del poder legislativo, refuerzan la excepcionalidad de la revisión judicial. Entre ellas destacan, según la lectura de Vicki Jackson: por un lado, el pluralismo interpretativo, según el cual un tribunal no puede decir que hay una única manera de interpretar o que esa interpretación adecuada es la que realizan los tribunales; en segundo lugar, el departamentalismo, que de alguna manera Thayer adelanta y por el que el legislador tiene el deber de ofrecer interpretaciones constitucionales igualmente relevantes que las del poder judicial, y un tercer argumento relevante, el que apela a la responsabilidad, acorde al cual, si la revisión judicial no se ejerciera con la excepcionalidad apuntada, el poder legislativo sería llevado paulatinamente a dejar de pensar en lo correcto o justo desde el punto de vista constitucional y, así, a evadir su responsabilidad con la Constitución, porque, al fin y al cabo, siempre prevalecería la interpretación judicial de la Constitución.[166]

El textualismo puede ser incluido en el grupo de las teorías de la preservación. Según esta posición, la labor interpretativa en el ámbito constitucional debe tener como objetivo identificar el derecho que el texto de la Constitución efectivamente contiene y expresa, y no la intención de sus redactores.[167] La Constitución es el texto a interpretar y debe ser interpretado de manera contextual, lo que significa que sus palabras deben ser entendidas según lo que comunicaron a las personas razonables en el momento en que fue producido.[168] El contexto abarcaría algo más que esto y estaría conformado por: *i)* el enunciado que contiene las palabras; *ii)* el texto completo de la Constitución, que permite identificar las palabras asociadas a la que se quiere

166 Jackson, Vicki C., "Thayer, Holmes, Brandeis: Conceptions of Judicial Review, Factfinding, and Proportionality", *Harvard Law Review*, vol. 130, núm. 9, octubre de 2017, pp. 2384 y 2396.

167 Scalia, Antonin, "Los tribunales del *common law* en un sistema de derecho continental", en Scalia, Antonin *et al.*, *Una cuestión de interpretación*, trad. de Gonzalo Villa Rosas, Lima, Palestra, 2015, p. 104.

168 Chiassoni, Pierluigi, "Nota preliminar", en Scalia, Antonin *et al.*, *op. cit.*, p. 21.

interpretar; *iii)* el texto de otros documentos relevantes, como el preámbulo de la Constitución o una declaración de derechos, y *iv)* lo que Scalia denomina "finalidad evidente", que no debe ser confundida con la finalidad contenida en la intención de los autores, sino más bien identificada con el objeto del texto mismo, es decir, un propósito objetivo que surge del significado de las palabras según una interpretación razonable en el momento de la creación.[169]

La propuesta de Scalia se mueve en zonas intersticiales. Por un lado, parece presentarse como una propuesta que persigue una interpretación de tipo objetiva, debido a que exige que la labor del intérprete debe concentrarse en el texto y hacer una abstracción de toda consideración extratextual, por ejemplo, las intenciones de los autores.[170]

En ese sentido, parece apoyar una forma de interpretación no contextual concentrada en los aspectos semánticos y sintácticos de las palabras del texto; sin embargo, no es así. No es objetiva porque se abre a cierto rasgo de subjetividad, pero no se trata de la intención del autor del texto.[171] El elemento subjetivo que parece aceptar es la atribución de significado de las personas razonables del tiempo en el que el texto fue producido. Si bien se focaliza en el texto —razón por la cual la interpretación propuesta tiene un rasgo más objetivo—, no descarta totalmente la significación atribuida por las personas, por lo cual también es posible identificar una nota subjetiva.

Lo mismo sucede con la importancia del contexto, que no es descartado totalmente. Si bien se esfuerza por eliminar la presencia de elementos extratextuales, como la intención de la autoridad normativa, considera necesaria la inclusión de otros textos adyacentes, lo que implica la aceptación de elementos más allá del texto en sí.[172]

---

169 *Ibidem*, p. 23.

170 Guastini, Riccardo, *Interpretar y argumentar*, trad. de Silvina Álvarez Medina, Madrid, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, 2014, p. 106.

171 *Idem*.

172 *Ibidem*, p. 107.

Si bien propone que el texto sea el centro de la labor interpretativa y que hay que enfocarse en el significado de las palabras, su postura no es literalista; de hecho, la considera una forma degradada de textualismo y, por ello, la critica. El meollo de su crítica radica en que el literalismo propone algo absurdo, o bien inútil, porque las palabras siempre derivan su significado de algún contexto, el cual, de ser excluido, ofrecería resultados interpretativos muy alejados de lo razonable.[173]

El originalismo también es objeto de crítica por Scalia, pero no todo originalismo, sino aquel que se denomina "intencionalista", según el cual, para realizar la labor interpretativa, es preciso rastrear en la intención de aquellos que produjeron el texto. La identificación de la intención de los constituyentes se lograría mediante la reconstrucción de la historia legislativa.

Para Scalia, este tipo de originalismo intencionalista es peligroso. Primero, porque lo que persigue es la identificación de lo que llama una "Constitución implícita", que puede ser algo bien distinto a la "Constitución explícita", que es aquella a la que se debe honrar, por contar con legitimidad democrática. Pero además, esta posición entraña un riesgo diferente, que consistiría en que, dadas las dificultades para identificar esa intención constituyente, se abre un espacio importante para que penetren las intenciones y creencias del mismo intérprete.[174]

Pero el descarte del intencionalismo originalista no implica que esta propuesta carezca de elementos originalistas. De hecho, el originalismo aparecería en la necesidad de contemplar el significado que las palabras tuvieron para las personas razonables en el tiempo de la producción del texto. Se trata de una posición no intencionalista, pero decididamente originalista.

En fin, la propuesta de Scalia es textualista, pero descarta el textualismo literalista; es originalista, mas no intencionalista, y busca reducir la subjetividad a su mínima expresión y, más bien, concentrarse en la objetividad en el texto. También propone una visión mínimamente contextual, que incluya los textos adyacentes y la atribución de significado original.

---

173 Chiassoni, Pierluigi, *op. cit*., p. 30.

174 *Ibidem,* p. 31.

Por último, el textualismo critica al evolucionismo interpretativo, según el cual el intérprete debe atribuir al texto un significado actual, diferente al habitual. La atribución de un nuevo significado permite adaptar el derecho viejo a los tiempos nuevos.[175] Este método sería incompatible con la democracia porque permitiría el cambio constitucional a través de la interpretación judicial y dejaría de estar reservado al legislador democrático, que es quien debe llevarlo a cabo en una democracia.

Para Scalia, el textualismo que defiende es la única posición interpretativa compatible con la democracia constitucional. ¿De qué manera el textualismo es deferente con la democracia? La deferencia opera en dos planos. En primer lugar, en el nivel legislativo, la interpretación de la ley debe preservar su significado en los términos explicados y este solo puede cambiar a través del trabajo legislativo. En segundo lugar, si la deferencia opera respecto a la ley, con más razón debe operar respecto a la Constitución, y aquí, además, Scalia se toma muy en serio la objeción contramayoritaria que ya hemos explicado. La Constitución tiene como finalidad proteger derechos contra las decisiones de las mayorías que los afecten. El carácter de garantía de la Constitución se perdería si se permitiera una interpretación evolutiva de la misma, porque la garantía de los derechos estaría a merced de las nuevas interpretaciones. En tercer lugar, porque el cambio constitucional quedaría en manos de autoridades no electas, lo que debe ser evaluado como anómalo en un sistema democrático. La primera objeción asume que la evolución será contraria a los derechos; la segunda expresa la forma típica de objeción democrática.

Entonces, el textualismo procura honrar las decisiones democráticas, legales y, con más razón, las constitucionales, y las preserva, de modo que el cambio normativo se lleve a cabo en las instancias democráticas. El lugar reservado para la labor de la revisión judicial estaría determinado por el escrutinio sobre las leyes y la inaplicación de aquellas que no puedan ser incluidas en el ámbito denotativo de lo que permite el texto de la Constitución, dando espacio a incluir elementos de contexto aportados por las personas razonables en el momento de la elaboración de

[175] Guastini, Riccardo, *op. cit*., p. 114.

la Constitución. Las posiciones textualistas, en general, tienden a petrificar la tarea interpretativa.

Las teorías que consideran que la justicia constitucional puede no solo preservar, sino también promover la democracia, se presentan en un rango muy amplio. Para intentar organizarlas, cabría una primera gran clasificación que considera dos grandes formas de promover la democracia: una primera vía consistiría en que la justicia constitucional trabaje sobre las condiciones procedimentales del sistema democrático; otra vía implicaría que, además de promover el cuidado de los aspectos procesales, fomenten la intervención en asuntos sustantivos, orientados al cuidado de las condiciones de la deliberación. El primer grupo de teorías se identifica con una idea de democracia pluralista; el segundo con una idea más robusta de democracia de tipo deliberativo.

Sin lugar a dudas, la vía de la promoción procedimental es representada por John Ely, quien postuló una teoría del control judicial que pretende ofrecer una tercera vía, diferente al textualismo y a la interpretación orientada a valores o sustantivista. El textualismo que estudiamos le parece insuficiente para dar cuenta de los desafíos interpretativos, mientras que el interpretativismo valorativo, por su parte, será peligroso para el sistema democrático. El primero cree que la revisión judicial puede efectuarse solo con base en el texto de la Constitución, y el segundo asume que dicho texto no es suficiente y que los jueces deben resolver recurriendo a valores ubicados fuera de él. Ambas posiciones resultan, a su juicio, insatisfactorias.[176]

Comencemos por la crítica de Ely al textualismo. Ya hemos apuntado que esta posición considera que la revisión judicial debe llevarse a cabo considerando el texto de la Constitución y, a lo sumo, extenderse a la comprensión razonable del texto en la época en la que fue producido. Esta aproximación no es posible —sostiene Ely—, porque la Constitución posee disposiciones de textura abierta, conceptos valorativos que necesariamente am-

[176] Ely, John H., *Democracia y desconfianza. Una teoría del control constitucional*, trad. de Magdalena Holguín, Bogotá, Siglo del Hombre Editores-Universidad de los Andes, 1997, p. 20.

plían la brecha interpretativa e invitan a buscar soluciones más allá del texto.[177] Tal invitación sería irresistible.

Disposiciones de la Constitución de los Estados Unidos —contexto para el que Ely escribe principalmente—, como las referidas a igual protección y debido proceso, entre otras, muestran cómo a lo largo de su desarrollo interpretativo se han incluido, en su campo denotativo, aspectos que no surgen ni del texto ni del lenguaje de los debates, ni de las categorías que los autores pudieron haber contemplado en aquel momento.[178]

El caso de la cláusula de igual protección ofrece un buen ejemplo para demostrar lo que Ely apunta. Este principio determina que ningún estado negará a las personas sujetas a su jurisdicción la igual protección de las leyes. En el momento en el que este principio fue incluido, estaba destinado a evitar la desigualdad hacia las personas negras,[179] pero la forma general de su enunciado no permite saber con certeza las desigualdades tolerables o las que están prohibidas.[180] El textualismo no puede ser fiel a sí mismo, en buena medida porque el objeto a interpretar (la Constitución) demanda al intérprete romper los diques impuestos por la sujeción al texto.

En la acera de enfrente se encuentra lo que Ely denomina "la interpretación libre", que consiste en orientar la interpretación hacia premisas justificatorias que pueden ser halladas más allá del texto de la Constitución. Dichas premisas pueden encontrarse en valores fundamentales compartidos que el juez es capaz de identificar, en los valores del mismo juez, en el derecho natural o en la tradición, pero ninguno de estos supuestos se hace cargo del principio democrático ni de la contradicción que produciría que, en un sistema democrático, las personas se rijan por los valores identificados por una aristocracia de *jueces filósofos*.[181]

177 *Ibidem*, p. 31.

178 *Ibidem*, p. 33.

179 *Ibidem*, p. 49.

180 *Ibidem,* p. 51.

181 *Ibidem*, p. 81.

El textualismo y el interpretativismo libre nos conducen a un aparente callejón sin salida. Pero existe una tercera posición, que es su teoría y que, en lo fundamental, nos propone que asumir que la Constitución necesita contenidos más allá del texto —como niega el textualismo— no implica llegar al indeseable extremo de imponer valores, como alienta el interpretativismo libre.[182]

Para salir del punto muerto que presentan las dos explicaciones habituales, Ely se enfoca en una sentencia y una época de la Corte Suprema de Estados Unidos. En la sentencia del caso *United States vs. Carolene Products*, de 1938, la Corte avaló la constitucionalidad de una ley federal que prohibía el transporte interestatal de leche envasada, por considerar que el único requisito que la ley debía cumplir era ser racional y, a juicio de la Corte, lo era. Pero lo que llamó la atención de Ely es una nota a pie de página en la que el Tribunal ofreció más razones para orientar el trabajo de revisión judicial. La nota en cuestión consta de tres párrafos: en el primero se afirma que los márgenes de presunción de constitucionalidad de una ley se achican cuando esta cae en el margen de las prohibiciones constitucionales; en el segundo se sostuvo que el escrutinio judicial puede ser más estricto cuando la legislación examinada restringe los procesos políticos de los que se espera que rechacen leyes incorrectas; por último, el tercer párrafo expuso que otro supuesto que permitiría el ejercicio de un escrutinio judicial estricto es el de las leyes que restringen los derechos de las minorías discretas e insulares y que limitan la participación de estas minorías en el proceso político o simplemente las excluye.[183]

A juicio de Ely, este caso y su famosa nota al pie adelantan el enfoque de la Corte Suprema durante la época en la que fue presidida por el juez Earl Warren. En esta etapa la Corte fue claramente intervencionista o activista, pero no del modo en que lo había sido en otras épocas, por ejemplo, durante la llamada era Lockner, cuando se opuso a cambios legislativos tendentes a expandir derechos, orientando su trabajo a la consecución de valores sustantivos conservadores y contrarios a los que se impulsaron en esos años desde el poder legislativo.

182 *Ibidem*, p. 97.

183 *Ibidem*, p. 100.

En opinión de Ely, esta forma de intervención es problemática, pero un tipo de activismo no lo es: aquel manifestado por la Corte Warren, que orientó su labor hacia cuestiones en materia de debido proceso, las garantías procesales en general y las cuestiones procesales en un sentido amplio, por ejemplo, el proceso de producción legislativa y derechos fuertemente relacionados con el proceso democrático, como la libertad de expresión y el derecho de asociación. También vinculadas con las restricciones al sufragio y, en general, con asegurar que el proceso político esté abierto a todos los actores y puntos de vista. Asimismo, orientó su trabajo a la protección de las minorías que normalmente no son tratadas de modo igual por las mayorías y que son excluidas de la discusión democrática, especialmente las minorías raciales.[184] La revisión judicial, entonces, debería orientarse en este sentido anunciado por la nota al pie de *Carolene Products* y desarrollado por la Corte Warren.

Pero esta forma de revisión judicial supone una determinada concepción acerca de la Constitución, y adicionalmente, una Constitución de ciertas características. En opinión de Ely, una Constitución no debería establecer una ideología determinada, sino más bien establecer una estructura que sirva para resolver los conflictos políticos.[185] Aquí Ely nos está informando acerca de su concepción constitucional, es decir, de aquellas propiedades o características de las constituciones que, a su parecer, deben prevalecer sobre las demás.[186] La concepción que defiende es procedimentalista, porque una Constitución debe encargarse de establecer procedimientos orientados a la consecución de ciertos valores, y la revisión judicial solo es legítima cuando se propone preservar el procedimiento para la toma de decisiones democráticas.[187]

Pero lo central no es tanto lo que Ely considera que una Constitución debe establecer, sino aquello que en realidad es-

184 *Ibidem*, p. 98.

185 *Ibidem*, p. 115.

186 Aguiló Regla, Josep, "Cuatro pares de concepciones opuestas de la Constitución", en Aguiló Regla, Josep *et al*., *Fragmentos para una teoría de la Constitución,* Madrid, Iustel, 2007, p. 23.

187 *Ibidem*, p. 44.

tablece. Al respecto, subraya que la Constitución de los Estados Unidos se ocupa esencialmente de temas de estructura, competencias y procesos.[188] En buena medida, la Constitución estadounidense es expresión de una concepción procedimentalista. Afirmar esto no implica negar que la Constitución no haya tenido como objetivo central cuidar valores sustantivos —entre ellos la libertad—. Lo que se afirma, más bien, es que ese valor se ha intentado preservar de una manera particular, a través de procesos que, a su vez, se han diseñado para que las decisiones respecto a valores sustantivos sean tomadas en las instancias democráticas.[189]

Para Ely, si los jueces orientan su trabajo de revisión judicial a reforzar la representación, estarán desempeñando un papel de árbitros, para el que se encuentran especialmente capacitados. Se deben dedicar a llevar a cabo un trabajo que corrija las desviaciones de la política, tal como un órgano antimonopolista vigila el funcionamiento adecuado del mercado.[190]

Ely realizará un repaso en clave procedimental por las cláusulas constitucionales que contienen derechos y concluirá que, en todos los casos, esos derechos tienen una clara vocación procedimental. En algunos supuestos lo anterior puede ser más claro (p. ej., la libertad de expresión, de reunión, el debido proceso y el derecho al sufragio pueden orientarse hacia el objetivo específico de contribuir al desarrollo del proceso democrático). Otros derechos, como la igualdad o la prohibición de la tortura, pueden tener una connotación más sustantiva, pero aun en el caso de los derechos que se orientan más directamente a la preservación de la democracia no es posible ocultar su fuerte connotación sustantiva.

Si consideramos el caso de la libertad de expresión desde una posición como la de Ely, se puede orientar el trabajo interpretativo hacia la vinculación entre la libertad de expresión y el sistema democrático y, de ese modo, proteger aquellas expresiones que se vinculen con el debate democrático y contribuyan a fortalecerlo.

188 Ely, John H., *op. cit*., p. 116.

189 *Ibidem*, pp. 126 y 128.

190 *Ibidem*, p. 129.

Sin embargo, nada garantiza que todos los intérpretes, presentes y futuros, se inclinen por esa opción interpretativa. La libertad de expresión, aun cuando es perfectamente posible entenderla como una precondición esencial para la democracia, puede ser interpretada de forma mucho más amplia y estar vinculada con otros fines, objetivos y valores —como la autonomía individual— y, así, dar cabida en su ámbito de protección a discursos artísticos, o incluso políticos, contrarios a la propia democracia. Y las orientaciones no procedimentalistas pueden generarse no solo por preferencias particulares del intérprete en turno, sino también por demandas del contexto.

En este sentido, la propuesta de Ely parece tener lugar en el terreno de sus concepciones, y no tanto en el de las constituciones reales o en el de las prácticas interpretativas verificables, más allá de ciertos momentos y en ciertos contextos.

Incluso, la propuesta procedimentalista resultaría más viable o defendible respecto a constituciones lacónicas, pero podría no tener fuerza explicativa en el caso de constituciones fuertemente materializadas y normativas. Una Constitución así, del tipo de las que prevalecen en tiempos de la constitucionalización de los derechos, que incorpora normas sustantivas y contenidos que —como indica Prieto Sanchís— provienen directamente de la moral, parecen exigir mucho más que posturas procedimentalistas. La concepción constitucional se divorcia de la Constitución contextuada porque no es posible sostener una lectura exclusivamente procedimental de constituciones rematerializadas.[191] La propuesta de Ely resultaría insatisfactoria en lo que se refiere a las demandas constitucionales.

Pero esta propuesta también puede resultar insatisfactoria desde la misma democracia, que se procura preservar. La noción de democracia sostenida por Ely parece algo simple y podría no tener la fuerza explicativa para dar cuenta de las complejas democracias contemporáneas a las que les exigimos más en términos de corrección moral.

[191] Prieto Sanchís, Luis, *El constitucionalismo de los derechos. Ensayos de filosofía jurídica*, Madrid, Trotta, 2013, p. 26.

Gargarella ha señalado que, en la concepción democrática pluralista de Ely, el buen funcionamiento democrático dependería de que los diversos grupos políticos de una comunidad determinada se equilibren y no dominen unos sobre otros.[192] Pero las visiones pluralistas no parecen satisfactorias, por ciertas razones. Por un lado, a estas posiciones les preocupa que los diferentes puntos de vista se expresen, pero no parecen muy preocupadas por la corrección moral de esos puntos de vista.[193]

En este sentido, es posible que estas visiones democráticas no permitan proteger de manera robusta valores que consideramos esenciales en las democracias constitucionales, como la autonomía individual de las personas. La protección a las minorías puede permitir su participación, pero eso quizás no sea suficiente para impedir que sean dominadas por aquellos sectores que pueden imponer sus puntos de vista de manera democrática.[194]

Así, las visiones procedimentalistas fincadas en una idea pluralista de democracia no tendrían la fuerza explicativa suficiente para dar cuenta de las actuales democracias constitucionales y del papel que en su marco se exige a la justicia constitucional.

Habermas ofrece otra mirada de tipo procedimentalista, aunque con una más marcada preocupación por la calidad deliberativa. Reconoce el valor de la visión de Ely y la toma en cuenta para su propia propuesta, pero la llevará más allá, sobre todo porque su concepción acerca de la democracia deliberativa es más compleja. Comienza por señalar que la propuesta de Ely no es del todo consecuente, porque se pronuncia contra una interpretación orientada por principios sustantivos y propone orientarla por principios procedimentales. Pero sucede que estos, al igual que los otros principios, tienen un contenido normativo y, por ende, sustantivo.[195] Podría considerarse que, en realidad, se trata de una cuestión de grados. Insistir en la lectura

192 Gargarella, Roberto, *La justicia frente al gobierno...*, *cit*., p. 154.

193 *Ibidem*, p. 156.

194 Nino, Carlos Santiago, *Fundamentos de derecho constitucional...*, *cit*., p. 202.

195 Habermas, Jürgen, *Facticidad y validez. Sobre el derecho y el Estado democrático de derecho en términos de teoría del discurso,* trad. de Manuel Jiménez Redondo, Madrid, Trotta, 1998, p. 338.

procedimental orientará la interpretación judicial para hacerla compatible con la democracia; sin embargo, no parece posible mantener la revisión judicial en esa senda, o bien, el contexto podría demandar más.

Habermas parte de criticar una tendencia clara en los tribunales constitucionales —particularmente en el alemán—, consistente en identificar a la Constitución como un *orden concreto de valores*.[196] Esta idea de Constitución solo se puede sostener si se identifica a los principios constitucionales con valores, pero esta asimilación es equivocada, dado que principios y valores son conceptos diferentes. Los principios, como normas válidas que son, poseen un sentido deontológico y obligan a todos los destinatarios, en principio, sin excepción. Los valores, por su parte —sostiene Habermas—, a diferencia de los principios, tienen un fin teleológico y consisten en preferencias intersubjetivamente compartidas en un contexto determinado. De esta forma, los principios, como normas, nos indican aquello que es obligatorio; los valores, en cambio, aquello que puede resultar mejor y recomendable. Las normas jurídicas recogen valores y, por tanto, contenidos teleológicos, pero son juridificados por los procesos de internalización jurídica, de modo que pasan de ser bienes apetecibles a ser normas obligatorias aptas para justificar acciones y decisiones.[197]

Ver a los principios como valores provoca que ciertos fines dotados de preferibilidad particular —por ejemplo, la del juez— se conviertan en principios obligatorios y, por tanto, imponibles a todos.[198] Además, desarrollar una práctica interpretativa con base en valores puede provocar la toma de decisiones irracionales por parte del tribunal. La irracionalidad se asoma debido a que la justicia constitucional comenzará a utilizar argumentos funcionales para orientar decisiones hacia la preferencia respecto a bienes no necesariamente vinculados a derechos, o incluso contrarios, como podrían ser la paz, la seguridad, el bien común, etc. De esta forma, también se descartan argumentos

196 *Ibidem*, p. 327.

197 *Ibidem,* pp. 328 y 329.

198 *Ibidem*, p. 332.

normativos y se mina la fuerza normativa de los derechos y de la Constitución.[199]

Dicho esto, Habermas sostiene que el trabajo de la justicia constitucional debe estar orientado a la preservación del proceso de producción de normas —que es en donde radica la legitimidad— y a que ese proceso se desarrolle en las condiciones de la democracia deliberativa.[200] Esas condiciones imponen trabajar sobre:

i) los presupuestos comunicativos de los espacios de discusión pública, que no son solo los ámbitos parlamentarios, sino que incluyen los espacios de discusión política en un sentido amplio, en el contexto cultural y social, es decir, en espacios informales de comunicación política. A la democracia deliberativa le importa promover la relación y comunicación entre ambos escenarios en los que se ejerce la comunicación política;[201]

ii) lo anterior implica que a la propuesta deliberativa le importa incluir a todas las voces en la discusión pública, no solo la de los grupos de interés que normalmente logran imponer su agenda y decisiones sobre el resto. Por lo tanto, es determinante que la justicia constitucional trabaje en pro de la inclusión de esos grupos sociales periféricos y habitualmente excluidos.[202] En este aspecto, el procedimentalismo pluralista y el deliberativo parecen acercarse; sin embargo, hay una diferencia importante. La visión pluralista no es sensible a incluir aquellos grupos excluidos que no califican como minorías discretas o insulares. Por ejemplo, un colectivo como el de las mujeres no sería considerado de esa forma y, en consecuencia, no merecería una especial protección. Para la democracia deliberativa sí, debido a que, por una serie de razones no relacionadas con su potencial numérico, las mujeres han sido excluidas de la discusión pública de diversas maneras;

199 *Ibidem*, p. 333.

200 *Ibidem*, p. 348.

201 *Ibidem,* pp. 348 y 349.

202 *Ibidem*, p. 349.

iii) cuando las leyes concretan intereses o transacciones de esos grupos de interés, deben ser fuertemente escrutadas por los tribunales constitucionales y señaladas por su déficit deliberativo, y

iv) la justicia constitucional también debe ser promotora del diálogo en el seno del Gobierno y, así, impulsar la reconsideración de los poderes emisores de normas que adolezcan de problemas de exclusión.

La propuesta deliberativa de Habermas y el papel asignado a la justicia constitucional son más profundos que el de la propuesta procedimentalista pluralista, porque su idea de democracia es más compleja. Para que la democracia funcione de manera adecuada, es necesario cuidar otros aspectos más allá del solo funcionamiento de los canales de representación política; es preciso trabajar más sobre el diálogo que se produce en las instancias representativas, y más allá de ellas también. Asimismo, implicará trabajar sobre aquellos productos legislativos que no obtienen su legitimidad solo por ser expresión de instancias democráticas representativas, sino, además, por ser producto de un proceso deliberativo adecuado, en el que importan las razones, cada una de ellas y su sopesada evaluación por parte de todos los involucrados.

El procedimentalismo o monismo de Ely parece menos sensible al contexto, o bien, a sus variaciones, pues es una explicación pensada para entornos democráticos más estabilizados en los cuales las instancias democráticas funcionan con ciertos estándares de calidad. La propuesta de Habermas, además de tener un enfoque más sustancialista orientado a las condiciones, sujetos y productos de la deliberación, acepta que el contexto puede exigir un trabajo jurisdiccional más activo y profundo sobre la ley.

Las teorías analizadas hasta aquí, en general, buscan cuidar la democracia, preservarla y apuntalar las condiciones para su buen funcionamiento, pero todas tienen en mente las decisiones provenientes del Gobierno, de los representantes del pueblo, de modo que la justicia constitucional intervendrá cuando tales decisiones tengan cierto tipo de defectos —procedimentales o deliberativos—, pero el rango de evaluación o escrutinio jurisdiccional sea menor.

Sin embargo, es posible ampliar el rango de control sin perder de vista el objetivo de preservar decisiones democráticas, aunque ya no solo privilegiando razones procedimentales. Eso es lo que propone el dualismo democrático de Ackerman. Para el dualismo, es posible identificar dos tipos de decisiones democráticas: las del Gobierno y las del pueblo. Las primeras se generan en los momentos políticos ordinarios, en los tiempos de la política ordinaria; se trata de las que toma el Gobierno para la gestión de los negocios públicos. Pero existe otro tipo de decisiones, que se toman no ya en momentos ordinarios, sino en periodos extraordinarios. Ackerman les llama *momentos constitucionales*, y se caracterizan por que un gran número de ciudadanos se moviliza, conscientes de la importancia del asunto que se debate. Además, la ciudadanía ha tenido la oportunidad de expresar su opinión sobre el tema en cuestión y se identifica una mayoría que es partidaria de una forma de decidir el asunto.

Los momentos constitucionales, a diferencia de los ordinarios, son excepcionales: uno, el primigenio, es el punto en el cual se crea la Constitución, pero la narrativa constitucional de una comunidad determinada no se agota con la generación del texto de la Constitución, ya que la voz del pueblo puede manifestarse con igual legitimidad en otros momentos, por ejemplo, cuando la Constitución es reformada o en otras situaciones de particular movilización y debate, aunque los resultados de tal movilización no se plasmen en el texto constitucional.[203]

La justicia constitucional debería preservar esos momentos también porque los representantes del pueblo, así como no pueden dejar de atender lo que estableció el pueblo en la Constitución, tampoco deberían desoír lo que este exprese en esos momentos constitucionales posteriores. Así, la justicia constitucional debería orientar sus esfuerzos a preservar ciertas decisiones democráticas dotadas de especial legitimidad, que serían aquellas impulsadas por el pueblo.

Es posible, entonces, concebir la existencia de nuevos momentos constitucionales y nuevas decisiones de naturaleza cons-

[203] Ackerman, Bruce, *We the people. Foundations*, Cambridge, Mass., The Belknap Press of Harvard University Press, 1993, p. 6.

titucional que la sociedad pueda generar. Ackerman identifica en la historia estadounidense momentos de tal naturaleza: lo serían los acuerdos efectuados luego de la guerra civil que generaron reformas en materia de integración racial y el *New Deal*, proceso en el cual tuvieron lugar profundas reformas económicas tendentes a superar la grave crisis económica que iniciaría a fines de los años veinte.

El dualismo propuesto por Ackerman procura reforzar el compromiso de la justicia constitucional con la democracia y con sus decisiones más legítimas, aquellas en las cuales el pueblo se expresa sin interlocutores. Supera así la crítica histórica al argumento de Hamilton expresado en *El federalista núm. 78*, según el cual, cuando la Corte declara una ley inválida por ser contraria a la Constitución, no estaría actuando antidemocráticamente, sino, por el contrario, preservando las decisiones democráticas más legítimas, que son aquellas plasmadas en la Constitución.

Este argumento ha recibido muchas críticas, pero especialmente una: que con ese razonamiento se petrifica la Constitución y se obliga a las generaciones futuras a mantenerse atadas por las decisiones de las generaciones pasadas. El argumento de Ackerman permitiría superar el problema de "la mano muerta del pasado", posibilitando el reconocimiento de decisiones futuras sobre aspectos básicos que la ciudadanía pueda expresar luego del momento constitucional originario.

Sin embargo, se observa que este esfuerzo argumentativo podría no ser útil para dejar atrás los señalamientos acerca del carácter contramayoritario que tradicionalmente se han apuntado contra la revisión judicial en general e, incluso, podrían agravarlo, porque, en definitiva, los jueces serían los encargados de definir si se está o no ante un momento constitucional y luego identificar aquellas decisiones específicas que son tomadas en ese momento.

Lo primero exigiría de la Corte una lectura y una composición política del momento más propia de los sectores políticos y ajena al trabajo de control jurisdiccional; lo segundo demanda un trabajo de interpretación y reconstrucción jurídica muy profunda. Es decir, la Corte no solo debe configurar un momento

político, sino, además, extraer las consecuencias jurídicas de las decisiones que cree o asume que se han tomado. Todo esto se asemeja más a un rol propio de un poder constituyente que al de un poder constituido, por más poder de cambio constitucional que pueda ejercer y le sea reconocido.

Hasta aquí podemos ver que las teorías de corte procedimentalista señalan que las cortes deben trabajar sobre los procesos y los participantes en ellos, porque de esa manera obtendremos decisiones legítimas acordes a las exigencias de un sistema democrático. Sin embargo, una Corte que trabaje como lo sugiere Ely hará mucho más que trabajar sobre procesos, pues terminará tomando decisiones sobre aspectos sustantivos, posiblemente orientados a procesos, pero sustantivos al fin.

Algo similar ocurre con Habermas. Sus estrictas condiciones para el desarrollo de la democracia deliberativa promoverán un trabajo orientado no solo a las formas de la deliberación, sino también a sus condiciones, lo que permitirá profundizar en el escrutinio y, en definitiva, sustanciarlo.

Ackerman orienta la discusión de otro modo. Si bien su preocupación es la democracia —y más específicamente las decisiones democráticas dotadas de un alto grado de legitimidad—, es claro que no solo le interesan las formas, sino el contenido de los cambios acaecidos e identificados en momentos constitucionales. En este sentido, apoyará la revisión judicial respecto a ciertas materias, en la medida en que ello venga respaldado por decisiones democráticamente cualificadas. Pone el acento en el origen de la decisión, de los criterios y de los cambios que deben ser respaldados o rechazados por la Corte.

Habermas incorpora notas deliberativas y, por ende, extiende los márgenes del control sin dejar de subrayar lo procedimental. Ackerman nos ha permitido dejar atrás las posiciones procedimentalistas pluralistas y deliberativas.

Pero antes de pasar al estudio de propuestas más marcadamente sustancialistas, es preciso detenernos para estudiar una mirada que, en cierta medida, se desvía de la propuesta metodológica que estamos siguiendo en esta narración. En lugar de justificar una cierta forma de revisión judicial desde las intensida-

des del control yendo del procedimentalismo al sustancialismo, movido por la preocupación por la democracia, este enfoque nos propone centrarnos en la intensidad del control, independientemente de las concepciones sustancialistas o procedimentalistas.

Se trata del minimalismo judicial, posición defendida por el profesor Cass Sunstein, y que persigue identificar una forma de comportamiento judicial que promueva la democracia deliberativa y no un sistema apoyado en el simple mayoritarismo.[204]

Esta propuesta identifica tres posibles formas de adjudicación constitucional, que denomina: anulación, permisión y promoción democrática. La forma de adjudicación que anula procura establecer materias que quedan fuera del alcance de la política; esta sería la forma estándar de comprender la revisión judicial. La permisión se propondrá validar las decisiones producidas en el proceso democrático.[205] Dicha forma se relacionaría con posiciones populistas o, incluso, con algunas formas de textualismo. En cambio, la forma de adjudicación que defiende se propone promover la democracia, para lo cual buscará disparar o mejorar el proceso de deliberación democrático a través de requerir el juicio deliberativo de los órganos democráticamente responsables, pero no a través del reenvío propuesto por Kramer o Waldron.

Esta clase de intervención judicial se logra cuando las cortes adoptan una actitud minimalista, que consiste en una cierta forma de ejercicio de la restricción judicial, pero que, a diferencia de otras formas de restricción, no opera como una creencia general y, por ende, no promueve el temor a invalidar leyes.

El minimalismo pretende hacerse cargo del desacuerdo y del pluralismo que caracteriza a las sociedades. Por ende —afirma—, se debe procurar, por un lado, que las decisiones judiciales asuman la necesidad de permitir que diferentes proyectos de vida se desarrollen en el marco de la Constitución y, por el otro, permitan que las discusiones puedan continuarse en el futuro, para lo cual es preciso que no las clausure.

---

204 Sunstein, Cass, *One case at a time. Judicial minimalism in the Supreme Court*, Cambridge, Mass., Harvard University Press, 2001, p. 24.

205 *Ibidem*, p. 26.

Nada de esto significa que el minimalismo no tenga un compromiso con ciertos acuerdos sustantivos. Por el contrario, aun una Constitución lacónica como la estadounidense, en comparación con otras, manifiesta un importante número de acuerdos sustantivos mínimos, por ejemplo, el derecho al disenso político, a la igual protección de la ley contra la discriminación, a la libertad religiosa, la prohibición de la tortura y un largo etcétera.[206]

Con base en esos acuerdos sustantivos constitucionales minimalistas, los jueces deben efectuar un tipo de trabajo de adjudicación minimalista. Para ello, al resolver sobre principios y derechos, deben evitar la elaboración de grandes y completas teorías para sustentar sus decisiones. Antes bien, deben decidir sobre la base de acuerdos teorizados incompletos, aunque consistentes con su deber de dar razones para sus decisiones. A tal fin, podrán recurrir a los precedentes y al razonamiento por analogía, pero sus decisiones deben permitir que quienes pierdan en los estrados judiciales pierdan solo un caso y no *el mundo entero*. De esta forma, la materia en cuestión podrá ser discutida a continuación por las instancias democráticas.[207]

En su opinión, cuando las cortes resuelven casos a partir de la construcción judicial de grandes teorías que procuran cerrar la discusión, lejos de solucionar el problema en torno al caso, pueden contribuir a exacerbar posiciones y generar más conflicto (esto es, a su juicio, lo que sucedió en Estados Unidos con casos emblemáticos como *Roe vs. Wade*). De forma opuesta, las cortes minimalistas deben resolver los casos a partir de decisiones acotadas, ceñidas al caso en el que recaen y sin pretender extenderlas a casos futuros e hipotéticos.

La propuesta de Sunstein es importante y sugiere que las cortes introduzcan razones en la deliberación pública, mas no que las impongan ni que clausuren la discusión para los órganos democráticos. Sin embargo, no resulta claro por qué el que las cortes den razones estructuradas en una teoría inhibiría la discusión pública, cuando lo lógico sería suponer que el papel de las cortes es dar sus mejores razones, no escatimar en ellas, y que de

206 *Ibidem,* p. 260.

207 *Ibidem*, pp. 262 y 263.

esa manera se generan mejores contribuciones al debate público. Por el contrario, el minimalismo, entendido como la resolución de asuntos de modo acotado, puede privar de sustento y potencia a la aportación judicial. Incluso podría considerarse que el enfoque superficial e incompleto que sugiere el minimalismo puede afectar el carácter normativo de la propia Constitución.

Luego de este recorrido por diversas teorías que postulan diferentes formas de concebir y ejercer la revisión judicial, es posible extraer una primera conclusión: que la determinación de la forma en la cual la justicia constitucional puede trabajar en pro de la democracia estará supeditada a la idea de democracia que se sostenga. En la medida en que la idea de democracia sea más compleja y robusta, el papel de la justicia constitucional se incrementará y se orientará a la protección de otros bienes, algunos de los cuales pueden no ser compatibles con decisiones democráticas legítimas desde el punto de vista de ciertas concepciones democráticas, lo que llevará a considerar que no toda decisión democrática, por más legitimidad que tenga, merece ser preservada.

Ninguna de las posiciones analizadas hasta aquí sugiere que la idea de democracia se agote en la noción de la regla de la mayoría. Esta regla es un método de decisión, pero de ninguna forma la democracia puede reducir su significado a tal método. En general, las visiones analizadas, por más procedimentales que sean, deben aceptar un cierto compromiso con determinadas nociones sustantivas, aunque sean mínimas. La idea mínima del respeto a las formas y procedimientos, en realidad, expresa una valoración acerca de la relevancia sustantiva del procedimiento.

IV. Justicia constitucional, democracia constitucional y derechos

Algunas concepciones deliberativas expresan un compromiso muy fuerte con ciertos aspectos de fondo, y no solo de forma. Es decir, denotan un compromiso con los derechos humanos como precondiciones necesarias para el funcionamiento adecuado de la democracia.

Carlos Nino ofrece una visión deliberativa de este tipo. La democracia constitucional —afirma— combina dos ideales, el de la participación popular y el del gobierno limitado, y existirán diversos modelos de democracia que, en general, justificarán sus diferencias en atención a las diferentes formas de entender la relación entre la democracia y el constitucionalismo. Incluso, las variaciones dependerán más bien de la concepción del constitucionalismo que se tenga.[208]

Siguiendo a Sartori, la democracia es un concepto normativo y, por lo tanto, no es posible defender una idea de esta sin sostener, de manera previa, una teoría valorativa de la misma. Así, la democracia tiene instituciones contingentes que pueden ser recomendadas desde la propia dinámica de un sistema democrático determinado, pero también tiene instituciones necesarias cuya ausencia impediría que la democracia cumpla sus fines.[209]

Ahora bien, Nino atribuye a la democracia un valor epistémico porque se trata de un procedimiento confiable para acceder al conocimiento de los principios morales que justificarán la toma de decisiones en una comunidad.[210] La democracia ofrece una forma de llevar a cabo la discusión moral con sujeción al límite del tiempo, y las decisiones se toman por regla de mayoría porque es el mejor sucedáneo de la unanimidad para garantizar la imparcialidad.[211] Para ello, el procedimiento deliberativo efectuado en el seno del sistema democrático debe cumplir con ciertas condiciones:

i) todas las partes interesadas deben participar en la discusión y en la decisión,

ii) la participación se debe dar en términos de igualdad y sin coerción;

iii) los participantes deben poder expresar sus intereses y justificarlos con argumentos genuinos;

---

208 Nino, Carlos Santiago, *La constitución de la democracia deliberativa*, trad. de Roberto P. Saba, Barcelona, Gedisa, 1998, p. 15.

209 *Ibidem*, p. 22.

210 *Ibidem*, p. 167.

211 *Ibidem*, p. 168.

iv) el grupo debe tener una dimensión adecuada para maximizar las posibilidades de un resultado correcto;

v) que no haya minorías aisladas ni mayorías y minorías estáticas, y

vi) que las personas no estén sometidas a emociones extraordinarias.[212]

Adicionalmente, se debe considerar que la democracia no aplica a ciertas materias o temas, como los de carácter científico o aquellos que tienen que ver con ideales morales autorreferentes.[213]

Pero ¿de qué manera se articulan las relaciones entre la democracia y los derechos en el seno de la Constitución, considerando la existencia de conflictos entre ambos elementos? De inicio, para Nino, no hay una tensión de base entre derechos y democracia, porque el valor de la democracia consiste en que se trata de un procedimiento que sirve para decidir cuestiones sobre principios morales, como los que atañen a los derechos.[214] Pero Nino ofrece una razón más para intentar dejar atrás la relación conflictiva entre derechos y democracia: que el valor epistémico no se atribuye a cualquier procedimiento de decisión por medio de la regla de mayoría.

Para valer en términos epistémicos, la democracia requiere reunir ciertas precondiciones, presupuestos, sin los cuales no hay razones para valorar especialmente sus resultados:[215] participación igualitaria y libre; orientación de los argumentos a la justificación; ausencia de minorías aisladas, todo lo cual exige, además, la vigencia de derechos como la libertad de expresión o la libertad de asociación, entre otros derechos clásicos.[216] Pero igualmente es necesario generar ciertas condiciones materiales que permitan participar en la discusión de los asuntos públicos de manera adecuada y, para ello, también será preciso garantizar derechos como la educación, la alimentación, la vivienda, y otros

212 *Ibidem*, p. 180.

213 *Ibidem*, p. 181.

214 *Ibidem*, p. 190.

215 *Ibidem,* p. 191.

216 *Ibidem*, p. 192.

derechos sociales que permitan el desarrollo de la vida en condiciones dignas.[217]

La propuesta de Nino va mucho más allá de las explicaciones que justifican la revisión judicial en la protección de la democracia. Es cierto que el objetivo de resguardar derechos se dirige hacia la promoción de la democracia deliberativa mediante la protección de las condiciones que le dan valor epistémico, pero, al parecer, la relación con los derechos es mucho más estrecha de lo que el propio Nino admite en esta parte de su obra. Esto se puede apreciar cuando afirma que el control judicial no se desprende de la propia idea de supremacía constitucional, porque existen otras formas de apuntalar dicha supremacía.

Tampoco se desprende de la misma idea de democracia, de hecho, la revisión judicial contradice la idea de democracia, a menos que el control sea concebido como un instrumento puesto a su servicio. Para Nino, el control judicial se desprende de la Constitución ideal de los derechos.[218] Veamos.

Si el control es anómalo en un sistema democrático, su ámbito de actuación debería ser reducido y su ejercicio excepcional. Sin embargo, desde una teoría robusta de los derechos —como la que defiende Nino—, esto no puede ser posible y el control judicial, en realidad, tendrá más penetración que lo que se podría suponer.

Las excepciones que propone Nino, y que habilitarían el ejercicio del control, serían: el control del procedimiento democrático y de los derechos *a priori*, que permiten su desenvolvimiento;[219] la autonomía personal[220] y la Constitución como práctica social,[221] en otros términos, la democracia deliberativa, la Constitución ideal de los derechos y la Constitución histórica. Esto permitiría que, mediante el control judicial, se desechen leyes que no respeten los presupuestos del proceso democrático, que

217 *Ibidem,* p. 193.

218 *Ibidem*, p. 269.

219 *Ibidem*, p. 273.

220 *Ibidem*, p. 277.

221 *Ibidem*, p. 280.

se funden en razones perfeccionistas y que afecten las prácticas jurídicas moralmente aceptadas, respectivamente.

Lo importante radica en comprender de qué forma se articulan las relaciones entre estas dimensiones. Acerca de las relaciones entre derechos y democracia, ya hemos dicho que los derechos son precondiciones de la democracia y los derechos aludidos no son aquellos de naturaleza procedimental, o interpretados a la luz de concepciones procedimentales. Las precondiciones defendidas por Nino exceden los marcos de lo procesal. ¿De qué manera se acomodan las relaciones entre la Constitución ideal de los derechos y la Constitución histórica?

Para responder a esta cuestión debemos partir de lo que Nino denomina "teorema fundamental de la teoría jurídica", que consiste en que las acciones y decisiones que se deben tomar para resolver problemas morales, como los que atañen a derechos humanos, no pueden ser tomadas con base en la Constitución histórica, es decir, con base en las prácticas constitucionales, que son normas positivas, sino sobre la base de razones autónomas, que son, ni más ni menos, principios morales que establecen derechos fundamentales.

La Constitución histórica o práctica constitucional no es premisa del razonamiento justificatorio, sino objeto de justificación frente a los derechos.[222] Dicha práctica puede condicionar la aplicación de esos principios,[223] pero solo será preservada en la medida en que sea compatible con ellos.[224] Lo mismo se puede decir frente a la democracia; las decisiones democráticas no son premisa del razonamiento justificatorio, sino también objeto de justificación frente a los derechos.

En definitiva, tanto la justificación de la democracia como la fundamentación del control judicial de constitucionalidad se encuentran en los derechos humanos.[225] Esta última afirmación de Nino nos permite comprender que el sentido último del control

222 *Idem*.

223 *Ibidem*, pp. 54 y 55.

224 *Ibidem*, p. 62.

225 *Ibidem*, p. 95.

judicial de constitucionalidad es la protección de los derechos humanos, lo que no resulta necesariamente incompatible con otros fines u objetivos, pero es necesario reconocer a la prevalencia de los derechos como objeto de protección de la justicia constitucional.

V. Conclusiones

Todo indica que intentar vincular conceptualmente a la justicia constitucional con la democracia no sería una empresa del todo exitosa. Diversos sistemas han prosperado sin un control judicial de constitucionalidad.[226] Incluso, los más fervientes defensores de esta institución en el ámbito europeo —como Kelsen, primero, y Ferrajoli, después—, al admitir que la falta de garantía de anulación de los actos inconstitucionales no permitirá —técnicamente hablando— que la Constitución sea completamente obligatoria,[227] parecen más bien aludir a un problema de eficacia, que bien podría ser compensado con otras formas de garantía.

Sin embargo, es innegable que la revisión judicial puede producir importantes beneficios para la garantía jurisdiccional de la Constitución, sobre todo en aquellos contextos en los cuales los poderes político y económico no son consistentes en su respeto a las normas constitucionales, lo que, por cierto, describiría a la mayoría de los sistemas constitucionales, salvo algunas excepciones.

De esta forma, es posible, mediante argumentos robustos provenientes de la práctica constitucional de un sistema determinado, justificar la revisión judicial de las leyes y asignarle el carácter de institución identitaria de un sistema constitucional dado. Por tanto, la necesidad de la garantía jurisdiccional de la Constitución, y sobre todo la intensidad de su trabajo, dependerá de factores contextuales, como la calidad de su sistema democrá-

226 Dworkin, Ronald, *op. cit*., p. 483.

227 Ferrajoli, Luigi, *Principia Iuris, Teoría del derecho y la democracia,* t. II: *Teoría de la democracia*, trad. de Perfecto Andrés Ibáñez, Carlos Bayón, Marina Gascón, Luis Prieto Sanchís y Alfonso Ruiz Miguel, Madrid, Trotta, 2011, p. 91.

tico, la fortaleza de su Estado de derecho, el compromiso de las autoridades de respetar la Constitución y honrar los derechos, etcétera.

Pero, en todo caso, la existencia de tal garantía abonará a la eficacia de la Constitución y, especialmente, a incrementar los niveles de protección de los derechos humanos, que es hacia donde deben orientar su trabajo las instancias de control jurisdiccional.

Ahora bien, sin pretender entrar a la discusión —ya superada, por cierto— sobre si el modelo concentrado o el difuso ofrece la mejor garantía jurisdiccional, resulta importante apuntar que la garantía jurisdiccional se encuentra algo limitada en aquellos modelos que mantienen cierta prevalencia a la concentración, porque, en general, el acceso a la justicia constitucional se encuentra bastante restringido, salvo en los sistemas que contemplan una legitimación activa amplia.

Por el contrario, los sistemas que han adoptado el control incidental y *ex officio*, también llamado difuso, expanden el elenco de jueces constitucionales y, así, incrementan la potencia de la revisión judicial de las leyes, independientemente de los efectos relativos de las determinaciones provenientes de los jueces que solo inaplican leyes.

En los capítulos siguientes analizaremos el proceso de recepción de esa forma de garantía jurisdiccional en el sistema jurídico mexicano.

Capítulo segundo

El modelo de control jurisdiccional difuso

I. Introducción

En el ámbito del control jurisdiccional de constitucionalidad, y desde el punto de vista del análisis semántico, el adjetivo "difuso" parece admitir usos diversos. En ocasiones lo utilizamos para calificar el sistema de control judicial que se realiza en un orden jurídico determinado, como cuando decimos "tal país cuenta con un sistema de control constitucional difuso"; o bien, para catalogar un modelo de control jurisdiccional entre los posibles que el derecho comparado ofrece, al expresar "el modelo estadounidense es difuso", o también para adjetivar una función, al referir "el juez ejerció control difuso".

Ya sea para adjetivar un sistema, un modelo o una función, podemos encontrar los distintos usos del término "difuso" en decisiones judiciales, libros y artículos, incluso en conversaciones más o menos formales entre estudiosos e interesados en la justicia constitucional. Sin embargo, es preciso advertir que, en estos casos, los usos habituales del término adolecen de cierta imprecisión. La expresión "control difuso" se ha tornado equívoca y el empleo de dicho adjetivo, impreciso.

Podría suponerse que las imprecisiones indicadas no tienen mayor importancia y que, en todo caso, las indagaciones acerca de cuál es la utilización correcta del adjetivo solo tienen interés académico, sin alcances prácticos. Desde nuestro punto de vista,

emplear incorrectamente las expresiones puede tener importantes efectos en el desenvolvimiento de las actividades que nominamos de forma inexacta.

Como intentaremos demostrar más adelante, el adjetivo que nos ocupa es un buen ejemplo de lo dicho. En este capítulo profundizaremos en el origen del término y procuraremos ofrecer elementos para defender su correcta aplicación y, sobre todo, para entender qué actividades de control están implicadas en la expresión "control difuso".

II. El origen del concepto

Para establecer cuál es el uso correcto del término "difuso", el primer paso necesario es indagar acerca de la aparición del adjetivo en el ámbito del control constitucional e identificar aquello que se buscó calificar. Hasta donde tenemos conocimiento, la palabra fue postulada por primera vez por Carl Schmitt en su famosa obra de 1931, *La defensa de la Constitución,*[1] en la que el autor exploró las diferentes formas de defender la Constitución. Los argumentos de Schmitt fueron contestados poco tiempo después por Hans Kelsen en la obra *¿Quién debe ser el defensor de la Constitución?*,[2] dando forma, así, a uno de los debates constitucionales más significativos de la primera mitad del siglo xx.[3]

---

1 Schmitt, Carl, *La defensa de la Constitución*, 2a. ed., trad. de Manuel Sánchez Sarto, Madrid, Tecnos, 1998. El título original de la obra es *Der Hüter der Verfassung*, y fue traducida al castellano el mismo año de su aparición.

2 Kelsen, Hans, *¿Quién debe ser el defensor de la Constitución?,* trad. de Roberto J. Brie, Madrid, Tecnos, 1995.

3 Un análisis completo acerca de esta discusión se puede consultar en el estudio preliminar, a cargo de Giorgio Lombardi, de la obra de Schmitt, Carl y Kelsen, Hans, *La polémica Schmitt/Kelsen sobre la justicia constitucional: El defensor de la Constitución versus ¿Quién debe ser el defensor de la Constitución?*, trad. de Manuel Sánchez Sarto y Roberto J. Brie, Madrid, Tecnos, 2009. Es preciso señalar que la obra de Schmitt es una respuesta a las ideas previas de Kelsen acerca de la garantía jurisdiccional de la Constitución, presentadas en la Quinta reunión de profesores alemanes de derecho público, realizada en Viena los días 23 y 24 de abril de 1928. Véase la nota preliminar realizada por Domingo García Belaunde al trabajo de Kelsen en Kelsen, Hans, "La garantía jurisdiccional de la Constitución", trad. de

De regreso a la cuestión acerca de la aparición del término, Schmitt insertó el adjetivo "difuso" en el capítulo primero de su libro, que dedicó a explicar las circunstancias y formas de desenvolvimiento del control judicial aceptado desde hacía pocos años por el Tribunal Supremo del *Reich*, así como sus diferencias con el control ejercido por la Corte Suprema de Estados Unidos, que era la forma de control más conocida hasta la fecha.[4]

Su intención fue ofrecer argumentos para dimensionar de manera adecuada el rol que se atribuyó el Tribunal alemán, así como evitar las analogías que entre dicho tribunal y el alto tribunal estadounidense intentaban realizar aquellos que veían en la Corte americana un ejemplo a emular.

En su opinión, existían muchas diferencias entre las actividades de control desplegadas por ambas altas cortes y el resto de los jueces en sus respectivos sistemas. En esencia, en opinión de Schmitt, la Corte de Estados Unidos ejercía un papel exorbitado al resolver sobre la constitucionalidad de las leyes con base en principios generales, a los que de manera *abusiva* se les designaba como normas, principios no siempre claros que en ocasiones no estaban siquiera expresados en enunciados normativos y que habilitaban una interpretación autoritaria de conceptos tales como propiedad y libertad,[5] o la buena fe, el derecho justo o la razón.[6] El rol tan central de los jueces estadounidenses, a juicio de Schmitt tan poco deferente con el principio de legalidad, había convertido a la Corte Suprema en protectora y defensora del orden social y económico vigente, labor que claramente no le correspondía.[7]

Rolando Tamayo y Salmorán, *Anuario Iberoamericano de Justicia Constitucional*, Madrid, núm. 15, 2011, pp. 249-300.

4 En la sentencia aludida, el alto tribunal alemán sostuvo: "No conteniendo la Constitución del *Reich* ningún precepto por el que se sustraiga a los tribunales la decisión sobre la constitucionalidad de las leyes del *Reich* y se confíe a otro organismo determinado, debe reconocerse el derecho y el deber del juez a examinar la constitucionalidad de dichas leyes", citado por Lombardi, Giorgio, *op. cit*., p. XXXII.

5 Schmitt, Carl, *op. cit*., pp. 44 y 45.

6 *Ibidem*, p. 51.

7 *Ibidem*, p. 52.

Por el contrario, la facultad asumida por el Tribunal alemán distaba mucho de asemejarse a la revisión judicial estadounidense, pues esta función, que otros tribunales pueden ejercer de forma análoga, tiene un ámbito mucho más acotado y acorde con el principio de legalidad. La facultad reconocida consistió en la posibilidad de inaplicar una ley simple, lo que estaría habilitado cuando dicha ley contradiga de manera manifiesta un precepto de la Constitución.[8] Pero además era necesario que dicho análisis se efectuara con ocasión de la subsunción de los hechos en la norma, pues solo en tal supuesto es posible efectuar un ejercicio de control con sujeción a la ley.

El control constitucional abstracto propuesto por Kelsen, consistente en el contraste entre una norma legal y la norma constitucional, habilita un posible rol arbitrario por parte del juez, pues existe un abismo interpretativo en la tarea de verificar la compatibilidad lógica entre dos normas;[9] abismo que no existe o resulta menor cuando el juez trabaja en el campo de la subsunción de hechos en la norma.[10]

Schmitt no solo se opuso al modelo de control judicial desarrollado en Estados Unidos, sino también al sistema de justicia constitucional propuesto por Kelsen. Sin embargo, comprendió que las facultades que el Tribunal Supremo del *Reich* reconoció para todos los jueces, ejercidas con las acotaciones indicadas, son —se podría decir— propias de la actuación de todo tribunal que debe sentenciar un caso; son *accesorias*, se ejercen de manera *ocasional*, son eventuales, incidentales y "conforme a las posibilidades de cada juez en el sistema, es decir, de forma difusa".[11] En la nota al pie de página número 17 de la obra que estamos comentando señaló: "Propongo el término difuso para designar el concepto opuesto al de derecho de control concentrado en una sola instancia".[12]

En síntesis, Schmitt criticó al modelo de revisión judicial estadounidense por el poco apego que sus jueces demuestran hacia la

8 *Ibidem*, pp. 47 y 48.

9 Lombardi, Giorgio, *op. cit*., p. XXXIX.

10 Schmitt, Carl, *op. cit*., p. 53.

11 *Ibidem*, p. 52.

12 *Idem*, nota núm. 17.

ley, a partir del uso de principios generales que amplían la brecha interpretativa, y critica al sistema austriaco porque el contraste entre la ley y la Constitución, con prescindencia de hechos, habilita un ejercicio arbitrario y distante de la labor propiamente judicial.

En definitiva, no cree que los jueces o una instancia concentrada de justicia constitucional tengan ni la legitimidad ni la capacidad para desempeñar el papel que se les asigna en el modelo estadounidense o en el austriaco como protectores de la Constitución. La posibilidad de inaplicar leyes de acuerdo con la doctrina del Tribunal Constitucional alemán sería lo propio de la labor judicial, y no implica negar validez a la ley, sino negarle aplicación al caso concreto, por ser obligatoria la aplicación del precepto constitucional.[13]

En la medida en que el juez limite su actividad a subsumir hechos en normas generales, se mantendrá sujeto a la ley. El deber de sujetarse a la ley constitucional, además de a la ley simple, no convierte al juez en protector de la Constitución. La sujeción del juez al principio de legalidad y al de constitucionalidad no lo convierte en una instancia especial.[14]

Lo "difuso", entonces, es presentado como antónimo de "concentrado". El adjetivo "concentrado" calificará a aquellos modelos de control en los que tal actividad es desempeñada por un órgano, mientras que "difuso" calificará a los modelos en los que el control jurisdiccional sea concebido como una atribución de todos los jueces.

En un modelo así, el control será: accesorio, pues su ejercicio solo acaecerá si es necesario para la resolución de un conflicto ordinario; incidental, es decir, en el marco de un proceso principal, y ocasional, o sea, eventual, cada vez que sea necesario para resolver el caso de acuerdo con lo ordenado por la Constitución.

En esta primera aproximación surge ya con claridad que el ejercicio de control es entendido como una labor consustancial a la labor de juzgar, y que dicha labor será realizada de manera incidental, es decir, al resolver un litigio concreto con un objeto que no es el de analizar la constitucionalidad de una ley, pero en el que en la labor de adjudicación se debe atender a la Constitución.

---

13 *Ibidem*, p. 48.

14 *Ibidem*, pp. 55 y 56.

El adjetivo "difuso" califica un modelo en el que todos los jueces pueden inaplicar una ley contraria a la Constitución, no una forma de ejecución de control judicial. No se refiere ni a la ocasión ni al método de aplicación o ejercicio del control, sino al sistema en el cual puede tener lugar un control de esta clase.

III. El uso del concepto

Tiempo después, el procesalista italiano Piero Calamandrei publicó la obra *La illegittimità costituzionale delle leggi nel processo civile*, en la que explicó las características del nuevo modelo de justicia constitucional establecido en Italia por la Constitución de 1947. Posteriormente, este trabajo fue recogido en la obra *Instituciones de derecho civil*. Antes de desarrollar el estudio del nuevo modelo, consideró necesario establecer las notas morfológicas o características principales de los sistemas de control de constitucionalidad conocidos.

Con base en un trabajo comparativo que con seguridad involucró a los principales sistemas, estableció una serie de *binomios contrapuestos*. Su análisis inició con la identificación de aquellas características que utilizaría para conocer los sistemas en general. Las notas o características seleccionadas fueron:

i) el objeto, por el cual Calamandrei entendió el tipo de vicio de constitucionalidad que afectaría a la norma;
ii) el órgano habilitado para realizar el control;
iii) la legitimación de quien puede proponerlo, que para nosotros aludiría a la vía en la cual el control puede tener lugar, no porque la legitimación no sea un criterio válido y necesario para conocer un sistema, sino porque el autor le asignó un significado más cercano a la vía o medio para el control, como veremos enseguida;
iv) la extensión de los efectos personales de la decisión y, por último,
v) la naturaleza de los efectos de la decisión, que aludiría a los efectos temporales.

En síntesis: el tipo de inconstitucionalidad, el órgano, la vía, los efectos personales y los efectos temporales.[15]

Los binomios contrapuestos que permitirían conformar las posibles expresiones de cada nota o característica serían los siguientes: en cuanto a los tipos de inconstitucionalidad, estos podrían ser formales o materiales, dependiendo de si la inconstitucionalidad se debe a vicios ocurridos en el procedimiento de formación de la ley o a vicios referidos al contenido de la misma.[16]

En atención al órgano que lo lleve a cabo, es posible distinguir entre el sistema judicial o difuso y el autónomo o concentrado. En el primer caso, el control es desempeñado por todos los órganos de la autoridad judicial; en el segundo, por un "único y especial órgano constitucional, instituido con esta atribución exclusiva y colocado en posición central y preeminente, fuera de cualquier otro orden de órganos".[17]

En consideración a la vía para el ejercicio de control, este puede ser incidental o principal. En el primer supuesto, el control se puede proponer por quien es parte de un proceso concreto, cuando se trate de aplicar la ley cuya constitucionalidad se objeta; en el segundo, la constitucionalidad de la ley se discute de manera principal, independientemente de que la ley se objete con ocasión de un conflicto con un objeto diverso al tema de constitucionalidad de la ley.[18]

Los efectos personales pueden ser generales o especiales, según la decisión sobre la constitucionalidad de la ley tenga como resultado la invalidación de la ley con efectos *erga omnes*, es decir, generales, o bien *inter partes*, cuando los efectos sean especiales, o sea, limitados al caso concreto.[19]

---

15 Calamandrei, Piero, *Instituciones de derecho procesal civil*, trad. de Santiago Sentís Melendo, Buenos Aires, Ediciones Jurídicas Europa-América, 1996, vol. III, pp. 32 y ss.

16 *Ibidem*, p. 32.

17 *Idem*.

18 *Ibidem*, p. 33.

19 *Idem*.

Por último, los efectos pueden ser declarativos o constitutivos, según declaren la nulidad con efectos retroactivos o *ex tunc*, o bien, anulen la ley con efectos *ex nunc*.[20]

Calamandrei propuso estos binomios con el fin de "distinguir los diversos sistemas de control sobre la constitucionalidad de la ley, adoptados en los diversos ordenamientos positivos".[21] A continuación, manifestó que si bien los binomios son presentados de modo separado, en la realidad de los sistemas y por "necesidad lógica", ellos suelen presentarse de manera agrupada de acuerdo con el siguiente orden: el control judicial —afirmó— es necesariamente difuso, incidental, especial y declarativo; a su vez, el control autónomo será concentrado, principal, general y constitutivo.[22]

Vale la pena detenerse en la clasificación de Calamandrei para hacer algunas acotaciones. En primer lugar, la propuesta del autor italiano es sumamente significativa desde el punto de vista semántico. En segundo lugar, los términos que propone, que sistematiza, y a los que atribuye significado, permitieron dotar a la ciencia procesal constitucional de su lenguaje específico. También es destacable el trabajo iuscomparativista que está detrás de la identificación de los términos y la asignación de significado. Desde el punto de vista científico, la aportación de Calamandrei fue muy valiosa.

Se podría observar que cuando postuló que existe una necesidad lógica para agrupar los términos del modo en que lo hace, les imprimió, sin quererlo, cierta forzosa filiación que el desarrollo posterior de los sistemas de control constitucional en los ordenamientos no respetó. La agrupación tenía bastante fuerza explicativa en el momento en que fue realizada, pero, a partir del proceso de hibridación de los modelos, esa capacidad explicativa se fue perdiendo. Volveremos sobre este punto al final del capítulo.

---

20 *Idem*.

21 *Idem*.

22 *Idem*. Para un estudio sobre esta concreta aportación de Calamandrei véase Fix-Zamudio, Héctor, "La aportación de Piero Calamandrei al derecho procesal constitucional", *Revista de la Facultad de Derecho de México*, México, t. VI, núm. 24, octubre-diciembre de 1956, p. 195.

Finalmente, cabe mencionar que Calamandrei retomó el término utilizado por Schmitt y lo opuso a la nota concentrada propia de los sistemas en los que el control se deposita en un órgano especializado. El significado se mantuvo, aunque el adjetivo se empleó de modo algo impreciso, pues con él se calificó al recurso.

Mauro Cappelletti —discípulo de Calamandrei—, en su ya famoso estudio titulado *El control judicial de la constitucionalidad de las leyes en el derecho comparado*, y que fuera publicado en su versión castellana en México en 1966, retomó la clasificación de su maestro y propuso un análisis estructural comparativo de los modernos métodos de control jurisdiccional de constitucionalidad de las leyes bajo tres perfiles principales: *i) el subjetivo*, que atiende a los órganos encargados de llevar a cabo el control; *ii) el modal*, que indica la vía mediante la cual es posible activar el control en un sistema dado, y *iii) el perfil en cuanto a los efectos*, que permite analizar los efectos tanto personales como temporales de las decisiones de la justicia constitucional.[23]

Los perfiles analíticos propuestos buscaron establecer un "panorama tipológico" a partir del análisis de las notas morfológicas de los modelos originarios de control (el modelo europeo o kelseniano y el modelo estadounidense).[24] Así, ambos modelos podrían ser comprendidos a partir de las siguientes díadas conceptuales: [concentrado-difuso], [acción–excepción], [efectos generales–particulares] y [efectos declarativos–constitutivos]. La primera permitiría definir el perfil subjetivo del modelo; la segunda, el perfil modal; la tercera y cuarta, el perfil en cuanto a los efectos personales y temporales, respectivamente.

En relación con el perfil subjetivo, el autor retomó la terminología adoptada por su maestro y estableció que, desde este punto de vista, se pueden identificar dos grandes tipos de control judicial de legitimidad constitucional de las leyes: el sistema difuso, en el que "el poder de control corresponde a todos los órganos judiciales de un ordenamiento jurídico dado, que lo ejercitan incidentalmente, con ocasión de las causas de su competencia", y el

[23] Cappelletti, Mauro, *Obras*, México, Porrúa-Facultad de Derecho de la UNAM, 2007, pp. 21-109.

[24] *Ibidem*, p. 56.

sistema concentrado, en el cual "el poder de control se concentra, por el contrario, en un órgano judicial solamente".[25]

En una versión posterior de este trabajo, publicado en inglés en la *California Law Review,* Cappelletti tradujo el término "difuso" como "descentralizado" y al control "concentrado" como "centralizado",[26] y sostuvo que los términos eran alternativos.

En cuanto al perfil modal, en el modelo estadounidense este se realiza de manera incidental, es decir, en el curso y con ocasión de un caso, de un proceso concreto, común, de la materia que fuere y solo cuando la cuestión acerca de la constitucionalidad de la ley sea relevante para decidir el caso.[27] Por el contrario, en el modelo austriaco, en la formulación básica anterior a las reformas de 1929 a la Constitución de 1920, el control se efectuaba por vía de una acción especial, que tenía por objeto específico discutir la constitucionalidad de la ley atacada por la acción procesal.[28]

De las características del perfil modal es posible extraer otra nota morfológica de los modelos originarios que estamos estudiando. El control realizado de manera incidental, es decir, con ocasión de un caso, habilitará que el tipo de control sea concreto, o sea, atendiendo a los hechos que deben ser subsumidos en la norma. Por el contrario, el control ejercido vía acción se efectuará prescindiendo de la subsunción de los hechos de un caso en una norma, y la operación intelectual consistirá en el contraste en abstracto de la ley con la Constitución.

Esto implica, además, que el control por vía de excepción se efectúa a partir de un acto real de aplicación de la ley. En cambio,

---

25 *Ibidem,* pp. 56 y 57.

26 Cappelletti, Mauro, "Judicial Review in Comparative Perspective", *California Law Review*, vol. 58, núm. 5, octubre de 1970: "From a comparative standpoint, one of the most instructive features of any system of judicial review is the state's choice of either a centralized or a decentralized system. The decentralized or American system gives all the judicial organs within the power to determinate the constitutionality of legislation. In contrast, the centralized or Austrian system confines this power to a single judicial organ". En la nota al pie núm. 65 explica que se pueden utilizar los términos "difuso" y "concentrado" de manera alternativa.

27 Cappelletti, Mauro, *Obras*, *cit.*, p. 86.

28 *Ibidem*, p. 88.

en el modelo originario comentado el control por vía de acción se efectúa a partir de un ejercicio de aplicación hipotético (la combinación de estas notas originarias y el surgimiento de sistemas mixtos alterará estas relaciones permitiendo combinaciones diversas).

Por último, el análisis del perfil en cuanto a los efectos debe distinguir entre los efectos personales y los efectos temporales. Los primeros se refieren a las personas que se verán afectadas por la decisión y los segundos aluden al momento desde el cual la decisión fruto de la labor de control surtirá efectos. En el sistema estadounidense, la eventual inconstitucionalidad consiste en una nulidad preexistente y, por tanto, es declarada y surtirá efectos retroactivos o *ex tunc*.[29] En el sistema austriaco, el hallazgo de inconstitucionalidad tiene carácter constitutivo, la decisión anula la ley y los efectos serán hacia el futuro o *ex nunc*.[30]

En cuanto a los efectos personales, en el modelo estadounidense serán *inter partes*, mientras que en el austriaco serán generales o *erga omnes*.[31]

Cappelletti nos propone entonces la siguiente caracterización: en el modelo estadounidense, el sistema de control es difuso, se activa de manera incidental, el tipo de control es concreto y los efectos serán particulares y retroactivos. Por el contrario, en el modelo austriaco, el sistema es concentrado, el control se provoca por vía de acción, el tipo de control es abstracto y los efectos serán generales y hacia el futuro.

El trabajo de Cappelletti reviste gran importancia, pues nos ofrece una tipología con gran valor explicativo. Podríamos afirmar que su trabajo y el de su maestro Calamandrei, antes, generaron lo que podríamos denominar "la semántica de los modelos de jurisdicción constitucional".

Ahora bien, el andar inicial de estos modelos puros —particularmente el del austriaco— llevó a que sus notas se combinaran y dichos modelos originarios perdieran fuerza explicativa. La puesta en marcha de estos modelos puros generó que sus notas mor-

[29] *Ibidem*, p. 97.

[30] *Ibidem*, p. 98.

[31] *Ibidem*, p. 99.

fológicas se mezclaran, dando lugar a modelos diversos, mixtos o híbridos, como acertadamente ha destacado Fernández Segado.[32]

Nuestro interés no es buscar una nueva tipología o criterio clasificatorio, sino establecer que el proceso de desarrollo de sistemas mixtos se ha dado a partir de la combinación de las notas mencionadas. En este sentido, consideramos que la semántica aportada por los autores que hemos comentado mantiene capacidad denotativa, en la medida en que los conceptos se desagrupen para combinarse. Lo que ha perdido fuerza explicativa es referirse a los modelos como "judicial" y "autónomo" —en el caso de Calamandrei—, o bien, como "americano" o "europeo" —según Cappelletti—, y pretender que cada uno de esos modelos englobe todas las características asignadas en los análisis estudiados. Tales términos ya no permiten denotar claramente un sistema de control jurisdiccional en particular.

Ahora bien, dichas combinaciones se han dado en diversos niveles. Uno, más evidente, es el de las modificaciones a nivel sistémico. Estas se dan cuando un sistema, normalmente orientado hacia un modelo, adopta notas de otro. El ejemplo más claro de este nivel de combinación se ha dado en el ámbito europeo casi desde el principio del funcionamiento de la jurisdicción constitucional.

Fernández Segado ha estudiado cómo en el mismo sistema austriaco, y a partir de la inclusión de la cuestión de constitucionalidad a la que hemos hecho alusión en el capítulo anterior, el modelo originario puro, que respondía de manera nítida a la tipología de Cappelletti, resultó modificado cuando se permitió que los jueces plantearan una cuestión de constitucionalidad ante el Tribunal Constitucional cuando tuvieran dudas acerca de la constitucionalidad de la ley que debían aplicar para resolver el caso. El sistema, hasta antes de la reforma, les impedía inaplicar la norma, pues el Tribunal Constitucional continuaba ejerciendo el monopolio de la declaración de inconstitucionalidad; a partir de la inclusión de esta figura, se les permitió elevar la consulta al Tribunal Constitucional. Luego del estudio por parte del Tribunal, los jueces ordinarios resolverían el caso en función de dicha determinación.

---

[32] Fernández Segado, Francisco, *La justicia constitucional ante el siglo xxi: la progresiva convergencia de los sistemas americano y europeo kelseniano*, México, UNAM, 2004, pp. 25-58.

Las notas típicas fueron, entonces, modificadas. El sistema ya no sería concentrado del todo, pues de aquí en adelante los jueces ordinarios participarían de la labor de control. La forma de incoar el ejercicio de control también se combinó, pues, junto a la vía directa que concedía el recurso o acción de inconstitucionalidad, se adicionó la cuestión de constitucionalidad, que habilitó la posibilidad de ejercer control sobre la ley aplicable al caso al momento de resolverlo. Asimismo, los efectos personales se combinaron para pasar a ser *inter partes*, pues las partes del caso en el cual se resolviera la cuestión de constitucionalidad se verían beneficiadas o perjudicadas por la resolución. Además, tendría efectos generales, propios del estudio de constitucionalidad por parte del Tribunal Constitucional. Por añadidura, los efectos temporales se modificaron para acoplar los efectos *ex nunc* con otros principios del sistema (verbigracia, en materia penal, el principio de retroactividad de la ley penal más benigna). Así, por ejemplo, a las declaraciones de inconstitucionalidad de leyes penales se les asignó efectos retroactivos.

Las constituciones europeas de la segunda posguerra y de las transiciones democráticas de los años setenta, ochenta y noventa recogerían modelos de justicia constitucional ya hibridados en los términos expuestos, salvo contadísimas excepciones.

En la medida en que los sistemas nacionales de jurisdicción constitucional se han vuelto más complejos, las notas morfológicas se han combinado en un segundo nivel. En los sistemas actuales —y desde hace mucho tiempo, en realidad, incluso antes de que surgieran los sistemas europeos de control y las tipologías científicas— podemos encontrar vías de control directo que habilitaban tipos de control concreto, no abstracto, con efectos generales y especiales concomitantes como producto de una misma decisión. También hemos visto sistemas con control judicial concentrado, así como efectos retroactivos en sistemas concentrados, entre otras posibles combinaciones.

Así, ya no basta con analizar si en un sistema determinado, además de los procesos constitucionales que habilitan el control constitucional por vía de acción, el resto de los jueces del sistema que no son competentes para tramitar esos procesos pueden ejercer un control incidental. Ahora podemos preguntarnos

si esos mismos jueces competentes para tramitar tales procesos constitucionales —como el juicio de amparo en México— pueden ejercer un control incidental sobre las leyes que fueron aplicadas en el juicio de origen, es decir, si cabe realizar un control incidental en el marco de un proceso constitucional sobre un objeto controlado diferente. Este tema será abordado de manera específica en un capítulo posterior.

Por otro lado, Fernández Segado tiene razón en alguna medida cuando sostiene que los adjetivos "difuso" y "concentrado" han perdido valor explicativo.[33] Ello sucedería si pretendemos que, a partir de catalogar a un sistema como difuso o concentrado, podamos conocer el resto de las notas del sistema. Es decir, si con solo afirmar que un sistema tal es difuso, con ello queramos decir, además, que allí el control es incidental, con efectos *inter partes* y retroactivos, y si afirmamos que un sistema es concentrado, queramos significar que allí el control es por vía de acción, con efectos *erga omnes* y *ex nunc*.

Si mantenemos ambos términos en los límites actuales de su campo denotativo, estos mantienen su capacidad explicativa, aunque ciertamente su rango descriptivo ha menguado significativamente, sobre todo la nota concentrada en función de los desarrollos actuales del control de convencionalidad.

IV. La definición de un sistema de control difuso

La identificación adecuada de aquello que lo difuso califica resulta importante para desagregar las características que suelen describir a aquello que solemos denominar "control difuso". El aseverar que un sistema tal es difuso no implica la asignación automática de otras notas tales como si el control que los jueces aplican en dicho sistema es de oficio o a petición de parte, o qué tan ocasionalmente se realiza.

La consecuencia de no realizar estas distinciones será que las notas se utilizarán entre sí como sinónimos. Entonces, por

[33] *Ibidem*, p. 27.

ejemplo, lo difuso será sinónimo de oficioso, entre otras posibles confusiones en el nivel conceptual.

En realidad, la característica que mejor define a la función del control constitucional que deben realizar los jueces en el marco de un sistema difuso es el carácter incidental de su ejercicio, es decir que deben llevarlo a cabo en el marco de sus competencias propias, que se ejercen en procesos que tienen objetos diversos al del estudio de constitucionalidad de la ley que podría resultar inaplicada.

A su vez, el control incidental admitiría dos modalidades: el ejercicio de oficio y a petición de parte. En la actualidad hemos atribuido otra característica al tipo de control que se realiza en sistemas difusos y, además de comprender que ese control será incidental, establecemos que debe ser de oficio. Esta es la comprensión a la luz de la cual fue diseñado, por ejemplo, el control de convencionalidad diseñado por la Corte Interamericana de Derechos Humanos. Desde la mirada del Tribunal Interamericano, el sistema de control de convencionalidad es difuso porque todos los órganos que llevan a cabo funciones jurisdiccionales en los Estados miembros del sistema (más todas las autoridades en general) deben inaplicar leyes contrarias al *corpus iuris* interamericano. Adicionalmente, demanda que ese control se realice en el marco de procesos que tengan por objeto el análisis de la ley en cuestión, de manera incidental, es decir, en el marco de procesos cuyo objeto no es el análisis de convencionalidad de dicha ley, pero la ley sea aplicada en ese proceso. Además, la doctrina demanda que ese control se realice de manera oficiosa, es decir, sin necesidad de exigir la solicitud de la parte cuyos derechos resulten agraviados por esa ley.

Sin embargo, es preciso hacer notar que, en términos comparativos y antes del desarrollo de la doctrina del control de convencionalidad, en algunos sistemas jurídicos adjetivados como difusos, el control se realizaba de manera incidental, pero a petición de parte, no de oficio, lo que indica que las notas "incidental" y "de oficio" no están conceptualmente unidas y no siempre han estado asociadas.

A esta posibilidad se refirió Genaro Carrió cuando, al enumerar las características de la revisión judicial de tipo estadouni-

dense, indicó que esta es un método difuso y no centralizado, y que no puede ejercerse de oficio, sino solo a solicitud de una de las partes en el litigio, porque se considera agraviada por la aplicación de una norma que tacha de inconstitucional.[34]

Dejando de lado la incorrección de referirse a un "método difuso", para nuestro estudio resulta útil la designación del "control difuso" como el que se ejerce a petición de parte.

En el marco de una intensa discusión propia del derecho argentino a propósito de si es posible inaplicar leyes en el marco del juicio de amparo, y más allá de las diversas respuestas sobre la cuestión, durante mucho tiempo se asumió que, para que ese control incidental procediera, era necesario que la inconstitucionalidad fuera alegada por la parte quejosa.[35] En la actualidad, y sobre todo a partir de los desarrollos del control de convencionalidad *ex officio*, se han verificado cambios en este sentido y asumimos que este control incidental se debe realizar de oficio. Pero, amén de ello, lo que interesa señalar aquí es la necesidad de no confundir ambas cuestiones, ya que el control incidental admite conceptualmente ambas opciones.

Siendo que el perfil modal admite que el control sea efectuado por vía de acción y de manera incidental, admitiría otra subclasificación, pues el modo incidental de ejercicio de control puede iniciarse de oficio y a petición de parte.

En general se puede afirmar que, actualmente, el término "difuso" califica un sistema de control cuyos órganos jurisdiccionales tienen atribuciones para realizar un control constitucional y convencional incidental y de oficio. Los fundamentos de esta actividad son el principio *iura novit curia* y el principio de constitucionalidad.

---

34 Carrió, Genaro, "Una defensa condicionada de la *judicial review* (sobre el método de control de constitucionalidad vigente en la Argentina)", AA. VV., *Fundamentos y alcances del control judicial de constitucionalidad*, Madrid, Centro de Estudios Constitucionales, 1991, p. 143.

35 Véase Lazzarini, José Luis, *El juicio de amparo*, Buenos Aires, La Ley, 1987, p. 84; Sagüés, Néstor Pedro, *Derecho Procesal Constitucional,* t. 3: *Acción de amparo*, Buenos Aires, Astrea, 1995, p. 256.

Capítulo tercero

El sistema de control incidental y *ex officio* en México

I. Antecedentes del control incidental y *ex officio* en México

En México, el reconocimiento del deber de todos los jueces de inaplicar las leyes contrarias a la Constitución tiene quizá su más importante antecedente en el amparo *Justo Prieto*, resuelto por la Suprema Corte de Justicia de la Nación el 17 de septiembre de 1881, bajo la presidencia del gran jurista Ignacio L. Vallarta.

Pero antes de abordar el estudio de tan trascendente resolución, es preciso realizar algunas aclaraciones acerca del sistema de control jurisdiccional establecido en México con la Constitución de 1857. Es a partir de la entrada en vigor de dicha Constitución que se puede afirmar que en México se adoptó, de modo decidido, un modelo de control jurisdiccional en reemplazo de las fórmulas anteriores de control legislativo. De acuerdo con lo establecido, primero por el artículo 25 del Acta de Reformas de 1847 y luego por el artículo 101 de la Constitución de 1857, los tribunales de la federación resolverían toda controversia que se suscitara por leyes o actos de cualquier autoridad que violaran garantías individuales; por leyes o actos de autoridades federales que vulneraran o restringieran la soberanía de los estados, y por leyes o actos de las autoridades de los estados que invadieran la esfera de la autoridad federal.[1]

[1] Para un estudio pormenorizado véase Cossío Díaz, José Ramón, *Sistemas y modelos de control constitucional en México,* México, IIJ-UNAM, 2013, pp. 31 y ss.

Evidentemente, los constituyentes del 56 no trabajaron en el vacío. El acta de reformas del 47, ya mencionada, y la Constitución de Yucatán del 41, que introdujo el juicio de amparo y la revisión estadounidense, conformaron claros antecedentes del sistema de la Constitución del 57. Sin embargo, es a partir de allí que el sistema de control jurisdiccional se comienza a estabilizar.

En este nuevo escenario, y con el paso de los años, el juicio de amparo se convirtió en la figura excluyente del control constitucional —competencia de los tribunales federales, claro está— y comenzó a tomar forma la idea según la cual los jueces estatales carecían de competencias en materia de control constitucional debido a que estas habían sido establecidas a favor del Poder Judicial Federal y mediante un proceso particular: el juicio de amparo.

El control constitucional de tipo jurisdiccional comenzó a desenvolverse entonces a través del juicio de amparo. Durante los primeros años de desarrollo del juicio constitucional no estuvo claro si, en su marco, los jueces debían o podían realizar control judicial sobre las leyes aplicables al caso. Esta cuestión, al parecer, comenzó a esclarecerse a partir de lo resuelto en el famoso amparo *Vega*, que es preciso comentar aunque sea someramente, por considerarse, de alguna manera, que es un hito en lo relativo al rol del poder judicial en materia de control de leyes y en el camino que luego continuaría el amparo *Justo Prieto*.

El amparo *Vega* es conocido y estudiado una y otra vez por varias razones. En primer lugar, es recordado por haber sido la primera resolución en la cual la Suprema Corte admitió la procedencia del amparo contra una decisión judicial, desoyendo lo previsto por el artículo 8 de la Ley de Amparo vigente en ese entonces, que negaba tal procedencia. Pero el amparo *Vega* también debe ser recordado porque fue al resolver ese caso cuando la Corte, por un lado, ratificó su independencia ante el poder político y, por el otro, enfatizó su facultad de ejercer control constitucional sobre leyes, función que, al parecer, debió ser sostenida con énfasis frente al poder legislativo.[2]

[2] Cabrera Acevedo, Lucio, *La Suprema Corte de Justicia. La República y el Imperio*, México, SCJN, 1988, p. 195.

El amparo en cuestión trató sobre los hechos que brevemente reseñaremos: en aquel entonces, Miguel Vega era juez en Sinaloa. El Tribunal Superior del Estado le revocó una sentencia y en la misma resolución revocatoria le impuso dos penas: tanto la suspensión para el ejercicio del cargo de juez, por un año, como la inhabilitación para el ejercicio de la profesión de abogado, por un periodo igual. Se trató de una doble sanción administrativa que fue impuesta conforme a lo establecido por una antigua ley de las Cortes de Cádiz, todavía vigente en aquel tiempo para el caso de haberse dictado un fallo en contra de una ley expresa.[3]

El juez Vega interpuso amparo contra la resolución del Tribunal Superior del Estado, a pesar de que el artículo 8 de la Ley de Amparo entonces vigente prohibía la procedencia del mismo contra negocios judiciales. Es discutible si la decisión del tribunal de Sinaloa fue un acto materialmente judicial. Podría ser considerado formalmente judicial, aunque materialmente consistió en un acto administrativo.

Como sea, el juez de amparo entendió que se trató de un acto judicial y, en consecuencia, desechó el amparo en apego a lo mandatado por la Ley de Amparo. Miguel Vega apeló y la Corte, en votación dividida, revocó el auto del juez. La resolución de la Corte no hizo mención alguna acerca de los motivos de fondo para haber decretado la revocación del auto del juez.

La decisión causó gran revuelo y tuvo un alto impacto político. A los pocos días de conocido el fallo, el Gran Jurado del Congreso de la Unión acusó a los miembros de la Corte que votaron a favor de la revocación del auto. La acusación no prosperó, pero, en las diferentes comunicaciones entre el Gran Jurado y la Corte, ese alto tribunal sostuvo argumentos que no había explicitado en su sentencia, entre ellos, que el artículo 8 de la Ley de Amparo era contrario al 101 constitucional, que ordenaba que fuera oída en juicio toda queja por violación de garantías que cometa cual-

[3] Síntesis de los hechos según la narración que ofrece Cabrera Acevedo, en Cabrera Acevedo, Lucio, *op. cit.*, pp. 195 y ss. Para un estudio pormenorizado de este amparo véase también González Oropeza, Manuel, *Los orígenes del control jurisdiccional de la Constitución y de los derechos humanos*, México, CNDH, 2003, pp. 290 y ss.

quier autoridad.[4] Y sostuvo: "Ahora bien, para nadie puede ser dudoso que cuando una ley pugna con la constitución, los tribunales deben sujetarse a esta y desechar aquella [...], la Corte tiene la facultad constitucional de declarar en un caso dado que no se aplique una ley del congreso porque es contraria a la constitución. Entonces sería un contrasentido que el congreso juzgara a la corte por esas declaraciones".[5]

Como dijimos, la resolución del amparo *Vega* es un hito en el desarrollo del control constitucional en México. Se trata de un antecedente de la mayor relevancia, pues sostiene las prerrogativas de la Corte Suprema en materia de control constitucional de leyes y, en este caso, de modo incidental.

Pero si bien debe ser considerado un antecedente del control judicial de leyes en nuestro país, no lo es del reconocimiento de esa misma facultad para los jueces locales. La idea acerca de la expansión de la facultad de control judicial para los jueces locales sería expresada unos años después, cuando el mismo alto tribunal resolvió el amparo *Justo Prieto*.

Esta famosa sentencia estuvo motivada en los siguientes hechos: el 19 de febrero de 1881, un grupo de sirvientes de un señor de nombre Tomás Núñez presentó un escrito al juez primero de Hidalgo, Chihuahua, aduciendo que trabajaban desde hacía más de 10 años para ese señor, que sus condiciones de trabajo se asemejaban a una situación de esclavitud, y que el patrón les estaba reclamando una deuda muy grande de dinero. Solicitaron que el señor Núñez compareciera para justificar en juicio esas cantidades.

---

[4] Constitución Federal de 1857, art. 101. Los tribunales de la Federación, resolverán toda controversia que se suscite: I- Por leyes o actos de cualquiera autoridad que violen las garantías individuales. II- Por leyes o actos de la autoridad federal que vulneren o restrinjan la soberanía de los estados. III- Por leyes o actos de las autoridades de estos, que invadan la esfera de la autoridad federal. AA. VV., *Colección de las Leyes Fundamentales que han regido en la República Mexicana y de los Planes que han tenido el mismo carácter 1821-1857. Edición Facsimilar Ignacio Cumplido. 1857*, México, Miguel Ángel Porrúa-CNDH, 2006.

[5] Para un estudio detallado del tenor de las comunicaciones entre la Suprema Corte y el Congreso véase Cabrera Acevedo, Lucio, *op. cit*., pp. 199 y ss.

El apoderado del señor Tomás Núñez, de nombre Miguel Núñez, presentó una queja contra el juez y, con ocasión de esta demanda de los trabajadores, la queja fue elevada al Tribunal Superior de Chihuahua. En esa queja sostuvo que el juzgado se había comportado con morosidad respecto de estos deudores y sirvientes prófugos. Mediante orden de 12 de marzo, el Tribunal Superior declaró prófugos a los sirvientes y ordenó al juez que los asegurara de inmediato. Sus deudas los convertían en reos de hurto y, en consecuencia, debían volver a trabajar para pagar las mismas, esto de acuerdo con lo establecido por la Ley 7, sección 11, del estado. En cumplimiento a esta orden, el juez mandó detener a los sirvientes el 18 de marzo. El día 22 del mismo mes, los sirvientes solicitaron al juez por escrito que los dejara en libertad, por llevar cinco días detenidos sin auto de formal prisión.

Sobre este escrito, el juez solicitó consulta al asesor, licenciado Justo Prieto, "quien dijo al Juez que no puede proceder penalmente contra estas personas por solo deber dinero, ni obligarlos a trabajar contra su voluntad, que lo que procede es ponerlos en libertad, sin perjuicio de los derechos de ambas partes". Prieto sustentó esta opinión en la inconstitucionalidad que apreció en la ley del estado que se estaba aplicando, por ser contraria al artículo 5 de la Constitución Federal, que prohibía la esclavitud y los trabajos forzados.[6]

Al enterarse de este dictamen, y con base en el artículo 697 de la Ley Reglamentaria de Justicia del Estado, el Tribunal Superior acordó, el 19 de abril, suspender por dos meses las labores de asesor de Justo Prieto, debido a su desacato de cumplir la orden del 12 de marzo. Además, ordenó que se enviaran los autos a la Sala Primera del Tribunal, para que esta indagara si el asesor había actuado contra ley expresa. El 24 de mayo, la Sala determinó que el licenciado Prieto había asesorado al juez en contra de lo establecido en la ley. En consecuencia, ordenó que *se suspendieran sus derechos de ciudadano* y que se remitieran los autos a la Segunda Sala, para ser juzgado por el delito de no aplicar la ley expresa.

---

[6] Una síntesis de los hechos del caso puede encontrarse en Vallarta, Ignacio L., *Votos*, México, Tribunal Superior de Justicia del Distrito Federal, 2005, col. Clásicos del Derecho Mexicano, t. III, pp. 384 y ss.

El licenciado Prieto solicitó el amparo de la justicia federal y, con fecha 12 de julio, el juez de distrito se lo concedió, por haber sido violado en su perjuicio el artículo 24 constitucional, a causa de haber sido castigado dos veces por la misma falta (una vez al ser suspendido y la otra al haber sido consignado ante la Primera Sala y luego a la Segunda del tribunal del estado). En el caso, Justo Prieto también alegó que había sido violado en su contra el artículo 126 constitucional, que establecía el deber de los jueces de aplicar la Constitución a pesar de lo que establecieran las constituciones y leyes de los estados (el art. 126 es el 133 en la Constitución actual). El juez entendió que este artículo no había sido violado, entre otras razones, por no contener una garantía individual que pudiera ser violada.[7]

Al revisar esta resolución del juez de distrito, la Corte extendió la protección a Prieto y se pronunció por primera vez a favor de la revisión judicial de las leyes por parte de los jueces locales. Dos fueron los argumentos torales en los cuales la Corte fundó el reconocimiento de la competencia de revisión judicial para dichos jueces.

En primer lugar, la Corte consideró que existió un error por parte del Tribunal Superior de Chihuahua al asumir que el asesor del juez de Hidalgo hubiera revisando su fallo del 12 de marzo. Se trató de una excitativa de justicia para el juez. La Corte señaló que Justo Prieto tenía entera libertad para manifestar que el procedimiento que el juez estaba llevando a cabo era inconstitucional, porque se fundaba en una ley (la 7, sección 11) que era contraria al artículo 5 constitucional, y que, por imperio del artículo 126 de la misma Constitución, los jueces de cada estado deben arreglarse a la Constitución Federal y no a las leyes locales que la contradigan.

Afirmamos que la sanción contra Prieto se fundó en la ley de justicia del estado que facultaba al tribunal para sancionar a los jueces que desobedecieran sus órdenes o fueran morosos en el cumplimiento de sus resoluciones. A juicio del tribunal local, esto fue exactamente lo que había hecho Prieto.

---

[7] Las transcripciones de la sentencia recurrida del Tribunal Superior de Justicia de Chihuahua y de la sentencia del juez de distrito pueden consultarse en Bolaños Cacho, Miguel, *Los derechos del hombre (integridad personal y real*), México, CNDH, 2002, t. II, pp. 209 y ss.

Debemos distinguir dos cuestiones: por un lado, lo que dijo la Corte sobre el consejo de Prieto para desaplicar la ley de sirvientes y, por el otro, lo que sostuvo sobre la ley local que mandaba castigar a los jueces desobedientes de la ley. Ambos asuntos están íntimamente vinculados. La base de la nueva facultad del juez se encuentra en uno de los argumentos por los cuales la Corte sostuvo la inexistencia de delito en este caso.

Sobre la situación específica de Prieto, la Corte determinó que no había causa para condenarlo, ni siquiera para encausarlo, pues no se verificó el delito de desobediencia que aludió el Tribunal Superior solo por considerar la emisión de la opinión que eventualmente aceptó el juez, y, en el supuesto de que se quisiera suponer que existió el delito indicado, los acuerdos del tribunal por los que se suspendió y encausó a Prieto violaban el artículo 24 de la Constitución, pues implicaron perseguir dos veces el mismo delito.

La Corte sostuvo la inexistencia de delito, pues, en definitiva, quien actuó fue el juez.[8] Por otro lado, ratificó la decisión del juez de instancia que había concedido el amparo por esta misma causa.

Pero a efectos de nuestro tema de estudio, lo más relevante es lo que estableció la Corte de manera breve —casi lacónica—, pero firme y consistente, en cuanto a la facultad de los jueces de efectuar la revisión judicial. En el considerando segundo resolvió:

> El licenciado Prieto estuvo en su derecho de hacer lo que hizo por cuanto fundó su dictamen en la inconstitucionalidad de la ley de sirvientes en relación al art. 5 constitucional y que de acuerdo al art. 126 de la constitución, los jueces de cada estado deben arreglarse a ella. Esa conducta no puede ser considerada subversiva o anárquica pues si un juez funda una resolución en la anticonstitucionalidad de una norma que la parte pretende se aplique, esta tiene la vía recursiva para que el superior corrija o enmiende el error del inferior.[9]

---

[8] La Suprema Corte sostuvo en su fallo: "Que por lo expuesto se comprende que no hubo causa legal para penar al señor Prieto y mandarlo encausar, puesto que no hay delito de desobediencia que perseguir, cuando un asesor emite su opinión revisable en grado, por haberla aceptado el juez [...]". Vallarta, Ignacio L., *op. cit*., p. 428.

[9] Fallo de la Suprema Corte de Justicia de la Nación, citado en *ibidem,* p. 427.

Más adelante, en el considerando tercero, reafirmó la idea anterior: "Que aun cuando la ley local califique de delito el desobedecimiento de los jueces a los acuerdos u órdenes de los superiores, en el caso no habría delito, porque los jueces no tienen el derecho, sino la estricta obligación de obsequiar preferentemente los preceptos constitucionales cuando las órdenes que se les impartan sean contrarias a esos preceptos".[10]

De esta forma, la Corte sostuvo el deber de los jueces de inaplicar leyes contrarias a la Constitución y amplió la protección, por entender que se había violado el artículo 126 constitucional en perjuicio del juez. El cumplimiento de un deber no puede ser razón para la comisión de un delito. El deber de aplicar la Constitución y no aplicar leyes que la contradigan no puede generar la comisión de un delito. Hasta aquí la resolución de la Corte.

En esta decisión fue preponderante el pensamiento de Ignacio Vallarta, presidente del alto tribunal, quien emitió un voto particular más detallado que el fallo, en el cual es posible identificar las fuentes de las cuales se nutrió la Corte para emitir esta resolución.

En su voto particular, Vallarta se propuso responder a tres interrogantes: *i)* ¿puede la ley secundaria erigir en delito la obediencia de los jueces al artículo 126 de la Constitución?; *ii)* ¿comete delito el juez o el asesor que falla en contra de ley alguna por considerarla inconstitucional?, y *iii)* ¿esta facultad concedida a los jueces locales trastorna la jerarquía judicial e invade competencias de los tribunales federales? Al responder a estas preguntas, Vallarta brindó fundamentos al deber de los jueces de preferir siempre a la Constitución por encima de las leyes que la contradigan, es decir, dio asidero al control judicial por parte de todos los jueces.

Vallarta se encontró con un primer problema que debió abordar antes de dar respuesta a las preguntas que guiarán sus argumentos, pues en el sistema jurídico mexicano tal práctica no tenía precedentes. Para superar tal escollo, recurrió a las fuentes estadounidenses que sustentaron la revisión judicial de las leyes en aquellas tierras, y para realizar tal ejercicio de trasplante jurídico necesitó encontrar la conexión entre ambos sistemas.

[10] *Ibidem*, p. 428.

Tal conector resultó ser el artículo 126 de la Constitución, que, en su opinión, era una copia literal de la cláusula de supremacía constitucional contemplada en el artículo 6 de la Constitución de los Estados Unidos.[11]

Hallada tal conexión, Vallarta recurrió a la doctrina estadounidense que ha explicado las consecuencias de aquella cláusula de supremacía, "no porque nuestro foro deba respetar tal autoridad —sostuvo Vallarta—, sino porque es allí donde podremos encontrar la explicación científica y filosófica —y por ende, universalizable— de tal institución y sus consecuencias".[12] Vallarta recurrirá entonces a fundamentos conocidos: por un lado, a los argumentos dados por Hamilton en *El federalista núm. 78* y, por supuesto, a la reiteración que de esos argumentos realizara Marshall al resolver el famoso caso *Marbury vs. Madison*, en 1803. Recordemos los argumentos torales aportados por estas fuentes:

En *El federalista núm. 78*, Alexander Hamilton sostuvo:

> La interpretación de las leyes es propia y peculiarmente de la incumbencia de los tribunales. Una Constitución es de hecho una ley fundamental y así debe ser considerada por los jueces. A ellos pertenece, por tanto, determinar su significado, así como el de cualquier ley que provenga del cuerpo legislativo. Y si ocurriere que entre las dos hay una discrepancia debe preferirse, como es natural, aquella que posea fuerza obligatoria y validez superiores, en otras palabras, debe preferirse a la Constitución a la ley ordinaria, la intención del pueblo a la intención de sus mandatarios. Esta conclusión no supone de ningún modo la superioridad del poder judicial sobre el legislativo. Solo 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 deben gobernarse por la última de preferencia a las primeras. Deberán regular sus decisiones por las normas fundamentales antes que por las que no lo son.[13]

---

11 *Ibidem*, pp. 394 y 395.

12 *Idem*.

13 Hamilton, Alexander *et al.*, *El federalista*, trad. de Gustavo R. Velasco, México, FCE, 1982. *El federalista* LXXVIII, p. 332.

Por su parte, la Corte Suprema de Estados Unidos explicó en *Marbury vs. Madison*:

> Sin ningún género de dudas, la función y responsabilidad del Poder Judicial consiste en determinar qué es y cuál es el derecho. Aquellos que aplican el derecho a los casos particulares deben por necesidad explicar e interpretar las normas. Si dos normas entran en conflicto, los tribunales deben decidir cuál es la aplicable al caso. De ese modo, si una ley está en contradicción con la Constitución, y si ambas, la ley y la Constitución se aplicaran a un caso particular, entonces el tribunal debiera decidir este caso de conformidad con la ley rechazando la Constitución, o de conformidad con la Constitución rechazando la ley. El tribunal debe determinar cuál de las dos normas en conflicto rige el caso. Este es el verdadero sentido de la función judicial. Si los tribunales deben tomar en consideración a la Constitución y la Constitución es superior a cualquier ley ordinaria que haya aprobado el poder legislativo, será entonces la Constitución y no la referida ley, la que resolverá la controversia a la cual las dos podrían en principio aplicarse.[14]

Sobre la migración válida de tales argumentos hacia nuestro sistema, Vallarta afirmó:

> Son de tal modo aplicables esas teorías a nuestro derecho constitucional, que bien se puede tenerlas como su racional y filosófica exposición: abstracción hecha del nombre de los publicistas americanos, sus razonamientos son tan apremiantes, que, aceptado el texto del art. 126 de nuestra Constitución, es necesario llegar hasta las consecuencias que ellos sostienen: la ley es igual aquí y en los Estados Unidos, su filosofía, su inteligencia, debe, en ambos países ser la misma: la autoridad científica de los textos que he citado es irrecusable entre nosotros.[15]

---

[14] Corte Suprema de los Estados Unidos, *Marbury v. Madison*, (1803) 5 US (1 Cranch) 137. La influencia de este caso en el pensamiento de Vallarta se puede consultar en Mirow, M. C., "Marbury in Mexico. Judicial Review's Precocious Southern Migration", *Hastings Constitutional Law Quarterly*, vol. 35, núm. 1, otoño de 2007, pp. 41-117, *Florida International University Legal Studies Research Papers*, núm. 07-3, *https://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=989973*

[15] Vallarta Ignacio L., *op. cit.*, pp. 402 y 403.

Una vez defendido el recurso al derecho extranjero, Vallarta procedió a responder a los interrogantes planteados. Sobre las dos preguntas iniciales acerca de si una ley secundaria puede erigir en delito la obediencia a la Constitución y la cuestión acerca de si un juez comete un delito al obedecer a la Constitución, Vallarta respondió de forma negativa:

> Si es máxima indisputable la que establece que el juez juzgue de la ley, para no aplicar la inconstitucional, que se arregle a la Constitución a pesar de las disposiciones en contrario que contengan las leyes de los Estados, decidido está que el juez que eso hace, lejos de cometer un delito, cumple con su deber, decidido está que la ley que, confundiendo las irreconciliables nociones de delito y de deber, castiga éste, como pena a aquel, es una ley que se rebela contra la Constitución, que se subleva contra el sentido común.[16]

Luego, Vallarta debió afrontar la última objeción a su idea, consistente en que, si se diera a los jueces esta facultad, la anarquía y el desorden reinarían en la administración de justicia. Debe recordarse que este mismo argumento será defendido por la Suprema Corte de Justicia de la Nación en diversas tesis que, muchos años después, generarían la jurisprudencia que terminó por instalar la tesis negativa acerca del llamado "control difuso". Pues bien, Vallarta respondió a dicha objeción y comenzó por fijar los términos del cuestionamiento:

> La administración de justicia, se dice, se haría imposible con el hecho de someter al criterio de cada juez local, sin exclusión de los de ínfima categoría, cuestiones tan graves y a veces tan difíciles como lo son las constitucionales; desde el momento en que a los jueces sea lícito desobedecer impunemente las leyes, la anarquía se apodera de los tribunales, se relaja la obediencia que los inferiores deben a los superiores, y las doctrinas de la jurisprudencia, la autoridad de las ejecutorias son sustituidas por opiniones divergentes, contradictorias del libre examen; tanto más infundada debe ser teoría tan peligrosa, cuanto que la ley suprema encomienda su interpretación, no a los jueces locales, sino a los federales en los juicios de amparo, no pudiendo ni aun estos fijar la inteligencia de un texto consti-

[16] *Ibidem*, p. 407.

> tucional, sino cuando la Suprema Corte ha pronunciado la final y última palabra sobre las cuestiones que él suscite.[17]

Las respuestas de Vallarta fueron las siguientes: en primer lugar, pareciera advertir una confusión entre quienes defienden el argumento de la anarquía, confusión que nuestro sistema jurídico arrastraría por muchos años, consistente en sostener que, dado que la Constitución encomienda el control judicial a los jueces federales a través del juicio de amparo, los jueces locales lo tendrían vedado. Esto era un error, por cuanto implica desconocer la literalidad del artículo 126, que se refiere expresamente a los jueces de los estados y al deber de estos de preferir a la Constitución contra las constituciones y leyes de los estados que la contravengan.[18]

Asimismo, la defensa del argumento de la anarquía implicaría consentir en que los jueces estatales se conviertan en instrumentos de la tiranía, al verse obligados a aplicar leyes inconstitucionales. Lejos de ello, Vallarta defendió la idea de que el poder judicial se concibe como un poder independiente que debe "negar su obediencia a las leyes inconstitucionales".[19]

Acto seguido, Vallarta apuntará sus argumentos de lleno a la cuestión de la anarquía que los detractores de la facultad de control judicial de los jueces locales indican que se generaría como consecuencia inevitable. No es el caso —sostuvo—, pues las vías recursivas harían posible que las decisiones de estos jueces no quedaran sin revisión y pudieran ser enmendadas por los tribunales superiores.

Considerando —con acierto— que las contradicciones entre las leyes y la Constitución constituyen una antinomia, Vallarta se preguntó por qué la solución de esta antinomia generaría anarquía, pero no se señala la posible actualización de tan nefasta consecuencia cuando esos mismos jueces resuelven cotidianamente antinomias entre leyes. La solución de antinomias no es algo ajeno a la labor judicial y no debería generar la anarquía

[17] *Ibidem*, p. 408.

[18] *Idem*.

[19] *Ibidem,* p. 410.

señalada.[20] La vía recursiva existe, entre otros propósitos, para solucionar las disparidades de criterios o errores que se pudieran presentar en el ejercicio de dicha labor.

Respecto a este punto, Vallarta identificó una falencia en el sistema recursivo vigente en ese momento. En su opinión, el sistema jurídico mexicano debería incorporar un recurso similar al *writ of error* estadounidense para atender aquellas cuestiones constitucionales que no puedan ser objeto de tratamiento por la vía del juicio de amparo. Sin embargo, creemos que esta cuestión no resta fuerza a los argumentos defendidos por Vallarta acerca del deber de los jueces locales de realizar el control judicial de las leyes.

Ni la doctrina sentada en el amparo *Justo Prieto*, resuelto por la Suprema Corte de Justicia de la Nación, ni los argumentos desarrollados por Vallarta en su voto particular lograron tener aceptación y, con el tiempo, se fortaleció la opinión contraria. De esta forma, los jueces locales fueron privados de la facultad de controlar la constitucionalidad de las leyes. El control judicial de constitucionalidad fue entendido como una atribución exclusiva del Poder Judicial Federal, que sería ejercida a través del juicio de amparo.

Este derrotero tuvo consecuencias negativas para la labor de interpretación constitucional en el ámbito de los estados y, por décadas, afectó el desarrollo del federalismo judicial. Tuvieron que pasar 134 años desde la resolución de este amparo para que los argumentos de Vallarta fuesen rehabilitados (sin mención expresa de ellos) y se admitiera el control judicial de constitucionalidad y convencionalidad por parte de los jueces locales.

II. La tesis negativa acerca del control incidental y *ex officio* de los jueces locales

Las ideas de Vallarta analizadas en la sección anterior no prevalecieron. Por esos años, el sistema de control judicial en México estaba comenzando a experimentar un marcado proceso de centralización que culminaría por establecer y afianzar la idea de que el

[20] *Ibidem*, p. 411.

control judicial para la salvaguarda de la Constitución Federal, y particularmente de los derechos en ella reconocidos, era competencia de los jueces federales, a los que se les había encargado esa tarea de manera expresa a través del juicio de amparo.

Una idea implícita en este razonamiento —que luego sería explicitada— pareció señalar que el haber establecido un medio especial para que los jueces federales puedan conocer de las violaciones a los derechos debería tener como consecuencia necesaria que los jueces del orden común no tuvieran a su cargo la salvaguarda de la Constitución Federal. Esto derivaría en que los jueces locales no podrían realizar "control difuso" o, como preferimos nosotros, ejercer control constitucional incidental e inaplicar leyes en los asuntos de su competencia por ser contrarias a la Constitución Federal. Al estudio del proceso de asentamiento de esta idea dedicaremos las siguientes líneas.

Desde los diseños constitucionales primigenios, México adoptó un sistema federal, el cual, aunque con intermitencias y notas centralistas, ha pervivido.[21] En lo que a justicia se refiere, se mantuvo un sistema de doble jurisdicción, que implica la separación entre tribunales federales y locales.[22] Tal separación no conlleva su incomunicación, pues lo propio en un sistema federal es que dicha comunicación exista a través de la revisión de ciertas resoluciones judiciales locales, particularmente de aquellas que impliquen violaciones a la Constitución. Por otro lado, ambos órdenes deben participar de la salvaguarda del orden constitucional federal, tal como lo prescribe el actual artículo 133. En las próximas líneas analizaremos el proceso y las razones del debilitamiento de esas ideas.

La alteración de la primera idea llevó a la subsunción de la justicia local en la federal. El proceso de subsunción se desarrolló

[21] Serna de la Garza, José María, "La lógica centralizadora del sistema federal mexicano", en Valadés, Diego y Serna de la Garza, José María (coords.), *Federalismo y regionalismo*, México, UNAM-Tribunal Superior de Justicia del Estado de Puebla, 2006, p. 547.

[22] Fix-Zamudio, Héctor, "Justicia constitucional y control de legalidad en México", en Valadés, Diego y Carbonell, Miguel (coords.), *El Estado constitucional contemporáneo. Cultura y sistemas jurídicos comparados*, México, UNAM, 2006, t. I, p. 251.

por las siguientes razones: en los Estados federales, los asuntos del orden local deberían fenecer en dicho ámbito y la intervención de la justicia federal sobre esa clase de asuntos se daría solo en el marco de violaciones a la Constitución Federal. Durante la segunda parte del siglo XIX, en México dio inició un proceso que llevaría a esta idea más allá de sus expresiones habituales y que daría como resultado la subordinación de la justicia local a la justicia federal y, así, la centralización de la justicia.

El proceso de subsunción se daría al permitir la procedencia del juicio de amparo federal contra sentencias judiciales y negocios judiciales por violaciones indirectas a la Constitución, es decir, por cuestiones de incorrecta aplicación de la ley. Cuando en 1868 iniciaron las discusiones para la reforma de la Ley de Amparo de 1861, la cuestión de la posibilidad de su interposición contra decisiones judiciales fue uno de los temas centrales del debate. Hasta ese momento, la ley no permitía tal posibilidad.

El nuevo proyecto propuso que las decisiones definitivas de los tribunales locales pudieran ser impugnables ante la justicia federal por la vía del amparo, pero solo por violaciones directas a la Constitución Federal y siempre que la sentencia respectiva no pudiera ser impugnada por otros medios judiciales.[23] Desde esta postura, impedir la procedencia del amparo en estos supuestos sería violatorio de la Constitución Federal, pues en el marco del proceso judicial podían producirse violaciones al texto fundamental. Respecto a esta idea no habría objeciones que plantear.

El grupo enfrentado con esta posición defendió la improcedencia del amparo contra decisiones judiciales. El argumento toral en el cual se apoyó esta posición consistió en que el aceptar la procedencia del amparo contra sentencias judiciales locales violaría la autonomía de las entidades federativas.[24] Esta posición no resultaba compatible con el sistema federal, pues las decisiones de las autoridades locales ciertamente pueden violar la Constitu-

[23] Fix-Zamudio, Héctor, "Relaciones entre los tribunales locales y los federales", en Hernández, Antonio María y Valadés, Diego (coords.), *Estudios sobre federalismo, justicia, democracia y derechos humanos. Homenaje a Pedro J. Frías*, México, UNAM, 2003, p. 112.

[24] *Ibidem*, p. 113.

ción Federal, y tal posibilidad debería habilitar la intervención de la justicia federal. Sin embargo, esta fue la postura triunfante y la nueva Ley de Amparo de 1869, una vez más, impidió el amparo contra las sentencias judiciales locales.

A pesar de ello, la posición derrotada en el debate legislativo lograría imponerse poco tiempo después en los estrados de la Suprema Corte. La batalla se ganó en el ya comentado amparo *Vega*, en el que la Corte entendió que el artículo 8 de la Ley de Amparo, en el cual se fundamentaba la improcedencia del amparo contra resoluciones judiciales locales, era inconstitucional.[25]

El proceso de centralización judicial iniciado con estas decisiones se profundizó con la aceptación de la procedencia del amparo contra sentencias judiciales ante violaciones indirectas a la Constitución Federal. Al respecto, Fix-Zamudio relata que fueron tres las posiciones en discusión entre los partidarios de la procedencia del amparo federal contra sentencias locales. La primera consideraba que el amparo sería procedente contra violaciones directas a la Constitución. La segunda que, además del supuesto anterior, sería procedente ante violaciones indirectas en el caso específico de que se alegara la violación al artículo 14 constitucional por la indebida aplicación de disposiciones legislativas ordinarias en materia penal (Vallarta fue el gran defensor de esta interpretación). Por último, tenemos a quienes consideraban que el artículo 14 constitucional establecía un derecho para reclamar todas las resoluciones judiciales en las cuales se hubiere aplicado la ley de manera inexacta.[26] Esta posición se impuso y, a partir de ese momento, se desplegó el centralismo judicial en su versión más pretensiosa. Como consecuencia directa de este proceso, la justicia local quedó subsumida en la federal, la definitividad de las resoluciones judiciales locales resultó sensiblemente afectada y en nuestro sistema nació el amparo "casación" o "de legalidad".[27]

---

25 Fix-Zamudio, Héctor, "Justicia constitucional y control de legalidad...", *cit.*, p. 253.

26 Fix-Zamudio, Héctor, "Relaciones entre los tribunales federales...", *cit.*, pp. 118 y 119.

27 Para un análisis pormenorizado del proceso de desarrollo interpretativo del artículo 14 constitucional resulta imprescindible la lectura del trabajo

La segunda idea se vio alterada por la prevalencia de dos postulados. El primero, como hemos mencionado, que a partir de que la Constitución de 1857 estableciera el juicio de amparo para resolver toda controversia que se suscitara por leyes o actos de cualquier autoridad que violaran las garantías individuales, por leyes o actos de autoridad federal que restringieran la soberanía de los estados, o por leyes o actos de los estados que invadieran la esfera de la autoridad federal, el control de tales actos se haría exclusivamente por medio del juicio de amparo, lo que implicaría la exclusión de los jueces locales en las labores de control de la Constitución Federal[28] (recordemos que, según las ideas de Vallarta, estos podrían —o deberían— realizar dicho control de manera incidental al resolver los juicios de su competencia). Con el tiempo esta idea se robusteció y la justicia federal fue generando criterios con el fin de avalarla. A continuación repasaremos algunos de ellos para identificar los argumentos detrás de las decisiones.

En esta sección, y a través del análisis de algunas de las principales determinaciones de la justicia federal acerca del control difuso, identificaremos y explicaremos las razones en las que se sustentó la tesis negativa.

Durante la Quinta Época encontramos varios pronunciamientos emitidos en el sentido de negar facultades de control a los jueces locales; sin embargo, en algunas tesis se aprecian ciertos matices que merecen ser remarcados. Al resolver el amparo administrativo en revisión 2873/33, la Segunda Sala de la Suprema Corte generó dos tesis aisladas. En la primera de ellas afirmó el principio de acuerdo con el cual, si bien el artículo 133 dispone que los jueces locales se arreglarán a la Constitución a pesar de las disposiciones que pueda haber en contrario en las constituciones y leyes de los estados, para determinar si una ley local es contraria o no a la Constitución, se requiere que el tema ya haya sido resuelto por los tribunales federales.[29] La Sala planteó que,

---

de Emilio Rabasa sobre dicho precepto en Rabasa, Emilio, *El artículo 14 y el juicio constitucional*, 4a. ed., México, Porrúa, 1978.

[28] Cossío Díaz, José Ramón, *Sistemas y modelos de control..., cit.,* pp. 30 y 31.

[29] Tesis s/n, Segunda Sala, *Semanario Judicial de la Federación*, Quinta Época, t. XLVI, p. 948, de rubro y texto: Leyes anticonstitucionales, determi-

eventualmente, los jueces locales podrían inaplicar una ley local contraria a la Constitución solo si existe un pronunciamiento previo de la justicia federal.

Tal pronunciamiento pudo haber conformado jurisprudencia, o bien, ser una tesis aislada. En el caso de que la inaplicación se fundara en la existencia de jurisprudencia previa, las facultades de inaplicación "reconocidas" no serían la expresión de la facultad de realizar control constitucional, sino de cumplir con la jurisprudencia obligatoria. En el segundo supuesto, el fundamento no sería la regla de obligatoriedad de la jurisprudencia, sino una suerte de principio sucedáneo de prevalencia del derecho federal.

En la segunda tesis aislada que surge de dicho amparo en revisión, la Corte ratifica, sin más, el principio general vigente en la materia, en el sentido de que el análisis de la constitucionalidad de las leyes es competencia de las autoridades judiciales federales a través del juicio de amparo. No obstante, no se ofrecen razones que justifiquen tal determinación.[30]

---

nación de las. Si bien el artículo 133 constitucional dispone que los jueces de cada Estado se arreglarán a la Constitución, a las leyes que emanen de ella y a los tratados, a pesar de las disposiciones en contrario, que pueda haber en las Constituciones o leyes de los Estados, para determinar si una ley local es o no contraria a la Constitución, se requiere que, previamente, haya sido resuelto el caso por los tribunales competentes que no pueden ser sino otros que los federales.

30 Tesis s/n, Segunda Sala, *Semanario Judicial de la Federación*, Quinta Época, t. XLVI, p. 948, de rubro y texto: Leyes anticonstitucionales, determinación de las. La Segunda Sala de la Suprema Corte, en diversas ejecutorias que ha dictado, con referencia a la inconstitucionalidad de las leyes número 47 y 48 del Estado de Veracruz, ha dicho que esta cuestión propuesta al Juez Federal, sobre la constitucionalidad o anticonstitucionalidad de esas leyes, no podría ser planteada ante las autoridades judiciales del fuero común, por carecer éstas de competencia para resolver esos problemas, ya que la constitucionalidad o anticonstitucionalidad de las leyes o actos de las autoridades, es de competencia exclusiva de los tribunales de la Federación, y los de los Estados carecen de jurisdicción para decidir las controversias suscitadas con ese motivo, que alegándose la inconstitucionalidad de las citadas leyes locales, por ser invasoras de la esfera de la autoridad federal, la resolución relativa, previo al análisis del conflicto de invasión por el Estado, de la órbita de atribuciones del poder federal, no

En el amparo en revisión 5172/35, la Cuarta Sala —existente en ese entonces— estableció un criterio interesante que permitiría suponer la aceptación de una forma de ejercicio de inaplicación por parte de los jueces locales, pero acotado al supuesto de inconstitucionalidad manifiesta de la ley en cuestión. Otro tipo de análisis, que exceda de la verificación de incompatibilidad manifiesta, solo se podría dar a través del juicio de amparo.[31] Consideramos que si bien el punto de vista es más favorable, se mantiene en la tónica negativa.

Algunos años después, aunque todavía en la Quinta Época, al resolver el expediente de competencia 160/45, se ratificó el principio que afirmaba que un fallo de la justicia federal era la

puede ser resuelta más que por los tribunales de la Federación, de acuerdo con los artículos 103, fracción III, de la Constitución Federal y 1º, fracción III, de la Ley de Amparo.

31 Tesis s/n, Cuarta Sala, *Semanario Judicial de la Federación*, Quinta Época, t. XLVI, p. 2966, de rubro y texto: LEYES, FACULTAD DE LAS AUTORIDADES PARA DECLARARLAS ANTICONSTITUCIONALES. Si el quejoso en un juicio de amparo, no demuestra que el artículo 479 de la Ley Federal del Trabajo, no es anticonstitucional, sólo sería exigible la prueba si la cuestión planteada hubiese versado sobre la constitucionalidad o inconstitucionalidad del citado precepto, pero no cuando la queja se concretó únicamente a impugnar que la Junta de Conciliación y Arbitraje respectiva, hubiera tenido facultad para interpretar la ley y para dejar de aplicar ese artículo, aduciendo como fundamento para hacerlo, que era anticonstitucional, y si el Juez de amparo admite que la Junta como encargada de aplicar la ley y autorizada, por lo mismo, para interpretarla, sí tuvo facultad para declarar anticonstitucional el citado artículo 479, y para dejar aplicarlo por este motivo, debe tenerse en cuenta que, de acuerdo con lo prevenido en el artículo 133 de la Constitución Federal, las autoridades comunes deberán ajustar sus procedimientos a las disposiciones de dicha Constitución Federal, a pesar de las disposiciones en contrario que puedan existir en otras leyes o Constituciones Locales, lo que quiere decir que tratándose de disposiciones manifiestamente contrarias a la Constitución Federal, las autoridades comunes deberán abstenerse de aplicarlas, sin que esto signifique que tratándose de un precepto de ley, que no está en contradicción manifiesta con texto expreso alguno de la Constitución, y cuya inconstitucionalidad sólo podría sostenerse con razonamientos que no pueden derivarse de una manera clara y precisa de la misma ley, pueda una autoridad común declarar anticonstitucional un precepto de esta naturaleza, no estando facultada para hacer semejante declaración, toda vez que esa facultad sólo la tienen la Suprema Corte o los Jueces de Distrito, en su caso.

única vía para abatir la presunción de constitucionalidad de una ley, fallo que, a su vez, solo se podía producir mediante el juicio de amparo.[32] Una vez más, no se ofrecieron razones para justificar la decisión.

[32] Tesis s/n, Pleno, *Semanario Judicial de la Federación*, Quinta Época, t. LXXXIX, p. 775, de rubro y texto: Inconstitucionalidad de las leyes. Esta Suprema Corte tiene facultad de resolver respecto de la constitucionalidad o inconstitucionalidad de una ley o de un acto de autoridad, siempre que exista petición o instancia de parte, que se siga el procedimiento establecido por la ley, o sea, el juicio de amparo, y se oiga la defensa de la autoridad responsable, y que, actuando en ese procedimiento y no en otro diverso, se pronuncie sentencia que se ocupe tan solo del caso concreto y singular al cual se refiere la queja, limitándose a proteger y amparar al agraviado, pero sin hacer declaración general respecto de la ley o acto que motivare aquella. Incumbe también a la Suprema Corte de Justicia, la defensa de la Constitución en otro caso previsto por el artículo 105 de la propia Carta Magna. Conforme a esa norma, "corresponde sólo a la Suprema Corte de Justicia de la Nación conocer de las controversias que se susciten... entre los poderes de un mismo Estado sobre la constitucionalidad de sus actos...". Tal controversia tampoco se abre de oficio; precisa para su planteamiento la demanda del poder que se sienta ofendido o atacado, para que se justifique la intervención de la Suprema Corte de Justicia, por medio de un procedimiento que, entretanto no se lo fije la ley, es el de un juicio ordinario, donde se oye a la parte demandada. Por tanto, en este caso, la facultad de conocimiento está subordinada también a la existencia de una instancia de parte interesada, y el fallo debe producirse dentro del procedimiento antes citado y no fuera de él. El artículo 133 de la Constitución, es conformativo del régimen federal y evita el predominio de las leyes locales sobre la Constitución, estableciendo con firmeza, la supremacía de la misma Carta Fundamental; pero no es fuente de competencia de la cual resulte la facultad de los tribunales federales, y, por tanto, de la Suprema Corte, para declarar la constitucionalidad o inconstitucionalidad de una ley. Obliga a los Jueces de los Estados a proceder siempre conforme a la Constitución, obligación que, por lo demás, no es tan sólo de estos funcionarios, sino de todas las autoridades, cuyos actos tienen la presunción de constitucionalidad, que cede únicamente ante la eficacia decisiva de un fallo judicial federal que la excluye. Este fallo no puede producirse sino mediante la controversia que prevé el artículo 103 constitucional, esto es, mediante el juicio de amparo, satisfaciéndose las condiciones antes mencionadas. Existe también la fracción XII del artículo 107 constitucional, que obliga a los alcaides y carceleros a obrar conforme a la Constitución, poniendo en libertad a los reos, si no reciben oportunamente el auto de prisión preventiva; pero este caso se estima como de excepción, aun dentro del mismo artículo 107, que establece las bases del juicio constitucional de garantías o de amparo.

Para 1953 la tesis negativa permanecía incólume, y desde hacía algún tiempo la negativa se había extendido al —en ese entonces— Tribunal Fiscal de la Federación.[33] En las siguientes décadas, y a lo largo de la Sexta, Séptima y Octava Épocas, el criterio se sostendrá.[34]

Vale la pena detenernos para analizar la decisión adoptada en el amparo en revisión 2230/70, resuelto por la Tercera Sala de la Suprema Corte de Justicia de la Nación, en la cual, por primera vez en mucho tiempo, se incorporó una serie de ideas y argumentos adicionales para romper la monotonía y el laconismo de las respuestas dadas hasta el momento.

La Sala comenzó por reiterar la idea ya conocida, según la cual solo el Poder Judicial Federal, a través del juicio de amparo, podía declarar la inconstitucionalidad de una ley. Sin embargo, a continuación ofreció algunas razones para justificar la idea. Primero afirmó que, en el juicio de amparo, la posible declaración de inconstitucionalidad está rodeada de una serie de garantías que evitan que el órgano judicial se exceda en su papel al ejercer

---

33 Tesis s/n, Segunda Sala, *Semanario Judicial de la Federación*, t. CXV, p. 288, de rubro y texto: Inconstitucionalidad de la ley, a quién compete resolver sobre la. No son las autoridades comunes a quienes compete resolver si una ley o reglamento son o no contrarios a la Constitución de la República, sino directamente a la Justicia Federal; y en cuanto a las Salas del Tribunal Fiscal de la Federación, no es de su competencia el estudio de la constitucionalidad o inconstitucionalidad de las leyes, sino que sus atribuciones se limitan a lo preceptuado por el artículo 160 del Código Fiscal Federal.

34 Tesis s/n, Segunda Sala, Quinta Época, t. CIX, p. 105, de rubro y texto: Constitucionalidad de las leyes. Compete exclusivamente al Poder Judicial de la Federación juzgar sobre la inconstitucionalidad de las leyes, por lo que es inconsistente pretender que esta clase de cuestiones las resuelva el Tribunal Fiscal de la Federación.
Tesis s/n, Tercera Sala, *Semanario Judicial de la Federación*, Sexta Época, vol. CXXXV, cuarta parte, p. 37, de rubro y texto: Constitucionalidad de las leyes, examen de la, improcedente, por la autoridad judicial común. No existe jurisprudencia de la Suprema Corte de Justicia de la Nación que imponga a la autoridad judicial común, por aplicación literal del artículo 133 constitucional, la obligación de calificar la constitucionalidad de las leyes que norman el contenido de sus resoluciones; si bien es cierto que ocasionalmente ha llegado a sustentarse tal tesis, la mayoría de los precedentes se orientan en el sentido de considerar que sólo el Poder Judicial de la Federación puede calificar la constitucionalidad de las leyes a través del juicio constitucional de amparo.

el control. Aquí parece subyacer un prejuicio —aunque probablemente con bases reales— que lleva a considerar que los jueces locales, en el ejercicio del control constitucional, se desbordarían del cauce adecuado para tan sensible tarea.

El argumento más discutible fue esgrimido a continuación, cuando se afirmó que el sistema constitucional mexicano admitía de manera implícita que, conforme al principio de división de poderes, los jueces no podían calificar las leyes de inconstitucionales, a menos que la Constitución les brindara tal facultad excepcional de manera expresa. Eso es exactamente lo que ocurre con el juicio de amparo y el Poder Judicial Federal.[35] Esta tesis será retomada unos años más tarde, cuando la Suprema Corte genere la jurisprudencia que por algunos años mantendría a los jueces locales definitivamente alejados de las labores de control.

Varios años después, ya en la Novena Época, la Suprema Corte de Justicia de la Nación se pronunció de nueva cuenta y generó la tesis 74/99,[36] en la que confirmó la prohibición del control

[35] Tesis s/n, Tercera Sala, *Semanario Judicial de la Federación*, Séptima Época, vol. 42, cuarta parte, p. 17, de texto y rubro: Constitucionalidad de las leyes, examen de la, improcedente por la autoridad judicial común. Conforme a la Constitución Federal, no todo órgano judicial es competente para declarar la inconstitucionalidad de una ley, sino solamente el Poder Judicial Federal, a través del juicio de amparo, donde la definición de inconstitucionalidad emitido por la autoridad federal se rodea de una serie de requisitos que tratan de impedir una desorbitada actividad del órgano judicial en relación con los demás poderes; aun en el caso del artículo 133 constitucional en relación con el 128, que impone a los Jueces de los Estados la obligación de preferir a la Ley Suprema cuando la ley de su Estado la contraría, el precepto se ha entendido en relación con el sistema según el cual es únicamente el Poder Federal el que puede hacer declaraciones de inconstitucionalidad. Esto es así, porque nuestro derecho público admite implícitamente que, conforme al principio de la división de poderes, el órgano judicial está impedido de intervenir en la calificación de inconstitucionalidad de los actos de los otros poderes, a menos que a ese órgano se le otorgue una competencia expresa para ese efecto, como ocurre en la Constitución Federal cuando dota al Poder Judicial de la Federación de la facultad de examinar la constitucionalidad de los actos de cualquier autoridad.

[36] Véase la tesis P./J. 74/99, Pleno, *Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta*, Novena Época, t. X, agosto de 1999, p. 5, de rubro y texto: Control difuso de la constitucionalidad de normas generales. No lo

difuso y reiteró el criterio determinado en la tesis previa 73/99,[37] según la cual el control judicial de la Constitución era atribución exclusiva del Poder Judicial Federal.

Sobre la improcedencia del control difuso se han esgrimido muchos y muy serios argumentos; sin embargo —debemos señalarlo— ninguno ha sido decididamente convincente. Por otro lado, en la ejecutoria de la tesis 74/99, la Corte trajo a colación

---

autoriza el artículo 133 de la Constitución. El texto expreso del artículo 133 de la Constitución Federal previene que "Los jueces de cada Estado se arreglarán a dicha Constitución, leyes y tratados a pesar de las disposiciones en contrario que pueda haber en las Constituciones o leyes de los Estados". En dicho sentido literal llegó a pronunciarse la Suprema Corte de Justicia; sin embargo, la postura sustentada con posterioridad por este Alto Tribunal, de manera predominante, ha sido en otro sentido, tomando en cuenta una interpretación sistemática del precepto y los principios que conforman nuestra Constitución. En efecto, esta Suprema Corte de Justicia de la Nación, considera que el artículo 133 constitucional, no es fuente de facultades de control constitucional para las autoridades que ejercen funciones materialmente jurisdiccionales, respecto de actos ajenos, como son las leyes emanadas del propio Congreso, ni de sus propias actuaciones, que les permitan desconocer unos y otros, pues dicho precepto debe ser interpretado a la luz del régimen previsto por la propia Carta Magna al efecto.

[37] Véase la tesis P./J. 73/99, Pleno, *Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta*; Novena Época, t. X, agosto de 1999, p. 18, de rubro y texto: Control judicial de la Constitución. Es atribución exclusiva del Poder Judicial de la Federación. La supremacía constitucional se configura como un principio consustancial del sistema jurídico-político mexicano, que descansa en la expresión primaria de la soberanía en la expedición de la Constitución y que por ello coloca a ésta por encima de todas las leyes y de todas las autoridades, de ahí que las actuaciones de éstas deben ajustarse estrictamente a las disposiciones de aquella. En este sentido, más que una facultad, la supremacía constitucional, impone a toda autoridad el deber de ajustar a los preceptos fundamentales, los actos desplegados en ejercicio de sus atribuciones. Por tanto, si bien es cierto que los tres Poderes de la Unión deben observar la Ley Suprema, no puede afirmarse que por esta razón, las autoridades puedan, por sí, y ante sí, en el ejercicio de sus funciones materialmente jurisdiccionales, examinar la constitucionalidad de sus propios actos o de los ajenos, toda vez que, al respecto, la propia Constitución consagra en sus artículos 103 y 107, un medio de defensa ex profeso, por vía de acción, como es el juicio de amparo y lo encomienda, en exclusiva, al Poder Judicial de la Federación, sentando las bases de su procedencia y tramitación.

algunas de las tesis que hemos comentado e hizo suyas las razones planteadas por la Segunda Sala en la Séptima Época y que mencionamos líneas atrás. Quisiéramos detenernos una vez más en esos argumentos, ahora adoptados por la integración de la Novena Época. Pero antes transcribiremos las líneas centrales de la decisión de la Corte:

> Es decir, el criterio predominante de esta Suprema Corte de Justicia, que se reitera en el presente fallo, considera que el artículo 133 constitucional, no es fuente de facultades de control constitucional para los jueces del orden común, pues dicho precepto debe ser interpretado a la luz del régimen previsto por la propia Carta para ese efecto, que se traduce en el juicio específico cuya procedencia se encuentra sujeta a diversos requisitos con la finalidad de evitar la anarquía en la organización y distribución de competencias de las autoridades estatales.[38]

Para robustecer sus argumentos, la Corte citó la tesis de la Séptima Época que ya hemos comentado, y que ahora reproducimos:

> Constitucionalidad de las leyes. Examen de la, improcedencia por la autoridad judicial común. Conforme a la Constitución Federal, no todo órgano judicial es competente para declarar la inconstitucionalidad de una ley, sino, solamente el Poder Judicial Federal, a través del juicio de amparo, donde la definición de inconstitucionalidad emitido por la autoridad federal, se rodea de una serie de requisitos que tratan de impedir una desorbitada actividad del órgano judicial en relación con el 128, que impone a los jueces de los Estados, la obligación de preferir a la Ley Suprema cuando una Ley de su Estado la contraría, el precepto se ha entendido en relación con el sistema según el cual es únicamente el Poder Federal el que puede hacer declaraciones de inconstitucionalidad. Esto es así, porque nuestro derecho público admite implícitamente que conforme al principio de división de poderes, el órgano judicial está impedido de intervenir en la calificación de inconstitucionalidad de los actos de los otros poderes, a menos que a ese órgano se le otorgue una competencia expresa para ese efecto, como ocurre con la Constitución Federal, cuando dota al Poder judicial de la Federación de la facultad de examinar la constitucionalidad de los actos de cualquier autoridad.

[38] Véase la tesis P./J. 74/99..., *cit*. Ejecutoria.

Para clarificar estas ideas, procederemos a reconstruir los argumentos torales vertidos en las resoluciones mencionadas, mediante los cuales se sostuvo la prohibición del control difuso:

> *Primero*: en su letra, el artículo 133 constitucional parece permitir el control constitucional a los jueces ordinarios.
> *Segundo*: la Constitución ha establecido de manera expresa el control de constitucionalidad (jurisdiccional) y lo ha depositado en el Poder Judicial Federal, quien lo ejercerá a través del juicio de amparo.
> *Tercero*: en virtud del sistema de división de poderes, el poder judicial está impedido para intervenir en la calificación de constitucionalidad de los actos de los otros poderes (esta sería la regla), a menos que la Constitución, de manera expresa, lo permitiera.
> *Cuarto*: la excepción a la regla anterior se encuentra en la facultad concedida al Poder Judicial de la Federación y en su facultad de ejercer el control a través del juicio de amparo.
> *Quinto*: tomando en cuenta la concesión expresa que la Constitución hace al Poder Judicial de la Federación a través de los artículos 103 y 107 constitucionales, y sumado al principio implícito por el cual la regla en México es que el poder judicial no puede controlar los actos de los demás poderes, el artículo 133 constitucional debe ser interpretado en el sentido de no permitir el control constitucional a los jueces ordinarios.
> *Sexto*: el permitir el control a los jueces locales implicaría la anarquía en la organización y distribución de competencias.

Tiempo después de la generación de la jurisprudencia que comentamos, el recordado ministro de la Suprema Corte de Justicia de la Nación, José de Jesús Gudiño Pelayo, escribió un importante trabajo titulado "Lo confuso del control difuso de la Constitución", en el cual postuló la siguiente tesis:

> De lo anterior debe concluirse que la Constitución establece un sistema de control difuso de ésta, que no deriva de la interpretación del artículo 133 constitucional, sino del párrafo séptimo del artículo 94 constitucional, así como de los artículos 192, primer párrafo y 76 bis, ambos de la ley de amparo. Control mediante el cual el

> juez solo deberá concretarse a inaplicar la ley declarada inconstitucional por la jurisprudencia de la Suprema Corte, de ninguna manera a pronunciarse de *motu proprio* sobre la constitucionalidad de la ley.[39]

La tesis es sugerente. Por un lado, postuló que el control difuso es procedente en nuestro sistema, pero no lo fundamentó en el artículo 133 constitucional. El autor buscó evitar ese fundamento al aplicar un ejercicio de contraste entre los sistemas de control en Estados Unidos y en México. En el sistema estadounidense —afirmó— no se estableció de modo expreso ningún sistema de control judicial a cargo de autoridad específica. Este sistema fue creado pretorianamente por el juez Marshall en el caso *Marbury vs. Madison* y, por ello —es decir, por no haber un reconocimiento explícito de tal facultad en la Constitución—, resultó válido deducir la facultad para todos los jueces a partir del principio de supremacía constitucional.

En opinión del autor, el sistema de control mexicano exige una respuesta diferente, pues aquí, si el constituyente estableció esta facultad de control de modo expreso a favor de los jueces federales, entonces pareciera que implícitamente excluyó a los jueces locales.[40]

¿Dónde encontrar entonces el fundamento del control difuso? El autor propuso que se halla en el sistema de jurisprudencia, y específicamente en la nota de su obligatoriedad, recordando así algún pronunciamiento anterior de la propia Corte. Este dudoso fundamento implica, además, predeterminar que el control difuso tendrá una forma peculiar y ceñida de ejercicio, pues consistirá en el deber de los jueces locales de inaplicar las normas locales contrarias a la Constitución Federal cuando exista jurisprudencia federal previa que establezca la incompatibilidad entre esa ley y la Constitución Federal.

---

[39] Gudiño Pelayo, José de Jesús, "Lo confuso del control difuso de constitucionalidad", en Ferrer Mac-Gregor, Eduardo y Zaldívar Lelo de Larrea, Arturo (coords.), *Procesos constitucionales. Memorias del I Congreso Mexicano de Derecho Procesal Constitucional*, México, Porrúa-IIJ-UNAM, 2007, p. 466.

[40] *Ibidem*, pp. 458 y ss.

Pero, de ese modo, el deber de los jueces locales no se funda en el reconocimiento de una competencia general de control, sino en el mandato de obedecer la jurisprudencia. En todo caso, consistiría en otro de los deberes que los jueces locales han de acatar al momento de cumplir con su función. No creemos que se trate de un fundamento para el ejercicio del control difuso; más bien sería una actividad que los jueces deberían desplegar en el cumplimiento de la jurisprudencia, y no de las normas constitucionales involucradas en el caso en cuestión.

Por otro lado, el autor descubre todo un ámbito para el incumplimiento del artículo 133 constitucional, cuyo mandato persiste, aunque no hubiere jurisprudencia sobre una ley inconstitucional que los jueces locales deberían aplicar.

El criterio de Gudiño Pelayo fue seguido en una resolución del Pleno de la Suprema Corte de Justicia de la Nación al resolver la contradicción de tesis 6/2002, el 29 de agosto de ese año. Allí se determinó que el —en ese entonces— Tribunal Federal de Justicia Fiscal y Administrativa estaba obligado a aplicar la jurisprudencia en la que se decrete la inconstitucionalidad de una ley, con fundamento en los artículos 94 constitucional y 192 de la Ley de Amparo.[41]

[41] Tesis 38/2002, Pleno, *Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta*, Novena Época, t. XVI, agosto de 2002, p. 5, de rubro y texto: Jurisprudencia sobre inconstitucionalidad de una ley. El Tribunal Federal de Justicia Fiscal y Administrativa se encuentra obligado a aplicarla, siempre que sea procedente, al juzgar la legalidad de un acto o resolución fundados en esa ley. De acuerdo con lo establecido por los artículos 94, párrafo octavo, de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos y 192 de la Ley de Amparo, que fijan los términos en que será obligatoria la jurisprudencia de la Suprema Corte de Justicia de la Nación, el tribunal jurisdiccional referido debe aplicar la jurisprudencia sustentada sobre la inconstitucionalidad de una ley, porque en el último dispositivo citado no se hace ningún distingo sobre su obligatoriedad atendiendo a la materia sobre la que versa; además, si bien es cierto que los tribunales de esa naturaleza carecen de competencia para resolver sobre la constitucionalidad de leyes, también lo es que al aplicar la jurisprudencia sobre esa cuestión se limitan a realizar un estudio de legalidad relativo a si el acto o resolución impugnados respetaron el artículo 16 constitucional, concluyendo en sentido negativo al apreciar que se sustentó en un precepto declarado inconstitucional por jurisprudencia

Algunos han visto en esta resolución un ejercicio de control difuso;[42] empero, no creemos que pueda ser considerado así. Las razones para ello surgen de la misma ejecutoria. En el considerando séptimo se señaló que cuando un órgano obligado a seguir la jurisprudencia la aplica, este no realiza un examen del tema debatido y resuelto por dicha jurisprudencia, pues esta se aplica porque es obligatoria, sin importar si el juez comparte o no las razones en las que se apoya. Y más adelante se afirma que

> El juez solo ejerce libertad de jurisdicción en la determinación relativa a si el caso concreto se ajusta a los supuestos que lleven a su aplicación, mas no en el criterio que la jurisprudencia adopta, limitándose su actuación, una vez determinada la procedencia de la aplicación de la jurisprudencia al caso concreto, a nulificar el acto impugnado por el vicio de legalidad consistente en su transgresión al artículo 16 constitucional, por encontrarse indebidamente fundado en una ley declarada inconstitucional. Lo anterior lleva a la conclusión de que la aplicación de una jurisprudencia sobre inconstitucionalidad a un caso concreto, por un tribunal obligado a acatarla, no implica el pronunciamiento de estos, sobre el tema jurídico sobre el que la jurisprudencia verse. En otras palabras, el tribunal

obligatoria de la Suprema Corte, sin que sea aceptable el argumento de que al realizar ese estudio se vulnera el principio de relatividad de las sentencias de amparo, pues éste se limita a señalar que en las mismas no se podrá hacer una declaración general sobre la inconstitucionalidad de la ley o acto que motivare el juicio y que sólo protegerán al individuo que solicitó la protección constitucional, ya que en el supuesto examinado el Tribunal Federal de Justicia Fiscal y Administrativa, al cumplir con la obligación que se le impone de aplicar la jurisprudencia en relación con el caso concreto que resuelve, no invalida la ley ni declara su inaplicabilidad absoluta. Por otro lado la obligatoriedad referida responde al principio de supremacía constitucional establecido en el artículo 133 de la Carta Fundamental, conforme al cual no deben subsistir los actos impugnados ante un tribunal cuando se funden en preceptos declarados jurisprudencialmente por la Suprema Corte como contrarios a aquélla. El criterio aquí sostenido no avala, obviamente, la incorrecta aplicación de la jurisprudencia que declara inconstitucional una ley, de la misma manera que, guardada la debida proporción, una norma legal no se ve afectada por su incorrecta aplicación.

[42] Sánchez Gil, Rubén, "El control difuso de la constitucionalidad en México. Reflexiones en torno a la tesis P./J. 38/2002", *Cuestiones Constitucionales*, núm. 11, julio-diciembre de 2004, p. 219.

> no estudia el problema de inconstitucionalidad pues ello quien lo hizo fue la Suprema Corte al establecer la jurisprudencia.[43]

Esta tesis evidencia el error subyacente en el criterio que analizamos. Desde esta perspectiva, la justicia local se convierte en coadyuvante de la justicia federal, pero no en autoridad de control. No se trata de una labor desdeñable, sino más bien insuficiente para configurar el control constitucional.

Las ideas que sustentan las tesis jurisprudenciales negativas resultan contradictorias y poco claras en cuanto a sus fundamentos. No hay evidencias suficientes del principio implícito que mencionan. Incluso resulta complejo fundamentar la restricción para la operación de una garantía en un principio implícito de dudoso fundamento constitucional. Por el contrario, la Constitución de 1857 adoptó decididamente un modelo de control jurisdiccional.

Enseguida se podría insistir en que el reconocimiento expreso refuerza la excepcionalidad del control judicial y, por tanto, la imposibilidad de su extensión a otros funcionarios que desempeñen tareas jurisdiccionales, como los jueces de los estados. Pero sucede que el artículo 133, a la luz de una interpretación más bien literalista, parece contener un mandato para que los jueces locales se apeguen a la Constitución. Y no se nos ocurre otra manera de hacerlo que mediante la inaplicación de leyes contrarias a la Constitución, en atención a su carácter de jueces.

Se podría afirmar que el dispositivo constitucional mencionado se refiere a otra posible expresión de control, como la facultad de inaplicación por existir jurisprudencia emitida por el Poder Judicial Federal, pero la letra del artículo no establece esa condición y mandata a los jueces locales a preferir, es decir, a optar por la Constitución frente a leyes que la contradigan, sin más.

---

[43] Contradicción de tesis 6/2002 entre las sustentadas por el Primer Tribunal Colegiado en Materia Administrativa del Primer Circuito y Tribunales Colegiados Tercero y Cuarto en Materia Administrativa del Primer Circuito, primero del décimo cuarto circuito y segundo del vigésimo primer circuito. Pleno, *Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta,* Novena Época, t. XVI, septiembre de 2002, p. 355. Ejecutoria.

Que la Constitución Federal haya establecido de manera expresa la facultad de control en cabeza de los jueces federales a través del juicio de amparo implica admitir la posibilidad de que se conceda a dicho poder la capacidad de decir la última palabra en la materia, pero —como acertadamente apunta Sánchez Gil— no la única.[44]

Además, no se puede considerar a la aplicación de jurisprudencia acerca de la inconstitucionalidad de una ley como control constitucional y al mismo tiempo afirmar que, en el desarrollo de tal actividad, el juez o tribunal de que se trate no estudia el tema de inconstitucionalidad. Si no hay estudio de constitucionalidad no hay control de constitucionalidad. En este punto alguien podría verse inclinado a comparar el rol de control que esta idea determina para los jueces locales con el ejercicio de control que realizan los jueces en aquellos sistemas donde opera la cuestión de inconstitucionalidad.

No creemos que ambos supuestos resulten análogos, pues, en el caso de la cuestión de inconstitucionalidad, los jueces habilitados para plantearla deben expresar las razones por las cuales estiman que la ley puede ser inconstitucional y, en tal caso, sus argumentos eventualmente se integran al estudio de constitucionalidad. Esto no sucede con la aplicación de jurisprudencia, y menos aún con el método más bien mecánico y literalista que prevalece en dicha práctica.

En algún sentido, por aquellos años, la Suprema Corte parecía reclamar un rol central en el ejercicio del control constitucional. De cierto modo, el proceso de conversión del alto tribunal en tribunal constitucional hizo creer que el proceso de reformas previo acompañaba ese cuasimonopolio que la Corte parecía reclamar.

En este sentido, no fueron los jueces locales de los estados ni el Tribunal Fiscal las únicas autoridades con funciones jurisdiccionales que vieron menguadas sus labores de control. Poco tiempo después se especificó la prohibición de realizar el control incidental para el Tribunal Electoral del Poder Judicial de la

[44] Sánchez Gil, Rubén, *op. cit.,* p. 225.

Federación, al dirimir una contradicción de tesis generada entre la Sala Superior del Tribunal Electoral del Poder Judicial de la Federación y la Suprema Corte al resolver el SUP-JRC 209/99 y la acción de inconstitucionalidad 6/98, respectivamente. Tal decisión generó la tesis 23/2002,[45] en la cual se sostuvo que solo la Suprema Corte podía analizar la constitucionalidad de leyes electorales a través de las acciones de inconstitucionalidad.

Con el tiempo, el poder revisor de la Constitución le contestó a la Suprema Corte modificando el artículo 99 constitucional, para permitir que el Tribunal Electoral pudiera inaplicar leyes electorales contrarias a la Constitución. La prohibición para que los jueces locales realizaran control constitucional en defensa de la Constitución Federal se convirtió, así, en una nota de nuestro sistema de control constitucional.

---

[45] Véase la tesis P./J. 23/2002, Pleno, *Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta*, Novena Época, t. XXXI, enero de 2010, p. 22, de rubro y texto: Tribunal Electoral del Poder Judicial de la Federación. Carece de competencia para pronunciarse sobre inconstitucionalidad de leyes. De lo dispuesto en los artículos 99 y 105 fracción II de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos, se desprende, por un lado que el Tribunal electoral es la máxima autoridad jurisdiccional en materia electoral y es el órgano especializado del Poder Judicial de la Federación, cuya competencia es la de garantizar la especialización objetividad e imparcialidad en el ejercicio de esa función jurisdiccional, así como la custodia de los derechos políticos electorales de los ciudadanos y verificar que los actos y resoluciones que al respecto se dicten, se ajusten al marco jurídico previsto tanto en la propia Constitución Federal, como en la Ley General del Sistema de medios de impugnación en materia electoral, y por otro, que la Suprema Corte de Justicia de la Nación, le corresponde en forma exclusiva, conocer de las acciones de inconstitucionalidad que tengan por objeto plantear la posible contradicción entre una norma general y la Constitución federal, siendo dichas acciones la única vía para plantear la no conformidad de las leyes electorales con la propia Ley Fundamental. En congruencia con lo anterior, se concluye que la facultad para resolver sobre la contradicción de normas electorales y la Carta Magna, está claramente limitada por mandato constitucional al Pleno de la Suprema Corte de Justicia de la Nación, por lo que el Tribunal Electoral solo puede manifestarse respecto a algún acto o resolución o sobre la interpretación de un precepto constitucional, siempre que ésta no sea para verificar la conformidad de la ley electoral con el propio ordenamiento supremo, ya que de lo contrario, estaría ejerciendo una facultad que constitucionalmente no le corresponde.

Sin embargo, y de manera un tanto paradójica, para cuando este criterio se había estabilizado al convertirse en jurisprudencia, había dado inicio un proceso de fortalecimiento de las garantías jurisdiccionales en general y de mayor compromiso con el Sistema Interamericano de Derechos Humanos. Además, en el ámbito académico, a lo largo del tiempo se habían manifestado voces que criticaban la proscripción del llamado control difuso. La confluencia de estas causas propiciaría que la Suprema Corte decidiera modificar su posición. El detonante de este cambio sería una sentencia condenatoria emitida por la Corte Interamericana de Derechos Humanos contra el Estado mexicano. En el próximo capítulo analizaremos el proceso que llevó a la aceptación del llamado control difuso.

III. El reconocimiento de atribuciones de control incidental y *ex officio* a los jueces locales

Concluimos el capítulo anterior afirmando que notables transformaciones terminarían por desterrar la tesis negativa del control difuso. Por un lado, México llevaba años realizando trascendentes reformas constitucionales en aras de robustecer el modelo de Estado constitucional desde la Constitución. El incremento de garantías de tipo jurisdiccional y la inclusión de nuevos derechos son muestra clara de ese rumbo. Pero además, el fortalecimiento del Estado constitucional de derecho, y de los derechos humanos en particular, requerían modificar las relaciones con el sistema regional de protección de derechos humanos.

En este sentido, México había sido un actor importante en el proceso de fortalecimiento del sistema regional de derechos; el *corpus iuris* interamericano era derecho interno de fuente internacional desde hacía varios años, y en 1998 se había aceptado la competencia contenciosa de la Corte Interamericana de Derechos Humanos. El Sistema Interamericano comenzó a ser enseñado en las escuelas de Derecho y los operadores jurídicos iniciaron un intenso proceso de familiarización con el derecho convencional.

Este proceso se aceleró cuando, a principios de los años 2000, la Corte Interamericana demandó paulatinamente un rol más ac-

tivo de los Estados en el cumplimiento del derecho convencional, por asumir con fuerza el principio de subsidiariedad en el que se funda el Sistema Interamericano, acorde al cual, la protección de los derechos humanos de fuente convencional es, principalmente, un asunto doméstico. En esa dirección, el Tribunal Interamericano comenzó a desarrollar la doctrina del control de convencionalidad, según la cual los jueces de cada Estado tienen la obligación de realizar el control de convencionalidad, consistente en la verificación de la adecuación de las leyes y los actos con el derecho convencional.

La Corte Interamericana reiteraría esta doctrina para México al resolver el caso *Radilla Pacheco vs. Estados Unidos Mexicanos*, y cuando la Suprema Corte de Justicia de la Nación se avocó al estudio de la sentencia condenatoria allí emitida para analizar las vías de cumplimiento de la misma, se enfrentó con la necesidad de analizar el tema del cumplimiento del control de convencionalidad por parte de los jueces mexicanos. La decisión sobre este tema motivó la modificación de la tesis de la negación del control difuso.

El otro cambio fundamental que impulsaría la derrota de la tesis negativa sería la reforma constitucional en materia de derechos humanos de 10 de junio de 2011, uno de cuyos ejes fundamentales fue establecer un nuevo tipo de relación entre los derechos humanos de fuente constitucional y aquellos de fuente internacional.

La estrategia consistió en reemplazar el criterio jerárquico para ensamblar ambos órdenes a la luz de un criterio armonizador que permitiera incrementar el nivel de disfrute de los derechos humanos. Pero, además, la reforma se propuso elevar el grado de compromiso de cada órgano público con la salvaguarda de los derechos, mediante el establecimiento de la obligación de respetar los derechos humanos en cabeza de todas las autoridades —incluidos los jueces, claro—.

La doctrina del control de convencionalidad generada por la Corte Interamericana de Derechos Humanos, la sentencia condenatoria emitida en el caso *Radilla Pacheco* contra el Estado mexicano, la sentencia condenatoria del caso *Cabrera García*

y Montiel Flores, la resolución del expediente varios 912/2010 por parte de la Suprema Corte de Justicia de la Nación y la reforma constitucional en materia de derechos humanos permitieron la modificación de la doctrina acerca del control difuso. Al estudio de estos asuntos dedicaremos los siguientes apartados.

El Sistema Interamericano de Derechos Humanos cuenta con herramientas o mecanismos de diversa índole para proteger los derechos establecidos en los distintos instrumentos normativos que componen el *corpus iuris* del sistema. En virtud de su naturaleza, dicha finalidad se cumple con diferentes grados de intensidad. A título enunciativo, nos referimos a las visitas *in loco*, las medidas cautelares, las medidas provisionales, los diversos informes, las soluciones amistosas, las opiniones consultivas y el sistema de peticiones individuales, en cuyo marco se desenvuelve el amparo interamericano.

En diversos órdenes constitucionales se denomina "recurso" o "acción de amparo" al mecanismo judicial especializado que tiene por objeto la protección de los derechos constitucionales y convencionales.[46] El rasgo que concede identidad compartida a los diversos mecanismos denominados con los términos expresados —más allá de variaciones terminológicas casi accidentales y de las diferentes modalidades para brindar la protección— es la finalidad de amparar a quien se ve afectado por un acto violatorio a sus derechos[47] en un ámbito procesal diferente al de los procesos ordinarios, caracterizado —o así debería ser— por la urgencia que permite para efectos de la restauración del derecho conculcado.[48]

---

46 Ayala Corao, Carlos, "Del amparo constitucional al amparo interamericano como institutos para la protección de los derechos humanos", AA. VV., *Liber Amicorum. Héctor Fix-Zamudio,* San José, Secretaría de la Corte IDH, 1998, vol. I, p. 342.

47 García Ramírez, Sergio, "La protección de derechos y libertades en el Sistema Jurisdiccional Interamericano. El amparo interamericano", en Fix-Zamudio, Héctor y Ferrer Mac-Gregor, Eduardo (coords.), *El derecho de amparo en el mundo,* México, Porrúa-UNAM-KAS, 2006, p. 986.

48 Sabsay, Daniel, "El amparo como garantía para el acceso a la jurisdicción en defensa de los derechos humanos", en Abregú, Martín y Courtis, Christian

Los derechos objeto de protección por la vía del amparo son aquellos contemplados en los diversos textos constitucionales, ya sea de modo explícito o implícito, y los derechos humanos contenidos en los instrumentos internacionales.[49] Por su carácter complementario, el amparo interamericano entra en escena cuando los medios jurisdiccionales internos de los Estados, habiendo sido agotados, no han reparado las violaciones a los derechos humanos. El amparo interamericano, así entendido, y según la definición proporcionada por Ayala Corao, consiste en:

> El derecho de toda persona, víctima de una violación a sus derechos humanos reconocidos por la Convención Americana sobre Derechos Humanos o la Declaración Americana de Derechos y Deberes del Hombre, o cualquier otro instrumento internacional sobre la materia, a interponer una petición ante la Comisión Interamericana de Derechos Humanos, cuando dicha violación provenga de cualquiera de los órganos del poder público de un Estado miembro de la OEA.[50]

De acuerdo con Dulitzky, el amparo interamericano presenta tres subespecies o modelos, que se conforman en función de los derechos que pueden tutelar y del órgano con competencia para resolver, siendo los siguientes:

i) el *amparo interamericano judicial*, que opera en el ámbito de los Estados que han ratificado la Convención Americana sobre Derechos Humanos y han aceptado la competencia contenciosa de la Corte Interamericana. Esta modalidad de amparo protege los derechos contenidos en la

(comps.), *La aplicación de los tratados sobre derechos humanos por los tribunales locales,* Buenos Aires, CELS-Editores del Puerto, 1997, p. 231.

[49] Ayala Corao, Carlos, *op. cit*., pp. 365 y 366.

[50] *Ibidem,* pp. 366 y 367. En igual sentido, Dulitzky lo define como: "[...] el derecho de petición para acudir ante la Comisión, a fin de denunciar las violaciones a los derechos humanos causadas por la acción, omisión o tolerancia de agentes o entes de cualesquiera de los Estados Miembros de la OEA". Dulitzky, Ariel, "Reflexiones sobre la judicialización interamericana y propuesta de nuevos perfiles para el amparo interamericano", en Abad Yupanqui, Samuel Bernardo y Pérez Tremps, Pablo, *La reforma del proceso de amparo. La experiencia comparada*, Lima, Palestra, 2009, p. 328.

Convención y puede concluir mediante un proceso llevado a cabo ante la Corte Interamericana una vez finalizado el trámite ante la Comisión Interamericana de Derechos Humanos, si esta decide presentar el caso ante la Corte;

ii) el *amparo interamericano cuasijudicial convencional,* que protege los derechos reconocidos en la Convención, pero solo ante la Comisión Interamericana, por cuanto abarca a los Estados que no han reconocido la competencia contenciosa de la Corte, y

iii) el *amparo interamericano cuasijudicial declarativo*, que protege los derechos reconocidos en la Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre mediante la Comisión Interamericana, y abarca a los Estados que no han ratificado la Convención Americana.[51]

A continuación nos centraremos en el marco de la primera subespecie indicada, es decir, en el amparo interamericano judicial, cuando la Comisión decide remitir el caso a la Corte Interamericana y dicho trámite culmina con una sentencia condenatoria emitida por dicho Tribunal.

Resulta evidente la enorme contribución que en los últimos años ha realizado el Sistema Interamericano —y concretamente la Comisión y la Corte Interamericanas— para el fortalecimiento y la vigencia de los derechos humanos en la región. Dicho aporte no solo puede apreciarse en la tramitación y resolución de asuntos individuales —que en los últimos años se han incrementado de modo significativo—,[52] sino también en el grado de influencia cada vez mayor que las interpretaciones sobre la Convención —especialmente de la Corte— han tenido al interior de los Estados que integran el sistema.

Los operadores jurídicos nacionales contemplan ya la posibilidad de acceder al sistema y utilizan en sus argumentaciones criterios emitidos por la Comisión y la Corte Interamericanas. Los jueces toman en consideración las resoluciones del alto tribunal de San José para resolver sus casos y, en fin, las facultades de De-

[51] Dulitzky, Ariel, *op. cit*., pp. 330 y 331.

[52] Para un análisis más detallado acerca del incremento de los casos llevados ante la Corte IDH véase *ibidem*, pp. 335 y ss.

recho consideran el estudio del Sistema Interamericano como un tema obligado en sus planes de estudio.

Sin embargo, el Sistema Interamericano todavía presenta inconvenientes en cuanto a su debida eficacia. El grado de compromiso ante el sistema y sus resoluciones es, aun hoy, sumamente variado, y esas variaciones permiten reconocer diversos rangos de fuerza e intensidad que todavía dificultan homogeneizar la actitud de todos los operadores jurídicos americanos ante el sistema.

Para simplemente describir el complejo escenario que enfrenta el Sistema Interamericano, a este análisis, que pretende enfatizar las problemáticas hacia el sistema, se podría agregar otra, que se considera endógena y está vinculada a lo que algunos llaman "la judicialización del sistema". Ello consiste en la prevalencia que ha adquirido el amparo interamericano frente a otras herramientas del sistema, y lo afecta directamente.[53]

Los problemas que a veces presentan las sentencias de amparo interamericano, traducidos en resistencias internas para su debida ejecución, se deben también a que, normalmente, una sentencia interamericana hace mucho más que resolver un caso individual —de suyo ya muy importante—. En realidad, dado su alcance, tiene una pretensión aún mayor, consistente en la generación de cambios estructurales en el sistema jurídico del país de que se trate, y para lograrlo es necesario que se involucren diversos niveles y órdenes de gobierno.

La sentencia condenatoria contra el Estado mexicano recaída en el caso *Radilla Pacheco* fue uno de esos fallos que impulsó un cambio de la mayor trascendencia en nuestro sistema de control jurisdiccional de constitucionalidad y convencionalidad. A continuación analizaremos dicha decisión de la Corte Interamericana, para posteriormente estudiar el proceso de internalización de la misma por parte de la Suprema Corte de Justicia de la Nación.

El 23 de noviembre de 2009, la Corte Interamericana de Derechos Humanos emitió su pronunciamiento sobre las excepciones preliminares, el fondo y las reparaciones y costas en el caso *Radilla Pacheco vs. Estados Unidos Mexicanos*. El caso ini-

[53] *Ibidem*, p. 342.

ció con la demanda que la Comisión Interamericana de Derechos Humanos sometió a la Corte, el 15 de marzo de 2008, a propósito de la presunta desaparición forzada del señor Rosendo Radilla Pacheco, que habría tenido lugar el 25 de agosto de 1974 a manos del Ejército mexicano en el estado de Guerrero, México, y de quien a la fecha no se tenían noticias.[54]

Luego de desestimar las excepciones preliminares presentadas por el Estado,[55] aceptar el reconocimiento parcial de los hechos y el allanamiento parcial a las pretensiones de derecho[56] y sustanciar el proceso, la Corte Interamericana emitió sentencia condenatoria contra el Estado mexicano. En lo sustancial, resolvió:

Primero, en lo que se refiere a la desaparición forzada del señor Rosendo Radilla Pacheco: el Estado es responsable de la violación de los derechos a la libertad personal (art. 7.1),[57] a la integridad personal (arts. 5.1 y 5.2),[58] al reconocimiento de la per-

54 Para los detalles referidos a la introducción a la causa véase Corte IDH. *Caso Radilla Pacheco vs. Estados Unidos Mexicanos*. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 23 de noviembre de 2009. Serie C, núm. 209. I. Introducción a la causa y objeto de la controversia, párrs. 1-7.

55 El Estado mexicano interpuso cuatro excepciones preliminares: 1. Incompetencia *ratione temporis* para conocer los méritos del caso debido a la fecha del depósito del instrumento de adhesión de México a la Convención Americana sobre Derechos Humanos; 2. Incompetencia *ratione temporis* para aplicar la Convención Interamericana sobre Desaparición Forzada de Personas debido a la fecha de depósito del instrumento de adhesión; 3. Incompetencia *ratione materiae* para utilizar la Carta de la Organización de los Estados Americanos como fundamento para conocer del caso, y 4. Incompetencia *ratione temporis* para conocer de las presuntas violaciones a los derechos a la vida y a la integridad personal, arts. 4 y 5 de la Convención, en perjuicio del señor Rosendo Radilla Pacheco, pues la muerte habría ocurrido con anterioridad a la fecha de ratificación de la competencia contenciosa de la Corte Interamericana de Derechos Humanos. *Ibidem,* párrs. 14-50.

56 *Ibidem*, párrs. 52-66.

57 CADH, art. 7.1. Toda persona tiene derecho a la libertad y a la seguridad personales.

58 *Ibidem*, art. 5.1. Toda persona tiene derecho a que se respete su integridad física, psíquica y moral. El art. 5.2 expresa: Nadie debe ser sometido a torturas ni a penas o tratos crueles, inhumanos o degradantes. Toda persona privada de libertad será tratada con el respeto debido a la dignidad inherente al ser humano.

sonalidad (art. 3)[59] y a la vida (art. 4.1),[60] en perjuicio del señor Rosendo Radilla Pacheco, en relación con la obligación de respetar los derechos (art. 1.1),[61] todos previstos en la Convención Americana sobre Derechos Humanos, así como en los artículos I y IX[62] de la Convención Interamericana sobre Desaparición Forzada de Personas.[63]

Segundo, en cuanto a los derechos de los familiares del señor Rosendo Radilla Pacheco: el Estado es responsable por la violación del derecho a la integridad personal consagrado en los artículos 5.1 y 5.2 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos, en relación con el artículo 1.1 de dicho instru-

---

59 *Ibidem*, art. 3. Toda persona tiene derecho al reconocimiento de su personalidad jurídica.

60 *Ibidem*, art. 4.1. Toda persona tiene derecho a que se respete su vida. Este derecho estará protegido por la ley y, en general, a partir del momento de la concepción. Nadie puede ser privado de la vida arbitrariamente.

61 *Ibidem*, art. 1.1. Los Estados Partes en esta Convención se comprometen a respetar los derechos y libertades reconocidos en ella y a garantizar su libre y pleno ejercicio a toda persona que esté sujeta a su jurisdicción, sin discriminación alguna por motivos de raza, color, sexo, idioma, religión, opiniones políticas o de cualquier otra índole, origen nacional o social, posición económica, nacimiento o cualquier otra condición social.

62 Convención Interamericana sobre Desaparición Forzada de Personas, art. 1. Los Estados Parte en esta Convención se comprometen a: a) No practicar, no permitir, ni tolerar la desaparición forzada de personas, ni aun en estado de emergencia, excepción o suspensión de garantías individuales. b) Sancionar en el ámbito de sus jurisdicciones, a los autores, cómplices y encubridores del delito de desaparición forzada de personas, así como la tentativa de comisión del mismo. c) Cooperar entre sí para contribuir a prevenir, sancionar y erradicar la desaparición forzada de personas; y d) Tomar las medidas de carácter legislativo, administrativo, judicial o de cualquier otra índole necesarias para cumplir con los compromisos asumidos en la presente Convención. El art. IX establece: Los presuntos responsables de los hechos constitutivos del delito de desaparición forzada de personas sólo podrán ser juzgados por las jurisdicciones de derecho común competentes en cada Estado, con exclusión de toda jurisdicción especial, en particular la militar. Los hechos constitutivos de desaparición forzada no podrán considerarse como cometidos en el ejercicio de las funciones militares. No se admitirán privilegios, inmunidades, ni dispensas especiales en tales procesos, sin perjuicio de las disposiciones que figuren en la Convención de Viena sobre Relaciones Diplomáticas.

63 Corte IDH. *Caso Radilla Pacheco vs. Estados Unidos Mexicanos...*, *cit*. Punto resolutivo 3, p. 103.

mento.[64] De igual forma, y respecto a las mismas víctimas, el Estado mexicano es responsable por la violación de los derechos a las garantías judiciales y a la protección judicial, reconocidos en los artículos 8.1[65] y 25.1[66] de la Convención Americana sobre Derechos Humanos, en relación con los artículos 1.1 y 2[67] de la misma, y los artículos I, incisos a), b) y d), IX y XIX[68] de la Convención Interamericana sobre Desaparición Forzada de Personas.[69]

En este punto resolutivo, la Corte abordó y resolvió la espinosa cuestión del fuero militar en México, que por disposición del artículo 57, fracción II, inciso a), del Código de Justicia Militar se extendía a los delitos del fuero ordinario que hubiesen sido cometidos por militares al momento de estar en servicio o con motivo de actos derivados del mismo.

---

64 *Ibidem*. Punto resolutivo 4.

65 CADH, art. 8.1. Toda persona tiene derecho a ser oída, con las debidas garantías y dentro de un plazo razonable, por un juez o tribunal competente, independiente e imparcial, establecido con anterioridad por la ley, en la sustanciación de cualquier acusación penal formulada contra ella o para la determinación de sus derechos y obligaciones de orden civil, laboral, fiscal o de cualquier otro carácter.

66 *Ibidem,* art. 25.1. Toda persona tiene derecho a un recurso sencillo y rápido o a cualquier otro recurso efectivo ante los jueces o tribunales competentes, que la ampare contra actos que violen sus derechos fundamentales reconocidos por la Constitución, la ley o la presente Convención, aun cuando tal violación sea cometida por personas que actúen en ejercicio de sus funciones oficiales.

67 *Ibidem,* art. 2. Si en el ejercicio de los derechos y libertades mencionados en el artículo 1 no estuviere ya garantizado por disposiciones legislativas o de otro carácter, los Estados Partes se comprometen a adoptar, con arreglo a sus procedimientos constitucionales, y a las disposiciones de esta Convención, las medidas legislativas o de otro carácter que fueren necesarias para hacer efectivos tales derechos y libertades.

68 Convención Interamericana sobre Desaparición Forzada de Personas, art. XIX: Los Estados podrán formular reservas a la presente Convención en el momento de firmarla, ratificarla o adherirse a ella, siempre que no sean incompatibles con el objeto y propósito de la Convención y versen sobre una o más disposiciones específicas.

69 Corte IDH. *Caso Radilla Pacheco vs. Estados Unidos Mexicanos..., cit*. Punto resolutivo 5, p. 103.

En opinión de la Corte, amén de que la investigación en el caso no fue diligente ni eficaz, la extensión del fuero castrense al caso vulneró el derecho al juez natural, así como los principios de imparcialidad e independencia. Aunque, dada la inicial violación al principio de juez competente, la Corte ya no se pronunció sobre las cuestiones de independencia e imparcialidad.[70]

En materia de reparaciones, la Corte enlistó una serie de medidas —varias de ellas novedosas— entre las que cabe mencionar:

1. Llevar a cabo las investigaciones y procesos penales necesarios para el esclarecimiento de los hechos que motivaron la desaparición forzada del señor Rosendo Radilla Pacheco y que permitan ubicar a los responsables.
2. Localizar al señor Rosendo Radilla o sus restos mortales.
3. En materia de reformas legislativas, se condenó al Estado mexicano a modificar el Código de Justicia Militar, en su artículo 57, para adaptarlo a los estándares internacionales respecto a la excepcionalidad de la jurisdicción militar en los términos referidos por la propia Corte Interamericana, así como realizar las modificaciones pertinentes para establecer debidamente el tipo penal del delito de desaparición forzada de personas, también en consonancia con los estándares internacionales.
4. Publicar, en el *Diario Oficial* y en otro diario de mayor circulación, ciertas partes de la sentencia.
5. Pagar determinadas cantidades en concepto de indemnización por daños materiales e inmateriales, así como reintegrar las costas y gastos.

Pero además, se obligó al Estado mexicano a adoptar otra serie de medidas reparadoras:

6. Efectuar un acto público para el reconocimiento de su responsabilidad en los hechos que motivaron la sentencia, así como para el desagravio de la memoria del señor Rosendo Radilla Pacheco.
7. Realizar una semblanza del señor Radilla Pacheco.
8. Brindar atención psicológica y psiquiátrica a las víctimas.

[70] Véase *ibidem*, párr. 313.

9. Por último, se instruyó una medida educativa e inductiva por la que se condenó al Estado a implementar cursos y programas para el estudio y análisis de la jurisprudencia del Sistema Interamericano de Protección de Derechos Humanos, específicamente sobre los temas de jurisdicción militar y desaparición forzada de personas.[71]

[71] A continuación se transcriben los puntos resolutivos de la sentencia: [...] 7. Esta sentencia constituye *per se* una forma de reparación. 8. El Estado deberá conducir eficazmente, con la debida diligencia y dentro de un plazo razonable la investigación y, en su caso, los procesos penales que tramiten en relación con la detención y posterior desaparición forzada del señor Rosendo Radilla Pacheco, para determinar las correspondientes responsabilidades penales y aplicar efectivamente las sanciones y consecuencias que la ley prevea, en los términos de los párrafos 329 a 334 de la presente Sentencia. 9. El Estado deberá continuar con la búsqueda efectiva y la localización inmediata del señor Rosendo Radilla Pacheco o, en su caso, de sus restos mortales, en los términos de los párrafos 335 a 336 de la presente Sentencia. 10. El Estado deberá adoptar, en un plazo razonable, las reformas legislativas pertinentes para compatibilizar el artículo 57 del Código de Justicia Militar con los estándares internacionales en la materia y de la Convención Americana sobre Derechos Humanos, en los términos de los párrafos 337 a 342 de la presente Sentencia. 11. El Estado deberá adoptar, en un plazo razonable, las reformas legislativas pertinentes para compatibilizar el artículo 215 A del Código Penal Federal con los estándares internacionales en la materia y de la Convención Interamericana sobre Desaparición Forzada de Personas, en los términos de los párrafos 343 a 344 de la presente Sentencia. 12. El Estado deberá implementar, en un plazo razonable y con la respectiva disposición presupuestaria, programas o cursos permanentes relativos al análisis de la jurisprudencia del Sistema Interamericano de Protección de los Derechos Humanos en relación con los límites de la jurisdicción penal militar, así como un programa de formación sobre la debida investigación y juzgamiento de hechos constitutivos de desaparición forzada de personas, en los términos de los párrafos 345 a 348 de la presente Sentencia. 13. El Estado deberá publicar en el Diario Oficial de la Federación y en otro diario de amplia circulación nacional, por una sola vez, los párrafos 1 a 7, 52 a 66, 114 a 358 de la presente Sentencia, sin las notas al pie de página, y la parte resolutiva de la misma, y publicar íntegramente este Fallo en el sitio web oficial de la Procuraduría General de la República, en un plazo de seis y dos meses, respectivamente, a partir de la notificación de este Fallo, en los términos de los párrafos 349 a 350 del mismo. 14. El Estado deberá realizar un acto público de reconocimiento de responsabilidad en relación con los hechos del presente caso y en desagravio a la memoria del señor Rosendo Radilla Pacheco, en los términos de los párrafos 351 a 354 de la presente Sentencia. 15. El Estado deberá realizar una semblanza de la vida del señor Rosendo Radilla Pacheco, en los

Esta última resolución fue importante para los efectos del presente estudio, pues, dado que el mismo resolutivo hizo remisión a los párrafos 345 a 348 de la sentencia, el Poder Judicial de la Federación resultó aludido. Específicamente fue clarificador el párrafo 347, el cual dispuso que deberían instrumentarse programas de capacitación en derechos humanos para los funcionarios públicos, y que esos cursos deberían tener por objeto analizar la jurisprudencia del Sistema Interamericano en lo que tiene que ver con los límites de la jurisdicción penal militar e investigación y juzgamiento del delito de desaparición forzada de personas. Estos cursos o programas deberían ser dirigidos, entre otros, a los jueces del Poder Judicial de la Federación.[72]

términos de los párrafos 355 a 356 de la presente Sentencia. 16. El Estado deberá brindar atención psicológica y/o psiquiátrica gratuita y de forma inmediata, adecuada y efectiva, a través de sus instituciones públicas de salud especializadas, a las víctimas declaras en el presente Fallo que así lo soliciten, en los términos de los párrafos 357 a 358 del mismo. 17. El Estado deberá pagar las cantidades fijadas en los párrafos 365, 370, 375 y 385 de la presente Sentencia, por concepto de indemnización por daño material e inmaterial, y el reintegro de costas y gastos, según corresponda, dentro del plazo de un año, contado a partir de la notificación del presente Fallo, en los términos de los párrafos 360 a 392 del mismo. 18. La Corte supervisará el cumplimiento íntegro de esta Sentencia, en ejercicio de sus atribuciones y en cumplimiento de sus deberes conforme a la Convención Americana, y dará por concluido el presente caso una vez que el Estado haya dado cabal cumplimiento a lo dispuesto en la misma. El Estado deberá, dentro del plazo de un año contado a partir de la notificación de esta Sentencia, rendir al Tribunal un informe sobre las medidas adoptadas para cumplir con la misma. *Ibidem*, pp. 104 y 105.

[72] La sentencia del caso establece en uno de sus considerandos, párr. 347: "Asimismo, este Tribunal ha reiterado que la obligación del Estado de investigar de manera adecuada y sancionar, en su caso, a los responsables, debe cumplirse diligentemente para evitar la impunidad y que este tipo de hechos vuelvan a repetirse. En consecuencia, la Corte ordena que, sin perjuicio de los programas de capacitación para funcionarios públicos en materia de derechos humanos que ya existan en México, el Estado deberá implementar, en un plazo razonable y con la respectiva disposición presupuestaria: // a) Programas o cursos permanentes relativos al análisis de la jurisprudencia del Sistema Interamericano de Protección de los Derechos Humanos en relación con los límites de la jurisdicción penal militar, así como los derechos a las garantías judiciales y la protección judicial, como una forma de prevenir que casos de violación a los derechos humanos sean investigados y juzgados por dicha jurisdicción. Tales programas estarán

Es en virtud de esta obligación que la Suprema Corte de Justicia de la Nación, como cabeza del Poder Judicial de la Federación, se avocó a discutir el asunto referido para decidir qué debía hacer —si es que debía hacer algo, según la duda que manifestaron algunos ministros— a propósito de lo establecido en el resolutivo número 12 de la sentencia[73] y en el párrafo 347.

Antes de analizar la discusión que se generó en el Pleno de la Suprema Corte sobre los puntos indicados, procederemos a hacer una breve reconstrucción de las circunstancias por las cuales el asunto llegó ahí. Para ello, nos apoyaremos en los dichos vertidos por los señores ministros al discutir el asunto.

Como sabemos, el 23 de noviembre de 2009, la Corte Interamericana emitió la sentencia en el caso *Radilla Pacheco*, en la cual condenó al Estado mexicano en los términos establecidos en la sección anterior. El 15 de diciembre del mismo año, la Embajada mexicana en Costa Rica fue notificada de la sentencia por parte de la Secretaría de la Corte Interamericana. La Embajada informó

dirigidos a los miembros de todas las Fuerzas Militares, incluyendo a los agentes del Ministerio Público y jueces, así como a los agentes del Ministerio Público de la Procuraduría General de la República y jueces del Poder Judicial de la Federación, y // b) Un programa de formación sobre la debida investigación y juzgamiento de hechos constitutivos de desaparición forzada de personas, dirigido a agentes del Ministerio Público de la Procuraduría General de la República y jueces del Poder Judicial de la Federación, que tengan competencia en la investigación y juzgamiento de hechos como los ocurridos en el presente caso, con el fin de que dichos funcionarios cuenten con los elementos legales, técnicos y científicos necesarios para evaluar integralmente el fenómeno de la desaparición forzada. De manera particular, en este tipo de casos las autoridades encargadas de la investigación deben estar entrenadas para el uso de la prueba circunstancial, los indicios y las presunciones, la valoración de los patrones sistemáticos que puedan dar origen a los hechos que se investigan y la localización de personas desaparecidas de manera forzada (*supra* párr. 206 y 222)".

[73] *Ibidem*. Punto resolutivo 12, p. 104: "El Estado deberá implementar, en un plazo razonable y con la respectiva disposición presupuestaria, programas o cursos permanentes relativos al análisis de la jurisprudencia del Sistema Interamericano de Protección de los Derechos Humanos en relación con los límites de la jurisdicción penal militar, así como un programa de formación sobre la debida investigación y juzgamiento de hechos constitutivos de desaparición forzada de personas, en los términos de los párrafos 345 a 348 de la presente Sentencia".

a la Secretaría de Relaciones Exteriores y esta hizo del conocimiento del presidente de la República el dictado del fallo, quien giró las instrucciones necesarias para dar cumplimiento al punto resolutivo 13 y ordenó la publicación del mismo en las partes indicadas. De esta forma, la sentencia fue publicada en el *Diario Oficial de la Federación*.

Luego de la publicación, con ocasión de la presentación de un libro jurídico a la cual asistió el presidente de la Suprema Corte (quien en ese entonces era el ministro Ortiz Mayagoitia), uno de los panelistas señaló que el Estado mexicano había sido condenado en la reciente sentencia recaída en el caso *Radilla Pacheco*, y que en uno de los puntos resolutivos se condenaba expresamente al Poder Judicial de la Federación a la realización de determinadas acciones. Específicamente, el panelista se refirió al resolutivo 12, en relación con el párrafo 347, ya apuntados.

Informado de estos extremos, el presidente de la Corte —según sus declaraciones— se dio a la tarea de buscar la sentencia, que fuera publicada en el *Diario Oficial* el 9 de febrero de 2010.[74] Acto seguido, y a consecuencia de las dudas motivadas respecto al trámite que se debería seguir para dar cumplimiento a la sentencia en las partes referidas al Poder Judicial, decidió promover una consulta a trámite, de acuerdo con las atribuciones que le concede el artículo 14, fracción II, de la Ley Orgánica del Poder Judicial de la Federación.[75]

---

[74] Véase Versión taquigráfica de la sesión pública ordinaria del Pleno de la Suprema Corte de Justicia de la Nación, celebrada el martes 31 de agosto de 2010. Asunto: Expediente varios 489/2010 con motivo de la consulta a trámite formulada por el señor Ministro Guillermo I. Ortiz Mayagoitia. Trámite y medidas que deben seguirse por el Poder Judicial de la Federación para atender una sentencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos, pp. 15-17.

[75] La Ley Orgánica del Poder Judicial de la Federación, art. 14, frac. II, establece, entre las atribuciones del presidente de la Suprema Corte de Justicia de la Nación: Tramitar los asuntos de competencia del Pleno de la Suprema Corte de Justicia de la Nación, y turnar los expedientes entre sus integrantes para que formulen los correspondientes proyectos de resolución. En caso de que el presidente estime dudoso o trascendente algún trámite, designará a una Ministra o Ministro ponente para que someta un proyecto de resolución a consideración de la Suprema Corte de Justicia de la Nación, a fin de que esta última determine el trámite que deba corresponder.

Dicho numeral dispone que, ante la duda respecto a la forma de tramitar un asunto del que deba conocer el Pleno, es atribución del presidente de la Suprema Corte designar a un ministro ponente para que someta a consideración del Pleno un proyecto de trámite. La consulta tuvo como objeto discutir las medidas a seguir para atender la sentencia y las medidas de reparación ordenadas por la Corte IDH en el referido fallo.

El presidente designó como ponente al ministro José Ramón Cossío Díaz, para que presentara al Pleno un proyecto en el que propusiera un trámite para canalizar las medidas impuestas al Poder Judicial de la Federación. El proyecto elaborado por el ministro ponente fue presentado bajo el rótulo "Expediente varios. 489/2010 formado con motivo de la consulta a trámite formulada por el señor Ministro Guillermo I. Ortiz Mayagoitia, en cuanto al trámite y medidas que deben seguirse por el Poder Judicial de la Federación para atender una sentencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos", y fue sometido a discusión del Pleno en la sesión del 31 de marzo de 2010.

El ministro Cossío se propuso estudiar una serie de cuestiones previas que consideró necesario clarificar para un mejor análisis de las cuestiones torales del proyecto. Dichas cuestiones fueron establecidas en los siguientes términos: *i)* fijar la naturaleza y el alcance de las obligaciones del Estado mexicano en el contexto del Sistema Interamericano de Derechos Humanos; *ii)* establecer el valor y alcance de las sentencias emitidas por la Corte Interamericana, y *iii)* establecer la actitud que deben asumir los tribunales nacionales ante las sentencias de la Corte Interamericana. En segundo lugar, identificó las medidas establecidas en el caso *Radilla* cuyo cumplimiento estaba a cargo del Poder Judicial de la Federación.

En la sección siguiente, propuso una serie de pasos a seguir para dar cumplimiento a las disposiciones identificadas, distinguiendo para ello entre las medidas de reparación y aquellas que no son de tal carácter y, por último, distinguiendo las acciones encaminadas a cumplir con las medidas ordenadas por la Corte Interamericana diferentes a las estrictamente reparadoras. A modo de cuestionario, propuso un modelo para articular el control de convencionalidad con el sistema de control jurisdiccional mexicano.

Tal como analizaremos más adelante, para ese momento la Corte Interamericana había establecido la doctrina del control de convencionalidad como un deber para todos los jueces de los Estados. Por otro lado, la doctrina de la negación del control difuso no parecía acoplarse adecuadamente al alcance del control de convencionalidad.

Así, el proyecto comenzó por dilucidar algunas cuestiones antes de abordar el objeto central de estudio, es decir, el referente a las obligaciones del Poder Judicial Federal que surgieron de la sentencia. Estas cuestiones tuvieron que ver con la naturaleza, alcances y efectos de las sentencias de la Corte Interamericana.

El primer tipo de cuestiones previas se refirió al fundamento y al tenor de las obligaciones del Estado mexicano para con el Sistema Interamericano de Derechos Humanos. El proyecto comenzó por definir si la Convención Americana sobre Derechos Humanos había sido aprobada siguiendo los procedimientos establecidos por la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos, a lo cual respondió afirmativamente. En consecuencia, el Estado mexicano se encontraba obligado a cumplir con las obligaciones derivadas de dicho Tratado.

En segundo lugar procedió a analizar los términos de la asunción de los compromisos internacionales surgidos de la ratificación de la Convención, es decir, si los efectos jurídicos de algunas de las obligaciones que impone la Convención fueron excluidos o modificados. Considerando las reservas y las declaraciones interpretativas realizadas al momento de ratificar el instrumento, el Estado mexicano se comprometió a cumplir con todas las obligaciones asumidas en el mismo, a excepción de las referidas al voto activo y a las asociaciones con fines políticos respecto a los ministros de culto.

Por último, y con carácter previo, fue necesario preguntarse —en términos del proyecto— cuál era el apoyo normativo de la facultad de la Corte Interamericana de Derechos Humanos para determinar las violaciones cometidas por el Estado mexicano a la Convención Americana. El proyecto propuso que esta facultad surgía de la aceptación de la competencia contenciosa de la Corte Interamericana efectuada por México el 16 de di-

ciembre de 1998. Al momento de realizar esta declaración, el Estado limitó la competencia contenciosa de la Corte cuando se tratara de casos referidos a la aplicación del artículo 33 constitucional.

Asimismo, se estipuló que la Corte podrá ejercer su competencia respecto a hechos acaecidos con posterioridad a la fecha de depósito del instrumento de aceptación de la competencia contenciosa.

Con base en tales consideraciones previas, el proyecto concluyó que el Estado mexicano "tiene el deber de cumplir con todas y cada una de las obligaciones que adquirió al adherirse a la Convención Americana sobre Derechos Humanos, así como con las sentencias que emita la Corte Interamericana de Derechos Humanos, al haber reconocido la competencia contenciosa de ésta".[76]

El segundo tipo de cuestiones previas tuvieron que ver con el valor y el alcance de las sentencias de la Corte Interamericana. En relación con el valor, en el proyecto se consideró que solo son obligatorias para el Estado mexicano aquellas en las que México es parte. El sustento normativo para tal obligatoriedad es el artículo 68 de la Convención.[77] En cuanto a las sentencias dictadas en casos en los cuales México no sea parte, el proyecto les asignó el carácter de "criterio hermenéutico relevante".[78] Sobre el alcance de las sentencias, el proyecto postuló que ellas vinculan horizontalmente a los tres poderes de la Unión. Sobre la vinculación vertical de las sentencias, el proyecto siguió lo establecido por el artículo 24 de la Convención.[79]

La última cuestión previa que el proyecto propuso discutir fue la referida a la posición que debían asumir los tribunales mexicanos ante la jurisprudencia interamericana. El proyecto propuso,

[76] Expediente varios 489/2010. Proyecto. Ponente: Ministro José Ramón Cossío Díaz. Secretaria: Francisca Pou Giménez, p. 12.

[77] CADH, art. 68.1. Los Estados Partes en la Convención se comprometen a cumplir la decisión de la Corte en todo caso en que sean partes.

[78] Expediente varios 489/2010. Proyecto..., *cit*., p. 13.

[79] *Ibidem,* pp. 144 y ss.

de modo consecuente con lo dicho hasta aquí, que los tribunales nacionales estaban obligados a aplicar la Convención Americana, por cuanto —correctamente— entendió que se trata de derecho interno de fuente internacional. Respecto a la jurisprudencia de la Corte, postuló que aquella que sea considerada obligatoria para México, en los términos propuestos de forma previa, debía ser cumplida en su integridad por los jueces mexicanos, es decir, con los resolutivos, claro, pero además con los criterios interpretativos vertidos en los considerandos de la sentencia.

Por cuanto ve a las sentencias no obligatorias, los criterios interpretativos allí plasmados debían ser asumidos por los jueces como un *criterio interpretativo relevante* que se puede tomar en cuenta y como un parámetro para dar cumplimiento a las obligaciones derivadas de los tratados internacionales.[80]

Estudiadas las cuestiones previas, el proyecto abordó el objetivo específico de la consulta, es decir, el alcance de las medidas de reparación ordenadas por la Corte Interamericana al Poder Judicial de la Federación en la sentencia en cuestión.

El ministro Cossío comenzó por aclarar que la sentencia recaída en el caso *Radilla* era la primera en la que la Corte IDH vinculaba de modo directo al Poder Judicial. Acto seguido, individualizó las medidas ordenadas clasificándolas de la siguiente manera:

> *Medida 1*: establecer programas o cursos permanentes relativos al análisis de la jurisprudencia interamericana en los temas de límites a la justicia militar, garantías judiciales y protección judicial y estándares internacionales aplicables a la administración de justicia.
> *Medida 2:* crear un programa de formación sobre el debido juzgamiento de hechos relativos a desaparición forzada de personas con especial referencia a elementos legales, técnicos y científicos para evaluar de modo integral el fenómeno de la desaparición forzada y sobre la utilización de prueba circunstancial, indicios y presunciones para evaluar esta clase de delitos.

[80] *Ibidem*, pp. 17 y ss.

> *Medida 3*: garantizar que la averiguación previa del caso se mantenga bajo la jurisdicción ordinaria.
> *Medida 4*: adecuar las interpretaciones constitucionales y legales para, por dicha vía, mantener los límites a la jurisdicción militar de acuerdo con los estándares internacionales.[81]

Luego identificó aquellas medidas que debían ser observadas por el Poder Judicial, aunque no fueran estrictamente medidas de reparación:

> *Medida 1*: garantizar a las víctimas el acceso al expediente.
> *Medida 2*: no invocar la reserva para impedir el acceso al expediente por parte de las víctimas.
> *Medida 3*: expedir copias del expediente a las víctimas.
> *Medida 4*: ejercer el control de convencionalidad en el marco de las reglas de competencia y las diversas regulaciones procesales internas.[82]

Referente a la última medida, el proyecto propuso, de forma tímida, que en realidad lo establecido por la Corte IDH en el párrafo 339 de la sentencia no implicaba un control de convencionalidad en sentido técnico o estricto (sic), sino que los jueces debían ejercer la obligación de interpretar los derechos y libertades reconocidos en el sistema jurídico nacional conforme a los tratados internacionales.[83]

De acuerdo con el proyecto, esta obligación de interpretar implicaría para los jueces las siguientes operaciones:

> *i)* observar, garantizar y respetar el contenido del derecho interno de fuente internacional;
> *ii)* utilizar el derecho internacional que ha sido internalizado;
> *iii)* respetar, en dicha utilización, el contenido, objeto y fin de los tratados, es decir, respetar el efecto útil de los mismos;
> *iv)* aplicar los derechos convencionales a la luz del principio pro persona, y

[81] *Ibidem*, pp. 28 y 29.

[82] *Ibidem,* p. 30.

[83] *Ibidem*, p. 40.

v) observar la jurisprudencia de la Corte IDH como criterio hermenéutico relevante.[84]

Por último, postuló la creación de una comisión de seguimiento para la verificación del cumplimiento de la sentencia y una serie de medidas materiales para dar cumplimiento a las medidas de reparación ordenadas, incluyendo la designación de un responsable de su implementación y de las acciones inmediatas a tomar.[85]

De las discusiones sostenidas por los ministros a lo largo de cuatro sesiones, realizadas los días 31 de agosto, 2, 6 y 7 de septiembre de 2010, podemos colegir que el proyecto presentado por el ministro ponente excedió los términos de la consulta, lo que llevó a que, por momentos, los ministros no se circunscribieran a los términos de la misma, sino que hicieran discurrir sus deliberaciones hacia el tema de la obligatoriedad de las sentencias de la Corte Interamericana.

De igual modo, las discusiones siempre oscilaron entre abordar los temas de fondo y establecer el escueto objeto de la consulta a trámite, que, para algunos, se debería circunscribir a establecer el trámite de cumplimiento. Posiblemente resultó imposible determinar los pasos a seguir para cumplir una sentencia del Sistema Interamericano si previamente no se decidía qué valor reconocer a dicha resolución —y esto fue lo que motivó asimismo que el proyecto fuera llevado hacia esas aguas—.

Se debe hacer notar que no debieron haber surgido dudas sobre este tema, debido a que, por imperio del artículo 68 de la Convención Americana, las decisiones de la Corte Interamericana son obligatorias para los Estados que sean parte en el proceso en el que recaigan. Tal como analizaremos más adelante, las inquietudes se presentaron respecto a la obligatoriedad de las resoluciones de los casos en los que el Estado no hubiera sido parte.

---

84 *Ibidem*, p. 41.

85 El proyecto presenta un cuadro en el cual se detallan las medidas concretas y autoridades implicadas en su seguimiento y ejecución. Véase *ibidem*, pp. 45 y ss.

En segundo lugar, no fue fácil seguir el itinerario deliberativo de los ministros en algunos tramos de la discusión, porque en ocasiones los diversos temas implicados se iban superponiendo unos con otros, según la importancia que cada ministro le otorgara al tema debatido o a otros temas circundantes en cada punto de la discusión. En esta inteligencia, y según nuestro entendimiento, hemos procedido a identificar los temas que se discutieron y a desglosarlos para su explicación. Pasemos a su identificación, desglose, explicación y eventual crítica.

El primer día de discusiones estuvo destinado casi totalmente a dirimir la cuestión referida a si la sentencia del caso *Radilla Pacheco* había sido debidamente notificada al Poder Judicial. El tema no fue abordado por el proyecto elaborado por el ministro ponente, sino por el ministro Aguirre Anguiano, en su primera intervención, y lo hizo en los siguientes términos:

> Mi pregunta a ustedes es la siguiente: El Poder Judicial no ha sido notificado por parte de quien podía hacerlo, de que existió una sentencia en el caso Radilla, en donde posiblemente, yo sostengo, y es una parte de la escalada, que no creo que es necesario trabajarlo ni ahorita ni exponérselos, que nada tiene que ver con la Suprema Corte esa sentencia. Yo sostengo que no podemos iniciar una consulta a trámite con una fotocopia no certificada por nadie, que posiblemente advino a la presidencia por algún amicus curie (sic), no se me ocurre ningún otro sucedáneo de expresión a ese respecto. Pienso, con toda sinceridad se los digo, que la única decisión que se pudo haber tomado en esta consulta a trámite, es: No se le puede dar trámite alguno a esa solicitud, de momento. Y, en esta escalada prometida que espero no llegar más lejos, es lo que tengo que exponer.[86]

De esta forma, el ministro Aguirre introdujo hábilmente una cuestión de previo y especial pronunciamiento, ya que, de haberse aceptado su posición, según la cual la sentencia no había sido debidamente notificada, la consulta a trámite no podría haberse tratado.

---

[86] Versión taquigráfica de la sesión pública ordinaria del Pleno de la Suprema Corte de Justicia de la Nación, celebrada el martes 31 de agosto de 2010..., *cit*., pp. 14 y 15.

Los términos de esta primera discusión quedaron cerrados cuando, ante los comentarios del ministro Aguirre, el presidente preguntó si, entonces, el Poder Judicial necesita ser notificado para comenzar a desplegar las acciones de cumplimiento.[87] El resto de la deliberación de aquel día giró en torno a esta cuestión. Los integrantes del Pleno adoptaron distintas posiciones, que podrían ser agrupadas en tres sectores: el primero estuvo integrado por los ministros que manifestaron que la consulta a trámite no podía proceder, por cuanto el Poder Judicial no había sido debidamente notificado. Este sector del Pleno estuvo conformado por los ministros Aguirre —según ya fue explicado— y Aguilar. Este último no solo se manifestó en el sentido indicado, sino que aprovechó su intervención para formular ciertas objeciones tocantes más bien al fondo del asunto, afirmando que la sentencia no contenía obligaciones a cargo del Poder Judicial.[88]

El segundo grupo de ministros sostuvo que el Poder Judicial no debía ser notificado, como era sostenido por los ministros Aguirre y Aguilar, en virtud de que la sentencia constituía un *hecho notorio*. Dicha calificación fue planteada por el ministro Silva Meza, en los siguientes términos:

> Aquí tenemos noticia, ya se ha dicho, es un hecho notorio y a partir de un hecho notorio lo podemos hacer, sí, y sobre todo si acudimos a las fuentes de la notificación, a las fuentes del conocimiento interno, desde luego que tenemos ese conocimiento la notificación está surtida, desde luego, para efectos nuestros y estamos iniciando un proceso de cumplimiento.[89]

Posteriormente, el ministro Zaldívar apoyó este argumento: "Creo que hay varias cuestiones, primero la sentencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos, es un hecho notorio, no solo por la publicación en el Diario Oficial, donde se publica un extracto, sino porque también es un hecho notorio que el Estado Mexicano ha aceptado esa decisión, esa resolución".[90]

---

87 *Ibidem*, pp. 16 y 17.

88 *Ibidem*, p. 19.

89 *Ibidem*, p. 34.

90 *Ibidem*, pp. 39 y 40.

A manera de resumen diremos que los integrantes de este sector consideraron que la sentencia fue debidamente notificada al Estado mexicano, y que tal notificación surtió los efectos de una correcta notificación, incluyendo, claro, al Poder Judicial, por cuanto —y más allá de la corrección en los procesos de comunicación— los diversos obligados por la sentencia no pueden alegar problemas o cuestiones internas para no cumplir o darse por enterados de la sentencia.

Finalmente, el tercer grupo se integró con posiciones que sostuvieron dicho razonamiento en argumentos diversos, si bien consideraron que la sentencia había sido debidamente notificada. La ministra Luna Ramos adoptó el criterio más laxo al respecto, pues consideró que, más allá de la forma, lo importante es que la Suprema Corte supo de la existencia del fallo, y con solo eso debía bastar.[91] La ministra Sánchez Cordero sostuvo que la sola publicación en el *Diario Oficial de la Federación* hizo las veces de adecuada notificación.[92] El ministro Franco González Salas se adhirió a la posición de la ministra Luna.[93] El ministro Valls restó importancia al asunto, por considerar que la sentencia había sido debidamente notificada a quien debía notificarse.[94] Asumidas las posiciones enunciadas, se procedió a dirimir el punto. Por mayoría de ocho votos, el Pleno decidió que la Suprema Corte sí podía analizar la consulta a trámite, por asumir que fue debidamente notificada.[95] De esta forma, la primera sesión celebrada con el propósito de discutir un proyecto de cumplimiento se destinó a deliberar acerca de si la sentencia de la Corte Interamericana fue correctamente notificada.

La segunda cuestión debatida se refirió a la forma de internalizar las decisiones de la Corte Interamericana. Este tema fue abordado a partir de un planteamiento que inicialmente se manifestó en la sesión pública del 2 de septiembre, consistente en el básico cuestionamiento acerca de si en la sentencia del Tribunal

91 *Ibidem*, pp. 29 y 30.

92 *Ibidem*, p. 22.

93 *Ibidem*, pp. 38 y 39.

94 *Ibidem*, pp. 51 y 52.

95 *Ibidem*, p. 54.

Interamericano se había condenado al Estado mexicano o al Poder Judicial. El tema salió a colación al estarse discutiendo si era o no procedente la consulta a trámite, porque, en opinión de algunos ministros, la sentencia no contenía condena para el Poder Judicial, sino para el Estado mexicano en su conjunto.[96]

Este planteamiento —que, recalcamos, surgió en la sesión del 2 de septiembre— motivó que el ministro presidente, como conductor del debate y en aras de organizar la discusión, comenzara la sesión pública del 6 de septiembre (tercera sesión de deliberación del asunto) procurando ceñir la discusión a tres preguntas torales.

La primera de ellas fue: "¿Si en una sentencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos se determinan obligaciones directas y específicas a cargo del Poder Judicial de la Federación, podríamos *motu propio* (sic) proceder a su cumplimiento sin coordinarnos necesariamente con los otros dos Poderes de la Unión?"[97] El cuestionamiento original —que a lo largo del debate fue reformulado hasta entenderse en los términos expresados— era más sencillo: si en aquellas sentencias internacionales en las que se condene al Estado y en las cuales se establezcan obligaciones a cargo del Poder Judicial, este puede, *motu proprio*, proceder a su cumplimiento.

Luego de plantear su pregunta inicial, el presidente procedió a reformularla. Resulta interesante expresar esta nueva formulación, porque permite detectar con mayor claridad toda la intencionalidad del planteamiento, "[...] esto es: ¿Si en automático, sin excitativa, ni requerimiento alguno, detectándose en el contenido de la sentencia recomendaciones u obligaciones a cargo del Poder Judicial de la Federación, estamos obligados a cumplirla?".[98]

El planteamiento realizado por el presidente fue importante, pues persiguió clarificar el rol que debía asumir el Poder Judicial

---

96 Versión taquigráfica de la sesión pública ordinaria del Pleno de la Suprema Corte de Justicia de la Nación, celebrada el lunes 6 de septiembre de 2010. Asunto: Expediente varios 489/2010 con motivo de la consulta a trámite formulada por el señor Ministro Guillermo I. Ortiz Mayagoitia. Trámite y medidas que deben seguirse por el Poder Judicial de la Federación para atender una sentencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos, pp. 15 y ss.

97 *Ibidem*, p. 45.

98 *Ibidem*, p. 5.

como componente del Estado mexicano, eventualmente condenado en materia de cumplimiento de las obligaciones que pudieran recaer sobre él.

A partir de las discusiones generadas por estos planteamientos, nos fue posible identificar dos posturas. Siguiendo el método de trabajo empleado para el análisis de la cuestión anterior, procederemos a distinguir a ambos sectores: en primer término, hay quienes sostuvieron que el Poder Judicial no puede actuar *motu proprio* para cumplir con las obligaciones que eventualmente le sean impuestas en una sentencia condenatoria proveniente del Sistema Interamericano. En este grupo ubicamos a los ministros Aguirre, Aguilar y Valls. Básicamente, su argumento toral para optar por la respuesta negativa radicó en que el Poder Judicial, por ser el Estado condenado, no puede actuar de manera descoordinada en relación con los poderes restantes.

Es decir, la necesidad de actuar en coordinación con los otros poderes del Estado les llevó a concluir que el Poder Judicial no podía comportarse como un verdadero poder del Estado ni, *per se*, cumplir con las obligaciones que eventualmente le imponga un tribunal internacional y ante el cual —vale la pena apuntarlo— el Poder Judicial no podría argumentar que la causa del no cumplimiento es la dificultad o imposibilidad de coordinarse con los restantes poderes del Estado.

Los ministros basaron sus posiciones a partir de los argumentos que expondremos. El Ministro Aguirre manifestó:

> En principio creo que no puede el Poder Judicial de la Federación como integrante del Estado Mexicano, segmentarse de los otros Poderes, por sí y ante sí, definir cuáles son las que en su concepto significan una obligación pendiente de cumplir y cómo cumplirá. ¿Esto qué quiere decir? Que solamente puede hablar por el Estado Mexicano para efectos de cumplimiento, coordinándose con los otros dos Poderes del Estado, y entre los tres Poderes del Estado asumir los segmentos a cumplimentar por cada uno de ellos, esto no es fragmentar, esto es considerar que el Estado Mexicano en todo caso es indivisible [...].[99]

[99] *Ibidem*, pp. 5 y 6.

En igual sentido se manifestó el ministro Valls:

> [...] definitivamente el Poder Judicial de la Federación, como integrante del Estado Mexicano, tiene obligaciones derivadas de la sentencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos, cuya cumplimentación, debe hacer en coordinación con los otros Poderes de la Unión, no somos la Suprema Corte el Estado Mexicano per se, somos parte del Estado Mexicano y es este el que fue notificado a cumplir con ciertas obligaciones que derivan de esa sentencia, por lo tanto, para hacerlo, sin que ello implique subordinación, con todo respeto, tenemos que coordinarnos con los otros Poderes de la Unión o con aquellos, no sé si les resultan obligaciones a los tres Poderes, tengo idea de que sí, pero la respuesta, el cumplimiento de este Poder Judicial de la Federación, tiene que darse en coordinación con los otros Poderes de la Unión.[100]

Y, por último, el ministro Aguilar sostuvo:

> Yo no estoy de acuerdo en que estemos por el solo hecho de haber sido notificados, como ya lo reconoció el Pleno, por ese solo hecho, avocarnos directamente al cumplimiento de la resolución, es cierto lo conocemos, no hay duda, ya está determinado así, pero hay todo un sistema y la representación del Estado Mexicano que recae fundamentalmente en el Ejecutivo, nos obliga a coordinarnos para poder lograr un cumplimiento que inclusive, si se pudieran llevar acciones separadas pudieran llegar a tomarse algunas que pudieran ser contradictorias entre sí, creo que la coordinación es fundamental [...].[101]

El segundo sector del Pleno consideró que el Poder Judicial sí podía actuar *motu proprio* para cumplir con las obligaciones impuestas por un tribunal internacional. Este se integró por los ministros Cossío, Sánchez Cordero, Silva, Zaldívar, Luna Ramos y Ortiz Mayagoitia. La razón de fondo en la que apoyaron su posición consistió —en resumen, en palabras del ministro ponente— en que el Estado mexicano no podía alegar su diversidad orgánica a la Corte Interamericana de Derechos Humanos para no cumplir con sus obligaciones.

---

100 *Ibidem*, pp. 7 y 8.

101 *Ibidem*, p. 9.

A lo largo de las opiniones particulares, varios ministros aludieron a la cláusula federal del artículo 28 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos, que impide a los Estados parte sostener el incumplimiento de obligaciones convencionales so pretexto del régimen federal.

Consideramos que dicha cláusula no es, estrictamente hablando, el asidero de esta intelección, pues en el caso la cuestión no se refiere a las dificultades que el sistema federal puede presentar para permitir una posición unívoca de todo el Estado. Más bien se trata de los poderes de un orden de Gobierno: el federal. Pero lo cierto es que los ministros votaron sobre el particular y se impuso la posición afirmativa por una mayoría de siete votos.[102]

Al aprestarse el Pleno a debatir el punto referido a si la sentencia dictada contenía obligaciones específicas para el Poder Judicial y, eventualmente, poder identificarlas, la atención de los ministros se desvió hacia una cuestión vinculada a la anterior, aunque de previa resolución.

La nueva cuestión podría ser identificada en los siguientes términos: ¿las obligaciones del Estado mexicano deben ser determinadas a partir de los puntos resolutivos, o también se debía atender a los considerandos? Este extraño planteamiento llevó a algunos de los ministros a interrogarse acerca de si la sentencia es obligatoria en su totalidad —es decir, incluyendo los puntos resolutivos y los considerandos— o si solo se deberían estimar obligatorios los puntos resolutivos más los considerandos a los cuales expresamente remitan los puntos resolutivos, y solo de allí extraer las obligaciones para el Estado.

En el seno del Pleno, los grupos se conformaron de la siguiente manera: los ministros Cossío, Zaldívar, Sánchez Cordero, Luna Ramos, Silva Meza, Ortiz Mayagoitia, Franco y Gudiño se manifestaron a favor de considerar la sentencia en su integridad. En cambio, los ministros Aguirre, Aguilar y Valls apoyaron la tesis de considerar solo los puntos resolutivos y los considerandos a los que aquellos remitan. Según la lectura realizada por el secretario general de acuerdos, el texto del acuerdo votado es el siguiente:

[102] *Ibidem,* p. 46.

> Señor Ministro Presidente, me permito informarle que existe una mayoría de ocho votos en contra de la propuesta consistente en que para determinar si en una sentencia dictada por la Corte Interamericana de Derechos Humanos pudieran existir obligaciones específicas y directas al Poder Judicial de la Federación debe atenderse únicamente a los puntos resolutivos y a la remisión que realiza a determinados párrafos.[103]

De lo anterior podemos colegir que, para determinar si existían obligaciones específicas y directas a cargo del Poder Judicial de la Federación, debía atenderse no solamente a los puntos resolutivos y a la remisión que estos realicen a párrafos concretos, sino además a todos los considerandos de la sentencia, aunque a ellos no remitan los puntos resolutivos. Lo cierto es que este tema no debió siquiera haberse puesto en duda.

Así las cosas, y siguiendo la lógica de la resolución adoptada, si debemos atender a toda la sentencia a efectos de extraer las obligaciones, se está asumiendo que toda la sentencia es obligatoria, es decir, no solo los resolutivos y los considerandos a los que exista remisión expresa, sino también el resto de los considerandos. Este —creemos— fue el sentido de la resolución adoptada; es decir, que la sentencia obliga en su totalidad.

Posiblemente en ese momento algunos ministros no hayan sido plenamente conscientes de las implicaciones que este extraño acuerdo habría tenido en caso de decidirse en sentido contrario. Si analizamos los considerandos de la sentencia del caso *Radilla*, más allá de aquellos a los que remite expresamente el punto resolutivo número 12, nos encontraremos con el párrafo 339, que, a la sazón, estableció el deber para los jueces mexicanos de ejercer el control de convencionalidad.

De este modo, la Suprema Corte admitió, por un momento y de forma un tanto desprevenida, la obligatoriedad del control de convencionalidad.

El Pleno de la Suprema Corte de Justicia de la Nación, por mayoría de ocho votos, decidió desechar el proyecto, por considerar que el mismo excedió los límites marcados en la consulta a trámite. Sin embargo, las discusiones generadas durante los cuatro días

[103] *Ibidem*, p. 79.

de debate permitieron apreciar posiciones claramente antagónicas en el seno del Pleno en cuanto a las relaciones entre México y el Sistema Interamericano de Protección de Derechos Humanos.

La primera posición, minoritaria, que podríamos denominar "no aperturista", sostuvo:

i) la Corte no podía analizar la sentencia recaída en el caso *Radilla*, al no haber sido debidamente notificada al Poder Judicial;
ii) el Poder Judicial, so pena de incurrir en un actuar descoordinado respecto de los restantes poderes de la Unión, no debería atender *motu proprio* las obligaciones establecidas en una sentencia condenatoria para el Estado mexicano, y dirigidas específicamente a dicho poder, y
iii) para proceder a identificar las obligaciones, solo era posible analizar la parte resolutiva de la sentencia y los considerandos a los que remita la parte resolutiva, dejando de atender el resto de los considerandos de la resolución a los que no remita resolutivo alguno.

Junto a esta posición surgió otra, la mayoritaria, que denominaremos "aperturista", y que posteriormente se impondría. Sobre los mismos aspectos se manifestó en sentido contrario. Una vez desechado el proyecto, se encargó a la ministra Luna Ramos que elaborara uno nuevo.

El 19 de mayo de 2011, es decir, más de un año y medio después de haber sido dictada la sentencia condenatoria en el caso *Radilla*, la Corte Interamericana emitió la resolución de supervisión de cumplimiento de sentencia, en la cual constató que, a la fecha, el Estado mexicano solo había cumplido totalmente el punto resolutivo referido a la publicación de ciertos párrafos de la sentencia, como fue ordenado. El resto de la sentencia permanecía incumplida o se encontraba en proceso de cumplimiento, incluidas las obligaciones a cargo del Poder Judicial de la Federación.[104]

Menos de un mes después, el 10 de junio, se publicó en el *Diario Oficial de la Federación* la reforma constitucional en mate-

[104] Véase Corte IDH. *Caso Radilla Pacheco vs. Estados Unidos Mexicanos*. Supervisión de Cumplimiento de Sentencia. Resolución de 19 de mayo de 2011.

ria de derechos humanos, que modificó sustancialmente varios artículos de la carta magna. Entre los cambios efectuados, resultó particularmente importante la variación del artículo primero, cuya nueva redacción mejoró la posición de los tratados internacionales, integró un verdadero bloque de derechos humanos, incorporó el principio de interpretación conforme y el principio pro persona como criterios hermenéuticos y estableció, entre otras disposiciones significativas, la obligación de todas las autoridades, en el ámbito de sus competencias, de promover, respetar, proteger y garantizar los derechos humanos reconocidos.[105]

Ambos hechos transformaron el escenario en el cual la Corte debió discutir de nueva cuenta el cumplimiento de la sentencia del caso *Radilla*. Por un lado, la constatación acerca del incumplimiento de casi todas las obligaciones a cargo del Estado por parte de la Corte Interamericana hizo necesario apurar el paso sobre el particular. Por el otro, la reforma en materia de derechos humanos fortaleció el vínculo entre el Estado y el Sistema Interamericano de Protección de Derechos Humanos, procurándose que la nueva relación entre ambos niveles se desarrollara en términos de armonización e incremento de los deberes de las autoridades.

Pero algo más influirá en las nuevas discusiones: el 26 de noviembre de 2010, la Corte Interamericana de Derechos Humanos emitió sentencia condenatoria contra el Estado mexicano en el caso *Cabrera García y Montiel Flores*. En este caso expandió una vez más las fronteras del ejercicio del control difuso de convencionalidad, que hasta ese momento se había mantenido en el ámbito de los jueces del Poder Judicial Federal. En esta ocasión enfatizó que la obligación de realizar dicho control correspondía a todos los jueces, en todos sus niveles. Así fue expresado:

> 225. Este Tribunal ha establecido en su jurisprudencia que es consciente de que las autoridades internas están sujetas al imperio de la

[105] Para un estudio pormenorizado de la reforma constitucional en materia de derechos humanos y su proceso véase Carbonell, Miguel y Salazar Ugarte, Pedro (coords.), *La reforma constitucional de derechos humanos. Un nuevo paradigma*, México, SCJN-IIJ-UNAM, 2012. Véase también García Ramírez, Sergio y Morales Sánchez, Julieta, *La reforma constitucional sobre derechos humanos (2009-2011)*, México, Porrúa, 2012.

> ley y, por ello, están obligadas a aplicar las disposiciones vigentes en el ordenamiento jurídico. Pero cuando un Estado es Parte de un tratado internacional como la Convención Americana, todos sus órganos, incluidos sus jueces, también están sometidos a aquél, lo cual les obliga a velar por que los efectos de las disposiciones de la Convención no se vean mermados por la aplicación de normas contrarias a su objeto y fin. Los jueces y órganos vinculados a la administración de justicia en todos los niveles están en la obligación de ejercer *ex officio* un "control de convencionalidad" entre las normas internas y la Convención Americana, evidentemente en el marco de sus respectivas competencias y de las regulaciones procesales correspondientes. En esta tarea, los jueces y órganos vinculados a la administración de justicia deben tener en cuenta no solamente el tratado, sino también la interpretación que del mismo ha hecho la Corte Interamericana, intérprete última de la Convención Americana.[106]

Este cambio en la configuración del control de convencionalidad evidenció una asimetría con el diseño del sistema mexicano de control jurisdiccional. Los nuevos contornos del control de convencionalidad fueron estudiados por el juez *ad hoc* del caso, Eduardo Ferrer Mac-Gregor, en su voto razonado. Con agudeza, advirtió que la extensión del deber de realizar el control de convencionalidad a todos los jueces, en todos los niveles, permitió la configuración de un modelo de control difuso de convencionalidad.[107] Esto sería considerado en las

---

106 Corte IDH. *Caso Cabrera García y Montiel Flores vs. México*. Excepción Preliminar, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 26 de noviembre de 2010. Serie C, núm. 220.

107 Véase el voto razonado del juez *ad hoc* Eduardo Ferrer Mac-Gregor en la sentencia pronunciada por la Corte Interamericana en el caso *Cabrera García y Montiel Flores vs. México*, de 26 de noviembre de 2010, especialmente el párr. 21: Se trata, en realidad, de un **"control difuso de convencionalidad"**, debido a que *debe ejercerse por todos los jueces nacionales*. Existe, por consiguiente, una asimilación de conceptos del Derecho Constitucional, lo cual está presente desde el origen y desarrollo del Derecho Internacional de los Derechos Humanos, especialmente al crearse las "garantías" y "órganos" internacionales de protección de los derechos humanos. Se advierte claramente una "internacionalización del Derecho Constitucional", particularmente al trasladar las "garantías constitucionales" como instrumentos procesales para la tutela de los derechos fundamentales y salvaguarda de la "supremacía constitucional", a las "garantías convencionales" como mecanismos jurisdiccionales y cuasi jurisdiccionales para la tutela de

discusiones y también impulsaría las modificaciones objeto de nuestro estudio.

El proyecto de resolución elaborado por la ministra Luna Ramos, pero cuyo engrose luego de las discusiones y votaciones quedó a cargo del ministro Cossío, propuso las cuestiones a decidir y las agrupó en dos secciones. La primera, expuesta en el considerando quinto, estuvo destinada a tratar la naturaleza y los efectos de las resoluciones de la Corte Interamericana, y la segunda, solo esbozada en el considerando sexto, se avocó a identificar las obligaciones concretas referidas al Poder Judicial de la Federación.

En relación con la primera parte, las propuestas fueron:

i) siendo que el Estado mexicano aceptó la competencia contenciosa de la Corte Interamericana, la sujeción a dicha jurisdicción es un hecho consumado que no amerita discusión alguna;
ii) no corresponde a la Suprema Corte analizar nada relacionado con la validez de lo resuelto por el Tribunal Interamericano;
iii) las sentencias emitidas por la Corte Interamericana en los casos en los cuales el Estado mexicano sea parte son obligatorias para este, para todos sus órganos, por imperio de los artículos 62.3, 67 y 68 del Pacto de San José;
iv) la obligatoriedad se entiende no solo en relación con los puntos resolutivos, sino con la sentencia en su integridad, y
v) el resto de la jurisprudencia de la Corte Interamericana que deriva de sentencias en las que el Estado mexicano no es parte tendrá el carácter de *criterio orientador* para todas las decisiones de los jueces mexicanos, cuando de ellos se extraiga una interpretación más favorable para la persona, en los términos establecidos por el artículo primero constitucional a partir de la reforma.[108]

---

los derechos humanos previstos en los pactos internacionales cuando aquéllos no han sido suficientes, por lo que de alguna manera se configura también una "supremacía convencional".

[108] Expediente varios 912/2010. Ponente: Margarita Beatriz Luna Ramos. Encargado del engrose: José Ramón Cossío Díaz. Considerando quinto.

El segundo grupo de cuestiones que el proyecto identificó fueron las referidas a las obligaciones concretas que la sentencia del caso *Radilla*, en su conjunto, establece en cabeza del Poder Judicial. Estas obligaciones de los jueces fueron agrupadas en tres grandes apartados: primero, realizar el control de convencionalidad de oficio; segundo, interpretar restrictivamente la aplicación del fuero militar, y tercero, implementar medidas administrativas.

Empezaremos por comentar las obligaciones referidas a la interpretación del fuero militar y las relativas a medidas administrativas, para, al final, tratar lo relativo al control de convencionalidad.

En cuanto al fuero militar, las obligaciones contenidas en la sentencia del caso *Radilla* fueron especificadas en los párrafos 337 a 342, y mediante ellas se pretendió establecer una serie de criterios mínimos para ordenar el sistema jurídico mexicano a la luz de los estándares interamericanos. El tema del fuero militar había sido abordado por la Corte Interamericana en una cantidad importante de casos referidos a distintos países de la región. En este sentido, se podría afirmar que el acotamiento del fuero militar es una labor que la Corte Interamericana venía abordando desde hace tiempo, por tratarse de un verdadero problema estructural de la región.

En todos los casos previos, la Corte consideró invariablemente que la aplicación del fuero militar a civiles resultaba violatoria del artículo 8.1 de la Convención Americana,[109] por transgredir las garantías de imparcialidad e independencia.[110] En este caso, la

[109] CADH, art. 8.1. Toda persona tiene derecho a ser oída, con las debidas garantías y dentro de un plazo razonable, por un juez o tribunal competente, independiente e imparcial, establecido con anterioridad por la ley, en la sustanciación de cualquier acusación penal formulada contra ella, o para la determinación de sus derechos y obligaciones de orden civil, laboral, fiscal o de cualquier otro carácter.

[110] Véanse los casos *Genie Lacayo vs. Nicaragua; Loayza Tamayo vs. Perú; Castillo Petruzzi y otros vs. Perú; Cesti Hurtado vs. Perú; Durand y Ugarte vs. Perú; Cantoral Benavides vs. Perú; Las Palmeras vs. Colombia; Almonacid Arellano y otros vs. Chile*, entre otros. Y lo sostuvo en otros casos fallados con posterioridad y en los cuales México fue el Estado demandado y condenado: *Fernández Ortega y otros; Rosendo Cantú*, y *Cabrera García y Montiel Flores*.

Corte de San José reiteró, para México, el ámbito preciso al que debía restringirse la aplicación de este fuero especial: juzgar a elementos de las Fuerzas Armadas en activo, y solo por la comisión de delitos o faltas que afecten bienes propios del orden militar.

La Corte Interamericana advirtió, con razón, que el Estado mexicano debía realizar una serie de modificaciones legales, específicamente al artículo 57 del Código de Justicia Militar, que permite la aplicación extralimitada de dicho fuero.[111] Pero entendió que la reforma al texto constitucional no era necesaria, por cuanto los límites allí expresados eran congruentes con los parámetros convencionales.[112]

De esta forma, el artículo 57 del Código de Justicia Militar era incompatible con el artículo 13 de la Constitución, interpretada a la luz de los artículos 2 y 8.1 de la Convención. El proyecto recoge esta decisión de la Corte. Es más, considera que, a partir de la reforma constitucional, específicamente con la nueva redacción del artículo primero, el fuero militar no podrá operar bajo ninguna circunstancia frente a situaciones que vulneren los derechos humanos. De acuerdo con el proyecto, esta debe ser la interpretación prevaleciente de ahí en adelante por parte de los jueces mexicanos.

La resolución del Pleno de la Suprema Corte de Justicia fue unánime en apoyo a la propuesta del proyecto. Incluso se precisó que, para dotar de mayor efectividad al cumplimiento de la sentencia del caso *Radilla*, la Corte asumiría su competencia origina-

---

111 Código de Justicia Militar, art. 57. Son delitos contra la disciplina militar: [...] II Los del orden común o federal, cuando en su comisión haya concurrido cualquiera de las circunstancias que en seguida se expresan: a) Que fueren cometidos por militares en los momentos de estar en servicio o con motivo de actos del mismo [...].

112 Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos, art. 13: Nadie puede ser juzgado por leyes privativas ni por tribunales especiales. Ninguna persona o corporación puede tener fuero, ni gozar más emolumentos que los que sean compensación de servicios públicos y estén fijados por ley. Subsiste el fuero de guerra para los delitos y faltas contra la disciplina militar, pero los tribunales militares en ningún caso y por ningún motivo podrán extender su jurisdicción sobre personas que no pertenezcan al Ejército. Cuando en un delito o falta del orden militar estuviese complicado un paisano, conocerá del caso la autoridad civil que corresponda.

ria para resolver los conflictos competenciales que se presenten entre las jurisdicciones civil y militar.

Sobre las medidas administrativas, el proyecto propuso la realización de cursos y capacitación permanentes sobre el Sistema Interamericano, en general, y sobre la jurisprudencia de la Corte Interamericana, en particular, específicamente sobre los temas de jurisdicción militar, garantías judiciales y protección judicial, así como capacitar a los juzgadores en materia del delito de desaparición forzada de personas. El proyecto sugirió la inmediata concreción de estas medidas específicas, en coordinación con el Consejo de la Judicatura Federal y con el apoyo del Instituto de la Judicatura Federal, y también planteó que el Poder Judicial Federal garantizara que la averiguación previa del caso *Radilla* se mantuviera bajo conocimiento de la jurisdicción ordinaria. Por mayoría de ocho votos, las medidas administrativas fueron aprobadas.

En relación con nuestro tema, la decisión más trascendente que tomó la Corte al resolver se refirió al control de convencionalidad, por cuanto su aceptación y los términos de la misma generaron cambios de gran impacto en el sistema jurídico mexicano y, especialmente, en el sistema de control jurisdiccional.

El control de convencionalidad, comprendido en sentido lato como el deber que tienen los jueces de cada Estado de contrastar las normas jurídicas internas con la Convención Americana y las interpretaciones que de ella ha realizado la Corte Interamericana, fue introducido por el alto tribunal interamericano de forma clara en el caso *Almonacid Arellano y otros vs. Chile*. El párrafo 124 de la resolución del caso estableció:

> La Corte es consciente que los jueces y tribunales internos están sujetos al imperio de la ley y, por ello están obligados a aplicar las disposiciones vigentes en el ordenamiento jurídico. Pero cuando un Estado ha ratificado un tratado internacional como la Convención Americana, sus jueces, como parte del aparato del Estado, también están sometidos a ella, lo que les obliga a velar porque los efectos de las disposiciones de la Convención, no se vean mermadas por la aplicación de leyes contrarias a su objeto y fin, y que desde un inicio carecen de efectos jurídicos. En otras palabras, el Poder Judicial debe ejercer una especie de control de convencionalidad,

> entre las normas jurídicas internas que se aplican a los casos concretos y la Convención Americana sobre Derechos Humanos. En esta tarea, el Poder Judicial debe tener en cuenta no solamente el tratado, sino también la interpretación que del mismo ha hecho la Corte Interamericana, intérprete última de la Convención.[113]

La doctrina fue reiterada en casos sucesivos: *La Cantuta vs. Perú*, sentencia de 29 de noviembre de 2006, y *Boyce y otros vs. Barbados*, fallo de 20 de noviembre de 2007. Posteriormente, con ocasión de la decisión emitida en el caso *Aguado Alfaro y otros vs. Perú*, conocido como *Trabajadores Cesados del Congreso*, la Corte Interamericana tuvo la ocasión de precisar aún más el ejercicio de dicho control. Ya no se refirió a una "especie" de control de convencionalidad ni dudó a la hora de nominarlo con claridad. Por otro lado, estableció que el mismo debía llevarse a cabo *ex officio*. Asimismo determinó, por deferencia a los Estados, que debía realizarse dentro del marco de las regulaciones procesales.[114]

---

113 Corte IDH. *Caso Almonacid Arellano y otros vs. Chile*. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 26 de septiembre de 2006. Serie C, núm. 154, párr. 124. El término "control de convencionalidad" fue utilizado en casos previos. Véase Corte IDH. *Caso Myrna Mack Chang*, y el voto razonado del doctor Sergio García Ramírez, así como el *Caso Tibi vs Ecuador*. Para la evolución del concepto véase Hitters, Juan Carlos, *Control de constitucionalidad y control de convencionalidad. Comparación*, Buenos Aires, La Ley, 2009, p. 1205.

114 Corte IDH. *Caso Trabajadores Cesados del Congreso (Aguado Alfaro y otros) vs. Perú*. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 24 de noviembre de 2006. Serie C, núm. 158, párr. 128: "Cuando un Estado ha ratificado un tratado internacional como la Convención Americana, sus jueces están sometidos a ella, lo que les obliga a velar porque el efecto útil de la Convención no se vea mermado o anulado por la aplicación de leyes contrarias a sus disposiciones, objeto y fin. En otras palabras, los órganos del Poder Judicial deben ejercer no solo un control de constitucionalidad sino también de convencionalidad, *ex officio*, entre las normas internas y la Convención Americana, evidentemente en el marco de sus competencias y de las regulaciones procesales pertinentes. Esta función no debe quedar limitada exclusivamente por las manifestaciones o actos de los accionantes en cada caso concreto, aunque tampoco implica que ese control deba ejercerse siempre, sin considerar otros supuestos formales y materiales de admisibilidad y procedencia de este tipo de acciones".

El control de convencionalidad, como acertadamente ha apuntado Sagüés, es una herramienta que permite el cumplimiento de una de las finalidades originarias del Sistema Interamericano: generar un verdadero *ius commune* en la región.[115]

Pues bien, el caso *Radilla* presentó la ocasión para que la Corte Interamericana reiterara al Estado mexicano, y particularmente a sus jueces, que la obligación de realizar dicho control también recae sobre ellos. En el párrafo 339 de la sentencia puntualizó:

> En relación con las prácticas judiciales, este Tribunal ha establecido en su jurisprudencia que es consciente de que los jueces y tribunales internos están sujetos al imperio de la ley y, por ello, están obligados a aplicar las disposiciones vigentes en el ordenamiento jurídico. Pero cuando un Estado ha ratificado un tratado internacional como la Convención Americana, sus jueces, como parte del aparato del Estado, también están sometidos a ella, lo que les obliga a velar porque los efectos de las disposiciones de la Convención, no se vean mermados por la aplicación de leyes contrarias a su objeto y fin, y que desde un inicio carecen de efectos jurídicos. En otras palabras, el Poder Judicial debe ejercer un control de convencionalidad *ex officio* entre las normas internas y la Convención Americana, evidentemente en el marco de sus respectivas competencias y de las regulaciones procesales correspondientes. En esta tarea, el Poder Judicial debe tener en cuenta no solamente el tratado, sino también la interpretación que del mismo ha hecho la Corte Interamericana, intérprete último de la Convención Americana.[116]

Como hemos afirmado, el proyecto identificó al control de convencionalidad como una de las obligaciones cuyo cumplimiento debe ser analizado por la Corte, por estar depositada en el Poder Judicial. Ahora bien, para poder dar cumplimiento a esta obligación con la profundidad que aparentemente exige la Corte Interamericana, resultaba necesario modificar algunas ideas

---

115 Sagüés, Néstor Pedro, "El control de convencionalidad como instrumento para la elaboración de un *ius commune* interamericano", en Bogdandy, Armin von *et al.* (coords.), *La justicia constitucional y su internalización. ¿Hacia un* ius constitutionale commune *en América Latina*?, México, UNAM, 2010, t. II, p. 451.

116 Corte IDH. *Caso Radilla Pacheco vs. Estados Unidos Mexicanos...*, *cit.*, párr. 339.

previas sobre las que se estructuraba nuestro propio sistema de control constitucional.

El proyecto original, elaborado por la ministra Luna Ramos, postuló una decisión que intentó ser conciliadora entre el control de convencionalidad y el sistema de control constitucional vigente en México. Por ello propuso que, en consonancia con lo establecido por la Corte Interamericana, el control difuso de convencionalidad debía realizarse en el marco de las competencias de los jueces. Y dado que —según algunas interpretaciones— en México solo el Poder Judicial de la Federación estaba facultado en ese momento para realizar el control de constitucionalidad, el control de convencionalidad estaría reservado a los jueces en dicho nivel.[117]

Durante las discusiones el sentido del proyecto fue modificado, y varios ministros vieron la necesidad y la oportunidad de cambiar ciertas ideas en torno a la imposibilidad de los jueces locales mexicanos de realizar el control difuso de constitucionalidad.

La resolución que modificó la postura original del proyecto se construyó de la siguiente forma: la mayoría comenzó por atacar la posición del proyecto de mantener la práctica del control de convencionalidad en el ámbito del Poder Judicial Federal. Este

[117] Consulta a trámite en el expediente varios 912/2010. Ministra Margarita Beatriz Luna Ramos. Considerando octavo: "Por otra parte, también cobra importancia la acotación que dicho tribunal internacional hizo en cuanto a que el control de convencionalidad correspondía realizarlo a los tribunales mexicanos, en el marco de sus respectivas competencias y de las regulaciones procesales correspondientes. Estas precisiones permiten ajustar el manato abstracto de las sentencia al sistema de control constitucional de las leyes que se ejerce en el Estado mexicano, de modo tal que si este mecanismo actualmente está reservado a los Tribunales de la Federación, por lógica consecuencia debe concluirse que el control oficioso de convencionalidad de las leyes secundarias corresponderá realizarse conforme al sistema competencial instituido para juzgar las normas contrarias a la Constitución Federal, con la única diferencia de que, a partir de ahora, también deberá garantizarse que ninguna ley que se estime contraria a la Convención Americana sobre Derechos Humanos se siga aplicando, y que tampoco se observen las normas de derecho interno que contravengan la interpretación oficial que el citado tribual internacional ha hecho de la Convención Americana".

sistema, parcialmente concentrado en el Poder Judicial de la Federación y que implicaba negar facultades de control a los jueces locales, surgió, como hemos explicado, de la jurisprudencia establecida por la misma Suprema Corte a partir de una de las posibles interpretaciones del artículo 133 constitucional, y no del propio texto de la norma fundamental.[118]

De esta forma, la mayoría remarcó que la posibilidad de cambiar el sistema de control constitucional dependía solo de una nueva interpretación del artículo 133. En dicha tesitura, la mayoría entendió que el nuevo artículo 1 de la Constitución reformada obligaba a extraer esa nueva interpretación, que surgiría de reinterpretar el artículo 133 a la luz del nuevo artículo 1, y lo entendieron así porque 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 establecidas en cualquier norma inferior".

El texto del artículo primero, que establece la obligación de todas las autoridades —incluidos los jueces— de promover, respetar, proteger y garantizar los derechos, venía a redimensionar el deber de los jueces de preferir a la Constitución en su labor interpretativa, en términos del artículo 133.

Además, la reforma constitucional vino a fortalecer y a clarificar una idea que ya estaba presente en el sistema jurídico mexicano y en algún pronunciamiento previo de la Suprema Corte: la existencia de un bloque de constitucionalidad en el sistema jurídico mexicano. A partir de la reforma, las dudas acerca de este punto debieron desaparecer.

La decisión de la mayoría acerca de modificar la doctrina negatoria del control difuso se apoyó en dos ideas adicionales a las mencionadas en el engrose. Primeramente, al llegar al debate, varios ministros estaban convencidos de la necesidad de modificar la interpretación anterior del artículo 133, al no coincidir con la interpretación restrictiva prevaleciente. En segundo lugar, el tratamiento del control de convencionalidad dio a esos mismos ministros la posibilidad lógica de proponer el cambio, pues habría

[118] *Ibidem*. Considerando séptimo. Punto 29.

resultado contradictorio asumir el control de convencionalidad en sentido amplio —es decir, como un deber de todos los jueces, incluyendo a los locales— y seguir manteniendo el control de constitucionalidad como competencia exclusiva del Poder Judicial Federal.

De haberse impuesto esta intelección, los jueces locales habrían sido sometidos a una situación imposible, al ser obligados no solo a hacerse de la vista gorda respecto a la segunda parte del artículo 133, sino además, ahora, al artículo primero constitucional. Por otro lado, es lógico que no se les habría podido pedir que no ejercieran el control de constitucionalidad y, al mismo tiempo, habilitarlos para ejercer un control de convencionalidad; ahora sí, y con mayor razón, luego de la reforma constitucional al artículo primero constitucional, que establece un bloque de derechos. Ello habría implicado exigir a los jueces locales que ejercieran el control solo respecto a algunas partes del bloque constitucional.

La introducción de la primera idea fuerte en el debate estuvo a cargo del ministro Cossío:

> Hoy en día, esta Suprema Corte sostiene que, existe un control concentrado de dos formas: uno, por la naturaleza de los órganos, solo los del Poder Judicial de la Federación y dos, por la naturaleza de los procesos; controversias, acciones y amparo. Y en esta combinación, en esa doble combinación exclusivamente se puede llevar a cabo el control, sin embargo, creo y he sostenido en otros asuntos, que esta interpretación es una interpretación restrictiva y es una interpretación que es contraria a lo que dispone la segunda parte del artículo 133 constitucional que permite a los órganos jurisdiccionales de todo el País, y ahí sí, jurisdiccionales de todo el País, que lleven a cabo un control de regularidad, no en el sentido de declarar la invalidez de las normas jurídicas sino como está el párrafo octavo del artículo 101 relativo al Tribunal electoral para desaplicar al caso concreto la disposición que sea contraria a la Constitución, creo que aquí hay una diferencia muy importante.

El ministro Zaldívar fortaleció esta línea introduciendo la segunda idea fuerte mencionada, y la profundizó aún más:

> Se ha dicho aquí que efectivamente en una añeja y reiterada jurisprudencia de esta Suprema Corte, se ha establecido que en México

> no hay control difuso de la Constitución con una serie de argumentos que siempre me parecieron muy cuestionables y que nunca he compartido, es la primera vez que como integrante de esta Suprema Corte me manifiesto sobre el tema, pero antes de mi llegada de manera reiterada había estado en contra de este criterio de la Corte, que me parece que no es acorde con el artículo 133 constitucional, ya no hablemos ahora de otra cuestión, el art. 133 constitucional establece la obligación de todos los jueces locales de preferir la Constitución, los tratados internacionales, frente a lo que establezcan sus Constituciones y sus leyes y esto no es nada sofisticado esto es algo inherente a la propia función jurisdiccional [...] me parece que la consecuencia lógica es que ese control de convencionalidad lejos de venir a hacer (sic) contrario a nuestra Constitución es acorde con el espíritu y la letra de nuestra Constitución.[119]

Pero además, el ministro Zaldívar le recordó al Pleno el cambio de configuración del control de convencionalidad que estudiamos líneas arriba, el cual fuera operado por la Corte Interamericana al resolver el caso *Cabrera García y Montiel Flores*, en el que determinó que la obligación de ejercer el control de convencionalidad incluía ahora a todos los jueces "en todos sus niveles".

En definitiva, la aceptación del control de convencionalidad y la interpretación sistemática de los artículos 1 y 133 constitucionales generaron la necesidad de modificar el sistema de control constitucional, habilitando el control difuso para los jueces locales. Esta decisión se vio avalada por una mayoría de siete votos.

En el siguiente capítulo estudiaremos los cambios puntuales y las formas bajo las cuales sería habilitado el control difuso.

[119] *Ibidem*, pp. 50 y 51.

Capítulo cuarto

Configuración del control incidental y *ex officio* en México

I. Introducción

A partir de la resolución adoptada por la Suprema Corte de Justicia de la Nación en el expediente varios 912/2010, el sistema de control jurisdiccional en México fue modificado. Sin embargo, los cambios resultaron significativos a efectos de reconfigurar no solo la identidad del sistema en su conjunto, sino también las relaciones entre el sistema mexicano de protección de derechos humanos y el Sistema Interamericano, lo cual propició la generación de un nuevo parámetro de control. De este y otros cambios daremos cuenta en las páginas que siguen.

Primero abordaremos el cambio generado en el sistema de control constitucional, luego los cambios producidos en el parámetro de control —dejando en claro, desde ahora, que lo que diremos aquí no solo afecta al ejercicio incidental y *ex officio*, sino también a la labor de control en todos sus ámbitos—, posteriormente, estudiaremos las decisiones más relevantes tomadas por la Suprema Corte en cuanto al objeto de control y, por último, analizaremos las decisiones más relevantes relacionadas con la configuración del método para el ejercicio del control difuso.

Asimismo, a lo largo de este capítulo evidenciaremos las confusiones semánticas que han estado presentes en el proceso de configuración de la vertiente difusa del sistema.

II. El sistema de control jurisdiccional

Hemos dicho que la decisión de adoptar el control de convencionalidad en los términos establecidos por la Corte Interamericana hasta el caso *Cabrera García y Montiel Flores*, junto a la reforma constitucional en materia de derechos humanos, motivaron que la Suprema Corte decidiera modificar el sistema de control constitucional de tipo jurisdiccional.

Recordemos que, hasta ese momento, el control constitucional era competencia del Poder Judicial Federal y era ejercido de manera directa a través del juicio de amparo, las controversias constitucionales y las acciones de inconstitucionalidad.

Al incluir a los jueces locales en las labores de control constitucional y convencional, el sistema se transformó y pasó a ser también, en parte, difuso. Así lo entendió el Pleno y quedó explicado en la siguiente tesis:

> Sistema de control constitucional en el orden jurídico mexicano. Actualmente existen dos grandes vertientes dentro del modelo de control de constitucionalidad en el orden jurídico mexicano, que son acordes con el modelo de control de convencionalidad *ex officio* en materia de derechos humanos a cargo del Poder Judicial. En primer término, el control concentrado en los órganos del Poder Judicial de la Federación con vías directas de control: acciones de inconstitucionalidad, controversias constitucionales y amparo directo e indirecto; en segundo término, el control por parte del resto de los jueces del país en forma incidental durante los procesos ordinarios en los que son competentes, esto es, sin necesidad de abrir un expediente por cuerda separada. Ambas vertientes de control se ejercen de manera independiente y la existencia de este modelo general de control no requiere que todos los casos sean revisables e impugnables en ambas. Es un sistema concentrado en una parte y difuso en otra, lo que permite que sean los criterios e interpretaciones constitucionales, ya sea por declaración de inconstitucionalidad o por inaplicación, de los que conozca la Suprema Corte para que determine cuál es la interpretación constitucional que finalmente debe prevalecer en el orden jurídico nacional. Finalmente, debe señalarse que todas las demás autoridades del país en el ámbito de sus competencias tienen la obligación

> de aplicar las normas correspondientes haciendo la interpretación más favorable a la persona para lograr su protección más amplia, sin tener la posibilidad de inaplicar o declarar su incompatibilidad.[1]

Este criterio motiva varios comentarios. Para comenzar, y como ya hemos adelantado, la Corte entendió que el sistema de control constitucional en el orden jurídico mexicano tiene, a partir de ahora, dos vertientes o expresiones. En otros términos, podríamos decir que el sistema asume una forma mixta. El modelo será concentrado, pues en un ámbito el control se asigna al Poder Judicial de la Federación, cuyos órganos lo llevarán a cabo de manera directa a través de tres procesos constitucionales: el juicio de amparo, las controversias constitucionales y las acciones abstractas de inconstitucionalidad.

Ahora bien, en estricto sentido, y en atención a lo que el término "concentrado" realmente significa, el sistema solo responde a esta calidad en lo que se refiere al ámbito de control abarcado por las controversias constitucionales y las acciones de inconstitucionalidad, de las que solo es competente para entender la Suprema Corte. Por lo que respecta al ámbito de control abarcado por el juicio de amparo, sea directo o indirecto, el sistema no podría considerarse concentrado, sino difuso o parcialmente difuso, o bien, solo parcialmente concentrado, pues una pluralidad de órganos judiciales es competente para su conocimiento y para ejercer el control directo o incidental, según la modalidad de amparo y la naturaleza del acto reclamado.

Adjetivar como "concentrado" a la parcela del sistema de control abarcada por el juicio de amparo es un error, dado que, como se dijo, diversos órganos jurisdiccionales son competentes para ejercer el control en el ámbito de ese proceso. Pero además, en la tesis se confunde "concentrado" con "directo", o eso parece, pues se da la impresión de creer que el juicio de amparo solo habilita una clase de control directo.

---

[1] Tesis P. LXX/2011 (9a.), *Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta*, Décima Época, lib. III, diciembre de 2011, t. 1, p. 557. Varios 912/2010. 14 de julio de 2011. Mayoría de siete votos; votaron en contra: Sergio Salvador Aguirre Anguiano, Jorge Mario Pardo Rebolledo, con salvedades, y Luis María Aguilar Morales, con salvedades. Ausente ponente: Margarita Beatriz Luna Ramos.

En el primer capítulo advertimos sobre este problema, que se genera cuando adjudicamos una característica a un sistema o modelo y adosamos las restantes notas propuestas en el esquema bipolar que en su momento postuló Calamandrei, y que acompañarían en dicho esquema a la nota adjudicada. En este caso, pareciera que el control ejercido de modo directo convierte en concentrado al sistema, y no es así.

De ahí en adelante el modelo acentúa su identidad difusa, pues más órganos, en otros ámbitos procesales, deberán realizar control incidental. Esta nueva característica del modelo se genera a partir de reconocer al resto de los jueces del país la competencia para ejercer control incidental, que, además, deberá realizarse de manera oficiosa y tomando en consideración el parámetro de regularidad constitucional federal. Pero la tesis menciona algunas cosas más: por un lado, refuerza la naturaleza accesoria del control incidental, al enfatizar que para la práctica del control difuso no es necesario abrir un expediente por cuerda separada; luego señala que el resultado de la comprensión de inconstitucionalidad será la inaplicación de la norma y, por último, que la Suprema Corte será quien, en última instancia, podrá determinar la interpretación adecuada de las normas, lo que obviamente le corresponde, por ser el órgano de cierre del sistema.

Esta decisión generó que, meses después, el presidente de la Suprema Corte presentara una solicitud de modificación de jurisprudencia, bajo el número 22/2011, para rectificar el criterio deducido en las tesis P./J. 73/99 y P./J. 74/99, que ya hemos comentado y que mantenían vedado el ejercicio de control constitucional a los jueces locales.

Más allá de las dudas generadas en su momento respecto al cumplimiento del requisito de que el nuevo criterio sea generado en un caso concreto, lo interesante del engrose del expediente de la solicitud de modificación de la jurisprudencia es que en el considerando segundo se transcribe un pasaje de la solicitud del presidente, en el que se enfatiza lo siguiente:

> Las razones que justifican la presente solicitud son las visibles en el considerando séptimo de la resolución dictada en el expediente varios 912/2010, tomando en cuenta que conforme al nuevo con-

> texto constitucional derivado del decreto por el que se modifica la denominación del capítulo I del título primero y reforma diversos artículos de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos, publicado en el Diario Oficial de la Federación el diez de junio de dos mil once, para lograr la eficaz tutela del orden constitucional y sentar las bases para un sistema de administración de justicia más eficiente, debe reconocerse a todos los Tribunales del Estado Mexicano la atribución para inaplicar disposiciones de observancia general ordinarias contrarias a los derechos humanos garantizados por la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos y en los tratados internacionales en los que el Estado Mexicano sea parte.[2]

Las razones de la solicitud dejan en claro que el reconocimiento de la facultad de hacer control incidental y *ex officio* a todos los jueces permite cumplir de mejor manera los fines de la reforma constitucional de derechos humanos.

---

[2] Control difuso. Con motivo de la entrada en vigor de los párrafos segundo y tercero del artículo 1o. constitucional modificados mediante Decreto publicado en el Diario Oficial de la Federación el diez de junio de dos mil once, debe estimarse que han quedado sin efectos las tesis jurisprudenciales P./J. 73/99 y P./J. 74/99, de rubros: "Control judicial de la Constitución. Es atribución exclusiva del Poder Judicial de la Federación" y "Control difuso de la constitucionalidad de normas generales. No lo autoriza el artículo 133 de la Constitución". // Solicitud de modificación de jurisprudencia 22/2011. Ministro Presidente de la Suprema Corte de Justicia de la Nación. 25 de octubre de 2011. Mayoría de nueve votos; votaron en contra y por la modificación de las tesis jurisprudenciales respectivas: Sergio A. Valls Hernández y Olga Sánchez Cordero de García Villegas. Ponente: Olga Sánchez Cordero de García Villegas. Secretarios: Ignacio Valdés Barreiro, Jorge Roberto Ordóñez Escobar y Rafael Coello Cetina. // El Tribunal Pleno, el veintinueve de noviembre en curso, aprobó, con el número I/2011 (10a.), la tesis aislada que antecede. México, Distrito Federal, a veintinueve de noviembre de dos mil once. // Notas: Las tesis P./J. 73/99 y P./J. 74/99 citadas aparecen publicadas en el Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta, Novena Época, Tomo X, agosto de 1999, páginas 18 y 5, respectivamente. // La presente tesis deriva de la resolución dictada en la solicitud de modificación de jurisprudencia 22/2011, en la cual el Pleno, por mayoría de nueve votos, determinó dejar sin efectos las tesis jurisprudenciales números P./J. 73/99 y P./J. 74/99, cuyos rubros son los siguientes: "Control judicial de la Constitución. Es atribución exclusiva del Poder Judicial de la Federación" y "Control difuso de la constitucionalidad de normas generales. No lo autoriza el artículo 133 de la constitución".

III. El parámetro de control

Al resolver el expediente varios 912/2010 también se establecieron definiciones muy importantes en relación con el parámetro de control constitucional, es decir, con la cuestión acerca de los materiales jurídicos controlantes que deberían tomar en cuenta todos los jueces del país, tanto federales como locales, para desarrollar sus funciones de control constitucional y convencional. Estas decisiones no solo impactaron en las labores de control propias de la vertiente difusa del modelo, sino también en el control desempeñado de manera directa, incidental, de oficio, o bien, a petición de parte por parte del Poder Judicial de la Federación. Entonces, aunque excede el ámbito del control incidental que estudiamos, también lo comprende, por lo que nos avocaremos al tratamiento y estudio del tema.

La reforma en materia de derechos humanos estableció un parámetro de control al que la Corte identificó como *parámetro de regularidad constitucional*. La expresión tiene claras reminiscencias kelsenianas; sin embargo, su contenido se identifica más a partir de rasgos identitarios que permiten reconocerlo como un bloque de derechos.

Ahora bien, ese nuevo parámetro de control se relaciona de manera íntima con un concepto constitucional vigente: *la ley suprema de la Unión* del artículo 133, que lo acoge, y en cuyo marco se han redefinido las relaciones entre los derechos humanos de fuente constitucional y convencional. Por ello, creemos necesario comenzar por abordar el estudio del parámetro de control por el concepto de "ley suprema de la Unión". Luego estudiaremos la forma en que la Suprema Corte entiende que deben articularse las relaciones entre los derechos constitucionales y los derechos convencionales al interior del parámetro. A continuación, nos referiremos al valor que algunos componentes del parámetro tienen según la Suprema Corte. De manera particular, nos remitiremos a las sentencias de la Corte Interamericana, para luego analizar la relación que guarda la jurisprudencia interamericana con la jurisprudencia nacional en el marco del parámetro de control.

Asimismo, pretendemos identificar las dificultades que ha generado el proceso interpretativo desarrollado por la Suprema

Corte a propósito de estas cuestiones, así como dar cuenta de los errores cometidos en el proceso de ensamblaje del parámetro de regularidad constitucional y la ley suprema de la Unión. Para finalizar, ofreceremos algunas ideas acerca de lo que consideramos las interpretaciones acertadas que deberían ser adoptadas para lograr un correcto proceso de resignificación del concepto "ley suprema de la Unión" a la luz del parámetro para el control de regularidad constitucional.

De manera previa, consideramos necesario identificar las complejidades que encierra el artículo 133 constitucional, para así poder comprender las variaciones interpretativas y las discrepancias conceptuales que a lo largo del tiempo se han generado en torno a él, y que parecen persistir. Las complejidades mencionadas tienen orígenes diversos: por un lado, nacen de las diferentes interpretaciones acerca de la forma en que se deben articular el derecho federal y el local; por el otro, de los cambios que han experimentado los conceptos incluidos en este artículo a partir del proceso de apertura al derecho internacional de los derechos humanos.

La siguiente sección tendrá por objeto analizar el concepto y contenido de la "ley suprema de la Unión" y sus variaciones, según las opiniones de algunos de los autores canónicos y las resoluciones más relevantes de la Suprema Corte de Justicia de la Nación a lo largo de las últimas décadas. Luego estudiaremos el proceso de resignificación del concepto "ley suprema de la Unión", a partir de la generación del parámetro de regularidad constitucional por la Suprema Corte de Justicia de la Nación al interpretar el artículo primero de la Constitución, en el marco de la reforma constitucional de derechos humanos de junio de 2011.

Este precepto constitucional se ocupa de la supremacía constitucional, la ley suprema de la Unión y el llamado control difuso. En el marco de estos conceptos debemos incluir el tratamiento de temas más específicos, como la relación entre el orden federal y los órdenes locales, las atribuciones de los jueces locales para realizar control constitucional, los componentes de la ley suprema de la Unión y la relación que ellos guardan entre sí.[3]

[3] Carpizo, Jorge, *Estudios constitucionales*, México, IIJ-UNAM, 1996, p. 2.

Adicionalmente, y a partir de la reforma en materia de derechos humanos, también será preciso estudiar las relaciones entre el bloque de derechos del artículo primero constitucional y la ley suprema de la Unión del artículo 133.

Sobre ello han existido desacuerdos y variaciones a lo largo del tiempo, generando una constante inestabilidad en el interior de cada concepto. Es probable que la inestabilidad haya sido gestada por la adopción de compromisos normativos asumidos sin demasiada convicción, o bien, por una excesiva confianza en que dichos compromisos podrían determinar con fuerza y en sentido diverso las inercias impuestas por nuestra tradición constitucional o las formas políticas imperantes en cada momento.

Dicha inestabilidad se aprecia no solo en las variaciones que a lo largo del tiempo han experimentado los temas abarcados, sino también al tenor de las discusiones que actualmente ocupan la atención de los expertos sobre el contenido del artículo 133 y su relación con el primero constitucional. Creemos que si bien existe acuerdo respecto a ciertas cuestiones, sobre otras persiste el debate. Por ejemplo, en nuestro sistema aún discutimos acerca de la fuerza con la cual puede imponerse el derecho internacional de los derechos humanos a la Constitución o, en términos más específicos, nos interrogamos acerca de qué espacios de restricción tiene la Constitución sobre los derechos de cara al respeto de los mínimos convencionales.

En cuanto a las relaciones entre el derecho federal y el local, pareciera haber también ciertos acuerdos, pero estos se tambalean cuando las leyes generales son utilizadas para apuntalar la preeminencia del derecho federal sobre el local, con la excusa de establecer bases comunes para competencias coordinadas.

Por lo que se refiere al control difuso, según ya hemos apuntado, al resolver el expediente varios 912/2010, la Suprema Corte modificó su criterio anterior y admitió esta nueva facultad para los jueces locales; sin embargo, no es claro el alcance que se le debe dar a esta nueva facultad. Los criterios discordantes entre las salas de la Corte o contrapuestos al entendimiento común acerca de cómo se debe articular esta nueva facultad indican las

diferentes sintonías sobre cómo debe realmente operar el control incidental y *ex officio*.

En fin, algunas claridades se han obtenido, pero el estado actual de dicha discusión está lejos de conducir a consensos estables. Se podría decir que el artículo 133 presenta un enunciado casi inalterado, pero su sentido ha variado significativamente. Procederemos a desglosar el análisis de las complejidades en relación con los tres asuntos apuntados.

Uno de los puntos que ha suscitado mayor divergencia ha girado en torno a si el artículo 133 determina la supremacía del derecho federal sobre el local o si, por el contrario, la relación entre ambos órdenes es paritaria.

José María del Castillo Velasco, quien fuera diputado del Congreso Constituyente de 1856, en su obra *Apuntamientos para el estudio del derecho constitucional mexicano*, parece haber sostenido una idea próxima a la superioridad del derecho federal sobre el local.[4] Pero con el tiempo tomó fuerza la idea según la cual,

[4] El autor sostuvo: "[...] es evidente que la constitución y las leyes del congreso federal que de ella emanen, deben ser la suprema ley, porque de no serlo, la Federación se convertiría en una quimera y realmente dejaría de existir. Los tratados hechos o que en lo sucesivo se hagan en la forma y con los requisitos prevenidos en la constitución, son también ley suprema, porque la Federación los hace con la autoridad de todos los Estados unidos y empeñando la fe de estos a la cual nunca deben faltar para no envilecer la honra nacional como la han envilecido algunas naciones, que a pesar de su grandeza, no han tenido empacho en prostituirse hasta faltar la fe de sus compromisos. México en los días de la intervención extranjera, ha visto un doloroso e irritante ejemplo de esta falta en contra suya. Declarando el artículo 126 que la constitución, las leyes del Congreso federal que emanen de ella y los tratados, son la ley suprema de la Unión, ha establecido la supremacía en el orden político. En el judicial, es decir, en la aplicación práctica, establece la misma supremacía, ordenando a los jueces de cada estado, que se arreglen a dicha constitución, leyes del Congreso de la Unión y tratados, a pesar de las disposiciones en contrario que pueda haber en las constituciones o leyes de los estados; haciéndose con este precepto imposible todo género de conflictos entre las constituciones y leyes de los Estados y la constitución y leyes federales, las cuales son superiores porque son la ley suprema, la ley ante la cual deben inclinarse todos los poderes, todas las leyes y todos los intereses particulares". Castillo Velasco, José María del, *Apuntamientos para el estudio del derecho constitucional mexicano*,

y de acuerdo con las características del sistema constitucional mexicano, el derecho federal y el local no debían ser articulados en términos jerárquicos, pues uno y otro tienen ámbitos competenciales diferentes.

Carpizo lo expresó en los siguientes términos: "Podemos afirmar que en México no existe supremacía del derecho federal sobre el local".[5] Esta aseveración podría generar confusión, porque encierra un significado solo parcialmente correcto, acorde a la siguiente explicación: el artículo 124 constitucional establece que las facultades no concedidas expresamente a las autoridades federales se entienden reservadas a los estados, en consecuencia, es correcto afirmar que ambos órdenes se ubican en un plano de igualdad y, por ello, en los ámbitos reservados no hay primacía de la ley federal.

Sin embargo, una parte de lo que debemos incluir en el concepto de derecho federal sí prima, y debe ser considerado jerárquicamente superior al derecho local. Se trata de aquel derecho que integra el concepto de ley suprema de la Unión, conformado por la Constitución Federal, los tratados internacionales y las leyes —sean constitucionales, orgánicas o generales, según las diversas propuestas hechas por la doctrina a lo largo de los años y que más adelante procuraremos precisar—. La confusión sobre este tema puede deberse al uso análogo de las expresiones "derecho federal" y "leyes federales", que ha generado imprecisiones en el análisis. Así, las leyes federales no priman sobre el derecho local, pero la Constitución Federal, los tratados internacionales y alguna especie de leyes, como derecho federal, sí. Regresaremos a este punto al analizar el concepto en estudio.

El artículo 133 —junto a otras disposiciones constitucionales— recepta en nuestro sistema el principio de supremacía constitucional, nota entitativa de las constituciones.[6] La Constitución, por ser suprema, es la norma a la que está sujeta la creación del

Facsimilar de la edición Príncipe de 1871, México, CNDH-Senado de la República-Miguel Ángel Porrúa, 2007, pp. 255 y 256.

5 Carpizo, Jorge, *op. cit.*, p. 19. Véase también Arteaga Nava, Elisur, *Derecho constitucional*, México, Oxford, 1999, pp. 386 y ss.

6 *Ibidem*, pp. 1 y 2.

resto de las normas por ciertos órganos superiores estatales.[7] Pero la Constitución es suprema también en un sentido normativo y, como tal, es inmune a las leyes ordinarias y determinante de la validez de estas, a la vez.[8]

Este principio fue claramente expresado por Alexander Hamilton en *El federalista núm. 78*[9] y luego por el juez Marshall en la multicitada sentencia *Marbury vs. Madison*,[10] y sobre la base de estas ideas continuamos entendiendo a la supremacía de las constituciones.

La Constitución se ubica, entonces, en la cúspide del ordenamiento jurídico y del complejo concepto "ley suprema de la Unión", en cuyo seno, en principio, fue entendida como supraordenada a los tratados y a las leyes que emanen del Congreso de la Unión. Sobre la conformación del entramado denominado

---

7 Otto, Ignacio de, *Derecho constitucional. Sistema de fuentes*, Barcelona, Ariel Derecho, 1998, p. 15.

8 García de Enterría, Eduardo, *La Constitución como norma y el Tribunal Constitucional*, 3a. ed., Madrid, Civitas, 1983, pp. 30 y 31.

9 "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 [...]". Hamilton, Alexander *et al., El federalista*, trad. de Gustavo R. Velasco, México, FCE, 2000, p. 332.

10 "Está fuera de toda duda que o la Constitución se impone a cualquier ley que la contradiga o, por el contrario, el legislativo puede modificar la Constitución a través de una ley cualquiera. Entre estas dos opciones no hay término medio. O la Constitución es un derecho superior, principal e inmodificable a través de mecanismos ordinarios, o, por el contrario, se sitúa al mismo nivel que las leyes ordinarias, y como toda ley, es modificable cuando así lo disponga la voluntad del legislativo. Si la primera parte de la alternativa fuera cierta, entonces una ley contraria a la constitución no es derecho. Si la cierta fuese la última parte, entonces, las constituciones escritas no serían más que intentos absurdos del pueblo de limitar un poder que por naturaleza escaparía a todo límite", "Sentencia *Marbury v. Madison* (1803)", en Beltrán de Felipe, Miguel y González García, Julio V., *Las sentencias básicas del Tribunal Supremo de los Estados Unidos de América*, 2a. ed., Madrid, Boletín Oficial del Estado-Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, 2006, pp. 93 y ss.

"ley suprema de la Unión" volveremos más adelante, pero debemos anticipar que se han recortado ámbitos decisorios en cada sistema jurídico nacional, debido al desarrollo del derecho internacional de los derechos humanos y de los órganos de protección regionales e internacionales. Los espacios resolutivos, incluso los constitucionales, se han reducido y los actores internos han visto disminuida su libertad configurativa. En este sentido, las constituciones aún son supremas, aunque de un modo diferente al que tradicionalmente se les ha atribuido.

La libertad configurativa de las constituciones debe garantizar los mínimos convencionales en materia de derechos humanos, pero esos mínimos no solo restringen la libertad configurativa en un momento estático. Al ratificar un tratado internacional se adquiere un compromiso respecto a lo establecido en dicho instrumento, pero también —y en ocasiones no se suele reparar en esto— se contraen obligaciones hasta cierto punto "a ciegas", al aceptar aquello que los órganos del tratado establecerán como intérpretes auténticos del mismo. Se trata de recortes a la libertad configurativa, condicionados a las determinaciones establecidas por la vía interpretativa.

En términos más claros: cuando los Estados asumen compromisos internacionales, en ocasiones no son plenamente conscientes de las especificidades de las obligaciones que adquieren, las cuales serán desarrolladas con el tiempo y eventualmente provocarán resistencias.

La relación entre la Constitución y el derecho internacional tiende a entorpecerse cuando anclamos el concepto de supremacía a la nota de soberanía, sin reparar en que la Constitución —y los valores y notas que le atribuimos— es, antes que un producto estatal, un producto del constitucionalismo, y la supremacía de las constituciones nacionales se resiente ante el auge del constitucionalismo, cada vez más inscrito en clave cosmopolita e internacional.

Ferrajoli ha explicado muy bien este asunto. El constitucionalismo —nos cuenta— es un paradigma que nace ligado a tres ideas: la defensa de los derechos de libertad, la limitación al poder político, y todo ello dentro de los confines del Estado nación. La histo-

ria del constitucionalismo es la de la expansión de estas variables: de la protección de los derechos civiles a la protección del constitucionalismo social, de limitar solo al Estado a limitar también al mercado y, por último, la generación de un constitucionalismo mundial que complementa a los constitucionalismos nacionales.[11]

En este proceso, la Constitución, como producto nacional, se resiste frente al constitucionalismo como movimiento supranacional y cosmopolita.[12] El constitucionalismo comienza a deslindarse del Estado, dando lugar a aquello que García Jaramillo ha denominado "constitucionalismo genérico", fruto de un proceso de naturaleza globalizadora, que en nuestro ámbito se puede denominar "interamericanización del derecho".[13]

Ya se ha explicado que en México, y durante muchos años, existieron fuertes resistencias a reconocer atribuciones de control a los jueces de los estados; sin embargo, cuando a mediados de 2011 la Suprema Corte de Justicia de la Nación resolvió el multicitado expediente varios 912/2010, produjo una modificación de gran envergadura en nuestro sistema de control jurisdiccional: los jueces del orden común podrían, a partir de ese momento, inaplicar leyes por considerarlas incompatibles con el llamado "parámetro de regularidad constitucional". Así, nuestro sistema de control jurisdiccional adquirió un perfil difuso que convive con el perfil "concentrado" que se aprecia en el control que el Poder Judicial Federal realiza a través del juicio de amparo, las acciones de inconstitucionalidad y las controversias constitucionales.

Antes de esta histórica decisión, la Suprema Corte no reconocía esta facultad a los jueces ordinarios y la discusión había sido momentáneamente clausurada por jurisprudencia generada por

---

11 Ferrajoli, Luigi, *Democracia y garantismo*, Madrid, Trotta, 2008, pp. 35 y 36.

12 Para un estudio acerca de las relaciones entre Constitución y soberanía y el proceso de conformación de la visión estatalista de los derechos véase Fioravanti, Maurizio, *Los derechos fundamentales. Apuntes de historia de las constituciones*, Madrid, Trotta, 1996.

13 García Jaramillo, Leonardo, "Desafíos de la interamericanización del derecho: la contribución del *Ius Constitutionale Commune*", en Bogdandy, Armin von *et al.* (coords.), Ius Constitutionale Commune *en América Latina. Textos básicos para su comprensión,* México, IECEQ-MPIL, 2017, pp. 577-605.

el máximo tribunal. Recordemos que así se había pronunciado en una resolución que generó la tesis 74/99,[14] en la que confirmó la prohibición del llamado control "difuso" y reiteró el criterio expresado en la tesis 73/99,[15] en la cual había determinado que el control judicial de la Constitución era atribución exclusiva del Poder Judicial Federal.

[14] Tesis P./J. 74/99, *Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta*, Novena Época, t. X, agosto de 1999, p. 5, de rubro y texto: Control difuso de la constitucionalidad de normas generales. No lo autoriza el artículo 133 de la Constitución. El texto expreso del artículo 133 de la Constitución Federal previene que "Los jueces de cada Estado se arreglarán a dicha Constitución, leyes y tratados a pesar de las disposiciones en contrario que pueda haber en las Constituciones o leyes de los Estados". En dicho sentido literal llegó a pronunciarse la Suprema Corte de Justicia; sin embargo, la postura sustentada con posterioridad por este Alto Tribunal, de manera predominante, ha sido en otro sentido, tomando en cuenta una interpretación sistemática del precepto y los principios que conforman nuestra Constitución. En efecto, esta Suprema Corte de Justicia de la Nación, considera que el artículo 133 constitucional, no es fuente de facultades de control constitucional para las autoridades que ejercen funciones materialmente jurisdiccionales, respecto de actos ajenos, como son las leyes emanadas del propio Congreso, ni de sus propias actuaciones, que les permitan desconocer unos y otros, pues dicho precepto debe ser interpretado a la luz del régimen previsto por la propia Carta Magna al efecto.

[15] Tesis P./J. 73/99, *Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta*, Novena Época, t. X, agosto de 1999, p. 18, de rubro y texto: Control judicial de la Constitución. Es atribución exclusiva del Poder Judicial de la Federación. La supremacía constitucional se configura como un principio consustancial del sistema jurídico-político mexicano, que descansa en la expresión primaria de la soberanía en la expedición de la Constitución y que por ello coloca a ésta por encima de todas las leyes y de todas las autoridades, de ahí que las actuaciones de éstas deben ajustarse estrictamente a las disposiciones de aquella. En este sentido, más que una facultad, la supremacía constitucional, impone a toda autoridad el deber de ajustar a los preceptos fundamentales, los actos desplegados en ejercicio de sus atribuciones. Por tanto, si bien es cierto que los tres Poderes de la Unión deben observar la Ley Suprema, no puede afirmarse que por esta razón, las autoridades puedan, por sí, y ante sí, en el ejercicio de sus funciones materialmente jurisdiccionales, examinar la constitucionalidad de sus propios actos o de los ajenos, toda vez que, al respecto, la propia constitución consagra en sus artículos 103 y 107, un medio de defensa ex profeso, por vía de acción, como es el juicio de amparo y lo encomienda, en exclusiva, al Poder Judicial de la Federación, sentando las bases de su procedencia y tramitación.

Durante las discusiones del expediente varios 912/2010, algunos ministros vieron la oportunidad de modificar la tesis de la negación del llamado control difuso. La mayoría entendió que el reformado artículo 1 constitucional obligaba a extraer esa nueva interpretación, que surgiría de reinterpretar el artículo 133 a la luz de los cambios efectuados al artículo 1, y lo entendieron así por cuanto los jueces están obligados a preferir los derechos humanos contenidos en la Constitución y en los tratados internacionales. En todo caso, la reforma constitucional vino a fortalecer y a clarificar una idea que ya estaba presente en el ambiente jurídico.

Lo narrado hasta aquí es historia. Al resolver, la Suprema Corte de Justicia de la Nación aceptó la facultad de los jueces ordinarios de inaplicar leyes inconstitucionales e inconvencionales;[16] sin embargo, persisten desacuerdos sobre diferentes aspectos de la puesta en marcha del control constitucional por parte de los

[16] Tal determinación generó la Tesis P. LXX/2011 (9a.), *Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta*, Décima Época, lib. III, diciembre de 2011, t. 1, p. 557, de rubro y texto: Sistema de control constitucional en el orden jurídico mexicano. Actualmente existen dos grandes vertientes dentro del modelo de control de constitucionalidad en el orden jurídico mexicano, que son acordes con el modelo de control de convencionalidad *ex officio* en materia de derechos humanos a cargo del Poder Judicial. En primer término, el control concentrado en los órganos del Poder Judicial de la Federación con vías directas de control: acciones de inconstitucionalidad, controversias constitucionales y amparo directo e indirecto; en segundo término, el control por parte del resto de los jueces del país en forma incidental durante los procesos ordinarios en los que son competentes, esto es, sin necesidad de abrir un expediente por cuerda separada. Ambas vertientes de control se ejercen de manera independiente y la existencia de un modelo general de control no requiere que todos los casos sean revisables e impugnables en ambas. Es un sistema concentrado en una parte y difuso en otra, lo que permite que sean los criterios e interpretaciones constitucionales, ya sea por declaración de inconstitucionalidad o por inaplicación, de los que conozca la Suprema Corte para que determine cuál es la interpretación constitucional que finalmente debe prevalecer en el orden jurídico nacional. Finalmente debe señalarse que todas las demás autoridades del país en el ámbito de sus competencias tienen la obligación de aplicar todas las normas correspondientes haciendo la interpretación más favorable a la persona para lograr la protección más amplia, sin tener la posibilidad de inaplicar o declarar su incompatibilidad.

jueces locales, incluso respecto al control por parte de los jueces federales en el marco de procesos constitucionales como el juicio de amparo, cuestión que tiene que ver con el impacto y los nuevos alcances del control en el marco de los procesos constitucionales, al exigirse la realización de control incidental y *ex officio*.

En esta sección nos proponemos ofrecer una noción precisa acerca del contenido de la ley suprema de la Unión como prolegómeno necesario para estudiar el impacto del parámetro de regularidad constitucional. Para ello, analizaremos los componentes aludidos en el artículo 133. Primero procuraremos determinar la calidad de las leyes mencionadas y luego estudiaremos las variaciones existentes acerca del lugar que deben guardar los tratados internacionales con relación a las leyes y a la propia Constitución.

"Las leyes del Congreso de la Unión que emanen de ella". ¿Qué leyes son estas? A lo largo del tiempo, la doctrina mexicana ha generado respuestas divergentes, y las diferencias han girado en torno a concebir la relación entre el derecho federal y el local en términos jerárquicos o paritarios. A su vez, estas diferencias han incidido de manera determinante en la integración de la ley suprema de la Unión. Un somero repaso por la evolución del concepto nos permitirá confirmar lo dicho.

Gabino Fraga consideró que existen dos tipos de leyes: las constitucionales, que serían aquellas que desarrollan el procedimiento establecido en el artículo 135 constitucional, y las ordinarias, que son producto del procedimiento legislativo ordinario. Luego, no consideró que hubiera una relación de prevalencia de las leyes federales sobre las leyes locales. El artículo 133 no establecería ninguna categoría especial de leyes amén de las federales y las locales, y ambos tipos de leyes en pie de igualdad estarían subordinadas a la Constitución Federal.[17]

Por su parte, García Máynez consideró que el derecho federal tenía carácter prevalente sobre el derecho local. Así, los grados superiores de la jerarquía normativa se conformarían por la

[17] Fraga, Gabino, *Derecho administrativo*, 37a. ed., México, Porrúa, 1998, pp. 39 y ss.

Constitución, primero, y las leyes federales y los tratados internacionales, ambos en un mismo nivel. Todos esos cuerpos normativos conformarían el contenido del concepto "ley suprema de la Unión". El derecho local ocuparía un peldaño posterior.[18]

Mario de la Cueva distinguió entre leyes constitucionales y leyes federales ordinarias. Las leyes constitucionales serían aquellas que emanan de la Constitución formal y materialmente, y se caracterizarían por materializar contenidos constitucionales. A su vez, estas pueden subdividirse en: orgánicas, las que establecen las facultades y funcionamiento de un órgano federal; reglamentarias, las que determinan las formas de aplicación de un principio constitucional, y, por último, sociales, las que desarrollan los derechos sociales constitucionales.[19] Así, las leyes del Congreso que emanen de la Constitución a las que alude el artículo 133 serán las leyes constitucionales. La ley suprema de la Unión estaría conformada por la Constitución, las leyes constitucionales y los tratados internacionales. Las leyes federales ordinarias no formarían parte del concepto.

Aunque con variaciones, Jorge Carpizo participó de las ideas liminares de Mario de la Cueva. En México no existiría supremacía del derecho federal sobre el local. Las leyes del Congreso de la Unión que emanen de ella serían las leyes constitucionales en los términos de De la Cueva.[20]

Fix-Zamudio introdujo un elemento divergente. Para comenzar, participa de la idea ya compartida de que la relación entre leyes federales y locales no es de jerarquía, sino de competencia. Además reconoce que, desde un punto de vista material, parece que determinadas leyes federales deberían tener cierta preeminencia respecto de otras. Esas leyes serían aquellas que desarrollan principios y normas constitucionales; sin embargo, ello no es razón suficiente para asignar a estas leyes constitucionales preeminencia sobre otras leyes federales ordinarias.

---

18 García Máynez, Eduardo, *Introducción al estudio del derecho*, 65a. ed., México, Porrúa, 2015, pp. 85 y ss.

19 Cueva, Mario de la, *Teoría de la Constitución*, México, Porrúa, 2008, pp. 114 y ss.

20 Carpizo, Jorge, *op. cit.*, pp. 19 y ss.

Fix-Zamudio parece referirse a que, desde el punto de vista del derecho positivo, no hay razón para dotar de mayor jerarquía a estas leyes, y aquí es donde introduce el elemento divergente apuntado: las conceptualizaciones que otros autores hicieron antes, y que identificaban a estas leyes como de naturaleza especial, son más bien estipulativas, doctrinales y, por tanto, no tienen sustento en la Constitución. La razón de su juicio es que, en definitiva, y más allá de la importancia material que podamos asignar a ciertas leyes, todas se modifican por el mismo procedimiento y por las mismas mayorías, tanto estas como las llamadas "ordinarias".[21]

Por el momento, entonces, podemos concluir tentativamente que la ley suprema de la Unión estaría conformada por la Constitución —claro, en el peldaño superior— y las leyes, para unos las constitucionales (De la Cueva, Carpizo), para otros simplemente las federales (García Máynez) y los tratados internacionales. La inclusión de las leyes federales sin distinción en el concepto "ley suprema de la Unión" sería apoyada por los autores que entienden que el derecho federal, todo él, prevalece sobre el local.

Por el contrario, la generación de la categoría de leyes constitucionales, diferentes a las leyes federales ordinarias, permitiría ubicar al derecho federal ordinario fuera del concepto de ley suprema de la Unión y en un mismo nivel que el derecho local.

Respecto a las leyes que formarían parte del concepto de ley suprema de la Unión, la doctrina mayoritaria entendió que estas no podían ser identificadas con las leyes federales —a excepción de García Máynez—, aunque los doctrinarios no fueron contestes en identificar dichas leyes a partir de un origen, fin o contenido particular.

Tal identificación sería ofrecida por el Tribunal pleno de la Suprema Corte de Justicia de la Nación al resolver el amparo en revisión 120/2002 y establecer que las leyes a las que se refiere el artículo 133 constitucional no son las leyes federales ordinarias ni las constitucionales, sino las leyes generales, por las que debemos entender aquellas que son dictadas para incidir en todos los órdenes jurídicos parciales, que tienen su origen en cláusulas

[21] Fix-Zamudio, Héctor y Valencia Carmona, Salvador, *Derecho constitucional mexicano y comparado*, 9a. ed., México, UNAM-Porrúa, 2017, pp. 72 y 73.

constitucionales y que tienen por objeto distribuir competencias en materias concurrentes.[22] Las ideas de la doctrina reseñadas no parecen haber tenido una influencia determinante en el trabajo de los tribunales, particularmente en el de la Suprema Corte.

También ha resultado difícil establecer la relación que debía existir entre los tratados internacionales y las leyes y la Constitución, y si un tipo especial de tratados, o bien, un cierto contenido de los tratados —los derechos humanos— debería guardar una relación diferente con el resto del ordenamiento jurídico. El estudio de esta cuestión reviste la mayor relevancia para la configuración del parámetro de regularidad constitucional.

Tradicionalmente, la incorporación de los tratados internacionales de la materia que sea y su relación con las otras partes integrantes de la ley suprema de la Unión era entendida en términos de jerarquía. A lo largo del tiempo, la justicia federal adoptó criterios variables. A continuación sintetizaremos brevemente las principales decisiones que sobre esta cuestión ha adoptado la Suprema Corte de Justicia de la Nación, a partir del final de la Octava Época.

---

[22] Tesis P. VII/2007, *Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta*, Novena Época, t. XXV, abril de 2007, p. 5, de rubro y texto: Leyes generales. Interpretación del artículo 133 constitucional. La lectura del precepto citado permite advertir la intención del Constituyente al establecer un conjunto de disposiciones de observancia general que, en la medida en que se encuentren apegadas a lo dispuesto por la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos, constituyan la "Ley Suprema de la Unión". En este sentido, debe entenderse que las leyes del Congreso de la Unión, a las que se refiere el artículo constitucional, no corresponden a las leyes federales, esto es, a aquellas que regulan las atribuciones conferidas a determinados órganos con el objeto de trascender únicamente al ámbito federal, sino que se trata de leyes generales que son aquellas que pueden incidir válidamente todos los órdenes jurídicos parciales que integran el Estado Mexicano. Es decir, las leyes generales corresponden a aquellas respecto a las cuales el Constituyente o el Poder Revisor de la Constitución ha renunciado expresamente a su potestad distribuidora de atribuciones entre las entidades políticas que integran el Estado Mexicano, lo cual se traduce en una excepción al principio establecido por el artículo 124 constitucional. Además, estas leyes no son emitidas motu proprio por el Congreso de la Unión, sino que tienen su origen en cláusulas constitucionales que obligan a este a dictarlas, de tal manera que una vez promulgadas y publicadas, deberán ser aplicadas por las autoridades federales, locales, del Distrito Federal y municipales.

Con ocasión de la resolución del amparo en revisión 2069/92, el Pleno de la Suprema Corte de Justicia de la Nación estableció que las leyes federales y los tratados internacionales tenían la misma jerarquía. La Corte no hizo eco de las distinciones efectuadas por la doctrina y se refirió a las leyes federales, sin más. Por ello, es posible intuir también que en esta decisión la Corte participó de la idea de preeminencia del orden federal sobre el local. En lo referente a las relaciones al interior de la ley suprema de la Unión, ubicó a las leyes federales y a los tratados internacionales en el mismo nivel jerárquico.[23]

Algunos años después, ya en la Novena Época, al resolver el amparo en revisión 1457/98, el Tribunal pleno modificó sustancialmente el criterio anterior, al determinar los criterios de supralegalidad e infraconstitucionalidad, según los cuales los tratados internacionales se ubican por encima de las leyes federales y por debajo de la Constitución Federal.[24] La determinación más

[23] Tesis P. C/92, *Gaceta del Semanario Judicial de la Federación*, Octava Época, núm. 60, diciembre de 1992, p. 27, de rubro y texto: Leyes federales y tratados internacionales. Tienen la misma jerarquía normativa. De conformidad con el artículo 133 de la Constitución, tanto las leyes que emanen de ella como los tratados internacionales, celebrados por el Ejecutivo Federal, aprobados por el Senado de la República y que estén de acuerdo con la misma, ocupan, ambos, el rango inmediatamente inferior a la Constitución en la jerarquía de normas en el orden jurídico mexicano. Ahora bien, teniendo la misma jerarquía, el tratado internacional no puede ser criterio para determinar la constitucionalidad de una ley ni viceversa. Por ello, la Ley de las Cámaras de Comercio y de la Industria, no puede ser considerada inconstitucional por contrariar lo dispuesto en un tratado internacional.

[24] Tesis P. LXXVII/99, *Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta*, Novena Época, t. X, noviembre de 1999, p. 46, de rubro y texto: Tratados internacionales. Se ubican jerárquicamente por encima de las leyes federales y en un segundo plano respecto de la Constitución Federal. Persistentemente en la doctrina se ha formulado la interrogante respecto a la jerarquía de las normas en nuestro derecho. Existe unanimidad respecto de que la Constitución Federal es la norma fundamental y que aunque en principio la expresión "...serán la ley suprema de la Unión..." parece indicar que no solo la Carta Magna es la suprema, la objeción es superada por el hecho de que las leyes deben emanar de la Constitución y ser aprobadas por un órgano constituido, como lo es el Congreso de la Unión y de que los tratados deben estar de acuerdo con la Ley Fundamen-

importante consistió en la modificación de su criterio anterior sobre la ubicación de los tratados. La segunda determinación fue el reconocimiento expreso de las leyes constitucionales, distinción a la que no dio efecto alguno. Por último, el juicio más confuso allí vertido fue el referido a que la expresión "ley suprema de la Unión" solo incluiría a la Constitución Federal. La literalidad del artículo 133 es clara en el sentido de indicar que ese

tal, lo que claramente indica que solo la Constitución es la Ley Suprema. El problema respecto a la jerarquía de las demás normas del sistema, ha encontrado en la jurisprudencia y en la doctrina distintas soluciones, entre las que destacan: supremacía del derecho federal frente al local y misma jerarquía de los dos, en sus variantes lisa y llana y con la existencia de leyes constitucionales, y la de que será ley suprema la que sea calificada de constitucional. No obstante, esta Suprema Corte de Justicia, considera que los tratados internacionales se encuentran en un segundo plano inmediatamente debajo de la ley fundamental y por encima del derecho federal y local. Esta interpretación del artículo 133 constitucional, deriva de que estos compromisos internacionales son asumidos por el Estado Mexicano en su conjunto y comprometen a todas las autoridades frente a la comunidad internacional; por ello se explica que el Constituyente haya facultado al presidente de la República a suscribir los tratados internacionales en su calidad de jefe de Estado, y, de la misma manera, el Senado interviene como representante de la voluntad de las entidades federativas, y por medio de su ratificación, obliga a sus autoridades. Otro aspecto importante para considerar esta jerarquía de los tratados, es la relativa a que en esta materia no existe limitación competencial entre la Federación y las entidades federativas, esto es, no se toma en cuenta la competencia federal o local del contenido del tratado, sino que por mandato expreso del propio artículo 133, el presidente de la República y el Senado pueden obligar al Estado Mexicano en cualquier materia, independientemente de que para otros efectos, esta sea competencia de las entidades federativas. Como consecuencia de lo anterior, la interpretación del artículo 133 constitucional lleva a considerar en un tercer lugar, al derecho federal y al local, en una misma jerarquía en virtud de lo dispuesto por el artículo 124 de la ley fundamental, el cual ordena que las facultades que no estén expresamente concedidas por esta Constitución a los funcionarios federales, se entienden reservadas a los estados. No se pierde de vista que en su anterior conformación, este Máximo Tribunal, había adoptado una posición diversa en la tesis P. C/92, publicada en la Gaceta del Semanario Judicial de la Federación, Número 60, correspondiente a diciembre de 1992, página 27 de rubro: "Leyes federales y tratados internacionales. Tienen la misma jerarquía normativa", sin embargo, este Tribunal Pleno considera oportuno abandonar tal criterio y asumir el que considera la jerarquía superior de los tratados incluso frente al derecho federal.

concepto tiene una integración compleja cuyo contenido no se circunscribe a la Constitución —amén de la relación jerárquica interna entre sus componentes—.

La siguiente determinación importante fue tomada por el Pleno de la Suprema Corte de Justicia de la Nación en el ya comentado amparo en revisión 120/2002. Sobre el tema específico de la relación de los tratados internacionales con el resto de los componentes del concepto de ley suprema de la Unión, la Corte sostuvo que los tratados internacionales —sin distinción— poseen rango supralegal, es decir, por encima de las leyes generales, e infraconstitucional. En este sentido, ratificó su opinión anterior, pero es acomodada al concepto de leyes generales identificado en esta misma resolución.[25]

Recordemos que, al resolver el amparo en revisión 1457/98, el Pleno estableció una serie de juicios complejos sobre nuestro concepto, entre ellos, que la ley suprema de la Unión solo estaría conformada por la Constitución. En el amparo en revisión 120/2002, la Corte recompuso el contenido de la ley suprema de

[25] Tesis P. IX/2007, *Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta*, Novena Época, t. XXV, abril de 2007, p. 6, de rubro y texto: 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. La interpretación sistemática del artículo 133 de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos permite identificar la existencia de un orden jurídico superior, de carácter nacional integrado por la Constitución Federal, los tratados internacionales y las leyes generales. Asimismo, a partir de dicha interpretación, armonizada con los principios de derecho internacional dispersos en el texto constitucional, así como con las normas y premisas fundamentales de esa rama del derecho, se concluye que los tratados internacionales se ubican jerárquicamente debajo de la Constitución Federal y por encima de las leyes generales, federales y locales, en la medida en que el Estado Mexicano, al suscribirlos, de conformidad con lo dispuesto en la Convención de Viena sobre el Derecho de los Tratados entre estados y Organizaciones Internacionales o entre Organizaciones internacionales y además, atendiendo al principio fundamental del derecho internacional consuetudinario "pacta sunt servanda", contrae libremente obligaciones frente a la comunidad internacional que no pueden ser desconocidas invocando normas de derecho interno y cuyo cumplimiento supone por lo demás, una responsabilidad de carácter internacional.

la Unión y estableció que la Constitución, las leyes generales del Congreso de la Unión y los tratados internacionales que estén de acuerdo con ella, forman parte de ella y conforman un orden jurídico superior de carácter nacional, y en cuyo interior la Constitución se ubica en el peldaño más alto, seguida de los tratados internacionales y las leyes generales, en ese orden.[26]

Una vez clarificado el contenido de nuestro concepto, en la siguiente sección analizaremos los impactos generados por el derecho convencional y los nuevos criterios para su internalización establecidos a partir de la reforma en materia de derechos humanos.

La reforma constitucional en materia de derechos humanos de 2011 tuvo como objetivo primordial fortalecer y apuntalar el proceso de constitucionalización del derecho internacional de los derechos humanos, a fin de provocar una mayor apertura del sistema jurídico mexicano hacia los derechos humanos de fuente internacional. Diversos temas fueron abordados; sin embargo, los cambios al artículo 1 constitucional generaron los impactos más profundos y con efectos directos en el contenido de la ley suprema de la Unión.

Recordemos que hasta ese momento la Suprema Corte de Justicia de la Nación se había referido a las relaciones que los tratados internacionales, sin distinciones en la materia, debían guardar con el resto de los componentes de la ley suprema de la Unión, pero específicamente con respecto a las leyes. En todas

[26] Tesis P. VIII/2007, *Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta*, Novena Época, t. XXV, abril de 2007, p. 6, de rubro y texto: Supremacía constitucional y ley suprema de la Unión. Interpretación del artículo 133 constitucional. A partir de la interpretación del precepto citado, si aceptamos que las leyes del Congreso de la Unión a las que aquel se refiere, corresponden, no a las leyes federales sino a aquellas que inciden en todos los órdenes jurídicos parciales que integran el Estado Mexicano y cuya emisión deriva de cláusulas constitucionales que constriñen al legislador para dictarlas, el principio de supremacía constitucional implícito en el texto del artículo en cita, claramente se traduce en que la Constitución General de la República, las leyes generales del Congreso de la Unión y los tratados internacionales que estén de acuerdo con ella, constituyen "la Ley Suprema de la Unión", esto es, conforman un orden jurídico superior, de carácter nacional, en el cual la Constitución se ubica en la cúspide y por debajo de ella los tratados internacionales y las leyes generales.

esas resoluciones los tratados mantuvieron un lugar subordinado a la Constitución.

El nuevo artículo 1 constitucional, párrafo primero, modificó en parte los términos de dicha relación. El párrafo reformado establece: "En los Estados Unidos Mexicanos todas las personas gozarán de los derechos humanos reconocidos en esta Constitución y en los tratados internacionales de los que el Estado Mexicano sea parte, así como de las garantías para su protección, cuyo ejercicio no podrá restringirse ni suspenderse, salvo en los casos y bajo las condiciones que esta Constitución establece". Esta redacción provoca que ciertos contenidos de tratados internacionales —los derechos humanos— adquieran rango constitucional y, así, tales contenidos ya no tienen rango infraconstitucional, estableciendo una excepción a la regla general del carácter infraconstitucional y supralegal de los tratados internacionales.

De esta forma, en el sistema jurídico mexicano surge un bloque de derechos conformado por los derechos humanos contemplados en la Constitución y por aquellos previstos en tratados internacionales de los que México es parte, y que sean conformes a aquella. Entonces, el artículo no se refiere únicamente a tratados internacionales sobre derechos humanos. Según este criterio, formarán parte del bloque de derechos aquellos derechos humanos regulados por tratados internacionales, aunque no estén reconocidos en tratados de tal naturaleza.[27]

Los derechos humanos de fuente constitucional y aquellos de fuente internacional convocados a la Constitución por el artículo 1 constitucional conforman, entonces, un bloque de constitucionalidad que se ubica en la cúspide del ordenamiento jurídico mexicano y que servirá de parámetro de control constitucional y convencional de las leyes y actos.[28]

---

27 Carmona Tinoco, Jorge Ulises, "La reforma y las normas de derechos humanos", en Carbonell, Miguel y Salazar Ugarte, Pedro (coords.), *La reforma constitucional en materia de derechos humanos. Un nuevo paradigma*, México, SCJN-IIJ-UNAM, 2012, p. 45.

28 Ferrer Mac-Gregor, Eduardo, "Interpretación conforme y control difuso de convencionalidad", en Carbonell, Miguel y Salazar Ugarte, Pedro (coords.),

La identificación de este bloque obliga, consecuentemente, a realizar diversas puntualizaciones. Primero procuraremos esclarecer una cuestión conceptual, consistente en analizar si este bloque puede ser denominado "bloque constitucional"; segundo, analizaremos la recepción de la idea del bloque de constitucionalidad por parte de la Suprema Corte de Justicia de la Nación e indagaremos sobre el contenido y la extensión que le ha dado al bloque de derechos y cómo ha entendido que se articulan las relaciones entre sus componentes. Dejaremos para el final el análisis de la relación que guardan el parámetro de regularidad constitucional como bloque de derechos y la ley suprema de la Unión en el nuevo escenario constitucional.

La expresión "bloque de constitucionalidad" ha sido utilizada para englobar diferentes contenidos, según el sistema jurídico de que se trate y el tiempo en el que se analice. Se trata de una expresión que denota un significado variable por razones espaciales y temporales.

El término fue acuñado por Louis Favoreu al comentar una importante sentencia de 1971 del Consejo Constitucional francés, mediante la cual se otorgó valor constitucional al preámbulo de la Constitución, a la Declaración de los Derechos del Hombre y del Ciudadano de 1789, al preámbulo de la Constitución de 1946 y a los principios fundamentales reconocidos por las leyes de la República. Todos ellos, junto a la Constitución de 1958, conformarían el llamado "bloque de constitucionalidad", el cual, desde ese momento, ha evolucionado e incluido componentes diversos.[29]

El concepto parece responder a una idea matriz que le permitiría mantener identidad más allá de las variaciones temporales y espaciales ya apuntadas. Rodrigo Uprimny indica que esa idea consistiría en que el bloque de constitucionalidad alude a la

op. cit., p. 356. Véase también Caballero Ochoa, José Luis, "Cláusula de interpretación conforme y el principio pro persona", en Carbonell, Miguel y Salazar Ugarte, Pedro (coords.), *op. cit.*, p. 122.

[29] Para un análisis pormenorizado del bloque de constitucionalidad véase Favoreu, Louis y Rubio Llorente, Francisco, *El bloque de la constitucionalidad*, Madrid, Universidad de Sevilla-Civitas, 1991.

existencia de normas con calidad constitucional que no aparecen directamente en el texto constitucional.[30] El bloque permitiría canalizar jurídicamente el fenómeno de acuerdo con el cual existen normas materialmente constitucionales, más allá de las que el texto fundamental reconoce expresamente.[31]

Esas normas materialmente constitucionales que integran el bloque de constitucionalidad son llamadas a integrarse a él por la propia Constitución, tal como sucede en México a partir de la nueva redacción del artículo 1 constitucional. Esta idea debería ayudar a relativizar el conflicto con el principio de supremacía de la Constitución, pues es por su imperio que aquellas normas son llamadas y se integran.[32]

Al describir el proceso de reconocimiento de rango constitucional a ciertos tratados internacionales en la reforma constitucional argentina de 1994, Bidart Campos afirmó que estos tratados se incorporan al derecho interno, no a la Constitución, fuera de ella, pero junto a ella, conformando el bloque de constitucionalidad federal.[33]

En América Latina, el bloque de constitucionalidad ha asumido una identidad más específica como *bloque de constitucionalidad de derechos*.[34] Así ha ocurrido en México, en donde el artículo 1 constitucional establece un verdadero bloque constitucional de derechos.

Luego de la reforma a dicho precepto, la Suprema Corte de Justicia de la Nación ha emitido una serie de importantes pro-

30 Uprimny, Rodrigo, *El bloque de constitucionalidad en Colombia*, Bogotá, Universidad Nacional-ENS, 2005, p. 2.

31 *Idem*.

32 *Ibidem,* p. 3.

33 Bidart Campos, Germán, *Tratado elemental de derecho constitucional argentino*, t. III: *El derecho internacional de los derechos humanos y la reforma constitucional de 1994*, nueva ed. ampliada y actualizada, Buenos Aires, Ediar, 1995, p. 285.

34 Nogueira Alcalá, Humberto, "El bloque constitucional de derechos en Chile. El parámetro de control y consideraciones comparativas con Colombia y México: doctrina y jurisprudencia", *Estudios Constitucionales*, Santiago, vol. 13, núm. 2, 2015, pp. 310 y 311.

nunciamientos a partir de los cuales ha comenzado a configurar el bloque constitucional de derechos en nuestro sistema constitucional.

La primera resolución en la que la Suprema Corte trató este asunto fue en el expediente varios 912/2010, al proceder a la identificación del parámetro que deben utilizar los jueces para llevar a cabo el control de constitucionalidad y convencionalidad. De dicha resolución surgió la tesis que a continuación transcribimos:

> Parámetro para el control de convencionalidad ex officio en materia de derechos humanos. El mecanismo para el control de convencionalidad *ex officio* en materia de derechos humanos a cargo del Poder Judicial debe ser acorde con el modelo general de control establecido constitucionalmente. El parámetro de análisis de este tipo de control que deberán ejercer todos los jueces del país, se integra de la manera siguiente: a) todos los derechos humanos contenidos en la Constitución Federal (con fundamento en los artículos 1o. y 133), así como la jurisprudencia emitida por el Poder Judicial de la Federación; b) todos los derechos humanos contenidos en tratados internacionales en los que el Estado Mexicano sea parte; c) los criterios vinculantes de la Corte Interamericana de Derechos Humanos derivados de las sentencias en las que el Estado Mexicano haya sido parte, y d) los criterios orientadores de la jurisprudencia y precedentes de la citada Corte, cuando el Estado Mexicano no haya sido parte.[35]

La Suprema Corte introdujo un término cercano al bloque de constitucionalidad, pero que debe ser diferenciado. Se trata del *parámetro de análisis*, el cual —como apunta Astudillo— tiene una connotación más procesal, pues alude a los materiales desde los cuales los jueces ejercerán la actividad de control, a diferencia del bloque, que tiene una significación más sustantiva y, al mismo tiempo, estructural.[36]

---

[35] Tesis P. LXVIII/2011 (9a.), *Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta*, Décima Época, lib. III, diciembre de 2011, t. 1, p. 551.

[36] Astudillo Reyes, César I., "El bloque y el parámetro de constitucionalidad en la interpretación de la Suprema Corte de Justicia de la Nación", en Carbonell, Miguel *et al.* (coords.), *Estado constitucional, derechos humanos, jus-*

Amén de esta distinción, la relación entre "bloque" y "parámetro" es estrecha, pues el bloque se identifica con el parámetro que deberán utilizar los jueces en sus labores de control. Por ello, aun cuando la Corte se refiere al parámetro, nos ofrece ideas claras acerca de la conformación del bloque. Al momento de abordar la resolución de este asunto, consideró que este se integraría de la siguiente manera: derechos humanos de la Constitución, jurisprudencia del Poder Judicial Federal, derechos humanos de tratados internacionales de los que México es parte, criterios vinculantes de la Corte Interamericana de Derechos Humanos vertidos en casos en los que México haya sido el Estado demandado y criterios orientadores establecidos en casos en los que México no haya sido parte.

Tiempo después, al resolver una serie de amparos, la Primera Sala de la Suprema Corte estableció la siguiente jurisprudencia:

> Principio pro persona. Criterio de selección de la norma de derecho fundamental aplicable. De conformidad con el texto vigente del artículo 1º constitucional, modificado por el decreto de reforma constitucional publicado en el Diario Oficial de la Federación el 10 de junio de 2011, en materia de derechos fundamentales, el ordenamiento jurídico mexicano tiene dos fuentes primigenias: a) los derechos fundamentales reconocidos en la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos y b) todos aquellos derechos humanos establecidos en tratados internacionales de los que el Estado mexicano sea parte. Consecuentemente, las normas provenientes de ambas fuentes, son normas supremas del ordenamiento jurídico mexicano. Esto implica que los valores, principios y derechos que ellas materializan, deben permear en todo el orden jurídico, obligando a todas las autoridades a su aplicación y en aquellos casos en que sea procedente, a su interpretación. Ahora bien, en el supuesto de que un mismo derecho fundamental sea reconocido en las dos fuentes supremas del ordenamiento jurídico, a saber, la Constitución y los tratados internacionales, la elección de la norma que será aplicable —en materia de derechos humanos—, atenderá a criterios que favorezcan al individuo o a lo que se ha denominado principio pro persona, de conformidad con lo dispuesto en el segundo párrafo del artículo 1 constitucional. Según dicho criterio interpretativo,

ticia y vida universitaria. Estudios en homenaje a Jorge Carpizo, t. IV, vol. 1: *Estado constitucional*, México, IIJ-UNAM, 2015, pp. 119 y ss.

> en caso de que exista una diferencia entre el alcance y la protección reconocida en las normas de estas distintas fuentes, deberá prevalecer aquella que represente una mayor protección para la persona o que implique una menor restricción. En esa lógica, el catálogo de derechos fundamentales, no se encuentra limitado a lo prescrito en el texto constitucional, sino que también incluye a todos aquellos derechos que figuran en los tratados internacionales ratificados por el Estado mexicano.[37]

Esta jurisprudencia determinó ideas muy importantes. Primero, en relación con la identificación del bloque de derechos, se aprecia que la Sala ya no se refirió al parámetro de constitucionalidad. En su lugar, calificó a los derechos provenientes de ambas fuentes como *normas supremas del ordenamiento jurídico* y *fuentes primigenias*, evidenciando de esta forma la comprensión del bloque de derechos como un complejo normativo que se supraordena al resto del ordenamiento.

En la segunda parte de la tesis abordó el tema del conflicto al interior del bloque de derechos. Cuando exista diferencia entre los derechos de fuente constitucional y aquellos de fuente internacional, el derecho aplicable será determinado mediante la operación del principio pro persona. De esta forma, se ratificó la finalidad de la reforma introducida por el artículo primero constitucional en cuanto a abandonar el criterio jerárquico y proponer que los derechos humanos de fuente internacional se integran de manera armónica.

La siguiente resolución importante es la recaída a la acción de inconstitucionalidad 155/2007. En ella se apuntó que en el expediente varios 912/2010 se estableció la existencia de un parámetro de regularidad constitucional a partir del cual se determinó la validez de las normas del orden jurídico mexicano, que, a su vez, serviría como catálogo normativo para los jueces.[38] Al parecer, aquí la Corte reconoció que aquel concepto participaría de las características del bloque, al ser portador de criterios de

---

[37] Tesis 1a./J. 107/2012 (10a.), *Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta*, Décima Época, lib. XIII, octubre de 2012, t. 2, p. 799.

[38] Acción de Inconstitucionalidad 155/2007, *Diario Oficial de la Federación*, 30 de octubre de 2012, segunda sección, pp. 42 y 43.

validez y del parámetro, de donde proviene el rol de instrumento para los jueces.

Llegamos así al análisis de la contradicción de tesis 293/2011. Esta resolución permitió continuar y superar asuntos que no habían sido bien resueltos en el expediente varios 912/2010, o bien, que habían quedado abiertos. Por otro lado, generó un retroceso importante en el camino andado hasta el momento, provocando la desarticulación del funcionamiento previsto para los conflictos entre los componentes del bloque de derechos desde la Constitución y sostenidos por decisiones anteriores de la propia Corte.

Tras un primer análisis para identificar los puntos de contradicción, el Pleno determinó que sí existió contradicción de criterios y que los mismos se referían a los siguientes temas: *1)* la posición jerárquica de los tratados internacionales en materia de derechos humanos, y *2)* el valor de la jurisprudencia en materia de derechos humanos emitida por la Corte Interamericana.[39] Al resolver estos asuntos se generaron las jurisprudencias que a continuación transcribimos:

> 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 aquellos, 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 mexi-

[39] Suprema Corte de Justicia de la Nación, contradicción de tesis 293/2011. Engrose, p. 26.

cano, lo que a su vez implica que el resto de las normas jurídicas deben ser acordes con la misma, tanto en el 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 debe 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.[40]

Jurisprudencia emitida por la Corte Interamericana de Derechos Humanos. Es vinculante para los jueces mexicanos siempre que sea más favorable a la persona. Los criterios jurisprudenciales de la Corte Interamericana de Derechos Humanos, con independencia de que el Estado Mexicano haya sido parte en el litigio ante dicho tribunal, resultan vinculantes para los Jueces nacionales al constituir una extensión de la Convención Americana sobre Derechos Humanos, toda vez que dichos criterios se determina el contenido de los derechos humanos establecidos en ese tratado. La fuerza vinculante de la jurisprudencia interamericana se desprende del propio mandato establecido en el artículo 1º constitucional, pues, por principio pro persona, obliga a los jueces nacionales a resolver cada caso atendiendo a la interpretación más favorable a la persona. En cumplimiento de este mandato constitucional, los operadores jurídicos deben atender a lo siguiente: (i) cuando un criterio se haya emitido en un caso en el que el Estado Mexicano no haya sido parte, la aplicación del precedente al caso específico debe determinarse con base en la verificación de la existencia de las mismas razones que motivaron el pronunciamiento, (ii) en todos los casos en que sea posible, debe armonizarse la jurisprudencia interamericana con la nacional y; (iii) de ser imposible la armonización, debe aplicarse el criterio que resulte más favorable para la protección de los derechos humanos.[41]

---

40 Tesis P./J 20/2014 (10a.), *Gaceta del Semanario Judicial de la Federación*, Décima Época, lib. 5, abril de 2014, t. 1, p. 202.

41 Tesis P./J 21/2014 (10a.), *Gaceta del Semanario Judicial de la Federación*, Décima Época, lib. 5, abril de 2014, t. 1, p. 204.

En relación con el primer asunto, hemos comentado que la Corte ya había realizado pronunciamientos importantes sobre los derechos humanos contenidos en tratados internacionales y su incorporación al parámetro de regularidad. La reforma constitucional de 2011 —sostuvo el Pleno— estableció un conjunto normativo que denominó "parámetro de regularidad constitucional", que se compone por los derechos humanos contenidos en la Constitución y en los tratados internacionales de los que México sea parte. Así, los derechos humanos contenidos en ambas fuentes no se relacionan en términos jerárquicos; es el principio pro persona el que permitirá determinar el derecho aplicable al caso, prefiriendo aquel que conceda una protección más benéfica.

Pero, lamentablemente, el Pleno torció el curso del razonamiento y determinó que, a pesar de lo dicho sobre el abandono del criterio jerárquico, cuando la Constitución establezca una restricción al ejercicio de un derecho humano, se deberá estar a lo que determine la norma constitucional. Sobre este punto en particular cabría decir algunas cosas. En primer lugar, un juicio tal, establecido de manera apriorística y general, resulta contradictorio con el derecho internacional de los derechos humanos, pues los Estados tienen la obligación de adecuar su derecho a los estándares fijados por el *corpus iuris* internacional, y específicamente el interamericano. Como sabemos, el derecho internacional de los derechos humanos determina mínimos, o un piso en materia de derechos que debe ser respetado por los Estados. Es decir, todo el sistema jurídico interno debe adaptarse a ese orden público internacional en materia de derechos humanos, incluyendo a la propia Constitución de cada Estado. En este sentido, un juicio como el vertido por la Corte en esta resolución no resulta admisible, pues una restricción constitucional a un derecho humano deberá eventualmente ser aceptable en términos de los estándares del Sistema Interamericano y, ahora, para los del parámetro de regularidad constitucional.

En consecuencia, la viabilidad convencional de una restricción estará siempre sujeta al escrutinio del Sistema Interamericano. Por ello, no es cierto que apriorísticamente se pueda deter-

minar que una restricción constitucional prevalecerá. La Corte Interamericana se ha pronunciado sobre la inconvencionalidad de normas constitucionales en algunos casos, entre los que cabe mencionar *"La última tentación de Cristo" (Olmedo Bustos y otros) vs. Chile*.[42]

Asimismo, esta resolución de la Corte mexicana compromete el ejercicio del control de convencionalidad por parte de los jueces mexicanos, pues les obliga a sostener una restricción constitucional a un derecho, por más inconvencional que sea.

Pero, además, la prevalencia de las restricciones constitucionales resultaría violatoria del propio artículo 1 constitucional, porque la incorporación de los derechos humanos de fuente internacional al bloque constitucional determina que esos derechos regirán en el orden interno, en las condiciones mínimas determinadas por la normativa convencional y por las interpretaciones que de ellos realice la Corte Interamericana, lo cual incluye el tratamiento de las restricciones. Por tanto, la determinación de la Suprema Corte acerca de este tema es inconvencional e inconstitucional.

La inconvencionalidad apuntada podrá ser eventualmente determinada por los órganos del Sistema Interamericano de Protección de Derechos Humanos; la inconstitucionalidad posiblemente solo pueda ser superada por una nueva, deseable y futura interpretación, pero no declarada como tal por la Corte. Adicionalmente, podría llevar a los jueces a no aplicar el principio pro persona y a decantarse por la no aplicación del estándar interamericano en caso de resultar más favorable, lo que conllevaría a una decisión inconstitucional, por imperio del artículo 1, además de inconvencional, por mandato de los artículos 1 y 2 del Pacto de San José, por incumplir las obligaciones de respetar los derechos y adecuar el derecho interno.

En consecuencia, esta determinación puede comprometer potencialmente la responsabilidad internacional del Estado mexicano y orillar a los jueces a generar sentencias inconstitu-

[42] Corte IDH. *Caso "La última tentación de Cristo" (Olmedo Bustos y otros) vs. Chile*. Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 5 de febrero de 2001. Serie C, núm. 73, párr. 72.

cionales. Tocante a nuestro tema, altera de manera sustancial el funcionamiento interno del bloque de derechos, cuya integración, insistimos, es armónica y no jerárquica. Esta decisión reintroduce un criterio jerárquico.

El segundo asunto discutido en la contradicción que estamos comentando tuvo que ver con someter a revisión el criterio establecido en el expediente varios 912/2010, referido a que las sentencias de la Corte Interamericana en las que el Estado mexicano no haya sido parte serían orientadoras para los jueces mexicanos.

En un sentido, esta determinación de la Suprema Corte no era del todo respetuosa de las pretensiones del Sistema Interamericano ni de la comprensión de la Corte Interamericana para el ejercicio del control de convencionalidad/constitucionalidad, ya que, de acuerdo con sus decisiones, dicho control debía considerar como parámetro las interpretaciones de la Corte de San José, y las interpretaciones que refiere son las vertidas tanto en sentencias emitidas en casos en los que el Estado es parte como en los que no lo es.

La Suprema Corte decidió, entonces, modificar el criterio y determinar que "como resultado de nuevas reflexiones, y con motivo de la nueva integración de este Tribunal Pleno, debe considerarse que esta fuerza vinculante de los criterios interpretativos contenidos en sentencias interamericanas debe extenderse a aquellas dictadas en casos en los que el estado mexicano no haya sido parte".[43]

La Corte insistiría unos años más tarde con la línea jurisprudencial inaugurada en esta decisión, en el sentido de hacer prevalecer las restricciones constitucionales sobre los derechos más allá de su inconvencionalidad. Ello sucedió al resolver el expediente varios 1396/2011, que, paradójicamente, se abrió a trámite para resolver la forma de dar cumplimiento a las sentencias condenatorias de la Corte Interamericana de Derechos Humanos

[43] Suprema Corte de Justicia de la Nación, contradicción de tesis 293/2011. Engrose, p. 80.

recaías en los casos *Fernández Ortega*[44] y *Rosendo Cantú*[45] contra México.

En dicha ocasión la Suprema Corte determinó que, si bien las sentencias de la Corte Interamericana de Derechos Humanos no pueden ser escrutadas por la Suprema Corte de Justicia de la Nación en cuanto a si son correctas o no, cuando alguno de los deberes impuestos en un fallo interamericano implique desconocer una restricción constitucional (supuesto de control convencional sobre la Constitución), esta deberá prevalecer.[46] De esta forma, la Corte profundizó el error cometido al resolver la contradicción 293/2011 y, así, los restantes componentes del parámetro de regularidad constitucional se jerarquizan independientemente de su inconvencionalidad.

En decisiones posteriores, la Segunda Sala de la Suprema Corte ha procurado brindar mayor sustento a esta determinación, o bien, morigerar la irreductibilidad con la cual fue dictada. Respecto a la primera cuestión, al resolver el amparo en revisión 6065/2014, consideró que las restricciones que pudiera establecer el constituyente tienen sustento convencional en los artículos 30 y 32.2 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos, que habilitan a los Estados a establecer restricciones cuando ellas se justifiquen en razones de interés general, además de resultar ineludibles por razones de seguridad y por las justas exigencias del bien común en una sociedad democrática.[47] Al respecto, cabe referir que es cierto que la Convención Americana permite las restricciones a los derechos, pero también lo es que esas restricciones están sujetas a ciertas condiciones, entre ellas, que sean necesarias y proporcionales. Además, se debe garantizar

---

44 Corte IDH. *Caso Fernández Ortega y otros vs. México*. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 30 de agosto de 2010. Serie C, núm. 215.

45 Corte IDH. *Caso Rosendo Cantú y otra vs. México*. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 31 de agosto de 2010. Serie C, núm. 216.

46 Tesis P.XVI/2015 (10a.), *Gaceta del Semanario Judicial de la Federación*, Décima Época, lib. 22, septiembre de 2015, t. I, p. 237.

47 Tesis 2a. CXXVIII/2015 (10a.), *Gaceta del Semanario Judicial de la Federación*, Décima Época, lib. 24, noviembre de 2015, t. II, p. 1299.

la posibilidad de demostrar que ellas responden a estas notas y que persiguen los objetivos convencionalmente establecidos.

En tal sentido, las críticas anteriores se sostienen, pues la decisión de la Suprema Corte más bien inhibe el ejercicio interpretativo necesario para determinar la validez de la restricción. De manera expresa, la Corte determinó que la decisión tomada en la contradicción de tesis 293/2011 implica no dar lugar a juicio de ponderación posterior.

Pocos meses después, la misma Sala estableció, con carácter de jurisprudencia, la siguiente tesis:

> Restricciones constitucionales al goce y ejercicio de los derechos y libertades. Su contenido no impide que la Suprema Corte de Justicia de la Nación las interprete de la manera más favorable a las personas, en términos de los propios postulados constitucionales. Conforme a lo resuelto por el Pleno de la Suprema Corte de Justicia de la Nación en la contradicción de tesis 293/2011, las restricciones constitucionales al goce y ejercicio de los derechos y libertades prevalecen sobre la norma convencional, sin dar lugar a emprender algún juicio de ponderación posterior; sin embargo, nada impide que el intérprete constitucional, principalmente la Suprema Corte de Justicia de la Nación, al hacer prevalecer una restricción o limitación constitucional, también practique un examen de interpretación más favorable en la propia disposición suprema, delimitando sus alcances en forma interrelacionada con el resto de las disposiciones del mismo texto constitucional. En efecto, no porque el texto de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos deba prevalecer, su aplicación ha de realizarse de manera indiscriminada, lejos de ello, el compromiso derivado de lo resuelto en la aludida contradicción de tesis privilegia un ejercicio hermenéutico que lleve al operador jurídico competente a que, sin vaciar de contenido la disposición restrictiva, ésta sea leída de la forma más favorable posible, como producto de una interpretación sistemática de todos sus postulados.[48]

Se trata de una determinación compleja que brevemente procederemos a analizar. En primer término, la Corte ratifica la regla

[48] Tesis 2a /J. 163/2017 (10a.), *Semanario Judicial de la Federación*, Décima Época, lib. 49, diciembre de 2017, t. I, p. 487.

de que en nuestro sistema prevalecen las restricciones constitucionales a los derechos por sobre el derecho convencional. En segundo lugar, con esa suerte de regla preventiva insiste en la imposibilidad absoluta de realizar juicio de ponderación alguno; sin embargo, a continuación asume los excesos de esta regla e intenta suavizar sus efectos: comienza por afirmar que esta regla es compatible con una interpretación más favorable que el intérprete constitucional debería realizar para no aplicar la restricción sin más —de manera indiscriminada, afirma la Sala—, con la finalidad de delimitar sus alcances con respecto al resto de la Constitución.

Lo que postula la Sala es la necesidad de interpretar las restricciones de modo que, de existir diversos resultados interpretativos, se prefiera aquel que resulte más favorable a la persona, es decir, propone aquí habilitar la operación del principio pro persona, pero, además, postula que con tal ejercicio interpretativo se procurará articular esa restricción con el resto de la Constitución. Habría que recordar que el resto de la Constitución incluye los derechos humanos de fuente internacional, traídos por el artículo primero, por lo que esta determinación parece algo contradictoria con la decisión tomada en la contradicción de tesis 293/2011 acerca de la prevalencia de las restricciones. Tal resultado interpretativo solo podría lograrse frente a restricciones convencionalmente aceptables. En relación con el resto, esta jurisprudencia podría estar postulando un trabajo interpretativo de resultado ambiguo.

Lo cierto es que la operación dentro del parámetro de control resultará sumamente complicada para los operadores jurídicos. Los órganos jurisdiccionales que tengan competencia podrán solicitar a la Suprema Corte que en ciertos casos ejerza la facultad de atracción, pero esta no será una opción para los jueces comunes, quienes eventualmente se verán conminados, por la fuerza de la jurisprudencia, a tomar decisiones inconvencionales e inconstitucionales.

En el proceso de elaboración de propuestas para la reforma constitucional de 2011 se pensó en modificar el artículo 133 constitucional para reconocer jerarquía constitucional a los

tratados internacionales en materia de derechos humanos;[49] no obstante —explica Caballero Ochoa—, comenzaron a prevalecer las opiniones tendentes a establecer la jerarquía constitucional de los derechos humanos de fuente internacional en el artículo primero, en el cual se condensan las principales disposiciones constitucionales sobre la dimensión de los derechos humanos en el sistema jurídico mexicano.[50]

Amén de esta cuestión de orden, se procuró evitar que el artículo 133 siguiera generando divisiones; mantener su carácter de sistema de fuentes; dar a los derechos humanos de fuente internacional autonomía como derecho no producido por el ordenamiento interno[51] y, creemos, mantener alejados a los derechos humanos de la gradación jerárquica a la que hubieran ingresado de haber sido incorporados en el artículo 133 y, por tanto, en el ámbito del concepto de ley suprema de la Unión.

Tomando en cuenta los increíbles problemas interpretativos que este precepto ha generado a lo largo de los años, no parece haber sido una mala estrategia, aunque la Suprema Corte se encargó, como hemos analizado, de reinsertar la discusión en clave jerárquica.

De todas formas, el concepto "ley suprema de la Unión", y con este el artículo 133, ha sido modificado por la aparición del bloque de derechos establecido en el artículo 1 constitucional y conceptualizado por la Suprema Corte como parámetro de regularidad constitucional.

Los derechos humanos de fuente constitucional y los provenientes del derecho internacional conforman un bloque en cuyo interior no existen jerarquías, y las relaciones entre esos derechos se resuelven mediante los criterios de interpretación conforme y principio pro persona. Este bloque de derechos, que se integra en términos armónicos y no jerárquicos con el resto del ordenamiento, no renuncia a su carácter prevalente ante ciertas circunstancias, como cuando se pretende vulnerar los límites mínimos allí establecidos. En esos casos, el bloque reclama supraordenación frente a todo el ordenamiento jurídico.

---

49 Caballero Ochoa, José Luis, *op. cit*., p. 107.

50 *Ibidem*, p. 108.

51 *Ibidem*, p. 109.

Se podría afirmar entonces que el bloque de derechos impregna todo el ordenamiento y se integra con normas que son supremas por mandato constitucional. De esta manera, la ley suprema de la Unión se completa, por mandato constitucional, con el parámetro de regularidad constitucional y convencional.

Los profundos cambios motivados por la reforma constitucional en materia de derechos humanos de junio de 2011 requieren una puesta a punto de conceptos fundamentales de nuestra Constitución. Es el caso del concepto "ley suprema de la Unión" del artículo 133, que si bien no fue modificado en su texto, ha resultado fuertemente impactado por los cambios operados en el artículo 1 constitucional, y demanda una nueva lectura que permita ponerlo en consonancia con este.

Específicamente, nos hemos propuesto determinar el lugar que ocupa el parámetro de regularidad constitucional identificado por la Suprema Corte de Justicia de la Nación a partir de su labor interpretativa del artículo 1 constitucional, en el complejo entramado denominado "ley suprema de la Unión". Con apoyo en las principales determinaciones de la Corte, hemos concluido que el nuevo parámetro resulta identificable como un bloque de derechos, y que ocupa un lugar preeminente en el marco de la ley suprema de la Unión.

Asimismo, y respecto a la articulación de las relaciones entre los componentes constitucionales y convencionales del bloque, persisten ideas que provocan inconsistencias. Particularmente, las decisiones de la Suprema Corte de Justicia de la Nación en torno a la prevalencia de las restricciones constitucionales a los derechos y su persistencia acerca de la inaplicabilidad de las sentencias de la Corte Interamericana en las que se declare la inconvencionalidad de restricciones constitucionales a derechos desarticulan, en buena medida, el sistema establecido por el poder revisor de la Constitución, contradiciendo, además de una norma constitucional, una decisión política fundamental que apoya tal norma.

Por otro lado, se obliga a los jueces a tomar decisiones potencialmente inconvencionales e inconstitucionales que, además, comprometerán la responsabilidad internacional del Estado. En

tal sentido, es necesaria la revisión de estos criterios para instalar de nueva cuenta el principio pro persona como regla operativa al interior del parámetro de regularidad constitucional y, así, reestablecer el adecuado diseño constitucional.

IV. Controversias en relación con los objetos controlables

Con motivo de la resolución de la contradicción de tesis 299/2013, el Pleno de la Suprema Corte de Justicia de la Nación continuó la labor de desarrollo de los cauces para la práctica del control difuso de convencionalidad y constitucionalidad. En esta ocasión, la cuestión a dilucidar fue si la jurisprudencia de la Suprema Corte de Justicia de la Nación podría ser objeto de control de constitucionalidad y/o convencionalidad *ex officio* por parte de los jueces nacionales cuando se detecte que resulte violatoria de derechos humanos contemplados en el parámetro de regularidad constitucional.

El proyecto elaborado por el ministro Pardo Rebolledo propuso que la posibilidad con la cual cuentan los jueces de ejercer control de convencionalidad *ex officio* no les concede la potestad de inaplicar la jurisprudencia de la Suprema Corte de Justicia de la Nación por ser considerada inconvencional. Este juicio se asienta en las siguientes ideas: por un lado, de conformidad con los artículos 94 constitucional y 217 de la Ley de Amparo, y en atención a los principios de certeza y seguridad jurídicas, los jueces tienen la obligación de aplicar la jurisprudencia de la Corte, lo que no incluye la potestad de inaplicarla. Si los tribunales colegiados advierten que una jurisprudencia de la Suprema Corte pudiera resultar inconvencional, existen medios para expresar sus dudas de inconvencionalidad, como el procedimiento de sustitución de jurisprudencia y la solicitud de ejercicio de la facultad de atracción. Sin embargo, no todos los obligados a aplicarla tienen tales medios a su alcance.

Sintetizando las ideas, lo que se decidió es que la jurisprudencia emitida por la Suprema Corte es "inobjetable" para los jueces inferiores y que, en caso de que los tribunales colegiados lleguen a

advertir su inconvencionalidad, deberían plantear lo que en el proyecto se denominó "duda de inconvencionalidad", aparentemente similar a la cuestión de inconstitucionalidad, pero mediante un vernáculo analogado, consistente en la solicitud de atracción.[52]

La razón principal para negar tal posibilidad se fincó en referencias genéricas a la seguridad y la certeza jurídicas. La posición expresada en el proyecto recibió el apoyo de una mayoría de siete votos.

La minoría, integrada por el ministro Cossío Díaz y el presidente Silva Meza, sostuvo que la jurisprudencia sí debería ser susceptible de ser sometida a control de constitucionalidad y convencionalidad. Las razones que sustentan este juicio pueden resumirse de la siguiente manera:

---

[52] Tesis P./J. 64/2014 (10a.), *Gaceta del Semanario Judicial de la Federación*, Décima Época, lib. 13, diciembre de 2014, t. I, p. 8, de rubro y texto: Jurisprudencia de la Suprema Corte de Justicia de la Nación. No es susceptible de someterse a control de constitucionalidad y/o convencionalidad ex officio por órganos jurisdiccionales de menor jerarquía. La obligación de las autoridades jurisdiccionales contenida en los artículos 1o. y 133 de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos, de realizar un control de constitucionalidad y/o convencionalidad *ex officio* en materia de derechos humanos y dar preferencia a los contenidos en la propia Ley Suprema y en los tratados internacionales, aun a pesar de las disposiciones de contrario contenidas en cualquier norma inferior, no contempla a la jurisprudencia emitida por la Suprema Corte de Justicia de la Nación, porque el artículo 94 constitucional establece que será obligatoria para todos los órganos jurisdiccionales de conformidad con lo que disponga la ley y, en este caso, la Ley de Amparo así lo indica tanto en la abrogada como en el artículo 217 vigente; de ahí que no privan las mismas razones que se toman en cuenta para inaplicar una disposición emitida por el legislador cuando viola derechos humanos de fuente constitucional o convencional. Cabe precisar que en los casos en los que se pudiera advertir que una jurisprudencia del Alto Tribunal desatiende o contradice un derecho humano, cualquiera que sea su origen, existen los medios legales para que se subsane ese aspecto. En conclusión, aun partiendo del nuevo modelo de interpretación constitucional, no es posible determinar que la jurisprudencia del Máximo Tribunal del país pueda ser objeto de la decisión de un órgano de menor grado que tienda a inaplicarla, como resultado del ejercicio de control de convencionalidad *ex officio*, porque permitirlo daría como resultado que perdiera su carácter de obligatoria, ocasionando falta de certeza y seguridad jurídica.

> *Primero*: Los artículos 1 y 133 constitucionales obligan a los jueces a que, en ejercicio del control de constitucionalidad y convencionalidad, prefieran los contenidos constitucionales y convencionales a pesar de las disposiciones en contrario que se encuentren en cualquier otra norma inferior. Ello abarcaría a la jurisprudencia.
> *Segundo*: Parece contraintuitivo que los jueces —todos ellos— puedan desaplicar normas legales, las cuales gozan de una legitimidad democrática mayor, y negarles la misma posibilidad con relación a la jurisprudencia.
> *Tercero*: La tesis de la imposibilidad de la inaplicación de la jurisprudencia parecería contradecir lo resuelto en la contradicción de tesis 293/2011, que plantea la posibilidad de preferir la jurisprudencia interamericana si ella resultare más favorable y, en consecuencia, inaplicar la jurisprudencia nacional.[53]

En definitiva, al resolver esta contradicción, la Suprema Corte construyó una suerte de principio de intangibilidad de su jurisprudencia. Esta decisión debe invitarnos a reflexionar sobre los siguientes puntos:

i) la decisión pone en una posición incómoda a los jueces —tanto a los federales como a los locales— y a todos aquellos obligados por la jurisprudencia, al cumplir con la jurisprudencia interamericana que resulte más favorable;
ii) el proyecto propone que, en realidad, esta decisión no genera un obstáculo para el ejercicio del control por parte de los jueces, pues ellos pueden solicitar la facultad de atracción. Pero esta solución resulta insuficiente para los jueces locales, quienes no pueden solicitar el ejercicio de tal facultad, y
iii) resulta extraño que los jueces mexicanos tengan más posibilidades de interpretar la propia Constitución que la jurisprudencia de la Suprema Corte.

Pareciera que lo que en realidad persigue la discusión en torno a si la jurisprudencia de la Suprema Corte puede ser sometida a control de constitucionalidad/convencionalidad es poner en duda su obligatoriedad, y ese no es el punto. De lo que ver-

[53] Se refiere a la tesis P./J. 21/2014 (10a.), *cit*.

daderamente se trata es de dilucidar si la jurisprudencia puede ser sometida a interpretación para determinar si ofrece o no una solución satisfactoria en términos constitucionales y convencionales. Probablemente esta comprensión anidó en la minoría, para la cual la jurisprudencia puede ser sometida a control, como cualquier otra norma del sistema, sin que ello implique minar su fuerza normativa. Durante las sesiones el ministro Cossío abordó este punto, y estas fueron sus palabras:

> Ayer me hacía la pregunta: ¿Si nosotros aceptamos en el expediente varios [912/2010], que los mismos juzgadores puedan desaplicar las normas generales emitidas por el legislador legitimado democráticamente, no pueden desaplicar las normas que nosotros creemos? Me parece que la solución está en la búsqueda de un valor que es metaconstitucional que es el valor específicamente de la seguridad jurídica, no el valor de la dinámica con la cual está construido nuestro sistema jurídico, en particular, a partir del 11 de julio de 2011 (sic) cuando se estableció este principio pro persona que está —como usted lo decía muy bien señor ministro presidente— en el artículo 1 de la Constitución. No puedo encontrar cuál es la diferencia, insisto, para que nosotros hubiéramos autorizado a los juzgadores a desaplicar ese tipo de normas y no a desaplicar las normas que nosotros mismos generamos, cuando el mandato es que todos los juzgadores del país tienen la necesidad de encontrar la norma o desaplicarla cuando consideren que se está produciendo esa misma violación.[54]

En su voto particular, el ministro Cossío llamó la atención sobre el error de considerar que la inaplicación afectaría la obligatoriedad de la jurisprudencia:

> 32. Es importante no dejar de referirse a uno de los argumentos de la tesis negativa, que la inaplicación de la jurisprudencia tendría como efecto la transgresión del sistema relativo a su obligatoriedad, dispuesto en el artículo 94, párrafo octavo, de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos y 217 de la Ley de Amparo vigente.

[54] Contradicción de tesis 299/2013. Suscitada entre el Octavo Tribunal Colegiado de Circuito del Centro Auxiliar de la Tercera Región, con residencia en Guadalajara en apoyo del Tribunal Colegiado del Vigésimo Quinto Circuito y el Tribunal Colegiado del Vigésimo Quinto Circuito. Versión estenográfica. Sesión del Pleno de 14 de octubre de 2014.

> 33. Sólo puede aceptarse este argumento si, a su vez, se incurre en una confusión, al equiparar los efectos de una inaplicación con los de una interrupción general de obligatoriedad de la jurisprudencia, lo cual no debe ocurrir. Para no incurrir en esta confusión, es indispensable realizar algunas precisiones. El efecto que aquí se propone que tenga la inaplicación de la jurisprudencia es únicamente en de no aplicarla en un caso concreto, no el de interrumpir su obligatoriedad de manera general. Ambos mecanismos son perfectamente compatibles, ya que una jurisprudencia puede ser obligatoria a pesar de que en ciertos casos, por resultar inconvencional o inconstitucional, pueda no aplicarse, si así lo considera un órgano judicial competente para ello, y esta inaplicación puede al final, considerarse correcta o incorrecta por el órgano de revisión competente.[55]

Los argumentos son robustos. El ejercicio adecuado del control constitucional por parte de los jueces debería posibilitar que dejen de lado la jurisprudencia que consideren inconvencional. Por otra parte, la única manera en que se puede cumplir con la jurisprudencia sobre la aplicación de la jurisprudencia interamericana cuando esta sea más favorable es entender que ello deberá acaecer, aunque exista jurisprudencia nacional que la contradiga. En esos casos, los jueces obligados deberían determinar la no aplicación de la jurisprudencia nacional y la preferencia de la interamericana.

Con esta decisión no solo se cercenó un objeto normativo del ámbito de control constitucional y convencional, sino que además se obligó a los jueces a aplicar jurisprudencia inconvencional.

V. El método del control incidental y *ex officio*

En esta sección nos proponemos analizar las principales características del método para el ejercicio del control constitucional y convencional incidental. Para ello, comenzaremos por recapitu-

[55] Voto particular que formula el ministro José Ramón Cossío Díaz en relación con la contradicción de tesis 299/2013, en Jurisprudencia de la Suprema Corte de Justicia de la Nación, no es susceptible de someterse a control de constitucionalidad y/o convencionalidad ex officio por órganos jurisdiccionales de menor jerarquía.

lar ciertas ideas a efecto de precisar qué debemos entender por control difuso.

En el primer capítulo afirmamos que el control difuso no alude a una actividad específica, sino a un modelo de control constitucional de tipo jurisdiccional. Entonces, como actividad de control, la clase de control a la que se refiere es incidental o accesoria, es decir, aquella que se lleva a cabo en el marco de un proceso cuyo objeto principal no es analizar la constitucionalidad o convencionalidad de las leyes que se apliquen en él para resolver el litigio que sí es objeto del proceso.

Siendo así, eventualmente, y solo con el fin de resolver el litigio, el juez puede considerar que la ley que resulta aplicable al caso no debe ser aplicada por ser contraria a la Constitución y al derecho convencional. El juez se detendrá en el análisis constitucional y convencional de la ley solo en la medida en la que deba ser aplicada para resolver el caso. Es el litigio el que trae la ley al proceso y no la actividad de control desplegada por el juez.

De acuerdo con la configuración que ha asumido nuestro sistema, el control incidental se debe realizar de oficio, es decir, a instancia del juez y no a instancia de alguna de las partes del litigio. Por tanto, no se requiere solicitud de parte, aunque ella lo pueda solicitar. Parece no ser necesario detenernos a analizar lo que "*ex officio*" significa; sin embargo, en el ámbito del Poder Judicial Federal existen algunos pronunciamientos confusos y con potencial para generar aún más desconcierto. Una tesis aislada en particular, surgida de la resolución del amparo directo en revisión 3200/2012 resuelto por la Primera Sala, es una de esas decisiones. La tesis en cuestión establece:

> Control de constitucionalidad y convencionalidad ex officio. Su significado y alcance. La expresión *ex officio* no significa que siempre y sin excepción, los jueces deban hacer obligatoriamente el control de constitucionalidad de los derechos contenidos en la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos y en los tratados internacionales en los que el Estado Mexicano sea parte; dicha expresión significa que ese tipo de control lo pueden hacer por virtud de su cargo de jueces, aun cuando: 1) no sean jueces de control constitucional; y, 2) no exista una solicitud expresa de las partes. En ese sentido, no debe pasarse por alto que el Tribunal

> en Pleno de la Suprema Corte de Justicia de la Nación en el expediente varios 912/2010 (cumplimiento de la sentencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos en el caso Rosendo Radilla Pacheco), determinó que el control a cargo de los jueces del país que no formen parte del control concentrado, debía realizarse incidentalmente durante los procesos ordinarios en los que son competentes, esto es, sin necesidad de abrir un expediente por cuerda separada. Así, la expresión *ex officio* que se predica del control judicial significa que los juzgadores tienen la facultad de controlar las normas que van a aplicar de cara a la Constitución y a los tratados internacionales de los que México sea parte, por el simple hecho de ser jueces, pero no que "necesariamente" deban realizar dicho control en todos los casos, en cualquiera de sus tres pasos: 1) interpretación conforme en sentido amplio; 2) interpretación conforme en sentido estricto; y, 3) inaplicación; sino en aquellos en los que incidentalmente sea solicitado por las partes o adviertan que la norma amerita dicho control, sin hacer a un lado los presupuestos formales y materiales de admisibilidad. En ese sentido, la propia Corte Interamericana de Derechos Humanos ha señalado que el control *ex officio* no necesariamente debe ejercerse siempre, sin considerar otros presupuestos formales y materiales de admisibilidad y procedencia de ese tipo de acciones. Lo anterior supone que los jueces, en el ámbito de su competencia, antes de proceder al control *ex officio* en los tres pasos referidos, debieron resolver o despejar cualquier problema relacionado con presupuestos de procedencia o admisibilidad.[56]

La tesis comienza por afirmar una idea por lo menos extraña, pero que sin embargo tiene la virtud de forzarnos a enfatizar algo que parece ser soslayado por obvio. Nos referimos al carácter obligatorio o facultativo del control incidental.

Consideramos que así como no hay nada de facultativo en la acción de obedecer la ley y aplicarla en el caso de la labor judicial, tampoco hay nada de facultativo en la actividad de aplicar la Constitución en el marco de un litigio. El carácter incidental o

[56] Tesis 1a. CCCLX/2013 (10a.), *Gaceta del Semanario Judicial de la Federación*, Décima Época, lib. 1, diciembre de 2013, t. I, p. 512. Amparo directo en revisión 3200/2012. 8 de mayo de 2013. Cinco votos; Olga Sánchez Cordero de García Villegas y Arturo Zaldívar Lelo de Larrea reservaron su derecho a formular voto concurrente. Ponente: José Ramón Cossío Díaz. Secretario: Roberto Lara Chagoyán.

principal de la aplicación en nada afecta el carácter obligatorio. El Pleno de la Corte lo entendió así unos años antes, cuando se refirió al desenvolvimiento del control de convencionalidad *ex officio* en un modelo de control difuso:

> Control de convencionalidad ex officio en un modelo de control difuso de constitucionalidad. De conformidad con 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, lo que se conoce en la doctrina como principio pro persona. Estos mandatos contenidos en el artículo 1o. constitucional, reformado mediante Decreto publicado en el Diario Oficial de la Federación de 10 de junio de 2011, deben 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 a cargo del Poder Judicial, el que deberá adecuarse al modelo de control de constitucionalidad existente en nuestro país. Es en la función jurisdiccional, como está indicado en la última parte del artículo 133 en relación con el artículo 1o. constitucionales, en donde 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. Si bien los jueces no pueden hacer una declaración general sobre la invalidez o expulsar del orden jurídico las normas que consideren contrarias a los derechos humanos contenidos en la Constitución y en los tratados (como sí sucede en las vías de control directas establecidas expresamente en los artículos 103, 105 y 107 de la Constitución), sí están obligados a dejar de aplicar las normas inferiores dando preferencia a las contenidas en la Constitución y en los tratados en la materia.[57]

[57] Tesis P. LXVII/2011 (9a.), *Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta*, Décima Época, lib. III, diciembre de 2011, t. 1, p. 535. Varios 912/2010. 14 de julio de 2011. Mayoría de siete votos. Votaron en contra: Sergio Salvador Aguirre Anguiano, Jorge Mario Pardo Rebolledo, con salvedades, y Luis María Aguilar Morales, con salvedades. Ausente y Ponente: Margarita Beatriz Luna Ramos. Encargado del engrose: José Ramón Cossío Díaz. Secretarios: Raúl Manuel Mejía Garza y Laura Patricia Rojas Zamudio. El Tribunal Pleno, el veintiocho de noviembre en curso, aprobó, con el número

En la tesis transcrita, la idea es clara y así está expresada. El artículo 1 constitucional establece la obligación de todas las autoridades —incluidos los jueces— de velar por los derechos humanos que integran el bloque de derechos. Más adelante insiste en la idea, pero ahora, en referencia directa a los jueces y con base en el artículo 133 constitucional, los jueces están obligados a preferir a la Constitución frente a las leyes que se le opongan.

En este mismo sentido encontramos, por ejemplo, una decisión del Segundo Tribunal Colegiado en Materia Administrativa del Cuarto Circuito que estableció, con carácter de jurisprudencia, que el control de convencionalidad es una obligación ineludible y que debe ser ejercida aun de oficio.[58]

LXVII/2011(9a.), la tesis aislada que antecede. México, Distrito Federal, a veintiocho de noviembre de dos mil once.

58 Tesis IV. 2a. A J/7 (10a.), *Gaceta del Semanario Judicial de la Federación*, Décima Época, lib. 1, diciembre de 2013, p. t. II, 933, de rubro y texto: Control de convencionalidad. Es una obligación ineludible de la autoridad jurisdiccional ejercerlo, aun de oficio, cuyo incumplimiento vulnera el mandato constitucional de proteger y garantizar los derechos humanos y compromete la responsabilidad internacional del Estado mexicano en su conjunto. Los artículos 1o. y 133 de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos establecen el deber de toda autoridad de proteger y garantizar los derechos humanos reconocidos en la Norma Suprema y en los tratados internacionales de los que el país es parte y, en cuanto a los Jueces, el deber de arreglarse a la Constitución a pesar de leyes o disposiciones en contrario, a partir de lo cual, se reconoce que a cargo de las autoridades jurisdiccionales obra la obligación de ejercer de oficio o a petición de parte, un control de convencionalidad en materia de derechos humanos, el cual deberá adecuarse al modelo de control de constitucionalidad existente en el ordenamiento interno, conforme a los parámetros delineados por la Suprema Corte de Justicia de la Nación en las tesis P. LXVII/2011 (9a.), P. LXVIII/2011 (9a.) y P. LXIX/2011 (9a.). Por su parte, la Corte Interamericana de Derechos Humanos ha sostenido, en relación con el deber de los Estados firmantes de la Convención Americana sobre Derechos Humanos, de respetar bienes jurídicos y libertades reconocidos en ella; que la acción u omisión de cualquier autoridad pública, independientemente de su jerarquía, que implique un incumplimiento de ese deber, constituye un hecho imputable al Estado en su conjunto, que compromete su responsabilidad en los términos previstos por la propia convención (caso Tribunal Constitucional vs. Perú. Fondo, reparaciones y costas. Sentencia de 31 de enero de 2001. Serie C, No. 71, y caso Bámaca Velásquez vs. Guatemala. Fondo. Sentencia

de 25 de noviembre de 2000. Serie C, No. 70). Asimismo, que la responsabilidad estatal puede surgir cuando un órgano o funcionario del Estado o de una institución de carácter público afecte indebidamente, por acción u omisión, algunos de los bienes jurídicos protegidos por dicho instrumento internacional (caso Albán Cornejo y otros vs. Ecuador. Fondo, reparaciones y costas. Sentencia de 22 de noviembre de 2007. Serie C, No. 171), y que cuando un Estado ha ratificado un tratado internacional como el mencionado, sus Jueces, como parte del aparato del Estado, también están sometidos a él, lo que les obliga a velar por que los efectos de sus disposiciones no se vean mermadas por la aplicación de leyes contrarias a su objeto y fin, las cuales, desde un inicio, carecen de efectos jurídicos [caso Almonacid Arellano y otros vs. Chile. Excepciones preliminares, fondo, reparaciones y costas. Sentencia de 26 de septiembre de 2006. Serie C, No. 154, y caso Trabajadores Cesados del Congreso (Aguado Alfaro y otros) vs. Perú. Excepciones preliminares, fondo, reparaciones y costas. Sentencia de 24 de noviembre de 2006. Serie C, No. 158]. Partiendo de lo anterior, como el Estado Mexicano firmó la Convención Americana sobre Derechos Humanos, aprobada por el Senado de la República el 18 de diciembre de 1980, publicada en el Diario Oficial de la Federación el 7 de mayo de 1981, y por virtud de su artículo 1, numeral 1, en términos de los mencionados artículos 1o. y 133 constitucionales, obra a cargo de toda autoridad jurisdiccional nacional, con independencia de su fuero o jerarquía, la obligación de respetar los derechos y libertades reconocidos en el referido pacto, así como el deber de garantizar su libre y pleno ejercicio a favor de toda persona sin distinción por motivo de raza, color, sexo, idioma, religión, opiniones políticas o de cualquier otra índole, origen nacional o social, posición económica, nacimiento o cualquier otra condición social, mientras que conforme a su artículo 33, los actos de esas autoridades, como partes del Estado Mexicano, están sometidos a la competencia tanto de la Comisión como de la Corte Interamericana de Derechos Humanos, en lo relativo al cumplimiento de dicha obligación. De ahí que el deber de ejercer, aun de oficio, el control de constitucionalidad y convencionalidad de los actos de que una autoridad tenga conocimiento en el ámbito de sus competencias y facultades, debe asumirse con puntualidad, responsabilidad y eficacia, y no evadirse, menos aún en casos en que expresamente un gobernado solicita su ejercicio, pues soslayarlo refleja gravemente el incumplimiento de la primera obligación impuesta por el orden constitucional interno a todas las autoridades, que a su vez supone el respeto de todos los derechos reconocidos a las personas en la Constitución y en la Convención y dicho incumplimiento compromete la responsabilidad internacional del Estado Mexicano en su conjunto, acorde con el principio básico relativo, recogido en el derecho internacional de los derechos humanos, en el sentido de que todo Estado es internacionalmente responsable por actos u omisiones de cualquiera de sus poderes u órganos en violación de los derechos internacionalmente consagrados.

Pero las confusiones continúan en la resolución que estamos comentando. Se sostuvo que "*ex officio*" no significa que el control deba ser realizado de modo obligatorio, sino que los jueces lo pueden realizar aunque no sean jueces de control constitucional y no exista una solicitud expresa de la parte. Solo en esto último estamos de acuerdo. Efectivamente, lo que define al control *ex officio* es que no opera a petición de parte. Más adelante insiste en su error al afirmar que "*ex officio*": "significa que los juzgadores tienen la facultad de controlar las normas que van a aplicar [...] por el simple hecho de ser jueces, pero no que necesariamente lo deban realizar". Justamente, lo que genera el deber de realizar el control incidental en un modelo que autorice a los jueces a realizar este control es efectivamente el carácter de jueces. La inaplicación de normas al caso es entendido bajo el nuevo modelo como una competencia ínsita en la labor de juzgar.

El planteamiento de la Sala en esta decisión es equivocado. Consideramos que la disyuntiva no es en realidad si el control incidental es obligatorio o facultativo, sino entender que se trata de una labor consustancial al acto de juzgar. Preguntarse si el control es obligatorio podría ser tan extraño como preguntarnos si, al juzgar, el juez está obligado a cumplir la ley. La respuesta que daríamos en ese caso es claramente afirmativa, pues para eso es juez. Si el tema es planteado en esos términos, la respuesta debe ser positiva: el juez tiene la obligación de atender a la Constitución en cada caso que juzga.

Ahora bien, sostener que los jueces deben hacer control incidental, como actividad connatural a su rol, no implica afirmar que todo proceso sea la ocasión en la que cada juez se convierte en juez de constitucionalidad, ni que por ello deba desplazar la cuestión que lo llama a ejercer su función por el análisis de constitucionalidad de las leyes aplicables al caso. El control es eventual y accesorio, es decir, si resultare necesario en función de la adecuada resolución del caso. Pero esta cuestión es diferente y no tendría que ver con el carácter obligatorio del control, sino con el correcto y adecuado desempeño de su labor.

La misma Primera Sala enmendó el sentido de la resolución que comentamos cuando analizó la relación entre control incidental y amparo directo. Al resolver el amparo directo en revi-

sión 2517/2013 sostuvo el siguiente criterio, que tiene carácter de jurisprudencia:

> Amparo directo en revisión. Es procedente cuando en la demanda se alega la omisión de la responsable de realizar el control difuso de constitucionalidad de una norma general. De los artículos 1o., 107, fracción IX, y 133 de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos deriva que el ejercicio del control difuso de constitucionalidad a cargo de los órganos jurisdiccionales responsables, debe considerarse incluido en el supuesto de "constitucionalidad de normas generales", previsto para la procedencia del recurso de revisión en el citado artículo 107, fracción IX, siempre y cuando el quejoso se duela de la omisión de dicho control difuso en su demanda de amparo, vinculada con normas específicas de la ley secundaria; sea que ese planteamiento se analice u omita por el tribunal de amparo. Lo anterior es así, ya que dicho control consiste en preferir la aplicación de las normas fundamentales de derechos humanos sobre aquellas que los contravengan, para lo cual necesariamente debe hacerse un contraste entre las disposiciones legales y las fundamentales para determinar si las primeras se ajustan a las segundas, mediante el seguimiento de los pasos señalados por el Tribunal en Pleno de la Suprema Corte de Justicia de la Nación en la tesis P. LXIX/2011 (9a.), publicada en el Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta, Décima Época, Libro III, Tomo 1, diciembre de 2011, página 552, de rubro: "Pasos a seguir en el control de constitucionalidad y convencionalidad ex officio en materia de derechos humanos", es decir, primero hacer una interpretación conforme en sentido amplio por la cual se favorezca la protección más amplia de las personas; si esto no es posible, llevar a cabo una interpretación conforme en sentido estricto según la cual, ante varias interpretaciones jurídicamente válidas, preferir la que más favorezca los derechos fundamentales y, finalmente, cuando ninguna de las anteriores opciones es posible, atender directamente a la norma fundamental, en inaplicación de la norma secundaria incompatible.[59]

[59] Tesis 1a./J. 36/2015 (10a.), Primera Sala, *Gaceta del Semanario Judicial de la Federación*, Décima Época, lib. 18, mayo de 2015, t. I, p. 166, Amparo directo en revisión 2517/2013. Mayoría de cuatro votos de los ministros José Ramón Cossío Díaz, Alfredo Gutiérrez Ortiz Mena, Olga Sánchez Cordero de García Villegas, quien formuló voto concurrente, y Jorge Mario Pardo Rebolledo. Disidente: Arturo Zaldívar Lelo de Larrea, quien formuló voto par-

La tesis establecida consiste en que, con fundamento en los artículos 1 y 133 constitucionales, el ejercicio de control difuso o su omisión por parte de la autoridad responsable habilita la procedencia del amparo directo. Si el ejercicio fuera facultativo, su omisión no podría configurar una violación que lo haga procedente.

En el caso se planteó otra cuestión importante: la posibilidad de la procedencia del recurso de revisión ante la Suprema Corte contra la sentencia de amparo emitida por tribunal colegiado en caso de que este último no estudie adecuadamente el problema de constitucionalidad. Resulta oportuno detenernos a analizar algunos problemas conceptuales que se evidencian en esta tesis. El problema central es que la redacción del rubro de la tesis indica que *el amparo directo en revisión es procedente cuando en la demanda de amparo se alega la omisión de la responsable de realizar control difuso de constitucionalidad*. Pues bien, la revisión en este amparo procedió porque la falta de estudio del problema de constitucionalidad planteado en los conceptos de violación permitió la subsistencia del problema de constitucionalidad, es decir, porque el tribunal colegiado omitió el estudio del tema o lo realizó insatisfactoriamente. El control difuso al que se alude aquí es el control incidental que no realizó la Sala del Tribunal Superior de Justicia del Estado de Veracruz, como autoridad responsable, y cuya omisión motivó el amparo directo.[60]

Cuando la Suprema Corte de Justicia de la Nación habilitó el control difuso de convencionalidad, modificando así todo el sistema de control de constitucionalidad y convencionalidad en México, decidió elaborar una serie de criterios a los que deberían sujetarse los jueces para su ejercicio. Dichos criterios estuvieron destinados a todos los jueces —locales y federales— y a todas las autoridades que, en general, llevaran a cabo funciones materialmente jurisdiccionales.

En consecuencia, estos pasos aplican para quienes realicen control incidental y para aquellos que lo realicen de manera di-

---

ticular, mismo que coincide con el criterio contenido en la presente tesis. Ponente: José Ramón Cossío Díaz. Secretaria: Mónica Cacho Maldonado.

60 Amparo directo en revisión 2517/2013. Engrose.

recta. La propuesta consistió en recurrir a la interpretación conforme, reconocida en el artículo 1 constitucional como principio hermenéutico de obligatorio seguimiento cuando de la interpretación de derechos se trate. A continuación transcribimos la tesis respectiva:

> Pasos a seguir en el control de constitucionalidad y convencionalidad ex officio en materia de derechos humanos. La posibilidad de inaplicación de leyes por los jueces del país, en ningún momento supone la eliminación o el desconocimiento de la presunción de constitucionalidad de ellas, sino que, precisamente, parte de esta presunción al permitir hacer el contraste previo a su aplicación. En ese orden de ideas, el Poder Judicial al ejercer un control de convencionalidad *ex officio* en materia de derechos humanos, deberá realizar los siguientes pasos: a) Interpretación conforme en sentido amplio, lo que significa que los jueces del país —al igual que todas las demás autoridades del Estado Mexicano—, deben interpretar el orden jurídico a la luz y conforme a los derechos humanos reconocidos en la Constitución y en los tratados internacionales en los cuales el Estado Mexicano sea parte, favoreciendo en todo tiempo a las personas con la protección más amplia; b) Interpretación conforme en sentido estricto, lo que significa que cuando hay varias interpretaciones jurídicamente válidas, los jueces deben, partiendo de la presunción de constitucionalidad de las leyes, preferir aquella que hace a la ley acorde a los derechos humanos reconocidos en la Constitución y en los tratados internacionales en los que el Estado Mexicano sea parte, para evitar incidir o vulnerar el contenido esencial de estos derechos; y, c) Inaplicación de la ley cuando las alternativas anteriores no son posibles. Lo anterior no afecta o rompe con la lógica de los principios de división de poderes y de federalismo, sino que fortalece el papel de los jueces al ser el último recurso para asegurar la primacía y aplicación efectiva de los derechos humanos establecidos en la Constitución y en los tratados internacionales de los cuales el Estado Mexicano es parte.[61]

[61] Tesis P. LXIX/2011 (9a.), *Semanario Judicial y su Gaceta*, Décima Época, lib. III, diciembre de 2011, t. 1, p. 552. Varios 912/2010. 14 de julio de 2011. Mayoría de siete votos; votaron en contra: Sergio Salvador Aguirre Anguiano, Jorge Mario Pardo Rebolledo, con salvedades, y Luis María Aguilar Morales, con salvedades. Ausente y Ponente: Margarita Beatriz Luna Ramos. Encargado del engrose: José Ramón Cossío Díaz. Secretarios: Raúl Manuel Mejía Garza y Laura Patricia Rojas Zamudio. El Tribunal Pleno, el vein-

La tesis comienza por reafirmar que la eventual inaplicación no invalida el principio de presunción de constitucionalidad de la norma. Esta idea es central y ha sido reiterada en varias ocasiones con motivo del desarrollo jurisprudencial del control de constitucionalidad y convencionalidad.[62]

---

tiocho de noviembre en curso, aprobó, con el número LXIX/2011(9a.), la tesis aislada que antecede. México, Distrito Federal, a veintiocho de noviembre de dos mil once.

62 Tesis 1a. XXII/2016 (10a.), Primera Sala, *Gaceta del Semanario Judicial de la Federación*, Décima Época, lib. 27, febrero de 2016, t. I, p. 667, de rubro y texto: Control de convencionalidad ex officio. Las autoridades judiciales, previo a la inaplicación de la norma en estudio, deben justificar razonadamente por qué se destruyó su presunción de constitucionalidad. Para que las autoridades den cumplimiento a la obligación contenida en el artículo 1o. de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos, en caso de considerar una norma contraria a los derechos humanos, deberán actuar en aras de proteger el derecho que se estime vulnerado y, en todo caso, realizar un control *ex officio* del que puede resultar, como última opción, la inaplicación de una norma al estimarla incompatible con los derechos humanos. No obstante, el nuevo paradigma constitucional a que se refiere el precepto citado no destruye la presunción de constitucionalidad de las normas que conforman el sistema jurídico mexicano, por lo cual, debe agotarse cada uno de los pasos del control *ex officio*, con la finalidad de verificar si la norma es acorde con los derechos humanos, ya sea de los reconocidos por la Constitución Federal o por los tratados internacionales de los que el Estado Mexicano es parte. Lo anterior implica que las autoridades judiciales, previo a la inaplicación de la norma en estudio, deben justificar razonadamente por qué se derrotó la presunción de su constitucionalidad. Amparo directo en revisión 1083/2014. 9 de septiembre de 2015. Mayoría de tres votos de los Ministros Arturo Zaldívar Lelo de Larrea, Olga Sánchez Cordero de García Villegas y Alfredo Gutiérrez Ortiz Mena, quien reservó su derecho para formular voto concurrente. Disidentes: José Ramón Cossío Díaz, quien reservó su derecho para formular voto particular y Jorge Mario Pardo Rebolledo, quien formuló voto particular. Ponente: Arturo Zaldívar Lelo de Larrea. Secretario: Julio César Ramírez Carreón.
Tesis 1a./J. 4/2016 (10a.), Primera Sala, *Gaceta del Semanario Judicial de la Federación*, Décima Época, lib. 27, febrero de 2016, t. I, p. 430, de rubro y texto: Control de constitucionalidad y convencionalidad ex officio. Condiciones generales para su ejercicio. La autoridad judicial, para ejercer el control *ex officio* en los términos establecidos en el expediente Varios 912/2010 de la Suprema Corte de Justicia de la Nación, debe asegurarse que se ha actualizado la necesidad de hacer ese tipo de control, es decir, en cada caso debe determinar si resulta indispensable hacer una

El principio de interpretación conforme responde, en términos funcionales, al principio de la unidad del ordenamiento jurídico[63] o, en palabras de Zagrebelsky, deriva directamente de la estructura del ordenamiento jurídico. En este sentido general o amplio, implica que las leyes de un sistema constitucional dado deben ser interpretadas de acuerdo con la Constitución,[64] y las normas constitucionales son para las leyes normas de contenido. En este sentido, además, la interpretación conforme permite tratar a la ley con la adecuada deferencia, que se corresponde con el principio de presunción de constitucionalidad de la ley.

En un sentido más específico, la interpretación conforme es un instrumento que permite prevenir o solucionar las antinomias generadas entre textos normativos distintos y ordenados de modo jerárquico.[65] Presupone la necesidad de distinguir entre disposición y norma. La disposición "es el enunciado normativo

---

interpretación conforme en sentido amplio, una en sentido estricto o una inaplicación, lo cual ocurre cuando se está en presencia de una norma que resulta sospechosa o dudosa de cara a los parámetros de control de los derechos humanos. De este modo, cuando una norma no genera sospechas de invalidez para el juzgador, por no parecer potencialmente violatoria de derechos humanos, entonces no se hace necesario un análisis de constitucionalidad y convencionalidad exhaustivo, porque la presunción de constitucionalidad de que gozan todas las normas jurídicas no se ha puesto siquiera en entredicho. Lo anterior es así, porque como se señaló en el citado expediente Varios, las normas no pierden su presunción de constitucionalidad sino hasta que el resultado del control así lo refleje, lo que implica que las normas que son controladas puedan incluso salvar su presunción de constitucionalidad mediante la interpretación conforme en sentido amplio, o en sentido estricto. Amparo directo en revisión 3200/2012. 8 de mayo de 2013. Cinco votos de los ministros Arturo Zaldívar Lelo de Larrea, quien reservó su derecho para formular voto concurrente, José Ramón Cossío Díaz, Alfredo Gutiérrez Ortiz Mena, Olga Sánchez Cordero de García Villegas, quien reservó su derecho para formular voto concurrente y Jorge Mario Pardo Rebolledo. Ponente: José Ramón Cossío Díaz. Secretario: Roberto Lara Chagoyán.

63 Hesse, Konrad, *Escritos de derecho constitucional*, trad. de Pedro Cruz Villalón y Miguel Azpitarte Sánchez, Madrid, Fundación Coloquio Jurídico Europeo-Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, 2011, p. 72.

64 *Idem*.

65 Guastini, Riccardo, *Interpretar y argumentar*, trad. de Silvina Álvarez Medina, Madrid, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, 2014, p. 295.

contenido en una fuente de derecho", la norma es "su contenido de significado",[66] "la disposición es el objeto de la interpretación y la norma su resultado".[67] Guastini explica que la necesidad de esta distinción radica en la falta de correspondencia entre ambos.

Podemos explicar esa diferencia con relación a una multiplicidad de causas, desde la vaguedad del lenguaje hasta la brecha interpretativa generada por los diversos fundamentos morales de los derechos. Como sea, esa diferencia existe y la interpretación conforme solo permite seleccionar los significados compatibles con la Constitución y el derecho convencional.

La interpretación conforme, en el sentido más específico, implicaría extraer de una disposición las normas que podrían estar en conflicto con la Constitución y descartar su aplicación, para preservar la norma cuyo contenido es compatible con la Constitución.[68] La operación consistiría en los siguientes pasos: *i)* interpretar la disposición normativa DN; *ii)* identificar las normas que pueden extraerse como significado del enunciado, supongamos, N1 y N2; *iii)* analizar ambas normas para determinar si N1 y N2 son compatibles con la Constitución, y *iv)* descartar la N que resulte incompatible con la Constitución o el derecho convencional.[69]

El sentido general de la interpretación conforme equivale a la interpretación en sentido amplio explicada en la tesis, según la cual, el orden jurídico debe ser interpretado a la luz de los derechos humanos contenidos en la Constitución y los tratados. La interpretación conforme en sentido más específico es aquella que la Corte identifica como "interpretación en sentido estricto", de acuerdo con la cual los jueces deben preferir la norma que sea acorde a los derechos humanos.

Solo en caso de fracasar en las operaciones anteriores procede la inaplicación. La inaplicación es, por ende, la consecuencia de no lograr, por la vía interpretativa, extraer de la disposición

66 *Ibidem*, p. 77.

67 *Ibidem*, p. 78.

68 *Idem*.

69 *Ibidem*, p. 295.

normativa ninguna norma compatible con el parámetro de regularidad constitucional.

Todavía habría que realizar algunas aclaraciones con respecto a los enunciados normativos conforme a los cuales deben ser interpretadas las normas objeto de análisis. El parámetro de control es complejo, pues se integra, como ya sabemos, por los enunciados de nuestra Constitución referidos a derechos humanos y por los tratados internacionales de los que México sea parte.

Como apunta Ferrer Mac-Gregor, tal parámetro no habilita un ejercicio interpretativo sucesivo en el cual primero interpretemos la norma objeto de análisis conforme a la Constitución y luego respecto a los tratados. Constitución y tratados integran un mismo parámetro que debe ser abordado como un mismo ordenamiento.[70] En igual sentido se pronuncia Cruz Parcero, quien agrega que la reconstrucción integral del bloque de derechos favorecerá la identificación del marco normativo más favorable, en apego a lo que dispone el principio pro persona.[71]

Efectivamente, el artículo 1 constitucional no solo conforma el bloque de derechos como máximo parámetro para el control constitucional y convencional. Todo aquello que integra el parámetro es derecho interno, aunque algunas disposiciones provengan de fuente internacional, porque la Constitución las internaliza por dos vías: primero, al establecer las formas de internalización de los tratados internacionales y, luego, al asignarles un lugar preeminente en nuestro ordenamiento jurídico.

En consecuencia, la selección entre los diferentes regímenes de derechos, con sus permisiones, obligaciones, prohibiciones y restricciones, estará determinada por la operación del principio pro persona.

En este punto vale la pena recordar el problema que genera para la práctica del control incidental de constitucionalidad y convencionalidad lo resuelto en la contradicción de tesis 293/2011

70 Ferrer Mac-Gregor, Eduardo, *op. cit.*, p. 365.

71 Cruz Parcero, Juan Antonio, *Hacia una teoría constitucional de los derechos humanos*, México, Instituto de Estudios Constitucionales del Estado de Querétaro, 2017, p. 77.

y en el expediente varios 1396/2011, que estudiamos al analizar el parámetro para el control. La prevalencia de las restricciones a los derechos establecida *a priori* inhibe la correcta operación de los principios de interpretación conforme y pro persona.

VI. Conclusiones

La puesta en práctica del control incidental de oficio presenta serios retos. Por un lado, llegar a la adecuada comprensión de lo que significa. No se trata de una técnica para desvirtuar los procesos ordinarios y convertirlos en procesos constitucionales, se trata de una labor propia de la adjudicación judicial. Su fundamento conceptual se halla en el propio rol del juez, que debe buscar que sus fallos respeten el parámetro de regularidad constitucional y convencional. Su fundamento positivo está en la propia Constitución.

La reforma constitucional de derechos humanos fue la consecuencia de una decisión política fundamental consistente en incardinar la actuación del Estado en los derechos humanos y establecer que esos derechos conforman el criterio desde el cual se debe evaluar toda actividad del Estado, de sus agentes y de los particulares. La Suprema Corte ha tomado algunas decisiones que dificultan la práctica adecuada del nuevo modelo. Es posible que, con el tiempo, estos criterios sean revisados para adecuarlos al nuevo sistema. Mientras tanto, la labor de control jurisdiccional será desempeñada con ciertas dificultades.

Adicionalmente, es preciso remarcar la necesidad de realizar una evaluación acerca de la necesidad de compatibilizar esta función. La decisión de aceptar el llamado control difuso ha generado de modo claro un nuevo rol para los jueces locales. Para los jueces federales el cambio es más sutil, si se quiere, pero en el caso de los juzgadores locales, y concretamente en relación con el juicio de amparo, se debe analizar cómo estas nuevas exigencias generan la necesidad de repensar su papel, incluso en el ámbito del propio juicio de amparo. Al análisis de este y otros temas de compaginación dedicaremos el siguiente capítulo.

Capítulo quinto

Los ámbitos del control de constitucionalidad incidental y *ex officio*

I. Introducción

La obligación de realizar control incidental de constitucionalidad y convencionalidad *ex officio* conlleva el ejercicio —introspectivo en cada sistema jurídico— de evaluar el alcance de esa responsabilidad y de ajustar o adaptar las propias instituciones jurídicas para, de ese modo, cumplir con dicho deber a cabalidad. Hasta el momento hemos analizado lo que quizá represente el cambio más estructural que derivó de aquella obligación y que involucró a los jueces locales. Pero ellos no fueron los únicos llamados a reconsiderar sus atribuciones de control.

El cambio aludido también ha implicado modificaciones en otros ámbitos en los que se desarrolla el control constitucional de tipo jurisdiccional. Incluso ha significado que autoridades diferentes a las judiciales deban, de ahora en adelante, asumir deberes de control.

En este capítulo nos proponemos analizar algunos de esos nuevos ámbitos para el desenvolvimiento del control, comenzando por el que ejercen las autoridades administrativas. Evidentemente se trata de un tema ubicado más allá de nuestro objeto de estudio; sin embargo, consideramos necesario decir algo al respecto, porque la Suprema Corte de Justicia de la Nación se refirió a él y, al hacerlo, cometió algunas imprecisiones cuyo examen nos permitirá aclararlas y corregirlas.

Luego abordaremos los ámbitos jurisdiccionales, siendo el primero el control incidental y *ex officio* en el marco del juicio de amparo directo, lo que nos permitirá apreciar que los cambios no solo han impactado los sectores que involucran a los jueces locales. La justicia federal y sus procesos, especialmente el amparo, deben ser ajustados para responder de mejor manera a las nuevas exigencias, a fin de incrementar los niveles de garantía del proceso y, así, de todo el sistema, especialmente en lo que se refiere a los derechos humanos.

Posteriormente observaremos una parcela muy específica del sistema: el ámbito electoral. El caso que referiremos y la forma en la cual fue abordado por las diversas instancias es una muestra clara de la necesidad de afrontar un proceso de ajuste. Esto es especialmente claro en el caso del tribunal local, que, como se indicará, dudó acerca de sus competencias constitucionales, pero también se podrá apreciar en las intervenciones de la justicia federal electoral, en las que se advierte algún tipo de problema conceptual que debe ser esclarecido.

Por último, estudiaremos el proceso de desenvolvimiento de la obligación de efectuar control por parte de los jueces locales utilizando el parámetro de regularidad constitucional, es decir, la manera en la cual se toman las decisiones que permiten que los jueces locales colaboren con el mantenimiento de la indemnidad constitucional desde el ámbito local. Sobre todo, nos interesa dilucidar qué tanto la federación permite a los órdenes locales involucrarse en el cumplimiento de las nuevas obligaciones.

II. El control constitucional de las autoridades administrativas

A lo largo de este trabajo nos hemos referido al control difuso como una expresión del control de tipo jurisdiccional, y tal ámbito de control seguirá siendo nuestro principal objeto de estudio; sin embargo, dado que la Suprema Corte de Justicia de la Nación se ha referido al "control difuso de las autoridades administrativas", consideramos necesario indagar acerca de si el tipo de actividad que se le exige a las autoridades en el marco

del control de convencionalidad y constitucionalidad puede ser adjetivado como difuso.

En esta sección nos apartaremos del ámbito jurisdiccional para adentrarnos por un momento en el análisis del tipo de actividad que deberían desplegar las autoridades administrativas en el marco del control de convencionalidad y constitucionalidad.

Las exigencias generadas por el nuevo sistema de control difuso de constitucionalidad y convencionalidad han motivado nuevos interrogantes y reavivado viejas discusiones. En esta sección nos avocaremos al estudio de una de esas añejas discusiones, que hace ya tiempo ocupó a insignes juristas: el problema acerca del control constitucional por parte de las autoridades administrativas. Comenzaremos por explicar las causas que reactivaron el debate sobre el tema.

Nuevamente debemos insistir en que la reforma constitucional en materia de derechos humanos obligó a revisar las concepciones habituales hacia nuestro sistema y su funcionamiento. El artículo 1 constitucional es claro al establecer, en su párrafo tercero, que "Todas las autoridades, en el ámbito de sus competencias, tienen la obligación de promover, respetar, proteger y garantizar los derechos humanos de conformidad con los principios de universalidad, interdependencia, indivisibilidad y progresividad. En consecuencia, el Estado deberá prevenir, investigar, sancionar y reparar las violaciones a los derechos humanos, en los términos que establezca la ley". Es evidente que demanda una actitud diferente de parte de las autoridades, un mayor compromiso para la vigencia de los derechos.

En la misma sintonía de reforzar el compromiso de las autoridades con los derechos y expandir el ámbito de los sujetos estatales obligados a realizar control en pro de los derechos humanos, la Corte Interamericana de Derechos Humanos expandió una vez más los márgenes para el ejercicio del control de convencionalidad al resolver el caso *Gelman vs. Uruguay* y determinó que el control de convencionalidad debería ser ejercido no solo por los jueces, sino por todas las autoridades.

Recordemos los aspectos principales del caso *Gelman* para determinar las razones para el establecimiento de la nueva frontera

del control de convencionalidad. Al igual que aconteció en otros países de la región, el Gobierno democrático posdictatorial en Uruguay se vio en la necesidad de dictar una Ley de Amnistía en 1986, denominada Ley de Caducidad de la Pretensión Punitiva del Estado. Tal fue el caso de Argentina —como del mismo modo sucedió en otros Estados—, donde los sucesivos Gobiernos democráticos la mantuvieron en el sistema jurídico a pesar de su inconvencionalidad. Esto fue señalado al Estado muchos años antes de la resolución del caso que comentaremos.[1]

En términos generales, la ley estableció que, en función del acuerdo al que arribaron los partidos políticos y las Fuerzas Armadas en 1984, y con el objetivo de concluir la transición hacia la plena vigencia del orden constitucional, caducaría el ejercicio de la pretensión punitiva del Estado sobre los delitos cometidos hasta el 1 de marzo de 1985 por militares, policías y personal equiparado.[2] Solo quedaron excluidas del ámbito de la ley aquellas causas en las que, a la fecha de la promulgación de la ley, existiera auto de procesamiento y los delitos que hubieren sido cometidos para lograr un beneficio económico.[3] Asimismo, en clara violación al principio de división de poderes y a la independencia del poder judicial, el artículo 3 determinó que los jueces que recibieren una denuncia sobre hechos aparentemente comprendidos por esa ley deberían requerir al poder ejecutivo para que este, en un plazo de 30 días, determinara si el hecho objeto de denuncia se encontraba comprendido entre aquellos respecto de los cuales hubiera caducado la pretensión punitiva.[4]

Ahora bien, en este punto es preciso realizar algunas observaciones sobre el origen democrático de esa ley. Si comparamos el caso uruguayo con las leyes análogas de otros sistemas jurídicos de la región, podremos apreciar sensibles diferencias. El decreto chileno carece, en términos absolutos, de algún sustrato

1 Comisión Interamericana de Derechos Humanos, Informe anual 1992-1993, Informe 29/92. Casos: 10.305, 10.372, 10.036, 10.145, 10.305, 10.372, 10.373, 10.374, 10.375. Uruguay. 2 de octubre de 1992.

2 Ley 15.848, art. 1.

3 *Ibidem,* art. 2

4 *Ibidem,* art. 3

democrático. Se trató de una ley de autoamnistía o, en los términos empleados, de un seguro de impunidad.

La ley peruana dictada bajo el Gobierno de Fujimori debe, asimismo, ser incluida en la aberrante categoría de las autoamnistías, por estar destinada a mantener en la impunidad crímenes cometidos por el mismo régimen promotor de la ley.

El caso de Argentina se asemeja al de Uruguay en el aspecto que estamos comentando. El Gobierno democrático posdictatorial encabezado por Raúl Alfonsín se vio en la penosa necesidad de dictar las leyes de obediencia debida y punto final para detener las presiones de los militares —todavía en aquellos momentos con claro y amenazante poder fáctico— y continuar el proceso transicional. Debido a los efectos de ambas leyes, las pretensiones retribucionistas maximalistas iniciales tuvieron que ceder lugar a una posición retribucionista minimalista y, de acuerdo con el contexto, pragmática. La ley de caducidad fue dictada entonces por el Gobierno democrático entrante.

Pero aún hay más. A diferencia del caso de Argentina, la versión de amnistía uruguaya gozó de un sustento democrático superior refrendado por vías de democracia directa, y en dos ocasiones. Luego de ser sancionada la ley, algunos grupos de la sociedad civil iniciaron la recolección de firmas para convocar a un referéndum derogatorio, según lo establecido por la Constitución del Uruguay. Este se llevó a cabo el 16 de abril de 1989 y el sector que impulsaba la derogación fue derrotado. El resultado fue 41.3% a favor de la derogación y 55.9% por el mantenimiento de la ley.[5] Veinte años más tarde se impulsó un plebiscito para anular los primeros cuatro artículos de la ley. Nuevamente, la anulación no prosperó, debido a que no fueron alcanzadas las mayorías necesarias. En síntesis, la ley de amnistía del Uruguay fue sancionada por los representantes democráticos y, posteriormente, fue ratificada de manera directa por el pueblo de Uruguay en dos ocasiones, existiendo 20 años de separación entre cada ejercicio de democracia directa.

[5] Para un estudio detallado acerca de la ley de caducidad y el comportamiento de las fuerzas políticas se recomienda la lectura de Buriano, Ana, "Ley de Caducidad en Uruguay y esencia ético-política de la izquierda", *Perfiles Latinoamericanos,* núm. 38, julio-diciembre de 2011, pp. 173-203.

Los hechos que motivaron el caso y su presentación ante la Corte Interamericana consistieron en la desaparición forzada de María Claudia García Iruretagoyena, junto a su esposo, Marcelo Ariel Gelman. Ambos fueron secuestrados en Buenos Aires en el marco de un operativo conjunto entre autoridades argentinas y uruguayas. Posteriormente, María Claudia, quien estaba embarazada al momento del secuestro, fue trasladada a Montevideo, en donde dio a luz a una niña, que fue apartada de su madre y entregada a una familia que la crio, sin que alguna vez supiera su origen y filiación. Juan Gelman, abuelo de la bebé, suegro de María Claudia y padre de Marcelo, logró ubicar a su nieta más de 20 años después de su nacimiento y de la desaparición de su hijo y nuera.

En 2002, Juan Gelman inició acciones judiciales por la privación ilegal de la libertad de su nuera, la sustracción de la menor y la supresión de su estado civil. Inicialmente, el fiscal de la causa solicitó la clausura de las actuaciones por aplicación de la ley de caducidad. El juez estimó improcedente el pedido del fiscal porque, por imperio de la misma ley, era el ejecutivo el que debía indicar si el caso debía cerrarse. Es así que, habiéndose solicitado la intervención del ejecutivo, este contestó que el caso encuadraba en la ley de caducidad. Dos años después, en 2005, fue solicitada la reapertura de las investigaciones. En esta ocasión, y habiendo cambiado el Gobierno, el nuevo presidente, al ser consultado, contestó que los hechos no estaban comprendidos por la ley de caducidad, lo que permitió la apertura de las investigaciones. El fiscal solicitó nuevamente que se archivaran las actuaciones y, ante la negativa del juez, interpuso recurso contra dicha decisión. El Tribunal de Apelaciones revocó la providencia impugnada y decidió que se archivara el caso. En 2008, María Macarena Gelman solicitó la reapertura de la causa alegando hechos supervinientes. En esta ocasión el fiscal estuvo de acuerdo. Al momento de emitirse la sentencia interamericana que comentamos, la causa se encontraba aún en trámite en sede interna.

Cabe mencionar que al tiempo que se tramitaban las actuaciones del caso *Gelman* en Argentina, la Suprema Corte de Justicia de Uruguay ya había decretado que la ley de caducidad era inconstitucional en la causa *Sabalsagaray*, aunque con efectos particulares.

Al resolver el caso, la Corte Interamericana se enfrentó una vez más con las leyes de amnistía, pero ahora su decisión tendrá

mayores efectos e impactará de modo directo los límites de las decisiones democráticas. La Corte comenzó por poner sobre la mesa todo el arsenal argumentativo generado por diversos organismos internacionales en contra de las leyes de amnistía.[6] También citó importantes precedentes de tribunales de los Estados parte[7] (dando muestras de la posibilidad de un diálogo bidireccional entre cortes). En tercer lugar, el tribunal de derechos humanos reiteró las líneas fundamentales de su doctrina elaborada a partir del estudio y resolución de los casos precedentes, entre ellos *Barrios Altos* y *Almonacid Arellano*. Por último, abordó la cuestión del especial sustento democrático de la ley de caducidad. Dada la importancia de lo dicho por el Tribunal, procederemos a transcribirlo:

> 238. El hecho de que la Ley de Caducidad haya sido aprobada en un régimen democrático y aún ratificada o respaldada por la ciudadanía en dos ocasiones no le concede, automáticamente ni por sí sola, legitimidad ante el Derecho Internacional. La participación de la ciudadanía con respecto a dicha Ley, utilizando procedimientos de ejercicio directo de la democracia -recurso de referéndum (párrafo 2º del artículo 79 de la Constitución del Uruguay)- en 1989 y –plebiscito (literal A del artículo 331 de la Constitución del Uruguay) sobre un proyecto de reforma constitucional por el que se habrían declarado nulos los artículos 1 a 4 de la Ley- el 25 de octubre del año 2009, se debe considerar, entonces, como hecho atribuible al Estado y generador, por tanto, de la responsabilidad internacional de aquél.
>
> 239. La sola existencia de un régimen democrático no garantiza, per se, el permanente respeto del Derecho Internacional, incluyendo al Derecho Internacional de los Derechos Humanos, lo cual ha sido así considerado incluso por la propia Carta Democrática Interamericana. La legitimación democrática de determinados hechos o actos en una sociedad está limitada por las normas y obligaciones internacionales de protección de los derechos humanos reconocidos en tratados como la Convención Americana, de modo que la existencia de un verdadero régimen democrático está determinada por sus características tanto formales como sustanciales, por lo que, particularmente en casos de graves violaciones a las normas del Derecho In-

[6] Corte IDH. *Caso Gelman vs. Uruguay*. Fondo y Reparaciones. Sentencia de 24 de febrero de 2011. Serie C, núm. 221, párrs. 195 y ss.

[7] *Ibidem*, párrs. 215 y ss.

> ternacional de los Derechos, la protección de los derechos humanos constituye un límite infranqueable a la regla de mayorías, es decir, a la esfera de lo "susceptible de ser decidido" por parte de las mayorías en instancias democráticas, en las cuales *también debe primar un "control de convencionalidad", que es función y tarea de cualquier autoridad pública y no sólo del Poder Judicial*.[8] (Cursivas añadidas)

Lo enunciado por la Corte sintetiza juicios de la mayor trascendencia en diversos niveles de análisis. Carlos Ayala formula la pregunta que, a su entender, responde de modo liminar este *holding* de la Corte Interamericana: *¿puede una ley incompatible con los derechos humanos reconocidos en la Convención Americana justificarse o validarse en virtud del principio de las mayorías?*[9] Para él, la respuesta es claramente negativa.[10]

Otra conclusión que es posible extraer ha sido acertadamente observada por Víctor Bazán, quien explica que la limitación que la Corte Interamericana ha impuesto a las decisiones democráticas ha implicado "expandir fuertemente las fronteras operativas del control de convencionalidad".[11] Efectivamente, la expansión apuntada por Bazán se da en el terreno del objeto controlable, pero también respecto a las autoridades controlantes. Este último aspecto es relevante para nuestro análisis. Al resolver el caso *Gelman*, la Corte Interamericana estableció que ya no solo será obligación de los jueces realizar control de convencionalidad, sino que, a partir de entonces, lo será de todas las autoridades.

---

8 *Ibidem*, párrs. 238 y 239.

9 Ayala Corao, Carlos, Discurso de incorporación como individuo de número de la Academia de Ciencias Políticas y Sociales, en el sillón número 28, y contestación del académico Pedro Nikken, Caracas, Academia de Ciencias Políticas y Sociales, 2012, p. 44.

10 En un interesante trabajo, Gargarella postula que la Corte Interamericana debió haber efectuado distinciones en función del diverso grado de legitimidad democrática en el que se apoyen las leyes de amnistía, o la ausencia de ella. Véase Gargarella, Roberto, "Sin lugar para la soberanía popular. Democracia, derechos y castigo en el caso Gelman", *Seminario en Latinoamérica de Teoría Constitucional y Política*, núm. 13, enero de 2013.

11 Bazán, Víctor, "El control de convencionalidad: incógnitas, desafíos y perspectivas", en Bazán, Víctor y Nash, Claudio (comps.), *Justicia constitucional y derechos fundamentales. El control de convencionalidad,* Santiago, Centro de Derechos Humanos-Facultad de Derecho-Universidad de Chile-KAS, 2012, p. 30.

La cuestión acerca de si las autoridades administrativas estaban habilitadas para realizar control constitucional en nuestro medio generó en el pasado intensos debates. Quizá el más recordado sea el que surgió a partir de un voto del en ese entonces ministro de la Suprema Corte de Justicia, Gabino Fraga, en el caso *Cía Telefónica de Sabinas S. A*.

Su voto, en el que defendió la tesis de la competencia de las autoridades administrativas para realizar control constitucional, dio lugar a un artículo que fuera publicado por primera vez en la *Revista de la Escuela Nacional de Jurisprudencia* bajo el título "¿Pueden conocer de constitucionalidad de leyes, autoridades distintas del Poder Judicial de la Federación?".

Fraga emitió el voto que estamos comentando en el marco de un juicio de amparo motivado por la decisión del Tribunal Fiscal de la Federación en la que estableció que el Tribunal y sus salas eran incompetentes para decidir sobre la inconstitucionalidad de las leyes. Este criterio fue posteriormente avalado por mayoría de votos en la Corte. Lo que Fraga planteó en su momento fue mucho más allá de la competencia del Tribunal Fiscal, respecto al cual no veía mayores inconvenientes para realizar funciones materialmente jurisdiccionales.

En primer lugar se pronunció en contra del monopolio del Poder Judicial Federal en materia de control constitucional —tema que ya hemos estudiado y que, en el momento de escribir su voto (1942), conformaba la opinión prevaleciente—. A su entender, la facultad concedida al Poder Judicial Federal para ejercer control por la vía del amparo no era incompatible con el ejercicio del control por parte de los restantes poderes públicos.[12]

En segundo término, entendió que las facultades del Poder Judicial Federal solo debían ser exclusivas en las siguientes circunstancias: cuando exista una controversia; cuando sean ejercidas para obligar a otras autoridades a cumplir con la Constitución

[12] Fraga, Gabino, "¿Pueden conocer de problemas de constitucionalidad de leyes, autoridades distintas del Poder Judicial de la Federación?" (1942), en Flores Mendoza, Imer Benjamín (ed.), *Doctrina constitucional mexicana*, México, Colección INEHRM-IIJ-UNAM, 2016, p. 399.

y, por último, cuando mediante la resolución de esas controversias se fije la interpretación de la Constitución.[13]

En sentido contrario, si otras autoridades distintas a la judicial federal ejercen control para regular su propia conducta —no la conducta de los otros poderes—, si lo hacen fuera de una controversia y si su interpretación constitucional puede ser revisada, entonces no debería haber impedimento alguno para que las autoridades realicen control.[14]

En tercer lugar, el deber de aplicar las leyes que tienen el ejecutivo y todas las autoridades en general es concurrente con el deber de esas mismas autoridades de hacer cumplir la Constitución. Ambas obligaciones son de cumplimiento simultáneo y solo de no ser posible se debe dar preferencia a la Constitución.

La posición de Fraga generó interesantes respuestas de otros destacados juristas. Antonio Carrillo Flores confrontó sus argumentos,[15] mientras que Antonio Martínez Báez, en su famoso trabajo "El indebido monopolio del Poder Judicial de la Federación para conocer de la inconstitucionalidad de leyes", compartió la crítica de Fraga sobre el monopolio del Poder Judicial Federal; sin embargo, no compartió la tesis central del autor porque, en su opinión, la mediación del control judicial evita que el ejecutivo ejerza un poder excesivo. En cuanto a la competencia de control del tribunal fiscal, en general estuvo de acuerdo con Fraga, pero la imposibilidad de la Administración para apelar generaba un desequilibrio procesal que debería subsanarse. Hasta que eso no sucediera, consideraba inconveniente aceptar las competencias de control para el Tribunal.[16]

---

13 *Ibidem*, p. 402.

14 *Idem*.

15 Carrillo Flores, Antonio, "El Ejecutivo y las leyes inconstitucionales (Comentario a la ponencia del ministro Gabino Fraga)", *Revista de la Escuela Nacional de Jurisprudencia*, México, núm. 15, 1942. También se puede consultar en Carrillo Flores, Antonio, *Obras,* vol. I: *Derecho constitucional*, México, El Colegio Nacional, 2017, pp. 105 y ss.

16 Martínez Báez, Antonio, "El indebido monopolio del Poder Judicial de la Federación para conocer de la inconstitucionalidad de leyes", *Revista de la Escuela Nacional de Jurisprudencia*, México, núm. 15, 1942, pp. 243 y ss.

Con los años, la tesis de Fraga fue parcialmente admitida y se reconoció la competencia de la justicia administrativa para realizar control constitucional. En atención a sus funciones jurisdiccionales, el tipo de control constitucional incidental que podría realizar sería, claro, de tal naturaleza. En la actualidad esta idea es pacífica y conforma un criterio con carácter de jurisprudencia:

> Control difuso. Su ejercicio en el juicio contencioso administrativo. Si bien es cierto que, acorde con los artículos 1o. y 133 de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos, las autoridades jurisdiccionales ordinarias, para hacer respetar los derechos humanos establecidos en la propia Constitución y en los tratados internacionales de los que el Estado Mexicano sea parte, pueden inaplicar leyes secundarias, lo que constituye un control difuso de su constitucionalidad y convencionalidad, también lo es que subsiste el control concentrado de constitucionalidad y convencionalidad de leyes, cuya competencia corresponde en exclusiva al Poder Judicial de la Federación, a través del juicio de amparo, las controversias constitucionales y las acciones de inconstitucionalidad. La diferencia entre ambos medios de control (concentrado y difuso), estriba en que, en el primero, la competencia específica de los órganos del Poder Judicial de la Federación encargados de su ejercicio es precisamente el análisis de constitucionalidad y convencionalidad de leyes, por tanto, la controversia consiste en determinar si la disposición de carácter general impugnada expresamente es o no contraria a la Constitución y a los tratados internacionales, existiendo la obligación de analizar los argumentos que al respecto se aduzcan por las partes; en cambio, en el segundo (control difuso) el tema de inconstitucionalidad o inconvencionalidad no integra la litis, pues ésta se limita a la materia de legalidad y, por ello, el juzgador por razón de su función, prescindiendo de todo argumento de las partes, puede desaplicar la norma. Ahora bien, en el juicio contencioso administrativo, la competencia específica del Tribunal Federal de Justicia Fiscal y Administrativa es en materia de legalidad y, por razón de su función jurisdiccional, este tribunal puede ejercer control difuso; sin embargo, si el actor formula conceptos de nulidad expresos, solicitando al tribunal administrativo el ejercicio del control difuso respecto de determinada norma, de existir coincidencia entre lo expresado en el concepto de nulidad y el criterio del tribunal, éste puede inaplicar la disposición respectiva, expresando las razones jurídicas de su decisión, pero si considera que la norma no tiene méritos para ser inaplicada, bastará con que mencione que

> no advirtió violación alguna de derechos humanos, para que se estime que realizó el control difuso y respetó el principio de exhaustividad que rige el dictado de sus sentencias, sin que sea necesario que desarrolle una justificación jurídica exhaustiva en ese sentido, dando respuesta a los argumentos del actor, pues además de que el control difuso no forma parte de su litis natural, obligarlo a realizar el estudio respectivo convierte este control en concentrado o directo, y transforma la competencia genérica del tribunal administrativo en competencia específica. Así, si en el juicio de amparo se aduce la omisión de estudio del concepto de nulidad relativo al ejercicio de control difuso del tribunal ordinario, el juzgador debe declarar ineficaces los conceptos de violación respectivos, pues aun cuando sea cierto que la Sala responsable fue omisa, tal proceder no amerita que se conceda el amparo para que se dicte un nuevo fallo en el que se ocupe de dar respuesta a ese tema, debido a que el Poder Judicial de la Federación tiene competencia primigenia respecto del control de constitucionalidad de normas generales y, por ello, puede abordar su estudio al dictar sentencia. Si, además, en la demanda de amparo se aduce como concepto de violación la inconstitucionalidad o inconvencionalidad de la ley, el juzgador sopesará declarar inoperantes los conceptos de violación relacionados con el control difuso y analizar los conceptos de violación enderezados a combatir la constitucionalidad y convencionalidad del precepto en el sistema concentrado.[17]

Si bien los tribunales contencioso-administrativos se ubican fuera de la órbita del poder judicial, su labor es materialmente jurisdiccional, por lo que la aceptación de sus competencias para realizar control constitucional y convencional mantiene sin respuesta la pregunta acerca de si las autoridades administrativas pueden realizarlo.

La idea de Gabino Fraga ha sido rehabilitada por la actual doctrina del control de convencionalidad en los términos en los que la Corte Interamericana de Derechos Humanos la ha rediseñado a partir del caso *Gelman*. Asimismo, el artículo 1 constitucional brinda soporte al deber de todas las autoridades. Sin embargo, al resolver el amparo directo en revisión 1640/2014, la Suprema

[17] Tesis 2a./J. 16/2014 (10a.), Segunda Sala, *Gaceta del Semanario Judicial de la Federación*, Décima Época, lib. 5, abril de 2014, t. 1, p. 984. Contradicción de tesis 336/2013.

Corte tomó una decisión sobre este tema en franca oposición a la idea de reconocer esta competencia de las autoridades administrativas. A continuación expondremos la síntesis del caso tomada del engrose y procederemos al análisis de la decisión.

El 8 de enero de 2011, en la carretera Tijuana-Cabo San Lucas, un funcionario del Departamento de Autotransporte Federal Tijuana de la Secretaría de Comunicaciones y Transportes, durante una inspección vehicular, levantó una boleta de infracción a la empresa propietaria del vehículo inspeccionado. Las razones de la infracción fueron: prestar servicio de autotransporte federal de pasaje sin permiso; conducir un vehículo de autotransporte federal sin la licencia correspondiente; permitir la conducción del vehículo de autotransporte sin la licencia correspondiente; falta de póliza de responsabilidad por daños a terceros y, por último, falta de póliza de seguro del viajero.

El representante de la empresa solicitó al director general del Departamento la cancelación de la multa impuesta y la devolución del vehículo. Ante esta petición, la autoridad llevó a cabo una investigación mediante la cual pudo constatar que el servidor público que había levantado la infracción carecía de personalidad jurídica porque su nombramiento había expirado. Así, consideró que la petición del particular era procedente y solicitó que presentara un nuevo escrito bajo la forma de recurso de revisión, para poder proceder a decretar la nulidad de la infracción, hecho lo cual la autoridad declaró la nulidad de la boleta de infracción.

El órgano interno de control de la Secretaría abrió un procedimiento administrativo disciplinario por las irregularidades atribuidas al servidor público, por haber admitido a trámite el recurso de revisión interpuesto por la empresa en contra de la boleta de infracción, pese a que había transcurrido en exceso el plazo para tal efecto, resolviendo con la declaración de nulidad de la boleta de infracción mencionada. Asimismo, porque dejó de observar las disposiciones reglamentarias y administrativas relacionadas con el servicio público, en particular las que prevén y regulan el recurso de revisión, señaladas en los artículos 85 y 88, fracción I, de la Ley Federal de Procedimiento Administrativo, en relación con las facultades previstas en el artículo 10, fracción XV, del Reglamento Interior de la Secretaría de Comunicaciones

y Transportes. El procedimiento culminó con la sanción administrativa de suspensión del empleo por un periodo de 15 días y una sanción económica.

La autoridad demandó la nulidad de la resolución emitida por el titular del Área de Responsabilidades del órgano interno de control en la Secretaría. Como conceptos de impugnación adujo: primero, que no le había sido notificado el inicio de la investigación que ejercería la autoridad demandada, además de que esta no contaba con facultades para ello; que se violó en su perjuicio el principio de impartición de justicia gratuita y "los principios de control difuso y convencionalidad de la Constitución Federal (sic)", ya que no se le corrió traslado con copias de los documentos que integran el expediente de responsabilidades y, de manera específica, del expediente administrativo; que de no haber procedido a revocar la infracción se habrían violado los derechos humanos de la persona infraccionada. Por último, que no se le otorgó el beneficio dispuesto en el artículo 17 bis de la Ley Federal de Responsabilidades Administrativas, relativo a que no le fuera impuesta sanción administrativa por tratarse de un asunto opinable o debatible. La demanda de nulidad fue admitida y la Sala Regional Metropolitana del Tribunal Federal de Justicia Fiscal y Administrativa reconoció la validez de la resolución impugnada, negando así razón al funcionario sancionado.[18]

Contra la decisión de la Sala Regional administrativa, el quejoso promovió juicio de amparo directo, que fue negado por el Quinto Tribunal Colegiado en Materia Administrativa del Primer Circuito. En esencia, el quejoso señaló como concepto de violación que la autoridad responsable no consideró que dejó sin efectos la multa en cumplimiento del artículo primero de la Constitución, que establece la obligación de todas las autoridades administrativas de reparar las violaciones a los derechos humanos. Con base en ello, le pidió al particular que formalizara su pedido para que se revocara la multa. El Tribunal entendió que la exigencia del artículo primero constitucional no autoriza a la autoridad a dispensar la aplicación de la ley. En este caso, la autoridad decidió excepcionar el cumplimiento del plazo para la

[18] Amparo directo en revisión 1640/2014. Engrose, pp. 5 y ss.

presentación del recurso de revocación. Por otro lado, el tribunal consideró que las reparaciones en materia de derechos humanos serán determinadas por la ley y según los procedimientos que en ella se determinen, y no de acuerdo con lo que cada funcionario establezca. En definitiva, el tribunal no consideró que las autoridades puedan desapegarse del principio de legalidad como excusa para proteger los derechos humanos.

Contra la decisión del tribunal se presentó recurso de revisión en términos del artículo 107 constitucional, fracción IX, que fue admitido por la Sala, por cuanto se discutió la interpretación del artículo 1 constitucional. La Segunda Sala de la Suprema Corte inició el estudio del asunto a la luz de la siguiente pregunta: "¿Es jurídicamente aceptable que un servidor público sea sometido a un procedimiento administrativo disciplinario y posteriormente sancionado, cuando reparó los derechos humanos violados bajo lo ordenado por la Constitución?".[19] En realidad, esta no fue la pregunta que respondió en la decisión, por lo que no sirvió como guía en el asunto.

En nuestra opinión, el problema jurídico que aquí se abordó fue si un funcionario podía inaplicar la ley por ser contraria a los derechos humanos como medida de reparación. Pero incluso, no consideramos que este haya sido el problema planteado por los hechos del caso. Lo que hizo el funcionario fue desobedecer los plazos establecidos por la ley para la procedencia del recurso de revisión contra la multa. En realidad, el problema ni siquiera tuvo que ver con la ley, pues no estuvo en discusión si el plazo establecido por la ley era violatorio de derechos. Aquí la ley nunca fue el problema, sino el acto viciado de la multa, por haber sido emitida por autoridad incompetente. Entonces, el problema jurídico podría ser formulado así: ¿es posible flexibilizar la obediencia al principio de legalidad en un supuesto en el cual la ley es válida, pero los hechos que motivaron su aplicación adolecen de vicios? Pero sigamos con el análisis de los argumentos de la Sala.

La primera idea fuerte para comenzar a resolver el caso consistió en que el principio de legalidad dispone que ningún funcionario puede tomar una decisión que no esté fundada en la ley. Admitió que las autoridades pueden tener facultades de libre

[19] *Ibidem*, p. 23.

apreciación sobre sus actos, pero dichas facultades deben estar previstas en la ley o reglamentos que regulan la actividad de la autoridad. Esto no es lo que sucedió en el caso. Luego sostuvo que, si bien el artículo primero constitucional establece la obligación de todas las autoridades de reparar las violaciones a los derechos humanos, ello no implica que quienes lleven a cabo funciones administrativas puedan ejercer "algún tipo de control constitucional concentrado o difuso".[20] Con base en este criterio, la Sala confirmó la decisión del tribunal colegiado y se generó la siguiente tesis:

> Control constitucional concentrado o difuso. Las autoridades administrativas no están facultadas para realizarlo. El artículo 1o. de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos establece que todas las autoridades, en el ámbito de sus competencias, deben cumplir con una serie de obligaciones en materia de derechos humanos. Sin embargo, en términos de la tesis P. LXIX/2011 (9a.) (*), del Tribunal Pleno de la Suprema Corte de Justicia de la Nación, las autoridades administrativas no están facultadas para realizar algún tipo de control constitucional, sea concentrado o difuso; es decir, no pueden declarar la invalidez de un determinado precepto e inaplicarlo, ni siquiera bajo el argumento de una reparación de derechos humanos, ya que ello implicaría desatender los requisitos de procedencia señalados por las leyes para interponer un medio de defensa, y que deben cumplirse de manera previa a un pronunciamiento de fondo del asunto. En todo caso, han de interpretar las disposiciones jurídicas en el sentido más favorable a las personas, pero sin que ello llegue a descuidar las facultades y funciones que deben desempeñar en atención a sus ámbitos competenciales. Aceptar lo contrario, generaría incertidumbre jurídica en franca contravención a otros derechos humanos como los de legalidad, debido proceso y seguridad jurídica, previstos en los artículos 14 y 16 constitucionales.[21]

Esta tesis resulta sumamente problemática en relación con las exigencias del artículo 1 constitucional y la doctrina actual del control de convencionalidad de la Corte Interamericana de Dere-

[20] *Ibidem,* p. 33.

[21] Tesis 2a. CIV/2014, Segunda Sala, *Gaceta del Semanario Judicial de la Federación*, Décima Época, lib. 11, octubre de 2014, t. I, p. 1097. Amparo directo en revisión 1640/2014.

chos Humanos. Antes de explicar por qué, es necesario realizar algunas observaciones de tipo semántico. En nuestra opinión, la tesis es confusa e induce al error. Es confusa porque desde el rubro indica que las autoridades administrativas no están facultadas para realizar control constitucional concentrado ni difuso. Al determinar lo anterior, indica que sería una posibilidad que pudieran ejercerlo en caso de estar habilitadas para ello. Sin embargo, tal habilitación no sería posible porque "concentrado" y "difuso", en su empleo habitual, califican un modelo de control de naturaleza jurisdiccional, es decir, practicado por autoridades que desempeñan funciones de tal carácter. Entonces, las autoridades administrativas no pueden realizar ni control concentrado ni difuso, no por las razones que indica la Sala, sino porque no pueden realizar control de naturaleza jurisdiccional. Esta cuestión puede parecer menor. Se podría sostener que no habría inconveniente en calificar de "difuso" al control que deben realizar ahora todas las autoridades, pero, en atención al uso habitual del término, la expresión genera confusión.

La referencia que la Sala realiza a la tesis P. LXIX/2011 sobre los pasos a seguir para efectuar el control de constitucionalidad y convencionalidad *ex officio* en materia de derechos humanos es inexacta, por lo menos por las razones con base en las cuales la trae a colación. La utiliza para justificar que las autoridades administrativas no están facultadas para realizar control constitucional, cuando esa tesis se refiere al control de tipo "jurisdiccional" y en ningún momento menciona a las autoridades administrativas.

Pero la referencia a la tesis mencionada es equívoca por otra razón, y es que en ella se mencionan opciones de realización de control constitucional y convencional que, fuera del campo de la tesis, que se refiere al control jurisdiccional, sí deberían estar permitidas a las autoridades administrativas, por ser perfectamente viables en el marco de sus competencias y en el despliegue de todas las actividades que realizan. Nos referimos principalmente a la práctica de la interpretación conforme.

La oportunidad de desplegar una actividad de este tipo se presenta, por ejemplo, cuando las autoridades administrativas realizan funciones materialmente legislativas al emitir un reglamento, o bien, una norma del tipo que sea con alcances genera-

les, o cuando deben ejecutar un acto con base en una norma que admite ser interpretada en varios sentidos.

Este es el aspecto en el que la tesis comentada resulta más problemática. Pareciera que la Sala maneja de modo implícito una idea reducida de control constitucional y convencional que la lleva a identificarlo con el control jurisdiccional. Esta reducción es la que generó que estableciera este criterio equivocado. Los controles constitucionales, en general, conforman un entramado complejo de actividades que incluyen a órganos jurisdiccionales, pero además políticos, e incluso a sectores sociales.[22]

Así, entre todos los tipos de controles, existen aquellos de tipo interorgánico, como el control judicial, de naturaleza jurídica, y otros de naturaleza más política, como el veto presidencial (aunque en su ejercicio pueda recurrirse a razones jurídicas). En esta tónica también se ha desarrollado el control de convencionalidad. Pero además —como con acierto ha indicado Sagüés—, el control constitucional y convencional tiene tanto un rol represivo como uno constructivo.[23] En el ámbito del control de convencionalidad, el primero responde, si se quiere, a la primigenia configuración del control, consistente en el deber de los jueces de inaplicar leyes inconvencionales. Por lo que respecta a la manifestación constructiva, esta conlleva cuidar que las interpretaciones constitucionales y legislativas se adecuen a la normativa convencional. Esta faceta o expresión habilita, en opinión de Sagüés, una serie de operaciones, por ejemplo, la selección de interpretaciones, debiendo elegir aquellas que sean conformes con el derecho convencional, o bien, construir interpretaciones generando mutaciones por adición, por sustracción o mixtas.[24]

De acuerdo con lo dicho, entonces, para el control de convencionalidad de las autoridades administrativas se despliegan diversas posibilidades operacionales. La opción menos problemá-

22 Aragón, Manuel, *Constitución y control del poder. Introducción a una teoría constitucional del control,* Bogotá, Universidad Externado de Colombia, 1999.

23 Sagüés, Néstor Pedro, *La Constitución bajo tensión*, México, Instituto de Estudios Constitucionales del Estado de Querétaro, 2016, p. 402.

24 *Idem*.

tica, pero con gran potencia saneadora, es desplegar un control constructivo, lo que supone interpretar las normas que se deben crear y aplicar conforme a la Convención. Este proceder habilita la opción de construir resultados interpretativos.[25]

La opción más compleja consiste en el ejercicio represivo del control de convencionalidad, que, a su vez, admite diversas formas de operación, dependiendo del tipo de actividad que despliegue la autoridad. Si se trata de una función materialmente legislativa, la autoridad puede emitir una nueva norma para dejar sin efecto la que resulte inconvencional. Con acierto, Sagüés señala que el supuesto más complejo de aplicación de control represivo se daría en una situación en la que la autoridad debe aplicar una norma emitida por otra autoridad administrativa, pues en tal caso no estará autorizada para inaplicar la norma, aunque podría detonar procesos internos para la modificación de la norma en cuestión.

Pero el supuesto aún más complejo es el que se configura cuando la autoridad administrativa pretende realizar control represivo sobre una norma emitida por el poder legislativo.[26] En tal situación, incluso deberíamos efectuar algunas distinciones. Un primer escenario sería el que Bidart Campos identificó hace tiempo como una excepción al principio general, y ocurriría ante leyes flagrantemente inconstitucionales e inconvencionales. Ante ellas, la autoridad administrativa podría o, más bien, debería inaplicar la ley en cuestión.[27] En los casos en los cuales la ley es de dudosa constitucionalidad o convencionalidad, Sagüés postula una posible salida: conceder legitimación activa a esa autoridad para plantear la inconvencionalidad ante la autoridad que esté habilitada para ejercer el control.[28]

Como se puede apreciar, la autoridad administrativa tiene un interesante ámbito de actuación para ejercer el control de convencionalidad. El criterio de la Sala tiende a solapar y a ocultar este campo de trabajo y, así, mengua el rol de la autoridad en el desem-

25 *Ibidem*, p. 412.

26 *Ibidem*, p. 413.

27 Bidart Campos, Germán, *La interpretación y el control constitucionales en la jurisdicción constitucional*, Buenos Aires, Ediar, 1987, p. 175.

28 Sagüés, Néstor Pedro, *La Constitución bajo tensión, cit.,* p. 414.

peño de las funciones que le son propias y que le exige la Constitución, así como el ejercicio actual del control de convencionalidad.

De regreso al caso que motivó la tesis en estudio, debemos manifestar nuestro desacuerdo con el criterio tal cual ha sido expresado. No obstante, coincidimos con la resolución en el sentido de que lo que hizo el funcionario no fue un análisis de convencionalidad de la ley, sino un acto de excepción de aplicación de una ley en sí misma válida (pues solo establece un plazo), para lo cual carece de competencia. Este tipo de supuestos debería provocar la generación de mecanismos internos para que, de modo controlado y con apego al principio de legalidad, se pueda enmendar el error sin causar daño a los particulares.[29]

III. Control constitucional incidental y *ex officio* en el juicio de amparo

El 28 de septiembre de 2021, la Suprema Corte de Justicia de la Nación resolvió la contradicción de tesis 351/2014 y determinó que los órganos del Poder Judicial Federal, tanto en amparo directo como indirecto, debían llevar a cabo control de constitucionalidad *ex officio*, no solo respecto a las leyes procesales que son competentes para aplicar, sino también respecto a las leyes sustantivas y procesales aplicadas en el acto reclamado. Con esta decisión, el alto tribunal modificó el criterio anterior, sostenido al resolver el amparo directo en revisión 1046/2012, que impedía el ejercicio del control *ex officio* respecto a dichas leyes. De esa forma, limitaba el desenvolvimiento del control constitucional en el marco del juicio de amparo.

El caso que estudiaremos es un ejemplo de que las formas procesales mediante las que se desarrolla la justicia constitucional pueden y deben ser adecuadas a las nuevas exigencias del sistema de protección de derechos humanos. La resolución de

[29] Para un análisis del caso en estudio véase Rosario Rodríguez, Marcos del, "La aplicación por parte de las autoridades administrativas del control difuso de constitucionalidad y convencionalidad", *Cuestiones Constitucionales. Revista Mexicana de Derecho Constitucional*, núm. 33, julio-diciembre de 2015.

esta contradicción permitirá incrementar la eficacia del juicio de amparo como medio para la protección del parámetro para el control de regularidad constitucional y, así, cumplir de manera más adecuada con las exigencias del artículo primero constitucional de prevenir y evitar violaciones a los derechos humanos.

Recordemos cuál es el punto de partida para esta discusión. Cuando la Suprema Corte de Justicia de la Nación resolvió el expediente varios 912/2010 para determinar las formas de internalizar la sentencia condenatoria que emitió la Corte Interamericana de Derechos Humanos contra el Estado mexicano en el caso *Radilla Pacheco*, tomó dos decisiones que transformaron la identidad del sistema de control constitucional de tipo jurisdiccional en nuestro país.

En primer lugar estableció el deber del poder judicial de realizar control de convencionalidad *ex officio* para inaplicar las normas que resulten contrarias a los derechos humanos de fuente constitucional y convencional —Tesis P. LXVII/2011 (9a.)—. La segunda decisión relevante a efectos de nuestro análisis estuvo referida al sistema de control constitucional mexicano, orientada a indicar los cambios operados en el sistema a partir de la adopción de la obligación de los jueces de realizar control de convencionalidad de manera oficiosa. El control constitucional de tipo jurisdiccional, que en México había sido tradicionalmente monopolizado por el Poder Judicial Federal, ahora sería también desempeñado por el resto de los jueces del país. En los términos de la Corte, el sistema de control constitucional de tipo jurisdiccional tendría ahora dos vertientes: una concentrada, configurada por el Poder Judicial Federal y desarrollada mediante vías directas de control (juicio de amparo, acción de inconstitucionalidad y controversias constitucionales), y otra difusa, que debería ser desarrollada por el resto de los órganos jurisdiccionales del país, quienes habrían de inaplicar las leyes contrarias a los derechos humanos de manera incidental en el marco de los procesos ordinarios de su competencia —Tesis P. LXX/2011 (9a.)—.

A partir de ese momento, los órganos integrantes del Poder Judicial Federal —y especialmente la Suprema Corte de Justicia de la Nación— llevarán a cabo un intenso trabajo interpretativo a fin de establecer los alcances del deber de realizar el control de

constitucionalidad y convencionalidad *ex officio* en el marco de los procesos constitucionales de su competencia, particularmente el juicio de amparo. En este proceso, el análisis acerca de los nuevos alcances del control estará, en gran medida, determinado por importantes confusiones conceptuales que, lejos de resultar inanes para los debates, tenderán a oscurecer las discusiones.

En el primer capítulo hemos estudiado las confusiones conceptuales que habitualmente se presentan cuando abordamos el llamado control difuso. Solo para efecto de enderezar esta discusión, vamos a recordar el tenor de las confusiones de modo telegráfico y ver su presencia en las dos determinaciones mencionadas en el párrafo anterior.

Comencemos por objetar el sentido que la Suprema Corte atribuye al adjetivo "concentrado". En opinión del alto tribunal, el sistema mexicano es en parte concentrado, vertiente que se expresa en la actividad que desarrolla el Poder Judicial Federal. Esta afirmación es incorrecta, o cuando menos imprecisa. Veamos por qué: "concentrado" y "difuso" no son adjetivos que califiquen un tipo de control o una forma de llevarlo a cabo, sino que designan un modelo o sistema[30] de control jurisdiccional.[31]

En sentido estricto, el término "difuso" fue traído por primera vez a la escena conceptual de la justicia constitucional por Carl Schmitt (1931) para explicar la facultad que les había sido reconocida a los jueces en la Alemania de su tiempo, para inaplicar una ley que contradiga *de manera manifiesta* un precepto de la Constitución. Estas facultades de control acotadas debían ser ejercidas de manera *accesoria,* ocasional, eventual, *incidental* y "conforme a las posibilidades de cada juez, es decir, de forma difusa".

Por el contrario, los términos "concentrado" o "centralizado" son aplicables a sistemas en los que se atribuye el control consti-

[30] Los conceptos "modelo" y "sistema" no son sinónimos. El término "modelo" señala tipos ideales configurados a partir de la presencia de ciertas características. Por su parte, "sistema" refiere las estructuras configuradas a partir de la materialización de modelos en ámbitos específicos. Cossío Díaz, José Ramón, *Sistemas y modelos de control constitucional en México,* México, IIJ-UNAM, 2013, p. 5.

[31] Bidart Campos, Germán, *op. cit*., p. 125.

tucional a un tribunal especial[32] y no resultan aplicables a los sistemas en los cuales el control puede ser realizado por una multiplicidad de órganos jurisdiccionales, como es el caso de México y su Poder Judicial Federal. Incluso sería posible mantener el término concentrado para adjetivar los actuales sistemas europeos de control, en los cuales los órganos judiciales pueden participar en las tareas de control mediante procedimientos tales como la cuestión de inconstitucionalidad, pero el tribunal o corte constitucional mantiene el monopolio de rechazo. Aun así, consideramos que su aplicación resulta muy forzada cuando todos los órganos judiciales federales pueden rechazar las leyes constitucionales.

Una segunda imprecisión conceptual que se advierte en la tesis comentada consiste en afirmar que el Poder Judicial Federal siempre desarrolla su actividad de control por medio de vías directas. Las vías de control se refieren a los modos de provocar el control, y estos modos pueden ser por vía directa o por vía de excepción.

El control directo, o por vía de acción, es aquel en el cual el planteamiento de inconstitucionalidad se formula de manera principal, por vía de demanda. El control por vía incidental, o por vía de excepción, es el que se realiza en el curso y con ocasión de un caso concreto, en el marco de un proceso, y solo cuando la ley cuya inconstitucionalidad se contraviene sea relevante para resolver.[33] La acción de inconstitucionalidad y la controversia constitucional, efectivamente, son procesos constitucionales que materializan vías de control directo, pero el juicio de amparo, desde este punto de vista, es algo más complejo, pues habilita vías de control directas e indirectas.

Las confusiones conceptuales apuntadas estarán presentes en los casos que comentaremos en esta sección y serán relevantes en las respuestas ofrecidas por la Suprema Corte de Justicia de

---

[32] Véase Ferreres Comella, Víctor, *Una defensa del modelo europeo de control de constitucionalidad*, Madrid, Marcial Pons, 2011, p. 19; Favoreu, Louis, *Los tribunales constitucionales*, Barcelona, Ariel, 1994, p. 35; Guastini, Riccardo, *Otras distinciones*, Bogotá, Universidad Externado de Colombia, 2014, p. 469.

[33] Sagüés, Néstor Pedro, *Derecho procesal constitucional. Recurso extraordinario*, 4a. ed., Buenos Aires, Astrea, 2002, p. 71.

la Nación a ciertos interrogantes sobre los alcances del control de constitucionalidad *ex officio* en el marco del juicio de amparo.

De acuerdo con las aclaraciones conceptuales realizadas, no es correcto sostener que el control ejercido por medio del juicio de amparo pueda ser adjetivado como "concentrado", pues así podría ser calificado un sistema o modelo. Tampoco lo sería porque ese control es llevado a cabo por diversos órganos judiciales.

También adelantamos que el amparo no solo habilita una vía de control directa, sino también formas de control indirectas, incidentales o accesorias. Efectivamente, el juicio de amparo indirecto, en esencia, permite impugnar normas y actos de autoridad. En el primer supuesto se trata de un amparo contra leyes, y el juicio de amparo es empleado como una vía directa de control. En el segundo supuesto, y en atención a que el amparo es interpuesto para atacar un acto de autoridad, si en los conceptos de violación se combate la ley o norma en la que dicho acto se fundamenta, podemos considerar que el amparo opera como una vía también directa. Pero si en la misma hipótesis el quejoso omitiera incluir a la norma en los conceptos de violación y el juez de amparo entendiera que la ley en la que el acto se funda es inconstitucional, debería someterla a control y, eventualmente, inaplicarla. En este caso se verificaría un control incidental y de oficio.

Por lo que respecta al juicio de amparo directo, si se ataca una sentencia definitiva, el control que se procura recaerá sobre la sentencia y permitiría articular una forma de control directo contra la ley aplicada en el juicio de origen, si esta fuese atacada en los conceptos de violación. Pero ¿sería posible que el tribunal colegiado ejerza control sobre la ley aplicada en el juicio natural, si esta no fue combatida en los conceptos de violación por el quejoso? Y cabría una pregunta más: ¿qué tipo de control sería este? La segunda pregunta es más sencilla de responder. Considerando las precisiones conceptuales efectuadas, no es difícil concluir que se trataría de un control incidental. Formular una respuesta correcta a la primera pregunta, en cambio, puede presentar mayores dificultades. La Suprema Corte de Justicia de la Nación ofreció una respuesta al resolver el amparo directo en revisión 1046/2012.

Comencemos por comentar el *iter* procesal y los hechos del caso. En el juicio de origen, la actora, albacea de la sucesión de su madre, demandó del hospital donde la causante fue tratada una indemnización por responsabilidad civil y daño moral. Luego de las apelaciones ordinarias y un juicio de amparo previo, la albacea presentó un nuevo juicio de amparo contra la decisión de la Cuarta Sala del Tribunal Superior de Justicia del —en ese entonces— Distrito Federal, por considerar que los montos de indemnización no cubrían todas las prestaciones reclamadas.

El principal problema jurídico que advirtió el tribunal colegiado fue la posible inconstitucionalidad del artículo 1916 del Código Civil Federal, que establece que la acción de reclamación por daño moral solo pasa a los herederos si fue iniciada en vida por la víctima. A juicio del tribunal, este dispositivo legal violaba, en perjuicio de la actora, el derecho de acceso a la justicia, conforme a los estándares interamericanos. En consecuencia, y por imperio del nuevo artículo primero constitucional, debía realizar un control de convencionalidad *ex officio* e inaplicar el artículo. Siendo así, resolvió conceder el amparo para efectos y ordenó al tribunal responsable considerar que la actora tenía legitimación activa para reclamar daño moral.[34] Contra la decisión del tribunal se planteó la revisión ante la Suprema Corte.

La pregunta que orientó el estudio de la Suprema Corte fue planteada en los siguientes términos: "¿Los Tribunales Colegiados pueden ejercer, de oficio, ese (sic) control difuso de regularidad constitucional?".[35] Las confusiones conceptuales son evidentes. De acuerdo con lo establecido líneas arriba, *difuso* no es un adjetivo que califique un tipo o forma de control, sino un sistema o modelo. La pregunta que se hace la Suprema Corte debe ser más bien entendida en el sentido de si el tribunal puede realizar un control de regularidad constitucional de oficio, es decir, sin que medie petición de parte. Para responderla adecuadamente, procederemos a retomar los desarrollos conceptuales esbozados líneas atrás.

En el juicio de amparo directo, la forma de reclamar la inconstitucionalidad de una norma —en este caso, la que hubiera

[34] Amparo directo en revisión 1046/2012, p. 2.

[35] *Ibidem*, párr. 59.

regido el juicio natural— es hacerlo en los conceptos de violación, por lo que, si esto no se hizo así, en realidad aquello sobre lo que nos debemos interrogar es si el tribunal puede realizar un control oficioso e incidental o por vía de excepción, es decir, sin que hubiera sido solicitado expresamente y en el supuesto de que el juicio de amparo no hubiera estado encaminado a atacar de modo directo la ley en cuestión.

Respecto a esta primera pregunta, la Suprema Corte dirá que los tribunales colegiados sí tienen competencia para realizar control de constitucionalidad de oficio. La respuesta es alentadora, sin embargo, acto seguido se advertirá que las confusiones conceptuales persisten, pues a continuación sostuvo que este control *ex officio* que los tribunales deben realizar es en la modalidad "difusa" (sic) y por imperio del artículo primero constitucional.[36] La confusión radica en que control "difuso" y "*ex officio*" no son sinónimos y aluden a aspectos diferentes del control.[37]

---

[36] *Idem*.

[37] Estas confusiones o inercias conceptuales se pueden deber a que cuando la Suprema Corte de Justicia de la Nación internaliza el control de convencionalidad *ex officio*, lo hace al mismo tiempo que modifica la identidad del sistema de control constitucional de tipo jurisdiccional y admite que el sistema es también difuso. A partir de aquí, será común ver cómo lo difuso pasa a ser una característica del control y se harán referencias al control difuso de constitucionalidad y convencionalidad. Véase Cruz Parcero, Juan Antonio, *Hacia una teoría constitucional de los derechos humanos*, México, Instituto de Estudios Constitucionales del Estado de Querétaro, 2017, p. 72. En realidad se trata de un control de regularidad constitucional que se ejerce, de acuerdo con las posibilidades procesales, por vía directa o bien incidental, y de manera oficiosa o a petición de parte. La exigencia que surge de las transformaciones del modelo y, como veremos, del art. primero constitucional, es que el control sea *ex officio* e incidental. Estas son las características que asume el control en nuestro país luego de la reforma constitucional de derechos humanos y otras reformas al sistema de justicia constitucional. Lo difuso no afecta al ámbito del control ejercido por los jueces federales, sino que permite incluir a los jueces ordinarios en el ámbito de los órganos obligados a ejercer control constitucional. Véase Herrera García, Alfonso, "El control difuso de regularidad de las leyes en el juicio de amparo directo", en Ferrer Mac-Gregor, Eduardo y Herrera García, Alfonso (coords.), *El juicio de amparo en el centenario de la Constitución mexicana de 1917. Pasado, presente y futuro*, México, IIJ-UNAM, 2017, p. 307.

En un modelo difuso el control se puede activar de oficio o a petición de parte, y un modelo concentrado también acepta ambas formas de activación. Todo dependerá de las regulaciones procesales específicas. Inmediatamente, la Corte se refiere a otra modalidad de control de regularidad constitucional, que denomina "concentrada" y que se verifica a través del juicio de amparo, la acción de inconstitucionalidad y la controversia constitucional.[38] Sabemos que esas modalidades de control no existen.

El control es uno (de regularidad constitucional) y puede ser realizado de diversas formas, o mediante diferentes vías. En el caso, de manera directa o bien incidental. Y en atención a si es solicitado o no, podrá ser a petición de parte o de oficio, según ya lo hemos explicado. La Corte seguirá unas líneas adelante y sostendrá que, al conocer de juicios de amparo directo o de juicios de amparo indirecto en revisión, los tribunales colegiados ejercen un control de regularidad concentrado.[39] Si el término "concentrado" no tiene sentido cuando es utilizado de tal manera, podríamos suponer que la Corte lo emplea como sinónimo de "directo", confusión bastante habitual y que en el caso tampoco tiene sentido. O peor aún, puede generar interpretaciones restrictivas sobre las posibilidades de control que permite desarrollar el juicio de amparo, pues sabemos que también admite formas de control incidental o indirecto.

La siguiente pregunta que responderá la Corte será cuáles son las leyes respecto a las que los tribunales colegiados pueden ejercer el control de regularidad constitucional oficioso. La respuesta ofrecida es insatisfactoria, porque sostendrá que solo lo pueden ejercer sobre las leyes que son competentes para aplicar, es decir: la Ley de Amparo, la Ley Orgánica del Poder Judicial y el Código Nacional de Procedimientos Civiles, supletorio de la Ley de Amparo.

En consecuencia, solo existirían dos supuestos en los cuales los tribunales colegiados podrían extender su actividad de control sobre las leyes del juicio natural, y serían: cuando el quejoso plantea la inconstitucionalidad de la ley en los conceptos de

[38] Amparo directo en revisión 1046/2012, párr. 60.

[39] *Ibidem*, párr. 61.

violación, y por suplencia de la queja.[40] Entonces, en el ámbito del juicio de amparo directo no habría lugar para el control *ex officio* de constitucionalidad de las leyes del juicio natural, sino solo para el control a petición de parte. Esta interpretación limita de manera sensible el alcance de las obligaciones en materia de control *ex officio* de constitucionalidad y vuelve imposible su ejercicio en el marco del juicio de amparo directo respecto de las leyes aplicadas en el juicio de origen. La conclusión es que los tribunales, al no poder ejercer el control *ex officio*, deben convalidar actos y decisiones, aunque estas se funden en normas violatorias de derechos humanos.

Algunos años después de la resolución analizada en el punto anterior, el Tribunal pleno de la Suprema Corte de Justicia de la Nación tendría la oportunidad de volver a discutir la cuestión sobre los alcances del control oficioso en el juicio de amparo, al resolver la contradicción de tesis 351/2014.

La contradicción de criterios se suscitó entre diversos tribunales del Poder Judicial Federal que generaron decisiones divergentes respecto a si, dados los cambios en el sistema de control constitucional, los tribunales del Poder Judicial Federal pueden realizar control de convencionalidad *ex officio* de todas las normas de las que conocen, incluidas las aplicadas en los actos reclamados, o si solo pueden ejercerlo respecto a las leyes procesales que son competentes para aplicar.[41]

Antes de dar respuesta a la cuestión planteada, consciente de las confusiones conceptuales que orientaron de manera equivocada las discusiones en el caso anterior, la Corte procederá a realizar algunas aclaraciones terminológicas.

Comenzará por reconocer que es habitual encontrarse con afirmaciones tales como que los tribunales federales deben realizar *control difuso* de constitucionalidad en el marco de los juicios de amparo en los cuales la norma no haya sido objeto de ataque

40 Tesis P. IX/2015 (10a.), Pleno, *Gaceta del Semanario Judicial de la Federación*, Décima Época, lib. 21, agosto de 2015, t. I, p. 355 y Tesis P. X/2015 (10a.), Pleno, *Gaceta del Semanario Judicial de la Federación*, Décima Época, lib. 21, agosto de 2015, t. I, p. 356.

41 Contradicción de tesis 351/2014, párr. 107.

en los conceptos de violación, no opere la suplencia de la queja y, a juicio del tribunal, la norma sea contraria a los derechos humanos de fuente constitucional y convencional. Al respecto, sostendrá: "es decir, se afirma que el Poder Judicial de la Federación, órgano de control concentrado, puede y debe hacer control difuso en el juicio de amparo".[42] En este punto, si bien la Corte parece comprender la diferencia entre los términos "concentrado" y "difuso" y, sobre todo, entiende a qué objeto se aplican tales adjetivos, persiste en la confusión conceptual respecto a los sistemas o modelos que pueden ser calificados como concentrados. El Poder Judicial Federal no es un órgano, sino un poder compuesto por una multiplicidad de órganos y, por tal razón, según ya hemos expuesto, no puede manifestar una vertiente de control concentrado.

El alto tribunal entiende que sostener que el Poder Judicial Federal deba hacer control difuso es, en sus palabras, poco clarificador.[43] Sobre esta cuestión, la Corte acierta y no repetirá las confusiones que se presentaron al resolver el amparo directo en revisión 1046/2012. De hecho, descartará interpretaciones anteriores que confundían control *ex officio* con control difuso.[44]

La siguiente aclaración conceptual tendrá que ver con las vías para activar el control y reconocerá, acertadamente, que este se puede realizar por vía de acción, directa o principal, supuesto que se verifica cuando la norma es el objeto atacado, y por vía indirecta o incidental, que opera cuando la norma no es el acto impugnado, sino que fue aplicada para generar el acto impugnado.[45] En esto la Corte también lleva razón, como también la lleva al distinguir entre las formas de activar el control, en cuyo marco podemos diferenciar entre control a petición de parte y control *ex officio*.[46]

Sin embargo, la claridad conceptual de la Corte solo es aparente, pues, al concluir la sección de aclaraciones terminológicas

42 *Ibidem*, párr. 111.

43 *Ibidem*, párr. 112.

44 *Ibidem*, párr. 137, nota 29.

45 *Ibidem*, párr. 115.

46 *Ibidem*, párr. 116.

y a modo de cierre de la cuestión, sostendrá: *i)* que los órganos del Poder Judicial Federal son órganos de control concentrado; *ii)* que todos ellos efectúan control por vía de acción, de manera directa o principal, y *iii)* que este control se puede realizar de dos maneras: en respuesta a un concepto de violación o por suplencia de la queja y de oficio.[47] De todas formas, y a diferencia de lo sucedido en el caso anterior, estas confusiones no resultarán relevantes, debido a los alcances que ahora la Corte le dará al fundamento del control de constitucionalidad *ex officio*.

La Corte procederá entonces a focalizar el punto de contradicción y sostendrá que lo que se debe resolver no es si los tribunales tienen competencia para realizar control *ex officio* —que la tienen—; tampoco se debe discutir si ejercer el control es un deber —puesto que lo es—. Las diferencias tienen que ver con el alcance del deber de control, es decir, qué leyes pueden ser objeto de control *ex officio* por parte de los tribunales[48] y, de manera más específica, la pregunta se orienta a dilucidar si ese control se puede extender a las normas sustantivas y adjetivas que hubieran sido aplicadas en el juicio de origen.

La Corte organizará sus argumentos de la siguiente manera: primero procederá a reconstruir la *doctrina del control de constitucionalidad ex officio*; en segundo lugar analizará la forma en la que esa doctrina debe compaginarse con el juicio de amparo y, por último, responderá a las objeciones que en el amparo directo en revisión 1046/2012 sustentaron la negativa a extender el ámbito del control de constitucionalidad *ex officio* a las leyes aplicadas en el juicio natural.

El alto tribunal realizará una narración retrospectiva de la evolución del control de constitucionalidad oficioso en nuestro sistema y ofrecerá una interesante explicación acerca del fundamento de dicho control. Comenzará por poner en el centro de la discusión al artículo primero constitucional, especialmente las obligaciones de prevenir y evitar violaciones a los derechos humanos, que establece para todas las autoridades del Estado.[49]

47 *Ibidem*, párr. 121.

48 *Ibidem*, párrs. 123 y 162.

49 *Ibidem*, párr. 164.

De inmediato propondrá el sentido que esa obligación tiene para los órganos jurisdiccionales y las formas mediante las cuales la cumplen. Desde ya, lo hacen absteniéndose de aplicar normas inconstitucionales, pero, además, absteniéndose de tomar cualquier decisión que implique convalidar una violación a un derecho humano.[50] La concreción de la obligación de evitar violaciones a los derechos humanos en el ejercicio de su competencia implica que, cuando en el juicio de amparo advierten que en el acto reclamado se aplicaron normas inconstitucionales, los tribunales deben evitar ordenar a la autoridad aplicar dicha norma y, así, convalidar la aplicación de una norma inconstitucional.[51] Aun reconociendo la naturaleza procesal excepcional del juicio de amparo, cuyo desenvolvimiento no supone de ninguna manera la reasunción de jurisdicción de las autoridades ordinarias, no sería admisible que, por esas características, se deba convalidar la aplicación de normas inconstitucionales.

El deber de llevar a cabo el control de constitucionalidad *ex officio* respecto a las leyes aplicadas en el juicio de origen no impugnadas en los conceptos de violación no se justifica en regulaciones procesales o en un supuesto e indebido ejercicio de reasunción de jurisdicción, sino en la obligación del artículo primero constitucional, a la cual deben ajustarse todas las instituciones y prácticas estatales, incluso aquellas más arraigadas, y en la obligación que de allí se deriva, de adaptar dichas instituciones y prácticas a las nuevas exigencias en materia de derechos humanos.

En el amparo directo en revisión 1046/2012, la Corte determinó que los tribunales no tenían competencia para ejercer control de convencionalidad sobre las leyes aplicadas en el acto reclamado; sin embargo, ahora entenderá que esa determinación se había basado en una comprensión equivocada de la competencia de los tribunales. Antes se había considerado que, como en el amparo no hay una reasunción de jurisdicción, los tribunales no pueden aplicar las normas sustantivas y procesales que rigen el acto reclamado. No obstante, este análisis está efectivamente algo desenfocado, pues los tribunales colegiados no tienen com-

[50] *Ibidem*, párr. 170.

[51] *Ibidem*, párr. 172.

petencia para aplicar dichas leyes, pero, a la luz de las nuevas exigencias en materia de control de constitucionalidad, tienen el deber de controlar la constitucionalidad de dichas normas, pues solo de esa forma pueden evitar ordenar a la autoridad responsable la aplicación de normas contrarias a los derechos humanos, lo que resultaría contrario al artículo primero constitucional.[52]

La negativa a extender el control *ex officio* se había justificado también en la defensa de otros principios e instituciones procesales relevantes. Abrir dicha posibilidad generaría inseguridad jurídica e implicaría el desconocimiento de instituciones como la preclusión y la cosa juzgada.

Sobre la preclusión y la cosa juzgada, la Corte sostendrá que no se ven afectadas por el ejercicio del control *ex officio*. En cuanto a la preclusión, ella tiene que ver con las obligaciones de las partes, no con las del juzgador. Y en relación con la cosa juzgada, no opera, en la medida en que el acto de aplicación está *sub judice*.[53] Por tanto, no ve en estas instituciones ningún obstáculo real.

La cuestión de la seguridad jurídica ameritará más argumentos. La Corte responderá que dicho valor, entendido como previsibilidad, no es absoluto y puede ser derrotado cuando entra en conflicto con otros valores como los derechos humanos.[54] En cierto sentido, lo que afirma es que la previsibilidad que debemos tener es que los derechos humanos conservarán esa característica de prevalencia como fundamento del orden jurídico. Dicho en otros términos, la Corte parece entender que la seguridad que importa es la que garantiza siempre la prevalencia de los derechos.

Lo cierto es que si el control constitucional debiera limitarse porque su ejercicio afecta la seguridad jurídica, tal vez deberíamos concluir que tal actividad no podría desplegarse nunca, o casi nunca. El control de constitucionalidad se funda en la idea de que estamos dispuestos a asumir lo que algunos podrían considerar un cierto grado de imprevisibilidad, generado, por ejemplo, por decidir algo que contradice lo que la ley establece, y que

52 *Ibidem*, párr. 194.

53 *Ibidem*, párrs. 235 y 243.

54 *Ibidem*, párr. 211.

se justificaría para favorecer otras situaciones que consideramos más valiosas en el marco del sistema jurídico, como la protección de los derechos. Además, esa aparente imprevisibilidad se puede reducir a una mínima expresión mediante, por ejemplo, la aplicación de precedentes consistentes.

Pero además, estas objeciones bien podrían sostenerse también para el caso del control de constitucionalidad ejercido a solicitud de parte, por lo que no tendría sentido impedir la adecuación de las formas procesales del juicio de amparo para dar cabida al control *ex officio*. Sin embargo, la Corte sí aprecia que existe una diferencia entre uno y otro supuesto. En el caso del control ejercido a petición de parte, la contraparte podrá alegar lo que a su derecho convenga; en cambio, en el caso del control oficioso no. Por ello, realizará un ajuste mediante la introducción de una regulación para el ejercicio del control *ex officio*, el cual, en cierta medida, materializa el principio de contradicción en el proceso. Esta medida consistirá en el deber de los tribunales que realicen control *ex officio* de publicar el proyecto de resolución con el estudio de constitucionalidad, para que la otra parte, en un plazo de tres días, pueda expresar lo que a su derecho convenga.[55]

Con estos argumentos, la Corte modificó su determinación anterior y estableció que los órganos del Poder Judicial de la Federación deben realizar control de regularidad constitucional *ex officio* tanto en amparo directo como indirecto, no solo respecto a las disposiciones procesales que regulan el juicio de amparo, sino también sobre las normas procesales y sustantivas aplicadas en el acto reclamado.[56]

El análisis efectuado permite concluir, en primer lugar, que el control de constitucionalidad en México se encuentra en desarrollo y aún no ha adquirido su fisonomía definitiva. Algunos de los hitos determinantes del proceso evolutivo del sistema mexicano de control judicial, tales como la reforma constitucional de derechos humanos y la resolución del expediente va-

[55] *Ibidem*, párr. 229.

[56] Tesis P./J. 2/2022 (11a.), Pleno, *Gaceta del Semanario Judicial de la Federación,* Undécima Época, lib. 10, febrero de 2022, t. I, p. 7. Contradicción de tesis.

rios 912/2010, significaron pasos fundamentales para generar la identidad del sistema, pero, al mismo tiempo, son solo los primeros pasos de un proceso en desarrollo, con algunos momentos de expansión y otros de contracción.

La decisión tomada en el amparo directo en revisión 1046/2012 es expresión de uno de esos momentos de contracción apuntados, en los cuales se tomaron decisiones que limitaron o restringieron la potencialidad del modelo, al acotar los alcances del control constitucional *ex officio* en el marco del juicio de amparo. En sentido contrario, la decisión adoptada en la contradicción de tesis 351/2014 es un momento de corrección, de cambio de rumbo en un sentido positivo, por cuanto expande los contornos del juicio de amparo para permitir el desarrollo del control de constitucionalidad *ex officio*.

Para ello fue necesario superar problemas y objeciones en dos planos diferentes, aunque estrechamente unidos. Por un lado, se afrontaron confusiones conceptuales. Esta decisión de la Corte aportó algo de claridad al respecto. En segundo término, ofreció un escenario óptimo para poner a prueba los medios para adecuar las formas adjetivas a las nuevas exigencias sustantivas planteadas desde los derechos humanos y los cambios sistémicos motivados por ellos.

A partir de esta decisión, el juicio de amparo ha expandido su espectro protector y permitirá, de ahí en adelante, un ejercicio robusto del papel de los órganos integrantes del Poder Judicial Federal, como actores esenciales en el ejercicio del control de regularidad constitucional.

IV. El control en el ámbito de la justicia electoral

La Constitución de la Ciudad de México fue publicada el 5 de febrero de 2017 y estableció un variado y ambicioso catálogo de derechos. Debido a ello, y por ese solo hecho, desde ese momento la ciudad sería llamada por algunos C*iudad de derechos*. La idea de convertir a la Ciudad de México en una ciudad de derechos orientó el proceso constituyente y, una vez instaurada la

nueva Constitución, debería también guiar el comportamiento de autoridades y particulares. Se quiso enfatizar un compromiso robusto con la agenda de los derechos y encauzar, de manera clara, la actividad del Estado hacia su cumplimiento y desarrollo.

La nueva Constitución también postuló que la ciudad sería *democrática*. El artículo 7 establece el derecho a un Gobierno democrático y a la participación política paritaria. Una de las expresiones o materializaciones de este derecho, concebido de manera amplia, es el derecho de las personas originarias de la ciudad que residan fuera del país a votar y ser votadas en elecciones locales.

Para el desarrollo de los derechos político-electorales reconocidos a las personas originarias de la Ciudad de México residentes en el extranjero, el Código Electoral de la Ciudad de México, promulgado el 7 de junio de 2017, estableció la figura de la diputación migrante. De conformidad con el artículo 4, B, III, de dicho código, la diputación podrá ser ejercida por las personas originarias de la ciudad residentes en el extranjero, que cumplan con los requisitos de nacionalidad y ciudadanía establecidos en la Constitución Federal y las leyes respectivas, y que aspiren al cargo de diputada o diputado por el principio de mayoría relativa. También, el artículo 6 reconoció el derecho de las personas originarias de la ciudad y residentes en el extranjero a emitir su voto para la elección de la jefatura de Gobierno y de diputaciones migrantes al congreso local que representarían a los migrantes originarios de la ciudad. Por último, el artículo 13 determinó que las personas indicadas podrán ejercer derecho al sufragio, de acuerdo con lo que determinen los lineamientos elaborados por el instituto electoral local.

Así, el Instituto Electoral de la Ciudad de México inició los trabajos encaminados al cumplimiento de tal objetivo. En primer lugar, se constituyó un comité denominado Comité Especializado en torno a la figura de la Diputación Migrante, que llevó a cabo múltiples actividades, entre ellas: la realización de foros de especialistas, estudios comparativos dirigidos a conocer las mejores experiencias internacionales, el diseño de protocolos de coordinación con la ciudadanía, la elaboración de un plan de trabajo que incluyó la generación de un protocolo para llevar a cabo una reunión con la ciudadanía originaria residente en el extranjero

con liderazgo, y se emitió un informe final de actividades y resultados del Comité, así como un dictamen u opinión técnica sobre la implementación de la figura de la diputación migrante.

En 2020, y a contracorriente del camino seguido hasta el momento, el congreso local derogó los artículos del Código Electoral local que regulaban la figura de la diputación migrante. Quienes impulsaron la derogación adujeron, en primer lugar, que dicha figura tenía un fundamento algo endeble en la Constitución local, pues la iniciativa de Constitución que en su momento fue presentada para las deliberaciones de la asamblea constitucional reguló de manera expresa la figura en cuestión, pero luego de las discusiones constitucionales se decidió no incluir la mención expresa y el texto quedó como ya ha sido indicado, es decir, con la mención expresa del derecho de los migrantes originarios de la ciudad a votar y ser votados, sin más especificaciones. La misma autoridad dictaminadora reconoció que, posteriormente, el poder legislativo local interpretó la disposición constitucional y estableció la figura de la diputación migrante. Sin embargo, se aclaró que, en atención a la falta de mención expresa en el texto constitucional, nada impide que el legislador ordinario, en ejercicio de su libertad configuradora, decida eliminar la diputación migrante cuando se estime procedente. Así sucedió, y las razones aducidas para ello fueron las dificultades técnicas para implementar la figura y el alto costo económico.

Pocos días después, dos personas de ciudadanía mexicana y residentes en el extranjero presentaron un juicio de ciudadanía local (TECDMX-JLDC-003/2020) contra el decreto derogatorio, por considerar que la eliminación de la figura de la diputación migrante restringía el derecho de las personas originarias de la ciudad residentes en el extranjero a votar y ser votadas, derecho que, según ellas, se encontraba reconocido en la Constitución local. En su opinión, la afectación provocada por la derogación irradió efectos en dos planos: por un lado, en la esfera individual de su derecho a votar y ser votadas por y para una diputación migrante; por el otro, en una dimensión colectiva del derecho, pues resulta lesionado el derecho a la participación política de quienes pertenecen a la colectividad de personas originarias y residentes en el extranjero, así como el de ser repre-

sentadas como grupo en el congreso local. Adicionalmente, los actores señalaron que con el decreto derogatorio también se violaría el principio de progresividad, pues antes de la derogación se permitía una dimensión del ejercicio de este derecho de la que ahora están siendo privados.

El Tribunal Electoral de la Ciudad de México se declaró incompetente para sustanciar y resolver el asunto, y la parte actora promovió un juicio de ciudadanía federal contra esa determinación ante la Sala Regional del Tribunal Electoral del Poder Judicial de la Federación. Se integró el expediente y se le asignó el número SCM-JDC-27/2020. La decisión de la Sala Regional sería objeto de un recurso de reconsideración, que sería resuelto por la Sala Superior del Tribunal Electoral en el expediente SUP-REC-88/2020. El estudio de estas resoluciones resulta de interés, dadas las discusiones acerca del tipo de control que podía ser llevado a cabo por el tribunal constitucional local que se generaron en las diversas instancias.

El tribunal electoral local se declaró incompetente para atender el reclamo de la parte actora por tres motivos: *i)* la inexistencia de violación a derechos político-electorales; *ii)* la inexistencia de un acto concreto de aplicación (y, por ende, de afectación, según el Tribunal) y, por lo tanto, *iii)* no se estaba solicitando un ejercicio de control concreto, sino abstracto, y tal tipo de control solo puede ser realizado por la Suprema Corte de Justicia de la Nación a través de la acción de inconstitucionalidad.

A simple vista es posible apreciar dos cosas: la falta de solidez de los argumentos aducidos, y la clara intención de no conocer del asunto. Las razones están concatenadas: si se sostiene que en el caso no hay derechos político-electorales en juego —afirmación sin sustento, como veremos—, se inhibe la procedencia del juicio para la protección de los derechos político-electorales, cuyo objeto es justamente la protección de tales derechos. Luego, como la afirmación sobre la inexistencia de derechos político-electorales no se sostiene, se recurre a la inexistencia de un acto de aplicación, es decir, si definitivamente no resultara convincente la afirmación acerca de la inexistencia de derechos político-electorales en juego, tal vez lo sea la alegada inexistencia de acto concreto que afectara los derechos. No existe acto de

aplicación —sostuvo el Tribunal— y, por lo tanto, tampoco una afectación personal, por lo que el proceso no tendría materia. Veremos que esta idea tampoco se sostiene. Por último, el tribunal local afirmó que si no hay acto de aplicación, no estamos ante un supuesto de control concreto. Y de ser ese el caso, entonces se le estaría pidiendo que realice un tipo de control abstracto, para el cual el juicio ciudadano no es el medio, ni es competente el tribunal local para practicarlo.[57]

El análisis posterior de la Sala Regional establecerá una serie de precisiones acerca del sistema de control jurisdiccional en México que más adelante serán retomadas por la Sala Superior al estudiar el recurso de reconsideración SUP-REC-88/2020, en el cual se resolverá definitivamente el objeto del análisis. También asomarán importantes cuestiones conceptuales que evidenciarán un empleo descuidado de los conceptos, lo que en ocasiones genera malos entendidos, como los que se presentaron en este caso y de los que procuraremos dar cuenta.

La declaración de incompetencia fue combatida mediante un juicio de protección de los derechos político-electorales del ciudadano federal. En sus agravios, la parte actora planteó ante la Sala Regional que la sentencia del tribunal local violó en su perjuicio los derechos a un recurso judicial efectivo y a la garantía judicial, con apoyo en los artículos 8 de la Declaración Universal de los Derechos Humanos,[58] XVIII de la Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre,[59] 2.3 del Pacto Internacional de

[57] Sala Regional Ciudad de México del Tribunal Electoral del Poder Judicial de la Federación, Juicio para la protección de los derechos político-electorales del ciudadano SCM-JDC-27/2020, de 2 de junio de 2020. Parte actora: María García Hernández y Juventino Yitzhak Montiel-García. Responsable: Tribunal Electoral de la Ciudad de México. Magistrado: José Luis Ceballos Daza. Secretarios: René Sarabia Tránsito y José Rubén Luna Martínez, pp. 24-28.

[58] Declaración Universal de los Derechos Humanos, art. 8. Toda persona tiene derecho a un recurso efectivo ante los tribunales nacionales competentes, que la ampare contra actos que violen sus derechos fundamentales reconocidos por la constitución o por la ley.

[59] Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre, art. XVIII. Toda persona puede ocurrir a los tribunales para hacer valer sus derechos. Asimismo debe disponer de un procedimiento sencillo y breve por

Derechos Civiles y Políticos[60] y 25 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos,[61] porque no se analizaron las afectaciones producidas por el cambio legislativo derogatorio, y por la violación que tal derogación implicó para sus derechos político-electorales, lo que fue objeto del segundo agravio e implicó la violación de los artículos 23 de la Convención Americana[62] y 25

el cual la justicia lo ampare contra actos de la autoridad que violen, en perjuicio suyo, alguno de los derechos fundamentales consagrados constitucionalmente.

60 Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, art. 2.3.3. Cada uno de los Estados Partes en el presente Pacto se compromete a garantizar que: a) Toda persona cuyos derechos o libertades reconocidos en el presente Pacto hayan sido violados podrá interponer un recurso efectivo, aun cuando tal violación hubiera sido cometida por personas que actuaban en ejercicio de sus funciones oficiales; b) La autoridad competente, judicial, administrativa o legislativa, o cualquiera otra autoridad competente prevista por el sistema legal del Estado, decidirá sobre los derechos de toda persona que interponga tal recurso, y desarrollará las posibilidades de recurso judicial; c) Las autoridades competentes cumplirán toda decisión en que se haya estimado procedente el recurso.

61 Convención Americana sobre Derechos Humanos, art. 25. Protección judicial. 1. Toda persona tiene derecho a un recurso sencillo y rápido o a cualquier otro recurso efectivo ante los jueces o tribunales competentes, que la ampare contra actos que violen sus derechos fundamentales reconocidos por la Constitución, la ley o la presente Convención, aun cuando tal violación sea cometida por personas que actúen en ejercicio de sus funciones oficiales. 2. Los Estados Partes se comprometen: a) a garantizar que la autoridad competente prevista por el sistema legal del Estado decidirá sobre los derechos de toda persona que interponga tal recurso; b) a desarrollar las posibilidades de recurso judicial, y c) a garantizar el cumplimiento, por las autoridades competentes, de toda decisión en que se haya estimado procedente el recurso.

62 *Ibidem*, art. 23. Derechos políticos: 1. Todos los ciudadanos deben gozar de los siguientes derechos y oportunidades: a) de participar en la dirección de los asuntos públicos, directamente o por medio de representantes libremente elegidos; b) de votar y ser elegidos en elecciones periódicas auténticas, realizadas por sufragio universal e igual y por voto secreto que garantice la libre expresión de la voluntad de los electores, y c) de tener acceso, en condiciones generales de igualdad, a las funciones públicas de su país. 2. La ley puede reglamentar el ejercicio de los derechos y oportunidades a que se refiere el inciso anterior, exclusivamente por razones de edad, nacionalidad, residencia, idioma, instrucción, capacidad civil o mental, o condena, por juez competente, en proceso penal.

del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos,[63] sobre derechos políticos.

En relación con sus derechos político-electorales, los actores alegaron que se vulneró su derecho a votar y ser votados, pues la eliminación de la figura de la diputación migrante se tradujo en una restricción al derecho a contender para ser electos para el cargo de representación en el congreso local.[64] Puntualmente, señalaron la falta de criterios objetivos y razonables para sustentar la restricción a sus derechos políticos, que es en lo que en definitiva se tradujo la derogación de las disposiciones del Código Electoral.

Para llevar a cabo el análisis no se seguirá la estructura propuesta en la propia sentencia. En su lugar, se han identificado los principales temas abordados por la Sala Regional y serán estudiados en el siguiente orden: en primer término se analizará la naturaleza de los derechos que estuvieron en juego en el presente caso; en segundo lugar se revisará la competencia del tribunal local para realizar el estudio que declinó efectuar y, a propósito de esta cuestión, se abordará el estudio del control constitucional que deben realizar los órganos jurisdiccionales locales en el marco del sistema mexicano de control jurisdiccional de constitucionalidad y convencionalidad, cuestión que nos importa de manera especial; por último, se analizarán las formas específicas de violación a los derechos político-electorales de este caso.

La decisión del tribunal local desconoció la naturaleza de los derechos en juego en el caso; de hecho, negó que las pretensiones de la parte actora se vincularan con afectaciones a derechos político-electorales. De esa forma, se pretendió impedir la procedencia del juicio de ciudadanía local, justamente concebido para la protección de tales derechos.

---

63 Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, art. 25. Todos los ciudadanos gozarán, sin ninguna de la distinciones mencionadas en el artículo 2, y sin restricciones indebidas, de los siguientes derechos y oportunidades: a) Participar en la dirección de los asuntos públicos, directamente o por medio de representantes libremente elegidosb) Votar y ser elegidos en elecciones periódicas, auténticas, realizadas por sufragio universal e igual y por voto secreto que garantice la libre expresión de la voluntad de los electores; c) Tener acceso, en condiciones generales de igualdad, a las funciones públicas de su país.

64 SCM-JDC-27/2020, *cit.*, pp. 29-31.

La Sala Regional se encargará de afirmar que, en el caso, los derechos en juego son derechos político-electorales. El punto de partida para comprender el carácter de los derechos en juego es analizar si la eliminación de la figura de la diputación migrante produce una afectación en el derecho al sufragio de los actores. La Sala Regional entenderá que, al eliminar la figura de la diputación migrante, se suprimió la posibilidad de ejercer el voto activo para elegir representantes de los migrantes y, a la vez, se eliminó la posibilidad de ejercer el voto pasivo y postularse para ser electos como diputados y diputadas migrantes.[65]

Los derechos políticos son aquellos que confieren a su titular la facultad de participar en los asuntos públicos de un determinado Estado y posibilitan su participación política.[66] Tal participación puede tener como finalidad tomar una decisión política o elegir a aquellos en quienes se depositará la representación política para tomar tales decisiones. Una subespecie de estos derechos son los político-electorales, que se distinguirían de aquellos porque en su ejercicio se emplea la técnica del voto. El derecho a participar en consultas, a asociarse con fines políticos, a afiliarse a partidos políticos y al sufragio activo y pasivo, entre otros, serían ejemplos de derechos político-electorales.[67]

El derecho al sufragio es un derecho fundamental de naturaleza político-electoral, consistente en la facultad atribuida a los miembros de una comunidad política para tomar decisiones políticas mediante el voto, o bien, participar de órganos representativos por medio del voto. Este derecho puede ser entendido en dos sentidos: uno subjetivo, otro objetivo. En su sentido subjetivo, se concibe como la facultad de la persona titular, garantizada por el ordenamiento jurídico, para votar y presentarse como candidato y de no votar y no presentarse como candidato. En su sentido objetivo, se trata de un principio básico del sistema democrá-

65 SCM-JDC-27/2020, *cit*., pp. 30-32.

66 Picado, Sonia, "Derechos políticos como derechos humanos", en Nohlen, Dieter *et al.* (comps.), *Tratado de derecho electoral comparado de América Latina*, 2a. ed., México, FCE, 2007, p. 48.

67 Astudillo Reyes, César I., "Los derechos político-electorales", en Astudillo Reyes, César I. (coord.), *El derecho electoral en el federalismo mexicano*, México, IIJ-UNAM-INHERM, 2018, p. 102.

tico que posibilita su operación, ya sea para la toma de decisiones públicas o para, de manera más específica, formalizar la representación política.[68]

A su vez, en su sentido subjetivo, el sufragio tiene dos expresiones: el sufragio activo y el sufragio pasivo. El primero consiste en el derecho individual de voto que tiene cada persona con capacidad para participar en cualquier votación, incluyendo elecciones.[69] El segundo es el derecho individual a ser elegible y a presentarse como candidato en las elecciones para cargos públicos.[70]

A lo largo de la historia, el derecho al sufragio se ha expandido, sobre todo respecto a las personas a las que se les reconoce tal derecho. En general se reconoce a los nacionales residentes en el país; sin embargo, el proceso de expansión apuntado permitió incluir como sujetos activos de su ejercicio a más personas, agregando más dimensiones al derecho, tanto para su expresión activa como pasiva.

En nuestro país, el ejercicio al voto activo se amplió progresivamente a los nacionales residentes en el extranjero; primero para la elección del titular del poder ejecutivo, luego para la elección de senadores, gobernadores y jefe de Gobierno de la Ciudad de México. La expansión también ha incluido las dimensiones del voto pasivo al admitirse las candidaturas independientes. Este proceso ha implicado avances significativos en la configuración del contenido del derecho al sufragio.

La inclusión de la figura de la diputación migrante en la Ciudad de México es una manifestación del proceso de expansión apuntado y consistió en el reconocimiento del derecho de las personas originarias de la ciudad residentes en el exterior a votar a favor de alguno de los integrantes de ese grupo para ocupar una curul en el Congreso de la Ciudad de México, y a postularse para

---

68 Aragón, Manuel, "Derecho al sufragio: principio y función", en Nohlen, Dieter *et al.* (comps.), *op. cit.*, p. 164.

69 *Ibidem*, p. 180.

70 *Ibidem*, p. 185. Véase también Orozco Henríquez, J. Jesús, *Justicia electoral y garantismo jurídico*, México, Porrúa, 2006, pp. 303 y 304.

ser elegido o elegida como diputado o diputada migrante por los demás integrantes del grupo.

La diputación migrante es producto de procesos y prácticas transnacionales gracias a las cuales múltiples actividades y prácticas sociales traspasan las fronteras nacionales. Las migraciones internacionales han incrementado exponencialmente estos procesos, y para explicarlos se ha propuesto el término "transnacionalismo", con el que se busca describir y comprender las actividades sociales, políticas, económicas, culturales y de diversa índole mediante las cuales los migrantes participan a través de las fronteras en sus países de origen.[71]

Los estudios sobre transnacionalismo incluyen prácticas muy variadas, que van desde el envío de remesas, la comunicación y viajes, intercambios culturales[72] e, incluso, se ha desarrollado un sector específico dedicado al *transnacionalismo político,* que tiene como objeto de estudio la influencia política de los migrantes en su país de origen. Este sector abarca actividades electorales tales como la participación política a través del ejercicio de derechos político-electorales y las contribuciones económicas a campañas políticas y actividades no electorales, como las donaciones para el desarrollo de infraestructura.[73]

La participación política de los migrantes en sus países de origen es compleja y puede obedecer a causas diversas. Evidentemente, para los migrantes significa una posibilidad de reforzar la pertenencia a la comunidad,[74] pero las respuestas pueden no ser tan claras cuando se trata de explicar las razones por las cuales los Estados se interesan en generar políticas de vinculación de los migrantes, como aquellas que tienen que ver con la partici-

---

71 Lafleur, Jean-Michel, "Transnacionalismo, diáspora y voto en el exterior", en Lafleur, Jean-Michel (ed.), *Diáspora y voto en el exterior. La participación política de los emigrantes bolivianos en las elecciones de su país de origen,* Barcelona, CIBOD, 2012, p. 18.

72 Waldinger, Roger, "Más allá del transnacionalismo: una perspectiva alternativa de la conexión de los inmigrantes con su país de origen", *Migraciones Internacionales*, vol. 7, núm. especial 1, 2013, p. 191.

73 Lafleur, Jean-Michel, *op. cit*., p. 20.

74 *Ibidem*, p. 21.

pación política, entre ellas las diputaciones migrantes. Los intereses de los Estados en fortalecer las políticas de vinculación pueden deberse a la posibilidad de captar remesas o a su intención de mejorar su posición de negociación con el país receptor cuando los migrantes hacen *lobby* o encabezan negocios transnacionales.[75] Sin embargo, estos enfoques centrados en los intereses de los Estados no resultan útiles para comprender a las políticas de vinculación como medios que eventualmente tienden a expandir los derechos de los migrantes. Por el contrario, el énfasis en estas perspectivas puede reforzar la discrecionalidad de los Estados al momento de decidir dar marcha atrás en el reconocimiento de derechos de las personas originarias no residentes, como sucedió en este caso.

Desde una perspectiva de derechos, el desarrollo de formas de vinculación política con los migrantes ha propiciado la aceptación de una nueva categoría de ciudadanía: la política externa o extraterritorial,[76] que supera el concepto tradicional de ciudadanía, anclado en la noción de la residencia como configurador de la pertenencia a la comunidad política. Este enfoque puede resultar más adecuado para comprender que la discusión sobre la diputación migrante es una discusión sobre derechos político-electorales.

La ciudadanía extranjera puede presentar diversas manifestaciones, entre ellas:

i) el derecho de los migrantes a ser consultados sobre asuntos que les conciernen, normalmente a través de las asociaciones que los aglutinan;
ii) el derecho a ser representados por organizaciones formalmente reconocidas;
iii) permitir la representación en los congresos de los lugares de origen y, por último,
iv) el voto en el exterior.[77]

[75] *Ibidem*, p. 22.

[76] Fitzgerald, David, "Rethinking Emigrant Citizenship", *New York University Law Review*, vol. 81-90, 2006, p. 99.

[77] Lafleur, Jean-Michel, *op. cit*., p. 24.

Las diputaciones migrantes son, entonces, expresión de la ciudadanía, expresión de una de sus dimensiones, o bien, de los derechos político-electorales derivados del carácter de ciudadanos no residentes o externos.

Cuando la legislatura local interpretó la Constitución de la ciudad e incorporó la figura de la diputación migrante, reconoció una nueva dimensión del ejercicio de los derechos político-electorales de las personas originarias no residentes, lo que implicó, a su vez, el desarrollo progresivo del derecho.

El tribunal local se declaró incompetente para estudiar el asunto aduciendo que, en el caso, se solicitó el ejercicio de un control de tipo abstracto, y esa clase de estudios corresponde a la Suprema Corte de Justicia de la Nación mediante la acción abstracta de inconstitucionalidad.

Esta decisión se sustenta en algunas imprecisiones conceptuales cuyo estudio será abordado en primer lugar. Posteriormente comentaremos el análisis efectuado por la Sala Regional y por la Sala Superior respecto a las competencias del tribunal local. Para finalizar esta sección, se ofrecerán algunas ideas con las que se pretende contribuir a una mejor comprensión del sistema de control constitucional y convencional en nuestro país.

A juicio del tribunal local, el reclamo de la parte actora no debería haberse canalizado por medio del juicio de protección de derechos local. Una de las razones que sustentan esta idea es que, para el tribunal local, la parte actora no ha sufrido afectaciones o no las ha acreditado y, por tanto, no hay violaciones al derecho al sufragio, según lo expuesto en el apartado anterior.

Debido a la falta de afectaciones, el tribunal entiende que el tipo de control que se le solicita que ejerza es abstracto —y no concreto, que es el tipo de control que se realiza a través del juicio de ciudadanía local—. Para la responsable, la viabilidad de ejercer el tipo de control concreto depende exclusivamente de la existencia de un acto de aplicación que "concretice" la norma. Si no hay acto de aplicación no hay afectación y, en consecuencia,

no hay posibilidad de ejercer control concreto.[78] Este es, en síntesis, el razonamiento del tribunal.

La distinción entre control abstracto y concreto puede resultar compleja y jurídicamente imprecisa.[79] Para intentar reducir en alguna medida dicha complejidad, puede resultar útil comenzar por establecer una idea básica respecto a uno y otro tipo de control.

En líneas generales, por "control concreto de la ley" se puede entender aquel que se realiza con ocasión de la aplicación de la ley a un caso, y por "control abstracto de la ley" aquel que se efectúa sin que medie la aplicación de la ley a un caso.

La distinción surgió en la doctrina alemana con el objetivo de diferenciar entre el tipo de control realizado por el Tribunal Constitucional en el marco de la acción de inconstitucionalidad promovida por ciertos grupos políticos e instituciones a los cuales se les reconoce legitimación activa y el tipo de control concreto que el mismo Tribunal realiza a instancias de un juez o tribunal con ocasión del planteamiento de una cuestión de inconstitucionalidad en el marco de un proceso, cuyo objeto principal no es estudiar la constitucionalidad de la ley, pero cuyo estudio se debe hacer a causa de las dudas que genera su aplicación al caso estudiado en el proceso.[80]

La diferencia entre ambos tipos de control también se ha deducido a partir de la afirmación de que el control concreto es el que se realiza de manera incidental, con ocasión de la resolución de un caso, mientras que el abstracto es el que se lleva a cabo de forma desvinculada de los casos concretos, es decir, de los procesos comunes en los cuales se deba aplicar la ley en cuestión.[81]

---

78 SCM-JDC-27/2020, *cit.*, p. 27.

79 Faller, Hans Joachim, "Defensa constitucional por medio de la jurisdicción constitucional en la República Federal de Alemania", *Revista de Estudios Políticos*, núm. 7, enero-febrero de 1979, p. 53.

80 Brage Camazano, Joaquín, *La acción de inconstitucionalidad*, México, UNAM, 2000, p. 79.

81 Cappelletti, Mauro, *Obras: La justicia constitucional y Dimensiones de la justicia en el mundo contemporáneo*, México, Porrúa-UNAM, 2007, pp. 86-88.

Las explicaciones precedentes son correctas, sin embargo, al vincular otras notas caracterizadoras del control jurisdiccional, aquellas que mejor dan cuenta de lo concreto y abstracto del control parecen quedar subsumidas en uno y otro adjetivo y, de esta forma, son asumidas como notas características del control abstracto o concreto. Por ejemplo, cuando se afirma que el control concreto es aquel que se realiza en el marco de un proceso con ocasión de la aplicación de la ley, parece que estamos incorporando otra característica a tal tipo de control (en este caso, que es incidental) o que el control concreto siempre se realiza de manera incidental, asimilando ambos términos.

Al considerarlo así se corre el riesgo de dejar fuera al elenco de posibles expresiones del control concreto: aquel que se realiza en un caso, en el marco de un proceso que tiene por objeto no la resolución de un conflicto común, sino en el que se ataca de modo directo la ley aplicada y el acto de aplicación, o solo la ley, porque aún no ha sido aplicada pero es de inminente aplicación o de individualización incondicionada, casos en los cuales su sola entrada en vigor produce afectación.

También puede resultar confuso definir el control abstracto en función de la cuestión de la legitimación activa con la que cuentan los órganos estatales —supuesto típico en los sistemas europeos—,[82] porque la cuestión del control concreto y abstracto es diferente a la cuestión de la legitimación. Como sostiene Ferreres, en algunos sistemas, los particulares pueden plantear acciones abstractas contra leyes cuando les afecten o incluso si no hay afectación.[83]

El supuesto planteado es correcto, pero también merece una aclaración. Resulta acertado afirmar que la cuestión de la legitimación activa es diferente y, por tanto, la médula del control abstracto no puede identificarse a partir de allí. Pero el supuesto planteado en la explicación sobre la existencia de controles abstractos mediando afectación a un particular que plantea el medio de control resulta problemático porque, si "abstracto" significa abstracción de hechos y circunstancias, puede no resultar sencillo ni conveniente omitir mención alguna a las afectaciones.

---

82 Faller, Hans Joachim, *op., cit.,* p. 53.

83 Ferreres Comella, Víctor, *op. cit*., p. 114.

Con estas precisiones resulta posible dar unos pasos más en aras de ajustar los conceptos de controles abstractos y concretos. El control abstracto sería el llevado a cabo contra una ley, en interés del orden constitucional[84] y no en defensa de los derechos de quienes lo provoquen. El control concreto sería el efectuado ya sea de manera directa o indirecta, contra una ley, en virtud del daño que su aplicación produzca a los derechos de una persona o grupo, o bien de manera directa, es decir, ante el menoscabo que provoque a los derechos de las partes, independientemente de su aplicación y con su sola entrada en vigor.

De este modo, se propone que para configurar el control concreto se atienda no solo a una noción limitada y estricta de aplicación, sino a una más compleja de afectación, que incluye la aplicación, las amenazas de aplicación, las aplicaciones inminentes, discriminaciones normativas y la eliminación de posiciones jurídicas, entre otras posibles formas de violar derechos. En todos esos supuestos, las personas cuyos derechos resultan lesionados deben explicitar la relación circunstanciada entre su derecho y los actos y omisiones de los agentes que provocan la afectación. Esta relación es la que configura un ejercicio de control concreto.

Hechas estas aclaraciones conceptuales, es momento de analizar el estudio realizado por la Sala Regional. En relación con la cuestión de la excusa del control abstracto en la que el tribunal local sostiene su incompetencia, la Sala explicará que en el sistema de control constitucional jurisdiccional mexicano es posible llevar a cabo el control abstracto de normas. Y efectivamente, ese tipo de control es realizado por la Suprema Corte de Justicia de la Nación a través de las acciones de inconstitucionalidad.[85]

El tipo de control que debió haber llevado a cabo el tribunal local es de tipo concreto, y es competente para ejercerlo.[86] Para responder a la negativa de la responsable de efectuar control constitucional, la Sala ofrecerá una descripción de los cambios

[84] Favoreu, Louis, *op. cit.,* p. 36.

[85] SCM-JDC-27/2020, *cit.,* p. 38.

[86] *Ibidem*, pp. 38 y 39.

operados en el sistema mexicano de control jurisdiccional y los cambios estructurales generados tanto por la reforma constitucional en materia de derechos humanos de 10 de junio de 2011 como por la resolución del expediente varios 912/2010 por la Suprema Corte de Justicia de la Nación, a los que nos hemos referido.

Con motivo de los cambios estructurales, la Sala Regional entiende que el tribunal local debió haber realizado control de oficio, como autoridad jurisdiccional con facultades de control constitucional en el marco de los procesos para cuyo conocimiento es competente.[87]

El tribunal local no efectuó el control por considerar —de manera incorrecta— que no había nada que controlar, debido a que no había acto de aplicación de la norma. Por el contrario, la Sala comprenderá que no es la aplicación de ningún acto lo que aquí se reclama, sino la afectación producida por la derogación de las normas que suprimieron la figura de la diputación migrante y, con ella, una nueva dimensión del derecho a votar y ser votado.[88]

En su análisis, la Sala entenderá que la afectación se genera porque la derogación excluye a la parte actora del ejercicio de su derecho político-electoral. En el caso, incluso, exigir algún acto de aplicación podría haber hecho nugatorio el derecho de la parte actora, en atención a los tiempos electorales.[89] Efectivamente, una vez más, la cuestión de la afectación es determinante en el caso.

Cuando de leyes se trata, estas pueden generar afectación de dos formas: por su sola entrada en vigor, o por servir de fundamento a un acto de aplicación que concreta sus efectos. A estas formas de afectación obedece la conocida distinción entre normas autoaplicativas y heteroaplicativas.[90] Para el caso,

87 *Ibidem*, p. 40.

88 *Ibidem*, p. 41.

89 *Ibidem*, p. 42.

90 Campuzano Gallegos, Adriana, *Manual para entender el juicio de amparo teórico práctico*, México, Thomson Reuters, 2019, pp. 202-204.

resulta particularmente relevante el concepto de "leyes autoaplicativas", pues ellas no requieren de ningún otro acontecimiento posterior para concretarse, tal como ha sido establecido por la Suprema Corte de Justicia de la Nación.[91]

En aras de entender con mayor precisión el tipo de afectación que produjo la ley por su sola entrada en vigor, resulta necesario recordar algunas nociones elementales sobre derechos

[91] Tesis 1a. CCLXXXII/2014 (10a.), *Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta*, Décima Época, lib. 8, julio de 2014, t. I, p. 149, de rubro y texto: Leyes autoaplicativas. Normas que actualizan esta calificatoria sobre la base del interés legítimo. Tratándose de interés legítimo, se entenderá que son normas autoaplicativas aquellas cuyos efectos ocurran en forma incondicionada, esto es, sin necesidad de un acto de aplicación, lo que sucede cuando se constata la afectación individual o colectiva, calificada, actual, real y jurídicamente relevante de la parte quejosa con la mera entrada en vigor de la ley, es decir, una afectación a la esfera jurídica del quejoso en sentido amplio, que puede ser de índole económica, profesional, de salud pública o de cualquier otra, siempre que dicho interés esté garantizado por un derecho jurídico objetivo y que pueda traducirse, en caso de concederse el amparo, en un beneficio al quejoso. Conforme a esta definición de interés legítimo, los quejosos no deben ser destinatarios directos de la ley impugnada, sino que es suficiente que sean terceros que resientan una afectación incondicionada, pues se requiere un análisis integral de las relaciones jurídicas en que se encuentran los particulares, siendo en el contexto de este tráfico de relaciones donde se puede apreciar la afectación de la ley. Por tanto, las normas autoaplicativas, en el contexto del interés legítimo, sí requieren de una afectación personal, pero no directa, sino indirecta, la cual puede suceder en tres escenarios distintos: a) Cuando una ley establezca directamente obligaciones de hacer o no hacer a un tercero, sin la necesidad de un acto de aplicación, que impacte colateralmente al quejoso —no destinatario de las obligaciones— en un grado suficiente para afirmar que genera una afectación jurídicamente relevante; b) Cuando la ley establezca hipótesis normativas que no están llamados a actualizar los quejosos como destinatarios de la norma, sino terceros de manera inmediata sin la necesidad de un acto de aplicación, pero que, por su posición frente al ordenamiento jurídico, los quejosos resentirán algunos efectos de las consecuencias asociadas a esa hipótesis normativa; y/o c) Cuando la ley regule algún ámbito material e, independientemente de la naturaleza de las obligaciones establecidas a sus destinatarios directos, su contenido genere de manera inmediata la afectación jurídicamente relevante. En caso contrario, cuando se requiera un acto de aplicación para la consecución de alguno de estos escenarios de afectación, las normas serán heteroaplicativas.

fundamentales. Es útil comenzar por recordar que los derechos fundamentales pueden ser comprendidos como derechos subjetivos, lo que implica, a su vez, concebirlos desde el punto de vista analítico como un conjunto de posiciones jurídicas.[92]

Entre las diversas posiciones jurídicas que pueden ofrecer los derechos, es posible identificar la categoría de los derechos "a algo", dentro de los cuales se ubican los derechos a acciones negativas, una de cuyas expresiones es el derecho a la no eliminación de posiciones jurídicas, que consistiría, en definitiva, en un derecho a que el Estado no derogue normas.[93] Sobre esta cuestión regresaremos en la parte final del trabajo para abordar las razones de la violación, pero por el momento resulta oportuno plasmar la siguiente idea: la derogación se realiza mediante una ley que, como tal, puede generar una afectación, consistente en la eliminación de una posición jurídica, que sería del tipo de las afectaciones de individualización incondicionada, por lo que puede y debe ser controlada.

Por último, es preciso realizar algunas observaciones sobre la configuración actual del sistema de control jurisdiccional y el análisis efectuado por la Sala Regional. Hasta el momento hemos analizado las razones que postuló el tribunal local para no realizar su labor de control y el estudio por parte de la Sala Regional. El estudio se concentró en dos cuestiones principales: por un lado, la referida a si el tipo de control demandado en el caso era abstracto o concreto y, luego de esclarecer la diferencia entre uno y otro, concluimos que el tribunal local se equivocó en su comprensión de ambos tipos de control. En segundo término explicamos que, en alguna medida, el origen de la confusión anterior se puede encontrar en la estrecha visión del concepto de afectación. Sobre este asunto regresaremos, pero antes es necesario decir algo sobre la forma en la cual el órgano local aparentemente concibe su labor, y que llevó a la Sala Regional a recordarle sus deberes en materia de control constitucional.

---

92 Alexy, Robert, *Teoría de los derechos fundamentales*, Madrid, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, 1993, p. 186.

93 *Ibidem*, p. 194.

A lo largo de las últimas décadas, el sistema federal de control constitucional y los sistemas locales se han desarrollado y expandido para generar sistemas más robustos, que incrementen los ámbitos y posibilidades de control. La adopción del control de convencionalidad como una obligación de todas las autoridades —y particularmente de los jueces— implicó, como ya explicamos, por un lado, la aceptación del llamado control difuso —en realidad, del deber de los órganos jurisdiccionales locales de estudiar *ex officio* y, eventualmente, de manera incidental la constitucionalidad y convencionalidad de las leyes— y, por el otro, para los órganos federales, el deber de realizar ese mismo control y articularlo en el marco de los procesos constitucionales de su competencia, primordialmente el juicio de amparo.

Ahora bien, el ejercicio de este deber debe conciliarse con las atribuciones de control que los órganos judiciales locales tienen en el marco de sus propios ordenamientos locales. En el caso, el tribunal local puede realizar control constitucional respecto a las normas que debe aplicar considerando como parámetro la Constitución local, así como la federal, que en el caso en cuestión le habría permitido desarrollar el contenido del artículo 7.F.3 de la Constitución de la Ciudad de México, que contiene el derecho de las personas originarias de la ciudad residentes en el extranjero a votar y ser votadas, y podría haber efectuado el control en el marco del juicio de ciudadanía local. Pero claro, para ello debería haber comprendido de manera adecuada los derechos en juego y las formas de su afectación, lo que tampoco hizo.

En definitiva, la Sala Regional procuró recordarle al tribunal local su rol como autoridad con atribuciones para ejercer control constitucional.

A continuación se analizará el estudio realizado por la Sala Regional respecto a las afectaciones que la derogación normativa produjo a los actores. Antes de abordar las causas y formas de las violaciones, es importante comentar el estudio de la Sala acerca del interés legítimo de las partes actoras. Comenzó por explicar el concepto de interés legítimo y sus elementos, para lo que buscó apoyo en algunas tesis de la Suprema Corte, específicamente

de la Primera Sala —1ª/J38/2016 (10a.)—[94] y del Pleno —P./J. 50/2014 (10a.)—[95] para, posteriormente, identificar sus elemen-

[94] Tesis 1a./J. 38/2016 (10a.), *Gaceta del Semanario Judicial de la Federación*, lib. 33, agosto de 2016, t. II, p. 690, de rubro y texto: Interés legítimo en el amparo. Su diferencia con el interés simple. La reforma al artículo 107 constitucional, publicada en el Diario Oficial de la Federación el 6 de junio de 2011, además de que sustituyó el concepto de interés jurídico por el de interés legítimo, abrió las posibilidades para acudir al juicio de amparo. No obstante lo anterior, dicha reforma no puede traducirse en una apertura absoluta para que por cualquier motivo se acuda al juicio de amparo, ya que el Constituyente Permanente introdujo un concepto jurídico mediante el cual se exige al quejoso que demuestre algo más que un interés simple o jurídicamente irrelevante, entendido éste como el que puede tener cualquier persona por alguna acción u omisión del Estado pero que, en caso de satisfacerse, no se traducirá en un beneficio personal para el interesado, pues no supone afectación a su esfera jurídica en algún sentido. En cambio, el interés legítimo se define como aquel interés personal, individual o colectivo, cualificado, actual, real y jurídicamente relevante, que puede traducirse, en caso de concederse el amparo, en un beneficio jurídico en favor del quejoso derivado de una afectación a su esfera jurídica en sentido amplio, que puede ser de índole económica, profesional, de salud pública, o de cualquier otra. Consecuentemente, cuando el quejoso acredita únicamente el interés simple, mas no el legítimo, se actualiza la causal de improcedencia prevista en el artículo 73, fracción XVIII, de la Ley de Amparo, en relación con el numeral 107, fracción I, de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos.

[95] Tesis P./J. 50/2014 (10a.), *Gaceta del Semanario Judicial de la Federación*, Décima Época, lib. 12, noviembre de 2014, t. I, p. 60, de rubro y texto: Interés legítimo. Contenido y alcance para efectos de la procedencia del juicio de amparo (interpretación del artículo 107, fracción I, de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos). A consideración de este Tribunal Pleno de la Suprema Corte de Justicia de la Nación, el párrafo primero de la fracción I del artículo 107 de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos, establece que tratándose de la procedencia del amparo indirecto —en los supuestos en que no se combatan actos o resoluciones de tribunales—, quien comparezca a un juicio deberá ubicarse en alguno de los siguientes dos supuestos: (I) ser titular de un derecho subjetivo, es decir, alegar una afectación inmediata y directa en la esfera jurídica, producida en virtud de tal titularidad; o (II) en caso de que no se cuente con tal interés, la Constitución ahora establece la posibilidad de solamente aducir un interés legítimo, que será suficiente para comparecer en el juicio. Dicho interés legítimo se refiere a la existencia de un vínculo entre ciertos derechos fundamentales y una persona que compare-

tos configuradores, entre ellos: que el interés legítimo exige un vínculo entre la parte actora y un derecho reconocido en el ordenamiento, que la persona puede expresar un agravio diferenciado y que este sea real, cualificado, actual y jurídicamente relevan-

---

ce en el proceso, sin que dicha persona requiera de una facultad otorgada expresamente por el orden jurídico, esto es, la persona que cuenta con ese interés se encuentra en aptitud de expresar un agravio diferenciado al resto de los demás integrantes de la sociedad, al tratarse de un interés cualificado, actual, real y jurídicamente relevante, de tal forma que la anulación del acto que se reclama produce un beneficio o efecto positivo en su esfera jurídica, ya sea actual o futuro pero cierto. En consecuencia, para que exista un interés legítimo, se requiere de la existencia de una afectación en cierta esfera jurídica —no exclusivamente en una cuestión patrimonial—, apreciada bajo un parámetro de razonabilidad, y no sólo como una simple posibilidad, esto es, una lógica que debe guardar el vínculo entre la persona y la afectación aducida, ante lo cual, una eventual sentencia de protección constitucional implicaría la obtención de un beneficio determinado, el que no puede ser lejanamente derivado, sino resultado inmediato de la resolución que en su caso llegue a dictarse. Como puede advertirse, el interés legítimo consiste en una categoría diferenciada y más amplia que el interés jurídico, pero tampoco se trata del interés genérico de la sociedad como ocurre con el interés simple, esto es, no se trata de la generalización de una acción popular, sino del acceso a los tribunales competentes ante posibles lesiones jurídicas a intereses jurídicamente relevantes y, por ende, protegidos. En esta lógica, mediante el interés legítimo, el demandante se encuentra en una situación jurídica identificable, surgida por una relación específica con el objeto de la pretensión que aduce, ya sea por una circunstancia personal o por una regulación sectorial o grupal, por lo que si bien en una situación jurídica concreta pueden concurrir el interés colectivo o difuso y el interés legítimo, lo cierto es que tal asociación no es absoluta e indefectible; pues es factible que un juzgador se encuentre con un caso en el cual exista un interés legítimo individual en virtud de que, la afectación o posición especial frente al ordenamiento jurídico, sea una situación no sólo compartida por un grupo formalmente identificable, sino que redunde también en una persona determinada que no pertenezca a dicho grupo. Incluso, podría darse el supuesto de que la afectación redunde de forma exclusiva en la esfera jurídica de una persona determinada, en razón de sus circunstancias específicas. En suma, debido a su configuración normativa, la categorización de todas las posibles situaciones y supuestos del interés legítimo, deberá ser producto de la labor cotidiana de los diversos juzgadores de amparo al aplicar dicha figura jurídica, ello a la luz de los lineamientos emitidos por esta Suprema Corte, debiendo interpretarse acorde a la naturaleza y funciones del juicio de amparo, esto es, buscando la mayor protección de los derechos fundamentales de las personas.

te, por lo que la anulación del acto que se impugna produciría un beneficio en la esfera jurídica del reclamante.[96]

La doctrina ha definido al interés legítimo como la "pretensión o poder de exigencia respecto a la legalidad de un acto de la autoridad cuya anulación o declaración de ilegalidad trae aparejada una ventaja, a través de invocar la titularidad de un interés y en virtud de presentar una situación especial o cualificada relacionada con una lesión o principio de afectación a su esfera jurídica".[97]

La parte actora cuenta con un interés de esta clase. La ley, antes de la derogación, confería a las personas originarias residentes en el extranjero los derechos a votar y ser votados por una curul en el congreso local. El orden jurídico otorgó ese derecho a todos los que se ubiquen en el grupo de personas originarias residentes en el extranjero. El acto de derogación genera una exclusión, que se traduce en una afectación que las partes actoras pueden plantear de manera diferenciada del resto de la sociedad, por ser originarias no residentes, y la anulación de la derogación les concederá un beneficio claro.

La Sala entiende que el sistema jurídico tutela el interés de los actores; tanto la Constitución Federal, desde el artículo 35, que contempla el derecho al sufragio activo y pasivo, como la Constitución local, que desarrolló nuevos contornos para ese derecho al extenderlo a los no residentes originarios de la ciudad, colectivo que, en el caso, ve afectados sus derechos. Los actores acreditaron su pertenencia al grupo de personas originarias no residentes. Por lo tanto, y como tales, tienen interés legítimo.

A continuación, la Sala analizó el concepto de afectación real e inminente a partir de los criterios establecidos en algunos casos resueltos por la Corte Interamericana que, en nuestra opinión, no resultan aplicables al caso sometido a estudio. Se tra-

---

96 SCM-JDC-27/2020, *cit.*, p. 49.

97 Tron Petit, Jean-Claude, "¿Qué hay del interés legítimo? Segunda parte", *Revista del Instituto de la Judicatura Federal*, núm. 34, 2012, p. 266.

ta de los casos *Pueblo Bello vs. Colombia*,[98] *Comunidad Indígena Sawhoyamaxa vs. Paraguay*[99] y *Valle Jaramillo y otros vs. Colombia*.[100] En todos ellos, la Corte Interamericana abordó el estudio del concepto de "riesgo inminente", pero lo hizo con el fin de determinar las responsabilidades de los Estados ante las violaciones cometidas por particulares respecto de los cuales tiene un deber de supervisión, y cuyo incumplimiento genera responsabilidad internacional para el Estado. Por tratarse de supuestos diversos, no estimamos que sean precedentes aplicables y útiles para el caso.

Ahora bien, para analizar las violaciones, es necesario profundizar en las razones por las cuales la derogación genera una afectación y lograr identificar el tipo de afectación producida. La Sala Regional establece que la derogación eliminó la posibilidad de que las partes actoras puedan votar y ser votadas en elecciones para diputación migrante,[101] pero ¿qué clase de afectación es la que se les produjo?

Líneas arriba señalamos que, de acuerdo con Alexy, podemos entender a los derechos como derechos subjetivos que, desde el punto de vista analítico, consisten en posiciones jurídicas. Para comprender qué es una posición jurídica —nos dice Alexy—, debemos distinguir entre enunciado, norma y posición. Un enunciado puede expresar: "Las personas originarias de la Ciudad de México residentes en el extranjero tienen el derecho a votar y ser votadas en las elecciones para diputación migrante". Luego, la norma será: "A tiene, frente al Estado, el derecho a votar para las diputaciones migrantes" y "A tiene el derecho a postularse para ser electa diputada migrante". Si estas normas son correctas, A se encuentra, frente al Estado, exactamente en la posición de votar en elecciones para diputaciones migrantes y

98 Corte IDH. *Caso de la Masacre de Pueblo Bello vs. Colombia*. Sentencia de 31 de enero de 2006. Serie C, núm. 140.

99 Corte IDH. *Caso de la Comunidad Indígena Sawhoyamaxa vs. Paraguay*. Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 29 de marzo de 2006. Serie C, núm. 146.

100 Corte IDH. *Caso Valle Jaramillo y otros vs. Colombia*, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 27 de noviembre de 2008. Serie C, núm. 192.

101 SCM-JDC-27/2020, *cit.*, p. 72.

en la de poder presentarse como candidata a elecciones a diputación migrante.[102]

Pues bien, en general —sostiene Alexy—, es posible distinguir entre tres tipos de posiciones que pueden ser designados derechos: *derechos a algo*, *libertades* y *competencias*. Los derechos "a algo", que pueden ser explicados como "A tiene frente a B un derecho", pueden distinguirse entre derechos a acciones negativas y derechos a acciones positivas. Entre los primeros es posible, a su vez, identificar otras posiciones: *el derecho al no impedimento de acciones*, *el derecho a la no afectación de propiedades y situaciones*, y *el derecho a la no eliminación de posiciones jurídicas*.[103]

El derecho a la no eliminación de posiciones jurídicas consiste en que el Estado no elimine una posición jurídica reconocida al titular del derecho.[104] Regresando al caso, cuando el Estado elimina alguna manifestación o supuesto de ejercicio del voto, sea activo o pasivo, está eliminando una posición jurídica. El derecho de la persona a que el Estado no elimine una posición jurídica se traduce en el derecho a que el Estado no derogue determinadas leyes.[105] Esta explicación ayuda a comprender más claramente la identidad de la posible violación y despeja dudas sobre si es posible controlar normas derogatorias.

Con apoyo en estas ideas, es momento de estudiar la violación al principio de progresividad y no regresividad alegado por la parte actora. La derogación que suprime o elimina posiciones jurídicas o dimensiones del ejercicio de un derecho puede presumirse violatoria de derechos y una medida regresiva, en principio, prohibida por el principio de progresividad. La Sala Regional entenderá que la supresión de la diputación migrante configura una violación al principio de progresividad, pero no ofrece más razonamientos al respecto. Nuevamente consideramos que es necesario profundizar el análisis en este aspecto.

---

102 Alexy, Robert, *op. cit*., pp. 177 y 178.

103 *Ibidem*, p. 192.

104 *Idem*.

105 *Ibidem*, p. 194.

El principio de progresividad se encuentra contemplado en diversas normas de nuestro sistema jurídico. Lo contempla el artículo 1 constitucional,[106] el 26 de la Convención Americana,[107] el 2.1 del Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales,[108] y ha sido desarrollado en varios documentos interpretativos de fuente internacional. Asimismo, incluye diversos sentidos o contenidos específicos: por un lado, progresividad implica gradualidad, es decir que la plena realización de los derechos no se logrará de inmediato, sino a través de un proceso prolongado, pero cuidado, porque gradualidad no significa quietismo, es decir, la gradualidad no admite la posibi-

106 Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos, art. 1. En los Estados Unidos Mexicanos todas las personas gozarán de los derechos humanos reconocidos en esta Constitución y en los tratados internacionales de los que el Estado Mexicano sea parte, así como de las garantías para su protección, cuyo ejercicio no podrá restringirse ni suspenderse, salvo en los casos y bajo las condiciones que esta Constitución establece. 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. Todas las autoridades, en el ámbito de sus competencias, tienen la obligación de promover, respetar, proteger y garantizar los derechos humanos de conformidad con los principios de universalidad, interdependencia, indivisibilidad y progresividad. En consecuencia, el Estado deberá prevenir, investigar, sancionar y reparar las violaciones a los derechos humanos, en los términos que establezca la ley.

107 Convención Americana sobre Derechos Humanos, art. 26. Desarrollo Progresivo. Los Estados Partes se comprometen a adoptar providencias, tanto a nivel interno como mediante la cooperación internacional, especialmente económica y técnica, para lograr progresivamente la plena efectividad de los derechos que se derivan de las normas económicas, sociales y sobre educación, ciencia y cultura, contenidas en la Carta de la Organización de los Estados Americanos, reformada por el Protocolo de Buenos Aires, en la medida de los recursos disponibles, por vía legislativa u otros medios apropiados.

108 Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, art. 2.1. Cada uno de los Estados Partes en el presente Pacto se compromete a adoptar medidas, tanto por separado como mediante la asistencia y la cooperación internacionales, especialmente económicas y técnicas, hasta el máximo de los recursos de que disponga, para lograr progresivamente, por todos los medios apropiados, inclusive en particular la adopción de medidas legislativas, la plena efectividad de los derechos aquí reconocidos.

lidad de no tomar medidas de ningún tipo o especie en aras de desarrollar los derechos.[109]

Por otro lado, progresividad entraña progreso, es decir que los Estados tienen la obligación de mejorar el goce y disfrute de los derechos. También es posible identificar otro contenido, que podría considerarse como la otra cara de la moneda: la obligación de no regresividad, que supone la prohibición de adoptar medidas o producir normas que empeoren la situación de goce y disfrute de los derechos.[110] Algunas de estas dimensiones ya han sido asumidas por la Suprema Corte de Justicia de la Nación.[111]

La obligación de progresividad fue originalmente vinculada con los derechos sociales; sin embargo, con el tiempo se asumió

---

109 Courtis, Christian, "La prohibición de regresividad en materia de derechos sociales: apuntes introductorios", en Courtis, Christian (ed.), *Ni un paso atrás. La prohibición de regresividad en materia de derechos sociales,* Buenos Aires, Ediciones del Puerto, 2006, p. 8.

110 *Ibidem*, p. 9

111 Tesis 2a./J. 35/2019 (10a.), *Gaceta del Semanario Judicial de la Federación*, Décima Época, lib. 63, febrero de 2019, t. I, p. 980, de rubro y texto: Principio de progresividad de los derechos humanos. Su naturaleza y función en el Estado mexicano. El principio de progresividad que rige en materia de los derechos humanos implica tanto gradualidad como progreso. La gradualidad se refiere a que, generalmente, la efectividad de los derechos humanos no se logra de manera inmediata, sino que conlleva todo un proceso que supone definir metas a corto, mediano y largo plazos. Por su parte, el progreso implica que el disfrute de los derechos siempre debe mejorar. En tal sentido, el principio de progresividad de los derechos humanos se relaciona no sólo con la prohibición de regresividad del disfrute de los derechos fundamentales, sino también con la obligación positiva de promoverlos de manera progresiva y gradual, pues como lo señaló el Constituyente Permanente, el Estado mexicano tiene el mandato constitucional de realizar todos los cambios y transformaciones necesarias en la estructura económica, social, política y cultural del país, de manera que se garantice que todas las personas puedan disfrutar de sus derechos humanos. Por tanto, el principio aludido exige a todas las autoridades del Estado mexicano, en el ámbito de su competencia, incrementar el grado de tutela en la promoción, respeto, protección y garantía de los derechos humanos y también les impide, en virtud de su expresión de no regresividad, adoptar medidas que sin plena justificación constitucional disminuyan el nivel de la protección a los derechos humanos de quienes se someten al orden jurídico del Estado mexicano.

que se trata de una obligación que aplica para todos los derechos, o bien, un principio general de los derechos humanos. En opinión de Courtis, es posible apoyar esta idea en diversas disposiciones de la Convención Americana, entre ellas el artículo 2, referido a la obligación general de los Estados de adoptar disposiciones de derecho interno, y el artículo 29, que prohíbe interpretaciones limitativas restrictivas de derechos.[112] La Suprema Corte de Justicia de la Nación también ha adoptado este punto de vista.[113]

---

[112] Courtis, Christian, *op. cit.*, p. 14. Convención Americana sobre Derechos Humanos, art. 2. Si el ejercicio de los derechos y libertades mencionados en el artículo 1 no estuviere ya garantizado por disposiciones legislativas o de otro carácter, los Estados Partes se comprometen a adoptar, con arreglo a sus procedimientos constitucionales y a las disposiciones de esta Convención, las medidas legislativas o de otro carácter que fueren necesarias para hacer efectivos tales derechos y libertades, y art. 29. Normas de Interpretación. Ninguna disposición de la presente Convención puede ser interpretada en el sentido de: a) permitir a alguno de los Estados Partes, grupo o persona, suprimir el goce y ejercicio de los derechos y libertades reconocidos en la Convención o limitarlos en mayor medida que la prevista en ella; b) limitar el goce y ejercicio de cualquier derecho o libertad que pueda estar reconocido de acuerdo con las leyes de cualquiera de los Estados Partes o de acuerdo con otra convención en que sea parte uno de dichos Estados.

[113] Tesis 1a./J. 86/2017 (10a.), *Gaceta del Semanario Judicial de la Federación*, Décima Época, lib. 47, octubre de 2017, t. I, p. 191, de rubro y texto: Principio de progresividad. Es aplicable a todos los derechos humanos y no sólo a los llamados económicos, sociales y culturales. El principio de progresividad estuvo originalmente vinculado a los —así llamados— derechos económicos, sociales y culturales, porque se estimaba que éstos imponían a los Estados, sobre todo, obligaciones positivas de actuación que implicaban el suministro de recursos económicos y que su plena realización estaba condicionada por las circunstancias económicas, políticas y jurídicas de cada país. Así, en los primeros instrumentos internacionales que reconocieron estos derechos, se incluyó el principio de progresividad con la finalidad de hacer patente que esos derechos no constituyen meros "objetivos programáticos", sino genuinos derechos humanos que imponen obligaciones de cumplimiento inmediato a los Estados, como la de garantizar niveles mínimos en el disfrute de esos derechos, garantizar su ejercicio sin discriminación, y la obligación de tomar medidas deliberadas, concretas y orientadas a su satisfacción; así como obligaciones de cumplimiento mediato que deben ser acometidas progresivamente en función de las circunstancias específicas de cada país. Ahora bien, esta Primera Sala considera que, a pesar de su génesis histórica, el principio de progresivi-

Según lo apuntado al analizar la cuestión de la derogación como eliminación de posiciones jurídicas, los conceptos de restricción y regresión se encuentran fuertemente vinculados, pues la regresividad puede constituir una manera de restringir o, de plano, violar derechos. Ahora corresponde indagar si toda regresión comporta una violación de derechos.

Una norma regresiva (como las que eliminan posiciones jurídicas) se debe presumir inconstitucional, lo cual, a su vez, tendrá el efecto de invertir la carga de la prueba, y será el Estado el que deberá argumentar a favor de la racionalidad de la medida.[114] La demandante deberá acreditar la regresividad. Cuando esta se verifica por medio de una ley, el retroceso se puede comprobar a partir de la comparación entre una y otra norma, o entre la norma derogada y la derogatoria.

Luego, el Estado deberá demostrar la legitimidad de su medida, es decir, la *estricta necesidad*, que podrá consistir en justificar la regresión en un interés calificado, en una necesidad imperiosa, en la imposibilidad de tomar medidas menos restrictivas, etc.

---

dad en nuestro sistema jurídico es aplicable a todos los derechos humanos y no sólo a los económicos, sociales y culturales. En primer lugar, porque el artículo 1o. constitucional no hace distinción alguna al respecto, pues establece, llanamente, que todas las autoridades del país, en el ámbito de sus competencias, están obligadas a proteger, garantizar, promover y respetar los derechos humanos de conformidad, entre otros, con el principio de progresividad. En segundo lugar, porque ésa fue la intención del Constituyente Permanente, como se advierte del proceso legislativo. Pero además, porque la diferente denominación que tradicionalmente se ha empleado para referirse a los derechos civiles y políticos y distinguirlos de los económicos, sociales y culturales, no implica que exista una diferencia sustancial entre ambos grupos, ni en su máxima relevancia moral, porque todos ellos tutelan bienes básicos derivados de los principios fundamentales de autonomía, igualdad y dignidad; ni en la índole de las obligaciones que imponen, específicamente, al Estado, pues para proteger cualquiera de esos derechos no sólo se requieren abstenciones, sino, en todos los casos, es precisa la provisión de garantías normativas y de garantías institucionales como la existencia de órganos legislativos que dicten normas y de órganos aplicativos e instituciones que aseguren su vigencia, lo que implica, en definitiva, la provisión de recursos económicos por parte del Estado y de la sociedad.

114 Courtis, Christian, *op. cit*., p. 29.

Tratándose de leyes regresivas, se deberá acreditar que, a pesar de que la ley se traduce en un retroceso, este se justifica en atención al cumplimiento de otros derechos y que se han aplicado todos los recursos disponibles para evitar la medida regresiva.[115] De acuerdo con esto, los Estados no pueden simplemente pretender justificarse en argumentos generales e imprecisos, o razones de índole económica, como la escasez de recursos. La Suprema Corte también se ha pronunciado sobre esta cuestión, al establecer las reglas que se deben seguir para justificar las medidas regresivas:

> Principio de progresividad de los derechos humanos. La prohibición que tienen las autoridades del Estado mexicano de adoptar medidas regresivas no es absoluta, pues excepcionalmente éstas son admisibles si se justifican plenamente. El principio referido impone al Estado, entre otras cuestiones, la prohibición de regresividad, la cual no es absoluta y puede haber circunstancias que justifiquen una regresión en cuanto al alcance y tutela de un determinado derecho fundamental. Sin embargo, dichas circunstancias están sujetas a un escrutinio estricto, pues implican la restricción de un derecho humano. En este sentido, corresponde a la autoridad que pretende realizar una medida regresiva (legislativa, administrativa o, incluso, judicial) justificar plenamente esa decisión. En efecto, en virtud de que el artículo 1o. de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos impone a todas las autoridades del Estado Mexicano la obligación de respetar el principio de progresividad, cuando cualquier autoridad, en el ámbito de su competencia, adopta una medida regresiva en perjuicio de un derecho humano y alega para justificar su actuación, por ejemplo, la falta de recursos, en ella recae la carga de probar fehacientemente esa situación, es decir, no sólo la carencia de recursos, sino que realizó todos los esfuerzos posibles para utilizar los recursos a su disposición, en el entendido de que las acciones y omisiones que impliquen regresión en el alcance y la tutela de un derecho humano sólo pueden justificarse si: a) se acredita la falta de recursos; b) se demuestra que se realizaron todos los esfuerzos necesarios para obtenerlos, sin éxito; y, c) se demuestra que se aplicó el máximo de los recursos o que los recursos de que se disponía se aplicaron a tutelar otro derecho humano (y no cualquier objetivo social), y que la importancia relativa de satisfacerlo prioritariamente, era mayor. Esto es, si bien es cierto que las autoridades legislativas y adminis-

[115] *Ibidem*, p. 38.

> trativas tienen, en ciertos ámbitos, un holgado margen de actuación para diseñar políticas públicas, determinar su prioridad relativa y asignar recursos, también lo es que dicha libertad se restringe significativamente cuando está en juego la garantía de los diversos derechos humanos reconocidos por nuestro sistema jurídico, ya que éstos, en tanto normas que expresan el reconocimiento de principios de justicia de la máxima importancia moral, tienen prioridad prima facie frente a cualquier otro objetivo social o colectivo, pues en una sociedad liberal y democrática, estos últimos tienen solamente valor instrumental y no final, como los derechos humanos.[116]

Como se puede apreciar, en esta jurisprudencia se articula un incipiente test de regresividad cuyos pasos serían: *i)* la demostración de la carencia de recursos; *ii)* que se emplearon todos los medios para conseguirlos, y *iii)* que se aplicó el máximo de los recursos disponibles.

En el caso, la autoridad legislativa adujo que la figura había sido derogada debido a la falta de dinero y a otros problemas de tipo técnico o de implementación. Consideramos que si bien la Sala respondió adecuadamente a la cuestión de progresividad y no regresividad, debió haber profundizado el análisis para aplicar los criterios y estándares de evaluación ya incorporados en nuestro sistema. La medida atacada fue regresiva, pues implicó la desaparición de una posición jurídica. La regresión se hizo sin justificación válida, según los parámetros analizados. Por ello, la derogación violó el derecho al sufragio activo y pasivo de los reclamantes.

Con apoyo en las razones estudiadas, la Sala Regional determinó que las normas derogatorias son inconstitucionales. Por ende, deben ser inaplicadas y ordenarse a la autoridad electoral local que continúe con los trabajos preparatorios necesarios para implementar la figura de la diputación migrante.

La decisión de la Sala Regional fue objeto de impugnación mediante recurso de reconsideración en el expediente SUP-REC-88/2020 por parte del partido Morena. La Sala Superior del Tribunal Electoral decidió modificar la resolución, pero solo para incluir ciertos cambios en los efectos. La decisión se

[116] Tesis 1a./J. 87/2017 (10a.), *Gaceta del Semanario Judicial de la Federación*, Décima Época, lib. 47, octubre de 2017, t. I, p. 188.

mantuvo en lo sustancial, pues decidió inaplicar el decreto derogatorio del Congreso de la Ciudad de México mediante el cual se dejó sin efecto la figura de la diputación migrante, por considerar que dicha derogación implica una supresión injustificada de derechos político-electorales de la ciudadanía originaria de la ciudad residente en el extranjero.

Para la Sala, en lo central, el problema jurídico a resolver era si la Sala Regional, en aplicación del artículo 99 constitucional, puede revisar la validez de la supresión de la figura de la diputación migrante y, como siguiente paso, analizar si la derogación es correcta o no. Pero lo más relevante es el estudio de la Sala Superior acerca de las facultades de control del tribunal local. Sobre esto, la Sala Superior concluyó que la Sala Regional determinó de manera correcta que el tribunal local sí era competente para estudiar la cuestión, y que el control que debía realizar consistía en contrastar las normas de la Constitución Federal. Si la materia en análisis tiene que ver con la regularidad constitucional de un decreto a la luz de la Constitución Federal, el tribunal local sí contaba con facultades formales y materiales para realizar el control en el marco del juicio de ciudadanía, pues su función era proteger los derechos de participación y a votar y ser votados y, para ello, era necesario inaplicar el decreto derogatorio.[117]

Los estudios realizados por las salas regional y superior, respectivamente, dejaron en evidencia que el tribunal local no asumió su rol de órgano judicial encargado del control constitucional y convencional. Su falta de estudio de los derechos en cuestión, sus confusiones conceptuales acerca del tipo de control que se le solicitaba y la denegación de justicia resultante permiten apreciar que el camino iniciado con la reforma constitucional de derechos humanos y el cambio estructural provocado por la resolución del expediente varios 912/2010 aún necesitan afianzarse y desarrollarse.

[117] Recurso de reconsideración SUP-REC-88/2020, de 14 de agosto de 2020. Recurrente: Morena. Responsable: Sala Regional del Tribunal Electoral del Poder Judicial de la Federación, correspondiente a la Cuarta Circunscripción Plurinominal, con sede en la Ciudad de México. Magistrado instructor: Reyes Rodríguez Mondragón, párr. 5.2.1.

La Sala Regional pudo reconocer e identificar que el cambio legislativo implicaba una regresión violatoria de derechos, desarrolló argumentos para efectuar una composición compleja acerca de los supuestos de la afectación y, así, evitó caer en trampas formalistas e interpretaciones restrictivas que impiden dar cuenta de los nuevos ámbitos del control constitucional y convencional.

Si bien algunos puntos pudieron haber sido más y mejor desarrollados —especialmente los relativos al principio de progresividad—, la Sala Regional estuvo a la altura de los tiempos y asumió su papel constitucional y convencional orientado hacia la protección robusta de los derechos político-electorales como derechos humanos.

El juicio de ciudadanía ante el tribunal local, con el cual inicia este derrotero procesal, tuvo como objeto de impugnación el decreto derogatorio. En tal sentido, se trató de una forma directa de impugnación de la ley. En consecuencia, el control que el tribunal local debió haber llevado a cabo no era incidental ni tampoco de oficio. No obstante, resulta necesario traer este caso a colación porque, si analizamos las razones que dio ese tribunal para declararse incompetente, es posible apreciar las dificultades que existen para que los jueces locales se involucren en las labores de control constitucional, lo que, de una u otra forma, tendrá un impacto negativo en el desarrollo de la vertiente difusa del sistema de control.

El tribunal local no pudo o no quiso ver que, en el caso en cuestión, había derechos humanos involucrados y violados. En segundo lugar, y error conceptual mediante, no quiso o no pudo concebirse como una instancia de control constitucional. Todo ello permite intuir que en ciertos ámbitos de la justicia electoral, el despliegue del control constitucional será complejo.

V. Control constitucional desde la periferia

De alguna manera, los cambios generados a nivel federal en aras de robustecer las garantías de los derechos humanos han sido acompañados por las entidades federativas. En los órdenes lo-

cales, y desde hace algunos años, inició un proceso análogo —aunque asimétrico— respecto al proceso federal. Algunos estados reformaron sus constituciones para robustecer el catálogo de derechos e incorporar mecanismos de justicia constitucional local. Ambos elementos —derechos y garantía jurisdiccional— han resultado esenciales para dotar de carácter normativo a las constituciones estatales y asumirlas, entonces, como verdaderas constituciones.[118]

El proceso aludido, asimétrico también entre los mismos estados, reavivó en México el debate en torno al llamado "federalismo judicial", y a su alrededor se comenzaron a generar —o más bien, a reiterar— interrogantes de distinta intensidad y complejidad, sobre todo en cuanto a la forma de articular la justicia constitucional local con la federal, los ámbitos de cada una de ellas y los límites para los embrionarios sistemas de justicia constitucional local. Incluso, no faltó quien se preguntara si, en función de la escaza práctica de control constitucional en los estados, la justicia constitucional local traería algún beneficio. Si bien es cierto que los medios de control constitucional de tipo jurisdiccional se originaron en las entidades federativas,[119] hay que reconocer que la práctica de la justicia constitucional local no ha arrojado resultados prometedores hasta el momento.

En esta sección nos proponemos indagar acerca de cómo puede el federalismo judicial abonar a la expansión de los derechos humanos y a su protección a través del impulso para que las constituciones locales labren su propia identidad constitucional. La variable a considerar será la interacción entre la justicia constitucional federal y local. Tal relación será abordada desde dos ámbitos relacionados, pero claramente distinguibles: *i)* el procesal, y *ii)* el de la interpretación en materia de derechos.

---

118 Astudillo Reyes, César I., *Ensayos de justicia constitucional en cuatro ordenamientos de México: Veracruz, Coahuila, Tlaxcala y Chiapas*, México, IIJ-UNAM, 2004, p. 270.

119 González Oropeza, Manuel, "El control constitucional en las entidades federativas", en González Oropeza, Manuel y Ferrer Mac-Gregor, Eduardo (eds.), *La justicia constitucional en las entidades federativas*, México, Porrúa, 2006, pp. 398 y ss.

Para abordar el primer aspecto, mencionaremos algunas de las críticas que desde hace años se han señalado respecto de la subordinación a la que es sometida la justicia local en general. Tomaremos como antecedente la influencia de la justicia federal sobre la local a través del amparo directo para comentar la relación entre el amparo federal y el amparo local.

El segundo ámbito se presenta como un canal comunicativo entre ambas dimensiones (la federal y la local), mismo que, a partir de la aceptación del control difuso en nuestro sistema jurídico, habilita nuevas dimensiones para el estudio del federalismo judicial.

Por último, nos detendremos en el análisis de una interesante cuestión: la posibilidad de si los jueces locales pueden ejercer control difuso en el marco de los procesos constitucionales locales.

El concepto de federalismo judicial, en sentido genérico, se refiere a *la relación entre los tribunales federales y los tribunales locales en un sistema federal*.[120] Se entiende que la modulación de dicha coexistencia dependerá de una multiplicidad de factores, pues cada sistema federal encuentra una determinada forma de articulación. El federalismo judicial se despliega en sistemas de dos jurisdicciones —la federal y la local— y su relación se materializa con la revisión federal de las resoluciones locales.[121]

Ahora bien, el federalismo judicial ofrece un ángulo de análisis previo desde el cual nos debe proponer indagar acerca del apoyo que los jueces de los estados pueden obtener de sus propios textos constitucionales para garantizar derechos que no existan en la Constitución Federal.[122] Es decir, la relación con la justicia federal es medular, pero lo que los estados son capaces de hacer con sus propias constituciones resulta asimismo central, por cuanto ello podrá y deberá determinar las formas de comunicarse con la justicia federal.

---

120 Bustillos, Julio, *Federalismo judicial a través del amparo*, México, IIJ-UNAM, 2010, p. 7.

121 *Idem*.

122 Tarr, Alan G., *Comprendiendo las constituciones estatales*, trad. de Daniel Barceló Rojas, México, UNAM, 2009, p. 245.

Un interesante ejemplo de desarrollo del federalismo judicial en la clave descrita es el caso de Estados Unidos. El movimiento denominado "nuevo federalismo judicial" que inició en la década de los setenta tuvo como piedra de toque la toma de conciencia de los operadores jurídicos en el sentido de que podían mirar hacia las constituciones locales y los derechos allí consagrados cuando dejaron de obtener la cobertura adecuada de la justicia federal. Este movimiento fue generado por el cariz conservador que asumió la Corte Suprema de aquel país bajo la presidencia de Warren Burger, y el consecuente abandono paulatino de los criterios liberales que habían caracterizado a la Corte durante la presidencia de su predecesor, Earl Warren.[123]

Es decir, el letargo conservador que comenzaba a imponer la "Corte Burger" fue resistido al asumir a las constituciones estatales como tales. La existencia de derechos en las constituciones estatales fue una de las condiciones para los nuevos desarrollos del federalismo judicial en aquel país.

De regreso en México, sabemos que durante muchos años las constituciones estatales han sido claramente devaluadas, debido al centralismo político y jurídico imperantes. González Oropeza explica que dicho proceso de devaluación inició durante el tercer periodo evolutivo del federalismo en México, que se inaugura con la Constitución de 1917. En ese lapso, el espacio constitucional de las entidades federativas fue reducido sensiblemente y las constituciones locales reconducidas, en el mejor de los casos, al rol de leyes reglamentarias de la Constitución Federal.[124]

A partir del año 2000, algunas entidades federativas han mostrado interesantes evoluciones constitucionales a través de la positivación de derechos y el desarrollo de garantías jurisdiccionales. Esta tendencia es el resultado de asumir a las constituciones locales como lo que son —o deberían ser—, es decir, leyes supremas locales que, como tales, gozan —o deberían gozar— de las características entitativas de su versión federal: supremacía, fuerza nor-

123 *Idem*.

124 González Oropeza, Manuel, "Desarrollo del control constitucional de las entidades federativas", en González Oropeza, Manuel y Ferrer Mac-Gregor, Eduardo (eds.), *op. cit*., p. 391.

mativa, rigidez, contenidos materiales y garantías jurisdiccionales que pueden potenciar y superar el piso establecido por la Constitución Federal en materia de derechos. A la luz de esta perspectiva, el federalismo judicial en México ofrece novedosos y complejos escenarios, y la piedra de toque de esta nueva situación constitucional es la asunción del verdadero carácter de constituciones de las leyes fundamentales locales por parte de los estados.

Ahora bien, en esta senda, los estados deben buscar aquello que, con base en sus particularismos, pueden sumar en pos de la defensa de los derechos. Esta es la dimensión constitucional distintiva a la que hicimos mención líneas arriba. En palabras de Tarr, el constitucionalismo estatal debe aprovechar su potencialidad, y ello se lograría trabajando en los espacios constitucionales que se configuran a partir del grado de discrecionalidad del que disponen los estados para el diseño, cambio e interpretación de la propia Constitución.[125]

La relación entre la justicia federal y la local se actualiza a través de diversos procesos que fungen como canales de comunicación entre ambas jurisdicciones. En un sistema federal de doble jurisdicción resulta normal que la jurisdicción federal revise las decisiones emanadas de la jurisdicción local; sin embargo, las modulaciones e intensidades que se generen en dicha articulación pueden producir sistemas que permitan el normal desenvolvimiento de las funciones y competencias en un sistema federal o que, por el contrario, terminen por ahogar el desarrollo y desenvolvimiento de la jurisdicción local.

En esta sección nos avocaremos a comentar una vertiente de esta compleja relación entre la jurisdicción federal y la local: la referida a la conexión entre el amparo federal y el amparo local. Para ello, tomaremos como antecedente la revisión de sentencias definitivas de la justicia local mediante el amparo directo.

A poco de inaugurada esta nueva etapa de la justicia constitucional local, la Suprema Corte se pronunció acerca de la viabilidad constitucional de desarrollar medios de garantía jurisdiccional

[125] Tarr, Alan G., "La potencialidad del constitucionalismo estatal", en González Oropeza, Manuel y Ferrer Mac-Gregor, Eduardo (eds.), *op. cit.*, p. 639.

local. El caso resuelto tuvo lugar con ocasión de diversas controversias constitucionales presentadas por algunos ayuntamientos del estado de Veracruz en contra de la reforma integral a la Constitución local. Los demandantes sostuvieron que la creación del juicio de protección de derechos humanos contemplado en la reforma invadía la competencia de los tribunales federales en lo referido al juicio de amparo.

El Pleno de la Corte, en decisión dividida, determinó que la reforma era constitucional, por cuanto era coherente con la autonomía estadual que las constituciones locales establezcan mecanismos de garantía para preservar la Constitución local.[126]

[126] Controversia constitucional. La facultad otorgada a la Sala Constitucional del Tribunal Superior de Justicia del Estado de Veracruz-Llave para conocer y resolver el juicio de protección de derechos humanos previsto en la Constitución Política de esa entidad federativa, no invade la esfera de atribuciones de los tribunales de la federación, pues aquél se limita a salvaguardar, exclusivamente, los derechos humanos que establece el propio ordenamiento local. De la interpretación armónica y sistemática de lo dispuesto en los artículos 4o., párrafo tercero, 56, fracciones I y II y 64, fracción I, de la Constitución Política del Estado de Veracruz-Llave, así como de la exposición de motivos del decreto que aprobó la Ley Número 53 mediante la cual aquéllos fueron reformados, se desprende que la competencia que la Constitución Local le otorga a la Sala Constitucional del Tribunal Superior de Justicia del Estado de Veracruz-Llave, se circunscribe a conocer y resolver el juicio de protección de derechos humanos, pero únicamente por cuanto hace a la salvaguarda de los previstos en la Constitución de aquella entidad federativa, por lo que dicha Sala no cuenta con facultades para pronunciarse sobre violaciones a las garantías individuales que establece la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos. Acorde con lo anterior, se concluye que los preceptos citados no invaden las atribuciones de los tribunales de la Federación, en tanto que el instrumento para salvaguardar los derechos humanos que prevé la Constitución Local citada, se limita exclusivamente a proteger los derechos humanos que dicha Constitución reserve a los gobernados de esa entidad federativa; mientras que el juicio de amparo, consagrado en los artículos 103 y 107 de la propia Constitución Federal, comprende la protección de las garantías individuales establecidas en la parte dogmática del Pacto Federal, de manera que la mencionada Sala Constitucional carece de competencia para resolver sobre el apego de actos de autoridad a la Carta Magna. Lo anterior se corrobora si se toma en consideración que el instrumento jurídico local difiere del juicio de garantías en cuanto a su finalidad, ya que prevé

La minoría sostuvo la invalidez del precepto, fundamentalmente por considerar que se duplicarían las instancias, habida cuenta de la coincidencia entre el catálogo de derechos humanos contemplados en la Constitución veracruzana y en la Constitución Federal, y porque es atribución exclusiva de la Federación conocer de los actos o leyes que vulneren tales garantías, a través del juicio de amparo. Este argumento resulta peligroso para el desarrollo del constitucionalismo local, dado que, llevado al extremo, básicamente lo que señala es que todo desarrollo que realicen las constituciones locales en materia de derechos humanos es redundante e innecesario si ya ha sido establecido por la Constitución Federal. Este razonamiento será de utilidad para el último tema que abordaremos.

Años después, la Suprema Corte tuvo ocasión de pronunciarse acerca de la relación entre el amparo local y el amparo federal, al resolver la contradicción de tesis 350/2009, motivada por fallos previos y opuestos de tribunales colegiados de circuito del séptimo circuito, y en relación con las diferentes actitudes asumidas respecto a la procedencia del amparo directo contra resoluciones recaídas en amparo local, específicamente en el juicio de protección de derechos humanos resuelto por la Sala Constitucional del Tribunal Superior de Justicia del Estado de Veracruz.

Los pronunciamientos que motivaron la contradicción mencionada han sido investigados y reseñados por Bustillos, y de dicho estudio extraemos la siguiente síntesis. Por un lado, encontramos tres juicios de amparo directo identificados con los números 175/2007, 190/2007 y 309/2007, resueltos por el Segundo Tribunal Colegiado en Materia Civil, el Tercer Tribunal Colegiado en Materia Civil y el Primer Tribunal Colegiado en Materia Administrativa. En los tres amparos, los quejosos adujeron violaciones indirectas a la Constitución, sustentadas en los

---

que la violación de los derechos humanos que expresamente se reserven implicará la sanción correspondiente y, en su caso, la reparación del daño conforme lo dispone el artículo 4o. de la propia Constitución Estatal, lo que no acontece en el indicado mecanismo federal.

Véase Ferrer Mac-Gregor, Eduardo, "La nueva Sala Constitucional en el estado de Veracruz", en Ferrer Mac-Gregor, Eduardo y Vega Hernández, Rodolfo (eds.), *Justicia constitucional local*, México, Fundap, 2003, p. 203.

artículos 14 y 16 de la Constitución Federal. Concretamente, que no existió fundamentación ni motivación en la aplicación de la ley local. Los tribunales estimaron que los amparos eran procedentes, entraron al fondo del asunto y confirmaron las decisiones de la Sala Constitucional, por no haber sido acreditadas las afectaciones referidas.

La otra posición de la contradicción estuvo representada por el Segundo Tribunal Colegiado en Materia Administrativa del mismo circuito. Resolvió cuatro amparos, identificados con los números 314/2007, 543/207, 633/2007 y 740/2009. Los quejosos igualmente adujeron violaciones indirectas a la Constitución Federal, en los términos de los amparos anteriores. Los amparos fueron desechados porque, a juicio del tribunal, no era competente para conocer de amparos locales, pues lo contrario implicaría un quebranto a la autonomía judicial de los estados. Por otro lado, los quejosos no adujeron violaciones a la Constitución Federal.[127]

Finalmente la Suprema Corte resolvió esta contradicción en el expediente mencionado. La tesis generada se transcribe a continuación:

> Amparo directo. Procede contra las sentencias de la Sala Constitucional del Tribunal Superior de Justicia del Estado de Veracruz, en materia de derechos humanos, salvo tratándose de cuestiones electorales. De los artículos 107, fracciones III y V, de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos y 158 de la Ley de Amparo, se advierte que el juicio de amparo directo procede contra sentencias definitivas o laudos y Resoluciones que ponen fin al juicio, dictados por tribunales judiciales, administrativos o del trabajo que pertenezcan a cualquier orden jurídico parcial —federal, local, del Distrito Federal o municipal—, ya que estos tribunales derivan del orden jurídico constitucional y, por ende, se encuentran subordinados a él. En consecuencia, el juicio de garantías en la vía directa procede contra las sentencias dictadas en un juicio de protección de derechos humanos por la Sala Constitucional del Tribunal Superior de Justicia del Estado de Veracruz por tratarse de un tribunal judicial, lo que se corrobora desde una perspectiva formal por lo previsto en los artículos 56 y 64, frac-

[127] Bustillos, Julio, *op. cit.*, pp. 71 y ss.

> ción I, de la Constitución Política de dicha entidad; máxime, que si bien el federalismo constitucional autoriza que las constituciones locales amplíen el nivel de protección de los derechos humanos, lo cual implica la posibilidad de que no exista coincidencia entre lo previsto en la Constitución General y las constituciones locales sobre ese aspecto, lo cierto es que las sentencias locales en materia de derechos humanos no podrían válidamente afectar el contenido esencial de las garantías individuales reconocidas en la Ley Fundamental, pues el orden jurídico local está supeditado al constitucional, lo que busca garantizarse tratándose de esos fallos a través del juicio de amparo directo. Por ello, los Tribunales Colegiados de Circuito, lejos de actuar como jueces del orden jurídico federal, funcionan como jueces de la Constitución General de la República en ese supuesto, salvo la materia electoral, la cual está sujeta a un sistema de regularidad constitucional especializado.[128]

Básicamente, la Suprema Corte resolvió que sí procede el amparo directo contra las resoluciones de la Sala Constitucional del Tribunal Superior de Justicia del Estado de Veracruz, aunque no ofrece una adecuada argumentación. A nuestro modo de ver, en este caso se replican los errores cometidos en materia de procedencia del amparo federal contra resoluciones judiciales estatales en general, pues se mantiene la interpretación exorbitada de los artículos 14 y 16 constitucionales. La Corte pudo haber establecido algo así como que, para la procedencia de los amparos directos contra amparos locales, sería necesario alegar la violación directa de preceptos de la Constitución Federal.

Cabe preguntarse cuál es la relación entre el federalismo judicial y el control difuso, y de qué manera esta situación afecta al federalismo judicial. Se podría pensar que ninguna. Que, en realidad, el control difuso implica descentralización en materia de interpretación del derecho federal y, en consecuencia, no se vincula de modo claro y fuerte con el federalismo judicial. Nosotros creemos que el control difuso tiene cierta gravitación sobre el federalismo judicial y sobre la labor de control constitucional de los jueces locales de diversas maneras.

---

[128] Tesis P./J. 68/2010, Pleno, *Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta*, Novena Época, t. XXXII, agosto de 2010, p. 5. Contradicción de tesis 350/2009.

Comencemos por señalar la gravitación que el federalismo judicial tuvo sobre la prohibición de control difuso. En realidad, dicha prohibición tuvo como resultado mantener alejados a los jueces locales de aquello que se consideraba que no les correspondía. Pero esta interpretación errónea, sumada a la falta de sistemas de justicia constitucional local, mantuvo a los jueces locales apartados de la labor de interpretación constitucional de cualquier género y mantuvo al control constitucional en sede judicial, alejado de los criterios interpretativos que pudieron haber aportado los jueces locales. En definitiva, se privó a la interpretación constitucional en general del pluralismo que la periferia puede, naturalmente, aportar al centro.

Esta observación solo pretende poner de manifiesto dos cuestiones: la primera, que la prohibición del control difuso impidió la profesionalización de los jueces locales en la actividad de la interpretación constitucional durante muchos años y, segundo, que la labor de interpretación constitucional se privó de los particularismos hermenéuticos que pudieron haber enriquecido la construcción interpretativa de la Constitución Federal.

La aceptación del control difuso es, por lo que posibilita, sumamente benéfica, y se espera que tenga un efecto positivo en materia de protección de derechos. Sin embargo, creemos que no está de más realizar algunas prevenciones acerca de los posibles efectos inhibidores que pudiera tener sobre el desarrollo de una labor interpretativa propia en el ámbito de los estados, y que pueden provocar la disminución de los espacios constitucionales interpretativos locales. Esta situación podría presentarse en los espacios de contacto que a partir de ahora tendrán la interpretación constitucional practicada por los jueces federales y la ejercida por los jueces locales; la primera con base en el bloque de constitucionalidad y la segunda con base en este último, por medio del control difuso y, además, en su ámbito constitucional local.

La aceptación del control difuso, como actividad que deberá ser desempeñada por los jueces locales, habilita un canal de comunicación que debería operar en dirección estados-federación. En la medida en que los jueces de los estados lleven a cabo las labores de control en el marco de las exigencias del control de

convencionalidad y constitucionalidad, se podría suponer que la narrativa constitucional local podría incorporarse a la narrativa constitucional general.

El control difuso habilita otra dirección de comunicación. En este caso es en el sentido federación-estados, y aquí la influencia se genera no solo por la vía procesal ya comentada, sino además por la influencia de la jurisprudencia. En este marco, es preciso decir algo acerca de la posibilidad de que se inhiba el desarrollo de la narrativa constitucional local por esta vía.

Para aportar algunas ideas sobre este punto, nos valdremos de los argumentos vertidos por Alan Tarr al analizar la relación entre las cortes locales y la federal en los Estados Unidos. El punto de partida para esta discusión podría ser el interrogante acerca de si estaría justificado que los jueces locales, al interpretar sus constituciones, lleguen a resultados interpretativos diferentes a los obtenidos por la justicia federal.[129] Diferentes en un sentido positivo, claro, pues interpretaciones menos protectoras estarían vedadas.

Ahora bien, el problema se presenta con mayor intensidad cuando los tribunales locales interpretan disposiciones constitucionales locales análogas a las establecidas en la Constitución Federal. En este escenario, cabe preguntar si puede existir una interpretación diferente por parte de los jueces locales. Y en este punto la cuestión comienza a complicarse.

Algunas de las vías sugeridas para la convivencia de ambos flujos interpretativos serían las siguientes; primero, implementar lo que Tarr denomina "la aproximación del análisis estatal bloqueado". Este consistiría en que los jueces locales se abstengan de realizar un análisis constitucional independiente y decidan siempre de acuerdo con la interpretación federal.[130] La ventaja de esta visión es que tiende a la unificación del derecho, pero esta actitud es poco o nada deferente con el federalismo judicial, pues implicaría una delegación de los jueces locales en los jueces federales, y no se debe olvidar que los jueces locales tienen

[129] Tarr, Alan G., *Comprendiendo las constituciones...*, *cit*., p. 268, nota 5.

[130] *Ibidem*, p. 277.

la responsabilidad de generar, vía interpretativa, una narrativa constitucional para sus constituciones estatales.[131]

Por otro lado, esta visión no favorece el régimen de protección de los derechos. Desde cierta óptica —señala Tarr—, la doble jurisdicción (la constitucional local y la constitucional federal) persigue proveer de doble seguridad a los derechos. Si los tribunales locales adoptan esta perspectiva o los tribunales federales pretenden imponerla, se tenderá a debilitar el sistema de derechos. En este proceso el tribunal local puede, por supuesto, contemplar la interpretación federal que se le ha dado al derecho en cuestión (en nuestro sistema ello se impone cuando hay jurisprudencia, incluso la labor de otros tribunales estatales para encontrar mejores soluciones), pero no debe renunciar a realizar su propia indagación interpretativa que posibilite ampliar los ámbitos de los derechos.

La segunda vía se denomina "aproximación suplementaria", y consiste en priorizar el derecho federal cuando deban decidir un caso en el que se señalan violaciones al derecho federal y al local. Aquí la interpretación local solo aparece cuando la interpretación federal no resulta suficiente para resolver el caso.

Estas dos aproximaciones plantean lo que queremos significar acerca de los posibles influjos inhibidores del control difuso en la gestación de una interpretación constitucional local con identidad propia. La influencia de la narrativa constitucional federal a través del control de constitucionalidad y convencionalidad no debe convertirse en un inhibidor para la generación de una narrativa constitucional propia de los estados, expansiva de los derechos y, por ende, en principio, acorde con el derecho federal.

El 4 de febrero de 2015, la Primera Sala de la Suprema Corte de Justicia de la Nación dictó sentencia en el amparo directo en revisión 3057/2014 y emitió un criterio referido al control difuso. Específicamente, tiene que ver con lo que podríamos llamar "los ámbitos del control difuso ejercido por los jueces locales". A continuación transcribimos la tesis en cuestión:

[131] *Ibidem*, p. 279.

> Control difuso de constitucionalidad. No tiene el alcance de que los tribunales constitucionales locales conozcan de asuntos relacionados con violaciones a la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos, respecto de asuntos que no sean de su competencia. El control difuso de constitucionalidad no implica que los tribunales constitucionales de las entidades federativas puedan resolver asuntos donde la materia de la litis consista, esencialmente, en violaciones a la Constitución Federal. Lo anterior es así, pues si bien los tribunales constitucionales locales están facultados para aplicar dicho control, ello sólo indica que al resolver los asuntos que sean de su competencia puedan, en última instancia, inaplicar normas que consideren inconstitucionales. Así, el presupuesto necesario para que los jueces locales puedan aplicar control difuso en un asunto, consiste en que los asuntos sometidos a su consideración sean de su competencia. En este orden de ideas, el control difuso de constitucionalidad no se traduce en la posibilidad de que los tribunales locales, incluso los supremos de cada entidad federativa, puedan conocer de asuntos donde la litis verse sobre violaciones a la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos, aun cuando se hagan valer a través de un juicio de protección a derechos fundamentales. Así, el control difuso ni siquiera puede operar en estos casos, pues el presupuesto básico para su ejercicio no se actualiza, ya que los tribunales constitucionales locales no son competentes para conocer de asuntos cuya litis consista esencialmente en violaciones a la Constitución General de la República, que sólo pueden ser materia del juicio de amparo, medio de control concentrado que el Poder Constituyente diseñó para atender temas constitucionales y que reservó, en exclusiva, para el conocimiento del Poder Judicial de la Federación.[132]

La Sala esclarece temas importantes en esta tesis; sin embargo, nuevamente requiere ser explicada para evitar confusiones. Comencemos por identificar la cuestión jurídica que se aborda aquí: si los jueces locales pueden ejercer control difuso en asuntos que no sean de su competencia. La respuesta no puede ser otra que no. Pero servirá que procedamos a identificar cuáles son los asuntos en los que la Sala niega que los jueces locales pueden realizar control difuso. Uno es el juicio para la protección de de-

[132] Tesis 1a. XXXIX/2016 (10a.), Primera Sala, *Gaceta del Semanario Judicial de la Federación*, Décima Época, lib. 27, febrero de 2016, t. I, p. 668. Amparo directo en revisión 3057/2014.

rechos fundamentales del estado de Nayarit. El criterio que la Sala apuntala aquí es que, en el marco de ese juicio, la autoridad judicial local no puede analizar la violación a derechos humanos de la Constitución general. Es decir, mediante el juicio para la protección de derechos locales solo se pueden conocer transgresiones a los derechos contemplados en la Constitución local. Las violaciones a los derechos de la Constitución Federal solo pueden ser objeto de juicio de amparo.

Ahora bien, la pregunta debe ser planteada en los siguientes términos: ¿se puede ejercer control incidental sobre una ley en el marco de un proceso local que trata sobre la violación a derechos de la Constitución local? La respuesta es notoriamente negativa, porque esa autoridad local no es competente para atender esas violaciones en esa clase de procesos. En tal sentido, la regla del control difuso aceptado al resolver el expediente varios 912/2011 se mantiene, pues los jueces locales deberán inaplicar las leyes contrarias al derecho convencional y constitucional al resolver los procesos de su competencia.

Es decir que el control incidental admite dos ámbitos de operatividad en relación con los jueces locales: por un lado, la inaplicación que puedan hacer en el marco de los procesos ordinarios en los que sean competentes; aunque cabría plantearse si pueden inaplicar leyes por ser inconstitucionales e inconvencionales en el marco de procesos constitucionales locales tales como el juicio para la protección de derechos fundamentales. Pues bien, la respuesta debería ser positiva, siempre que la litis verse sobre violaciones a derechos de la Constitución local. En tales casos podría operar el control.

La Constitución de la Ciudad de México, que vio la luz en 2017, fue objeto de impugnaciones por parte de diversos órganos del Estado y algunos partidos políticos mediante diversas acciones de inconstitucionalidad, que fueron acumuladas y resueltas por la Suprema Corte bajo los expedientes 15/2017, 16/2017, 18/2017 y 19/2017.

Nos concentraremos en dos de las múltiples cuestiones planteadas respecto a la nueva Constitución: los nuevos derechos y los medios de control constitucional de tipo jurisdiccional. Aun-

que distintas, ambas cuestiones se hallan claramente vinculadas, como veremos.

La inclusión de derechos en la nueva Constitución fue objetada y la Corte realizó su estudio orientándose por la siguiente pregunta: ¿la Constitución de la Ciudad de México puede ampliar derechos y reconocer nuevos derechos? Las impugnaciones acerca de esta posibilidad consideraron que esto no era posible. Por ejemplo, a juicio de la Procuraduría General de la República, existe una prohibición constitucional para que la ciudad amplíe, matice o reconozca nuevos derechos. Las razones de esto serían fundamentalmente dos: primero, que el parámetro de regularidad constitucional es uno solo y su conformación es competencia exclusiva del poder revisor de la Constitución; segundo, que los derechos humanos son universales y, por ello, deben ser los mismos para todo el país, es decir que el contenido de los derechos no puede depender de las particularidades de cada entidad federativa. De permitirlo, se propiciaría la desigualdad.

La Suprema Corte consideró que, efectivamente, las entidades federativas no pueden alterar el parámetro de regularidad constitucional. Esto es obvio. Afirmar lo contrario implicaría admitir que las entidades federativas pueden modificar la Constitución Federal. Sobre esto existía un precedente, generado en la acción de inconstitucionalidad 75/2015, referida a la impugnación de un artículo de la Constitución de Jalisco, que concedía a los jueces locales la atribución de realizar control de convencionalidad. La Corte sostuvo que las constituciones locales no pueden referirse al parámetro de ninguna manera, no solo por carecer de competencia para ello, sino además porque se podría generar un esquema diferenciado. En esta ocasión, la Corte pareció entender que la sola mención implicaría alteración, lo que no resulta claro en lo absoluto.

Sobre la cuestión sobre si las entidades federativas pueden establecer más derechos y ampliar otros, la Corte responderá que sí. Ampliar un derecho no significa alterar el parámetro de control de regularidad constitucional, y ello puede suponer aumentar los supuestos de protección, incrementar los sujetos titulares o incrementar prestaciones, entre otros escenarios hipotéticos. En definitiva, la Corte responderá afirmativamente a la pregun-

ta formulada, pues no toda norma que crea nuevos derechos o amplia los existentes implicará una alteración del parámetro de regularidad constitucional.

¿Cuál sería el límite en ese posible trabajo de desarrollo normativo local? Para responder a esta cuestión —afirma la Corte— habrá que atender a las reglas constitucionales de reparto competencial. Así, si se tratare de una materia que es competencia exclusiva de la federación, las entidades federativas estarían impedidas de crear más derechos o regularlos de alguna manera. Además, las nomas locales deberán respetar el contenido esencial del derecho en los supuestos en los que sea posible el desarrollo normativo.

Creo que aquí la Corte debió haber ido un poco más allá, pues la regulación local no solo debería respetar el contenido esencial, sino también los mínimos constitucionales y convencionales que pueden estar más allá del contenido esencial. Por último, y claro está, la configuración local no podría contradecir lo que establezca el parámetro federal.

Superada esta cuestión, la Corte se dedicó al estudio del sistema de justicia constitucional local establecido en la Constitución de la Ciudad de México. Sobre este tema, ya vimos que la Corte había emitido diversos pronunciamientos en sentido afirmativo: las entidades federativas tienen autonomía para desarrollar sus sistemas de control constitucional local. Sin embargo, se presentó una cuestión problemática.

El texto constitucional aprobado estableció, en su artículo 4, apartado A, numeral 6, que los jueces de la Ciudad debían inaplicar las leyes contrarias a la Constitución Federal, a los tratados y a la Constitución de la Ciudad. La nueva Constitución reiteró la atribución que la propia Suprema Corte había reconocido a los jueces locales al resolver el multicitado expediente varios 912/2010.

No obstante, la Suprema Corte consideró que esa porción normativa era inconstitucional y debía ser eliminada del texto. Estos son los argumentos que ofreció para justificar su parecer:

> 784. En otras palabras, advertimos que el legislador local incorporó al texto de la norma impugnada la obligación que este Alto Tribunal

> impuso a todos los juzgadores del país que conocen procesos ordinarios de legalidad de ejercer el modelo de control difuso de constitucionalidad y convencionalidad de las normas de derechos humanos de la Constitución Federal y los tratados internacionales de los que México es parte, pues estableció que los Jueces capitalinos están obligados a dejar de aplicar la norma jurídica que les resulte contraria. Sin embargo, aunque reiterativa de la obligación que este Alto Tribunal ha considerado existe a cargo de todos los juzgadores del país respecto del ejercicio de control de convencionalidad de las normas de derechos humanos que integran el parámetro de regularidad de constitucionalidad, dicha disposición es inconstitucional no sólo porque su regulación no es materia de competencia de las autoridades locales, sino porque además, su redacción da lugar a confusión sobre si las autoridades jurisdiccionales locales pueden ejercerlo directamente frente a las normas que integran el parámetro de regularidad constitucional e incluso respecto de los efectos que pueden imprimir a sus sentencias.[133]

La decisión sobre esta cuestión podría generar confusión, por lo que, acto seguido, la Corte aclaró las dudas acerca de los alcances del control difuso de constitucionalidad y convencionalidad ante esta declaración de inconstitucionalidad:

> 786. En cambio, declarar su invalidez en nada afecta a la obligación que ya tienen todos los juzgadores del país –incluidos los de la Ciudad de México– de ejercer el control difuso de convencionalidad en los casos que así lo ameriten y en el ámbito de su competencia, pues ésta deriva de lo dispuesto por los artículos 1o. y 133 de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos y su cumplimiento no está supeditado a que la prevean las Constituciones Locales.
>
> 787. En otras palabras, no porque se elimine del texto de la Constitución capitalina la referencia a la atribución de los Jueces de la Ciudad de México de ejercer control difuso de convencionalidad respecto de las normas de derechos humanos que integran el parámetro e regularidad constitucional cuando se requiera, podrán

[133] Pleno de la Suprema Corte de Justicia de la Nación. Sentencia recaída en la acción de inconstitucionalidad 15/2017 y acumuladas. Asunto: acción de inconstitucionalidad 15/2017 y sus acumuladas 16/2017, 18/2017 y 19/2017. Registro digital 29425.

> dejar de hacerlo, simplemente porque al igual que el resto de las autoridades jurisdiccionales del país, esa obligación les resulta vinculante por el simple hecho de así disponerlo los artículos 1o. y 133 del Pacto Federal.

Es decir, la Suprema Corte reafirmó la atribución de los jueces locales de realizar control constitucional incidental, tomando como parámetro para esa actividad el parámetro de regularidad constitucional, pero no consiente en que la Constitución local pueda siquiera referirse a una atribución que los jueces locales ya tienen concedida.

La Corte ordenará que el texto constitucional sea reformulado. A continuación transcribimos en primer lugar el artículo original, y enseguida el artículo tal como lo ordenó la Suprema Corte:

> Artículo 4.6. Las autoridades jurisdiccionales de la Ciudad ejercerán el control de constitucionalidad y convencionalidad, favoreciendo en todo tiempo la protección más amplia para las personas, dejando de aplicar aquellas normas contrarias a la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos y a los derechos humanos reconocidos en tratados y jurisprudencia internacionales, en esta Constitución y las leyes que de ella emanen.
>
> ***
>
> Artículo 4.6. Las autoridades jurisdiccionales de la Ciudad ejercerán el control de constitucionalidad, favoreciendo en todo tiempo la protección más amplia para las personas, dejando de aplicar aquellas normas contrarias a esta Constitución.

En definitiva, la nueva redacción no representa ninguna aportación para el adecuado desarrollo del control de constitucionalidad y convencionalidad incidental y *ex officio* por parte de los jueces locales. La cuestión es preguntarse si la redacción propuesta originalmente implicaba una intromisión en materia federal. No resulta sencillo identificar argumentos para avalar tal punto de vista. La sola mención no altera ni reconoce facultades nuevas, ni mucho menos contrarias al sistema constitucional federal.

Tampoco es claro que la mención tuviera como efecto que los jueces locales puedan crear regímenes diferenciados de de-

rechos por medio de su labor interpretativa. En todo caso, eso puede ocurrir a partir de que se les han reconocido atribuciones para realizar control constitucional y convencional al ejercer sus competencias, de manera incidental y de oficio. La cuestión es que, si algo así sucediera, existen medios para corregir esas desviaciones, como el juicio de amparo y la jurisprudencia.

Por el contrario, en un sistema en el que los jueces locales han estado alejados de las labores de control, estos pueden ser reacios a realizarlo, tal como vimos en la sección anterior a propósito de la justicia electoral local. Una expresión como la que fue eliminada serviría como un impulso para reafirmar en los jueces la seguridad para el desempeño de sus deberes de control.

En definitiva, "control difuso" implica que los jueces locales contrasten las leyes que son competentes para aplicar y el parámetro de regularidad constitucional. Claro está que, al ejecutar dicha función, también deben incorporar a su propia Constitución, a cuya indemnidad deben colaborar.

Comentarios finales

El desarrollo de la justicia constitucional en un sistema jurídico puede estar motivado por múltiples causas, sin embargo, creemos que, en última instancia, resulta imposible disociarlo de la idea de protección de los derechos humanos. En nuestro sistema, esta relación se puede apreciar con claridad a partir de la aceptación del control incidental y *ex officio* de constitucionalidad y convencionalidad.

La recepción de esta forma de control a partir de la internalización de la doctrina del control de convencionalidad desarrollada por la Corte Interamericana de Derechos Humanos, y luego de diversas sentencias condenatorias contra el Estado mexicano, sentó las bases para la expansión de la garantía jurisdiccional, asumiendo que la inaplicación incidental y oficiosa de normas por parte de los jueces, en todos los ámbitos, es una atribución ínsita al acto mismo de juzgar. Ejercer tal atribución es una forma de refrendar cotidianamente el compromiso de cumplir con la Constitución; evadir su ejercicio es una forma de violarla o, en el mejor de los casos, de menguar su eficacia día tras día.

El proceso de internalización del control de constitucionalidad incidental y *ex officio* ha impactado tanto a nivel federal como local. El impacto obvio se produjo en la justicia local debido a que, antes de que la Suprema Corte de Justicia de la Nación resolviera el famoso expediente varios 912/2010, los jueces locales no podían ejercer control de constitucionalidad tomando como parámetro a los derechos humanos de fuente constitucional y convencional.

Pero aquella decisión también implicó cambios a nivel federal y ha sido preciso revisar si el juicio de amparo, tal como estaba diseñado, permitía el ejercicio del control de constitucionalidad y convencionalidad con la profundidad con la que lo exige la nueva atribución. También será necesario revisar no solo procesos, sino también las actitudes que los operadores jurisdiccionales adopten para permitir el desenvolvimiento de esta atribución de control. La justicia constitucional electoral nos ofreció un escenario interesante para poner a prueba esta cuestión.

También hemos procurado dar cuenta de algunas cuestiones conceptuales que resultan centrales para el adecuado funcionamiento de las instituciones jurídicas y procesales en particular, pues, en definitiva, el significado que le atribuyamos a los conceptos determinará la dinámica que les imprimiremos a esas instituciones.

En ese sentido, hemos realizado una suerte de exploración semántica con la intención de que, al ampliar el ámbito denotativo de los conceptos que usamos para conocer y materializar la justicia constitucional, sea posible expandir los ámbitos materiales y funcionales para la protección de los derechos humanos.

Bibliografía

Ackerman, Bruce, *We the people. Foundations*, Cambridge, Mass., The Belknap Press of Harvard University Press, 1993.

Acosta Sánchez, José, *Formación de la Constitución y jurisdicción constitucional. Fundamentos de la democracia constitucional*, Madrid, Tecnos, 1998.

Alexy, Robert, *Teoría de los derechos fundamentales*, Madrid, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, 2002.

Aragón, Manuel, "Derecho de sufragio: principio y función", en Nohlen, Dieter *et al.* (comps.), *Tratado de derecho electoral comparado de América Latina*, 2a. ed., México, FCE, 2007.

Aragón, Manuel, "Derecho electoral: sufragio activo y pasivo", en Nohlen, Dieter *et al.* (comps.), *Tratado de derecho electoral comparado de América Latina*, 2a. ed., México, FCE, 2007.

Aragón, Manuel, *Constitución y control del poder. Introducción a una teoría constitucional del control*, Bogotá, Universidad Externado de Colombia, 1999.

Arteaga Nava, Elisur, *Derecho constitucional*, México, Oxford, 1999.

Astudillo Reyes, César I., "El bloque y el parámetro de constitucionalidad en la interpretación de la Suprema Corte de Justicia de la Nación", en Carbonell, Miguel *et al.* (coords.), *Estado constitucional, derechos humanos, justicia y vida universitaria. Estudios en homenaje a Jorge Carpizo*, t. IV, vol. 1: *Estado constitucional*, México, IIJ-UNAM, 2015.

Astudillo Reyes, César I., *Ensayos de justicia constitucional en cuatro ordenamientos de México: Veracruz, Coahuila, Tlaxcala y Chiapas*, México, IIJ-UNAM, 2004.

Astudillo Reyes, César I., "Los derechos político-electorales", en Astudillo Reyes, César I. (coord.), *El derecho electoral en el federalismo mexicano*, México, IIJ-UNAM-INHERM, 2018.

Atienza, Manuel, *El Derecho como argumentación*, Barcelona, Ariel, 2006.

Ayala Corao, Carlos, "Del amparo constitucional al amparo interamericano como institutos para la protección de los derechos humanos", AA. VV., *Liber Amicorum. Héctor Fix-Zamudio,* San José, Secretaría de la Corte IDH, 1998, vol. I.

Ayala Corao, Carlos, "La ejecución de sentencias de la Corte Interamericana de Derechos Humanos", *Estudios Constitucionales*, Universidad de Talca, año 5, núm. 1, 2007.

Ayala Corao, Carlos, Discurso de incorporación como individuo de número de la Academia de Ciencias Políticas y Sociales, en el sillón número 28, y contestación del académico Pedro Nikken, Caracas, Academia de Ciencias Políticas y Sociales, 2012.

Bayón, Juan Carlos, "Derechos, democracia y constitución", *Discusiones, Derechos y Justicia Constitucional*, Alicante, núm. 1, 2000.

Bazán, Víctor, "El control de convencionalidad: incógnitas, desafíos y perspectivas", en Bazán, Víctor y Nash, Claudio (comps.), *Justicia constitucional y derechos fundamentales. El control de convencionalidad,* Santiago, Centro de Derechos Humanos-Facultad de Derecho-Universidad de Chile-KAS, 2012.

Beltrán de Felipe, Miguel y González García, Julio V., *Las sentencias básicas del Tribunal Supremo de los Estados Unidos de América*, 2a. ed., Madrid, Boletín Oficial del Estado-Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, 2006.

Bernal Pulido, Carlos, *El principio de proporcionalidad y los derechos fundamentales*, Madrid, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, 2003.

Bianchi, Enrique T. y Gullco, Hernán V., *El derecho a la libre expresión. Análisis de fallos nacionales y extranjeros*, La Plata, Librería Editora Platense, 1997.

Bickel, Alexander M., *The Least Dangerous. The Supreme Court at the Bar of Politics,* Indianapolis, Bobbs Merrill Educational Publishing, 1962.

Bidart Campos, Germán, *La interpretación y el control constitucionales en la jurisdicción constitucional*, Buenos Aires, Ediar, 1987.

Bidart Campos, Germán, *Tratado elemental de derecho constitucional argentino*, t. III: *El derecho internacional de los derechos humanos y la reforma constitucional de 1994*, nueva ed. ampliada y actualizada, Buenos Aires, Ediar, 1995.

Bilchitz, David, *Pobreza y derechos fundamentales. La justificación y efectivización de los derechos socioeconómicos*, trad. de Jorge A. Portocarrero Quispe, Madrid, Marcial Pons, 2017.

Bolaños Cacho, Miguel, *Los derechos del hombre (integridad personal y real*), México, CNDH, 2002, t. II.

Bovero, Michelangelo, *Una gramática para la democracia. Contra el gobierno de los peores,* trad. de Lorenzo Córdova, Madrid, Trotta, 2002.

Brage Camazano, Joaquín, *La acción de inconstitucionalidad*, México, UNAM, 2000.

Brewer-Carías, Allan R., "La jurisdicción constitucional en América Latina", en García Belaunde, Domingo y Fernández Segado, Francisco (coords.), *La jurisdicción constitucional en Iberoamérica,* Madrid, Dykinson, 1997.

Buriano, Ana, "Ley de Caducidad en Uruguay y esencia ético-política de la izquierda", *Perfiles Latinoamericanos,* núm. 38, julio-diciembre de 2011.

Bustillos, Julio, *Federalismo judicial a través del amparo*, México, IIJ-UNAM, 2010.

Caballero Ochoa, José Luis, "Cláusula de interpretación conforme y el principio pro persona", en Carbonell, Miguel y Salazar Ugarte, Pedro (coords.), *La reforma constitucional*

en materia de derechos humanos. Un nuevo paradigma, México, SCJN-IIJ-UNAM, 2012.

Cabra Apalategui, José Manuel, *Argumentación jurídica y racionalidad de A. Arnio*, Madrid, Dykinson, 2000, Cuadernos "Bartolomé de las Casas", núm. 15.

Cabrera Acevedo, Lucio, *La Suprema Corte de Justicia. La República y el Imperio*, México, SCJN, 1988.

Calamandrei, Piero, *Instituciones de derecho procesal civil*, trad. de Santiago Sentís Melendo, Buenos Aires, Ediciones Jurídicas Europa-América, 1996, vol. III.

Campuzano Gallegos, Adriana, *Manual para entender el juicio de amparo teórico práctico*, México, Thomson Reuters, 2019.

Cappelletti, Mauro, "Judicial Review in Comparative Perspective", *California Law Review*, vol. 58, núm. 5, octubre de 1970.

Cappelletti, Mauro, *Obras*, México, Porrúa-Facultad de Derecho de la UNAM, 2007.

Carbonell, Miguel y Salazar Ugarte, Pedro (coords.), *La reforma constitucional en materia de derechos humanos. Un nuevo paradigma*, México, SCJN-IIJ-UNAM, 2012.

Carmona Tinoco, Jorge Ulises, "La reforma y las normas de derechos humanos", en Carbonell, Miguel y Salazar Ugarte, Pedro (coords.), *La reforma constitucional en materia de derechos humanos. Un nuevo paradigma*, México, SCJN-IIJ-UNAM, 2012.

Carpizo, Jorge, *Estudios constitucionales*, México, IIJ-UNAM, 1996.

Carpizo, Jorge *et al*., "La jurisdicción constitucional en México", en García Belaunde, Domingo y Fernández Segado, Francisco (coords.), *La jurisdicción constitucional en Iberoamérica,* Madrid, Dykinson, 1997.

Carrillo Flores, Antonio, *Obras,* vol. I: *Derecho constitucional*, México, El Colegio Nacional, 2017.

Carrió, Genaro, "Una defensa condicionada de la *judicial review* (sobre el método de control de constitucionalidad vigente en

la Argentina)", AA. VV., *Fundamentos y alcances del control judicial de constitucionalidad*, Madrid, Centro de Estudios Constitucionales, 1991.

Cascajo Castro, José L. y Gimeno Sendra, Vicente, *El recurso de amparo*, 2a. ed., Madrid, Tecnos, 1992.

Castillo Velasco, José María del, *Apuntamientos para el estudio del derecho constitucional mexicano*, Facsimilar de la edición Príncipe de 1871, México, CNDH-Senado de la República-Miguel Ángel Porrúa, 2007.

Chiasoni, Pierluigi, Nota preliminar, en Scalia, Antonin *et al*., *Una cuestión de interpretación*, trad. de Gonzalo Villa Rosas, Lima, Palestra, 2015.

Cifuentes Muñoz, Eduardo, "La jurisdicción constitucional en Colombia", en García Belaunde, Domingo y Fernández Segado, Francisco (coords.), *La jurisdicción constitucional en Iberoamérica,* Madrid, Dykinson, 1997.

Cossío Díaz, José Ramón, *Sistemas y modelos de control constitucional en México,* México, IIJ-UNAM, 2013.

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

Courtis, Christian, "La prohibición de regresividad en materia de derechos sociales: apuntes introductorios", en Courtis, Christian (ed.), *Ni un paso atrás. La prohibición de regresividad en materia de derechos sociales,* Buenos Aires, Ediciones del Puerto, 2006.

Courtis, Christian, "Reyes desnudos. Algunos ejes de caracterización de la actividad política de los tribunales", en Carbonell, Miguel *et al*. (comps.), *Jueces y derecho. Problemas contemporáneos*, México, Porrúa-UNAM, 2005.

Cruz Parcero, Juan Antonio, *Hacia una teoría constitucional de los derechos humanos*, México, Instituto de Estudios Constitucionales del Estado de Querétaro, 2017.

Cruz Villalón, Pedro, "La tarea del tribunal constitucional", en Morodo, Raúl y Vega, Pedro de (coords.), *Estudios de teoría*

del estado y derecho constitucional en honor de Pablo Lucas Verdú, México, UNAM-UCM, 2000.

Cueva, Mario de la, *Teoría de la Constitución*, México, Porrúa, 2008.

Da Silva, José Alfonso, "O controle de constitucionalidade das leis no Brasil", en García Belaunde, Domingo y Fernández Segado, Francisco (coords.), *La jurisdicción constitucional en Iberoamérica,* Madrid, Dykinson, 1997.

Dixon, Rosalind y Ginsburg, Tom, "The forms and limits of constitutions and political insurance", *International Journal of Constitutional Law*, vol. 15, núm. 4, octubre de 2017.

Dulitzky, Ariel, "Reflexiones sobre la judicialización interamericana y propuesta de nuevos perfiles para el amparo interamericano", en Abad Yupanqui, Samuel Bernardo y Pérez Tremps, Pablo, *La reforma del proceso de amparo. La experiencia comparada*, Lima, Palestra, 2009.

Dworkin, Ronald, *Justicia para erizos*, trad. de Horacio Pons, México, FCE, 2014.

Ely, John H., *Democracia y desconfianza. Una teoría del control constitucional*, trad. de Magdalena Holguín, Bogotá, Siglo del Hombre Editores-Universidad de los Andes, 1997.

Faller, Hans Joachim, "Defensa constitucional por medio de la jurisdicción constitucional en la República Federal de Alemania", *Revista de Estudios Políticos*, núm. 7, enero-febrero de 1979.

Favoreu, Louis y Rubio Llorente, Francisco, *El bloque de la constitucionalidad*, Madrid, Universidad de Sevilla-Civitas, 1991.

Favoreu, Louis, *Los tribunales constitucionales,* trad. de Vicente Villacampa, Barcelona, Ariel, 1994.

Ferioli, Helena, "El sistema de justicia constitucional en el ordenamiento federal helvético", en Groppi, Tania *et al.*, *La justicia constitucional en Europa*, trad. de Francisco Ruiz-Risueño Montoya, México, Fundap, 2004.

Fernández Rodríguez, José Julio, *La justicia constitucional europea ante el siglo xxi,* Madrid, Tecnos, 2002.

Fernández Segado, Francisco y García Belaunde, Domingo, "La jurisdicción constitucional en Guatemala", en García Belaunde, Domingo y Fernández Segado, Francisco (coords.), *La jurisdicción constitucional en Iberoamérica,* Madrid, Dykinson, 1997.

Fernández Segado, Francisco, "Evolución histórica y modelos de control de constitucionalidad", en García Belaunde, Domingo y Fernández Segado, Francisco (coords.), *La jurisdicción constitucional en Iberoamérica*, Madrid, Dykinson, 1997.

Fernández Segado, Francisco, "La búsqueda de una nueva tipología explicativa de los sistemas de justicia constitucional", *Revista de las Cortes Generales*, Madrid, núm. 84, tercer cuatrimestre de 2011.

Fernández Segado, Francisco, "La jurisdicción constitucional en América Latina. Evolución y problemática desde la independencia hasta 1979", en Ferrer Mac-Gregor, Eduardo (coord.), *Derecho procesal constitucional*, México, Porrúa, 2003, vol. 1.

Fernández Segado, Francisco, "La jurisdicción constitucional en la reforma de la Constitución de Bolivia de 1994", en García Belaunde, Domingo y Fernández Segado, Francisco (coords.), *La jurisdicción constitucional en Iberoamérica*, Madrid, Dykinson, 1997.

Fernández Segado, Francisco, *La justicia constitucional ante el siglo xxi: la progresiva convergencia de los sistemas americano y europeo kelseniano*, México, UNAM, 2004.

Ferrajoli, Luigi, *Democracia y garantismo*, Madrid, Trotta, 2008.

Ferrajoli, Luigi, *Derechos y garantías. La ley del más débil*, 3a. ed., trad. de Perfecto Andrés Ibáñez y Andrea Greppi, Madrid, Trotta, 2002.

Ferrajoli, Luigi, *Principia Iuris, Teoría del derecho y la democracia*, t. II: *Teoría de la democracia*, trad. de Perfecto Andrés

Ibáñez, Carlos Bayón, Marina Gascón, Luis Prieto Sanchís y Alfonso Ruiz Miguel, Madrid, Trotta, 2011.

Ferrer Mac-Gregor, Eduardo, "Interpretación conforme y control difuso de convencionalidad", en Carbonell, Miguel y Salazar Ugarte, Pedro (coords.), *La reforma constitucional en materia de derechos humanos. Un nuevo paradigma*, México, SCJN-IIJ-UNAM, 2012.

Ferrer Mac-Gregor, Eduardo, "La nueva Sala Constitucional en el estado de Veracruz", en Ferrer Mac-Gregor, Eduardo y Vega Hernández, Rodolfo (eds.), *Justicia constitucional local*, México, Fundap, 2003.

Ferrer Mac-Gregor, Eduardo, *Los tribunales constitucionales en Iberoamérica*, México, Fundap, 2002.

Ferreres Comella, Víctor, *Una defensa del modelo europeo de control de constitucionalidad*, Madrid, Marcial Pons, 2011.

Fioravanti, Maurizio, *Los derechos fundamentales. Apuntes de historia de las constituciones*, Madrid, Trotta, 1996.

Fitzgerald, David, "Rethinking Emigrant Citizenship", *New York University Law Review*, vol. 81-90, 2006.

Fix-Fierro, Héctor, "La reforma judicial de 1994 y las acciones de inconstitucionalidad", *Ars Iuris*, México, núm. 13, 1995.

Fix-Zamudio, Héctor y Valencia Carmona, Salvador, *Derecho constitucional mexicano y comparado*, 9a. ed., México, UNAM-Porrúa, 2017.

Fix-Zamudio, Héctor, "Breves reflexiones sobre el concepto y el contenido del Derecho Procesal Constitucional", en Ferrer Mac-Gregor, Eduardo (coord.), *Derecho Procesal Constitucional*, 3a. ed., México, Porrúa, 2004.

Fix-Zamudio, Héctor, "Justicia constitucional y control de legalidad en México", en Valadés, Diego y Carbonell, Miguel (coords.), *El Estado constitucional contemporáneo. Cultura y sistemas jurídicos comparados*, México, UNAM, 2006, t. I.

Fix-Zamudio, Héctor, "La aportación de Piero Calamandrei al derecho procesal constitucional", *Revista de la Facultad de*

Derecho de México, México, t. VI, núm. 24, octubre-diciembre de 1956.

Fix-Zamudio, Héctor, "Relaciones entre los tribunales locales y los federales", en Hernández, Antonio María y Valadés, Diego (coords.), *Estudios sobre federalismo, justicia, democracia y derechos humanos. Homenaje a Pedro J. Frías*, México, UNAM, 2003.

Fix-Zamudio, Héctor, *Ensayos sobre el juicio de amparo*, México, Porrúa, 2003.

Fix-Zamudio, Héctor y Cossío Díaz, José Ramón, *El Poder judicial en el ordenamiento mexicano*, México, FCE, 1996.

Fraga, Gabino, "¿Pueden conocer de problemas de constitucionalidad de leyes, autoridades distintas del Poder Judicial de la Federación?" (1942), en Flores Mendoza, Imer Benjamín (ed.), *Doctrina constitucional mexicana*, México, Colección INEHRM-IIJ-UNAM, 2016.

Fraga, Gabino, *Derecho administrativo*, 37a. ed., México, Porrúa, 1998.

García Belaunde, Domingo, *Derecho Procesal Constitucional*, Bogotá, Temis, 2001.

García de Enterría, Eduardo, *La Constitución como norma y el Tribunal Constitucional*, 3a. ed., Madrid, Civitas, 1983.

García Jaramillo, Leonardo, "Desafíos de la interamericanización del derecho: la contribución del *Ius Constitutionale Commune*", en Bogdandy, Armin von *et al.* (coords.), Ius Constitutionale Commune *en América Latina. Textos básicos para su comprensión,* México, IECEQ-MPIL, 2017.

García Máynez, Eduardo, *Introducción al estudio del derecho*, 65a. ed., México, Porrúa, 2015.

García Ramírez, Sergio y Morales Sánchez, Julieta, *La reforma constitucional sobre derechos humanos (2009-2011)*, México, Porrúa, 2012.

García Ramírez, Sergio, "La protección de derechos y libertades en el Sistema Jurisdiccional Interamericano. El amparo inte-

ramericano", en Fix-Zamudio, Héctor y Ferrer Mac-Gregor, Eduardo (coords.), *El derecho de amparo en el mundo,* México, Porrúa-UNAM-KAS, 2006.

Gargarella, Roberto, *La justicia frente al gobierno. Sobre el carácter mayoritario del poder judicial*, Barcelona, Ariel, 1996.

Gargarella, Roberto, "El nuevo constitucionalismo dialógico frente al sistema de frenos y contrapesos", en Gargarella, Roberto (comp.), *Por una justicia dialógica*, Buenos Aires, Siglo XXI Editores, 2014.

Gargarella, Roberto, "Sin lugar para la soberanía popular. Democracia, derechos y castigo en el caso Gelman", *Seminario en Latinoamérica de Teoría Constitucional y Política*, núm. 13, enero de 2013.

Ginsburg, Tom y Versteeg, Mila, "Why do countries adopt constitutional review", *Journal of Law, Economics and Organization*, vol. 30, núm. 3, 2014.

González Oropeza, Manuel, "El control constitucional en las entidades federativas", en González Oropeza, Manuel y Ferrer Mac-Gregor, Eduardo (eds.), *La justicia constitucional en las entidades federativas*, México, Porrúa, 2006.

González Oropeza, Manuel, "Desarrollo del control constitucional de las entidades federativas", en González Oropeza, Manuel y Ferrer Mac-Gregor, Eduardo (eds.), *La justicia constitucional en las entidades federativas,* México, Porrúa, 2006.

González Oropeza, Manuel, *Los orígenes del control jurisdiccional de la Constitución y de los derechos humanos*, México, CNDH, 2003.

Grimm, Dieter, *Constitucionalismo, pasado, presente y futuro*, trad. de Jorge Alexander Portocarrero Quispe, Bogotá, Universidad Externado de Colombia, 2020.

Guastini, Riccardo, *Otras distinciones*, Bogotá, Universidad Externado de Colombia, 2014.

Guastini, Riccardo, *Interpretar y argumentar*, trad. de Silvina Álvarez Medina, Madrid, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, 2014.

Gudiño Pelayo, José de Jesús, "Lo confuso del control difuso de constitucionalidad", en Ferrer Mac-Gregor, Eduardo y Zaldívar Lelo de Larrea, Arturo (coords.), *Procesos constitucionales. Memorias del I Congreso Mexicano de Derecho Procesal Constitucional*, México, Porrúa-IIJ-UNAM, 2007.

Habermas, Jürgen, *Facticidad y validez. Sobre el derecho y el Estado democrático de derecho en términos de teoría del discurso,* trad. de Manuel Jiménez Redondo, Madrid, Trotta, 1998.

Hamilton, Alexander *et al.*, *El Federalista*, trad. de Gustavo R. Velasco, México, FCE, 2000.

Herrera García, Alfonso, "El control difuso de regularidad de las leyes en el juicio de amparo directo", en Ferrer Mac-Gregor, Eduardo y Herrera García, Alfonso (coords.), *El juicio de amparo en el centenario de la Constitución mexicana de 1917. Pasado, presente y futuro*, México, IIJ-UNAM, 2017.

Hesse, Konrad, *Escritos de derecho constitucional*, trad. de Pedro Cruz Villalón y Miguel Azpitarte Sánchez, Madrid, Fundación Coloquio Jurídico Europeo-Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, 2011.

Hitters, Juan Carlos, *Control de constitucionalidad y control de convencionalidad. Comparación*, Buenos Aires, La Ley, 2009.

Jackson, Vicki C., "Thayer, Holmes, Brandeis: Conceptions of Judicial Review, Factfinding, and Proportionality", *Harvard Law Review*, vol. 130, núm. 9, octubre de 2017.

Kelsen, Hans, *¿Quién debe ser el defensor de la Constitución?,* trad. de Roberto J. Brie, Madrid, Tecnos, 1995.

Kelsen, Hans, *La garantía jurisdiccional de la Constitución (La justicia constitucional)*, trad. de Rolando Tamayo y Salmorán, México, UNAM, 2001.

Kennedy, Duncan, *A critique of adjudication (fin de siècle)*, Cambridge, Mass., Harvard University Press, 1997.

Kramer, Larry D., *Constitucionalismo popular y control de constitucionalidad,* trad. de Paola Bergallo, Madrid, Marcial Pons, 2011.

Lafleur, Jean-Michel, "Transnacionalismo, diáspora y voto en el exterior", en Lafleur, Jean-Michel (ed.), *Diáspora y voto en el exterior. La participación política de los emigrantes bolivianos en las elecciones de su país de origen,* Barcelona, CIBOD, 2012.

Langford, Malcolm, "Why Judicial Review", *Oslo Law Review*, núm. 1, 2015.

Lazzarini, José Luis, *El juicio de amparo*, Buenos Aires, La Ley, 1987.

Linares, Sebastián, "Justicia dialógica interinstitucional, de *lege ferenda* y de *lege data*", en Gargarella, Roberto (comp.), *Por una justicia dialógica*, Buenos Aires, Siglo XXI Editores, 2014.

Liphart, Arend, *Las democracias contemporáneas*, 4a. ed., trad. de Elena de Grau, Barcelona, Ariel, 1999.

Martínez Báez, Antonio, "El indebido monopolio del Poder Judicial de la Federación para conocer de la inconstitucionalidad de leyes", *Revista de la Escuela Nacional de Jurisprudencia*, México, núm. 15, 1942.

Mendonca, Daniel, *Las claves del derecho*, Barcelona, Gedisa, 2000.

Mirow, M. C., "Marbury in Mexico. Judicial Review's Precocious Southern Migration", *Hastings Constitutional Law Quarterly*, vol. 35, núm. 1, otoño de 2007.

Nino, Carlos Santiago, *Fundamentos de derecho constitucional. Análisis filosófico, jurídico y politológico de la práctica constitucional*, Buenos Aires, Astrea, 2000.

Nino, Carlos Santiago, *La constitución de la democracia deliberativa*, trad. de Roberto P. Saba, Barcelona, Gedisa, 1998.

Nogueira Alcalá, Humberto, "El bloque constitucional de derechos en Chile. El parámetro de control y consideraciones comparativas con Colombia y México: doctrina y jurisprudencia", *Estudios Constitucionales*, Santiago, vol. 13, núm. 2, 2015.

Orozco Henríquez, J. Jesús, *Justicia electoral y garantismo jurídico*, México, Porrúa, 2006.

Otto, Ignacio de, *Derecho constitucional. Sistema de fuentes*, Barcelona, Ariel Derecho, 1998.

Picado, Sonia, "Derechos políticos como derechos humanos", en Nohlen, Dieter *et al.* (comps.), *Tratado de derecho electoral comparado de América Latina*, 2a. ed., México, FCE, 2007.

Post, Robert y Siegel, Reva, *Constitucionalismo democrático. Por una reconciliación entre constitución y pueblo*, trad. de Leonardo García Jaramillo, Buenos Aires, Siglo XXI Editores, 2013.

Pou Giménez, Francisca, "Justicia constitucional y protección de derechos en América Latina: el debate sobre la regionalización del activismo", en Rodríguez Garavito, César (coord.), *El derecho en América Latina, un mapa para el pensamiento jurídico del siglo xix*, Buenos Aires, Siglo XXI Editores, 2011.

Prieto Sanchís, Luis, *Apuntes de Teoría del Derecho*, Madrid, Trotta, 2005.

Prieto Sanchís, Luis, *El constitucionalismo de los derechos. Ensayos de filosofía jurídica*, Madrid, Trotta, 2013.

Prieto Sanchís, Luis, *Justicia constitucional y derechos fundamentales,* Madrid, Trotta, 2003.

Rabasa, Emilio, *El artículo 14 y el juicio constitucional*, 4a. ed., México, Porrúa, 1978.

Redondo, María Cristina, "La justificación de decisiones judiciales", en Carbonell, Miguel *et al.* (comps.), *Jueces y derecho. Problemas contemporáneos, México*, Porrúa-UNAM, 2005.

Rescigno, Francesca, "La justicia constitucional en Alemania", en Groppi, Tania *et al.*, *La justicia constitucional en Europa*, trad. de Francisco Ruiz-Ruiseño Montoya, México, Fundap, 2004.

Rescigno, Francesca, "La justicia constitucional en Bélgica", en Groppi, Tania *et al., La justicia constitucional en Europa*, trad. de Francisco Ruiz-Risueño Montoya, México, Fundap, 2004.

Rodríguez Garavito, César y Rodríguez Franco, Diana, *Juicio a la exclusión. El impacto de los tribunales sobre derechos sociales en el sur global*, Buenos Aires, Siglo XXI Editores, 2015.

Rosario Rodríguez, Marcos del, "La aplicación por parte de las autoridades administrativas del control difuso de constitucionalidad y convencionalidad", *Cuestiones Constitucionales. Revista Mexicana de Derecho Constitucional*, núm. 33, julio-diciembre de 2015.

Rosenfeld, Michel, "La filosofía de la libertad de expresión en América", en Carbonell, Miguel (comp.), *Problemas contemporáneos de la libertad de expresión*, México, Porrúa-CNDH, 2004.

Sabsay, Daniel, "El amparo como garantía para el acceso a la jurisdicción en defensa de los derechos humanos", en Abregú, Martín y Courtis, Christian (comps.), *La aplicación de los tratados sobre derechos humanos por los tribunales locales,* Buenos Aires, CELS-Editores del Puerto, 1997.

Sagüés, Néstor Pedro, *Derecho procesal constitucional. Recurso extraordinario*, 4a. ed., Buenos Aires, Astrea, 2002.

Sagüés, Néstor Pedro, "El control de convencionalidad como instrumento para la elaboración de un *ius commune* interamericano", en Bogdandy, Armin von *et al.* (coords.), *La justicia constitucional y su internalización. ¿Hacia un* ius constitutionale commune *en América Latina*?, México, UNAM, 2010, t. II.

Sagüés, Néstor Pedro, *La Constitución bajo tensión*, México, Instituto de Estudios Constitucionales del Estado de Querétaro, 2016.

Sánchez Gil, Rubén, "El control difuso de la constitucionalidad en México. Reflexiones en torno a la tesis P./J. 38/2002", *Cuestiones Constitucionales*, núm. 11, julio-diciembre de 2004.

Sánchez González, Santiago, *La libertad de expresión*, Madrid, Marcial Pons, 1992.

Scalia, Antonin, "Los tribunales del *common law* en un sistema de derecho continental", en Scalia, Antonin *et al.*, *Una cuestión de interpretación*, trad. de Gonzalo Villa Rosas, Lima, Palestra, 2015.

Schmitt, Carl, *La defensa de la Constitución*, 2a. ed., trad. de Manuel Sánchez Sarto, Madrid, Tecnos, 1998.

Schmitt, Carl y Kelsen, Hans, *La polémica Schmitt/Kelsen sobre la justicia constitucional: El defensor de la Constitución versus ¿Quién debe ser el defensor de la Constitución?*, trad. de Manuel Sánchez Sarto y Roberto J. Brie, Madrid, Tecnos, 2009.

Serna de la Garza, José María, "La lógica centralizadora del sistema federal mexicano", en Valadés, Diego y Serna de la Garza, José María (coords.), *Federalismo y regionalismo*, México, UNAM-Tribunal Superior de Justicia del Estado de Puebla, 2006.

Sola, Juan Vicente, *Control judicial de constitucionalidad*, Buenos Aires, Abeledo Perrot, 2001.

Sunstein, Cass, *One case at a time. Judicial minimalism in the Supreme Court*, Cambridge, Mass., Harvard University Press, 2001.

Suprema Corte de Justicia de la Nación, *Libro blanco de la reforma judicial. Una agenda para la justicia en México*, México, SCJN, 2006.

Tarr, Alan G., "La potencialidad del constitucionalismo estatal", en González Oropeza, Manuel y Ferrer Mac-Gregor, Eduardo (eds.), *La justicia constitucional en las entidades federativas* México, Porrúa, 2006.

Tarr, Alan G., *Comprendiendo las constituciones estatales*, trad. de Daniel Barceló Rojas, México, UNAM, 2009.

Thayer, James B., "The origin and scope of the American constitutional law", *Harvard Law Review*, vol. 7, núm. 3, 25 de octubre de 1893.

Tocqueville, Alexis de, *La democracia en América*, 2a. ed., trad. de Luis R. Cuéllar, México, FCE, 2002.

Tron Petit, Jean-Claude, "¿Qué hay del interés legítimo? Segunda parte", *Revista del Instituto de la Judicatura Federal*, núm. 34, 2012.

Tsebelis, George, *Jugadores con veto. Cómo funcionan las instituciones políticas*, trad. de José Manuel Salazar, México, FCE, 2006.

Tushnet, Mark, *Constitucionalismo y judicial review*, trad. de Manuel Chuquillanqui González, Lima, Palestra, 2013.

Uprimny, Rodrigo, *El bloque de constitucionalidad en Colombia*, Bogotá, Universidad Nacional-ENS, 2005.

Vallarta, Ignacio L., *Votos*, México, Tribunal Superior de Justicia del Distrito Federal, 2005, col. Clásicos del Derecho Mexicano, t. III.

Waldinger, Roger, "Más allá del transnacionalismo: una perspectiva alternativa de la conexión de los inmigrantes con su país de origen", *Migraciones Internacionales*, vol. 7, núm. especial 1, 2013.

Waldron, Jeremy, *Contra el gobierno de los jueces. Ventajas y desventajas de tomar decisiones por mayoría en el Congreso y en los tribunales*, trad. de Federico Jorge Gaxiola, Leonardo García Jaramillo y Santiago Virguëz-Ruiz, Buenos Aires, Siglo XXI Editores, 2018.

Waldron, Jeremy, *Derechos y desacuerdos*, trad. de José Luis Martí y Águeda Quiroga, Madrid, Marcial Pons, 2005.

Waldron, Jeremy, "The Core of the Case against Judicial Review", *The Yale Law Journal*, vol. 115, 2006.

Wróblewski, Jerzy, *Sentido y hecho en el derecho*, trad. de Francisco Javier Ezquiaga Ganuzas y Juan Igartúa Salaverría, México, Fontamara, 2003.

Zagrebelsky, Gustavo, *El derecho dúctil*, trad. de Marina Gascón, Madrid, Trotta, 2002.

Zaldívar Lelo de Larrea, Arturo, "La justicia constitucional en México. Balance y retos", en Vega Gómez, Juan y Corzo Sosa, Edgar (coords.), *Tribunales y justicia constitucional. Memorias del VII Congreso Iberoamericano de Derecho Constitucional*, México, IIJ-UNAM, 2002.

Justicia constitucional y derechos humanos
Estudios sobre el desarrollo del control jurisdiccional incidental y* ex officio *en México
se terminó de imprimir en febrero de 2024,
en los Talleres Gráficos del Poder Ejecutivo
del Estado de Querétaro,
su tiraje consta de 1 000 ejemplares.



INSTITUTO DE ESTUDIOS
CONSTITUCIONALES
DEL ESTADO DE QUERÉTARO

OTRAS PUBLICACIONES

Hacia un populismo constitucional
Fernando Castillo Víquez

Éxitos y desafíos en los sistemas regionales de derechos humanos
40 aniversario de la entrada en vigor de la CADH y de la creación de la Corte IDH
Seminario Internacional
(En coedición con la Corte IDH)

El "Tri": deportes, violencia y derechos humanos
Ariel Dulitzky
Clarissa Iglesias Torres (colaboradora)

Sentencias feministas.
Reescribiendo la justicia con perspectiva de género.
Proyecto México
Geraldina González de la Vega Hernández
Isabel Montoya Ramos (coords.)
(En coedición con el COPRED)

Derechos humanos de las personas migrantes: una mirada desde el ius commune
Armin von Bogdandy
Mariela Morales Antoniazzi
Juana María Ibáñez Rivas (coords.)
(En coedición con el IIJ-UNAM, el MPIL y la DFG)

JUSTICIA CONSTITUCIONAL Y DERECHOS HUMANOS

ESTUDIOS SOBRE EL DESARROLLO DEL CONTROL JURISDICCIONAL INCIDENTAL Y *EX OFFICIO* EN MÉXICO

Este libro realiza un recorrido crítico por el proceso de cambios y modificaciones efectuados al sistema de justicia constitucional en México, específicamente a partir del reconocimiento de la atribución de las y los jueces para llevar a cabo un control *ex officio* de constitucionalidad y convencionalidad. Una vez que la Suprema Corte de Justicia de la Nación estableció —o bien refrendó, según el caso— ese deber, comenzó un proceso de internalización que implicó rediseños procesales y también actitudinales.

La obra pretende explicar que el proceso expansivo de la garantía jurisdiccional de la Constitución, producido por el reconocimiento de esta atribución, tiene como objetivo principal robustecer la garantía de los derechos, sin embargo, se advierte la necesidad de adaptar las formas procesales para dar cumplimiento a ello, hacia lo cual se han dirigido buena parte de las reformas de los últimos años en México.

También formula una revisión de los conceptos que se emplean para nominar, describir y prescribir las formas y alcances del control *ex officio* de constitucionalidad y convencionalidad, pues considera que las imprecisiones conceptuales oscurecen la comprensión de las actividades de control que se deben realizar.

En definitiva, la finalidad central de este trabajo es analizar los alcances del control que deben realizar las y los jueces locales y federales para, de ese modo, honrar de la mejor manera posible el compromiso con los derechos humanos.

ISBN 978-607-8908-05-9

9 786078 908059

PODER EJECUTIVO DEL ESTADO DE
QUERÉTARO