



UNIVERSIDAD JUÁREZ AUTÓNOMA DE TABASCO.

“ESTUDIO EN LA DUDA. ACCIÓN EN LA FE”

DIVISIÓN ACADÉMICA DE CIENCIAS SOCIALES Y HUMANIDADES.

TESIS

**LA NECESIDAD DE UN TRIBUNAL
CONSTITUCIONAL EN UNA SOCIEDAD
DEMOCRÁTICA: ¿EXISTE TAL
NECESIDAD?**

PARA OBTENER EL GRADO DE

MAESTRO EN DERECHO

PRESENTA:

LIC. ROBERTO RODRÍGUEZ DÍAZ

DIRECTOR DE TESIS:

DR. ALFREDO ISLAS COLÍN

Villahermosa, Tabasco, febrero 2023.

Universidad Juárez Autónoma de Tabasco



UNIVERSIDAD JUÁREZ
AUTÓNOMA DE TABASCO

"ESTUDIO EN LA DUDA. ACCIÓN EN LA FE"



DIVISIÓN ACADÉMICA DE CIENCIAS
SOCIALES Y HUMANIDADES



Dirección

Of. DACSYH/CP/676/2023
Villahermosa, Tabasco 10 de febrero de 2023
Asunto: Modalidad de Tesis

Lic. Roberto Rodríguez Díaz
Egresado de la Maestría en Derecho
Presente.

En atención a su solicitud de autorización de modalidad de titulación, me permito comunicarle que con fundamento en el artículo 69 fracción II del Reglamento General de Estudios de Posgrado vigente, se aprueba que pueda titularse mediante la **modalidad de tesis** con el trabajo recepcional "LA NECESIDAD DE UN TRIBUNAL CONSTITUCIONAL EN UNA SOCIEDAD DEMOCRÁTICA: ¿EXISTE TAL NECESIDAD?" para obtener el grado de Maestro en Derecho.

Me despido de usted enviándole un afectuoso saludo.

Atentamente
"ESTUDIO EN LA DUDA. ACCIÓN EN LA FE"

DRA. FELIPA SÁNCHEZ PÉREZ
DIRECTORA

D.A.C.S. y H.



DIRECCIÓN

C.c.p. Archivo
DRA FSP/MTRO/JERGP/ANSAHER

Miembro CUMEX desde 2008
Consortio de
Universidades
Mexicanas
UNIVERSIDAD DE CALIDAD POR LA EDUCACIÓN SUPERIOR

www.ujat.mx
www.pnpc-dacsyhujat.com
Facebook: DACSYH División Académica de Ciencias Sociales y Humanidades UJAT/ twitter@DACSYH_UJAT

PROLONGACIÓN PASEO USUMACINTA S/N
BOULEVARD BICENTENARIO
R/A. GONZÁLEZ 1RA SECCIÓN, CENTRO TABASCO
TEL. (993) 358-15-83 EXT. 6535
CORREO: PNPC.DACSyh@UJAT.MX



Dirección

Of. DACSYH/CP/675/2023
Villahermosa, Tabasco 10 de febrero de 2023
Asunto: Autorización de impresión de tesis

Lic. Roberto Rodríguez Díaz
Egresado de la Maestría en Derecho
Presente.

Con fundamento en el artículo 71 del Reglamento General de Estudios de Posgrado vigente y en atención a la tesis titulada "LA NECESIDAD DE UN TRIBUNAL CONSTITUCIONAL EN UNA SOCIEDAD DEMOCRÁTICA: ¿EXISTE TAL NECESIDAD?", para obtener el grado de Maestro en Derecho, la cual ha sido revisada y aprobada por el Director de Tesis el Doctor Alfredo Islas Colín, y la Comisión Revisora, me permito comunicar a usted que se autoriza la impresión de la misma, a efectos de que esté en posibilidad de presentar el examen respectivo.

Me despido de usted enviándole un afectuoso saludo.

Atentamente
"ESTUDIO EN LA DUDA. ACCIÓN EN LA FE"

DRA. FELIPA SÁNCHEZ PÉREZ
DIRECTORA

D.A.C.S. y H.



DIRECCIÓN

C.c.p. Archivo
DRA' FSP/MTRO'JERGP/ANSAHER

CARTA AUTORIZACIÓN

El que suscribe, autoriza por medio del presente escrito a la Universidad Juárez Autónoma de Tabasco, para que realice tanto física como digitalmente la tesis de grado denominada "LA NECESIDAD DE UN TRIBUNAL CONSTITUCIONAL EN UNA SOCIEDAD DEMOCRÁTICA: ¿EXISTE TAL NECESIDAD?", del cual soy autor y titular de los derechos de autor.

La finalidad del uso por parte de la Universidad Juárez Autónoma de Tabasco de la tesis antes mencionada, será únicamente para difusión, educación y sin fines de lucro; autorización que se hace de manera enunciativa mas no limitativa, para subirla a la Red Abierta de Bibliotecas Digitales (RABD) y a cualquier otra red académica con la que la Universidad tenga relación institucional.

Por lo antes manifestado, libero a la Universidad Juárez Autónoma de Tabasco de cualquier reclamación legal que pudiera ejercer respecto al uso y manipulación de la tesis antes mencionada y para los fines estipulados en este documento.

Se firma la presente autorización en la ciudad de Villahermosa, Tabasco, el día 10 de febrero del 2023.

AUTORIZO



LIC. ROBERTO RODRÍGUEZ DÍAZ

TESISTA

A mis hijos, por ser el aliento que requiero cada mañana para no claudicar.

A mi esposa, por ser la compañera perfecta que todo investigador necesita para concretar sus metas: gracias por confiar, apoyar y colaborar en mis sueños.

A mi Director de tesis, Dr. Alfredo Islas Colín, por dirigir mi investigación de manera clara, precisa, profesional y, sobre todo, por compartir con generosidad su bagaje jurídico y cultural.

A mis revisores de tesis, porque sus observaciones fueron cruciales para el perfeccionamiento de mi trabajo.

CONTENIDO

INTRODUCCIÓN	7
---------------------	----------

PRIMERA PARTE

GÉNESIS Y PROTECCIÓN DE LA JUSTICIA

Página 10

CAPÍTULO PRIMERO. NOCIONES BÁSICAS SOBRE LA JUSTICIA: NACIMIENTO, EVOLUCIÓN Y ALGUNAS COMPLEJIDADES

Página 11

I.	Antecedentes y escenario contemporáneo de la justicia	14
	1. Breve alusión de la sociedad que fundó el principio de justicia: la sociedad civil	15
	2. Evolución del concepto de justicia: de la sociedad civil a la democrática	19
II.	Rotura de la justicia	31
	1. Por parte del gobernante: ingobernabilidad	33
	2. Por parte del gobernado: incumplimiento de la ley	37
	Conclusiones del primer capítulo	38

CAPÍTULO SEGUNDO. DERECHOS CONSTITUCIONALES: GUARDIANES DE LA JUSTICIA

Página 41

I.	La Constitución	43
	1. El constitucionalismo	47
	2. Estructura de una Constitución	52
	A. Parte dogmática	53
	B. Parte orgánica	56
II.	Modelos constitucionales	58
	1. Modelo anglosajón	62
	2. Modelo austriaco	63
	3. Modelo latinoamericano	65
III.	Si la Constitución salvaguarda a la justicia, ¿quién protege a la Constitución?	67
	Conclusiones del segundo capítulo	70

SEGUNDA PARTE
INSTITUCIÓN IDÓNEA PARA SALVAGUARDAR A LA CONSTITUCIÓN

Página 72

CAPÍTULO TERCERO. TRIBUNALES SUPREMOS DE JUSTICIA

Página 86

I.	De los Tribunales Supremos en general	87
II.	Escenario comparado	88
	1. Corte Suprema de Estados Unidos de América	88
	2. Suprema Corte de Justicia de la Nación de México	92
	3. Suprema Corte de Justicia de la Nación de Uruguay	99
	4. Suprema Corte de Justicia de la Nación de Honduras	104

CAPÍTULO CUARTO. TRIBUNALES CONSTITUCIONALES

Página 111

I.	De los Tribunales Constitucionales en general	112
III.	Escenario comparado	114
	1. Tribunal Constitucional de Alemania	114
	2. Tribunal Constitucional de España	119
	3. Tribunal Constitucional de Perú	124
CONCLUSIONES		131
BIBLIOHEMEROGRAFÍA		135

INTRODUCCIÓN

El derecho al acceso a la justicia es un elemento clave para la construcción de un Estado de Derecho y democrático, en el cual, de igual importancia, las instituciones encargadas de impartir justicia deben cumplir con ciertos requisitos que garanticen la imparcialidad o, dicho de otro modo, hagan de la justicia una realidad social. Desde la creación del Estado de Derecho la sociedad tiene la necesidad de confiar en un tercero la resolución de sus problemas jurídicos, esperando que este lo haga al amparo de lo concebido como justo. Sus diversos inventos jurídicos dejan prueba de que ese tercero no ha cumplido con las expectativas. Las teorías de Kant y Rousseau apuntan de manera clara que el sistema democrático funcionará solo cuando las que gobiernan sean personas morales que cumplan con los principios de derechos. Siendo así, la principal preocupación para el adecuado y eficaz funcionamiento de la impartición de justicia, quiénes la impartirán. Por otra parte, el constitucionalismo prometió un restablecimiento de la justicia al escribir en una norma suprema los derechos fundamentales, la estructura política del Estado, las facultades de cada poder y la subordinación de las demás normas del Estado, de tal modo, aquellas normas que contravenían la libertad, igualdad y no discriminación, quedarían derogadas. Sin embargo, aún prevalecía la inquietante cuestión de quién sería la institución ideal para hacer cumplir-velar la norma suprema o, lo que es igual, en manos de quién quedaría la impartición de la justicia suprema.

En la actualidad, tanto en la teoría como en la praxis, existen dos líneas discrepantes entre sí en relación a la institución encargada de custodiar a la Constitución. Una que, apuesta por la creación de un Tribunal Constitucional encargado exclusivamente de atender controversias constitucionales, independiente de los poderes legislativo, ejecutivo y judicial. Otra que considera innecesaria la separación del tribunal que custodia la Constitución del poder judicial. Atento a ello, esta tesis parte de la idea de que un tribunal idóneo para resguardar la Constitución es aquel que cumpla con las exigencias de una sociedad democrática. Por tal razón, el principal objetivo de este trabajo radicó en describir los elementos que constituyen a una sociedad democrática y detectar, bajo el umbral de un estudio comparado, cuál es aquella institución o figura que cumple con los parámetros que exige una sociedad democrática. Insoslayable es indicar que, la conclusión final apuntada en esta tesis se aboca a un escenario Nacional, es decir, la propuesta dada de las características que debe tener un tribunal guardián de la Constitución se refiere a un Tribunal Constitucional nacional o, en su caso un Tribunal Supremo de Justicia nacional.

Bajo esta línea, esta tesis se divide en dos partes, *la primera* habla sobre los elementos que componen a la justicia y a la Carta Magna, en este sentido, se aborda el tema de la justicia considerando que la creación de las sociedades nació a partir de la necesidad de que alguien o algo indicara qué es lo correcto o lo incorrecto. Así pues, posteriormente nace la necesidad de una norma que establezca de manera un tanto fijas las reglas que van a regir a la ya constituida sociedad civil. Dicha norma contiene principios importantes que no deben romperse en cada sociedad según su particularidad. No obstante, sigue quedando en duda quién debe ser el “guardián de la constitución” (tal como lo llama Kelsen). En la primera parte de la tesis se estudia y se llega a la conclusión de la necesidad de que exista una institución alejada de su creador (el poder legislativo) y no subordinada a los mandatos ejecutivos que se dedique a custodiar los principios de la norma. La Constitución constituye la principal y superior norma de un Estado democrático, quien dispondrá las directrices jurídicas, administrativas y políticas de un Estado. De ahí surge la preocupación de determinar quién, de qué modo y bajo qué términos se debe custodiar a la Constitución.

Siguiendo este hilo de ideas, la *segunda* parte inicia por sentar las bases del ideal de un tribunal que custodie a la constitución. En tal sentido, a la luz de la doctrina y criterios jurisprudenciales de la Corte Interamericana de Derechos Humanos, se concluye que los elementos necesarios para dicho propósito son: 1. Independencia: la cual se presume cuando, a su vez, el tribunal tiene: A. Independencia presupuestaria. B. Independencia de los poderes que detentan el poder (su nombramiento y destitución no dependa del legislativo y/o del ejecutivo, por ejemplo). 2. Cuento con recursos accesibles y suficientes para que los ciudadanos aleguen violaciones a la Constitución. 3. Cuento con personal competente en relación a los asuntos a atender: A. conocimientos en la materia. B. Pluralismo. 4. Existencia de mecanismos de supervisión claros y públicos.

Posteriormente, se entra a un estudio comparado en relación a los Tribunales Constitucionales y Tribunales Supremos de Justicia. Ello permitirá advertir que el mayor mal que se presume tanto en los Tribunales Constitucionales como en los Supremos de Justicia es la no independencia y autonomía, encontrándose de manera indirecta subordinados a los otros poderes del Estado. Cuando se habla de subordinación se refiere a los defectos legislativos que dejan en manos de los otros poderes la decisión y destitución de los miembros del tribunal, así como la designación del presupuesto del tribunal.

Esta investigación es principalmente descriptiva y crítica. Es a partir de esto que fue posible inferir las recomendaciones precisas en la etapa final. Por lo tanto, también es inductiva, ya que los datos de un grupo de información doctrinal se analizaron en un intento de llegar a una conclusión general sobre el tema de estudio. Para llevar a cabo esta investigación, se utilizó material de bibliotecas virtuales internacionales, así como en bibliografía obtenida de bibliotecas nacionales, que permitieron un claro estudio analítico y comparado.

Universidad Juárez Autónoma de Tabasco.
México

PRIMERA PARTE
GÉNESIS Y PROTECCIÓN DE LA JUSTICIA

Universidad Juárez Autónoma de Tabasco.
México

CAPÍTULO PRIMERO
NOCIONES BÁSICAS SOBRE LA JUSTICIA: NACIMIENTO,
EVOLUCIÓN Y ALGUNAS COMPLEJIDADES

La justicia es un principio que permite mantener el equilibrio social, político y económico dentro de una sociedad a través de las instituciones jurídicas que la representan. Esta surge como una alternativa viable para la solución de conflictos entre las personas de una sociedad civil. La humanidad advirtió que necesitaba de un tercero, ajeno al conflicto, que decidiera, bajo el parámetro de la imparcialidad, quién tenía la razón, a quién le correspondía el bien, o que se castigara a quien quebrantó las reglas sociales. A propósito de ello, Hans Kelsen opinaba que justicia es libertad, paz y tolerancia¹ dentro de una sociedad, en razón de que la tolerancia se presenta cuando los miembros de una sociedad respetan las ideas tanto religiosas como políticas de sus compañeros, lo cual no es igual a estar de acuerdo, simplemente los miembros de la sociedad aceptan sus diferencias. Kelsen también sostenía, de manera muy acertada, que la existencia de un acto justo depende de la existencia de un conflicto de intereses, sería innecesario ejecutar una decisión justa cuando no existen dos valores en disputa. Por su parte, Jeremy Bentham² la felicidad garantizada por un órgano social. Lo cual tiene sentido si consideramos que la justicia no sólo se representa con jueces que dicten resoluciones, sino también en la creación de leyes que permitan la equidad, igualdad y no discriminación; empero, no se debe perder de vista que la felicidad es un término subjetivo –y no así objetivo-, acuñar este concepto conlleva a aceptar que la justicia implica felicidad pero de la manera en que el juzgador la perciba, aditivo a ello, si la justicia implica una disputa de valores, entonces se estaría hablando de una felicidad parcial, aquella que recibe la parte que obtenga la razón. A este respecto, menester es hacer hincapié en la subjetividad, pues tal parece que está implícita en la justicia, por ejemplo, Platón, opinaba que la justicia significaba obediencia a la Ley, entonces se es justo cuando se gobierna acorde a las normas jurídicas construidas por la sociedad, asimismo manifestó que la justicia es un ideal del bien, por tanto, se hace justicia

¹ Kelsen, Hans, *¿Qué es la justicia?*, Ariel, Barcelona, 1991, p. 283

² Bentham, Jeremy, *An Introduction to the Principles of Morals and legislation*, Dover Philosophical Classics, New York, 2007, 335 p. Bentham, Jeremy, *A Fragment on Government*, Cambridge University Press, London, 1977, p. 240.

cuando se hace el bien al prójimo.³ Kant sostenía que la justicia se visualiza mediante el comportamiento de acuerdo a las normas generales establecidas por el orden social, aunado a esta idea indicó que el ser humano debía comportarse de tal modo que su conducta fuera un ejemplo de ley universal.⁴ Ambos pensamientos en torno a la justicia sugieren que esta se ejecuta cuando se actúa con apego a la ley, mismas que son hechas por el hombre a la luz de las costumbres de una sociedad, esto es, la ley instruye el comportamiento a los miembros de una sociedad de acuerdo a sus costumbres, desobedecerla significa quebrantar la injusticia, entonces se habla de que la justicia es “hacer el bien” o “ser un hombre ejemplar”, pero ¿qué es el bien y qué es el mal? Kelsen decía que la visión del bien “absoluto sólo es posible a través de una experiencia de tipo místico, que únicamente pueden lograr unos pocos mediante la gracia divina. (...) El amor que Jesús enseñó no es el amor humano. Es el amor que ayudará al hombre a ser tan perfecto como su Padre del cielo.”⁵ Ello conduce a pensar que el bien, como ejemplo a seguir, es el enseñado por la religión, la obediencia a los principios del bien te conducirá a la perfección, toda persona perfecta es moralmente buena, este conjunto de cualidades impide a la persona a hacerle daño a sus semejantes; esta es la razón por la cual hacer el bien contribuye a un acto justo y hacer el mal a un acto injusto. Eso, por una parte, por otra parte se reafirma que la justicia es un principio subjetivo que las sociedades establecen de conformidad con su concepto de bien, este concepto no necesariamente trae consigo un antecedente religioso, únicamente es aquello que en su mayoría la sociedad acepta como actos correctos y actos incorrectos, por ende, la impartición de la justicia debe ser con apego a ello. En efecto, a la luz de los conceptos antes reflexionados, la justicia es el cumplimiento de las reglas sociales y el respeto por las costumbres.

³ De Azcárate, Patricio, *Obras completas de Platón*, Madrid, Medina y Navarros editores, 1872, t. VI, p. 293.

⁴ Kant, Immanuel, *Filosofía de la historia*, FCE, México, 1981, p. 151. Kant, Immanuel, *Grounding for the metaphysics of Morals*, Cambridge University Press, trad. Mary Gregor, reprinted 2003, p. 214. Kant, Immanuel, *Fundamentación de la metafísica de las costumbres*, Argentina, El Cid Editor, 2003, p. 306.

⁵ Kelsen, Hans, *¿Qué es la justicia? ...*, op. cit., pp. 47-48.

I. Antecedentes y escenario contemporáneo de la justicia

A través de la historia social se puede detectar que la justicia no fue una figura que surgió como una necesidad de la sociedad natural, sino de la sociedad civil. Como es sabido, la sociedad natural fue la primera estructura social formada por la humanidad como necesidad de agrupamiento humano para subsanar sus primeras necesidades: frío, calor, hambre y peligros naturales.⁶ Resuelto ello, y ya agrupados en sociedad, emergieron los problemas de pertenencia de las cosas, lo cual apuntaba a que era tiempo de cambiar de una sociedad natural a una que les prometiera tener a alguien o a algo que decidiera quién tenía la razón en las disputas. Es entonces cuando nace la sociedad civil, en esta nueva etapa se crea una *justicia distributiva*⁷ en manos de un órgano independiente que decide los derechos de los individuos con base a una ley universal. A la luz de lo anterior, se hace oportuno sostener que la sociedad natural no es el indicio de la justicia, no obstante, fue un proceso social necesario para que los individuos necesitaran la creación de la justicia, el proceso social que creó a dicha figura fue la sociedad civil.

Aún con ello, hoy en día se habla de que la humanidad ha hecho otro proceso social, ha pasado de la sociedad civil a la democrática. En esta figura, si bien no se rompe con la teoría del Estado de Derecho, el cambio trascendente radica en que no es sólo la norma del territorio quien rige lo moralmente bueno, ahora existen parámetros o principios que velan por lo humanamente digno y correcto, esto son los conocidos derechos humanos. En otras palabras, la sociedad democrática será justa en la medida

⁶ Para mayor abundancia respecto a la sociedad natural, véase, Rousseau, Jean-Jacques., *El contrato social*, UNAM, México, 4ta. edición, 1984, p. 160. Aristoteles, *Politics*, translated by C.D.C. Reeve, Hackett Publishing Company, United States of America, 1998. Pavón Cuéllar, David, Sabucedo Cameselle, José Manuel, "El concepto de sociedad civil: Breve historia de su elaboración teórica", *Revista Iberoamericana de filosofía, políticas y humanidades*, Sevilla, 2009, Vol. 11, núm. 21, pp. 63-92.

⁷ Kant, Immanuel, *Metaphysics of Morals...*, cit. pp. 188-189.

en que cumpla con los principios de los derechos humanos, pero sucede que estos parámetros no sólo existen en el territorio nacional, sino que hay una serie de directrices a nivel internacional que determinan su aplicación.⁸

Habida cuenta, la sociedad civil, fundadora del Estado de Derecho, representa el primer indicio de lo que es socialmente “justo”, sin embargo, conforme han transcurrido los años, las sociedades han enfrentado nuevas problemáticas culturales, religiosas, jurídicas y sociales, un gran ejemplo de ellas son las guerras y conflictos armados en donde gran parte de la población ha sufrido física y psicológicamente. Preocupados por esta nueva oleada de problemas, la comunidad mundial ha creado una alternativa de solución, ha creado a la sociedad democrática. Esta se rige por principios humanos internacionales que determinan la aceptabilidad o rechazo de los actos sociales. Entonces se tiene que, las sociedades pasaron de ser justas de conformidad con sus costumbres –sociedad civil- a ser injustas si alguna de esas costumbres hechas norma va en contra de los principios humanos internacionales –sociedad democrática-.

1. Breve alusión de la sociedad que fundó el principio de justicia: la sociedad civil

A la luz del pensamiento de Hobbes⁹ la sociedad civil es una construcción artificial con normas o reglas que permiten la existencia del orden social, en este momento –artificial- los ciudadanos se unen voluntariamente y no naturalmente, por un orden y

⁸ Es importante recordar que para Kelsen una norma internacional no puede ser aplicativa en un Estado si este no la acepta, entonces, al final del día, las constituciones nacionales sólo si ellas quieren permiten la entrada de la “justicia internacional”. Sobre ello se abundará en el capítulo II cuando se hable sobre el Federalismo.

⁹ *Cfr.* Hobbes, Thomas, *On the citizen*, edited and translated by Tuck Richard and Silverthorne, Michael, Cambridge University Press, 1998, (original publicación en 1642), p. 312. Rodríguez Feo, Joaquín, *Thomas Hobbes. Tratado sobre el ciudadano*, Universidad Nacional de Educación a Distancia, Madrid, 2009, p. 241.

no por naturaleza, por una necesidad de asistencia y no por una disposición natural.¹⁰ En otros términos, las personas de manera voluntaria deciden constituirse en sociedad civil por necesidades sociales –conflictos entre los integrantes del grupo-, y no así por necesidades naturales –hambre, frío, calor, etcétera-. En la sociedad natural el ser humano gozaba de libertad absoluta, nada ni nadie le prohibía ningún comportamiento, actuaba bajo sus instintos y deseos. De manera opuesta, en la transición de la sociedad natural a la civil el ser humano somete su libertad a la *justicia razonable*, ello no significa que su libertad es coaccionada o arrebatada, sino que deja de ser un animal dominado por sus instintos para ser un animal dominado por la razón, y la razón es aquella suscrita en las normas. El ser humano deja de ser un animal con libertad natural que actúa bajo instintos, para concebirse en un animal con libertad civil que actúa con apego a una justicia razonable.

Aunado a este pensamiento, John Locke¹¹ creía que las leyes son decretas por la misma sociedad y que la sociedad civil presta un escenario favorecedor al hombre por cuanto hace a la paz y la prosperidad, porque permite al hombre preservar su vida, libertad y posesión. Permanecer en esta sociedad genera paz, permanecer en la sociedad natural representa guerras. Sin embargo, para Rousseau¹² la transición del hombre de lo natural a la civil, trajo problemas sociales que no hubieran existido si este continuara en su estado natural, tales problemas pueden ser: *crimines, guerras, homicidios, miserias y horrores*.¹³ Aún con ello, Rousseau admitía que este cambio significa transformar a un animal irracional por uno racional, a este respecto vale la pena citar lo siguiente:

La transición del estado natural al estado civil produce en el hombre un cambio notable, sustituyendo en su conducta la justicia al instinto y dando a sus acciones la

¹⁰ Hobbes, Tomas, *On the citizen... op. cit*, p. 34.

¹¹ Locke, John, "Civil and Ecclesiastical Power", *Political Essays*, Cambridge: Cambridge University Press, pp. 235-236, (original publicado en 1676).

¹² Rousseau, Jean-Jacques., *El contrato social, op. cit*, p. 10.

¹³ *Ibidem*, p. 27.

moralidad de que antes carecía. Es entonces cuando sucediendo la voz del deber a la impulsión física, y el derecho al apetito, el hombre que antes no había considerado ni tenido en cuenta más que su persona, se ve obligado a obrar basado en distintos principios, consultando a la razón antes de prestar oído a sus inclinaciones. Aunque se prive en este estado de muchas ventajas naturales, gana en cambio otras tan grandes, sus facultades se ejercitan y se desarrollan, sus ideas se extienden, sus sentimientos se ennoblecen, su alma entera se eleva (...) el hombre pierde su libertad natural y el derecho ilimitado a todo cuanto desea y puede alcanzar, ganando en cambio la libertad civil y la propiedad de lo que posee.¹⁴

Por otra parte, si la sociedad ha decidido cambiar su libertad natural por la civil, lo cual conlleva la creación de normas que determinan el comportamiento moralmente aceptable, asimismo, surge la necesidad de encontrar a la persona que supervise y haga cumplir la norma, dentro de la teoría de la sociedad civil se habla de un árbitro que será el encargado de administrar e impartir la justicia. Ahora bien, quién será ese árbitro, cuáles serán sus funciones, cuál es esa norma que regirá a la sociedad. Por su parte, Kant apuesta por que se cree un tribunal independiente de la comunidad que dicte lo justo respecto a los conflictos sociales mediante una ley universal. Esto es a lo que él llama entrar en el *estado de derecho*. Rousseau opinaba que solamente se podría alcanzar la justicia si esta era administrada por Dioses, la razón de su opinión recae en que no creía que existiera un hombre moral, incorruptible y capaz de impartir justicia. Kant determina que la administración del tribunal debe caer en manos de hombres morales, sin indagar si existen o no. Kant¹⁵ entiende que la moral se define según el contexto cultural e histórico. La teoría kantiana mantiene una íntima relación con la postura de Rousseau, pues coinciden en la necesidad de un contrato social para salir de un estado natural para luego situarse en un estado de derecho que lo presida un hombre razonable y moral, pero dicha moral no nace de la nada, sino que la antecede

¹⁴ *Ídem*.

¹⁵ Hernández Vega, Raúl, *Análisis de dos discursos de Kant sobre la sociedad civil*, UNAM, 1991, p. 73.

la cultura y la historia. Esto es, la moral es adquirida por la convivencia social, no es empírica ni necesita ser probada y no es heterónoma.¹⁶

Este es el escenario y la sociedad que crea la figura de la justicia como una solución a sus conflictos sociales, la materialización de la misma se realiza mediante tres figuras jurídicas: un tribunal, una norma y un árbitro. La razonabilidad de lo que es justo o injusto siembra sus bases en lo socialmente aceptado como bueno o malo, bajo este antecedente la misma norma establece los principios, derechos y obligaciones que regirán al Estado, y el árbitro toma sus decisiones apegado a dicha norma. No obstante, ello, Kant visualizó más allá de la paz social dentro de un Estado y se interrogó sobre la convivencia entre Estados y Estados, esto es, quién podría ser el árbitro en el escenario internacional que a su vez su trabajo ayudara a evitar las guerras. Como solución se planteó el derecho de gentes o derecho público de los Estados. Este concibe que una vez establecido el estado legal entre los hombres de un pueblo, es necesario para obtener un “verdadero estado de paz la unión universal de las ciudades.”¹⁷

En efecto, y al amparo de la sociedad civil, la justicia radica en actuar con apego a las normas establecidas en la comunidad, dichas normas son un acuerdo social que contienen los actos moralmente permitidos y los actos moralmente rechazados. Consecuentemente, la justicia es un principio que hace plausible los actos jurídicos y sociales que la comunidad acepta como correctos o buenos; la comunidad gozará de este principio en la medida en que los tribunales y los árbitros actúen en concordancia a las normas –con apego estricto a ellas-, o lo que también se puede decir, en concordancia a lo culturalmente bueno.

¹⁶ Cfr. Kant, Immanuel, *Fundamentación de la metafísica de las costumbres...*, cit. p. 13.

¹⁷ Hernández Vega, Raúl, *Análisis de dos discursos de Kant...* op. cit. p. 24.

2. Evolución del concepto de justicia: de la sociedad civil a la democrática

Tal como se ha mencionado con anterioridad, antes de introducirse el Estado de Derecho en la sociedad –y con ello a la justicia-, la humanidad se encontraba en un estado de irracionalidad, pues actuaba por impulsos, por necesidades, por instintos, por sobrevivencia. A contrario sensu, en la sociedad civil la humanidad se sometió a un status normativo que le indicaba de qué forma debía comportarse, no sólo para ser socialmente aceptado, sino para que quien quebrantara el orden social fuera castigado; en ese momento, la sociedad había pactado perder su libertad irracional a cambio de una libertad jurídica que le permitiría disfrutar de la paz social –es lo que Rousseau llamó contrato social-. En adicción a ello, en la teoría se planteaba a la democracia¹⁸ como el régimen político que garantizaba al pueblo su libertad jurídica y social, dejándolo como el soberano del Estado, de esta forma el pueblo no quedaba subordinado al gobernante. Al amparo de ello, Montesquieu sustentaba que debían existir tres vías de poderes para administrar el Estado: legislativo, ejecutivo y judicial. En cada uno de ellos el principio de justicia debía imperar, sobre todo en el poder judicial, el cual representaba en la praxis el papel del árbitro del cual hablaba Kant. Por su parte, Norberto Bobbio consideraba que la democracia era el medio para conservar el control social dentro de una sociedad desigual, sin que esta perdiera su libertad, esto es, la democracia significaba ser libres siendo iguales.¹⁹ No desapegado de ello, Sartori determina tres tipos de democracia; política, social y económica. Se refiere a una democracia social la promulgada por Tocqueville que persigue un espíritu igualitario, “una sociedad cuyo ethos exige a sus propios miembros verse y tratarse socialmente como iguales.”²⁰ Muy recientemente, Rafael Gustavo argumentó que la democracia consta de cuatro elementos, a saber: “los cuatro elementos conceptuales de nuestra

¹⁸ Etimológicamente democracia significa: poder del pueblo.

¹⁹ Bobbio, Norberto, *Liberalismo y democracia*, Fondo de cultura económica, primera edición en español 1989, decimosegunda reimpresión, 2000, p. 67.

²⁰ Sartori, Giovanni, *¿Qué es la democracia?*, Taurus, Tercera reimpresión, 2006, p. 21.

definición estipulativa de democracia: es el régimen político que, 1) mediante el razonamiento público y 2) las instituciones de gobierno electas y reguladas por el control ciudadano y 3) las leyes, 4) busca la libertad y la justicia.”²¹ La RAE define que la democracia es la “forma de sociedad que practica la igualdad de derechos individuales, con independencia de etnias, sexos, credos religiosos, etcétera”.²² Michelangelo Bovero, en su búsqueda de reconstruir el concepto de democracia, ha establecido que esta es “un régimen en el que las decisiones colectivas [y] las normas vinculantes para todos, (...) son producto de un proceso de decisión que se inicia desde abajo, desde la base, proceso en el que todos, o muchos, tienen el derecho de participar de manera igualitaria y libre. La democracia es sencillamente el régimen de la igualdad política y de la libertad política.”²³

En efecto, la democrática debe estar presidida por los principios de igualdad y libertad. No obstante, es importante recordar que estos principios implican la garantía de otros derechos y principios. En lo que respecta a la libertad, como es sabido, abraza la libertad de expresión, libertad de asociación, libertad religiosa, el pluralismo, la autonomía, la tolerancia. Esto es, en el ejercicio de mi libertad soy autónomo de elegir la manera en que quiero vivir, pero también me comprometo a respetar y tolerar la autonomía de las demás personas aun cuando esta discrepe de mi ideología. En palabras de Rafael del Águila:

En efecto, la tolerancia moral moderna surge de la convicción de que las libertades de conciencia y expresión constituyen derechos del individuo que el estado viene obligado a reconocer y cuyo ejercicio efectivo no implicará riesgo alguno para la convivencia. Poco a poco la base de la tolerancia deja de ser las consecuencias políticas (cuya bondad de todas formas se supone garantizada) para centrarse en los derechos (a los que se aspira a convertir en

²¹ Miranda Delgado, Rafael Gustavo, “La democracia: cuatro elementos para un concepto”, *Estudios de Filosofía Práctica e Historia de las Ideas*, Venezuela, 2017, Vol. 19, artículo 1-15.

²² Diccionario de la Real Academia Española, Vigésima tercera edición.

²³ Bovero, Michelangelo, *Las condiciones de la democracia. Una teoría neo-bobbiana*, Conferencia dictada el 08 de noviembre de 2011 en la Cátedra Globalización y Democracia por la Universidad Diego Portales, p. 103.

base de la política misma.) Esto requiere, no obstante, de algunos desarrollos conceptuales importantes de entre los cuales puede destacarse la idea de autonomía.

Me parece, en efecto, que el fundamento de la tolerancia moral ilustrada está profundamente ligado al respeto que nos suscita la autonomía. Respeto que se vincula no sólo a nuestra autonomía, sino a la de todo ser humano. Es lo mismo que leamos a Rousseau o a Hume o a Kant o a Stuart Mill, todos ellos colocan la autonomía en la base de sus respectivos sistemas de pensamiento y con todos ellos nosotros hemos aprendido de la importancia de darse a sí mismo las propias normas y elegir libremente la forma de vida a la que nos vinculamos.²⁴

En relación al pluralismo, Michelangelo Bovero ha expresado que en las democracias modernas el pluralismo es un valor que debe tenerse en cuenta a la hora de derogar facultades a los distintos poderes, en especial al ejecutivo:

Una sociedad pluralista, en la que conviven muchas tendencias políticas diversas, puede ser representada, en sentido democrático, solamente por un órgano plural como lo es el parlamento. Y viceversa, ningún órgano monocrático, ningún cargo individual conferido a una sola persona, puede ser un órgano representativo en el significado propiamente democrático de la noción de representación.

(...)

Una democracia representativa, en suma, para ser verdaderamente una democracia debe ser de verdad representativa y no lo es si el poder decisivo, preponderante por la calidad y cantidad de atribuciones y prerrogativas, está conferido a un órgano monocrático o a una sola persona.²⁵

Aún con ello, el respeto a la multiculturalidad no es tarea fácil en la actualidad, sobre todo porque mayormente conlleva a una ponderación de derechos. Atento a ello, los derechos humanos, con el paso del tiempo y a través de resoluciones en la materia, han

²⁴ Del Águila, Rafael, *Tolerancia política y democracia*, Fundación Manuel Giménez Abad, Madrid, 2008, p. 17.

²⁵ Del Águila, Rafael, *Tolerancia política y, op. cit.*, p. 114.

trazado líneas directrices para hacer prevalecer, ante cualquier conflicto de derechos, la igualdad y no discriminación. Quienes en su momento ejercen una especie de control jurídico para determinar qué derechos pueden ser restringidos y cuáles no, es decir, se convierten en el filtro jurídico que determina la prevalencia de un derecho sobre otro, tal como la Corte Interamericana de Derechos Humanos lo ha establecido en diversas sentencias.²⁶²⁷

Ahora bien, en lo que respecta al derecho a la igualdad como principio de la democrática, este debe entenderse como la equidad y no discriminación al acceso de los demás derechos, por ejemplo, a la justicia, pero también se refiera a la nueva era de las desigualdades que consiste en las carencias de bienes y servicios básicos. La autora

²⁶ Corte IDH. *Caso Castañeda Gutman Vs. Estados Unidos Mexicanos*. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 6 de agosto de 2008. Serie C No. 184, Párrafo 149. *Vid.*, Corte IDH. *Caso Yatama Vs. Nicaragua*. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 23 de junio de 2005. Serie C No. 127.

²⁷ En específico, para que una restricción sea jurídicamente razonable y por tanto permitida, se debe analizar el límite que se pretende imponer a través de cuatro filtros: 1. *Que sea legal*: la restricción para ser permitida en un Estado democrático necesita estar plasmada en una ley formal y material. 2. *Que la finalidad de la restricción se apegue a lo contenido en la Convención Americana de Derechos Humanos*. 3. *Que exista una necesidad para generar esa restricción*: la restricción de un derecho es impuesta por el Estado derivado de una necesidad que busca proteger bienes que se encuentran en peligro por ejercicio de un derecho de cierto grupo de personas, sirva de ejemplo el caso de la prohibición de los fumadores activos en lugares cerrados, la regla excluye a un grupo de personas (fumadores activos) de convivir en un lugar cerrado mientras ejercen dicha libertad (fumar), la exclusión era necesaria pues el no hacerlo pone en riesgo la salud de las personas fumadoras como de las no fumadoras; en tal caso, cuando las personas alegaban estar excluidas del ejercicio pleno de su libertad personal, la justificación razonable se sustenta en la balanza de ponderar la libertad de los fumadores *versus* la salud de las personas, aunado de que la libertad no era coaccionada completamente, pues sólo se le excluía de ciertos lugares cuando estuvieran fumando. 4. *Que sea la medida menos restrictiva*: continuando con el anterior ejemplo, si la medida impuesta consistiera en la exclusión completa de los fumadores en lugares cerrados estuvieran fumando o no, dicho límite sería excesivo porque no justifica la razón de excluir a las personas cuando no están fumando. 5. *Que sea proporcional de interés que se justifica y adecuación al logro del objetivo legítimo*, la protección de un derecho no puede efectuarse a costa de una afectación innecesaria o desmedida de otros bienes constitucionalmente protegidos.

Ziccardi²⁸ define a estas nuevas desigualdades como una situación diferencial que se advierte en la vida cotidiana frente a la salud, vivienda, a los equipamientos públicos, en razón de que, la carencia de estos servicios impide el ejercicio de otros derechos fundamentales. Paulette Dieterlen²⁹ indicó, de manera acertada, que cuando un sector de la población carece de los servicios básicos, este puede ser coaccionado mediante el lenguaje del intercambio comercial o la negociación política, si se carece de lo básico, es imposible rechazar aquello que ofrecen los que detentan el poder.

Por otra parte, merece la pena estudiar cómo la democracia y los nuevos sucesos políticos y sociales fueron colaborando en la construcción de lo que hoy conocemos como sociedad democrática. Como ya se ha dicho en repetidas ocasiones, anteriormente –en la sociedad civil- los parámetros de lo moralmente bueno se suscribían en las leyes que mantenían el orden social, y estos estaban precedidos por los estereotipos y la cultura de la sociedad, eso, por una parte, por otra parte, en esta sociedad surgieron disputas entre las leyes por su rango de cumplimiento, es decir, qué ley debía de cumplirse primero o qué ley debía imperar en casos de controversias. Como una –de tantas- consecuencia de ello y gracias al movimiento del Siglo XVIII o Siglo de las luces, se creó la figura de una Carta Magna como la norma de máximo rango, esta norma contendría los derechos fundamentales de la sociedad y pasaría a ser la norma guardiana de los principios de la libertad, igualdad y no discriminación, así como de la estructura política del Estado. El problema que había hasta este momento es que no existía un criterio que pudiera determinar lo que se entendía por igualdad, no discriminación y libertad, entonces, cada Estado que decía ser democrático administraba e impartía la justicia bajo sus propios parámetros, mismos que muchas veces lejos de garantizar la igualdad la violentaban. No obstante, y pese a que sus

²⁸ Cfr., Ziccardi, Alicia (coord.), *Pobreza, desigualdad social y ciudadanía. Los límites de las políticas públicas sociales en América latina*, Argentina, CLACSO, 2001, p. 464.

²⁹ Dieterlen, Paulette, “Derechos, necesidades básicas y obligación institucional”, *Pobreza, desigualdad social y ciudadanía. Los límites de las políticas públicas sociales en América latina*, Argentina, CLACSO, 2001, p. 464.

antecedentes se remontan a muchos años atrás,³⁰ con la llegada de los derechos humanos mediante la Declaración Universal de los Derechos Humanos se establecieron los principios que comenzarían a ser la Carta Magna Internacional y, por efecto, los directrices de la impartición de justicia. Ellos serían los estándares a seguir para garantizar la igualdad, no discriminación y libertad, este escenario presentaba un cambio para lo concebido como justo, ahora el viejo concepto de hacer justicia es cumplir cabalmente con lo que dice la norma interna del Estado, misma que se revestía de lo culturalmente bueno en esa sociedad, se dejaba a un lado para adoptar que se es justo cuando se respetan y garantizan los derechos humanos. Esto resultaba ser un nuevo paradigma para la impartición de justicia, pero aquí no termina. En el escenario Interamericano, la Corte Interamericana mediante el caso *Almonacid Arellano vs. Chile*³¹ introduce por primera vez el término *control de convencionalidad*, mismo que puede representar la introducción de la nueva sociedad –sociedad democrática-, esta que seguía respetando el Estado de Derecho pactado en la sociedad civil, pero que ahora debía impartir justicia bajo el umbral de los derechos humanos:

124. 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 aplican en 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

³⁰ Aproximadamente hace más de 500 años antes de cristo, se tienen los primeros antecedentes de los derechos humanos, cuando Ciro hizo que se liberan a los esclavos y declaró, entre otros, los principios de igualdad y libertad, mismos que fueron escritos en un cilindro que se conoce con el nombre de “Cilindro de Ciro”.

³¹ Corte IDH, *Caso Almonacid Arellano y otros Vs. Chile*. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 26 de septiembre de 2006. Serie C No. 154.

ha hecho la Corte Interamericana, intérprete última de la Convención Americana.³²

Para el caso mexicano no fue fácil de asimilar este cambio, el máximo Tribunal de Justicia (Suprema Corte de Justicia de la Nación de México –SCJN-) sometió a un estricto análisis el primer caso en donde la Corte IDH le exigía que aplicara el control de convencional, para lo cual, abrió el expediente conocido como Varios 912/2010.³³ En atención a ello y aunado a la reforma de la Constitución Nacional de México en el 2011, la SCJN, entre otras cosas resolvió:

De este modo, todas las autoridades del país, dentro del ámbito de sus competencias, se encuentran obligadas a velar no sólo por los derechos humanos contenidos en los instrumentos internacionales firmados por el Estado mexicano, sino también por los derechos humanos contenidos en la Constitución Federal, adoptando la interpretación más favorable al derecho humano de que se trate, lo que se entiende en la doctrina como el principio pro persona.

(...)

El parámetro de análisis de este tipo de control que deberán ejercer todos los jueces del país, se integra de la manera siguiente: • 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; • Todos los derechos humanos contenidos en Tratados Internacionales en los que el Estado mexicano sea parte. • Criterios vinculantes de la Corte Interamericana de Derechos Humanos establecidos en las sentencias en las que el Estado mexicano haya sido parte, y criterios orientadores de la jurisprudencia y precedentes de la citada Corte, cuando el Estado mexicano no haya sido parte.

(...)

De este modo, este tipo de interpretación por parte de los jueces presupone realizar tres pasos: A) Interpretación conforme en sentido amplio. Ello 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

³² *Ibidem*, párr.124.

³³ Tribunal Pleno de la Suprema Corte de la Justicia de la Nación, *Varios 912/2010*, México, 14 de julio de 2012.

humanos establecidos en la Constitución y en los tratados internacionales en los cuales el Estado mexicano sea parte, favoreciendo en todo tiempo a las personas la protección más amplia. B) Interpretación conforme en sentido estricto. Ello significa que cuando hay varias interpretaciones jurídicamente válidas, los jueces deben, partiendo de la presunción de constitucionalidad de las leyes, preferir aquélla que hace a la ley acorde a los derechos humanos establecidos 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. C) Inaplicación de la ley cuando las alternativas anteriores no son posibles. Ello no afecta o rompe con la lógica del principio de división de poderes y del 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.³⁴

En tal sentido, el control de convencionalidad fortalece los objetivos de la democracia, pues los derechos humanos velan principalmente por la igualdad, libertad y no discriminación, como punto, en suma, dicho control resulta ser un tonificante conceptual que sobre todo vela por la permanencia de un Estado de Derecho. Como resultado de este nuevo escenario, la justicia se vea obligada a evolucionar, por lo cual, los tribunales creados en la sociedad civil para funcionar como árbitros, deben emitir sus resoluciones con apego a la Constitución, los Tratados Internacionales de Derechos Humanos y las resoluciones de la misma materia –las cuales sirven como criterios de interpretación de los propios derechos humanos, es decir, coadyuvan a la conceptualización de la igualdad, no discriminación, libertad, entre otros-. Ahora bien, esta nueva oleada jurídica no solo obliga a las autoridades judiciales, sino a todas y cada una de las autoridades que administran el Estado. En efecto, y bajo esta lógica, la ausencia de instituciones o normas que permitan el cumplimiento pleno y efectivo de dichos derechos violenta este nuevo pacto, es decir, no cumple con los requisitos de una sociedad democrática. Cabe puntualizar que, en la sociedad civil la comunidad

³⁴ *Ibídem*, párrafos 27, 33 y 31.

factó un sometimiento a normas que determinaran su comportamiento, en esta nueva sociedad la comunidad pacta someter su comportamiento a la Carta Magna del Estado, pero esta debe estar apegada a la Carta Magna Internacional –los derechos humanos–.

Al tenor de las resoluciones emitidas por la Corte IDH se puede tener un acercamiento conceptual de la sociedad democrática. Verbigracia, en el caso *Ivcher Bronstein Vs. Perú* la Corte Interamericana de Derechos Humanos³⁵ declaró que el Estado vulneraba los principios de una sociedad democrática al no garantizar los derechos políticos de la víctima; esto fue así porque el Estado reformó la Ley sobre nacionalidad con el objetivo indirecto de dejar sin nacionalidad a la víctima del caso y, de esa forma, tener las herramientas legales para que este dejara de ser el Presidente de un Programa de noticias de Perú, que a propósito de ello en referido programa se habían estado transmitiendo en los últimos meses –entre otras cosas– hechos que delataban la corrupción por parte del Ejecutivo Federal de Perú. La Corte IDH, opinó que no había razón justificable para que el Estado reformara de tal manera la Ley, sino por el contrario, se demostraba una arbitrariedad y coacción en la libertad de expresión y derechos políticos de la víctima. Resulta insoslayable mencionar que el Estado alegaba que la víctima, mediante las noticias sacadas a la luz pública sobre presuntos hechos de corrupción del Titular del Ejecutivo Federal, transgredida el derecho a la vida privada y dignidad, y que el Estado no coaccionaba el derecho a la libertad de expresión porque dicho derecho se ve limitado por el respeto de los derechos a terceras personas, como resultaba ser en el caso los del Titular del Ejecutivo a tener una vida privada.

En otro caso, *Castañeda Gutman Vs. México*,³⁶ la Corte IDH determinó que el Estado mexicano no garantizaba los principios que rigen a una sociedad democrática porque resultó que la Suprema Corte de Justicia de la Nación, de conformidad con la legislación interna del Estado, era incompetente para atender el asunto jurídico de la víctima y,

³⁵ Corte IDH, *Caso Ivcher Bronstein Vs. Perú*. Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 6 de febrero de 2001. Serie C No. 74.

³⁶ Corte IDH, *Caso Castañeda Gutman Vs. Estados Unidos Mexicanos*. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 6 de agosto de 2008. Serie C No. 184.

además, México no tenía el mecanismo constitucional adecuado al cual la víctima hubiera podido acudir para interponer un recurso. En otras palabras, había una violación al derecho a la protección judicial e ineficacia de los recursos internos. Al respecto de este caso, vale la pena puntualizar un poco sobre los hechos. En el año 2004 la víctima presentó su solicitud ante el IFE (Instituto Federal Electoral) como candidato independiente para la Presidencia de las elecciones 2006, sin embargo, le fue negada en razón de que dicha solicitud sólo podía ser presentada por los partidos políticos nacionales. La víctima alegó ante las autoridades judiciales que la Ley que regulaba lo antes dicho era contraria a los preceptos constitucionales, la autoridad desechó su juicio de amparo y no le dio la razón en el recurso de revisión porque no resultaba competente para atender asuntos de índole electoral, para lo cual, en México, existía la institución jurídica denominada TRIFE (Tribunal Electoral):

El Estado alegó (...) que “el Tribunal electoral es la máxima autoridad en materia electoral, al que corresponde la custodia de los derechos políticos-electorales de los ciudadanos, verificando que los actos y resoluciones que en esta materia se dicten, se ajusten al marco jurídico constitucional y legal”; y que la presunta víctima “acudió a un procedimiento inadecuado para la protección de sus derechos políticos y redujo ésta a la búsqueda de la declaración de inconstitucional del COFIPE, lo que confirma el planteamiento de falta de agotamiento de recursos y eficacia en el presente asunto(...)

Por su parte, la Corte (...) indicó que “el juicio para la protección de los derechos políticos-electorales carecía de idoneidad y de eficacia para que el [señor Castañeda Gutman] reclamara su derecho a ser inscrito como candidato independiente en las elecciones presidenciales de México, por lo que no estaba obligado a agotarlo antes de acudir al sistema interamericano”, ya que “de acuerdo con el sistema legal mexicano, el [Tribunal Electoral de Poder Judicial de la Federación (...)] no puede, ni de manera general ni con efectos relativos, declarar la inconstitucionalidad de una ley electoral”.³⁷

³⁷ *Ibidem*, párrafos 27 y 28.

Por otra parte, con el afán de obtener un mayor acercamiento de lo que es o debe ser una sociedad democrática, se tiene que en la Convención Europea de Derechos Humanos, en su artículo 10.2 hace referencia literal del término sociedad democrática, al aludir al derecho de la libertad de expresión, indicando lo siguiente: “el ejercicio de estas libertades, que entrañan deberes y responsabilidades, podrá ser sometido a ciertas formalidades, condiciones, restricciones o sanciones, previstas en la Ley, que constituyan medidas necesarias, en una sociedad democrática, para la seguridad nacional, la integridad territorial o la seguridad pública, la defensa del orden y la prevención del delito, la protección de la salud o de la moral (...)”. Atendiendo al mismo derecho –libertad de expresión- la Corte Europea de Derechos Humanos en diversos casos determina que este derecho es uno de los pilares esenciales de una “sociedad democrática y una condición fundamental para su progreso y para el desarrollo personal de cada individuo”.³⁸ Por su parte, las Naciones Unidas ha indicado que las actividades que realiza para el fortalecimiento de las sociedades democráticas son “inseparables de la labor (...) para promover los derechos humanos, el desarrollo, y la paz y seguridad”³⁹, tales actividades incluyen:

- Ayuda a los parlamentos y las estructuras de gobierno local descentralizadas para mejorar los frenos y contrapesos que permiten el florecimiento de la democracia;
- Promoción de derechos humanos, el imperio de la ley y el acceso a la justicia, ayudando a fortalecer la imparcialidad y eficacia de las instituciones nacionales de derechos humanos y de los sistemas de justicia;
- Garantía de la libertad de expresión y acceso a la información mediante el fortalecimiento de la legislación y de la capacidad de los medios de información;
- Asistencia electoral y apoyo a largo plazo para los órganos de gestión electoral y;

³⁸ Eur. Court H. R., *Case of Perna v. Italy*, Judgment of 06 May 2003, para. 29; Eur. Court H. R., *Case of Dichand and others v. Austria*, Judgment of 26 February 2002, para. 37; Eur. Court H. R., *Case of Castells c. Spain*, Judgment of 23 April 1992, para. 57.

³⁹ Naciones Unidas, “Democracia”, *Construyendo nuestro futuro juntos*, www.un.org/es/sections/issues-depth/democracy/index.html.

- Promoción de la participación de la mujer en la vida pública y política⁴⁰

La Comisión de Derechos Humanos de las Naciones Unidas declaró mediante su resolución 2000/47 los elementos esenciales para el mantenimiento de la democracia en las sociedades actuales:

“1. Respeto de los derechos humanos y las libertades fundamentales; 2. Libertad de asociación; 3. Libertad de expresión y de opinión; 4. Acceso al poder y su ejercicio de conformidad con el imperio de la ley; 5. La celebración de elecciones periódicas, libres, justas por sufragio universal y por voto secreto como expresión de la voluntad de la población; 6. Un sistema pluralista de partidos y organizaciones políticas; 7. La separación de poderes; 8. La independencia del poder judicial; 9. La transparencia y la responsabilidad en la administración de justicia; 10. Medios de información libres, independientes y pluralistas.”⁴¹

En atención a todo lo antes analizado se arriba a la conclusión de que una sociedad democrática es aquella que cumple –garantiza, respeta, promueve y protege– cabalmente con los principios de libertad –haciendo un énfasis en la libertad de expresión y acceso a la información–, igualdad, no discriminación, acceso a la justicia y respeta el pluralismo social. Así también, no hay que olvidar que una sociedad democrática obliga a la lucha por las desigualdades sociales –carencia de servicios básicos–, mismas que impiden a las personas el ejercicio de otros derechos.

La sociedad democrática busca el mantenimiento de la paz, seguridad y debido manejo de los recursos del Estado para su desarrollo económico. En tal tenor, los Estados requieren fortalecer su estructura interna y no generar condiciones que coaccionen u opriman las libertades de la población. En esta tarea la libertad de expresión, la separación de poderes, la transparencia, la tolerancia, el pluralismo, el acceso a los

⁴⁰ *Ídem.*

⁴¹ Naciones Unidas, Office of the High Commissioner for Human Rights, *La promoción y consolidación de la democracia, Resolución 2000/47*, 25 de abril de 2000.

servicios básicos, así como a la justicia y la autonomía del poder judicial, resultan de vital importancia para alcanzar la democracia anhelada en la sociedad. En otro aspecto, cabe decir que en una sociedad democrática, la Carta Magna no pierde valor ni su lugar, esta sigue siendo la norma con mayor rango, empero, en ella se estipulan los derechos humanos, los cuales serán interpretados a la luz de los tratados internacionales y resoluciones por tribunales de la materia. Ahora bien, en lo que respecta a la justicia, ¿de qué forma debe ser impartida en una sociedad democrática? Si bien es cierto que se está dejando atrás a la sociedad civil, ello no significa que se deroguen ciertas instituciones, verbigracia, el Estado de Derecho con su majestuosa figura de un tribunal supremo de justicia, sigue imperando. No obstante, dicho tribunal debe cumplir con las exigencias de los derechos humanos, tanto en su estructura interna como en sus resoluciones. De hecho, resulta lógico cuestionarse, ¿Cuáles son esas exigencias que la Carta Magna Internacional pide para los Tribunales Supremos? Aunque este planteamiento se estudiará en la segunda parte de esta tesis, resulta propio adelantar que las exigencias se sintetizan en garantizar el derecho de acceso a la justicia, con todo lo que ello implica a la luz de los criterios que los tribunales y Tratados Internacionales de derechos humanos dictan.

II. Rotura de la justicia

Si bien la justicia conlleva a la paz social a través del cumplimiento de las normas del Estado, siempre y cuando estas estén en sintonía con los derechos humanos, ello no significa que cuando la norma contradiga dichos preceptos el pueblo tenga el derecho de incumplirla, pues para ello, el propio Estado de Derecho ha creado las Instituciones jurídicas para que el ciudadano pueda reclamar cuando un acto ejecutado por la autoridad o una norma incumplan con los derechos humanos; por otra parte, el pueblo tampoco tiene la facultad jurídica para realizar actos en nombre de la justicia, máxime cuando estos dañen la esfera personal y jurídica de terceros. Por otra parte, cumplir con los principios de los derechos humanos conlleva, además el cumplimiento estricto

de las normas internas del Estado que no contradicen estos principios, que la justicia sea administrada de manera eficiente, pronta e imparcial. En este tenor, resulta importante aludir a dos instrumentos normativos, verbigracia la Constitución Federal de México y la Convención Americana sobre Derechos Humanos. El primero de ellos en su artículo 17 a la letra dice: “Ninguna persona podrá hacerse justicia por sí misma, ni ejercer violencia para reclamar su derecho. Toda persona tiene derecho a que se le administre justicia por tribunales que estarán expeditos para impartirla en los plazos y términos que fijen las leyes, emitiendo sus resoluciones de manera pronta, completa e imparcial. Su servicio será gratuito, quedando, en consecuencia, prohibidas las costas judiciales”.⁴² El segundo instrumento en su artículo 8.1 estipula: “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”.⁴³ Como resultado de lo dicho hasta aquí se puede decir la justicia puede ser obstruida, quebrantada, rota o destruida por parte del gobernante mediante las siguientes acciones y omisiones: dilación en la impartición de justicia, actos de corrupción y cuando no se crean las instituciones adecuadas para la impartición y acceso a la justicia; y por la sociedad, a través de sus ciudadanos -antes que nada no hay que olvidar que el Estado de Derecho emergido del contrato social fue realizado entre el gobernante y el ciudadano, si uno de ellos incumple el trato se destruyen los principios que lo rigen, por ejemplo la justicia- cuando; en vez de acudir a las instituciones que el Estado de Derecho creó para solucionar los problemas jurídicos y sociales ejercer justicia por su propia mano y cuando colabora, incita o contribuye a la corrupción.

⁴² Constitución Política de los Estados Unidos americanos, artículo 17.

⁴³ Convención Americana sobre Derechos Humanos, artículo 8.1.

1. Por parte del gobernante: ingobernabilidad

El Gobierno –gobernante- como administrador de los asuntos públicos del Estado tiene la obligación de ejercer sus funciones bajo el umbral de la justicia, lo cual, dentro de una sociedad democrática, debe entenderse como el respeto y garantía de los derechos humanos, escenario que debe conllevar a una administración efectiva, transparente, imparcial. Así pues, «la bonne gouvernance se caractérise par une élaboration prévisible, ouverte et éclairée des politiques (en d’autres termes, des mécanismes transparents), une bureaucratie imprégnée d’une éthique professionnelle, un pouvoir exécutif responsable de ses actes, et une société civile solide qui participe aux affaires publiques, chacun respectant la primauté du droit ».⁴⁴⁴⁵

Pese a que cada derecho tiene sus directrices particulares en cuanto a su íntegro cumplimiento, hablar de la justicia dentro de una sociedad democrática es dar por sentado que, principalmente, se cuentan con las Instituciones jurídicas y normativas que permitan a los ciudadanos acceder a la impartición de justicia, aditivo a ello, debe suponerse que las Instituciones administran la justicia de manera imparcial, con eficacia, prontitud y en igualdad de condiciones. Tal escenario se adjetiva como gobernabilidad democrática y se encuentra directamente relacionado con la legitimidad. De tal manera que el pueblo aprobará o descalificará el ejercicio de las funciones del Gobierno siempre al amparo de los elementos que constituyen a una sociedad democrática. El escenario negativo a ello se define como ingobernabilidad, esto presume el descontento social de la forma en que se está administrando un Estado. Norberto Bobbio sostiene que ingobernabilidad es la “incapacidad de los gobiernos democráticos de dominar convenientemente los conflictos de una sociedad compleja:

⁴⁴ Banque mondiale, *Governance: The World Bank's Experience*, Washington, 1994, p. VII.

⁴⁵ Traducción al español (elaboración propia del que suscribe la presente tesis): La buena gobernanza se caracteriza por una elaboración previsible, abierta y clara de las políticas (en otros términos de mecanismos transparentes), una burocracia impregnada de ética profesional, un poder ejecutivo responsable de sus actos, y una sociedad civil sólida que participe en los asuntos públicos, cada uno respetando el Estado de Derecho.

no el exceso sino el defecto del poder.”⁴⁶ Aunado a ello, el autor sostiene que existen tres causas que conllevan a un Gobierno a su ilegitimidad democrática, a saber: 1. Desproporción creciente entre el número de las demandas que provienen de la sociedad civil y la capacidad de respuesta del sistema político -sobrecargo-.⁴⁷ 2. Conflictualidad social. 3. Poder difuso.

Bajo esta línea, la primera causa –referida por Bobbio-, que también puede ser entendida como *dilación en la impartición de justicia*, se genera cuando las Instituciones públicas no responden a la par de las cantidades de demandas que se le presentan, existe una brecha muy grande entre los asuntos que se resuelven y los que están pendientes por resolverse; ello puede deberse a la falta de personal humano, pero también al déficit intelectual y operativo del personal con que se cuenta. La dilación en la resolución de las demandas representa un deterioro en el plan de vida personal de las víctimas directas e indirectas, así como daños psicológicos y muchas veces también físicos y detrimento en su patrimonio. En el caso El Mazote contra el Salvador atendido por la Corte Interamericana de Derechos Humanos, los hechos revelan que la autoridad excedió en los tiempos en el proceso penal, pues después de 31 años aún no se tenía identificado a los autores materiales e intelectuales de los hechos. La Corte consideró que tal dilatación generaba una violación a las víctimas respecto al derecho de acceso a la justicia:

299. Han transcurrido casi 31 años desde que las masacres de El Mozote y lugares aledaños ocurrieron, sin que se haya llevado a cabo un proceso penal serio y exhaustivo encaminado a identificar a los autores materiales o intelectuales, y sin que se conozca aún toda la verdad sobre los hechos. De modo tal que prevalece una situación de impunidad total amparada en la Ley de Amnistía General para la Consolidación de la Paz. Desde el momento en que se iniciaron las investigaciones se ha verificado la falta de diligencia, exhaustividad y seriedad en las mismas. En particular, el incumplimiento del deber de iniciar una investigación *ex officio* y

⁴⁶ Bobbio, Norberto, *Liberalismo y democracia...*, op. cit., p.103.

⁴⁷ Cfr. Guerrero Orozco, Omar, “Ingovernabilidad: difusión y quebrantamiento estructural”, *Revista del CLAD Reforma y Democracia*, No. 3, enero 1995, Caracas, Venezuela, pp. 1-13.

de promover las diligencias necesarias, la ausencia de líneas de investigación claras y lógicas que hubieran tomado en cuenta el contexto de los hechos y la complejidad de los mismos, los períodos de inactividad procesal, la negativa de proporcionar información relacionada con los operativos militares, la falta de diligencia y exhaustividad en el desarrollo de las investigaciones por parte de las autoridades a cargo de las mismas, *la dilatación en la práctica de las inspecciones judiciales y de las exhumaciones, así como el sobreseimiento dictado en aplicación de la Ley de Amnistía General para la Consolidación de la Paz, permiten concluir a la Corte que el proceso penal interno no ha constituido un recurso efectivo para garantizar los derechos de acceso a la justicia y a conocer la verdad, mediante la investigación y eventual sanción de los responsables y la reparación integral de las consecuencias de las violaciones.*⁴⁸

La segunda causa argüida por Bobbio se refiere a los intereses contrapuestos para resolver los asuntos: *no se puede satisfacer a uno sin dañar a otro.*⁴⁹ Esta frase remite a las primeras páginas de esta tesis cuando se analizaba el concepto de justicia; en las que se decía que si la justicia significaba felicidad entonces se haría feliz sólo a quien resultara tener la razón según lo determinara el árbitro. Bobbio va más allá del escenario dudoso de si la justicia significa felicidad para unos cuantos, él se refiere a la imparcialidad que debe tener la autoridad para atender las demandas. Cuando dice que los problemas que se resuelven son aquellos que procuran un consenso, se refiere a que la autoridad cae en la vanidad de arrojar resultados estadísticos en vez de resultados justos. Quizá lo que Bobbio quiso decir es que los intereses sociales serán los que determinarán el orden de atención de las demandas; a simple vista esto no debería ser negativo, pero cuando eso significa que tu demanda se resolverá después de 30 años cuando otras se resolverán en 2 años, o cuando no sólo los intereses sociales resultan ser el detonante, sino también los políticos y económicos, entonces ¿qué tan justa está siendo la justicia que resuelve de conformidad con intereses políticos? ¿Qué tan justa es la justicia cuando sólo es rápida y expedita para los ricos?

⁴⁸ Corte IDH. *Caso Masacres de El Mozote y lugares aledaños Vs. El Salvador*. Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 25 de octubre de 2012 Serie C No. 252, Párrafo 299.

⁴⁹ Bobbio, Norberto, *Liberalismo y democracia...*, *op. cit.*, p. 105.

La tercera causa se refiere a la multiplicidad de división del poder, y no se refiere a la división de poderes de Kelsen, sino cuando se delega en varias manos una misma diligencia o resolución de un asunto, lo cual no permite una responsabilidad personalizada, al contrario, genera una responsabilidad dividida entre diversas personas. En manera de ejemplo esto significa que un gobernante delega un asunto a "X" persona, "X" persona, a su vez, delega parte de la tarea a otra u otras personas y esta (as) a su vez delega actividades a otra (as), etcétera. En palabras literales de Bobbio "la fragmentación produce competencia entre los poderes y termina por crear un conflicto entre los sujetos que deberían resolver los conflictos, una especie de conflicto a la segunda potencia."⁵⁰

Por otra parte, cuando se habla de ingobernabilidad es común aludir al déficit fiscal como una causa disfuncional de la gobernabilidad⁵¹, centrándose específicamente en la crisis del fisco más que en la crisis fiscal, es decir, la ingobernabilidad también es consecuencia de la mala administración económica del Titular de la Hacienda pública. A este respecto vale adjuntar la problemática de la corrupción que suelen enfrentar países en sub-desarrollo y los situados en pobreza extrema. Así pues, la crisis del fisco tiene dos principales males, la incapacidad para generar estrategias funcionales de distribución y recaudación del erario, y, la fuga económica del erario en manos de los funcionarios -desvío de recursos o corrupción-.

Ahora bien, recordando el concepto aportado por Bobbio en relación a la ingobernabilidad, que indica que esta es el calificativo de un gobierno democrático defectuoso en cuanto a la administración del poder. Ya se ha dicho algunas de las razones, circunstancias o situaciones consecuentes o fuentes de la ingobernabilidad. Empero, así como las fallas estructurales dentro de una institución pública representan un detrimento de la democracia, también lo es la no creación de figuras jurídicas,

⁵⁰ *Ibidem*, p. 106.

⁵¹ Guerrero Orozco, Omar, *op. cit.* p. 2.

Instituciones públicas o de instalaciones adecuadas para el ejercicio íntegro del acceso a la justicia y demás derechos. Verbigracia: en el Caso Castañeda⁵² la Corte IDH determinó que el Estado mexicano carecía de un medio jurídico eficaz y accesible para la ciudadanía, mediante el cual pudieran reclamar la inconstitucionalidad de una ley; en la resolución 2467/2019,⁵³ relacionada con hechos de delitos sexuales en conflictos armados, el Consejo de Seguridad de las Naciones Unidas, entre otras cosas, detectó que la falta de instalaciones para celebrar audiencias a puerta cerrada deterioraba el derecho del acceso a la justicia de las víctimas de violencia sexual.

2. Por parte del gobierno: incumplimiento de la ley

El contrato social creado como un pacto para el mantenimiento de un orden social, fue un acuerdo entre el pueblo y el Estado en dónde se estipularon obligaciones para ambas partes. El Estado, por ejemplo, administraría la justicia de manera imparcial y expedita, mientras que el pueblo acataría su comportamiento a lo estipulado en la norma general y, por ningún motivo podría ejecutar justicia por sí misma mediante violencia o algún otro medio, pues para ello el Estado ha creado los tribunales competentes. En atención a esto, la Constitución Federal de México norma que: “ninguna persona podrá hacerse justicia por sí misma, ni ejercer violencia para reclamar su derecho. Toda persona tiene derecho a que se le administre justicia por tribunales que estarán expeditos para impartirla en los plazos y términos que fijen las leyes, emitiendo sus resoluciones de manera pronta, completa e imparcial. Su servicio será gratuito, quedando, en consecuencia, prohibidas las costas judiciales”.⁵⁴ Sin embargo, hoy en día este acuerdo no siempre se cumple. A este incumplimiento la Comisión Nacional de Derechos Humanos de México lo ha denominado la *crisis del Estado de Derecho*, y lo define de esta forma: “la crisis del Estado de Derecho [es] cuando los colectivos humanos, negando todo pacto jurídico-social, deciden hacer

⁵² Corte IDH. *Caso Castañeda Gutman Vs... op. cit.*

⁵³ Security Council, United Nations, *Resolution 2467 (2019)*, S/RES/2467 (2019), 23 April 2019.

⁵⁴ Constitución Política de los Estados Unidos americanos, artículo 17.

justicia por propia mano”.⁵⁵ La misma Comisión ha estimado que desde hace aproximadamente tres décadas esta práctica se ha ido reforzando y extendiendo no sólo en México, sino en toda América Latina. En palabras de Alejandro Zapata y María del Carmen Segura (entonces Diputados del PAN en México) manifestaron que este escenario presume las deficiencias en la impartición de justicia, pues como el sistema no es eficaz el pueblo imparte justicia por su cuenta:

Esto revela que el Estado no ha respondido adecuadamente a las exigencias sociales de la población. Las procuradurías se han convertido en feudos para proteger los intereses de quienes son poderosos, económica o políticamente. Este tipo de ajusticiamiento significa, también, la rebelión de las comunidades ante los cacicazgos que se han creado en diferentes partes del país y que son protegidos por la sociedad. Estos linchamientos tienen que ver con la falta de confianza en las autoridades de justicia y son formas de protesta por el burocratismo, la ineficacia y la impunidad que priva en las instituciones judiciales.⁵⁶

En efecto, resulta lógico concluir que, si el pueblo ejerce justicia por él mismo sin acudir a los tribunales creados para ese fin, está incumpliendo el contrato social, lo que es igual a decir que está quebrantando el principio de justicia. Asimismo, puede agregarse que cuando el ciudadano emplea medios de corrupción para manipular las decisiones judiciales a su favor también genera una rotura a la justicia, pues esta tiene como principal característica ser imparcial, para ello, el Estado no recibirá de manera directa ningún pago por parte del gobernado para realizar su trabajo.

Conclusión del primer capítulo

La justicia es un principio que permite a la sociedad mantener el orden y la paz. Esta se creó con el nacimiento de la sociedad civil en la cual se estableció el Estado de derecho.

⁵⁵ Comisión Nacional de los Derechos Humanos, *Justicia por su propia mano*, México, 2002, p. 7.

⁵⁶ Citado por Monsiváis, Carlos en “Justicia por propia mano”, *Justicia por su propia mano*, México, Comisión Nacional de los Derechos Humanos, 2002, p. 18.

Este último, fundaba una institución jurídica que impartiera justicia, es decir, que diera a cada quien lo que le correspondía. A tal respecto, es importante recordar que los primeros problemas sociales que enfrentó la sociedad civil fue la de pertenencia, por tal razón, se hacía plausible crear un ente jurídico que ante el conflicto de los ciudadanos en relación a la propiedad, pudiera decir, de manera imparcial, quién tenía la razón. Aunado a ello, se robusteció la idea de mantener el orden social, con lo cual se establecieron normas de conducta, quien las incumpliera estaba incumpliendo el contrato social, consecuentemente, merecería un “castigo”.

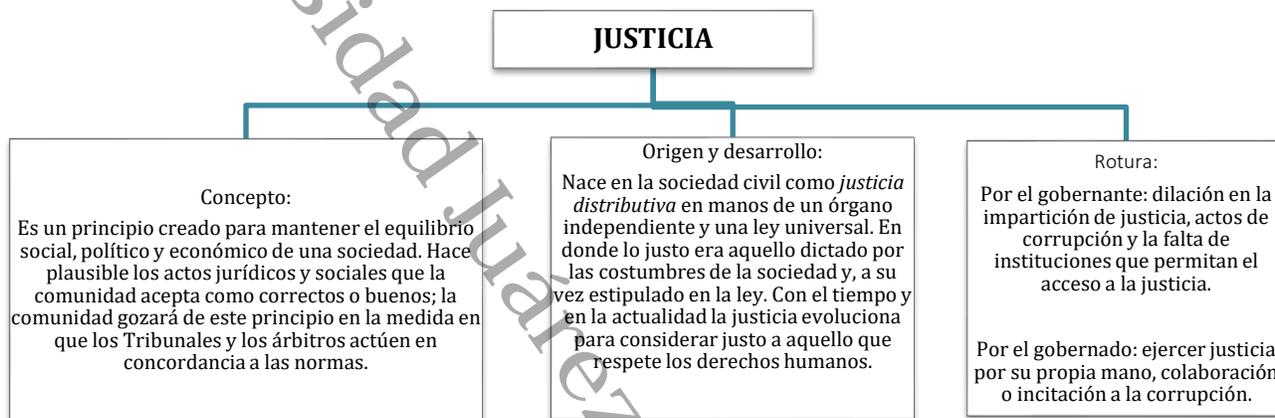
Con el transcurso de los tiempos, la justicia se ha transformado o cambiado. En un principio, las normas que dictaban la justicia eran instruidas por la costumbre y la cultura de la sociedad, aunque estas significaran el detrimento de derechos fundamentales. En la actualidad, gracias a la oleada de los derechos humanos, se ha establecido la sociedad democrática, la cual exige que la justicia respete los derechos humanos. De tal modo que, la costumbre ha pasado a un segundo plano. No obstante, la sociedad democrática exige el respeto y tolerancia por el pluralismo.

Una sociedad democrática se caracteriza por el respeto a los derechos humanos, el desarrollo progresivo y la paz. Todo ello exige que se garanticen las libertades (expresión, asociación, política, religiosa), lo que a su vez incluye el acceso a estos derechos, así como el respeto y tolerancia del pluralismo. También exige la garantía de la igualdad y no discriminación en el acceso a los derechos. Sin olvidar que, una sociedad democrática, también se compromete a romper con las desigualdades sociales, lo cual incluye derechos como vivienda, salud, educación, medio ambiente. En resumen, una sociedad democrática debe garantizar el escenario digno y adecuado para que los habitantes se desarrollen, participen en los asuntos políticos, cuenten con instituciones públicas transparentes y convivan en tolerancia y paz.

Por último, la justicia puede ser quebrantada tanto por el Gobierno como por los ciudadanos. El gobernante con sus actos que deterioren la correcta administración.

económica y jurídica del Estado. El ciudadano cuando ejerce justicia por sí mismo y cuando colabora o incita a la mala administración del estado con la corrupción.

Resumen gráfico: Justicia: su origen, desarrollo y destrucción



La sociedad democrática,
Mantiene principios de la sociedad civil, pero administra su Estado y la justicia bajo el umbral de los derechos humanos.

La sociedad civil,
Pierde su libertad natural para someterse a una libertad civil, en donde las normas locales le indican lo que debe y no debe hacer.

Tribunal que imparte justicia.
La sociedad civil resuelve sus problemas bajo normas que respaldan las costumbres de su Estado.

Fuente: Elaboración propia

CAPÍTULO SEGUNDO
DERECHOS CONSTITUCIONALES: GUARDIANES
DE LA JUSTICIA

Universidad Juárez Autónoma de Tabasco.
México

La creación de lo que hoy en día se conoce como Constitución es el resultado del *constitucionalismo*, movimiento que impulsó la creación de una norma que se rigiera como la suprema ante las demás normas del Estado y que estipulara la protección de derechos fundamentales y la estructura política. En palabras de Jean-François Aubert, el constitucionalismo se resume en que la sociedad adopte una Constitución escrita creada por los ciudadanos, que limite el poder de las autoridades y que sea superior a las leyes ordinarias: « En résumé, le constitutionnalisme groupe au moins quatre idées: une constitution écrite; une constitution qui limite le pouvoir des autorités; une constitution qui vient des citoyens; une constitution supérieure aux lois ordinaires. A quoi il faut ajouter, pour la catégorie des États fédéraux : une constitution qui garantit la situation des États qui les composent ». ⁵⁷⁵⁸ El constitucionalismo rompe con la discrecionalidad política que permitía fácilmente la supresión del pueblo ante el mandatario y da un paso adelante en su imposición de forma de gobierno dejando atrás a la monarquía y el feudalismo. Anteriormente se ha hablado de cómo la sociedad fue forjando la implementación de tribunales de impartición de justicia, no obstante, no hay que olvidar que en teoría dicho escenario es fruto de la sociedad civil, pero en la praxis la fuente se encuentra en los distintos modelos constitucionales.

Tanto el constitucionalismo, la sociedad civil y los distintos modelos constitucionales tienen en común la preocupación por la administración del Estado y de la justicia, asimismo, coinciden en la necesidad de que las sociedades tengan una norma que funcione como margen de control de la propia justicia. El punto importante a

⁵⁷ Aubert, Jean-François, *La Constitution, son contenu, son usage*, Basel : Helbing & Lichtenhahn, 1991, p. 273.

⁵⁸ Traducción al español (elaboración propia del que suscribe la presente tesis): En resumen, una constitución que limita el poder de las autoridades, una constitución que viene de los ciudadanos, una constitución superior a las leyes ordinarias. A lo que debe agregarse, para la categoría de los estados federales: una constitución que garantiza la situación de los estados que los compone.

cuestionarse sería, ¿quién creará esa norma y quién se encargará de velar por su cumplimiento? Antes de arribar a la respuesta de esta pregunta se estudiará el concepto de la Constitución, su estructura y los diversos modelos constitucionales.

I. Constitución

La Constitución en sentido normativo, es un producto de las revoluciones burguesas del siglo XVIII que tras de derribar el poder estatal monárquico, tradicional y auto-legitimado se hallaban ante la tarea de erigir un poder nuevo y legítimo.⁵⁹ Pretendían construir un Estado libre y en condiciones iguales, para ello crear un norma suprema que consagrara estos principios y que obligara a todas las normas a modificar su contenido si este no estaba acorde a ella, representaba una opción por demás plausible. Uno de los pensamientos que influyó en la creación de la Constitución fue el de los *enciclopedistas*⁶⁰ (de lo cual cabe resaltar las aportaciones de Montesquieu). La explicación del origen del constitucionalismo moderno ha acabado por adaptarse al ejemplo francés; sin embargo, cuando la Asamblea Nacional francesa se dispuso a elaborar una Constitución, ya podía recurrir al ejemplo Americano. Aún con ello, el ideal francés no consistió en una simple imitación del proceso americano, la revolución francesa no fue primeramente la implementación de un Estado constitucional dispuesto según aquel modelo: su meta se hallaba en la transformación del orden social. Esa meta presuponía en cierta medida la reconstrucción del poder político y sólo cuándo esto se consiguió, dio Francia el paso hacia el constitucionalismo moderno.

En palabras de Sábica Luis Carlos “cuando los pueblos deciden su modo de ser político y elevan a norma la organización que lo expresa se dan una Constitución.”⁶¹ Por su parte, Dieter Grim dice que, “el viejo concepto de constitución era un concepto del

⁵⁹ Grim, Dieter, *Constitucionalismo y derechos fundamentales*, Trotta, Madrid, 2006, p. 28.

⁶⁰ De esta manera también eran llamados los Filósofos ilustrados del siglo XVIII.

⁶¹ Sábica, Luis Carlos, “Constitucionalismo mestizo”, *Derecho Constitucional General*, Temis, Bogotá, 1999, p. 11.

ámbito del ser. En cambio la Constitución moderna fijaba en un documento con forma jurídica, con pretensiones sistemáticas y exhaustivas, la exigencia de cómo debía organizarse el poder estatal.”⁶² Las Naciones Unidas han definido a la Constitución como la norma con mayor jerarquía de un Estado, por lo que las normas existentes y las adoptadas por el Estado deben estar de acuerdo a sus principios, de lo contrario serán nulas: “La plupart des ordres juridiques sont fondés sur une hiérarchie d’instruments juridiques au sommet de laquelle se trouve la Constitution. Toute la législation et les autres mesures légales d’un État doivent être compatibles avec la Constitution. Si une loi ou une autre mesure légale adoptée par l’État est contraire à la Constitution, l’institution judiciaire compétente doit la déclarer nulle et non avenue.”⁶³ Asimismo, Jean-François escribe que la Constitución es aquel documento que determina la manera en que la autoridad pública ejercerá su autoridad, es decir los deberes de quienes gobiernan, pero también estipula los derechos del pueblo y la forma de gobierno del Estado: “Le règlement fondamental qui détermine la manière dont l’autorité publique doit être exercée est ce qui forme la Constitution. En elle se voit la forme sous laquelle la Nation agit en qualité de corps politique; comment et par qui le peuple doit être gouverné, quels sont les droits et devoirs de ceux qui gouvernent ».⁶⁴ Por su parte, Elliot Bulmer establece de manera clara las funciones de la Constitución, como por ejemplo, definir los límites de la comunidad política, declarar y definir la naturaleza y autoridad de la comunidad política, expresar la

⁶² Grim, Dieter, *Constitucionalismo y derechos... op. cit.* p. 27.

⁶³ Nations Unies, *Droits de l'Homme et élaboration d'une constitution*, New York et Genève, 2018.

⁶⁴ Traducción al español (elaboración propia del que suscribe la presente tesis): La mayoría de los órdenes jurídicos son fundados sobre una jerarquía de instrumentos jurídicos en la que la Constitución se encuentra en la parte superior. Toda la legislación y las otras medidas legales de un Estado deben ser compatibles con la Constitución. Si una ley u otra medida legal adoptada por el Estado es contraria a la Constitución, la institución judicial competente debe declararla nula y sin efecto.

⁶⁵ Aubert, Jean-François, *La Constitution, son contenu... op. cit.* p. 18.

⁶⁶ Traducción al español (elaboración propia del que suscribe la presente tesis): Los reglamentos básicos que determinan la forma en que se ejercerá la autoridad pública son quienes forman la constitución. En ella se ve a forma en que la Nación actúa como un cuerpo político; cómo y por quién el pueblo debe estar gobernado, cuáles son los derechos y deberes de quienes gobiernan.

identidad y los valores del Estado, declarar y definir los derechos y deberes de los ciudadanos, establecer y regular las instituciones políticas de la comunidad, entre otras:

Constitutions can: declare and define the boundaries of the political community, declare and define the nature and authority of the political community, express the identity and values of a national, declare and define the rights and duties of citizens, establish and regulate the political institutions of the community, divide or share power between different layers of government or sub-state communities, declare the official religious identity of the state and demarcate relationships between sacred and secular authorities and commit states to particular social, economic or developmental goals.^{67 68}

De conformidad con todo lo dicho hasta aquí, en el escenario mexicano la Constitución Federal suscribe su supremacía en el artículo 133 que a la letra dice:

Esta Constitución, las leyes del Congreso de la Unión que emanen de ella y todos los Tratados que estén de acuerdo con la misma, celebrados y que se celebren por el Presidente de la República, con aprobación del Senado, serán la Ley Suprema de toda la Unión. Los jueces de cada 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.

⁶⁷ Bulmer, Elliot, *What is a Constitution? Principles and concepts*, International Institute for Democracy and Electoral Assistance, Stockholm, 2014, p. 3.

⁶⁸ Traducción al español (elaboración propia del que suscribe la presente tesis): Las constituciones pueden: declarar y definir los límites de la comunidad política, declarar y definir la naturaleza y autoridad de la comunidad política, expresar la identidad y los valores de una nación, declarar y definir los derechos y deberes de los ciudadanos, establecer y regular las instituciones políticas de la comunidad, dividir o compartir el poder entre las diferentes capas del gobierno o las comunidades sub-estatales, declarar la identidad religiosa oficial del estado y demarcar las relaciones entre las autoridades sagradas y seculares y comprometer a los estados a objetivos sociales, económicos o metas de desarrollo.

En síntesis, la Constitución se diferencia de las demás leyes porque en ella se establece la forma de gobierno y soberanía de un Estado.⁶⁹ En cambio, el objeto de las demás leyes es regular la conducta del hombre ante la sociedad y siempre estarán subordinadas a lo escrito en la Constitución. Esta norma suprema suscribe los derechos fundamentales de la población y las obligaciones que las autoridades tienen en cuanto a la administración del Estado y la propia justicia. Así pues, las autoridades competentes de administrar justicia lo harán con apego a los principios de esta norma y desaplicarán aquellas leyes o actos que no estén acorde a ella. No obstante, es menester remarcar que, en las sociedades democráticas, las Constituciones protegen los Derechos Humanos de conformidad con el escenario de los tratados internacionales. Se ha dicho que ninguna norma puede obligar a la Constitución a ser modificada, empero, en las sociedades democráticas las resoluciones de los organismos internacionales competentes han ordenado modificaciones normativas a los Estados cuando, bajo su consideración, estas violan Derechos Humanos. En efecto, se podría decir que los Derechos Humanos, en la actualidad, están jugando el papel de una Carta magna internacional.

⁶⁹ La Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos regula que la soberanía recae únicamente en el pueblo y su forma de gobierno, tal a como lo indican los siguientes artículos: Artículo 39 (sin reforma). La soberanía nacional reside esencial y originariamente en el pueblo. Todo poder público dimana del pueblo y se instituye para beneficio de éste. El pueblo tiene en todo tiempo el inalienable derecho de alterar o modificar la forma de su gobierno.

Artículo 40 (última reforma 30 de noviembre de 2012). Es voluntad del pueblo mexicano constituirse en una República representativa, democrática, laica, federal, compuesta de Estados libres y soberanos en todo lo concerniente a su régimen interior; pero unidos en una federación establecida según los principios de esta ley fundamental.

Artículo 41 (última reforma 13 de noviembre de 2007). El pueblo ejerce su soberanía por medio de los Poderes de la Unión, en los casos de la competencia de éstos, y por los de los Estados, en lo que toca a sus regímenes interiores, en los términos respectivamente establecidos por la presente Constitución Federal y las particulares de los Estados, las que en ningún caso podrán contravenir las estipulaciones del Pacto Federal.

1. Constitucionalismo

El constitucionalismo surge del repudio social de la verdad basada en la costumbre y tradiciones que imponían al pueblo un monarca o un feudal, así como de la reprobación a la miseria social en la que el pueblo se vio sometido por los abusos al erario público por parte de la monarquía. Este momento en Europa se ve representado a través de las líneas escritas por diversos filósofos del Siglo de XVIII, no en vano se le acreditó como el Siglo de las luces o Siglo filosófico, mismos que dieron lugar a la teoría constitucional que pronunciaba la renuncia a la monarquía y feudalismo, y la plausibilidad del respeto a la libertad, igualdad y fraternidad. Hay autores que confirman la contribución evidente de la Revolución francesa al constitucionalismo, pero también le dan créditos al movimiento británico y estadounidense de los siglos XVII y XIX,⁷⁰ debido a que son las tres revoluciones que se convocaron por el pueblo en contra de la monarquía.

Luis Carlos define al constitucionalismo como “el esfuerzo por racionalizar el ejercicio del poder político sometiéndolo a la ley, pretensión que equivale a transformar la fuerza, la coerción, en una facultad regulada por normas jurídicas”.⁷¹ Para Martín Paolantonio el constitucionalismo es un fenómeno de fundamental importancia en la historia, ya que es el proceso que muestra la lucha del hombre por su libertad.⁷² Por su parte, Hardin estudia el movimiento liberal que trajo consigo al constitucionalismo, sostiene que hay dos clases de liberalismos, conducidos por las teorías de John Locke, Tomas Hobbes y John Stuart Mill. Así, encuentra que la teoría de Tomas Hobbes es un liberalismo económico, “historically, the two liberalisms were not related ideologically.

⁷⁰ SÁCHICA, Luis Carlos, “Constitucionalismo mestizo” ... *op. cit.*, p. 16.

⁷¹ *Ídem.*

⁷² Paolantonio, Martín Esteban, “Antecedentes y evolución del constitucionalismo. Constitucionalismo liberal y constitucionalismo social”, *Revista Lecciones y ensayos, Argentina*, núm. 47, 1987, p. 195.

Hobbes was a nascent liberal in economics but not in politics.”⁷³⁷⁴ Mientras que la otra clase de liberalismo es político “(...) in our time, economic relations are commonly attacked in the name of political liberties (and other, non-liberal concerns, such as fundamentalist religious beliefs) or through the institutions of political liberalism (...)”⁷⁵⁷⁶ Hardin, en su obra *Liberalism, Constitutionalism, and Democracy*, en el capítulo *Constitutionalism: Contract or Coordination?* Analiza no el antecedente filosófico que produjo al constitucionalismo, sino el debate no evidente que discute si en el fenómeno constitucionalismo existió un acuerdo entre el pueblo o sólo fue cuestión de aceptar una norma como suprema. Pese a ello, el espíritu del constitucionalismo, de acuerdo a su observación, es una manera de mantener el control social de un Estado bajo una norma general que someta a las demás leyes a su normativa. No separado de esta idea, Jean-François encuentra que el constitucionalismo busca la creación de una norma escrita que rompa con el poder en manos de una sola persona y lo distribuya en varias autoridades que se respeten mutuamente, pero también que establezca los derechos y libertades del pueblo; dicha norma deberá ser creada por el mismo pueblo mediante sus representantes (asamblea legislativa) y también deberá ser suprema a todas las demás leyes, más en los Estados federales, pues ello garantizará que la posición legal de los Estados federales no pueda ser modificada sin que estos Estados hayan participado en el procedimiento. En palabras textuales dice:

Le constitutionnalisme est d'une définition assez complexe, parce qu'il réunit plusieurs idées sous un même nom. Ces idées sont les suivantes: a) Partant de la constatation que toutes les cités et tous les Etats ont des autorités et une organisation et que la plupart de ces organisations politiques obéissent à des règles plutôt qu'à une

⁷³ Hardin, Russell, *Liberalism, Constitutionalism, and Democracy*, Oxford University Press, 1999, p. 80.

⁷⁴ Traducción al español (elaboración propia del que suscribe la presente tesis): Históricamente, los dos liberalismos no estaban relacionados ideológicamente. Hobbes era un liberal naciente en economía, pero no en política.

⁷⁵ *Ídem*.

⁷⁶ Traducción al español (elaboración propia del que suscribe la presente tesis): En nuestro tiempo, las relaciones económicas son comúnmente atacadas en nombre de las libertades políticas (y otras preocupaciones no liberales, como las creencias religiosas fundamentalistas) o a través de las instituciones del liberalismo político.

improvisation permanente, les adeptes du mouvement constitutionnaliste estiment que ces règles doivent être portées dans une loi écrite et accessible à tous, qui sera justement une constitution. b) Mais le constitutionnalisme ne se borne pas à fixer dans un document les règles qui sont en vigueur au moment où la constitution est faite. Comme ces organisations politiques, telles qu'elles sont réglées par la tradition, donnent souvent un pouvoir excessif à une autorité unique, voire à une seule personne (un roi), les auteurs de la constitution s'efforcent d'introduire un équilibre dans un système qui en est dépourvu. L'équilibre est cherché, d'une part, dans une distribution du pouvoir entre plusieurs autorités qui se tiennent en respect; d'autre part, dans la reconnaissance, au bénéfice des particuliers, de droits et de libertés qu'ils peuvent opposer aux détenteurs du pouvoir. c) Le progrès ainsi réalisé demeurerait incertain si le constitutionnalisme ne s'interrogeait pas aussi sur les sources mêmes de la légitimité politique. A la question de l'origine du pouvoir, il répond par l'affirmation de la souveraineté nationale ou populaire, qui a pu être temporairement usurpée par une ou par quelques familles, mais qui n'a pas pu être valablement aliénée. C'est donc au peuple, aux citoyens ou à leurs représentants, qu'il appartient de faire la constitution. Dans les Etats nouveaux (telles que des colonies libérées), le principe de la souveraineté nationale ou populaire s'impose évidemment. d) Parmi les autorités qu'il établit, le constitutionnalisme réserve une place importante à l'assemblée législative, généralement composée de députés élus, qui sera chargée de faire les lois. Mais il entend que la constitution elle-même échappe aux atteintes de ce législateur. Il en résulte que la loi qui porte la constitution doit être supérieure aux lois ordinaires; qu'en d'autres termes le législateur, quand il fera une loi, devra obéir à la constitution. e) Cette supériorité de la constitution sur la loi est particulièrement nécessaire dans les Etats fédéraux, faute de quoi les lois fédérales ordinaires pourraient priver les Etats fédérés de tous les avantages qu'ils se sont réservés quand ils se sont associés. Il faut donc que l'acte fédéral qui garantit la position juridique des Etats fédérés ne puisse pas être modifié sans que ces Etats aient pris part à la procédure, c'est-à-dire ne puisse pas être révisé autrement que par une procédure spéciale.

Ce qui signifie que la création d'un Etat fédéral suppose l'adoption d'une vraie constitution, supérieure aux lois.⁷⁷⁷⁸

⁷⁷ Aubert, Jean-François, *La Constitution, son contenu... op. cit.* p. 20-21.

⁷⁸ Traducción al español (elaboración propia del que suscribe la presente tesis): El constitucionalismo es una definición bastante compleja porque reúne varias ideas bajo el mismo nombre. Estas ideas son las siguientes: a) Partiendo de la constatación que todas las ciudades y todos los estados tienen autoridades y una organización y que la mayoría de esas organizaciones políticas obedecen a las reglas más que a una improvisación permanente, los miembros del movimiento constitucionalismo estiman que esas reglas deben estar en una ley escrita y accesible para todos, la cual será justamente una constitución. b) Pero el constitucionalismo no se limita a fijar en un documento las reglas que están en vigor en el momento donde la Constitución se hace. Las cuales están reguladas por la tradición, dando a menudo un poder excesivo a una sola autoridad, es decir, a una sola persona (un rey), los autores de la Constitución se esfuerzan por introducir un equilibrio en un sistema que no es de uno. El equilibrio está buscando, por una parte, una distribución de poder entre varias autoridades que se respeten mutuamente; por otra parte, el reconocimiento del beneficio de los particulares, de derechos y las libertades que puedan oponerse a los titulares del poder. c) El progreso así logrado seguiría siendo incierto si el constitucionalismo no cuestionara también las fuentes de legitimidad política. A la pregunta del origen del poder, responde afirmando la soberanía nacional o popular, que puede haber sido usurpada temporalmente por una o algunas familias, pero que no puede ser enajenada de manera válida. Por lo tanto, corresponde a la gente, los ciudadanos o sus representantes, hacer la constitución. En los nuevos estados (como las colonias liberadas), el principio de soberanía nacional o popular es evidentemente necesario. d) Entre las autoridades que establece, el constitucionalismo reserva un lugar importante a la asamblea legislativa, generalmente compuesta de diputados elegidos, que serán encargados de hacer las leyes. Pero entiende que la Constitución por sí misma escapa de los [errores] de esos legisladores. De ahí resulta que la ley que lleva la Constitución debe ser superior a las leyes ordinarias; en otros términos, cuando el legislador haga una ley deberá obedecer a la Constitución. e) Esta superioridad de la constitución sobre la ley es particularmente necesaria en los estados federales, de lo contrario las leyes federales ordinarias podrían privar a los estados federales de todas las ventajas que se reservaron para ellos cuando se unieron. Por lo tanto, es necesario que el acto federal que garantiza la posición legal de los Estados federados no pueda ser modificado sin que estos Estados hayan participado en el procedimiento, es decir, no pueda considerarse de otra manera que no sea un procedimiento especial. Eso significa que la creación de un Estado federal supone la adopción de una verdadera Constitución, superior a las leyes.

Por el contrario, en el siglo XXI, ha surgido una postura crítica del constitucionalismo sostenida principalmente⁷⁹ por Jeremy Waldron. Él cuestiona las características y el funcionalismo del constitucionalismo, *verbigracia*, indaga por qué temas tan controvertidos y trascendentes –socialmente hablando- deben ser discutidos solo por unos pocos jueces, esto lo encuentra incongruente con los principios de una democracia. Se presenta escéptico a que los jueces constitucionales tengan la razón irrefutable sobre la política constitucional.⁸⁰ De manera puntual, el autor ha criticado la incongruencia del nombre constitucionalismo con lo que en la praxis representa. El constitucionalismo, según sus propios impulsores, significa controlar, limitar y restringir el poder del Estado, controlar los abusos que devienen del poder. Sin embargo, él considera que las tres características discrepan entre sí en significado, además, los constitucionalistas están lejos de representar tanto teóricamente como prácticamente lo que ello conlleva, empezando porque el constitucionalismo apoya la creación de una norma suprema que subordina a las demás leyes, así como la creación de un tribunal integrado por unos cuantos jueces, quienes tendrán la facultada de hacer cumplir la constitución y emitir sentencias que califiquen actos como inconstitucionales o constitucionales, quedando, de este modo, la democracia representada por unos cuantos jueces. *A contrario sensu*, el autor expresa que control es crear los mecanismos e instituciones necesarias para que se cumplan los deseos no solo de unos cuantos, sino del pueblo:

La idea de controlar al Estado no es necesariamente negativa o restrictiva. Si controlo un vehículo no sólo determino hacia dónde no irá, sino también hacia dónde irá. Decimos que es importante que el Gobierno, en su conjunto, sea controlado *por el pueblo*. Si el pueblo quiere que su gobierno reduzca la pobreza, por ejemplo, la Constitución tendrá que proveer instituciones que puedan ser

⁷⁹ También apoyada por Stephen Holmes y Sotirios Barber. *Cfr*, Stephen Holmes, *Passions and Constraints: On the Theory of Liberal Democracy*, University of Chicago Press, 1997, pp. 6-8. Sotirios Barber, *Welfare and the Constitution*, Princeton University Press, 2003, pp. 53-157.

⁸⁰ Waldron, Jeremy, *Contra el gobierno de los jueces. Ventajas y desventajas de tomar decisiones por mayoría en el Congreso y en los tribunales*, México, Siglo XXI editores, 2018, p. 254.

controladas por ese deseo. ¿Este es el tipo de control que los constitucionalistas tienen en mente? No lo creo.⁸¹

La tesis de Jeremy Waldron apoya al pluralismo dentro de una sociedad democrática, lo cual, él encuentra discrepante con la toma de decisiones de unos cuantos jueces. Asimismo, considera que el control del poder que se profesa en la teoría constitucionalista carece de tal característica, puesto que al final el pueblo no es tomado en cuenta en la toma de decisiones.

Pese a las controversias que existen en relación al constitucionalismo, o más bien el escepticismo del mismo, en aras de sintetizar su concepto, se puede decir que es un movimiento que busca terminar con la estructura política que mantiene el poder en manos de una sola persona. Para ello, considera necesario concentrar el mandato jurídico en una sola norma, como forma de control de que todos los Estados se sometan a los mismos principios, de tal manera que sus actos sean acordes a un mandato que también buscaba la igualdad, libertad y no discriminación social. El constitucionalismo apuesta por una Carta Magna integrada por los derechos fundamentales que otorgarían una vida digna al pueblo, la forma de gobierno que no sería aquella que concentrara su poder en una sola persona, así como la forma de administración del Estado. Asimismo, refuerza la idea de un tribunal que defienda los principios escritos en la Constitución, para lo cual, dicho tribunal debe tener el poder político necesario para someter a las leyes y demás poderes a sus mandatos.

2. Estructura de una Constitución

De manera general una Constitución se integra por una parte dogmática, la cual contiene los derechos fundamentales, mismos que deben entenderse como los primarios e indispensables para que los gobernados vivan en dignidad, libertad e

⁸¹ *Ibidem*, p. 29.

igualdad de condiciones; y por una parte orgánica, la cual suscribe la forma de gobierno, las facultades y los deberes de los gobernantes, la designación de la soberanía, etcétera. Este escenario eran los objetivos que buscaban las primeras revueltas sociales del constitucionalismo, no obstante, la Constitución de los Estados Unidos de América de 1787 no integraba los derechos fundamentales sino hasta 1791 con la primera enmienda que se le hizo. Esto se debió a la consideración de los constituyentes americanos de que los derechos del hombre podrían provocar una omisión involuntaria de otros derechos o quedar muy limitados y considerando que los derechos humanos son anteriores a cualquier norma era innecesario suscribirlos en el entendido de que el pueblo los conocía.⁸² Hoy en día las constituciones contienen una carta de derechos que determina las necesidades de las personas para disfrutar de una vida plena. Esta carta de derechos también sirve para proclamar los valores fundamentales por los cuales se construye la sociedad, como dignidad humana, libertad, igualdad, equidad y justicia. Cuando están en armonía con estos valores, los derechos constitucionales ayudan a proteger los intereses vitales de las personas, como el derecho a la salud, la vivienda y seguridad y el derecho a participar en la dirección de los asuntos públicos.⁸³

A. Parte dogmática

El término dogmático se refiere al valor incontrovertible dado a un concepto o existencia de algo. Por ejemplo, la religión invoca muchas veces que la existencia de Dios es un dogma, eso significa que es incuestionable. Según la RAE⁸⁴, dogmático es un adjetivo que se refiere a algo inflexible y que mantiene sus opiniones como verdades

⁸² Cfr. Burgoa, Ignacio, Derecho constitucional mexicano, 3ª edición, México, Porrúa, 1979, p. 1085. Carrillo Prieto, Ignacio, La ideología jurídica en la constitución del Estado mexicano, 1812-1824, México, UNAM, 1981, p. 216. Schmill Ordóñez, Ulises Sergio, El sistema de la Constitución mexicana, México, Porrúa, 1971, p. 554.

⁸³ Nations Unies, *Droits de l'Homme et... op. cit.*, p. 11.

⁸⁴ Real Academia Española, Diccionario de la lengua española, 23 ediciones, 2014.

inconclusas. En el derecho constitucional hablar de dogmática es referirse a los derechos humanos, aquellos que tienen sus orígenes en el derecho natural. Lo cual resulta lógico, en razón de que los derechos humanos son aquellos que toda persona tiene sólo por el simple hecho de ser persona, no necesita ni debe de justificar nada, solo basta su existencia, el ejemplo más claro es el derecho a la vida. A este respecto, Alfredo Islas Colín indica que los derechos humanos devienen de la escuela clásica del derecho natural que pretende adaptar las ideas de los derechos del hombre a las condiciones de la época y a las condiciones impuestas por el Estado liberal de Derecho y que tienen un sentido de libertades limitadores del poder del Estado.⁸⁵ La Declaración Universal de los Derechos Humanos en su preámbulo, sostiene que el no respeto a estos derechos da como resultado actos de barbarie ultrajantes, por lo cual apuesta por que los Estados los reconozcan en su normativa:

Preámbulo

Considerando que la libertad, la justicia y la paz en el mundo tienen por base el reconocimiento de la dignidad intrínseca y de los derechos iguales e inalienables de todos los miembros de la familia humana,

Considerando que el desconocimiento y el menosprecio de los derechos humanos han originado actos de barbarie ultrajantes para la conciencia de la humanidad; y que se ha proclamado, como la aspiración más elevada del hombre, el advenimiento de un mundo en que los seres humanos, liberados del temor y de la miseria, disfruten de la libertad de palabra y de la libertad de creencias. Considerando esencial que los derechos humanos sean protegidos por un régimen de Derecho, a fin de que el hombre no se vea compelido al supremo recurso de la rebelión contra la tiranía y la opresión. Considerando también esencial promover el desarrollo de relaciones amistosas entre las naciones, Considerando que los pueblos de las Naciones Unidas han reafirmado en la Carta su fe en los derechos fundamentales del hombre, en la dignidad y el valor de la persona humana y en la igualdad de derechos de hombres y mujeres; y se han declarado

⁸⁵ Islas Colín, Alfredo, *Criterios Jurisprudenciales en materia de Derechos Humanos: El derecho a la vida, el derecho a la libertad de expresión, la debida motivación y fundamentación y la tortura*, VIIlex.

resueltos a promover el progreso social y a elevar el nivel de vida dentro de un concepto más amplio de la libertad. Considerando que los Estados Miembros se han comprometido a asegurar, en cooperación con la Organización de las Naciones Unidas, el respeto universal y efectivo a los derechos y libertades fundamentales del hombre, y considerando que una concepción común de estos derechos y libertades es de la mayor importancia para el pleno cumplimiento de dicho compromiso.⁸⁶

Al umbral de esta línea, se tienen dos puntos importantes a analizar, los derechos humanos como naturales y la necesidad de su reconocimiento por parte del Estado. En relación al primer punto, los derechos humanos, como naturales y dogmáticos, no requieren que el Estado se los otorgue a la persona para que esta tenga derecho a ellos, pues ella, de manera natural, los ha adquirido al nacer; esto es lo que explica Germán Bridart Campos:

La definición del estado democrático, o del estado de justicia, aloja indudablemente la necesidad de que los derechos humanos -al menos los que se consideran fundamentales- cuenten con vigencia sociológica, estén o no estén consignados en una declaración normativa. ¿Por qué esto? ¿Por qué tal pretensión? Porque ha alcanzado nivel suficiente de consenso la convicción de que la persona humana "tiene" derechos por sí misma, que le deben ser reconocidos. No otorgados ni constituidos por gracia o dádiva de nadie. Tampoco del estado. Si la persona "los tiene" ¿no será porque la naturaleza de la persona anida la exigencia valiosa de que se le reconozcan y protejan?, ¿también de que se le vuelvan accesibles, disponibles?, ¿o de que se le promuevan?⁸⁷

No obstante, resulta valioso considerar que a pesar de que las personas pueden acceder, de manera natural, a toda la gama de derechos humanos, en ciertas sociedades esto no es posible en razón de que el Estado no los reconoce en su Constitución. En

⁸⁶ Declaración Universal de Derechos Humanos, adoptada y proclamada por la Asamblea General en su resolución 217 A (III) de 10 de diciembre de 1948.

⁸⁷ Bidart Campos, Germán J., "Dogmática constitucional de los derechos humanos. El derecho natural en el derecho constitucional de los derechos humanos", *IUS ET VERITAS*, Buenos Aires, núm. 7, 1993, pp. 9-25, <http://revistas.pucp.edu.pe/index.php/iusetveritas/article/view/15392>.

suma, en la teoría todo ser humano no requiere de la intervención del Estado para poder ejercer sus derechos naturales, pero en la realidad esos derechos se ven supeditados por la regulación del Estado. En parte esto deviene del acuerdo social al que la humanidad se sometió al aceptar que su libertad tuviera un instructivo de forma de usa mediante una normativa. De ello deriva la importancia del contenido normativo de las Constituciones, las libertades y derechos en ellas escritas son la garantía de que las personas podrán disponer de manera plena de sus derechos naturales. Las Naciones Unidas han definido a esta parte dogmática de las constituciones como el corazón del orden constitucional de un Estado moderno, en razón de que determina las relaciones entre los individuos, los grupos y el Estado, pero también representa la definición de los mecanismos de control de las decisiones del Estado.⁸⁸

B. Parte orgánica

La parte orgánica de la Constitución constituye todos aquellos artículos que norman la división de poderes, lineamientos generales del gobierno interior y las facultades de

⁸⁸ Nations Unies, *Droits de l'Homme et...* op. cit. p. 20. A la letra dice : « Les droits de l'homme sont au cœur de l'ordre constitutionnel d'un État moderne. Non seulement ils déterminent les relations entre les individus, les groupes et l'État, mais ils sont également omniprésents dans les structures étatiques et les mécanismes de contrôle et de prise de décisions. En conséquence, une charte des droits fait partie intégrante d'une constitution moderne. Cependant, à l'échelle nationale, les lacunes dans l'exercice des droits de l'homme, qu'il s'agisse de droits individuels ou, le cas échéant, de droits collectifs, proviennent souvent de déficiences dans le domaine du droit constitutionnel. » (Los derechos humanos son el corazón del orden constitucional de un Estado moderno. No solamente determinan las relaciones entr los individuos, los grupos y el Estado, sino que también son omnipresentes en las estructuras estatales y los mecanismos de control y la toma de decisiones. En consecuencia, una carta de derechos debe ser parte integrante de una constitución moderna. Sin embargo, a la escala nacional, las lagunas en el ejercicio de los derechos humano ya sean derechos individuales o en su caso derechos colectivos, provienen frecuentemente de las deficiencias en el ámbito de derechos constitucional.)

los órganos del Estado.⁸⁹ Olano García citando a Adolfo Posada expresó que la “Constitución de un Estado alude a la unidad orgánica real del mismo, en cuanto el Estado está constituido, pero además alude al modo o la ley según el cual el Estado constituido funciona.”⁹⁰ Por su parte, Rafael Bielsa opina que la parte orgánica de una Constitución es un “instrumento de gobierno, porque ella establece los poderes, determina las atribuciones y limitaciones de ellos y regla los modos de su formación.”⁹¹ Solozabal Echavarría piensa que es el aseguramiento de una organización racionalizada de la sociedad y la limitación del Estado.⁹²

El sector orgánico de una Constitución va a consagrar la funcionalidad del Gobierno; esa repartición de funciones y obligaciones también incluye la división de los poderes. La teoría del constitucionalismo y el propio Montesquieu argumentaron la idea de que el poder no se concentrara en manos de una sola persona, sino que este fuera dividido en diferentes autoridades con rangos iguales, es decir, que ninguno de estos poderes se viera subordinado por otro, pues adolecería de imparcial un Estado que encargara en manos de un mismo poder la creación, ejecución y juzgamiento de sus leyes. A la luz de ello, las Constituciones modernas establecen su forma de Gobierno (república, democrática, monarquía, etcétera) y especifican su división de poderes (Ejecutivo, Legislativo y Judicial) con sus respectivas facultades. Bajo la teoría de Montesquieu el poder legislativo se encarga de promulgar, derogar o enmendar leyes; el poder ejecutivo administra las políticas económicas exteriores e interiores del Estado, asimismo, se encarga de la seguridad interior, y el poder judicial es el facultado de juzgar y castigar los actos delictivos.

⁸⁹ Cfr. Carpizo, Jorge, *La Constitución mexicana de 1917*, México, Porrúa, 2013, p. 726. Schmill Ordóñez, Ulises Sergio, *El sistema de la Constitución Mexicana*, México, Porrúa, 1971, p. 554. Tena Ramírez, Felipe, *Leyes fundamentales de México, 1808-2017*, México, Porrúa, 2017, p. 1214.

⁹⁰ Olano García, Alejandro, “¿Qué es una constitución? Reflexiones a propósito del “Boterismo constitucional””, *Dikaion*, Colombia, Vo. 20, núm. 15, 2006, pp. 135-153.

⁹¹ Bielsa, Rafael, *Derecho constitucional*, 3ra edición, Buenos Aires, Roque Depalma, 1959, p. 703.

⁹² Solozabal Echavarría, Juan José, “Sobre el principio de la separación de poderes”, *Revista de Estudios políticos*, núm. 24, noviembre-diciembre de 1981.

II. Modelos constitucionales

Aún en nuestros tiempos existen discrepancias entre las líneas de los modelos constitucionales que antecedieron a los actuales, por ejemplo, Rubio Llorente⁹³ indica que el estudio de los modelos constitucionales se debe hacer desde dos perspectivas: el modelo que tiende a asegurar la constitucionalidad de la ley y el modelo que tiende a garantizar la efectividad de los derechos fundamentales. Fredrich Juenger apuesta por dos modelos: el angloamericano y el latinoamericano, indicando que el primero deriva en conjunto de Inglaterra y los E. U. A. y surge cerca de 1066 con la conquista de los ingleses a E. U. A. No obstante, la cultura jurídica de Latinoamérica, que se deriva de las Doce tablas, fue creada cerca de los años 450 a. C. “Así, el derecho romano ya tiene mil quinientos años de tradición interrumpida: era entonces más antiguo en 1066 que lo que es hoy el common law. El Corpus Iuris de Justiniano fue compilado en 529 d.C. y ya contamos casi otros quinientos años desde entonces.”⁹⁴ Por otra parte, Alfonso Ruiz indica que los antecedentes históricos que marcan el derecho constitucional actual se remitan al modelo americano de la judicial *review* y al modelo europeo de origen *kelsiano*. A este respecto dice que,

La visión más extendida en este último punto viene a diferenciar entre el sistema americano y el europeo de la siguiente manera: mientras en el sistema americano la fuerza *erga omnes* se produce en *toda* sentencia del Tribunal Supremo (al igual que en las de cualquier otro tribunal, respecto de los inferiores) como derivación del valor de precedente que su justificación adquiere para ulteriores casos similares, en cambio, en el sistema austriaco, la fuerza *erga omnes* se predica únicamente, como mero efecto de la cosa juzgada y, con independencia de los fundamentos, sólo del

⁹³ Mezzetti, Luca, “Sistemas y modelos de justicia constitucional a los albores del Siglo XXI”, *Estudios constitucionales*, año 7, número 2, 2009, pp. 281-300.

⁹⁴ Juenger K., Fredrich, “Legal Systems of the commonwealth Caribbean States and the Other Members of the Organization of American States”, *Comparative Law Studies*, University of California, American States, 1986, p. 7.

fallo de las sentencias declaratorias de la inconstitucionalidad de una ley, esto es, no en las declaratorias de la constitucionalidad ni, en la variante germana y española, en la resolución de recursos individuales en amparo de derechos fundamentales.⁹⁵

Si bien es cierto que en el mundo de las ciencias jurídicas es válido existan diversos caminos que indiquen la llegada al mismo objetivo, en el caso del camino del constitucionalismo no hay que olvidar que,

No nos encontramos ante un ejemplo de “constitucionalismo” si por tal se entiende, en la línea propuesta, por ejemplo, por Nicola Matteucci, una organización del poder político que garantice los derechos y libertades de los ciudadanos a partir de la separación de los poderes del Estado y del acercamiento de la sociedad al Estado mediante la participación de los individuos en la adopción de las decisiones políticas esenciales de la comunidad. Pero no es menos cierto que también el soviético fue un “sistema constitucional” y como tal se impuso, en el sentido literal del término, como modelo de organización política en un número importante de Estados pertenecientes a ámbitos geográficos muy diversos.⁹⁶

En este sentido, el estudio de los modelos constitucionales se engloba a aquellos que permiten lo más cercano posible el cumplimiento del objetivo del Constitucionalismo del Siglo XVIII, el cual buscaba la consolidación de un Estado bajo una norma suprema que controlara a toda la población y permitiría el respeto de derechos fundamentales, así como la división política de los poderes del mismo Estado. De tal manera Ferrer Mac-Gregor indica que los modelos constitucionales tienen diversos instrumentos como antecedentes conocidos también como garantías constitucionales, por citar algunos ejemplos; en el derecho romano existía el *interdicto pretoriano de homine libero exhibendo* y la *intercessio tribunica*;⁹⁷ asimismo, la *justicia mayor* que funcionaba

⁹⁵ Alfonso Ruiz, Miguel, *Modelo americano y modelo europeo de justicia constitucional*, Universidad Autónoma de Madrid, 1999, p. 147.

⁹⁶ Presno Linera, Miguel Ángel, “Modelos Constitucionales en la historia comparada”, *Historia constitucional*, número 2, Dialnet, 2001, p. 233.

⁹⁷ Ferrer Mac-Gregor, Eduardo, *Los Tribunales Constitucionales en América Latina*, Funda, México, 2012. p. 32.

como un juez constitucional en la época del Reino de Aragón, debido a que amparaba a los que solicitaban su ayuda respecto a sus bienes o propiedades; por otra parte se tenía al derecho constitucional de Inglaterra, mismo que surgió en el Siglo XVII con el objetivo de proteger los derechos de libertades, esto se hizo mediante el “habeas Corpus que se reguló de una manera detallada en la Habeas Corpus Amendment Act de 26 de mayo de 1679, por lo que se ha considerado a este ordenamiento el primero en reglamentar meticulosamente un proceso constitucional,”⁹⁸ no obstante, cuando Inglaterra invadió las tierras estadounidenses se reubicó el common law y, como consecuencia, la institución del habeas corpus.⁹⁹ El mismo autor indica que en otra postura un tanto distinta al common law surgió en Europa otro sistema que se caracterizaba por un tribunal o corte “ad hoc que se encarga de resolver los conflictos o cuestiones de inconstitucionalidad de las disposiciones legislativas impugnadas, teniendo sus resoluciones efectos generales para el futuro.”¹⁰⁰

En el siglo actual, hablar de un modelo constitucional es referirse a una norma magna creada dentro de un Estado constitucional democrático, cuyas características principales secundan en tener “un listado de derechos fundamentales, el principio de la división de poderes y una forma de gobierno republicana con la separación entre la iglesia y el Estado”.¹⁰¹ Según Stephen Breyer, a citadas características debería adjuntársele los derechos sociales, tal como la Constitución de México lo ha hecho, y de lo cual carece el modelo constitucional estadounidense. Dicho suceso en la Constitución mexicana se debe a los indicios del movimiento revolucionario que reclamaban los elementos de una democracia social:

La Constitución mexicana tiene más de 100 años de vigencia. Fue aprobada en 1917, después de un movimiento revolucionario con un fuerte sentido social. Ese sentimiento de reivindicación social se trasladó a este acuerdo fundacional de la nación mexicana y supuso

⁹⁸ *Ibidem*, p. 33.

⁹⁹ *Ibidem*, p. 34.

¹⁰⁰ *Ibidem*, p. 40-41.

¹⁰¹ Breyer, Stephen, *cómo hacer funcionar nuestra democracia. El punto de vista de un juez*, México, Fondo de la cultura económica, 2017, p. 2.

la incorporación de una serie de preocupaciones sociales a su conjunto de valores éticos mínimos. En contraste con el constitucionalismo estadounidense, en los inicios de nuestro constitucionalismo revolucionario, los constituyentes originarios llegaron al consenso de que uno de los principales propósitos del texto constitucional sería presentar un listado de derechos sociales, reclamables al Estado, en materia laboral, agraria y educativa. (...) se determinó consagrar en la Constitución facultades de rectoría económica del Estado, llamadas a propiciar condiciones de desarrollo nacional equitativas. La Constitución estadounidense, por su parte, no prevé derechos sociales ni tampoco contempla un papel de rectoría económica para el Estado.¹⁰²

Por otra parte, siguiendo esta línea comparativa entre E.U.A. y México, no son únicamente las diferencias estructurales de sus constituciones las que determinan sus modelos constitucionales, no se debe soslayarse el control de constitucionalidad de las leyes y actos de los otros poderes públicos, principalmente porque es con ello que las constituciones cobran su valor de supremas. Como es sabido, y como se estudiará en el apartado del Tribunal de E.U.A., los Estados Unidos de América adquirieron un gran prestigio en relación a la impartición de justicia constitucional después de la resolución del caso *Marbury V. Madison* en 1803, debido a que se determinó la inconstitucionalidad de una ley que excedía las competencias que la Constitución le había derogado. Con la resolución de dicho caso, el Tribunal Superior de Justicia confirmó su imparcialidad y ejecución de protector constitucional, pese a que ello suponga dictar una resolución contraria a los deseos del poder ejecutivo. En lo que respecta a México, en palabras de Stephen Breyer, “la relación de la Suprema Corte con la consolidación del modelo democrático en México es todavía una obra en construcción y no, como en Estados Unidos, un hecho –hasta cierto punto- consumado.”¹⁰³ Asimismo, el mismo autor considera que la Constitución de México está dotada –en redacción- de las facultades de supremacía que necesita para que un tribunal dicte sentencias imparciales y que pongan por encima de todo los derechos

¹⁰² *Ibidem*, pp. 3-4.

¹⁰³ *Ibidem*, p. 10.

constitucionales, no obstante, la realidad no representa la eficacia que la teoría indica; de manera distinta, la Constitución vigente en E.U.A. cuando el caso Marbury, no tenía ningún artículo que dotara de dicha facultad a la Suprema Corte, “esta facultad fue derivada casi naturalmente de la facultad entregada a los jueces de decidir el derecho”.¹⁰⁴

En suma, existen dos poderosos modelos constitucionales: el anglosajón (fuertemente conocido también como el americano) y el austriaco (europeo). No obstante, una nueva doctrina promulgada por Ferrer Mac-Gregor conduce a concluir que hay un nuevo modelo constitucional: modelo constitucional de Iberoamérica. Que no es otra cosa sino un conjunto de los modelos anglosajón y austriaco, pero con dos peculiaridades distintas: constituyen dentro del poder judicial al tribunal protector de la Constitución o lo constituyen fuera del poder judicial.

1. Modelo anglosajón

El modelo constitucional de la Gran Bretaña se remonta al año 1688 con el llamado *Bill of rights*, conocido como *rule of law*. Se dice que la Gran Bretaña marcó uno de los primeros modelos constitucionales derivado de la aprobación o proclamación de la Carta Magna. Este modelo basa más sus decisiones en la jurisprudencia que en las normas establecidas; la ambigüedad de sus normas es interpretada por los jueces y sustentada por decisiones jurisprudenciales precedentes. El derecho anglosajón es una “aglomeración de reglas e instituciones basadas en opiniones ad hoc y leyes esporádicas, un derecho casuístico hecho por y para prácticos, sin sistemas ni métodos. Incluso el código Justiniano que era más bien una compilación, adolecía de una

¹⁰⁴ *Ibidem*, p. 20.

organización deficiente.”¹⁰⁵ Es por ello que se dice que el derecho anglosajón *es más un derecho de abogados que de filósofos*.¹⁰⁶

Es menester distinguir dos modelos dentro del modelo de la Gran Bretaña: el que diseñaba la Constitución formal y el que articulaba la Constitución material. El primero, estaba sustentado doctrinalmente en la teoría del *balanced constitution*, era un modelo monárquico-constitucional; el segundo, era defendido por Burke y Fox, era un modelo monárquico-parlamentario. Al respecto, Joaquín Varela dice que surgieron dos grandes modelos constitucionales en la Gran Bretaña los cuales buscaban, en primer lugar, articular a la Monarquía constitucional en una Constitución formal, este modelo se componía de normas creadas por el Parlamento y los jueces. Esta forma estaba apoyada en un sistema de *cheks and balances*. En segundo lugar, la Monarquía Parlamentaria, respaldaba su organismo y poder en una Constitución material, se caracterizaba por la colaboración entre el Gobierno y la Cámara de los Comunes.¹⁰⁷ El derecho anglosajón tiene como cualidad un excelente pragmatismo, del cual muchas veces carecen los del derecho *neorromanista* en razón de sus tradición filosófica y académica. En el modelo anglosajón los magistrados permitieron establecer fuertes resguardos contra la tiranía, así como protección a las libertades fundamentales.¹⁰⁸

2. Modelo Austriaco

La Alta Corte Constitucional de Austria de 1920 representa la base moderna de los Tribunales Constitucionales de Europa, conocido comúnmente como sistema austriaco, influyó de gran medida en muchos Estados para la creación de sus tribunales, por ejemplo, en el Tribunal de Garantías Constitucionales de España, del cual cabe

¹⁰⁵ Juenger K., Fredrich, “Dos culturas jurídicas”, *Derecho constitucional comparado México-Estados Unidos*, UNAM, México, 1990, p. 156.

¹⁰⁶ *Ibidem*.

¹⁰⁷ *Cfr.* Mezzetti, Luca, *Estudios constitucionales... op., cit.*, pp. 281-300.

¹⁰⁸ Juenger K., Fredrich, *Dos culturas jurídicas..., cit.*, p. 157.

destacar la creación del recurso de amparo de garantías individuales. Pero no sólo en España tuvo impacto el Alto Tribunal Constitucional de Austria, sino también en Italia, Alemania, Bélgica, Polonia, Portugal, Turquía, México, América latina, entre otros.¹⁰⁹ Al respecto del Tribunal austriaco se hace necesario recordar lo que el artículo 89 de la Constitución de Austria de 1920 dice sobre el mismo:

2. Si un Tribunal concibe objeciones por razón de ilegalidad contra la aplicación de algún decreto deberá interponer, ante el Tribunal Constitucional (Verfassungsgerichtshof), la súplica de que se anule dicho decreto. Si el Tribunal Supremo o algún tribunal competente para pronunciarse en segunda instancia tuviesen reparos contra la aplicación de una ley por razones de inconstitucionalidad, deberá interponer ante el Tribunal Constitucional recurso de anulación de dicha ley.

3. Si el decreto que el Tribunal tenía que aplicar ya no estuviese en vigor, deberá el recurso interpuesto por el Tribunal ante el Tribunal Constitucional solicitar que éste dicte resolución en el sentido de que la norma legal era ilegal o anticonstitucional.

De lo anterior se comprende que el Tribunal Constitucional funciona como un revisor de las leyes en tanto deben estar acorde a los principios que consagra la Constitución. Es así como la teoría de que un tribunal debe proteger los principios de la Constitución se refleja mediante una interpretación jurídica, esto es, las facultades del Tribunal Constitucional parecen verse resumidas en un intérprete jurídico-constitucional. Y no tiene porque no serlo, pues la creación del Alto Tribunal austriaco se hizo bajo la influencia teórica de Hans Kelsen¹¹⁰ que buscaba un tribunal que no sólo respetara la Constitución, sino que garantizara su efectividad y su supremacía ante las demás leyes. La disputa incansable entre Kelsen y Schmitt era sobre quién debería ser el encargado de salvaguardar a la Constitución, argüían que debería ser el Presidente o un tribunal especializado, en Austria la teoría Kelsiana es la que imperó, esto es, que fuera un tribunal especializado el que se hiciera cargo de la salvaguarda de la Constitución.

¹⁰⁹ Cfr. Ferrer Mac-Gregor, Eduardo, *Los Tribunales Constitucionales...*, op., cit., p. 22.

¹¹⁰ Ferrer Mac-Gregor, Eduardo, *Los Tribunales Constitucionales...*, op., cit., p. 61.

3. Modelo latinoamericano

Algunos autores¹¹¹ mencionan el constitucionalismo latinoamericano considerando ciertas características del Estado de Derechos y la propia sociedad civil. Esto es, guiados por la historia indagan y sostiene la existencia de ciertas reglas que regían la economía, política y en general a la sociedad mucho antes de la llegada de los españoles. Lo cuestionable aquí sería, es en realidad esto un indicio de la existencia de una norma suprema que rigiera los principios y estructuras políticas y sociales de la sociedad. Puesto que no es lo mismo la existencia de diversas normas (códigos) que regulen la mercadería o conductas determinadas de las personas, a una norma suprema.

A este respecto, Salazar Ugarte analiza que se puede declarar la existencia de una Constitución cuando los derechos están protegidos y los poderes están divididos.¹¹² En este tenor, cabría cuestionar las costumbres de los países de América latina de esos tiempos para considerar la ausencia de derechos o de respeto, por lo menos a la dignidad humana, integridad personal y libertad personal. Apegado a ello, el mismo autor indica:

Lo importante es que, para que podamos hablar de un ordenamiento constitucional, el conjunto de normas debe contener (reconocer u otorgar) un conjunto más o menos amplio de derechos (naturales, humanos o fundamentales) a las personas (individuos o, incluso en algunos casos, colectivos). El conjunto de esos derechos puede ser más o menos extenso, pero, según dicta la tradición liberal, al menos debe contener las que Bobbio llamaba las cuatro grandes libertades de los modernos (persona, de pensamiento, de reunión y de asociación). Si, además, el documento constitucional contiene derechos políticos hablaremos de un

¹¹¹ Tales como, Roberto Viciano y Rubén Martínez Dalma. "Ellos hablan de cuatro grandes modelos de constitucionalismo que provienen de cuatro momentos constituyentes: a) liberal-revolucionario de las revoluciones burguesas del XVIII; b) reacción conservadora de la burguesía y la aristocracia (siglo XIX y parte del XX); c) recuperación del constitucionalismo democrático (primeras décadas del XX); d) aparición del constitucionalismo social de posguerra." *Cfr.* Gros Espiell, Héctor, "El constitucionalismo latinoamericano y la codificación del Siglo XIX", *Anuario Iberoamericana de justicia constitucional*, 2002, núm. 6, pp. 143-175.

¹¹² Salazar Ugarte, Pedro, *El nuevo constitucionalismo latinoamericano (una perspectiva crítica)*, Argentina, 2012, p. 43.

constitucionalismo democrático y si contiene algunos derechos sociales, entonces, tendremos un constitucionalismo social. Cuando el documento contiene los tres tipos de derechos hablamos de un “Estado social y democrático de derecho” o, con una formulación más simple, de una “democracia constitucional”. En todos los casos, como segunda condición para la existencia de una Constitución, el ordenamiento debe contemplar garantías para esos derechos dentro de las que no puede faltar un esquema de poderes divididos que garantice al principio de legalidad y la imparcialidad judicial.¹¹³

Visto lo anterior, la sociedad latinoamericana antes de la llegada de los españoles contaba con una estructura política, social y económica; se podría decir que tenían normas que establecían la distribución de riqueza, comportamientos sociales y obligaciones fiscales, pero carecían de uno de los objetivos ejes del constitucionalismo: el reconocimiento de los derechos humanos.

Sin embargo, actualmente se habla de una nueva corriente constitucionalista en Latinoamérica surgida en últimos años del siglo XX y la primera década del XXI, en la cual engloban a diversos países como, México, Brasil, Colombia, Costa Rica, Ecuador y Venezuela, aludiendo que “son comunes en muchos procesos constitucionales recientes, pues confieren a los ordenamientos ciertos aires de familia. (...) Es posible hablar de un constitucionalismo latinoamericano actual que tiene rasgos distintivos frente otros constitucionalismos del mundo.”¹¹⁴ Algunas de las características de estas Constituciones son, consolidan la legitimidad de una democracia¹¹⁵ y reconocen de manera amplia derechos humanos que buscan combatir la desigualdad y exclusión

¹¹³ *Ibidem*, p. 109.

¹¹⁴ *Ibidem*, p. 110.

¹¹⁵ *Verbigracia*: Constitución de Ecuador: Artículo 1. “El Ecuador es un Estado constitucional de derechos y justicia, social, democrático, soberano, independiente, unitario, intercultural, plurinacional y laico...”

Constitución de Bolivia: Artículo 1. “Estado unitario social de derecho plurinacional comunitario, libre, independiente, soberano, democrático, intercultural, descentralizado y con autonomías”.

social, pero también extienden la titularidad de los derechos a la naturaleza¹¹⁶. Una crítica fuerte que encuentran estas nuevas constituciones es la referente a la extensión en la descripción de los artículos, ello obedece a que el legislador busca expresar de manera concisa su voluntad e imponerla a los demás poderes.¹¹⁷

III. Si la Constitución salvaguarda a la justicia, ¿quién protege a la Constitución?

Como ya se ha dicho, la justicia es un principio germinado en la sociedad civil como pieza esencial del Estado de Derecho que otorga a cada quien lo que le corresponde bajo las directrices de una norma general interpretada por una Institución pública. Con la oleada del constitucionalismo, emana la idea de crear una norma que supedite a todas las demás legislaciones dentro de un Estado y que en ella se establezcan derechos fundamentales de los hombres –tales como la libertad, igualdad y no discriminación-, la forma de gobierno, la división de poderes y las facultades de las autoridades. En efecto, la impartición de justicia, que no es otra cosa que hacer efectivos los derechos de la sociedad, queda en manos de una institución que se presume como protectora y garante de la norma suprema. Hans Kelsen opinaba que “ser defensor de la Constitución significa en el sentido ordinario del término, ser garante de la

¹¹⁶ *Verbigracia*: Constitución de Ecuador: Artículo 10. “Las personas, comunidades, pueblos, nacionalidades y colectivos son titulares y gozarán de los derechos garantizados en la Constitución y en los instrumentos internacionales. La naturaleza será sujeto de aquellos derechos que le reconozca la Constitución”.

Artículo 71: La naturaleza o Pacha Mama, donde se reproduce y realiza la vida, tiene derecho a que se respete integralmente su existencia y el mantenimiento y regeneración de sus ciclos vitales, estructura, funciones y procesos evolutivos. toda persona, comunidad, pueblo o nacionalidad podrá exigir a la autoridad pública el cumplimiento de los derechos de la naturaleza. Para aplicar e interpretar estos derechos se observarán los principios establecidos en la Constitución, en lo que proceda. El Estado incentivará a las personas naturales y jurídicas, y a los colectivos, para que protejan la naturaleza, y promoverá el respeto a todos los elementos que forman un ecosistema.

¹¹⁷ *Cfr.* Salazar Ugarte, Pedro, *El nuevo constitucionalismo... op. cit.*, p. 361.

constitución”¹¹⁸ y no sólo deberle obediencia. En tal sentido, cumplir la Constitución conlleva la sumisión de las funciones y actuaciones que, en la medida de lo posible, permitan la materialización de los derechos suscritos en ella. Mientras que ser garante conlleva la vigilancia de que las autoridades ejerzan sus funciones de conformidad con lo estipulado en la Constitución. El garante será un coronel que supervisa que todos los soldados realicen de manera adecuada su trabajo, será el vigilante del máximo tesoro jurídico de un Estado; los soldados serán los encargados de que la normativa constitucional se haga realidad. Tanto el coronel como los soldados tendrán el mismo rango de autoridad y ninguno de ellos estará subordinado entre ellos, quién marca las órdenes de actuación es la Constitución, el coronel sólo fungirá como portavoz de ella, que mediante sus resoluciones interpretativas y obligatorias determinará el incumplimiento constitucional por parte de alguna autoridad. Pese a ello, no hay que olvidar que la “interpretación constitucional es el más poderoso instrumento para despojar de su espíritu a cualquier derecho establecido en la Constitución, u otorgarle otro beneficio a los intereses del poder”¹¹⁹, esto es así porque si bien la Constitución como norma suprema reconoce los derechos y otorga obligaciones de cumplimiento de los mismos a las autoridades, en el ejercicio de su función garantista el poder encargado de proteger a la Constitución determinará los alcances de lo escrito en la Constitución.

Bajo esta premisa, menester es indagar sobre ¿quién representará esa institución? Es decir, ¿en manos de quién queda la protección de la Constitución? La teoría de la separación de poderes deja clara la necesidad de dividir la labor de administración de un Estado en diversas autoridades que no estén subordinadas entre sí, en todo caso estarían subordinadas a la Constitución. Se habla de un poder legislativo, ejecutivo y judicial. Siendo el judicial el encargado de impartir justicia, que en otras palabras se diría, de proteger la Constitución. Carl Schmitt dijo que designar al representante del Estado (Presidente) como defensor de la Constitución sólo porque “jura salvaguardar

¹¹⁸ Kelsen, Hans, *¿Quién debe ser el defensor... op? cit.*, p. 71.

¹¹⁹ Domínguez Nárez, Freddy, *Suprema Corte. Dentro y fuera de la Constitución*, jurídica & Law Press, México, 2011, p. 18.

la Constitución no significa otra cosa [que] cumplir la Constitución y las leyes”.¹²⁰ Rousseau mostró una fuerte preocupación por quién sería esa persona que administraría la justicia en una sociedad civil; sostenía que sólo un hombre moral sería capaz de hacerlo y es entonces que la democracia triunfaría, pero esa persona moral sólo podría esperarse de un Dios, y él se mostraba incrédulo del hombre como persona moral.¹²¹ Hans Kelsen observó que una Constitución no podía ser salvaguardada por la misma autoridad que la creó y tampoco podía hacerlo la autoridad acusada de incumplir o violar la Constitución. Por tanto, habría que crear una institución ajena a estos poderes y funciones, encargada de salvaguardar e interpretar la Constitución: un Tribunal Constitucional. Este debería tener independencia absoluta de los demás poderes, inclusive sus funcionarios no deberían de tener menos rango que el propio Jefe del Estado, por tanto, la mejor vía de construcción de un tribunal democrático constitucional sería eligiendo de manera popular a sus representantes:

¿Por qué razón un Tribunal Constitucional puede ser un defensor democrático de la Constitución, menos que el Jefe del Estado? El carácter democrático de un Tribunal Constitucional, lo mismo que el Jefe del Estado, no puede depender sino sólo de su designación y de su situación jurídica. No hay obstáculo alguno, si se quiere constituir ese Tribunal democráticamente, que hacerlo elegir por el pueblo lo mismo al jefe de Estado, y dar el carácter de funcionarios de profesión a sus miembros no menos que al jefe de Estado...”¹²²

Aditivo a ello, el autor Domínguez Nárez indica que para que un Tribunal Constitucional o “Corte Constitucional lo sea debe cumplir con tres elementos básicos: independencia de los tres poderes, jurisdicción constitucional como única función, y jueces o ministros especializados en la materia.”¹²³ La independencia resulta vital para el correcto funcionamiento de la protección a la Constitución, en razón de que quién juzga los actos que transgreden a la norma suprema no debe defender intereses

¹²⁰ Cfr. Kelsen, Hans, *¿Quién debe ser el defensor de la Constitución?* Tecnos, España, 1995, p. 70.

¹²¹ Para mejor abundancia sobre el término de justicia y el debate sobre la misma véase el Capítulo I de esta tesis.

¹²² Kelsen, Hans, *¿Quién debe ser el defensor... op? cit.*, p. 72.

¹²³ Domínguez Nárez, Freddy, *Suprema Corte. Dentro y fuera... op. cit.*, p. 18.

políticos de un superior; las resoluciones constitucionales serán imparciales en la medida en que quién las emita no deba su puesto o permanencia a la autoridad que está juzgando. Ello induce a aceptar la teoría de que la elección popular de quienes representan un Tribunal Constitucional es la garantía de que estos no estarán subordinados a ninguno de los otros poderes, que al final resultan ser la autoridad responsable de las violaciones a la Constitución.

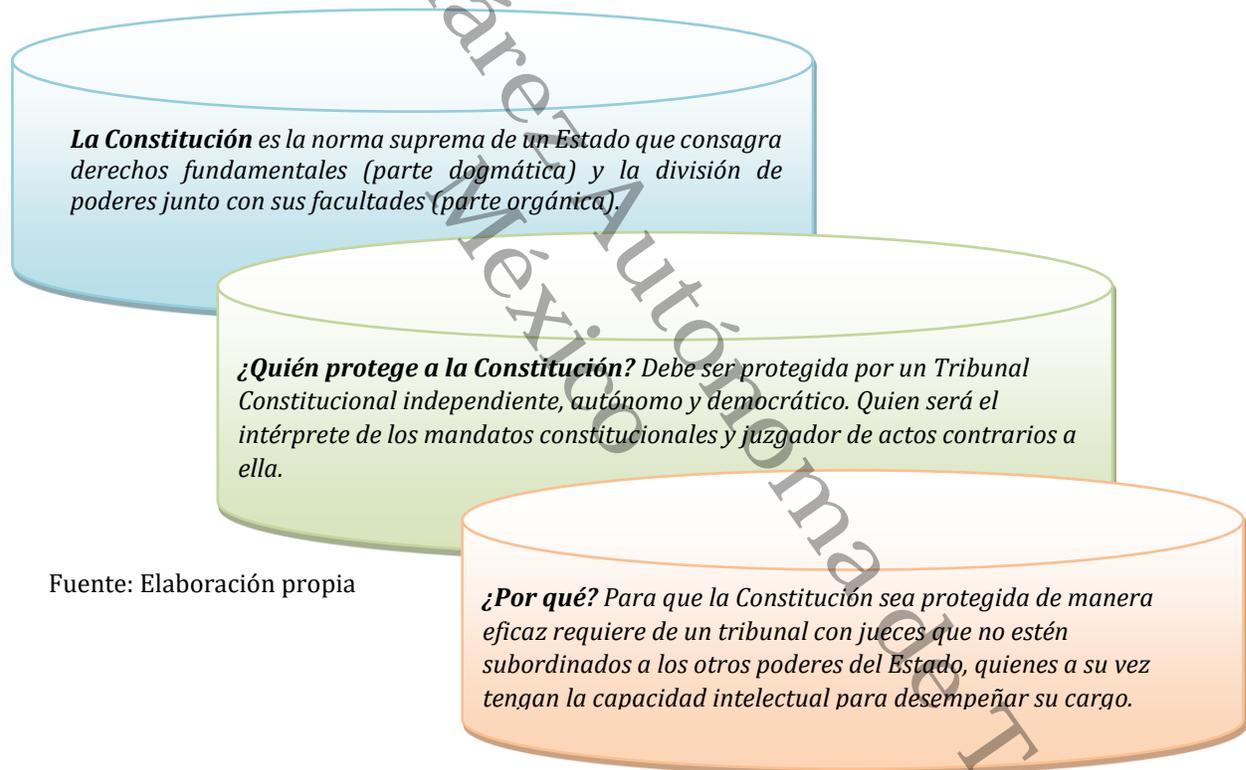
Conclusión del segundo capítulo

La Constitución es el pilar del Estado de derecho y, por tanto, del principio de justicia. Sin embargo, esta no sería eficiente si no existiera una institución jurídica y pública encargada de su protección y cumplimiento. En esta norma se consagran los derechos fundamentales de la población –pero también, en algunos casos como en la Constitución de México, derechos sociales, los cuales resultan necesarios para la prevalencia de la democracia-, así como la estructura del Estado, la división de poderes y sus facultades. No obstante, cuando Kant pensó en el Estado de derecho no ideó la creación de la Constitución, fue hasta después, con el surgimiento del movimiento del constitucionalismo, cuando se hizo necesario hacer una norma suprema que subordinara a las demás y que estableciera la estructura del Estado.

A pesar de que existen distintos modelos constitucionales, todos arriban al mismo objetivo: la existencia de un tribunal supremo que defienda los derechos constitucionales, es decir, que ejecute con excelencia el control de constitucionalidad. Es oportuno hacer notar que la similitud de los modelos constitucionales estudiados radica en que no dependen de manera directa del poder legislativo o ejecutivo. Lo cual fue analizado en este apartado, concluyendo que quien resulte ser el guardián de la constitución no debe depender de ninguna manera del poder legislativo (quien la crea) o del poder ejecutivo (quien la aplica). Para tal propósito, debe crearse un poder especial, el cual recae en el poder judicial. No obstante, existen puntos de vistas que

discrepan de ello, apuntando que dicho poder debe encargarse de resolver las controversias jurídicas de la población y, de manera separada, debe crearse una institución que custodie la Constitución. Ello sobre todo, porque esta institución juzgará de manera imparcial el actuar inconstitucional de los tres poderes. En este sentido, resulta ilógico pensar que un tribunal será imparcial cuando existe una relación directa e intereses con los otros poderes, como es el caso de pertenecer al mismo poder judicial.

Resumen gráfico: La Constitución y el ente encargado de protegerla



Fuente: Elaboración propia

Universidad Juárez Autónoma de Tabasco.
México

SEGUNDA PARTE
**INSTITUCIÓN IDONEA PARA SALVAGUARDAR A LA
CONSTITUCIÓN**

Un Estado consolidado como democrático, entre otras cosas, necesita tener una constitución que contemple, por un lado, aquellos derechos necesarios para el mantenimiento de la paz, la dignidad, la libertad y la igualdad, y por otro lado, las facultades de quienes detentan el poder. Aunado a ello, debe crear los medios de control constitucionales y la-s institución-es encargadas de la defensa de la constitución. De lo contrario, el Estado democrático sería ineficaz. Acorde a ello, Louis Favoreu indica que “la supremacía de la Constitución no tendría ninguna aplicación real si no existiera garantías que la hicieran eficiente frente a los conflictos constitucionales que se producen al interior de cada sociedad política”.¹²⁴ Wolfgang Heyde sostiene que “la materialidad, en un sistema político, de la justicia, el derecho y la libertad no es infalible solamente de las normas y garantías de la Constitución. La fuerza real del derecho, el grado de justicia, libertad y orden, de amparo y fomento que puede brindar, depende de la forma y manera de materializar el derecho por los operadores jurídicos.”¹²⁵

En la primera parte de esta tesis se abordó la importancia que representa una constitución dentro de una sociedad consolidada como democrática, asimismo, se estableció la línea directriz de cuál institución sería la idónea para resguardar a esta referida norma. En esta segunda parte, se busca resolver los siguientes cuestionamientos, cómo debería ser el tribunal guardián de la constitución, o lo que es igual, cómo sería una institución ideal para encargarse de custodiar a la constitución, cuáles serían sus facultades y características jurídicas y quiénes serían sus integrantes.

Siguiendo una línea analítica de la doctrina dura y de las sentencias emitidas por la Corte IDH, hay cuatro aspectos que deben tenerse en cuenta cuando se habla de un tribunal eficaz como garante de la constitución, a saber: 1. Independencia: la cual se presume cuando, a su vez, el tribunal tiene: A. Independencia presupuestaria. B.

¹²⁴ Favoreu, Louis, *Los Tribunales constitucionales*, Editorial Ariel, Barcelona, 1994, p. 28.

¹²⁵ Citado por, Francisco Tomás y Valiente en, “De la Administración de Justicia al Poder Judicial”, *Jornadas sobre el Poder Judicial en el bicentenario de la Revolución francesa*, Madrid: Ministerio de Justicia, Centro de Publicaciones, col. Cursos, vol. 5, 1990, p. 22.

Independencia de los poderes que detentan el poder (su nombramiento y destitución no dependa del legislativo y/o del ejecutivo, por ejemplo). 2. Cuento con recursos accesibles y suficientes para que los ciudadanos aleguen violaciones a la constitución. 3. Cuento con personal competente en relación con los asuntos a atender: A. conocimientos en la materia. B. Pluralismo. 4. Existencia de mecanismos de supervisión claros y públicos.

En relación a ello, a continuación, se analizará de manera puntual los antes enunciados cuatro puntos:

1. En primer término y en atención a la independencia, no se debe pasar por alto que esta se vincula íntimamente con la imparcialidad. Se puede decir que mientras más independencia tenga un tribunal sus resoluciones serán más imparciales. De acuerdo con la teoría de Kant, Rousseau y Kelsen existe una imperiosa necesidad de que el tribunal encargado de la protección de la Constitución no dependa de ninguna manera de alguno de los otros poderes del Estado. En la obra de Kelsen, ¿quién debe ser el defensor de la Constitución? –estudiada en el capítulo precedente-, se refuerza la idea de que un tribunal de la envergadura que debe robustecer a aquel que sea guardián de la constitución debe ser, en primer lugar, independiente de los demás poderes del Estado, en segundo lugar, tener igual rango jerárquico y poder que un jefe de Estado y, en tercer lugar, los representantes de dicho poder deben ser elegidos por el pueblo, de igual manera que se elige al representante del ejecutivo. Sólo así, se vería plenamente garantizada la independencia de este tribunal¹²⁶ y, a su vez, la imparcialidad de sus resoluciones. “Es una realidad universalmente reconocida que solo la existencia de tribunales imparciales e independientes puede garantizar, en último término, el respeto a las leyes y el imperio de la justicia.”¹²⁷

¹²⁶ Cfr., Kelsen, Hans, *¿Quién debe ser el defensor... op? cit.*, p. 72.

¹²⁷ Lösing, Norbert, “Independencia y función del Poder Judicial en el Estado democrático de derecho”, *Anuario de derecho constitucional latinoamericano*, Montevideo, año XVII, 2011, pp. 413-427.

Por otro lado, no se debe soslayar que la subordinación ante los otros poderes puede no estar regulada y por tanto darse de forma indirecta, para saber si un Tribunal está subordinado a otro poder, bastaría responder a las siguientes preguntas, quién nombra y determina la destitución de sus jueces, en manos de quién está la designación de su presupuesto. La Corte Interamericana de Derechos Humanos ha subrayado que “para la implementación de un régimen independiente, los Estados deben establecer procedimientos que respeten parámetros básicos de objetividad y razonabilidad, a fin de evitar un alto grado de discrecionalidad en la selección del personal judicial de carrera, y promover que las personas escogidas sean las más idóneas”.¹²⁸ Tal como se verá en esta segunda parte, los magistrados/ministros que son nombrados ya sea por el ejecutivo o por el Congreso, ponen socialmente en duda su imparcialidad; contrariamente, un factor que en el caso de Estados Unidos de América, ayuda a mermar esta idea, pese a que la designación corresponde al Ejecutivo es que los ministros son vitalicios, esto conlleva su no revocación, salvo renuncia voluntaria o daños físicos y psicológicos que los impidan ejercer sus funciones. Este escenario hace que los encargados del Tribunal Supremo de Justicia no dependan indirectamente de ningún otro poder. Por otro lado, el tema de designación del presupuesto es un determinante para la hora de valorar que tan independiente es un Tribunal, pues en una mayoría significativa este es asignado por el ejecutivo. Sin embargo, Honduras y Estados Unidos de América, han puesto un cando a esto, suscribiendo en la Constitución que el presupuesto de sus Tribunales Supremos de Justicia no puede ser menores a los antes ya asignados.

Otro punto importante a señalar como parte necesaria para dotar de imparcialidad e independencia a un tribunal es la duración de los cargos de los miembros del tribunal. Se dice que periodos cortos no coadyuvan a la imparcial:

La extensión del mandato suele estar vinculada a las garantías formales de independencia judicial. En general, se considera que

¹²⁸ Corte IDH. *Caso Reverón Trujillo Vs. Venezuela*. Excepción Preliminar, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 30 de junio de 2009. Serie C No. 197.

los mandatos largos favorecen una mayor independencia en la actuación de los magistrados, habiéndose considerado un indicador efectivo en su relación con la duración del mandato de otros órganos constitucionales (...) –así, por ejemplo, la extensión del mandato judicial en comparación con la duración de las legislaturas parlamentarias o del mandato de los jefes de Estado o Gobierno–; por supuesto, desde aquella particular perspectiva podría decirse que los magistrados con mandato vitalicio serán aquellos que gozarán de una mayor independencia en el desempeño de sus funciones, pues ello habrá de permitirles un suficiente distanciamiento cronológico con respecto a su nombramiento, siendo capaces de “sobrevivir” a los actores que los designaron, y afianzándose en su puesto a lo largo de los años, sin la perspectiva de una posterior continuación de su carrera.¹²⁹

2. En segundo término, en relación a *los principios que deben robustecer a los recursos de atención de un Tribunal garante de la Constitución*, citando a Kelsen, estos deben ser “esencialmente garantías de la constitucionalidad de las leyes”.¹³⁰ Al amparo de las sentencias resueltas por la Corte Interamericana de Derechos Humanos bajo el marco

¹²⁹ Castillo Ortiz, Pablo José, “*Guardar al defensor de la Constitución*”. *Sobre la independencia de la jurisdicción constitucional: evaluación de alternativas institucionales*, Estudios de progreso, Fundación Alternativas, 2012, p. 18.

¹³⁰ Kelsen, Hans, *La garantía jurisdiccional de la Constitución (La justicia constitucional)*, Trad. Tamayo y Salmorán, Rolando, Anuario Iberoamericano de justicia constitucional, núm. 15, Madrid, 2011, pp. 249-300.

normativo del artículo 25 (protección judicial)¹³¹ y 8 (garantías judiciales)¹³², estos deben ser efectivos, rápidos y sencillos.¹³³ En este orden, para que un recurso sea

¹³¹ Artículo 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 Parte 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.

¹³² Artículo 8. Garantías Judiciales

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, (...)*.

¹³³ No debe pasarse por alto que los artículos antes citados no fueron creados en alusión de un Tribunal Supremo de Justicia o, en su defecto, Constitucional de manera exclusiva; sino, más bien, su creación obedece a la necesidad de generar las directrices de un andamiaje judicial (administración de justicia) dentro de un Estado de Derecho.

La razón por la cual este trabajo los considera como uno de los principios rectores de un máximo tribunal encargado de resguardar a la constitución se puede explicar en dos partes: la primera, cuando la Corte IDH hace referencia a una sociedad democrática, dentro de la cual, la administración de justicia debe estar presidida por un perfecto tribunal de justicia, alude a estos dos principios (protección judicial y garantías judiciales) como pilares de ella. La segunda, los derechos contemplados en la Convención Americana de Derechos Humanos y de los cuales la Corte IDH es competente para resolver, no son limitativos en su concepto, sino la propia Corte puede hacer una interpretación histórica o conceptual, ateniendo siempre al principio pro-persona. De esta manera, referidos artículos, en una definición común, atienden a las características de los parámetros de impartición de justicia en general, y no así, al perfecto Tribunal que debe custodiar la Constitución; sin embargo, el producto interpretativo que la Corte ha emitido contribuye significativamente con la concepción de ello. Aunado a esto, es importante recordar que, en otros escenarios similares la Corte ha hecho uso de una interpretación no limitativa para ampliar la utilización de un derecho. Verbigracia en el *Caso Cuscul Pivaral y otros Vs. Guatemala* de 2018, la Corte sentenció al Estado de Guatemala por violentar el derecho a una vida íntegra en correlación a la no garantía al derecho a la salud, artículo 26 de la convención; para esgrimir sobre el derecho a una vida íntegra citó el derecho a la libertad personal-concebido a la literalidad como un derecho a no ser detenido de manera arbitraria-, pero que bajo su lógica argumentativa, también encierra el derecho a la integridad física y psíquica que no se trasgrede únicamente con la detención arbitraria, sino, en este caso, también con la no garantía efectiva del derecho a la salud.

efectivo no basta con que la normatividad interna lo regule, además se requiere que la praxis demuestre es útil y de fácil acceso para los ciudadanos, en otras palabras, el Tribunal debe regular los mecanismos-recursos que sean necesarios para que los ciudadanos puedan alegar supuestas violaciones a la Constitución, estos mecanismos no deben ser complejos para que todas las personas sean capaces de recurrir a ellos, asimismo, su existencia deben tener objetivos reales de protección a los derechos humanos y no sólo el cumplimiento de contar con un mecanismo de protección constitucional. En palabras de la Corte IDH:

[L]a garantía de un recurso efectivo “constituye uno de los pilares básicos, no sólo de la Convención Americana, sino del propio Estado de Derecho en una sociedad democrática en el sentido de la Convención”, y que para que el Estado cumpla con lo dispuesto en el artículo 25 de la Convención no basta con que los recursos existan formalmente, sino que los mismos deben tener efectividad (...).¹³⁴

La Corte ha establecido que para que un recurso sea efectivo, no basta con que esté previsto por la Constitución o la ley, o que sea formalmente admisible, sino que se requiere que sea realmente idóneo para establecer si se ha incurrido en una violación a los derechos humanos y proveer lo necesario para remediarla. No pueden considerarse efectivos aquellos recursos que, por las condiciones generales del país o incluso por las circunstancias particulares de un caso dado, resulten ilusorios. En virtud de lo anterior, el Estado tiene la responsabilidad no sólo de diseñar y consagrar normativamente un recurso eficaz, sino también de asegurar la debida aplicación de dicho recurso por parte de sus autoridades judiciales (...)¹³⁵

Al interpretar el texto del artículo 25 de la Convención, la Corte ha sostenido, en otras oportunidades, que la obligación del Estado de proporcionar un recurso judicial no se reduce simplemente a la

¹³⁴ Corte IDH. *Caso Cantos Vs. Argentina*. Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 28 de noviembre de 2002. Serie C No. 97, Párrafo 51.

¹³⁵ Corte IDH. *Caso Granier y otros (Radio Caracas Televisión) Vs. Venezuela*. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 22 de junio de 2015. Serie C No. 293, párr. 314.

mera existencia de los tribunales o procedimientos formales o aún a la posibilidad de recurrir a los tribunales. Más bien, el Estado tiene el deber de adoptar medidas positivas para garantizar que los recursos que proporciona a través del sistema judicial son "verdaderamente efectivos para establecer si ha habido o no una violación a los derechos humanos y para proporcionar una reparación"¹³⁶

Por otra parte, los recursos de acceso a la justicia deben ser *rápidos*, atendiendo la prioridad de necesidad de las personas que recurren a ella. La impartición de justicia busca dar a cada quien lo que le pertenece, por ejemplo, bienes patrimoniales, libertad de expresión, libertad de religión, igualdad, no discriminación, educación, salud, entre otros. Cuando una persona recurre a un tribunal es porque bajo su consideración le están afectando uno o más derechos, la respuesta ante esta aclamación debe ser rápida, máxime considerando que hay derechos que pueden dejar de existir con el paso del tiempo, sobre todo cuando se trata de la vida y la salud. No hay un parámetro que determine el tiempo en que deben de resolverse los asuntos, empero, hay normas internas procesales que determinan tiempos para las actuaciones. Aún con ello, en diversos casos resueltos por la Corte IDH ha manifestado su preocupación por los asuntos resueltos en cinco años, diez años y hasta en 256 días:

La Corte observa que, si bien las víctimas tuvieron acceso al amparo, que es el recurso idóneo de la jurisdicción interna en Venezuela a efectos del presente caso, y que lo interpusieron en tiempo y forma, tal recurso no operó con la rapidez que se requiere para atender reclamos relativos a presuntas violaciones de derechos humanos. Ciertamente no se puede sostener que la decisión del recurso interpuesto en el presente caso luego de 256 días sea una decisión rápida, conforme lo ordena el artículo 25.1 de la Convención (...).¹³⁷

¹³⁶ Corte IDH. *Caso de los Pueblos Indígenas Kuna de Madungandí y Emberá de Bayano y sus miembros Vs. Panamá*. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 14 de octubre de 2014. Serie C No. 284. Párrafo 165.

¹³⁷ Corte IDH. *Caso Apitz Barbera y otros ("Corte Primera de lo Contencioso Administrativo") Vs. Venezuela*. Excepción Preliminar, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 5 de agosto de 2008. Serie C No. 18260. Párrafo 156.

En razón de los criterios establecidos en la materia por esta Corte y en consideración de la razonabilidad del plazo en procesos judiciales, puede afirmarse que el procedimiento que se siguió ante las diversas instancias que conocieron de los amparos en este caso excedió el principio de plazo razonable consagrado en la Convención Americana. De acuerdo con los criterios de este Tribunal, los recursos de amparo resultarán ilusorios e inefectivos, si durante la tramitación de éstos se incurre en un retardo injustificado de la decisión.¹³⁸

Ha quedado establecido [...] que el 12 de noviembre de 1993 se interpuso un recurso de hábeas corpus genérico con el propósito de reclamar las condiciones de reclusión en que vivían los internos en el Instituto en ese entonces y de ubicarlos en lugares adecuados. Asimismo, ha quedado demostrado [...] que el Juez de Primera Instancia en lo Civil y Comercial de Noveno Turno dio lugar a dicho recurso el 31 de julio de 1998, es decir, casi cinco años después de haber sido interpuesto. Dado esto, cualquiera que sea el parámetro que se utilice para determinar si un recurso interno fue rápido, la Corte no puede sino concluir que la tramitación del recurso de hábeas corpus excedió todo límite permisible (...) ¹³⁹

Asimismo, resultaría incongruente aludir a la incompetencia intelectual o carencia de personal para garantizar derechos humanos como lo es el acceso a la justicia. En tal sentido, la Corte IDH ha recordado que “Cuando su inutilidad haya quedado demostrada por la práctica, porque el Poder Judicial carezca de la independencia necesaria para decidir con imparcialidad o porque falten los medios para ejecutar sus decisiones; por cualquier otra situación que configure un cuadro de denegación de justicia, como sucede cuando se incurre en retardo injustificado en la decisión; o, por cualquier causa, no se permita al presunto lesionado el acceso al recurso judicial”¹⁴⁰

¹³⁸ Corte IDH. *Caso del Tribunal Constitucional Vs. Perú*. Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 31 de enero de 2001. Serie C No. 71. Párrafo 93.

¹³⁹ Corte IDH. *Caso "Instituto de Reeducación del Menor" Vs. Paraguay*. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 2 de septiembre de 2004. Serie C No. 112. Párrafo 247.

¹⁴⁰ Corte IDH. *Caso "Cinco Pensionistas" Vs. Perú*. Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 28 de febrero de 2003. Serie C No. 98, párr. 126.

ello no justifica de ninguna manera la no garantía de derechos humanos. Máxime, el Estado en consonancia con el respeto a los principios de garantizar, respetar y proteger los derechos humanos, el primero de ellos, exige, entre otras cosas, la calidad y agotamiento de todos los medios que se tengan al alcance para no dejar sin vigencia derechos de vital necesidad para el ser humano.

3. En tercer término, un tribunal ideal para resguardar a la constitución debe contar con personal competente en relación a los asuntos que se van a atender, esto conlleva que los ministros/magistrados tengan los conocimientos jurídicos-intelectuales necesarios y suficientes, pero que también se presuma la existencia de un poder judicial o constitucional pluralista. Domínguez Nárez alude que un tribunal idóneo lo será cuando cumpla con tres elementos básicos a considerar, independencia de los tres poderes, jurisdicción constitucional como única función y jueces o ministros especializados en la materia.¹⁴¹ Por su parte, Waldron considera que una sociedad democrática no puede verse garantizada en las manos de unos cuantos jueces que no toman en cuenta el pluralismo existente.¹⁴² Alma Meldarito alude a la importancia de que los juristas, especialmente los jueces, tomen en cuenta a ese sector que años atrás ha sido olvidado, pero que parece que hoy en día recobra más visión, se refiere a los pueblos indígenas. Aborda una investigación crítica de cómo jurídicamente este grupo había estado olvidado y analiza el devenir del pluralismo a partir de la descolonización.¹⁴³ A este respecto, cabe agregar que, si bien la sociedad ha mutado de la civil a una democrática, siendo la primera gobernada por las tradiciones y costumbres de un Estado, esta transición, bajo una visión de derechos humanos, nunca dejaría de un lado el respeto a la multiculturalidad. Al contrario, abraza derechos como la dignidad humana y el principio pro-persona, para dilucidar de manera más amplia derechos civiles, económicos, sociales, culturales y políticos a favor de toda la población.

¹⁴¹ Domínguez Nárez, Freddy, *Suprema Corte. Dentro y fuera... op. cit.*, p. 18.

¹⁴² Waldron, Jeremy, *Contra el gobierno de los jueces. Ventajas... op. cit.*, p. 254.

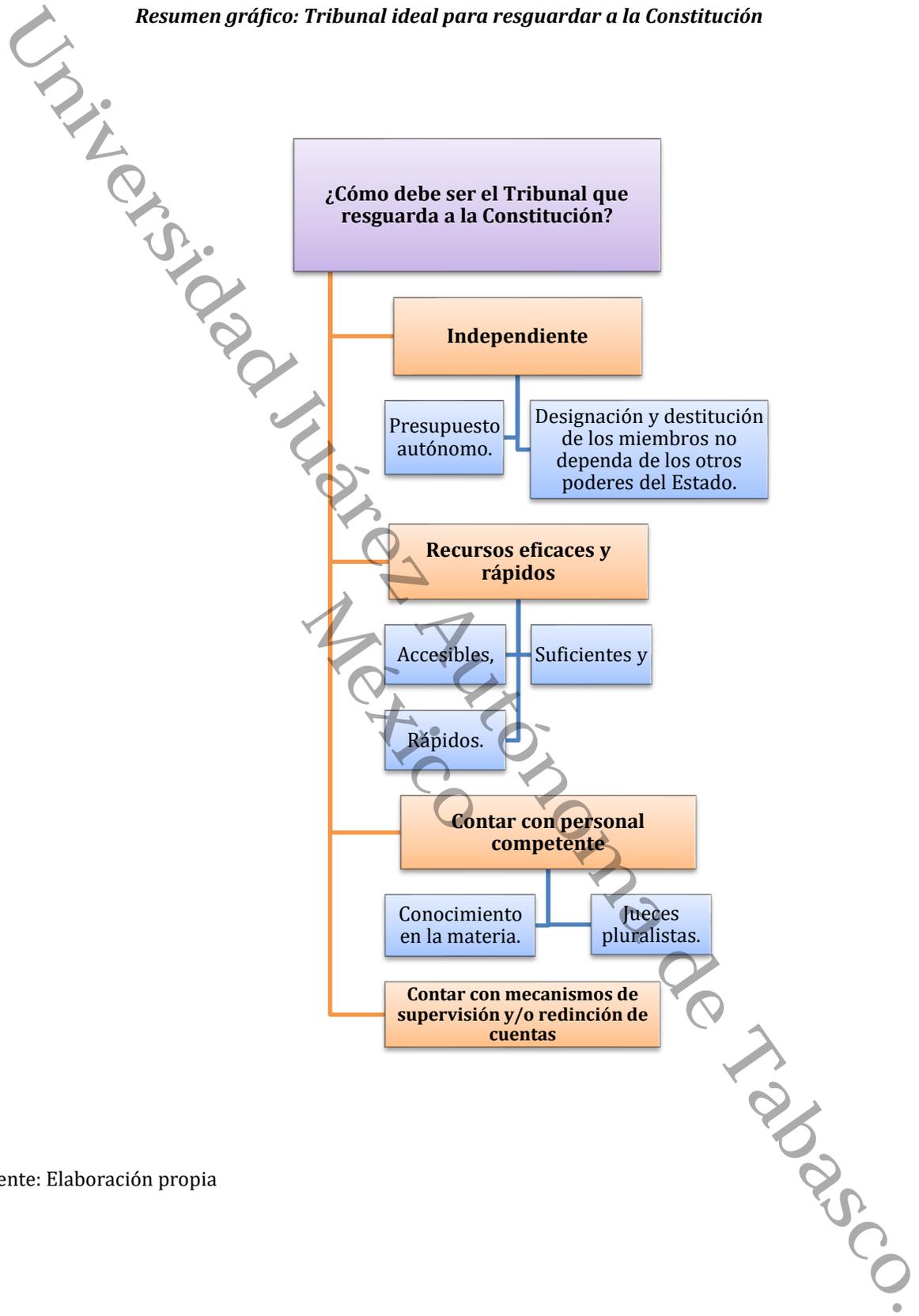
¹⁴³ Melgarito Rocha, Alma, *Pluralismo jurídico: la realidad oculta. Análisis crítico-semiológico de la relación Estados-pueblos indígenas*, México, CLACSO, 2015, p. 165.

4. En cuarto término, debe considerarse la existencia de mecanismos de rendición de cuentas que se caractericen por su publicidad, transparencia y claridad. De tal manera que, la sociedad pueda tener la certeza de que el trabajo constitucional está realizándose de manera correcta. Ello, no debe entenderse como restarle poder al tribunal, pues como se ha precisado con anterioridad, es de vital importancia que el tribunal cuente con autonomía y poder igualitario al de los demás poderes. No obstante, tampoco hay que olvidar que la soberanía reside en el pueblo y, haciendo uso de ella puede exigir la rendición de cuentas, además, esto dotará legitimará a la institución. Tal como lo refiere Bobbio, citando a Bentham, “¿Quién cuida al cuidador? El edificio deberá ser sometido a inspección continua no sólo por personal especializado, sino también por el público.”¹⁴⁴ Este mismo autor condena los secretos –en este caso podríamos referirnos a políticos y jurídicos- como un mal para las democracias modernas; aboga por la transparencia, el acceso a la información y el derecho de vigilar a los vigilantes, como una forma de aniquilarlos.

En busca de esclarecer el escenario propuesto en relación a las características que deben robustecer a un tribunal idóneo para ser guardián de la Constitución, a continuación, se ilustrará un resumen gráfico:

¹⁴⁴ Bobbio, Norberto, *Democracia y secreto*, trad., Ariella Aureli, José F. Fernández Santillán, Fondo de cultura económica, 2013, p. 76.

Resumen gráfico: Tribunal ideal para resguardar a la Constitución



Fuente: Elaboración propia

Habiendo trazado las directrices que todo tribunal garante de una constitución dentro de una sociedad democrática debe tener, oportunamente se esbozarán algunos datos descriptivos de Tribunales Superiores de Justicia y de Tribunales Constitucionales, mismos que serán objeto de estudio en esta segunda parte de la tesis, que ilustrarán cómo ambos escenarios tienen puntos plausibles y menos favorables en relación al ideal que se describió anticipadamente. Por otra parte, en el transcurso de estos capítulos se podrá observar que el mayor mal que se presume tanto en los Tribunales Constitucionales como en los Supremos de Justicia es la no independencia y autonomía, encontrándose de manera indirecta subordinados a los otros poderes el Estado. Cuando se habla de subordinación se refiere a los defectos legislativos que dejan en manos de los otros poderes la decisión y destitución de los miembros del tribunal, así como la designación del presupuesto del tribunal. Un tribunal encargado de la protección de la Constitución debe gozar de independencia absoluta para que sus resoluciones estén dotadas de imparcialidad, de lo contrario, no se puede emitir una resolución imparcial si se tiene en consideración que la autoridad señalada como transgresora de principios constitucionales es aquella que otorgó el cargo o la facultada de destituirlo o la encargada de asignar el presupuesto.

Resumen comparativo de los Tribunales Supremos de Justicia y los Constitucionales

-En azul los Tribunales Judiciales y en morado los Tribunales Constitucionales-

País	Duración del mandato	Asignación de los magistrados/ministros	Separación del cargo	Designación del presupuesto
Uruguay	10 años	Asamblea general por 2/3 votos del total de sus componentes.	Resolución del Ejecutivo Federal.	Asignado en el Presupuesto Federal y aprobado por legislativo.
Honduras	7 años	Congreso Nacional de una nómina de candidatos propuesta por una Junta Nominadora de expertos.	Decisión del Tribunal.	La Constitución norma que la asignación del Presupuesto no será menor al 3% de los ingresos corrientes.
México	15 años	Propuestos por el Ejecutivo Federal y ratificados por el Senado.	Sometido por el Ejecutivo Federal a aprobación del Senado.	Asignado en el Presupuesto Federal y aprobado por la Cámara de Diputados Federal.

EUA	Vitalicios	Presidente y ratificados por el Senado.	Sólo por incapacidad física o mental o por renuncia voluntaria.	Congreso, pero la Constitución norma que no se podrá reducir el salario durante el tiempo de su nombramiento.
España	9 años	Por el Rey; de ellos, cuatro a propuesta del Congreso por mayoría de tres quintos de sus miembros; cuatro a propuesta del Senado, con idéntica mayoría; dos a propuesta del Gobierno, y dos a propuesta del Consejo General del Poder Judicial	Decisión del Tribunal.	El Estado, y a las Cortes Generales su examen, enmienda y aprobación.
Perú	5 años	Congreso con el voto favorable de 2/3 del número legal de sus miembros.	Consejo Nacional de la Magistratura.	Asignado en el Presupuesto Federal y aprobado por legislativo.
Alemania	12 años	Elegidos por mitades por ambas cámaras legislativas, por mayorías de dos tercios.	Decisión del Tribunal.	Asignado en el Presupuesto Federal.

En suma, haciendo un análisis comparativo más preciso, se pueden resaltar las características plausibles y menos favorables para adjudicarse a un tribunal idóneo facultado de resguardar a la constitución de un estado democrático.

Plausibles	Menos favorables
Larga duración en los cargos: 15 años o vitalicios.	Corta duración en los cargos: 5 años
Nombramiento mediante el Congreso Nacional basada en una nómina de candidatos propuesta por una Junta nominadora de expertos.	Nombramiento mediante el ejecutivo y ratificados por el senado.
Destitución por incapacidad física o mental, renuncia voluntaria o por designación del Tribunal.	Renovación por parte del ejecutivo.
Destitución por el Tribunal	
Asignación del presupuesto; la Constitución resguarda que este no sea afectado o menor que el anterior.	Asignado en el presupuesto federal.
	Asignado en el presupuesto federal.

Universidad Juárez Autónoma de Tabasco.
México

CAPÍTULO TERCERO
TRIBUNALES SUPREMOS DE JUSTICIA

I. De los Tribunales Supremos de Justicia en general

Los Tribunales Supremos de Justicia, en general, tienen la facultad de atender tres instrumentos: 1. *Habeas corpus*. 2. *Proceso de amparo*. 3. *Acción o recurso de inconstitucionalidad de leyes*.¹⁴⁵ El primero de ellos es el conocido como “exhibición personal” o como “amparo de la libertad” (en algunos ordenamientos argentinos de carácter provincial o en la Constitución de Venezuela¹⁴⁶). El segundo instrumento fue creado en México (Yucatán) por Mario Otero en 1847, pero se estableció como instrumento de protección de los derechos constitucionales hasta 1857. El tercer instrumento es el mecanismo que se puede utilizar en caso de que existan leyes que contravengan a la Constitución. Este último instrumento podría ser considerado de los verdaderamente protectores de Constitución, mientras que los otros podrían ser llamados como protectores de los derechos fundamentales suscritos en la Constitución. Aunque los tres instrumentos tienen como principal objetivo la búsqueda de la justicia, además de las resoluciones emitidas mediante cualquiera de los tres instrumentos representan la máxima decisión; se diferencian en que los dos primeros juzgan si la autoridad actuó respetando la legalidad y la constitución, mientras que el último instrumento juzga si lo contenido en la constitución transgrede derechos humanos o si alguna norma irrumpe derechos constitucionales y/o humanos.

¹⁴⁵ Fix-Zamudio, Héctor, *La justicia constitucional en América Latina*, Universidad de Osnabrück, Alemania.

¹⁴⁶ *Ibidem*, p. 459.

II. Escenario comparado

1. Corte Suprema de Estados Unidos de América

La Suprema Corte de Estados Unidos de América es el más alto tribunal nacional de justicia y atiende asuntos de índole federal, disputas entre Estados y controversias constitucionales, dentro de sus facultades está declarar o tachar como inconstitucional cualquier acción realizada por el ejecutivo y/o legislativo. Los miembros son elegidos por el presidente de los EUA y posteriormente ratificados por los Senadores de la nación. No existe una norma que defina los requisitos para ser miembro, empero, “a los candidatos a la judicatura no se les administran pruebas, más bien, quien aspira a una judicatura debe completar un formulario muy extenso que establece detalladamente las cualificaciones y éxitos profesionales, (...) los candidatos serán objeto de entrevistas, investigaciones y preguntas complementarias minuciosas.”¹⁴⁷ El cargo de los miembros de la Corte es vitalicio, sólo pueden ser removidos por incapacidad física o mental, o bien por renuncia voluntaria.¹⁴⁸ El salario y las prestaciones laborales son asignados por el Congreso, pero la Constitución señala que no se podrá reducir el salario asignado a los Jueces durante el tiempo de su nombramiento.

La Corte recibe, aproximadamente, 10 000 casos en cada periodo de sesiones, de los cuales son elegidos, aproximadamente, 100 para llevar a proceso; de los cuales entre 80 y 90 casos llegan a tener resolución, siendo resueltas de forma unánime por un porcentaje entre el 25 y 33%, con el número mínimo de 5 jueces de nueve a favor para poder ganar un caso.¹⁴⁹ El proceso ante la Corte discrepa en gran medida de los

¹⁴⁷ Oficina administrativa de los Estados Unidos, *El Sistema judicial federal de los Estados Unidos*, p. 20.

¹⁴⁸ Beard, Charles A., *The Supreme Court and the Constitution*, Dover Publication, New York, 2006, p. 131.

¹⁴⁹ Jr., Jhon Glover Roberts, “El tribunal supremo de Estados Unidos”, *eJournal USA*, Estados Unidos de América, Vol. 14, No. 10, 2010, p. 4.

procedimientos que se realizan en los otros Tribunales de Justicia de América, sobre todo porque se rige por las decisiones pasadas y no así por leyes:

El sistema se rige bajo el principio de *stare decisis* o “mantenerse con las cosas decididas”. Es la idea de que una decisión de una Corte crea un precedente que restringe o impacta a las siguientes sentencias que se toman en ese mismo asunto o tema. En otras palabras, si una Corte emite un veredicto, todas las otras Cortes de la misma jurisdicción (estatal o federal, contenciosa o de apelación) tienen que aplicar el mismo criterio para emitir sus futuras sentencias, les agrade o no. El conjunto de todas esas decisiones judiciales es la Ley Común.¹⁵⁰

La Corte Suprema de Estados Unidos de América es notoriamente reconocida por su imparcial. Charles Evans Hughes, señala que son pocos los países en los cuales sus cortes o tribunales tienen tanta autoridad como la Corte Suprema de los EUA; asimismo, alude que esta Corte tiene una tradición de independencia y activismo judicial:

Sin duda que en el aspecto jurídico-formal tanto la Corte norteamericana como los tribunales constitucionales de muchos países de Europa occidental son «supremos» y que dichos tribunales tienen la última palabra acerca del alcance que debe otorgársele a cláusulas constitucionales adoptadas más de un siglo atrás y necesariamente dotadas de un alto grado de vaguedad. Pero aun teniendo en cuenta estas similitudes institucionales, y teniendo en cuenta que en ambas culturas el poder judicial acepta un sentido de autolimitación (self restraint) que debe enmarcar la aduación de los jueces, en los Estados Unidos ha existido una tradición de independencia y activismo judicial que para muchos no sería compatible con la idiosincrasia jurídica de los países de raigambre continental-romanista ni conveniente para su estructura democrática.¹⁵¹

¹⁵⁰ Gómez Peralta, Héctor, “Facultades y funcionamiento de la Suprema Corte de justicia de los Estados Unidos de América”, *Revista Científica Multidisciplinaria de Prospectiva*, México, vol. 25, núm. 3, 2018.

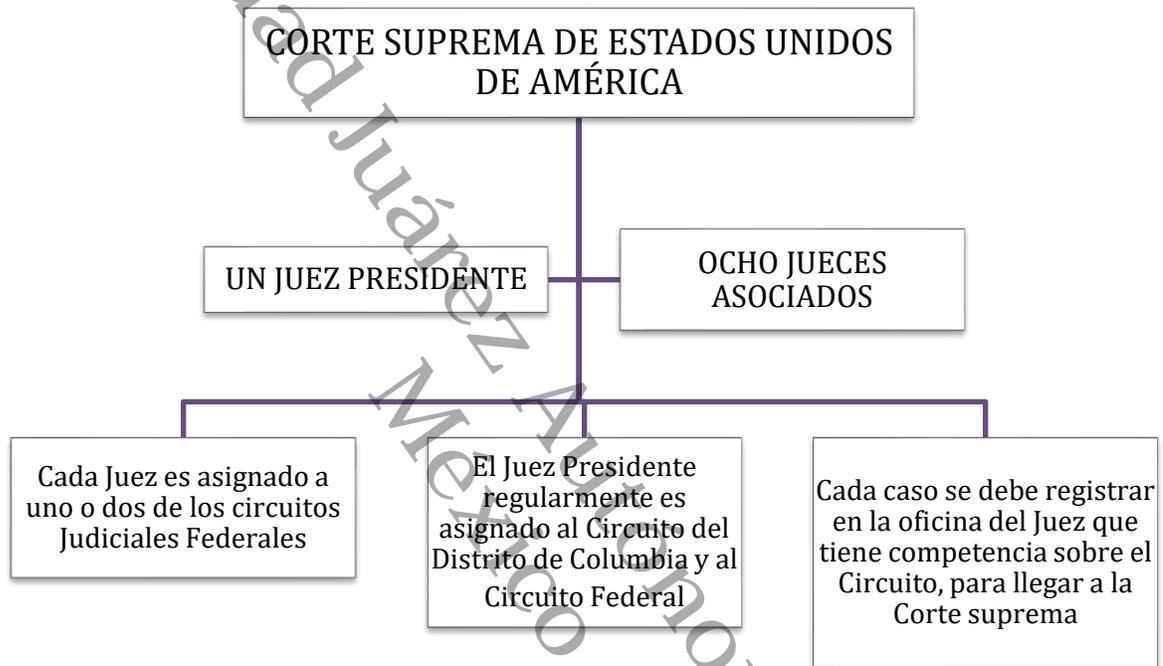
¹⁵¹ *Ibidem*, p. 88.

Aunado a ello, es insoslayable recordar el caso *Marbury vs. Madison* en el año 1803, mediante el cual la Suprema Corte de EUA introdujo el control de constitucional, al pronunciar que la ley que le otorgaba la competencia para resolver el caso, contravenía a la constitución, por ende la Suprema Corte de EUA resultaba incompetente para resolver el caso, pese a que dicho caso involucraba intereses políticos de alto rango, como los del ejecutivo federal.¹⁵² Ahora bien, no es el único suceso que ha definido la historia judicial como independiente y activa, por nombrar algunos más se tienen los siguientes: En el ejercicio de su poder de controlador constitucional y salvaguarda de la supremacía de la legislación federal, la justicia federal ha ordenado la clausura de cárceles por considerarlas inadecuadas para albergar a sus internos (v. gr., *Ruiz v. Estelle*, 1980), a señalar cómo debe organizarse el sistema electoral para permitir adecuada representación a las minorías (*Baker v. Carr*, 1962), a permitir la publicación de información confidencial durante la guerra de Vietnam que el gobierno alegaba ponía en peligro la seguridad de sus tropas (*Pentagon Papers Case*, 1972), a prohibir la incriminación del aborto practicado antes del primer trimestre de gestación (*Roe v. Wade*, 1973), o a que el Congreso y legislaturas y tribunales estatales puedan castigar como delito la quema de la bandera de los Estados Unidos (*Texas v. Johnson*, 1989).¹⁵³

¹⁵² Garay, Alberto, "La enseñanza del caso *Marbury vs. Madison*", *Revista sobre enseñanza del derecho*, Argentina, Año 7, Numero 13, 2009, pp. 121-136.

¹⁵³ M. Garro, Alejandro, "Algunas reflexiones sobre la Corte Suprema de Estados Unidos en su actual composición y el rol institucional de la Corte", *Revista española de Derecho Constitucional*, año 12, número 35, mayo-agosto 1992, pp. 86-87.

Estructura Jurisdiccional e interna de la Corte Suprema de Estados Unidos de América



Fuente: Elaboración propia

2. Suprema Corte de Justicia de la Nación de México

La Suprema Corte de Justicia de la Nación de México (en adelante SCJN Mx) tiene la facultad para resolver asuntos puramente constitucionales (control de constitucionalidad, acción de inconstitucionalidad y juicio de amparo constitucional), así como también es la encargada de resolver definitivamente los asuntos de índole jurisdiccional de las materias penal, laboral, civil, fiscal, mercantil y administrativo. Para ser más puntuales, los asuntos que atiende son:

La Suprema Corte de Justicia de la Nación es el Máximo Tribunal Constitucional del país, en virtud de lo cual, tiene como responsabilidad fundamental la defensa del orden establecido por la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos, además de solucionar, de manera definitiva, otros asuntos jurisdiccionales de gran importancia para la sociedad. De manera más específica, entre los asuntos cuya atención le corresponde, se encuentran los siguientes: (...)

- Amparos directos trascendentales.
- Recursos.
- Casos de incumplimiento de sentencias o repetición de actos reclamados.
- Casos de violaciones a la suspensión del acto reclamado o de admisión de fianzas ilusorias o insuficientes.
- El juicio de amparo.
- Las controversias constitucionales.
- Las acciones de inconstitucionalidad.
- Las determinaciones de constitucionalidad sobre la materia de consultas populares.
 - Las contradicciones de tesis, sustentadas entre dos o más órganos jurisdiccionales.
 - Las controversias que por razón de competencia surjan entre los tribunales locales y federales.

Los recursos de apelación contra las sentencias dictadas por los Jueces de Distrito en aquellos procesos en que la Federación sea parte y que por su interés y trascendencia así lo ameriten.

- Los juicios de anulación que interpongan las entidades federativas contra la declaratoria de exclusión del Sistema Nacional de Coordinación Fiscal, que emita la Secretaría de Hacienda y Crédito Público.
- Las controversias que surjan con motivo de la falta de cumplimiento de los convenios de colaboración en materia fiscal entre la Secretaría de Hacienda y Crédito Público y los Gobiernos de las entidades federativas o del Distrito Federal.
- Los recursos de revisión administrativa contra las resoluciones del Consejo de la Judicatura Federal que se refieran a la designación, adscripción, ratificación o remoción de Jueces de Distrito y Magistrados de Circuito.
- Las controversias que se susciten con motivo del cumplimiento de los convenios de coordinación administrativa en materia de readaptación social.
- Los conflictos competenciales que se susciten entre tribunales civiles y militares.¹⁵⁴

En relación a la *acción de inconstitucionalidad* se puede decir que lejos de brindar seguridad jurídica a la sociedad brinda inseguridad; esto en razón de que cuando se quiere hacer uso de ella resulta que la sociedad por sí misma no puede, sino sólo las autoridades¹⁵⁵. Tal como sucedió en el Caso Castañeda Gutman Vs. México, mismo donde la Corte IDH resolvió la “inexistencia en el ámbito interno de un recurso sencillo y efectivo para el reclamo de la constitucionalidad de los derechos políticos y el consecuente impedimento para que el señor Jorge Castañeda Gutman [...] inscribiera su candidatura independiente a la Presidencia de México” para las elecciones que se celebraron en julio de 2006.”¹⁵⁶ En ese caso la Corte IDH afirmó que la ineficacia de los recursos existentes en el Estado en relación a la garantía de los derechos fundamentales en la Constitución generan un estado de inseguridad a la sociedad por no tener la certeza de recurrir a un mecanismo o recurso que impugne las normas o

¹⁵⁴ Sitio oficial de la Suprema Corte de Justicia de la Nación de México: <https://www.scjn.gob.mx> (última visita 03 de febrero de 2019).

¹⁵⁵ Constitución Política Federal de México, artículo 105, II.

¹⁵⁶ Corte IDH. *Caso Castañeda Gutman... op., cit.*, párra. 184.

actos que vulneran directamente a la Constitución. Merece citar una parte de la resolución de la Corte IDH donde estudia dicha ineficacia:

88. La Comisión alegó que no existía en México en la época de los hechos un recurso sencillo, rápido y efectivo para que los particulares, como la presunta víctima, realizaran cuestionamientos constitucionales de las normas electorales. Tal recurso no estaba disponible en la legislación mexicana, ya que el recurso de amparo y el juicio para la protección de los derechos políticos-electorales no reunían los requisitos de idoneidad para solucionar la situación denunciada por la presunta víctima. Sin perjuicio de ello, la Comisión señaló que para que un recurso sea considerado efectivo debe haber manifestación sobre el fondo del asunto, lo que no ocurrió en este caso. La Comisión Interamericana alegó que el “recurso judicial no tiene que resolverse a favor de la parte que alega la violación de sus derechos para que sea considerado “efectivo”; sin embargo, la efectividad implica que el órgano judicial ha evaluado los méritos de la denuncia”. La Comisión argumentó que el artículo 25.2.a de la Convención establece el derecho de aquel que acude al recurso judicial a que la autoridad decida sobre los derechos, lo cual implicaría “efectuar una determinación entre los hechos y el derecho -con fuerza legal- que recaiga y que trate sobre un objeto específico”. Finalmente, consideró que el amparo hubiera sido la vía idónea si no fuera por la exclusión de su ámbito de la materia electoral y que no es irrazonable que un Estado limite el recurso de amparo a ciertas materias, siempre que habilite otro recurso de tutela rápido y sencillo para las materias no protegidas por el amparo.

89. Los representantes señalaron que interpusieron el amparo por ser el único recurso con visos de procedibilidad, ya que para obtener la protección que buscaba la presunta víctima era necesario declarar inconstitucional el artículo 175 del COFIPE y únicamente la Suprema Corte de Justicia tenía competencia para hacerlo. Como consecuencia, la resolución de la Suprema Corte consistente en que el amparo era improcedente en este caso, cerró a la presunta víctima todas las puertas de la justicia en el Estado, violando su derecho a la protección judicial, dispuesto en el artículo 25 de la Convención. Al igual que la Comisión Interamericana, los representantes argumentaron que no había recursos disponibles

en México que pudiesen haber sido efectivos en el presente caso al momento de los hechos.

92. Este Tribunal estima que no es en sí mismo incompatible con la Convención que un Estado limite el recurso de amparo a algunas materias, siempre y cuando provea otro recurso de similar naturaleza e igual alcance para aquellos derechos humanos que no sean de conocimiento de la autoridad judicial por medio del amparo. Ello es particularmente relevante en relación con los derechos políticos, derechos humanos de tal importancia que la Convención Americana prohíbe su suspensión, así como la de las garantías judiciales indispensables para su protección [...].¹⁵⁷

Por otra parte, las *controversias constitucionales* permiten someter a disputa la invasión de un poder en las facultades de otro poder, por ejemplo, controversias entre la federación y entidades federativas, federación y municipios, entre una entidad y otra, dos municipios de diferentes entidades, dos poderes de una misma entidad, el Estado y uno de sus municipios, la federación y un municipio de otra entidad y entre dos órganos constitucionales autónomos.¹⁵⁸

En relación al *juicio de amparo*, la SCJNMX atiende tanto materia constitucional como las demás del orden jurídico mexicano. Cabe destacar que antes de la reforma constitucional del 2011, el juicio de amparo en revisión indirecto en relación a una norma que es inconstitucional sólo surtía efectos para aquella persona que se amparó, pero después de la reforma antes mencionada, gracias a la cual se reformó la Ley de Amparo, y en sus artículos 231-235 contempla la figura llamada declaratoria general. Esta trata de subsanar la ineficiencia de la acción de inconstitucionalidad, pues genera, después de haberse presentado un segundo amparo en revisión indirecto por la misma norma, la SCJNMX exhorta a la autoridad legislativa correspondiente para que derogue dicha normatividad. Otra opción para recurrir a la declaratoria general es cuando se ha emitido una jurisprudencia por reiteración de criterios en relación a la misma

¹⁵⁷ *Ibidem*, Párrafo 88, 89 y 92.

¹⁵⁸ Constitución Política Federal de México, artículo 105, I.

regulación. No obstante, el aludir a un amparo en revisión indirecto se está refiriendo a la última instancia judicial que lleva a cabo siempre y cuando el amparo indirecto no haya sido a favor del quejoso, ante lo cual es evidente que el beneficio legislativo resulta casi inalcanzable, lo cual no sería así si la figura de la acción de inconstitucionalidad estuviera al alcance de los ciudadanos.

La SCJNMX, de conformidad con sus artículos 89 fracción XVIII, 94 y 96 de la Constitución Mexicana federal, se integra por 11 ministros que duran en su cargo 15 años. La elección de los ministros se hace a través del ejecutivo federal y el Senado, en primer término, el presidente somete una terna a consideración del senado, la designación se hace por el voto de las dos terceras partes del senado presente, si dentro de tres días no se ha decidido, entonces el Presidente elige; en caso de que el senado rechace por completo la primera terna el Presidente hace una segunda en los mismos términos, si se llegara a rechazar esta segunda terna entonces el Presidente elige a la persona que ocupará el cargo. El ejecutivo federal somete a aprobación del senado las licencias y renunciaciones de los ministros.

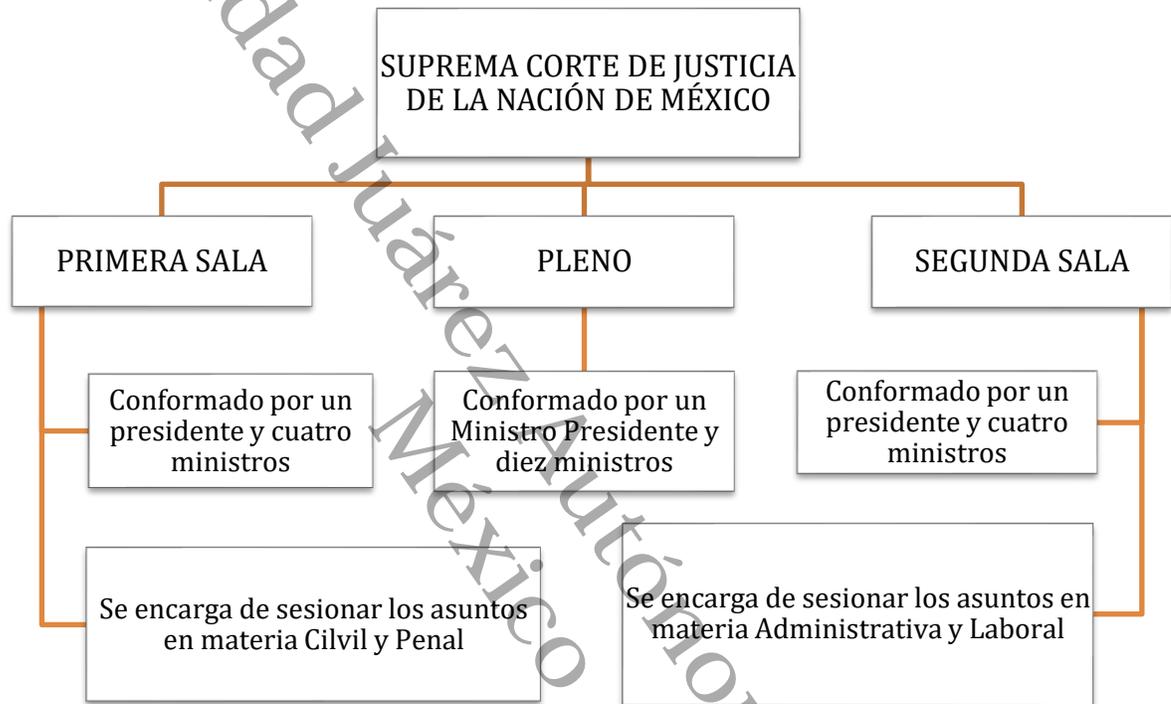
De conformidad con el artículo 95 de la Constitución Mexicana Federal, para ser ministro de la SCJNMX se requiere ciudadanía mexicana, tener mínimo la edad de 35 años, antigüedad de 10 años en el ámbito jurídico, tener buena reputación, tener como mínimo dos años de residente dentro del país y no haber ostentado ciertos puestos políticos. Al parecer el requerir buena reputación busca cumplir con los principios de la justicia de la sociedad civil a la que se refería Kant y Rousseau: las personas que se hicieran cargo del máximo Tribunal de justicia deberían tener buena moral. Nótese la ausencia de un requisito que compruebe altos conocimientos no sólo en Derecho, sino en Derecho Constitucional y Derechos humanos.

Consecuente de todo lo descrito en relación a la SCJNMX es indudable concluir que existen figuras jurídicas que no representan la efectividad necesaria para abatir los problemas jurídicos-sociales, como es el caso de la acción de inconstitucionalidad y la declaratoria general. La primera coarta el libre ejercicio del ciudadano de alegar

violaciones directas a derechos humanos debido a reformas que se realicen a la propia constitución o por omisiones que de igual manera trasgreden derechos humanos. La segunda intenta subsanar lo antes apuntado, pero resulta ser que no cumple con el principio de una justicia pronta y expedida, el proceso para obtener el resultado realmente esperado (la derogación de una ley inconstitucional) es por demás cansado en tiempo. Entonces, en México no existe una figura que permita al ciudadano defender de manera directa violaciones a su constitución, parece ser que ese derecho sólo está consagrado como facultad, más no obligación, de ciertas autoridades. Por otra parte, que el nombramiento y destitución de los ministros, sea prácticamente un privilegio del ejecutivo federal y que estos empleados del ejecutivo sean los máximos impartidores de justicia entre el ciudadano y la autoridad, deja entre dicho su imparcialidad. En el capítulo primero de esta tesis se estudió sobre los principios básicos de la justicia, el cual está completamente relacionado con los tribunales jurisdiccionales, de lo cual cabe recordar la necesidad que originó a la primera sociedad organizada a crear un tribunal, esto es, creación de un Instituto autónomo que decidiera quién tiene la razón (con base a la justicia) en una disputa entre partes; en la actualidad –en la sociedad democrática– estos tribunales se visualizan como los máximos impartidores de justicia en el país y también como el instituto “sagrado” que puede tocar-modificar –pese a no ser el poder legislativo– la norma suprema mediante sus interpretaciones; en efecto, es necesario que este tribunal sea imparcial y no tenga nexos/deudas/agradecimientos con ningún otro poder, hecho que en la SCJNMX no sucede. En relación a esto, Freddy Domínguez,¹⁵⁹ lo alude como una deficiencia de la SCJNMX.

¹⁵⁹ Cfr. Domínguez Náñez, Freddy, *Suprema Corte. Dentro y fuera... op. cit.*, pp. 20-26.

Estructura Jurisdiccional e interna de la Suprema Corte de Justicia de la Nación de México



Fuente: Elaboración propia

3. Suprema Corte de Justicia de la Nación de Uruguay

La Suprema Corte de Uruguay está integrada por cinco ministros que duran en su cargo diez años (podrán re-elegirse siempre y cuando medie cinco años entre su cese y la reelección, empero, el artículo 250 de la Constitución Federal de Uruguay dispone que, todos los que forman parte del poder judicial cesarán de sus cargos al cumplir 70 años de edad); la designación se lleva a cabo mediante la Asamblea General (Poder legislativo de Uruguay) por dos tercios de votos del total de sus componentes, para ello tienen un término de 90 días para asignar al nuevo miembro, una vez y no habiendo designado a alguien, quedará automáticamente el miembro de los Tribunales de Apelaciones con mayor antigüedad en tal cargo.¹⁶⁰ De conformidad con el artículo 235 de la Constitución Federal de Uruguay, los requisitos para ser miembro de la Suprema Corte de Justicia se necesitan: “1. 40 años cumplidos de edad. 2. Ciudadanía natural en ejercicio, o legal con diez años de ejercicio y 25 años de residencia en el país”. 3. Ser abogado con 10 años de antigüedad o haber ejercido con esa calidad la Judicatura o el Ministerio Público o Fiscalía por espacio de ocho años.” A pesar de que la facultad de nombrar a los ministros está conferida al Poder Legislativo, hasta el 2016 sólo existían dos casos en los que se nombraron como ministros a personas no provenientes del Poder Judicial.¹⁶¹ Para ingresar a la Suprema Corte de Justicia de Uruguay se tiene que acreditar un examen de conocimientos jurídicos, estudios psicotécnicos, cursos de formación y pasantía tutorizada realizado en el Centro de Estudios Judiciales del Uruguay.¹⁶²

La Suprema Corte de Justicia de Uruguay funciona como una Corte Suprema de Justicia, un Tribunal o Sala Constitucional, Corte de Casación civil y penal, Ministerios de Justicia

¹⁶⁰ Artículos 234 y 235 de la Constitución de la República Oriental de Uruguay.

¹⁶¹ Cavanna, Luis Ignacio, “Independencia de los jueces en Uruguay, ¿modelo en el contexto latinoamericano?”, *Biblioteca Jurídicas UNAM, Anuario de Derecho Constitucional Latinoamericano*, Bogotá, año XXII, 2016, pp. 117-187.

¹⁶² *Ídem*.

y Consejos de la Judicatura,¹⁶³ esto se deduce a la luz de los artículos 239-261 de la constitución Federal de Uruguay, mismos que disponen las facultades de la Suprema Corte de Justicia de Uruguay, dentro de las cuales se encuentran las siguientes: juzgar a todos los infractores de la Constitución en relación a los delitos contra los Derechos de Gente y causa de almirantazgo; en las cuestiones relativas a tratados, pactos y convenciones con otros Estados; conocer en las causas de los diplomáticos acreditados en la República, en los casos previstos por el Derecho Internacional. Ejercer la superintendencia directiva, correctiva, consultiva y económica sobre los Tribunales, Juzgados y demás dependientes del Poder Judicial. Es competente de conocer de los recursos de casación en materia penal o no penal que sean interpuestos en contra de sentencias dictadas en segunda instancia por los Tribunales de Apelación.¹⁶⁴ Resolver las declaraciones de inconstitucionalidad de leyes, misma que puede interponerse por cualquier persona que se considere agraviado de manera directa, personal y legítima, o de oficio mediante el tribunal que atendiere cualquier procedimiento judicial; los efectos de las declaraciones de inconstitucionalidad recae únicamente al caso concreto, lo cual presupone que la norma no queda derogada, sino que sólo beneficia al quejoso. Atender los recursos de casación en materia penal y no penal interpuestos contra las sentencias dictadas en segunda instancia por los Tribunales de Apelación o por los Juzgados letrados de primera instancia. Conocer de los recursos de revisión en materia penal y no penal. Visitar de manera anual las cárceles y causas con el fin de conceder la gracia que extingue el delito y pueda también excarcelar provisionalmente a los procesados, ello en razón de que la excarcelación provisional de los encausados ha sido interpretada como una garantía contra la lentitud del proceso, y se compadece con la previsión del art. 15 del Pacto de San José de Costa Rica, incorporado a su legislación por la Ley No. 15.737, que consagra el derecho del imputado “a ser juzgado dentro de un plazo razonable o a ser puesto en libertad, sin perjuicio de que continúe el proceso”.

¹⁶³ *Ídem.*

¹⁶⁴ Artículos 268-280 Constitución de la República Oriental de Uruguay.

De este Tribunal es importante destacar que presume tener independencia judicial¹⁶⁵, pero, ¿qué tan independiente es un órgano judicial cuando económicamente está sujeto al Ejecutivo? El artículo 239, 3 de la Constitución Federal de Uruguay reza: “A la Suprema Corte de Justicia le corresponde: (...) 3. Formular los proyectos del presupuesto del Poder Judicial, y remitirlos en su oportunidad al Poder Ejecutivo para que este los incorpore a los proyectos de presupuesto respectivos, acompañados de las modificaciones que estime pertinente”. A tal respecto, Luis Ignacio Cavanna, dice:

(...) siendo el sistema uruguayo muy garantista, no por ello deja de tener ciertos conflictos. Sin duda, el mayor de ellos está vinculado a carencias presupuestales. El presupuesto de todo el Poder Judicial depende del asignado por el Poder Ejecutivo en el denominado “proyecto de presupuesto”, (...) es uno de los puntos donde el Poder Judicial flaquea en cuanto a su independencia, pues debe solicitar, en coordinación con el Poder Ejecutivo, la asignación de mayor presupuesto. Estos planteos han traído consecuencias muy graves, hasta llegar a la paralización de la justicia debido a protestas sindicales. “En esencia, entendemos que, dadas las características actuales de nuestro sistema constitucional, no existe autonomía financiera de parte del Poder Judicial. Ello provoca el lamentable espectáculo, año con año, en cada presupuesto y en cada rendición de cuentas”. Este conflicto es reconocido por las propias autoridades del Poder Judicial, al sostener que la carencia de independencia económica genera discrepancia, pues “el Poder Judicial proyecta su presupuesto, lo envía al ejecutivo, el cual puede elaborar uno alternativo, pero es, en definitiva, el Poder Legislativo, quien aprueba el proyecto que estime pertinente (...) [por lo cual] se le ha imputado a dicho sistema ser un menoscabo al principio de independencia.¹⁶⁶

Habida cuentas, la Suprema Corte de Justicia de Uruguay tiene dos supuestos que quebrantan la independencia judicial y por ende la eficacia del propio Tribunal Supremo: 1. El nombramiento de los miembros de dicha Corte queda en manos del Poder Legislativo, lo cual puede suponer una subordinación indirecta de quien los

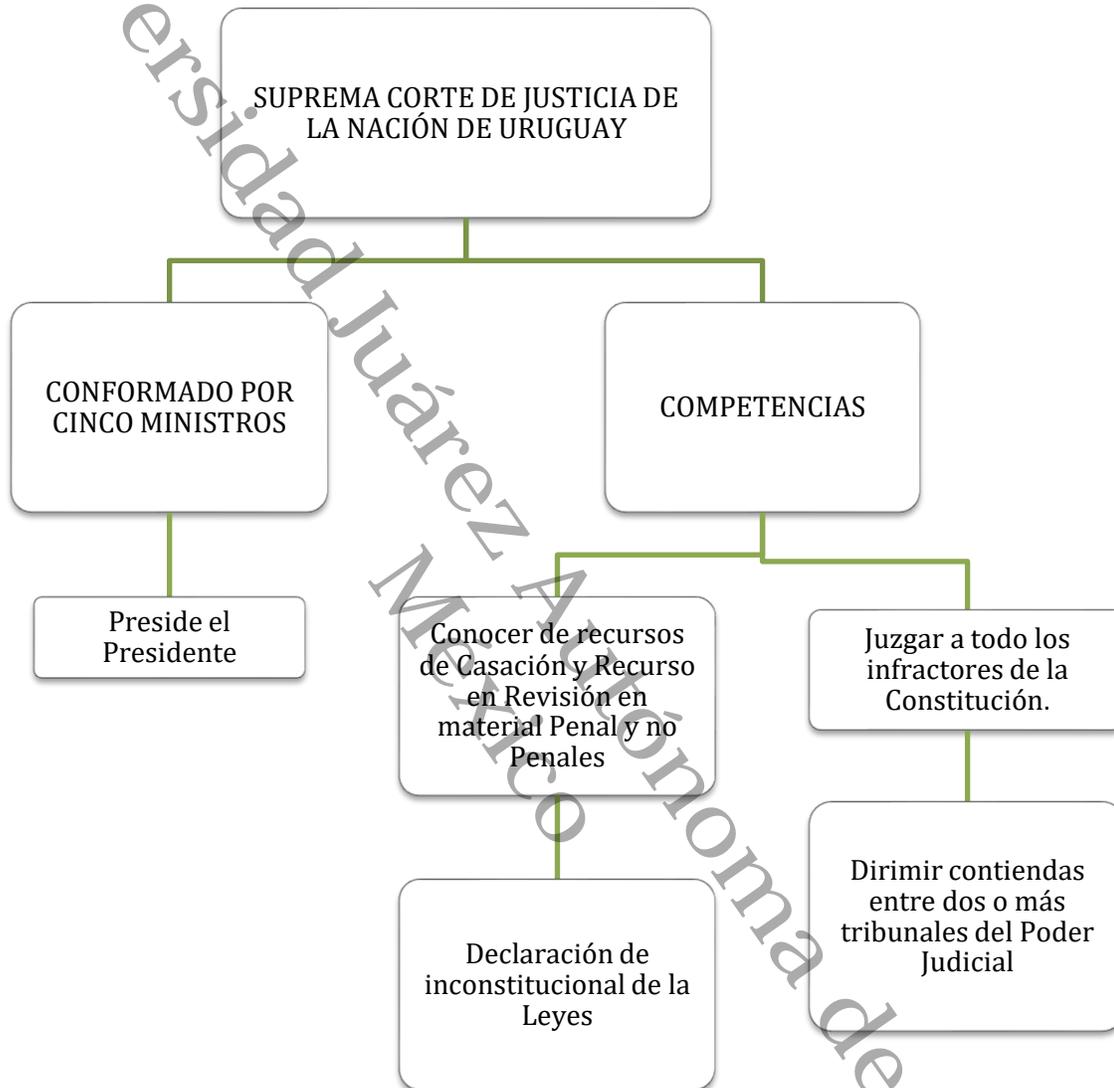
¹⁶⁵ Cfr. Cuadro 1 y Gráfica 1 de la segunda parte de esta tesis.

¹⁶⁶ Cavanna, Luis Ignacio, “Independencia de los jueces en Uruguay... *op. cit.*, p. 130.

nombrada. 2. No existe independencia presupuestaria, sino que es el ejecutivo quien determina finalmente la asignación de su presupuesto, quedando de esta manera subordinados de manera indirecta por el Ejecutivo.

Universidad Juárez Autónoma de Tabasco.
México

Estructura Jurisdiccional e interna de la Suprema Corte de Justicia de la Nación de Uruguay



Fuente: Elaboración propia

4. Suprema Corte de Justicia de la Nación de Honduras

El artículo 303 de la constitución Federal de la República de Honduras rememora las bases de una sociedad civil al aludir que el pueblo es quien tiene la potestad de impartir justicia y lo hace a través del Estado y, a su vez, mediante magistrados y jueces independientes. Seguidamente, su artículo 308 describe a la Corte Suprema de Justicia como un Tribunal supremo en materia jurisdiccional –lo cual comprende la facultad de atender los asuntos jurisdiccionales diversos y, también, los asuntos en materia constitucional-. La Suprema Corte de Justicia de Honduras está integrada por 15 Magistrados los cuales durarán en su cargo 7 años con la opción de ser re-electos; sin embargo, la duración anterior era de 4 años y coincidía con el periodo de elecciones nacionales, por ello, en el Informe realizado por la Comisión of Jurists consideran plausible este hecho, no sólo porque la no coincidencia con las elecciones nacionales, sino también porque los periodos cortos para los magistrados representan un punto negativo en su seguridad laboral y por ende para la impartición de justicia:

La aprobación de reformas constitucionales y legales para la duración de los mandatos de los Magistrados de la Corte Suprema sea de 7 años en lugar de 4, con posibilidad de re-elección [s]e considera el cambio, pues ya no coincide el periodo de su nombramiento con el periodo de elección de las autoridades nacionales (Presidente y Vicepresidente de la República, Diputados Nacionales). Con ello se aleja un poco el impacto de las adhesiones, simpatías políticas y compromisos de aquellos cargos del nombramiento (Diputados) con los futuros candidatos a Magistrados de la Corte Suprema. Por otra parte, al hacerse más extensiva la duración del mandato, se acuerda mayor tranquilidad al Magistrado con respecto a la estabilidad en el cargo.¹⁶⁷

Los requisitos para poder ser Magistrado son: nacionalidad hondureña, ser ciudadano con goce y ejercicio de sus derechos –lo cual excluye a los procesados e imputados-,

¹⁶⁷ Comisión of Jurists, *Honduras: la administración de justicia, la independencia del Poder Judicial y la profesión legal*”, Centro para la Independencia de Jueces y Abogados (CIJA), 2003.

tener más de 35 años y haber sido titular de un órgano jurisdiccional durante cinco años o ejercido la profesión durante diez años y abogado debidamente colegiado.¹⁶⁸ Los Magistrados son electos por el Congreso Nacional de una nómina de candidatos propuesta por una Junta Nominadora que se integra por:

1. Un Representante de la Corte Suprema de Justicia electo por el voto favorable de las (2/3) dos terceras partes de los Magistrados;
2. Un Representante del Colegio de Abogados de Honduras, electo en Asamblea;
3. El Comisionado Nacional de los Derechos Humanos;
4. Un Representante del Consejo Hondureño de la Empresa Privada (COHEP), electo en Asamblea;
5. Un Representante de los Claustros de Profesores de las Escuelas Ciencias Jurídicas, cuya propuesta se efectuará a través de la Universidad Nacional Autónoma de Honduras (UNAH);
6. Un Representante electo por las organizaciones de la Sociedad Civil; y
7. Un Representante de las Confederaciones de Trabajadores. Una ley regulará la organización y el funcionamiento de la Junta Nominadora.¹⁶⁹

Por otra parte, la Corte se divide en cuatro salas: *Sala civil, sala penal, sala laboral y de lo contencioso y sala Constitucional*. Las primeras tres salas atienden, en general, los recursos de casación, mientras que la última sala atiende los Recursos de amparo, Habeas Data, Habeas Corpus, Recursos de Revisión e Inconstitucionalidad. Asimismo, incumbe a la Suprema Corte proponer iniciativas constitucionales de las leyes en asuntos de su competencia.¹⁷⁰ La sala de lo constitucional está integrada por cinco Magistrados de la Corte Suprema de justicia, los cuales son designados por el pleno de la misma. Como ya se dijo, una de sus competencias es la de conocer de las acciones de inconstitucionalidad, esta figura, a diferencia de la figura que se tiene en México sí permite a los ciudadanos hacer uso de este recurso para alegar una

¹⁶⁸ Artículo 308, 309, 310, 311, 312 y 314 Constitución de la República de Honduras.

¹⁶⁹ Artículo 311 Constitución de la República de Honduras.

¹⁷⁰ Artículo 79, Ley orgánica y atribuciones de los Tribunales.

inconstitucionalidad de ley.¹⁷¹ Al respecto vale la pena citar de manera textual los articulados que ostentan lo antes descrito:

ARTÍCULO 76.- DE LOS CASOS EN QUE PROCEDE LA ACCIÓN. Procede la acción de inconstitucionalidad: 1) Contra las leyes y otras normas de carácter y aplicación general no sometidos al control de la jurisdicción contencioso administrativa, que infrinjan preceptos constitucionales; 2) Cuando se ponga en vigencia una reforma constitucional con inobservancia de los requisitos establecidos en la Constitución de la República; 3) Cuando al aprobarse un tratado internacional que afecte una disposición constitucional, no se siga el procedimiento establecido en el artículo diecisiete de la Constitución de la República; y, 4) Cuando la ley ordinaria contraríe lo dispuesto en un Tratado o convención internacional del que Honduras forma parte. La acción de inconstitucionalidad podrá ejercitarse de manera total o parcial.

ARTÍCULO 77.- DE LA PROMOCIÓN DE LA ACCIÓN. La declaración de inconstitucionalidad de una ley y su derogación, podrá solicitarse por quien se considere lesionado en su interés directo, personal y legítimo: 1) Por vía de acción que deberá entablar ante la Corte Suprema de Justicia; 2) Por vía de excepción, que podrá oponer en cualquier procedimiento judicial, y, 3) También el órgano jurisdiccional que conozca en cualquier procedimiento judicial, podrá solicitar de oficio la declaración de inconstitucionalidad de una ley y su derogación, antes de dictar resolución. En los casos contemplados en los numerales 2) y 3), se elevarán las actuaciones a la Corte Suprema de Justicia siguiéndose el procedimiento hasta el momento de la Poder Judicial de Honduras Centro Electrónico de Documentación e Información Judicial citación para sentencia, a partir de lo cual se suspenderá el procedimiento judicial de la cuestión principal en espera de la resolución sobre la inconstitucionalidad.

ARTÍCULO 78.- DEL MOMENTO PARA INTENTAR LA ACCIÓN.- La declaración de inconstitucionalidad de una ley o alguno (s) de sus preceptos podrá solicitarse en cualquier tiempo posterior a su vigencia.

¹⁷¹ Artículo 71, Ley sobre Justicia Constitucional.

En relación a la autonomía de la Corte, el artículo 318 de la Constitución federal de la República de Honduras protege la autonomía administrativa y financiera de todo el poder judicial al normar que “en el presupuesto General de Ingresos y egresos de la República, tendrá una asignación actual no menor del tres (3%) de los ingresos corrientes.”

El escenario normativo antes descrito vislumbra a un Tribunal autónomo financieramente y con Magistrados independientes debido a su variada elección por diversos organismos y también la propia sociedad civil. Empero, existen hechos que hacen presumir la evidencia de imparcialidad en las resoluciones, así como el desacato por parte autoridades en relación a sus resoluciones; por nombrar algunos se tienen los siguientes. En primer lugar, se tiene el hecho de que el Congreso Nacional no acató una resolución de la Sala constitucional de la Corte en la que se declaraba la inconstitucionalidad de la reforma legislativa que no permitía al poder judicial revisar las interpretaciones que el Congreso Nacional le hiciera a la constitución.¹⁷² En segundo lugar, se tiene el hecho de que un grupo de abogados Notarios, a través de la Asamblea Extraordinaria de Colegiados, suspendieron temporalmente a los 15 magistrados del colegio; como consecuencia, y considerando que la Constitución en su artículo 309 pide como requisitos para ostentar el cargo de magistrado de la Corte el ser un Abogado Colegiado y estos no lo eran, por tanto, los 15 magistrados fueron suspendidos de manera temporal de sus cargos. Dicho hecho no fue más que un acto de venganza contra los magistrados por haber emitido el Reglamento sobre examen para obtener el exqúatur de Notarios de la Corte Suprema, dentro del cual, entre otras cosas, se pedía como requisito la aprobación de un examen de conocimientos jurídicos, lo cual antes no estaba regulado. Posteriormente, como apoyo a la Corte, la Fiscalía General del Estado inició Denuncia contra 24 abogados participantes de dicha Asamblea por delitos graves, tales como, Delito contra la forma de Gobierno en perjuicio de la

¹⁷² Comission of Jurists, *Honduras: la administración de justicia... op., cit*, p. 25.

seguridad del Estado, sedición, usurpación de funciones y desacato en perjuicio de la administración pública. Finalmente, en abril de 2003 se llegó a la siguiente conciliación:

“Que la Junta Directiva Nacional retirada la denuncia presentada ante el Tribunal de Honor de la Fiscalía...”;

“Que todos los colegas denunciados, se abstendrían de interponer cualquier acción judicial o extrajudicial en contra del Colegio de Abogados, sus directivos y sus bienes”.¹⁷³

En tercer lugar, la Comisión of Jurists, ha constatado que la elección de los Magistrados realizada por el Congreso Nacional, no se ha hecho considerando las capacidades intelectuales y técnicas, ni tampoco la moral e integridad, por lo contrario, “se ha preferido hacerlo por lealtades políticas, por formas de amiguismos políticos, por compromisos políticos”.¹⁷⁴ La misma Comisión constató que “entre la primera y única elección bajo el nuevo sistema de designación de Jueces de la Corte Suprema, ocho de los jueces son percibidos (...) como allegados o simpatizantes de oficialismo y siete como allegados o de algún partido minoritario, o muy simplemente como personas no allegadas a ningún partido político.”¹⁷⁵ En cuarto lugar, se tiene que la remoción de los Magistrados queda en manos de una sola persona –la Presidente-, esto, a consideración de la Comisión of Jurists, debería quedar en manos de varias personas que basen su decisión no en intereses políticos o personales, sino en la capacidad y méritos. En quinto y último lugar, la Corte presenta una alta demora en la resolución de los casos, más en lo concerniente a temas penales, civiles y comerciales.

En conclusión, de todo lo antes descrito, la Corte Suprema de Honduras normativamente representa un escenario plausible para la impartición de justicia, sin embargo, en la praxis el escenario no representa la efectividad que la Constitución promete, esto se debe más que nada a la última decisión de los nombramientos de los Magistrados de la Corte, en razón de queda en manos uno de los poderes del Estado – el legislativo-. El nombramiento de los titulares del máximo Tribunal de justicia de un

¹⁷³ *Ibidem*, p. 31.

¹⁷⁴ *Ídem*.

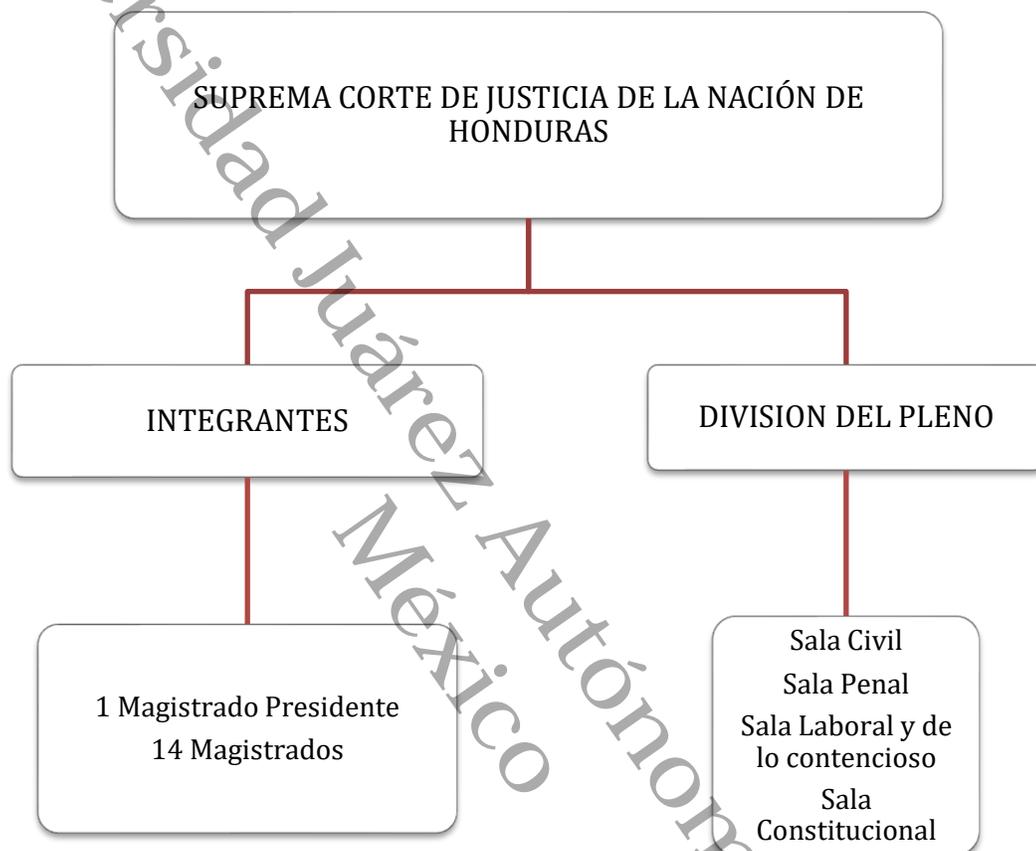
¹⁷⁵ *Ibidem*, p. 33.

país no debería estar subordinado –de manera directa ni indirecta- a ningún otro poder, sino únicamente al pueblo. Tener la facultad de nombrar a los Magistrados, es tener el poder para elegir a el más conveniente según intereses personales-políticos y/o para pedir favores convenientes al próximo Magistrado; en resumen, el Magistrado se convierte en subordinado de quien lo nombra.

México

Universidad Juárez Autónoma de Tabasco.

Estructura Jurisdiccional e interna de la Suprema Corte de Justicia de la Nación de Honduras



Fuente: Elaboración propia

Universidad Juárez Autónoma de Tabasco.
México

CAPÍTULO CUARTO
TRIBUNALES CONSTITUCIONALES

I. De los tribunales constitucionales en general

Al amparo de la teoría de Kelsen, un Tribunal Constitucional se caracteriza por ser un Tribunal especializado en la materia situado fuera del poder judicial. Apegado a ello, Louis Favoreu indica que “un Tribunal Supremo o, incluso, la cámara constitucional de un Tribunal Supremo pueden ser jurisdicciones constitucionales, pero no son Tribunales Constitucionales”.¹⁷⁶ La razón de esta tesis, como lo explica el Alfredo Islas Colín,¹⁷⁷ es porque no se puede ser juez y parte en un conflicto. Esta condición pone en una posición superior jerarquía al Tribunal Constitucional en comparación con los demás poderes, pues ellos tienen que acatar las resoluciones emitidas por este Tribunal. Apegado a ello, el autor sostiene que un Tribunal Constitucional lo es cuando es independiente de los demás poderes, se sitúa fuera del propio poder judicial y que atiende controversias únicamente constitucionales, ello independientemente del nombre que se le asigne.¹⁷⁸ Por su parte, García Enterría alude que, “el Tribunal Constitucional en el sistema kelseniano, en lugar de competidor del Parlamento, termina siendo su complemento lógico; no puede indagar la norma legislativa con el supuesto hecho que intenta regular (no examina la eventual injusticia de la ley), sino que, como depositario de las categorías lógicas del ordenamiento, enjuiciará sólo la validez de la ley, por vía de simple lógica racional, desvincula de la necesidad de decidir las controversias de pleitos reales, actuando, pues, como un legislador negativo”¹⁷⁹

Asimismo, se busca la independencia e imparcialidad, apostando porque la no subordinación del Tribunal Constitucional a alguno de los otros poderes del Estado

¹⁷⁶ Favoreu, Louis, *Los Tribunales constitucionales... op., cit.*, p. 30.

¹⁷⁷ Islas Colín, Alfredo, “¿La SCJN es un tribunal constitucional?” *Revista A de Divulgación*, No. 138, México, 2008.

¹⁷⁸ Islas Colín, Alfredo, “La SCJN no es un Tribunal Constitucional”, *Temas de derecho electoral y político*, Porrúa, México, 2007, p. 361.

¹⁷⁹ García de Enterría, Eduardo, *La Constitución como norma y el Tribunal Constitucional*, Aranzadía, 2006, p. 58.

permitirá que sus resoluciones tengan como único fin la impartición de justicia y no la defensa de interés políticos. Esto lo resume muy bien Coello de Portugal, al sustentar que un Tribunal Constitucional es una institución que funge como árbitro de los otros tres poderes del Estado -triple papel de árbitro de los poderes- con el fin de supervisar la constitucionalidad de las leyes y garantizar el cumplimiento y respeto de los derechos fundamentales.¹⁸⁰

La teoría de un Tribunal Constitucional busca generar el escenario propicio para que la garantía a la norma suprema del Estado sea eficaz. Por esta razón, apuesta por que las facultades del Tribunal así como las reglas de la designación de los Titulares de ese Tribunal estén descritas en la Constitución y no sólo en un ley secundaria; que de ninguna manera el Tribunal se encuentre subordinado a los otros poderes del Estado, para la designación de los Titulares por la votación popular se presenta como opción plausible; que sus facultades se concentren únicamente a la defensa de la Constitución, incluyendo ello la revisión de la constitucionalidad de normas secundarias y de los actos cometidos por las autoridades que presuntamente contravengan a la Constitución; que sus integrantes tengan el conocimiento y experiencia necesaria para desempeñar sus cargos.

A este respecto, los Tribunales Constitucionales son los facultados para atender los controles constitucionales. Estos son las acciones de defensa que tiene la Constitución para poder anular los actos cometidos por los poderes de un Estado que la atropellen, que en una mayoría son los siguientes: la acción de inconstitucionalidad, la controversia constitucional el juicio de amparo y el juicio político, declarar la inconstitucionales de las leyes secundarias y revisar las nuevas propuestas, aunque esto no significa que un tribunal constitucional pueda promulgar nuevas leyes a la constitución, son también llamados legisladores negativos.

¹⁸⁰ Coello de Portugal, José María, “Nota crítica sobre la situación actual del Tribunal constitucional”, *Foro, Novena época*, España, No. 13, 2011, pp. 229-232.

II. Escenario comparado

1. Tribunal Constitucional de Alemania

El Tribunal Constitucional alemán nació a los pocos años de finalizada la segunda guerra mundial en el año 1949 con la entrada en vigor de su ley fundamental, misma en la que se le otorgaba al Tribunal la competencia de hacer valer los derechos fundamentales e incluso declarar nulos algunos preceptos de la ley. Dos años bastaron para que el tribunal constitucional tuviera su propia ley, siguiendo un largo proceso legislativo.¹⁸¹ Una de las principales y primeras declaraciones de inconstitucionalidad hechas por el Tribunal, fue la prohibición del partido socialista del Reich.¹⁸² A finales de la República de Weimar –hasta 1933- surgió una desconfianza ante el iuspositivismo, ante el juez y el legislador. En lo que respecta al juez, esta desconfianza nacía por la posición que el juez tenía como servidor del monarca. “Por ello, los esfuerzos revolucionarios se concentraban no solo en independizar al juez del monarca, sino en amarrar al juez a la ley y convertirlo, según el ideal de Montesquieu, en un simple aparato de subsunción. La ley dictada por un Parlamento electo era la Magna Carta de la Libertad; el juez, solamente su obediente servidor y ejecutor.”¹⁸³

Actualmente, el tribunal alemán constitucional recibe cada año aproximadamente 6000 denuncias constitucionales.¹⁸⁴ Para lograr desahogar todas estas solicitudes el tribunal está organizado en 2 senados, cada uno cuenta con 8 jueces y un presidente. Los presidentes de cada uno de los senados son el Presidente de la República Federal

¹⁸¹ Cfr. Günther, Reinhard. “El tribunal constitucional de la República Federal de Alemania (versión ampliada de una conferencia dictada el 13 de septiembre de 1984 en la Facultad de Derecho de la Pontificia Universidad Católica de Chile. Traducido del alemán por Martin Bruggendieck)” *Revista chilena de derecho*, Chile, vol. 12, 1985, pp. 75-105.

¹⁸² Partido político alemán de ideología nacionalsocialista (nazi).

¹⁸³ Lösing, Norbert, “Independencia y función del Poder Judicial en... *op. cit.*, p. 5.

¹⁸⁴ Dato tomado de la página oficial del tribunal constitucional alemán: http://www.bundesverfassungsgericht.de/EN/Homepage/home_node.html

Alemana y su Vicepresidente. Las solicitudes son presentadas de manera escrita, posteriormente estas solicitudes son escritas en 2 listas según su procedencia, si son procedentes serán escritas a una lista denominada de procedimiento y en el caso de ser inadmisibles, serán escritas en una lista llamada registro general. Al ser una solicitud improcedente, el solicitante deberá ser informado de la razón de esta improcedencia. En el caso de haber pasado a procedimiento, el caso será asignado a un juez, que deberá redactar un dictamen donde sugiera una decisión. Cabe mencionar que para la toma de decisiones al respecto de las solicitudes procedentes, se reunirá a 3 jueces de un senado en una sala donde deberán votar la decisión. En el caso de que en la sala no se llegue a un acuerdo, será el senado quien decida al respecto. Posterior a eso la decisión será presentada por escrito y en unanimidad.

Al respecto de los procedimientos, la Ley Fundamental y la Ley del Tribunal Constitucional Federal señalan como tipos de procedimientos los siguientes:

- Queja constitucional: Es la presentada por un ciudadano cuando considera que alguno de sus derechos fundamentales fue violado por alguna autoridad.
- Procedimiento de Organstreit: Se da cuando los órganos federales supremos y equivalentes solicitan aclaraciones sobre los derechos y obligaciones de la constitución.
- Disputas entre la federación y los Laender: El método que tienen estos organismos de defender sus competencias en el sistema federal de gobierno ante el tribunal constitucional.
- Resumen de la revisión judicial de los estatutos: El gobierno federal o los miembros del bundestag pueden tener la constitucionalidad de una ley revisada.
- Revisión judicial específica de los estatutos: Los tribunales ordinarios no pueden declarar la inconstitucionalidad de una ley y someter dichos procedimientos al tribunal constitucional.

- Procedimientos relativos a la prohibición de los partidos políticos: Solo el tribunal constitucional puede prohibir los partidos políticos.
- Quejas electorales: El tribunal examina previa solicitud, si la ley electoral se ha observado en las elecciones.
- Protección legal preliminar: El tribunal constitucional puede dictar órdenes previas y tratar un asunto de manera provisional.
- Efecto de las decisiones: Las decisiones son vinculantes para todos los órganos estatales, llegando a tener fuerza de ley.

La elección de los miembros del Tribunal se hace mediante la Dieta Federal y el Consejo Federal. Un miembro puede ser destituido por no obedecer los principios constitucionales, dicha facultad queda encomendada al propio Tribunal.

Artículo 94 1. El Tribunal Constitucional Federal estará compuesto de jueces federales y otros miembros. Los miembros del Tribunal Constitucional Federal serán elegidos por mitades por la Dieta Federal y el Consejo Federal. No podrán, sin embargo, pertenecer a la Dieta Federal, al Consejo Federal, al Gobierno Federal ni a órganos equivalentes de Estado alguno. (...)

Artículo 98. (...)2. Cuando un juez federal cometa, en su cargo o fuera del mismo, una infracción contra los principios de la Ley Fundamental o contra el orden constitucional de algún Estado, podrá el Tribunal Constitucional Federal ordenar, por mayoría de dos tercios de sus miembros y a instancias de la Dieta Federal, que dicho juez sea trasladado a otro puesto o bien jubilado. En caso de infracción deliberada se podrá ordenar la destitución.

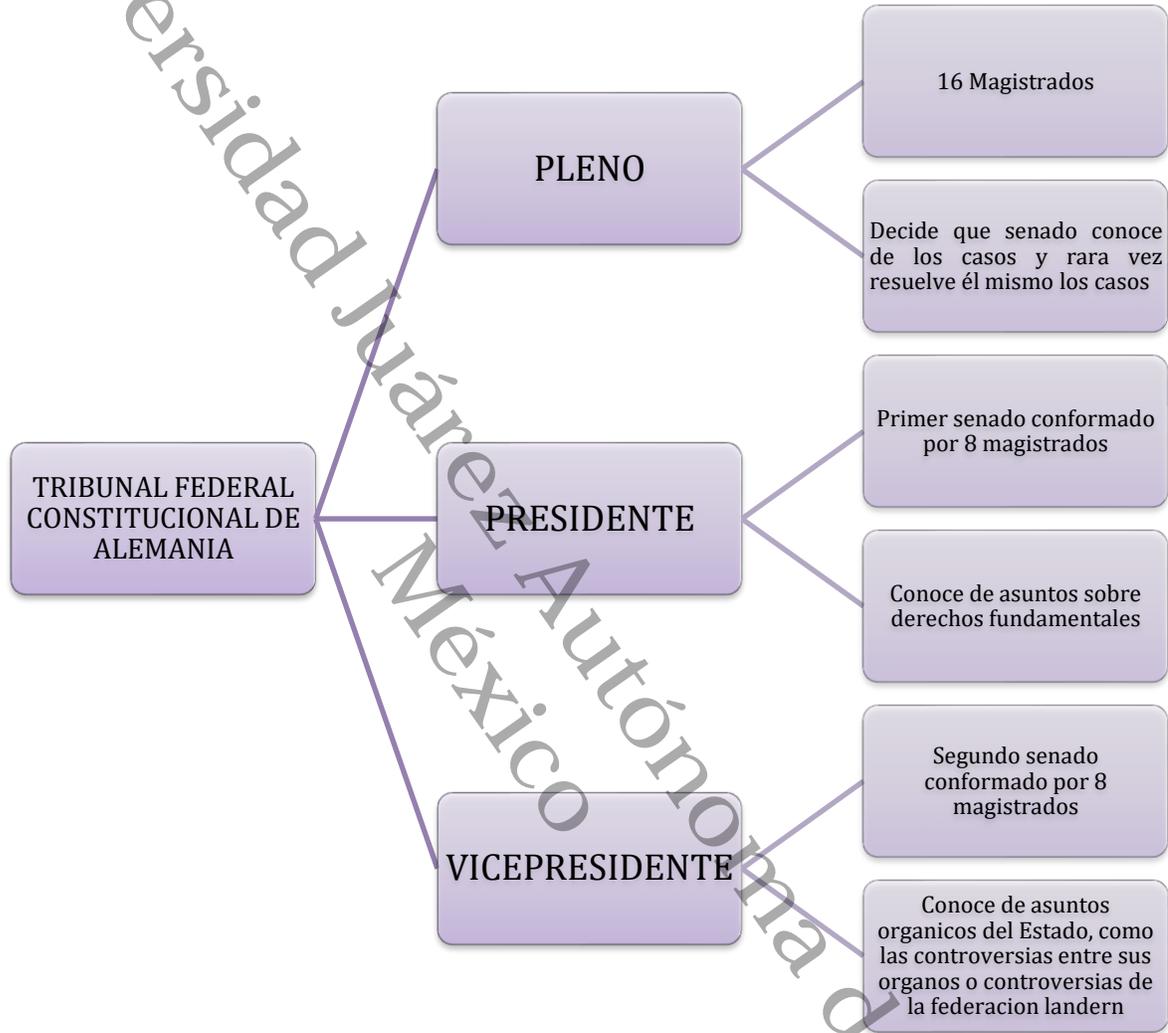
Artículo 115.a. 1. Corresponde a la Dieta Federal, con la conformidad del Consejo Federal, declarar que el territorio federal ha sido atacado por la fuerza de las armas o que existe peligro inminente de esta clase de ataque (caso de defensa)

Artículo 115.g. No se podrá menoscabar la posición constitucional ni el cumplimiento de las obligaciones constitucionales del Tribunal Constitucional Federal y de sus magistrados. La ley sobre

dicho Tribunal solo podrá ser modificada por una ley de la Comisión Mixta cuando esto resulte indispensable, en opinión también del Tribunal mismo, para mantener la capacidad operativa del Tribunal. Mientras no se dicte dicha ley, podrá el Tribunal Constitucional Federal adoptar las medidas indispensables para preservar su capacidad de funcionamiento. Las decisiones del Tribunal que se adopten al amparo de los incisos segundo y tercero se tomarán por la mayoría de los magistrados presentes.¹⁸⁵

¹⁸⁵ Constitución de Alemania. Ley Fundamental para la República Federal de Alemania.

Estructura Jurisdiccional e interna del Tribunal Constitucional de Alemania



Fuente: Elaboración propia

2. Tribunal Constitucional de España

Hablar del tribunal constitucional español es recordar los años 1873, cuando la primera república española discutía la creación de una constitución con los llamados controles de constitucionalidad.¹⁸⁶ Se preveía la creación de un Tribunal Constitucional como el que ya existía en los EUA, que solucionara los conflictos de la constitución con el Estado. Sin embargo, estas ideas no prosperaron y al final fueron desechadas. No fue hasta que se dio la caída del régimen de Primo de Rivera, que se levantó la segunda república en España, que presentó el anteproyecto de Constitución que incluía un Tribunal de Justicia Constitucional. En este tribunal existía la figura del juicio de amparo, que protegía los derechos fundamentales, entre otras prerrogativas. No obstante, siguieron surgiendo más proyectos constitucionales que incluían varios tipos de tribunales. Algunos, como el Tribunal de Garantías Constitucionales, era más un órgano consultivo del cual sus resoluciones no tenían un valor vinculante.

En 1933, la Ley Orgánica desarrolló un Tribunal Constitucional bajo el modelo austriaco (modelo kelseniano) otorgándole el control de la Constitución a través de recursos como la acción de inconstitucionalidad, el juicio de amparo y político entre otros. Sin embargo, este Tribunal duró poco, pues con el comienzo de la guerra civil española, sus miembros fueron dimitiendo uno a uno hasta su conclusión. Poco tiempo después, en 1978, es creado un nuevo Tribunal Constitucional, puesto en funcionamiento por la Ley Orgánica 2/1979, el cual funciona hasta el día de hoy. La Constitución contempla en su artículo 159 lo siguiente:

El Tribunal Constitucional se compone de 12 miembros nombrados por el Rey; de ellos, cuatro a propuesta del Congreso por mayoría de tres quintos de sus miembros; cuatro a propuesta del Senado,

¹⁸⁶ Los datos históricos tomados en este apartado fueron tomados de la página oficial de internet del tribunal constitucional español: <https://www.tribunalconstitucional.es/es/Paginas/default.aspx>

con idéntica mayoría; dos a propuesta del Gobierno, y dos a propuesta del Consejo General del Poder Judicial.

2. Los miembros del Tribunal Constitucional deberán ser nombrados entre Magistrados y Fiscales, Profesores de Universidad, funcionarios públicos y abogados, todos ellos juristas de reconocida competencia con más de quince años de ejercicio profesional.

3. Los miembros del Tribunal Constitucional serán designados por un período de nueve años y se renovarán por terceras partes cada tres.

4. La condición de miembro del Tribunal Constitucional es incompatible: con todo mandato representativo; con los cargos políticos o administrativos; con el desempeño de funciones directivas en un partido político o en un sindicato y con el empleo al servicio de los mismos; con el ejercicio de las carreras judicial y fiscal, y con cualquier actividad profesional o mercantil. En lo demás, los miembros del Tribunal Constitucional tendrán las incompatibilidades propias de los miembros del poder judicial.

5. Los miembros del Tribunal Constitucional serán independientes e inamovibles en el ejercicio de su mandato.¹⁸⁷

El artículo señala primero la facultad que tiene el Rey en elegir a las personas que van a conformar el Tribunal, además de la forma en que serán distribuidas entre los 4 grupos de competencias. De igual manera, el artículo señala las condiciones para poder ser miembro del Tribunal y la duración que tendrá el cargo. Se observa además la semejanza que existe con el poder judicial, sin embargo es importante aclarar que son organismos separados y así lo contempla la ley pues al respecto la Constitución señala en el artículo 123 que “El Tribunal Supremo, con jurisdicción en toda España, es el órgano jurisdiccional superior en todos los órdenes, salvo lo dispuesto en materia de garantías constitucionales.”¹⁸⁸ Haciendo la aclaración que el Tribunal supremo (poder judicial) es superior en todas las materias, salvo las materias constitucionales pertenecientes al Tribunal Constitucional.

¹⁸⁷ Constitución Española, artículo 159.

¹⁸⁸ *Ibidem*, artículo 123.

Hablando de la naturaleza jurídica, se puede iniciar mencionando los medios de control constitucional los cuales están regulados por el artículo 161 y hace mención a los conflictos entre el Estado y sus comunidades autónomas, el juicio de amparo por violación a derechos fundamentales y los recursos de inconstitucionalidad ante una norma que vaya en contra de lo dicho en la constitución.

Al respecto, la memoria del año 2016 proporcionada por la página oficial del tribunal constitucional detalla los datos sobre las demandas de justicia constitucional que han llegado al tribunal. La memoria muestra lo siguiente:

Al registro general del Tribunal Constitucional llegaron a lo largo del año un total de 6.774 asuntos jurisdiccionales; es decir, 595 menos que en 2015. Esta reducción en la demanda de justicia constitucional, que en su conjunto supuso una minoración del 8,07 por 100, tuvo reflejo en la mayoría de los procesos constitucionales pues se promovieron menos recursos de amparo que en 2015 (6.685 frente a 7.203; una reducción del 7,19 por 100), bajó el número de nuevos recursos de inconstitucionalidad (32 en 2016, frente a 42 en 2015; una reducción del 23,81 por 100) y de cuestiones de inconstitucionalidad (44 frente a 114, lo que supuso una reducción del 61,41 por 100).¹⁸⁹

Se advierte la disminución en los asuntos sometidos a su jurisdicción, además se puede observar que la mayoría de las demandas hechos son recursos de amparo, ocupando un total de 98% de los asuntos de nuevo ingreso. Además, señala la memoria que, al respecto de los recursos de amparo, la mayoría fueron promovidos por particulares (6 624), siendo divididos entre personas físicas (5 786) y personas jurídicas (838). El resto de las demandas fueron promovidas por las instituciones públicas.

Desafortunada, en la praxis, el Tribunal Constitucional no está presentando la imparcialidad que se pretendía tendría, el mal del que adolece es que los

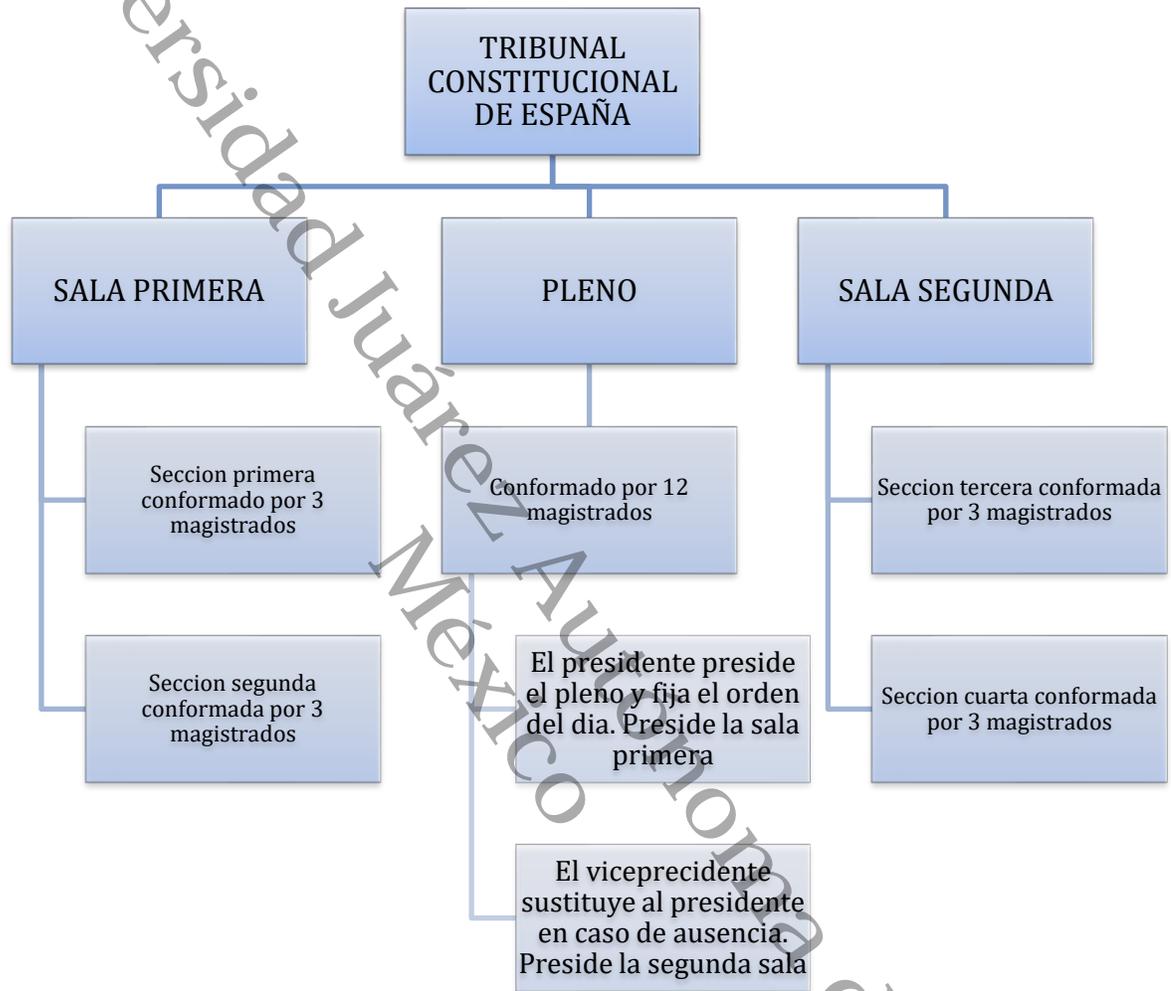
¹⁸⁹ Información pública disponible en la página web del Tribunal Constitucional de España, en el apartado memorias año 2016: <https://www.tribunalconstitucional.es/es/Paginas/default.aspx>.

nombramientos de los ministros siguen en manos de políticos, lo cual siempre traerá consigo la desconfianza de que los ministros deben obediencia a quien los puso en el puesto. Además, qué hace el Rey nombrando a los ministros de un tribunal que presume ser autónomo e independiente de todos los demás poderes, ya que por eso se supone los tribunales constitucionales se separan del poder judicial. En atención a estas tensiones y a raíz del Caso *Divar* (2010-2012) la entonces Presidenta de la Comunidad de Madrid, Esperanza Aguirre, propuso convertir al Tribunal Constitucional en una sala del Tribunal Supremo, ya que su papel independiente no estaba siendo desempeñado de manera eficaz no había ninguna razón para seguir manteniendo esta figura jurídica de un Tribunal Constitucional “independiente”.

México

Universidad Juárez Autónoma de Tabasco.

Estructura Jurisdiccional e interna del Tribunal Constitucional de España



Fuente: Elaboración propia

3. Tribunal Constitucional de Perú

En el caso del Perú, debemos mencionar que este tomó como referencia para la elaboración de su Tribunal Constitucional, el de España, es entonces que su modelo sigue las directrices de un modelo kelseniano que no depende orgánicamente de ninguno de los otros poderes del Estado. En la actual constitución peruana, elaborada en 1993, se le denominó formalmente Tribunal Constitucional, y fue dotado de autonomía e independencia del poder judicial. Al respecto la Constitución dice:

Artículo 201. El Tribunal Constitucional es el órgano de control de la Constitución. Es autónomo e independiente. Se compone de siete miembros elegidos por cinco años.

Para ser miembro del Tribunal Constitucional, se exigen los mismos requisitos que para ser vocal de la Corte Suprema. Los miembros del Tribunal Constitucional gozan de la misma inmunidad y de las mismas prerrogativas que los congresistas. Les alcanzan las mismas incompatibilidades. No hay reelección inmediata.

Los miembros del Tribunal Constitucional son elegidos por el Congreso de la República con el voto favorable de los dos tercios del número legal de sus miembros. No pueden ser elegidos magistrados del Tribunal Constitucional los jueces o fiscales que no han dejado el cargo con un año de anticipación.

Artículo 91. 1. Los jueces son independientes, estando sometidos únicamente a la ley. (...) ¹⁹⁰

Vale la pena mencionar, que Perú es el primer país que introduce el modelo kelseniano en América del Sur. Otros países del cono sur del continente que tienen Tribunales Constitucionales son Bolivia, Colombia, Chile y Ecuador. Lo que caracteriza a estos países y sus Tribunales son las variantes por las cuales llevan a cabo sus controles de constitucionalidad, siendo estas formas de manera normativa u orgánica; de conflictos, atribuciones o competencias o a través del amparo de los derechos constitucionales. La

¹⁹⁰ Constitución Política del Perú, artículo 97 y 201.

acción de inconstitucionalidad igual tiene sus particularidades pues está señalado en la Constitución quiénes pueden promoverla, además, se crea un quorum de cinco miembros para resolver el recurso con base en los votos emitidos, declarando la ley juzgada como inconstitucional o en caso de no alcanzar la mayoría de votos, como infundada la demanda. Vale citar el precepto constitucional:

Artículo 203°.- Están facultados para interponer acción de inconstitucionalidad:

1. El Presidente de la República.
2. El Fiscal de la Nación.
3. El Defensor del Pueblo.
4. El veinticinco por ciento del número legal de congresistas.
5. Cinco mil ciudadanos con firmas comprobadas por el Jurado Nacional de Elecciones. Si la norma es una ordenanza municipal, está facultado para impugnarla el uno por ciento de los ciudadanos del respectivo ámbito territorial, siempre que este porcentaje no exceda del número de firmas anteriormente señalado.
6. Los presidentes de Región con acuerdo del Consejo de Coordinación Regional, o los alcaldes provinciales con acuerdo de su Concejo, en materias de su competencia.
7. Los colegios profesionales, en materias de su especialidad.

Al respecto, el Código Procesal Constitucional declara la finalidad de un proceso de acción de inconstitucionalidad, el cual es la *defensa de la Constitución frente a infracciones contra su jerarquía normativa*.¹⁹¹ Además se menciona las cualidades que tendrá dicha infracción, siendo directa o indirecta, total o parcial y de forma así como de fondo. El mismo referido Código señala los procesos constitucionales previstos en el artículo 200 y en el artículo 202, dichos procesos se pueden clasificar de la siguiente forma:

- Habeas corpus: Procede ante la acción u omisión de la violación de un derecho de libertad individual.

¹⁹¹ Código Procesal Constitucional, artículo 75.

- Amparo: Procede en defensa de los derechos de igualdad y no discriminación, libertad de creencia, de expresión, libre contratación, comunicación, reunión, del honor, a la propiedad, derechos políticos y los demás que la constitución reconoce.
- Habeas data: Procede para el acceso a la información sobre cualquier autoridad pública y datos o información de entidades públicas o privadas que brinden servicio a través de terceros.
- Cumplimiento: Es objeto del proceso de cumplimiento ordenar que el funcionario renuente de cumplimiento a una norma o se pronuncie cuando le ordenen emitir una resolución.
- Inconstitucionalidad: La defensa de la Constitución frente a infracciones contra su jerarquía normativa.
- Competencial: conoce de los conflictos que se susciten sobre las competencias o atribuciones asignadas directamente por la Constitución o las leyes orgánicas que delimiten los ámbitos propios de los poderes del Estado, los órganos constitucionales, los gobiernos regionales o municipales.

En lo que respecta a la destitución de los integrantes del Tribunal Constitucional, la Constitución Federal de Perú dispone que se realizará mediante el Consejo Nacional de la Magistratura conforme a un procedimiento que conllevará una audiencia previa del interesado:

Artículo 154°.- Son funciones del Consejo Nacional de la Magistratura:

(...)

3. Aplicar la sanción de destitución a los vocales de la Corte Suprema y Fiscales Supremos y, a solicitud de la Corte Suprema o de la Junta de Fiscales Supremos, respectivamente, a los jueces y fiscales de todas las instancias. La resolución final, motivada y con previa audiencia del interesado, es inimpugnable.

En el caso Tribunal Constitucional Vs. Perú en relación a la destitución de tres miembros del Tribunal Constitucional, la Corte IDH evidenció la ausencia de imparcialidad en el procedimiento:

73. Esta Corte considera que *uno de los objetivos principales que tiene la separación de los poderes públicos, es la garantía de la independencia de los jueces y, para tales efectos, los diferentes sistemas políticos han ideado procedimientos estrictos, tanto para su nombramiento como para su destitución.* Los Principios Básicos de las Naciones Unidas Relativos a la Independencia de la Judicatura, establecen que: La independencia de la judicatura será garantizada por el Estado y proclamada por la Constitución o la legislación del país. Todas las instituciones gubernamentales y de otra índole respetarán y acatarán la independencia de la judicatura.

74. En cuanto a la posibilidad de destitución de los jueces, (...) la autoridad a cargo del proceso de destitución de un juez debe conducirse imparcialmente en el procedimiento establecido para el efecto y permitir el ejercicio del derecho de defensa.

75. Esta Corte considera necesario que se garantice la independencia de cualquier juez en un Estado de Derecho y, en especial, la del juez constitucional en razón de la naturaleza de los asuntos sometidos a su conocimiento. (...)

84. De conformidad con los criterios establecidos por este Tribunal, *es evidente que el procedimiento de juicio político al cual fueron sometidos los magistrados destituidos no aseguró a éstos las garantías del debido proceso legal y no se cumplió con el requisito de la imparcialidad del juzgador.* Además, *la Corte observa que, en las circunstancias del caso concreto, el Poder Legislativo no reunió las condiciones necesarias de independencia e imparcialidad para realizar el juicio político contra los tres magistrados del Tribunal Constitucional.*¹⁹²

En relación a este caso es propicio concluir que la imparcialidad que debe revestir a un Tribunal Constitucional no se limita exclusivamente a la emisión de sus resoluciones, sino también, y como coadyuvante del papel que debe desempeñar como superior jerárquico, se debe de contar con mecanismos procesales de destitución de los miembros del Tribunal dotados de transparencia, imparcialidad y que cumplan con las reglas estrictas de un debido proceso. De lo contrario, la imparcialidad judicial de este Tribunal se verá en duda por deber una obediencia indirecta al poder encargado de llevar el proceso de la destitución de los miembros. La imparcialidad de un Tribunal

¹⁹² Corte IDH. *Tribunal Constitucional... op., cit.*, párr. 73,74, 75, 84,

Constitucional se confirma cuando este no debe su permanencia, su designación y/o sus retribuciones salariales a alguno de los otros poderes del Estado. Así, un Tribunal Constitucional es imparcial en la medida de su independencia política y económica. Por otra parte, un Tribunal no debe verse “humillado” por alguno de los otros poderes, pues demostraría subordinación; en todo caso, quienes deberían juzgar el buen desempeño de sus funciones sería el pueblo y la Constitución, pero no así los otros poderes que en teoría son subordinados del Tribunal Constitucional.

Por otra parte, recientemente la Comisión Interamericana de Derechos Humanos ha presentado el Caso 12.319 respecto del Estado de Perú, en el cual se presenta, en muy resumidas cuentas, la dilación del cumplimiento de una sentencia dictada por el Tribunal Constitucional:

El caso se relaciona con la falta de cumplimiento de una sentencia de amparo de la Corte Suprema de la República del Perú, emitida el 12 de febrero de 1992, que estableció la manera correcta de calcular el Incremento Adicional de la Remuneración (IAR) a favor de 4,106 extrabajadores marítimos, portuarios y fluviales. Dentro del proceso de ejecución de sentencia, 2,317 de los beneficiarios de la sentencia original, continuaron reclamando judicialmente, a partir del año 2010, por considerar que el cálculo de los pagos de los beneficios sociales era inexacto.

La Comisión estableció que el sólo hecho de que recién en el año 2004 se hubieran empezado a realizar los pagos dispuestos en una decisión de la Corte Suprema emitida doce años atrás, resulta en sí mismo violatorio del derecho a la tutela judicial efectiva en perjuicio de todo el grupo de trabajadores beneficiarios de dicho fallo judicial, dejándolos en estado de indefensión e inseguridad jurídica. Por otra parte, la Comisión consideró que respecto a los 2,317 trabajadores que continuaron judicializando su reclamo, la violación se mantiene hasta la fecha.

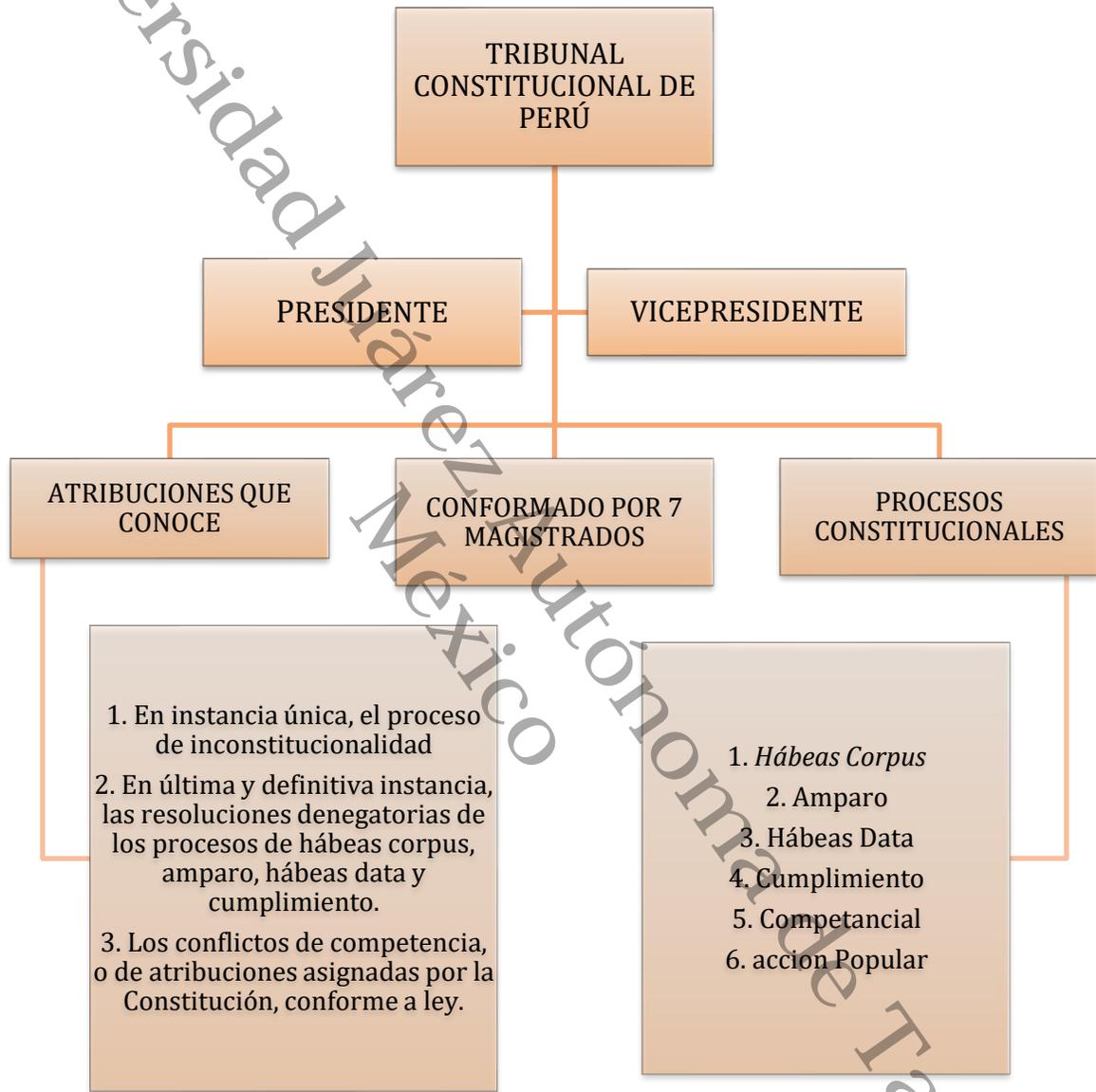
Asimismo, la Comisión consideró que el lapso de más de 25 años sin que se ejecute en su totalidad la sentencia de la Corte Suprema del 12 de febrero de 1992 sobrepasa a todas luces un plazo que pueda considerarse razonable. La Comisión consideró también que el Estado peruano es responsable por la violación del derecho a la propiedad privada de los beneficiarios de la sentencia de la Corte

Suprema pues ésta, al reconocer los pagos por concepto de derechos y beneficios laborales, los incorporó al patrimonio de las víctimas. Por último, la Comisión señaló que el incumplimiento de las sentencias por parte del Estado peruano trasciende a la situación individual de las presuntas víctimas del presente caso y hace parte de un contexto más general. La Comisión destacó que, a pesar de estar en conocimiento de esta problemática, el Estado no adoptó para los trabajadores de FEMAPOR y todavía no ha adoptado en lo general, las medidas necesarias para remediarla y evitar su repetición.¹⁹³

La búsqueda de imparcialidad del Tribunal encargado de custodiar a la Constitución y todos los demás elementos que se han repetido a lo largo de esta Tesis, buscan la garantía efectiva de impartición de justicia bajo su modalidad de acceso a la justicia. Ante ello, un Tribunal Constitucional, pese a presumir independencia judicial, no resulta eficaz en una sociedad cuando los demás poderes no acatan sus resoluciones. En consecuencia, un Tribunal Constitucional debe de representar no sólo jurídicamente, superioridad jerárquica y fuerza coercitiva ante los otros poderes del Estado para que su labor de garante constitucional realmente sea eficaz y suficiente. En el escenario peruano, dicho Tribunal adolece en la praxis de la suficiente fuerza coercitiva para obligar a las autoridades correspondientes a cumplir sus mandatos dentro de un término razonable.

¹⁹³ Comisión Interamericana de Derechos Humanos (CIDH), *Caso 12.319 - Federación Nacional de Trabajadores Marítimos y Portuarios- FEMAPOR*, respecto del Estado de Perú, presentado ante la Corte Interamericana de Derechos Humanos (Corte IDH) el 26 de julio de 2019.

Estructura Jurisdiccional e interna del Tribunal Constitucional de Perú



Fuente: Elaboración propia

Universidad Juárez Autónoma de Tabasco.
México

CONCLUSIONES

**¿UNA SOCIEDAD DEMOCRÁTICA TIENE NECESIDAD DE
CREAR UN TRIBUNAL CONSTITUCIONAL SEPARADO DE UN
TRIBUNAL SUPERIOR DE JUSTICIA?**

La idea de crear un Tribunal Constitucional separado de los demás poderes del Estado emerge de la necesidad de contar con un defensor de la Constitución imparcial. En tal sintonía, un Tribunal que depende de manera directa o indirecta de alguno de los poderes del Estado no proporciona la seguridad y certeza de emitir resoluciones imparciales en asuntos que tocan intereses del poder al cual está subordinado. Por tanto, una sociedad que se rige por principios democráticos y que promulga la eficacia en la protección del derecho al acceso a la justicia, requiere ajustar su andamiaje jurídico y judicial para crear un Tribunal especializado a la protección de la Constitución independiente de los otros poderes del Estado.

Un Tribunal protector de la Constitución será imparcial en la medida en que –jurídica y prácticamente- se le conceda independencia, autonomía y supremacía ante los demás poderes del Estado. Estas tres características están íntimamente relacionadas y se pueden traducir de la siguiente manera: *presupuesto autónomo, separación de los otros poderes del Estado, facultad de emitir resoluciones inapelables y de cumplimiento estricto*. Bajo esta línea, en lo que hace al presupuesto, es necesario la creación de medidas jurídicas de protección al presupuesto que no permitan que el Ejecutivo o el Legislativo interfieran para disminuir los salarios de los miembros del Tribunal y de su presupuesto en general. Como se vio en esta tesis, algunos países como Honduras y Estados Unidos de América, han regulado en sus constituciones medidas de estabilidad en relación al presupuesto de su máximo Tribunal. Por otro lado, la separación de los demás poderes no debe entenderse exclusivamente como la creación de un Tribunal Constitucional separado del Tribunal Supremo de Justicia, esta separación de poderes debe verse reflejada en la no dependencia del Tribunal que protege a la Constitución a los otros poderes, que al mismo tiempo se vislumbra cuando la asignación y destitución de los miembros de referido Tribunal no queda en manos de los otros poderes. Ello no debe entenderse como un exceso de libertad a una autoridad, ya que aún con ello tendría que estar subordinado a los mandatos constitucionales y al pueblo.

Por último, tal escenario no representaría eficacia si las resoluciones provenientes del tal Tribunal no son acatadas por las autoridades o se acatan con dilación; por lo cual, es igualmente necesario dotarlo de un máximo poder jerárquico que permita coaccionar a los demás poderes al cumplimiento inmediato de sus resoluciones.

En otro sentido, un Tribunal protector de la Constitución también requiere cumplir con ciertas exigencias, verbigracia, *disponer de recursos eficaces, sencillos y rápidos, así como contar con personal altamente capacitado –en la teoría y en la práctica- en la materia, y no olvidar el pluralismo de la sociedad*. Tal como se analizó en esta tesis, un recurso eficaz es aquel que en la norma y en la praxis satisfacen las necesidades de la sociedad para alegar violaciones constitucionales, además de que no presenten dilación en su procedimiento. A este respecto, la ausencia jurídica de los medios para alegar vulneración a un derecho debe entenderse como la ineficacia del funcionamiento de un Tribunal que protege a la Constitución. Aditivo a ello, dicho Tribunal debe tener la responsabilidad de contar con el personal adecuado, necesario y capacitado para atender de manera rápida y correcta los asuntos de su competencia.

En suma, el escenario ideal de un Tribunal que protege a la Constitución debe considerar lo siguiente:

Facultades

- Acciones de inconstitucionalidad: mismas que puedan presentar tanto autoridades como ciudadanos.
- Controversias Constitucionales.
- Amparos en materia constitucional.
- Recurso de revisión de amparos constitucionales.
- Emisión de Jurisprudencias en materia constitucional.
- Opiniones interpretativas de la Constitución, Tratados internacionales y Ley de amparo.
 - Declaratorias generales: sin embargo, a diferencia de la figura que se tiene en México, se deberían emitir cuando, mediante un amparo indirecto ejecutado, se declare la inconstitucionalidad de una Ley o de un artículo de una Ley; y no así esperar cierta cantidad de casos en el mismo sentido.
 - No atender asuntos jurisdiccionales que no competan a la materia constitucional.

Integrantes

- La duración en el cargo de los magistrados/ministros no debe ser periodos cortos.
- El sueldo debe ser razonable y proporcional a sus actividades.
- Es plausible el considerar que la asignación de los magistrados/ministros se realice mediante votación popular.
- Crear mecanismos eficaces de selección que comprueben los conocimientos intelectuales.

Supervisión

- Crear mecanismos públicos que permitan evaluar la capacidad y permanencia de los integrantes del Tribunal Constitucional.
- Crear un procedimiento claro y que no violente la supremacía del tribunal en relación a la destitución de los magistrados/ministros.

BIBLIOHEMOGRAFÍA

ALFONSO RUIZ, Miguel, *Modelo americano y modelo europeo de justicia constitucional*, Universidad Autónoma de Madrid, 1999, p. 147.

AUBERT, Jean-François, *La Constitution, son contenu, son usage*, Basel : Helbing & Lichtenhahn, 1991, p. 273.

BANQUE MONDIALE, *Governance: The World Bank's Experience*, Washington, 1994, p. 86.

BEARD, Charles A., *The Supreme Court and the Constitution*, Dover Publication, New York, 2006, p. 160.

BENTHAM, Jeremy, *A Fragmen on Government*, Cambridge University Press, London, 1977, p. 240.

----- *An Introduction to the Principles of Morals and legislation*, Dover Philosophical Classics, New York, 2007.

BIDART CAMPOS, Germán J., "Dogmática constitucional de los derechos humanos. El derecho natural en el derecho constitucional de los derechos humanos", *IUS ET VERITAS*, Buenos Aires, núm. 7, 1993, pp. 9-25, <http://revistas.pucp.edu.pe/index.php/iusetveritas/article/view/15392>.

BIELSA, Rafael, *Derecho constitucional*, 3ra edición, Buenos Aires, Roque Depalma, 1959, p. 703.

BOBBIO, Norberto, *Democracia y secreto*, trad., Ariella Aureli, José F. Fernández Santillán, Fondo de cultura económica, 2013, p. 76.

-----*Liberalismo y democracia*, Fondo de cultura económica, primera edición en español 1989, decimosegunda reimpresión, 2000.

BOVERO, Michelangelo, *Las condiciones de la democracia. Una teoría neobobbiana*, Conferencia dictada el 08 de noviembre de 2011 en la Cátedra Globalización y Democracia por la Universidad Diego Portales, p. 103.

BREYER, Stephen, *cómo hacer funcionar nuestra democracia. El punto de vista de un juez*, México, Fondo de la cultura económica, 2017, p. 339.

BULMER, Elliot, *What is a Constitution? Principles and concepts*, International Institute for Democracy and Electoral Assistance, Stockholm, 2014.

BURGOA, Ignacio, *Derecho constitucional mexicano*, 3ª edición, México, Porrúa, 1979.

CARPISO, Jorge, *La Constitución mexicana de 1917*, 3ª edición, México, UNAM, 1979, p. 315.

CASTILLO ORTIZ, Pablo José, *“Guardar al defensor de la Constitución”. Sobre la independencia de la jurisdicción constitucional: evaluación de alternativas institucionales*, Estudios de progreso, Fundación Alternativas, 2012, p. 52.

CAVANNA, Luis Ignacio, "Independencia de los jueces en Uruguay, ¿modelo en el contexto latinoamericano?", *Biblioteca Jurídicas UNAM, Anuario de Derecho Constitucional Latinoamericano*, Bogotá, año XXII, 2016, pp. 117-187.

COELLO DE PORTUGAL, José María, "Nota crítica sobre la situación actual del Tribunal constitucional", *Foro, Novena época*, España, No. 13, 2011, pp. 229-232.

COSSÍO DÍAZ, José Ramón, *Sistemas y modelos de control constitucional en México*, México, Instituto de investigaciones jurídicas UNAM, p. 296.

DEL ÁGUILA, Rafael, *Tolerancia política y democracia*, Fundación Manuel Giménez Abad, Madrid, 2008, p. 42.

DOMÍNGUEZ NÁREZ, Freddy, *Suprema Corte. Dentro y fuera de la Constitución*, jurídica & Law Press, México, 2011, p. 101.

FAVOREU, Louis, *Los Tribunales constitucionales*, Editorial Ariel, Barcelona, 1994, p. 160.

FERRER MAC-GREGOR, Eduardo, *Los Tribunales Constitucionales en América Latina*, Funda, México, 2012.

FIX-ZAMUDIO, Héctor, *La justicia constitucional en América Latina*, Universidad de Osnabrück, Alemania.

GARAY, Alberto, "La enseñanza del caso Marbury vs. Madison", *Revista sobre enseñanza del derecho*, Argentina, Año 7, Numero 13, 2009, pp. 121-136.

GARCÍA DE ENTERRÍA, Eduardo, *La Constitución como norma y el Tribunal Constitucional*, Aranzadia, 2006, p. 325.

GÓMEZ PERALTA, Héctor, "Facultades y funcionamiento de la Suprema Corte de justicia de los Estados Unidos de América", *Revista Científica Multidisciplinaria de Prospectiva*, México, vol. 25, núm. 3, 2018.

GRIM, Dieter, *Constitucionalismo y derechos fundamentales*, Trotta, Madrid, 2006.

GROS ESPIELL, Héctor, "El constitucionalismo latinoamericano y la codificación del Siglo XIX", *Anuario Iberoamericana de justicia constitucional*, 2002, núm. 6, pp. 143-175.

GUERRERO OROZCO, Omar, "Ingovernabilidad: difusión y quebrantamiento estructural", *Revista del CLAD Reforma y Democracia*, No. 3, enero 1995, Caracas, Venezuela, pp. 1-13.

GÜNTHER, Reinhard. "El tribunal constitucional de la República Federal de Alemania (versión ampliada de una conferencia dictada el 13 de septiembre de 1984 en la Facultad de Derecho de la Pontificia Universidad Católica de Chile. Traducido del alemán por Martin Bruggendieck)" *Revista chilena de derecho*, Chile, vol. 12, 1985, pp. 75-105.

HARDIN, Russell, *Liberalism, Constitutionalism, and Democracy*, Oxford University Press, 1999, 80 p.

HERNÁNDEZ VEGA, Raúl, *Análisis de dos discursos de Kant sobre la sociedad civil*, UNAM.

HOBBS, Tomas, *On the citizen*, edited and translated by Tuck Richard and Silverthorne, Michael, Cambridge University Press, 1998, (original publicación en 1642). Rodríguez Feo, Joaquín, *Thomas Hobbes. Tratado sobre el ciudadano*, Universidad Nacional de Educación a Distancia, Madrid, 2009.

ISLAS COLÍN, Alfredo, "¿La SCJN es un tribunal constitucional?" *Revista A de Divulgación*, No. 138, México, 2008.

----- *Criterios Jurisprudenciales en materia de Derechos Humanos: El derecho a la vida, el derecho a la libertad de expresión, la debida motivación y fundamentación y la tortura*, Vilex.

Jr., Jhon Glover Roberts, "El tribunal supremo de Estados Unidos", *eJournal USA*, Estados Unidos de América, Vol. 14, No. 10, 2010.

JUENGER K., Fredrich, "Dos culturas jurídicas", *Derecho constitucional comparado México-Estados Unidos*, UNAM, México, 1990, p. 156.

----- "Legal Systems of the commonwealth Caribbean States and the Other Members of the Organization of American States", *Comparative Law Studies*, University of California, American States, 1986.

KANT, Immanuel, *Filosofía de la historia*, FCE, México, 1981. Kant, Immanuel, *Metaphysics of Morals*, Cambridge University Press, trad. Mary Gregor, reprinted 2003.

----- Immanuel, *Fundamentación de la metafísica de las costumbres*, Argentina, El Cid Editor, 2003.

KELSEN, Hans, *¿Quién debe ser el defensor de la Constitución?* Tecnos, España, 1995.

----- *La garantía jurisdiccional de la Constitución (La justicia constitucional)*, Trad. Tamayo y Salmorán, Rolando, Anuario Iberoamericano de justicia constitucional, núm. 15, Madrid, 2011, pp. 249-300.

LOCKE, John, "Civil and Ecclesiastical Power", *Political Essays*, Cambridge: Cambridge University Press, 235-236, (original publicado en 1676).

LÖSING, Norbert, "Independencia y función del Poder Judicial en el Estado democrático de derecho", *Anuario de derecho constitucional latinoamericano*, Montevideo, año XVII, 2011, pp. 413-427.

M. GARRO, Alejandro, "Algunas reflexiones sobre la Corte Suprema de Estados Unidos en su actual composición y el rol institucional de la Corte", *Revista española de Derecho Constitucional*, año 12, número 35, mayo-agosto 1992, pp. 86-87.

MELGARITO ROCHA, Alma, *Pluralismo jurídico: la realidad oculta. Análisis crítico-semiológico de la relación Estados-pueblos indígenas*, México, CLACSO, 2015, p. 165.

MEZZETTI, Luca, "Sistemas y modelos de justicia constitucional a los albores del Siglo XXI", *Estudios constitucionales*, año 7, número 2, 2009, pp. 281-300.

MIRANDA DELGADO, Rafael Gustavo, "La democracia: cuatro elementos para un concepto", *Estudios de Filosofía Práctica e Historia de las Ideas*, Venezuela, 2017, Vol. 19, artículo 1-15.

MONSIVÁIS, Carlos en "Justicia por propia mano", *Justicia por su propia mano*, México, Comisión Nacional de los Derechos Humanos, 2002.

NACIONES UNIDAS, Office of the high Commissions for Human Rights, *La promoción y consolidación de la democracia*, Resolución 2000/47, 25 de abril de 2000.

----- *Droits de l'Homme et élaboration d'une constitution*, New York et Genève, 2018.

OLANO GARCÍA, Alejandro, “¿Qué es una constitución? Reflexiones a propósito del “Boterismo constitucional””, *Díkaión*, Colombia, Vo. 20, núm. 15, 2006, pp. 135-153.

PAVÓN CUÉLLAR, David, Sabucedo Cameselle, José Manuel, “El concepto de sociedad civil: Breve historia de su elaboración teórica”, *Revista Iberoamericana de filosofía, políticas y humanidades*, Sevilla, 2009, Vol. 11, núm. 21, pp. 63-92.

POALANTONIO, Martín Esteban, “Antecedentes y evolución del constitucionalismo. Constitucionalismo liberal y constitucionalismo social”, *Revista Lecciones y ensayos, Argentina*, núm. 47, 1987, p. 195.

PRESNO LINERA, Miguel Ángel, “Modelos Constitucionales en la historia comparada”, *Historia constitucional*, número 2, Dialnet, 2001.

ROUSSEAU, Jean-Jacques., *El contrato social*, UNAM, México, 4ta. edición, 1984. Aristoteles, *Politics*, translated by C.D.C. Reeve, Hackett Publishing Company, United States of America, 1998.

SÁCHICA, Luis Carlos, “Constitucionalismo mestizo”, *Derecho Constitucional General*, Temis, Bogotá, 1999.

SALAZAR UGARTE, Pedro, *El nuevo constitucionalismo latinoamericano (una perspectiva crítica)*, Argentina, 2012.

SARTORI, Giovanni, *¿Qué es la democracia?*, Taurus, Tercera reimpresión, 2006.

SCHMILL ORDÓÑEZ, Ulises, *El sistema de la Constitución Mexicana*, México, Porrúa, 1971.

SCHMITT, Carlos, *Teoría de la Constitución*, México, Editora Nacional, 1970.

SCHWAB, Klaus, World Economic forum, *The Global Competitiveness Report 2015-2016*, Committed to Improving the State of the World and Columbia University.

SECURITY COUNCIL, United Nations, *Resolution 2467 (2019)*, S/RES/2467 (2019), 23 April 2019.

SOLOZABAL ECHAVARRIA, Juan José, "Sobre el principio de la separación de poderes", *Revista de Estudios políticos*, núm. 24, noviembre-diciembre de 1981.

BARBER, Sortirios, *Welfare and the Constitution*, Princeton University Press, 2003, pp. 53-157.

HOLMES, Stephen *Passions and Constraints: On the Theory of Liberal Democracy*, University of Chicago Press, 1997, pp. 6-8.

TENA RAMÍREZ, Felipe, *Leyes fundamentales de México, 1808-1983*; 12ª edición, México, Porrúa, 1983, p. 652.

WALDRON, Jeremy, *Contra el gobierno de los jueces. Ventajas y desventajas de tomar decisiones por mayoría en el Congreso y en los tribunales*, México, Siglo XXI editores, 2018, p. 254.

ZICCARDI, Alicia (coord.), *Pobreza, desigualdad social y ciudadanía. Los límites de las políticas públicas sociales en América latina*, Argentina, CLACSO, 2001, p. 464.

Criterios jurisprudenciales

Comisión Interamericana de Derechos Humanos (CIDH), *Caso 12.319 - Federación Nacional de Trabajadores Marítimos y Portuarios- FEMAPOR*, respecto del Estado de Perú, presentado ante la Corte Interamericana de Derechos Humanos (Corte IDH) el 26 de julio de 2019.

Corte IDH, *Caso Castañeda Gutman Vs. Estados Unidos Mexicanos*. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 6 de agosto de 2008. Serie C No. 184.

Corte IDH, *Caso Ivcher Bronstein Vs. Perú*. Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 6 de febrero de 2001. Serie C No. 74.

Corte IDH, *Caso Almonacid Arellano y otros Vs. Chile*. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 26 de septiembre de 2006. Serie C No. 154.

Corte IDH. *Caso "Cinco Pensionistas" Vs. Perú*. Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 28 de febrero de 2003. Serie C No. 98.

Corte IDH. *Caso "Instituto de Reeducción del Menor" Vs. Paraguay*. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 2 de septiembre de 2004. Serie C No. 112.

Corte IDH. *Caso Apitz Barbera y otros ("Corte Primera de lo Contencioso Administrativo") Vs. Venezuela*. Excepción Preliminar, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 5 de agosto de 2008. Serie C No. 18260.

Corte IDH. *Caso Cantos Vs. Argentina*. Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 28 de noviembre de 2002. Serie C No. 97.

Corte IDH. *Caso de los Pueblos Indígenas Kuna de Madungandí y Emberá de Bayano y sus miembros Vs. Panamá*. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 14 de octubre de 2014. Serie C No. 284. Párrafo 165.

Corte IDH. *Caso del Tribunal Constitucional Vs. Perú*. Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 31 de enero de 2001. Serie C No. 71.

Corte IDH. *Caso Granier y otros (Radio Caracas Televisión) Vs. Venezuela*. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 22 de junio de 2015. Serie C No. 293.

Corte IDH. *Caso Liakat Ali Alibux Vs. Surinam*. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 30 de enero de 2014. Serie C No. 276.

Corte IDH. *Caso Masacres de El Mozote y lugares aledaños Vs. El Salvador*. Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 25 de octubre de 2012 Serie C No. 252, Párrafo 299.

Corte IDH. *Caso Reverón Trujillo Vs. Venezuela*. Excepción Preliminar, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 30 de junio de 2009. Serie C No. 197.

Eur. Court H. R., *Case of Perna v. Italy*, Judgment of 06 May 2003.

Eur. Court H. R., *Case of Castells c. Spain*, Judgment of 23 April 1992.

Eur. Court H. R., *Case of Dichand and others v. Austria*, Judgment of 26 February 2002.

Eur. Court H. R., *Case of Perna v. Italy*, Judgment of 06 May 2003, para. 29; Eur. Court H. R., *Case of Dichand and others v. Austria*, Judgment of 26 February 2002, para. 37.

Eur. Court H. R., *Case of Castells c. Spain*, Judgment of 23 April 1992, para. 57.

Tribunal Pleno de la Suprema Corte de la Justicia de la Nación, *Varios 912/2010*, México, 14 de julio de 2012.

Normatividad

Constitución de Alemania.

Ley Fundamental para la República Federal de Alemania.

Constitución de la República de Honduras.

Constitución de la República Oriental de Uruguay.

Constitución Política Federal de México.

Constitución Política del Perú.

Código Procesal del Perú.

Declaración Universal de Derechos Humanos, adoptada y proclamada por la Asamblea General en su resolución 217 A (III) de 10 de diciembre de 1948.

Constitución Española.

The Constitution of the United States.