



**UNIVERSIDAD PANAMERICANA**  
Facultad de Derecho  
Posgrado en Derecho

Con Reconocimiento de Validez Oficial ante la Secretaría de Educación Pública, bajo acuerdo número 985162 de fecha 17 de agosto de 1998.

---

**Los sistemas de control de la constitucionalidad. Una revisión crítica a partir de los criterios de clasificación.**

Tesis que para obtener el grado de

**Doctor en Derecho**

Sustenta el

**Mtro. Noé Luis Ortiz**

Director de la Tesis

**Dr. José María Soberanes Díez**



UNIVERSIDAD  
PANAMERICANA

## DEDICATORIA

*A mi familia.*



UNIVERSIDAD  
PANAMERICANA

## **AGRADECIMIENTOS**

Extiendo un profundo agradecimiento al Dr. José María Soberanes Díez, por aceptar la dirección de mi tesis y por sus valiosas aportaciones en el desarrollo de la misma.

También agradezco a los destacados Doctores en Derecho que formaron parte del sínodo en mi examen de grado y a las profesoras y profesores del Doctorado en Derecho de la Universidad Panamericana.



UNIVERSIDAD  
PANAMERICANA

CONTENIDO	
INTRODUCCIÓN .....	1
CAPÍTULO I .....	31
ORIGEN Y EVOLUCIÓN DE LOS PRINCIPALES SISTEMAS DE CONTROL DE LA CONSTITUCIONALIDAD.....	31
1.1. Introducción. ....	32
1.2. Breve relación histórica de los posibles antecedentes del control de la constitucionalidad. ....	34
1.3. El sistema difuso de control de la constitucionalidad.....	38
1.3.1. La influencia del <i>Bonham's case</i> en las colonias británicas. ....	38
1.3.2. El control de la constitucionalidad en las colonias británicas después de su independencia. ....	42
1.3.3. La <i>Supremacy Clause</i> en la Constitución de Estados Unidos.....	44
1.3.4. El Federalista como fundamento teórico del control jurisdiccional de la constitucionalidad.....	47
1.3.5. Marshall y la sentencia <i>Marbury Vs. Madison</i> . El nacimiento del sistema difuso.....	49
1.3.6. <i>La Democracia en América</i> de Tocqueville y su difusión en Europa....	53
1.4. El control de la constitucionalidad en Francia y su influencia en otros países. ....	55
1.4.1. Los fundamentos teóricos del control de la constitucionalidad por órgano político.....	55
1.4.2. Las distintas manifestaciones de los órganos políticos de control de la constitucionalidad.....	66
1.5. El sistema concentrado de control de la constitucionalidad.....	69
1.5.1. Fundamentos teóricos.....	69
1.5.2. El control de la constitucionalidad en Suiza. ....	72
1.5.3. El control de la constitucionalidad en Checoslovaquia.....	73
1.5.4. El control de la constitucionalidad en Austria. ....	75
1.5.5. Los tribunales constitucionales y su expansión por el mundo. ....	79
1.6. El control de la constitucionalidad en los sistemas socialistas.....	82
CAPÍTULO II .....	89
LA CLASIFICACIÓN DE LOS SISTEMAS DE CONTROL DE LA CONSTITUCIONALIDAD.....	89



UNIVERSIDAD  
PANAMERICANA

2.1. Introducción. ....	90
2.2. El control de la constitucionalidad por órgano político y por órgano jurisdiccional. ....	92
2.2.1. Las características del control de la constitucionalidad por órgano político. ....	93
2.2.1.1. Breve digresión sobre el “control político”.....	95
2.2.2. Las características del control de la constitucionalidad por órgano jurisdiccional: el control difuso y el control concentrado. ....	99
2.2.2.1. Los sistemas mixtos, híbridos o <i>tertium genus</i> de control de la constitucionalidad. ....	104
2.2.2.2. Los sistemas duales, paralelos o <i>quartum genus</i> de control de la constitucionalidad. ....	111
2.3. Breve digresión sobre el llamado control de la constitucionalidad por “órgano popular” y sobre el sistema mexicano de control, según la Suprema Corte de Justicia de la Nación. ....	116
2.4. La crisis de las “clasificaciones tradicionales” de los sistemas de control de la constitucionalidad. ....	119
2.5. Breves consideraciones sobre los “modelos”, los “sistemas” y el <i>nomen iuris</i> . ....	123
2.6. Las “nuevas clasificaciones” de los sistemas de control de la constitucionalidad. ....	135
2.7. La crisis de las “nuevas clasificaciones” de los sistemas de control de la constitucionalidad. ....	146
CAPÍTULO III .....	149
LOS ELEMENTOS ESENCIALES DE LOS SISTEMAS DE CONTROL DE LA CONSTITUCIONALIDAD Y SU VINCULACIÓN CON LOS CRITERIOS DE CLASIFICACIÓN.....	149
3.1. Introducción. ....	150
3.2. El control de la constitucionalidad: su definición como punto de partida para la identificación de los elementos esenciales. ....	151
3.3. Los elementos esenciales de los sistemas de control de la constitucionalidad. ....	158
3.4. Los verdaderos alcances de las “clasificaciones tradicionales” y de las “nuevas clasificaciones” de los sistemas de control de la constitucionalidad. .	175
3.4.1. El parámetro de control como criterio de clasificación. ....	180



UNIVERSIDAD  
PANAMERICANA

3.4.1.1. La extensión del parámetro. El parámetro cerrado y el parámetro abierto de control.....	182
3.4.1.1.1. Apertura de primer grado.....	185
3.4.1.1.2. Apertura de segundo grado.....	193
3.4.1.1.2.1. Breve aproximación al control de convencionalidad.....	200
3.4.1.2. El tipo de inconstitucionalidad.....	210
3.5. Sub-elementos y sub-clasificaciones.....	220
CAPÍTULO IV.....	229
ELEMENTOS PARA UNA CLASIFICACIÓN DE LOS SISTEMAS DE CONTROL DE LA CONSTITUCIONALIDAD.....	229
4.1. Introducción.....	230
4.2. La pregunta metodológica para el estudio de los sistemas de control de la constitucionalidad.....	230
4.3. Esquematización de los sistemas de control de la constitucionalidad y de las clasificaciones de sus elementos esenciales.....	233
4.4. Elementos para una clasificación de los sistemas de control de la constitucionalidad.....	243
CONCLUSIONES.....	255
BIBLIOGRAFÍA.....	263



UNIVERSIDAD  
PANAMERICANA

## INTRODUCCIÓN

El trabajo que hoy presentamos como tesis doctoral, es producto de las reflexiones constantes que hemos tenido durante los últimos años acerca de los sistemas de control de la constitucionalidad. En gran medida, consideramos que este documento ofrece un panorama general de nuestras ideas en torno a la disciplina, muchas de las cuales tienen su origen en la tesis que elaboré en el año 2008 para obtener mi título de Licenciado en Derecho, intitulada *El control previo de la constitucionalidad de los tratados internacionales en México*<sup>1</sup> y, desde luego, en el trabajo que publiqué recientemente denominado *¿Qué es un tribunal constitucional?*,<sup>2</sup> en donde plasmo algunas ideas iniciales sobre el concepto de control de la constitucionalidad y sobre los tribunales constitucionales como órganos de control, que hemos retomado, profundizado y ampliado para esta investigación.

Así las cosas, en este apartado daremos cuenta de las diversas cuestiones metodológicas que guiaron la confección del trabajo, para lo cual delimitamos el tema que nos ocupa y precisamos la postura epistemológica desde la cual partimos. También mencionamos la hipótesis y los objetivos que nos proponemos demostrar y los métodos empleados para tal efecto. Finalmente realizamos algunas reflexiones en torno a la importancia de las clasificaciones y damos a conocer sucintamente el contenido de la tesis.

**Delimitación del tema.** Este punto es importante en la medida que nos permite circunscribir la investigación, así como establecer límites temporales y

---

<sup>1</sup> Luis Ortiz, Noé, *El control previo de la constitucionalidad de los tratados internacionales en México*, México, 2008.

<sup>2</sup> Luis Ortiz, Noé, "¿Qué es un tribunal constitucional?", en *Revista Legislativa de Estudios Sociales y de Opinión Pública*, vol. 11, núm. 21, enero-abril de 2018, pp. 9-45.



materiales en torno a la misma. Así, el tema objeto de estudio en la presente tesis doctoral es el control de la constitucionalidad, al que concebimos como una rama especializada del Derecho Constitucional.

Entenderemos al control de la constitucionalidad como la función encomendada a un órgano del estado para que verifique, a través de diversos medios, que los actos de los poderes públicos (eventualmente de los particulares), se ajusten formal y materialmente a lo dispuesto por la constitución; de ser así, el resultado será la constitucionalidad y, por tanto, la validez de los actos controlados, en caso contrario, su inconstitucionalidad, *ergo*, su invalidez.

En virtud de lo anterior, nuestra investigación no se ocupa del estudio de otros objetos afines, como la defensa de la constitución, la jurisdicción constitucional o el derecho procesal constitucional, cuyo análisis se enmarca, respectivamente, dentro de un espectro más amplio y desde la perspectiva del derecho procesal.

**Postura epistemológica.** Nuestro trabajo se inserta en el ámbito del derecho positivo.<sup>3</sup> Como será constatado posteriormente, se trata de ofrecer un panorama general que describa y sistematice los elementos esenciales de los

---

<sup>3</sup> Esto es, el orden jurídico puesto en vigor en los distintos países analizados en la presente investigación. Sin embargo, en esta tesis no asumimos una teoría jurídica *iuspositivista* en particular, aunque se encuentra ampliamente influenciada por las ideas de Hans Kelsen en torno a la noción de control de la constitucionalidad. Para distintas versiones del positivismo jurídico, *Cfr.* Austin, John, *El objeto de la jurisprudencia*, [trad. de Juan Ramón De Páramo Argüelles], Madrid, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, 2002; Kelsen, Hans, *Teoría pura del derecho*, [trad. de Roberto J. Vernengo], 16a. ed., México, Porrúa, 2009; H.L.A. Hart, *El concepto de derecho*, [trad. de Genaro R. Carrió], 3a. ed., Buenos Aires, Abeledo Perrot, 2012; Raz, Joseph, *La autoridad del derecho. Ensayos sobre derecho y moral*, [trad. de Rolando Tamayo y Salmorán], México, Ediciones Coyoacán, 2011; de este mismo autor *La ética en el ámbito público*, [trad. de María Luz Melon], Barcelona, Gedisa, 2001 y *Razón práctica y normas*, [trad. de Juan Ruiz Manero], Madrid, Centro de Estudios Constitucionales, 1991. En el ámbito mexicano, véanse las obras de Recaséns Siches, Luis, *Tratado general de filosofía del derecho*, 13a. ed., México, Porrúa, 1998 y García Máynez, Eduardo, *Filosofía del derecho*, 6a. ed., México, Porrúa, 1989.



sistemas de control de la constitucionalidad y sus respectivas clasificaciones, tal y como son presentados por el derecho positivo desde una perspectiva comparada.

Siguiendo a Guillaume Tusseau, “Ya sea en el marco de una aproximación que privilegie ante todo el estudio del Derecho nacional, ya sea en el marco de una aproximación definitivamente orientada hacia el comparatismo y el estudio de diferentes sistemas de Derecho, resulta pues necesario proceder en primer lugar a una ordenación intelectual adecuada de las situaciones jurídicas que presentan los diferentes Derechos positivos. Con esta finalidad, el jurista se ve en un primer momento en la obligación de clasificar los objetos en unas categorías que le corresponde forjar y nombrar...Desde este punto de vista, la construcción de ‘modelos’ susceptibles de integrar los elementos dispersos del Derecho positivo en un número limitado de tramas relativamente coherentes se perfila como una vía prometedora”.<sup>4</sup>

Por su parte Pegoraro plantea que: “El punto es: dado que la línea de partida de las clasificaciones y de la teoría de los modelos no puede ser otra que el derecho positivo, y que por lo tanto tiene razón Tusseau cuando denuncia la inadecuación de la contraposición actual entre Marshall y Kelsen, y la falsificación que resulta de la reconstrucción de la variedad del mundo sobre la base de algo que ahora es sólo un supuesto, y no puesto, positum (es decir, la existencia de una idea platónica de los modelos americano y kelseniano), ¿cómo reordenar la experiencia positiva a la luz de elementos nuevos y diversos, sin ser forzado por el deseo de hacer referencia, hoy como siempre, a los prototipos elaborados en los Estados Unidos y en Austria?”.<sup>5</sup>

---

<sup>4</sup> Tusseau, Guillaume, *Para acabar con los “modelos” de jurisdicción constitucional. Un ensayo de crítica*, [trad. de Teresa García-Berrio H.], México, Porrúa e Instituto Mexicano de Derecho Procesal Constitucional, 2011, p. 8.

<sup>5</sup> Pegoraro, Lucio, “Clasificación de los sistemas de justicia constitucional: una dicotomía agotada”, *Memoria del Primer Encuentro Nacional de Magistrados de Circuito y Jueces de Distrito*,



El citado Tusseau considera que: “Desde el punto de vista doctrinal y tal y como aparece en particular en la literatura comparatista, la dicotomía entre dos paradigmas –el americano y el europeo- de organización del control de constitucionalidad de las leyes pretende principalmente facilitar la ordenación de diversas formas de organización de este dispositivo que revela el análisis del derecho positivo. Aun cuando se expone a críticas cruciales en varios aspectos, esta distinción es esencial para la presentación y el análisis. Resulta un punto de partida necesario, incluso si es para ser superado, para la discusión y la argumentación”.<sup>6</sup>

**Hipótesis.** Sostenemos que las clasificaciones de los sistemas de control de la constitucionalidad, tanto las clásicas o tradicionales como las modernas o contemporáneas (americano, europeo, mixto o híbrido y dual o paralelo; previo, posterior, efectos *erga omnes* o *inter partes*, control de constitucionalidad de la ley o protección de los derechos humanos, etcétera), resultan insuficientes para dar cuenta puntual de la complejidad que presentan los sistemas de control en su conjunto. Puesto en otros términos, las apuntadas clasificaciones en realidad no están formulando tipologías de los distintos sistemas, sino de los elementos particulares que los componen en forma parcial y desarticulada.

Esto es, afirmamos que los elementos esenciales de todo sistema de control de la constitucionalidad son cuatro, concretamente el parámetro, el órgano, los medios y el objeto de control. Sobre esa base, las clasificaciones elaboradas descansan en cada uno de esos elementos y, en consecuencia, no están dando cuenta de los sistemas en su conjunto.

---

sobre buenas prácticas para la impartición de justicia, México, Consejo de la Judicatura Federal, 2018, p. 68.

<sup>6</sup> Tusseau, Guillaume, “La elección de un modelo de control de constitucionalidad: entre explicación y dogma”, [trad. de Paloma García Guerra], en *Parlamento y Constitución. Anuario*, Cortes de Castilla-La Mancha, Año 2015, núm. 17, p. 10.



**Objetivos.** En el presente trabajo de investigación tenemos como objetivo demostrar las siguientes afirmaciones:

Que las “clasificaciones tradicionales” de los sistemas de control de la constitucionalidad resultan inexactas e insuficientes para dar cuenta de la complejidad actual de los distintos sistemas de control.

Que las “nuevas clasificaciones” elaboradas con la finalidad de superar los esquemas tradicionales, son parciales y tampoco dan cuenta de los distintos sistemas de control de la constitucionalidad en su conjunto, sino de uno o varios de sus elementos esenciales en forma aislada y desarticulada.

Que los sistemas de control de la constitucionalidad pueden estructurarse, analizarse y comprenderse sobre un esquema que los sintetiza en cuatro “elementos esenciales”, a saber: el parámetro, el órgano, el objeto y los medios de control.

Que no se ha elaborado una clasificación satisfactoria que se ocupe del elemento esencial “parámetro de control”.

Que aceptando que los sistemas de control de la constitucionalidad pueden estructurarse, analizarse y comprenderse sobre la base de los mencionados “elementos esenciales” y que al formular clasificaciones de cada uno de ellos, esto es, del parámetro, del órgano, del objeto y de los medios de control, estaremos en condiciones de estudiar y conocer de mejor manera a los distintos “sistemas” en su conjunto y no sólo parcialmente uno o algunos de sus elementos.



UNIVERSIDAD  
PANAMERICANA

Que teniendo una noción clara de las clasificaciones de cada uno de los “elementos esenciales”, es posible hacerlas circular para el estudio específico de un determinado sistema de control de la constitucionalidad.

Que lo más relevante no es saber de “qué tipo es” un sistema de control de la constitucionalidad, sino conocer “cómo es” ese sistema, para lo cual, la estructura propuesta en esta tesis puede ser de utilidad.

**Métodos.** Para efectos de esta investigación, se utilizarán los métodos histórico y de derecho comparado.

En cuanto al método histórico, Lucio Pegoraro afirma que: “...el actual funcionamiento de los sistemas jurisdiccionales de justicia constitucional no sería totalmente comprendido si renunciásemos por completo a ahondar la investigación en la historia, en la teoría general del derecho, en la historia de las doctrinas políticas, con el fin de comprender la raíz profunda de ideas, instituciones y regulaciones, de desvelar los *criptotipos*, de subrayar las diferencias y, al mismo tiempo, comprender las analogías”.<sup>7</sup>

En igual sentido, Konrad Zweigert y Hein Kötz nos ayudan a comprender las relaciones que existen entre la historia y el derecho comparado, en este sentido, expresan con razón que: “...toda historia del derecho implica un elemento comparativo...[por lo que], a menos que el comparatista se conforme con registrar el estado actual del derecho, tendrá que tomar en consideración las circunstancias

---

<sup>7</sup> Pegoraro, Lucio, *La justicia constitucional. Una perspectiva comparada*, [trad. de Marta León Alonso], Madrid, Dykinson, 2004, p. 18.



históricas en las que evolucionaron las instituciones y los procedimientos legales sujetos a comparación”.<sup>8</sup>

Una idea similar es la que guía a Cruz Villalón, autor que al estudiar la formación del sistema europeo de control de la constitucionalidad en el periodo que abarca de 1918 a 1939, esto es, desde una arista netamente histórica, se concentra en el análisis de los regímenes constitucionales suizo, checoslovaco y austriaco (que también son explorados en la presente tesis), lo que lo lleva a sostener que: “...se trata de un trabajo de Derecho comparado, en cuanto se propone contrastar los diversos *modelos* en los que el sistema europeo se plasma en su primera época”.<sup>9</sup>

En suma, es posible sostener que: “...la Historia también alimenta transversalmente los estudios comparados y su uso es imprescindible, en particular la historia del derecho”.<sup>10</sup>

Bajo estas premisas, el presente trabajo de investigación comienza rastreando los orígenes y la evolución histórica de los sistemas de control de la constitucionalidad, con la finalidad de entender cómo es que llegaron al estado en que los conocemos y estudiamos actualmente; asimismo, en cada capítulo existen remisiones constantes a la historia del derecho constitucional, desde una perspectiva comparada, por señalar algunos ejemplos, hacemos un repaso por la historia constitucional de Estados Unidos, partiendo de la tradición judicial de las colonias británicas influenciada por la doctrina de Coke, derivadas del *Bonham's*

---

<sup>8</sup> Zweigert, Konrad y Kötz, Hein, *Introducción al derecho comparado*, [trad. de Arturo Aparicio Vázquez], México, Oxford, 2012, p. 10.

<sup>9</sup> Cruz Villalón, Pedro, *La formación del sistema europeo de control de la constitucionalidad (1918-1939)*, Madrid, Centro de Estudios Constitucionales, 1987, p. 36.

<sup>10</sup> Pegoraro, Lucio, *Derecho constitucional comparado. 1. La ciencia y el método*, México, Universidad Nacional Autónoma de México, Instituto de Investigaciones Jurídicas y Astrea, 2016, p. 155.



UNIVERSIDAD  
PANAMERICANA

case de 1610, pasando por su proceso constituyente y culminando con la sentencia *Marbury Vs. Madison* de 1803; en el caso francés, nos remontamos a las constituciones napoleónicas de los siglos XVIII y XIX; también en Europa hacemos un breve recorrido por las constituciones socialistas y exploramos los regímenes constitucionales de la segunda post-guerra, concretamente los instaurados en Checoslovaquia y Austria; en todos los casos, con la finalidad de extraer de ahí los fundamentos teóricos en que se fincaron los principales sistemas de control, su influencia en otras partes del mundo, los elementos esenciales que nos permiten teorizar sobre los mismos y, desde luego, el origen histórico de nuestras actuales clasificaciones.

La relevancia del método histórico en nuestra investigación puede ilustrarse con la siguiente afirmación de Pegoraro, quien haciendo alusión al control de la constitucionalidad en los regímenes socialistas –de los que nos ocupamos posteriormente–, expresa: “...ahora todo esto forma parte de la historia del derecho, habiendo casi todos los ordenamientos repudiado la forma de Estado socialista, acogido el modelo liberal-democrático y, con ello, formas más cumplidas y completas de control de constitucionalidad ‘jurisdiccional’ de leyes”.<sup>11</sup>

Esto es, si bien todas esas fuentes pueden catalogarse como “historia constitucional”, dada la relevancia que han tenido para la evolución y configuración de los actuales sistemas de control, es dable afirmar, siguiendo a Pedro Cruz Villalón, que su estudio: “...no es en absoluto ajeno al Derecho constitucional vigente”;<sup>12</sup> o como también recuerda Cappelletti citando a Benedetto Croce: “...si no quiere quedar reducida a mera crónica, la historia es siempre historia del

---

<sup>11</sup> Pegoraro, Lucio, “Control jurisdiccional Vs. control político: la erosión de una categoría dicotómica (y el progresivo alcance de este último)”, *Anuario Iberoamericano de Justicia Constitucional*, Madrid, 23, núm. 1, enero-junio de 2019, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, p. 56.

<sup>12</sup> Cruz Villalón, Pedro, *op. cit.*, p. 36.



presente, o sea, de los orígenes, derivaciones, vicisitudes y evolución de un tema o problema actual”.<sup>13</sup>

Así las cosas, el uso simultáneo de estos dos métodos (el histórico y el comparado) nos permite, como afirma Covián Andrade aludiendo a Marcel Prélot, una fructífera combinación comparativa en tres dimensiones, esto es, derecho comparado en el tiempo; derecho comparado en el espacio y derecho comparado en el tiempo y el espacio, simultáneamente.<sup>14</sup>

En el mismo tenor, Cappelletti expresa que: “...hay que tener presente que la comparación es vecina de la investigación histórica, de la cual aquélla es un momento esencial, tanto así que se puede hablar de comparación “horizontal” (o sincrónica), o sea, extendida en sentido geográfico, respecto de la comparación en sentido estricto, y de la comparación “vertical” (o diacrónica), esto es, la que se prolonga en el tiempo...”.<sup>15</sup>

Una idea final que sirve para cerrar esta vinculación entre los estudios históricos y comparativos la ofrece Mario Sarfatti: “Así como el historiador mira el derecho tal como era en los siglos pasados, el comparatista se propone examinar el derecho existente a su alrededor, haciendo éste, en la simultaneidad de los tiempos, lo que hace la historia en la sucesión de los mismos”.<sup>16</sup>

---

<sup>13</sup> Cappelletti, Mauro, *Obras. Justicia constitucional. Dimensiones de la justicia en el mundo contemporáneo*, México, Porrúa y Facultad de Derecho de la Universidad Nacional Autónoma de México, 2007, p. 371.

<sup>14</sup> Cfr. Prélot, Marcel, *Précis de Droit constitutionnel*, París, 1949, p. 35, *apud* Covián Andrade, Miguel, *El control de la constitucionalidad en el derecho comparado*, México, Centro de Estudios de Ingeniería Política y Constitucional, 2001, p. 5.

<sup>15</sup> Cappelletti, Mauro, *op. cit.*, p. 371.

<sup>16</sup> Sarfatti, Mario, *Introducción al estudio del derecho comparado*, [trad. del Instituto de Derecho Comparado de la Escuela Nacional de Jurisprudencia], México, Renta Universitaria, 1945, p. 8.



UNIVERSIDAD  
PANAMERICANA

Aplicando todas estas ideas a nuestro objeto de investigación, o sea, al control de la constitucionalidad, no sólo creímos conveniente analizar aisladamente la forma en que originariamente fueron concebidos los sistemas de control en diferentes países, verbigracia, estudiando la sentencia *Marbury Vs. Mádison* o las facultades de los senados napoleónicos en Francia, sino que éstos fueron confrontados entre sí, distinguiendo los rasgos que los distinguen y explicando la influencia que tuvieron en otros ordenamientos, tanto de épocas anteriores –por ejemplo, el control por órgano político que imperó en Latinoamérica durante el siglo XIX– como de otros que dieron origen a soluciones novedosas, como el sistema concentrado de corte europeo continental, basado medularmente en un tribunal constitucional, cuyo influjo se extiende hasta nuestros días y, a partir de todo ello, comprender el porqué de las configuraciones actuales de los sistemas de control en el mundo.

En cuanto al método de derecho comparado, para desvelar su importancia resulta ilustrativo el siguiente juicio sentenciador de Edouard Lambert: “Continúo creyendo que el estudio comparativo de los sistemas de derecho y de las culturas jurídicas que se reparten la comunidad internacional, no está destinado únicamente a esclarecer, mediante el contraste, los caracteres propios, sino que tiene por finalidad principal preparar, mediante la denuncia, la eliminación de las supervivencias que pululan en cada uno de estos cuerpos de derecho y que, al mismo tiempo que dificultan la adaptación de esos cuerpos de derecho a las necesidades del tiempo presente, contribuyen a aislarlos en un nacionalismo malhumorado y ciego”.<sup>17</sup> La importancia del derecho comparado en toda investigación científica encuentra en el citado pasaje gran parte de su relevancia y justificación.

---

<sup>17</sup> Lambert, Edouard, *El gobierno de los jueces y la lucha contra la legislación social en los Estados Unidos. La experiencia americana del control judicial de la constitucionalidad de las leyes*, [trad. de Félix de la Fuente], España, Tecnos, 2010, pp. 263-264.



UNIVERSIDAD  
PANAMERICANA

Ahora bien, en sentido estricto la comparación en el derecho no es nada nuevo. Siguiendo a René David, podemos aseverar que quizá uno de los primeros estudios comparativos se debe a Aristóteles, quien para realizar su obra *La Política*, se basó en el análisis de ciento cincuenta y tres constituciones de las *Polis* más conocidas de su época; también se ha señalado que Solón procedió de la misma forma para elaborar las leyes de Atenas; en cuanto a las Doce Tablas, se suele afirmar que los decenviros las redactaron luego de hacer una investigación en las Ciudades de Grecia; ya en la Edad Media el derecho canónico y el romano fueron materia de comparación, como lo fue el propio derecho romano y el *common law* en Inglaterra, e incluso, Montesquieu trató de descifrar el espíritu de las leyes y extraer de ellas los principios de un buen gobierno, haciendo uso del método comparativo.<sup>18</sup>

En el mismo sentido se expresa Miguel Covián, quien recuerda que: "...la 'Política' de Aristóteles es la comparación de más de 150 constituciones de ciudades griegas y 'bárbaras'. Se sabe también que en la Edad Media se estudio (sic) comparativamente el derecho romano y el canónico y siglos después en Inglaterra ocurrió lo mismo con el derecho canónico y el *common law*. Montesquieu penetró en el espíritu de los pueblos para desentrañar *l'esprit des lois*..."<sup>19</sup>. Los mismos antecedentes son citados por Consuelo Sirvent, quien además añade que la comparación del derecho se remonta: "...a Solón y a Licurgo [quienes se inspiraron] en el derecho extranjero para elaborar el sistema jurídico con el que, respectivamente, querían dotar a las ciudades griegas de Atenas y Esparta".<sup>20</sup>

---

<sup>18</sup> René David, *Los grandes sistemas jurídicos contemporáneos*, [trad. de Jorge Sánchez Cordero], México, Universidad Nacional Autónoma de México, Centro Mexicano de Derecho Uniforme y Facultad Libre de Derecho de Monterrey, México, 2010, p. 1.

<sup>19</sup> Covián Andrade, Miguel, *op. cit.*, p. 5, nota al pie de página número 13.

<sup>20</sup> Sirvent Gutiérrez, Consuelo, *Sistemas jurídicos contemporáneos*, 12a. ed., México, Porrúa, 2010, p. 1.



UNIVERSIDAD  
PANAMERICANA

En esta línea del tiempo, Zweigert y Kötz refieren que en la Edad Media la comparación jurídica no tuvo un campo fértil, dado el predominio de los derechos canónico y romano; sin embargo, estos mismos autores sostienen que en la “*era del Iluminismo y el Naturalismo*” destacan los trabajos de Bacon y de Leibniz (quienes promovieron el derecho comparado sin practicarlo, siendo el segundo de los mencionados quien defendía la comparación jurídica desde la perspectiva de la historia universal), los cuales influyeron a su vez en autores naturalistas como Grotius, Pufendorf y Montesquieu.<sup>21</sup>

No obstante lo anterior, Sarfatti precisa que: “Los que verdaderamente pusieron las bases para un futuro estudio comparativo fueron Selden en Inglaterra (1584-1654), Grocio en Holanda, Montesquieu en Francia (1689-1755) y Vico, seguido de otras grandes figuras, en Italia (1668-1743)”.<sup>22</sup> Aunque desde su perspectiva: “La primera formulación rigurosa de los estudios de derecho comparado surge en Alemania con la obra póstuma de Pablo Anselmo Feuerbach (1755-1833)”.<sup>23</sup>

Así pues, no falta razón a Pizzorusso cuando aduce que, si bien la comparación de los ordenamientos jurídicos fue practicada por los juristas desde la antigüedad, su reflexión sistemática y los intentos para individualizar un campo específico de estudios y de acción práctica al “Derecho Comparado”, es relativamente reciente, remontándose sus inicios a los últimos años del siglo XIX.<sup>24</sup>

Este breve recorrido histórico hace factible explicar el fenómeno comparativo desde dos ángulos distintos, como un método y como una disciplina

---

<sup>21</sup> Zweigert, Konrad y Kötz, Hein, *op. cit.*, pp. 54-55.

<sup>22</sup> Sarfatti, Mario, *op. cit.*, pp. 28-29.

<sup>23</sup> *Ibidem*, p. 37.

<sup>24</sup> Pizzorusso, Alessandro, *Curso de Derecho Comparado*, [trad. de Juana Bignozzi], Barcelona, Ariel, 1987, p. 79.



jurídica; perspectivas que, desde luego, no son excluyentes, sino más bien complementarias.

Incluso, es posible sostener que entre ellas hay una sucesión temporal, siendo la primera en surgir su tratamiento metódico y luego su aparición como disciplina científica. Esta circunstancia la resume muy bien René David, cuando dice que los inicios del Derecho Comparado se caracterizaron por discusiones en torno a su objeto y naturaleza, a asignarle un lugar dentro de las diferentes ciencias, a definir su metodología y a precisar sus posibles aplicaciones e intereses, debates en los que algunos consideraban al Derecho Comparado como una rama autónoma del derecho y otros simplemente como el método comparado aplicado a la ciencia jurídica.<sup>25</sup> En un sentido similar se pronuncia Lucio Pegoraro, cuando reconoce que desde tiempos remotos los juristas han realizado comparaciones, pero puntualiza que eso no significa que el Derecho Comparado exista desde siempre como ciencia.<sup>26</sup>

De esta manera, Fix-Zamudio es concluyente al expresar que la idea de disciplina científica con la de método jurídico, no son incompatibles, pues si bien es verdad que el Derecho Comparado es un instrumento que permite conocer el derecho y, por tanto, un método jurídico, también lo es que la necesidad de elaborar principios y conceptos que guíen el uso de ese instrumento, no debe ser indiscriminada y sí sistemática. A su juicio, esto da lugar a lo que denomina *ciencia jurídica comparativa*.<sup>27</sup>

---

<sup>25</sup> Cfr. René David, *op. cit.*, p. 2.

<sup>26</sup> Cfr. Pegoraro, Lucio, "Derecho constitucional y método comparativo" [trad. de Daniel Berzosa López y Jari Donatella Lorenzo Vidales], en: Serna de la Garza, José María (coord.), *Metodología del Derecho Comparado. Memoria del Congreso Internacional de Culturas y Sistemas Jurídicos Comparados*, México, Universidad Nacional Autónoma de México, 2005, p. 69.

<sup>27</sup> Cfr. Fix-Zamudio, Héctor, "Tendencias actuales del Derecho Comparado", en Serna de la Garza, José María, *op. cit.*, p. 26.



Así las cosas, es dable sostener que a pesar de la paulatina evolución y el notable interés que han despertado los estudios *iuscomparatistas* como disciplina científica, el derecho comparado tuvo que esperar hasta comienzos del siglo pasado para comenzar a florecer. Lo cierto es que si bien en épocas actuales aún se debate sobre los límites y los contornos de esta disciplina, el estado del arte – que comenzó a definirse desde la Exposición Mundial de París y el Congreso Internacional de Derecho Comparado, como se encargan de recordarnos Konrad Zweigert y Hein Kötz–,<sup>28</sup> nos permite contar hoy con bases sólidas que orientan sobre su objeto, su uso y los fines que pueden conseguirse a través de su utilización.

De hecho, las investigaciones en torno al derecho comparado han permitido formular clasificaciones que nos permiten aproximarnos a su estudio. Una de las clasificaciones más aceptadas es aquella que distingue entre la *microcomparación* y la *macrocomparación*<sup>29</sup> como los dos sectores a través de los cuales se puede estudiar el derecho comparado. Hay varias formas de explicar esta separación.

Microcomparación. Alessandro Pizzorusso dice que este sector tiende a confrontar instituciones jurídicas particulares que son comunes a ordenamientos diferentes, o por lo menos confrontables entre ellas, a efecto de evidenciar sus semejanzas y diferencias.<sup>30</sup> En términos similares, para Konrad Zweigert y Hein Kötz, la *microcomparación* se relaciona con instituciones o problemas legales

---

<sup>28</sup> Cfr. Zweigert, Konrad y Kötz, Hein, *op. cit.*, p. 3.

<sup>29</sup> Es interesante que, junto a la micro y macro comparación, algunos suelen hablar de meso y meta comparación. “En un nivel meso iuscomparativista, se estudia, por ejemplo, la validez de jurisprudencia, la correspondencia entre las diferentes fuentes de derecho (ley, jurisprudencia, costumbre), etc. En un nivel meta iuscomparativista, se tratan cuestiones como el tratamiento académico y el reparto entre ramas jurídicas (e.g. las relaciones entre el Derecho Público y el Privado, los diversos Derechos Procesales) y disciplinas universitarias.”, Sánchez-Bayón, Antonio, *Sistemas de Derecho Comparado y global: de las familias jurídicas mundiales al nuevo derecho común*, Valencia, Tirant lo Blanch, 2012, p. 36, nota al pie de página número 14.

<sup>30</sup> Cfr. Pizzorusso, Alessandro, *op. cit.*, p. 88.



específicos, o sea, con principios a los que se acude para resolver conflictos particulares.<sup>31</sup> Finalmente, Lucio Pegoraro afirma que aquí se tiene por objeto determinados institutos, actos, procedimientos, etcétera, que se prevén en dos o más ordenamientos jurídicos.<sup>32</sup>

Macrocomparación. Para Pizzorusso, este sector está encaminado a identificar las líneas de tendencia que se presentan en las diversas experiencias realizadas en los distintos países para individualizar algunos modelos, en cuyos grupos de ordenamientos parecen inspirarse, aunque existan algunas diferencias entre ellos.<sup>33</sup> Por su parte, Konrad Zweigert y Hein Kötz, sostienen que en esta parte del Derecho Comparado se estudian el espíritu y estilo de los diferentes sistemas jurídicos, los métodos de reflexión y los procedimientos que se emplean.<sup>34</sup> Por último, Pegoraro establece que en la *macrocomparación* el punto de partida es el reconocimiento de “diversidades” –no pocas veces profundas–, que sin embargo no excluyen la comparación, sino que, por el contrario, constituyen su razón de ser.<sup>35</sup> No está de más puntualizar que nuestra investigación se inserta en el ámbito de la macrocomparación.

Los anteriores distinguos adquieren relevancia en otro tipo de aspectos, destacadamente, en la enseñanza universitaria. De este modo, Pizzorusso dice que la *macrocomparación* es compatible con la institucionalización de materias en los planes de estudio (comúnmente identificadas con el nombre de “sistemas jurídicos comparados”, en nuestro país, “sistemas jurídicos contemporáneos”),

---

<sup>31</sup> Cfr. Zweigert, Konrad y Kötz, Hein, *op. cit.*, p. 6.

<sup>32</sup> Cfr. Pegoraro, Lucio, “Derecho constitucional y método comparativo”, *op. cit.*, p. 87.

<sup>33</sup> Cfr. Pizzorusso, Alessandro, *op. cit.*, p. 88.

<sup>34</sup> Cfr. Zweigert, Konrad y Kötz, Hein, *op. cit.*, p. 5.

<sup>35</sup> Cfr. Pegoraro, Lucio, “Derecho constitucional y método comparativo”, *op. cit.*, p. 89.



mientras que la *microcomparación* con prácticas más especializadas, que pueden tomar la forma de seminarios.<sup>36</sup>

En otro orden de ideas, muchos autores consideran que el derecho comparado está dotado de una particularidad que lo distingue de la simple actividad intelectual de comparar, la cual consiste en su *internacionalismo*. Desde esta perspectiva, "...el derecho comparado es la comparación de los diferentes sistemas legales del mundo".<sup>37</sup>

En esta misma dirección se inscriben Dominique Rousseau, quien citando a Yves Meny, apunta que el análisis comparado: "...permite enriquecer la reflexión mediante la confrontación de otras experiencias"<sup>38</sup>, así como Camille Spinosi, el que expresa que: "Para que el derecho comparado cumpla con el papel que le corresponde, se necesita que los juristas cesen de concentrarse en el estudio de su derecho nacional solamente, y se necesita que, en toda ocasión propicia, hagan uso del método comparado. Cada uno en su rama, encontrará seguramente provecho".<sup>39</sup>

En efecto, este rasgo de la comparación jurídica es de suma importancia, en la medida que nos permite advertir que el contraste debe tener lugar entre dos o más sistemas, si es que se quiere obtener de ahí elementos que posibiliten la formulación de directrices generales que los asemeje o distinga en diferentes grupos y, por tanto, obtener soluciones aplicables a problemas que son comunes.

---

<sup>36</sup> Cfr. Pizzorusso, Alessandro, *op. cit.*, pp. 88-89.

<sup>37</sup> Zweigert, Konrad y Kötz, Hein, *op. cit.*, p. 3.

<sup>38</sup> Rousseau, Dominique, *La justicia constitucional en Europa*, Madrid, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, 2002, p. 5.

<sup>39</sup> C. Jouffret Spinosi, *Les grandes systèmes de Droit Contemporaines*, 8a. ed., Paris, Dalloz, 1982, pp. 18-19, *apud* Covián Andrade, Miguel, *op. cit.*, p. 5.



UNIVERSIDAD  
PANAMERICANA

Ahora bien, para los efectos de una investigación como la que nos propusimos realizar, fue necesario acudir a la forma en que se articulan los distintos sistemas de control de la constitucionalidad en el mundo de acuerdo con su derecho positivo, con la finalidad de sustraer de ellos los elementos esenciales que los caracterizan y los estructuran. Teniendo enfrente tal objetivo, el método comparado nos permitió analizar legislación, doctrina y jurisprudencia constitucional de diversos países, los cuales, siguiendo la terminología que propone Pegoraro, pueden ser agrupados en tres “formantes”.

El *formante* es uno de los conceptos de los que se apropia el derecho comparado como disciplina jurídica y pueden entenderse por tales: “...a los diferentes conjuntos de reglas y disposiciones que contribuyen a generar el orden jurídico de un grupo, en un lugar y un momento determinado”;<sup>40</sup> según Pegoraro, en los ordenamientos contemporáneos los principales formantes son la ley, la jurisprudencia y la doctrina. Sobre esa base y únicamente para esquematizar el empleo que se hizo en la tesis de los mencionados formantes, procedemos a sintetizarlos de la siguiente manera.

En cuanto al formante legislativo, se consultaron las Constituciones y leyes de los siguientes países: Ley Fundamental de la República Federal de *Alemania*; Constitución de la Nación *Argentina*; Ley Constitucional Federal de *Austria*; Constitución de *Bélgica*; Constitución Política del Estado de *Bolivia*; Constitución Política de *Colombia*; Constitución Política de *Costa Rica*; Constitución Política de la República de *Chile*; Constitución de la República de *El Salvador*; Constitución de los *Estados Unidos de América*; Constitución *Española*; Constitución de *Francia*; Constitución Política de la República de *Guatemala*; Constitución de la República *Italiana*; Constitución del Principado de *Liechtenstein*; Constitución de la

---

<sup>40</sup> Pegoraro, Lucio, *Derecho constitucional comparado. 1. La ciencia y el método*, op. cit., p. 9.



UNIVERSIDAD  
PANAMERICANA

República de *Lituania*; Constitución Política de los Estados Unidos *Mexicanos*; Constitución Política de la República de *Panamá*; Constitución de la República del *Paraguay*; Constitución Política del *Perú*; Constitución de la República *Portuguesa*; Constitución de la *República Dominicana*; Constitución de la Federación *Rusa*; Constitución de la República de *Uruguay*; Constitución de la República Bolivariana de *Venezuela*; Código Procesal Constitucional de *Perú* (Ley No. 28237); Ley de Amparo, Exhibición Personal y de Constitucionalidad de *Guatemala*; Ley de Amparo, reglamentaria de los artículos 103 y 107 de la Constitución Política de los Estados Unidos *Mexicanos*; Ley de la Jurisdicción Constitucional de *Costa Rica*; Ley del Tribunal Constitucional Plurinacional de *Bolivia*; Ley No. 270 de 1996, Estatutaria de la Administración de Justicia de *Colombia*; Ley No. 137-11, Orgánica del Tribunal Constitucional y de los procedimientos constitucionales de la *República Dominicana*; Ley Orgánica Constitucional del Tribunal Constitucional de *Chile*; Ley Orgánica del Tribunal Constitucional de *Perú* (Ley No. 28301); Ley Orgánica 2/1979, de 3 de octubre, del Tribunal Constitucional de *España*; Ley Orgánica 6/1985, de 1 de julio, del Poder Judicial de *España*; Ley Reglamentaria de las fracciones I y II del artículo 105 de la Constitución Política de los Estados Unidos *Mexicanos* y Ley sobre el Tribunal Constitucional Federal *Alemán*.

Por lo que hace al formante doctrinal, se utilizó principalmente bibliografía de *Alemania* (Peter Häberle, Klaus Schlaich y Carl Schmitt), *Austria* (Félix Ermacora y Hans Kelsen), *España* (Manuel Aragón, Pedro Cruz Villalón, José Julio Fernández Rodríguez, Francisco Fernández Segado, Eduardo García de Enterría, Manuel García Pelayo, Pablo Pérez Trepms y Francisco Rubio Llorente), *Francia* (Louis Favoreu, Michel Fromont, Dominique Rousseau y Guillaume Tusseau), *Italia* (Paolo Biscaretti Di Ruffia, Pietro Calamandrei, Mauro Cappelletti, Giuseppe De Vergottini, Lucio Pegoraro y Giancarlo Rolla), *México* (Héctor Fix-Zamudio y Miguel Covián Andrade) y otros países *latinoamericanos* (de Argentina



Néstor Pedro Sagües; de Chile Humberto Nogueira Alcalá; de Costa Rica Adrián Vargas Benavides; de Guatemala Jorge Mario García Laguardia y de Perú Domingo García Belaunde). Sobra decir que el anterior listado es meramente enunciativo.

Finalmente, el formante jurisprudencial se utiliza, principalmente, cuando aludimos a conceptos jurídicos que son creaciones jurisprudenciales, esto es, construcciones hermenéuticas de los órganos de impartición de justicia constitucional. Así, se consultaron resoluciones de la *Supreme Court* de Estados Unidos; del Tribunal Constitucional Federal alemán; de la Corte Suprema de Justicia de Argentina; de la Corte Constitucional de Colombia; del Tribunal Constitucional español; del Consejo Constitucional Francés; de la Corte Constitucional italiana, de la Suprema Corte de Justicia de la Nación de México y de la Corte Suprema de Justicia de Panamá, por señalar algunos casos.

La utilidad de estos formantes en una investigación científica la resume claramente Consuelo Sirvent: “Muchas de las disposiciones legales de un país tienen su fuente en las de otros países, o bien, han inspirado la legislación de otras naciones. En ambos casos, las leyes, las resoluciones de los tribunales y las opiniones de los doctrinarios del país extranjero permiten comprender mejor el marco jurídico nacional”.<sup>41</sup>

Sobre este punto, conviene aclarar que el uso de los mencionados formantes no consistió simple y llanamente en la recolección mecánica de la citada información, sino que se obtuvieron de todos ellos los elementos esenciales que son comunes a todos los sistemas de control de la constitucionalidad, de tal

---

<sup>41</sup> Sirvent Gutiérrez, Consuelo, *op. cit.*, p. 3.



manera que sobre su análisis conjunto pudimos elaborar un esquema general que nos permitiera estudiar cualquier sistema de control en concreto.

Como claramente explica Sarfatti: “Antes que dividir la investigación entre la recogida de material legislativo extranjero, de un lado, y el hábito mental con que el derecho ha sido aplicado y estudiado en las diferentes naciones, del otro, debemos atender conjuntamente al origen y a la estructura general de las particulares instituciones en los diversos derechos, considerados en la ley, en la jurisprudencia y en la doctrina”.<sup>42</sup>

Algo similar sostiene José Julio Fernández, para quien el método comparado: “...no tiene como finalidad el mero acopio y posterior sistematización de la información sino que persigue una utilidad cifrada en clave de ejemplo para las instituciones internas y para la conformación de una teoría general del instituto”,<sup>43</sup> esto, agrega el referido autor, con la finalidad de lograr: “...una mejor comprensión de las figuras y categorías teóricas de nuestro ordenamiento a través del estudio de otras realidades positivas y prácticas, aunque a veces bastante similares”.<sup>44</sup>

En otro orden de ideas, Pegoraro afirma que: “...el ámbito de análisis de la justicia constitucional, y la conexas comparación de los diferentes modelos, no puede sino manifestarse en el marco de los ordenamientos caracterizados por la forma de Estado liberal o liberal democrático; otras formas de control de constitucionalidad sólo pueden considerarse como tales en un sentido muy impreciso”.<sup>45</sup> Zweigert y Kötz se expresan en una lógica similar: “Como no es

---

<sup>42</sup> Sarfatti, Mario, *op. cit.*, p. 9.

<sup>43</sup> Fernández Rodríguez, José Julio, *La justicia constitucional europea ante el siglo XXI*, 2a. ed., Madrid, Tecnos, p. 16.

<sup>44</sup> *Ídem.*

<sup>45</sup> Pegoraro, Lucio, *La justicia constitucional. Una perspectiva comparada*, *op. cit.*, p. 17.



posible comparar cosas incompatibles, lo único que puede compararse en el ámbito del derecho son cosas que cumplan con una misma función”.<sup>46</sup>

Así las cosas, para efectos de delimitar nuestro objeto de comparación, únicamente tomamos en cuenta ordenamientos constitucionales de países en los cuales se reconoce el control de la constitucionalidad y que están organizados políticamente bajo las estructuras del estado constitucional de derecho.<sup>47</sup> De ahí que no se hayan considerado los casos de Inglaterra, Países Bajos o Nueva Zelanda, por señalar los ejemplos más destacados, los cuales, si bien son Estados constitucionales, no reconocen el control de los actos de los poderes públicos para constatar su conformidad o correspondencia con la constitución y tampoco los regímenes no democráticos, en los que resulta incompatible toda forma de control del poder.

Dentro del primer grupo de países, Jeremy Waldron cita el caso de Canadá, donde eventualmente por virtud: “...de la ‘cláusula derogatoria o sin perjuicio de’ (*notwithstanding clause*) en la Carta Canadiense de Derechos y Libertades: la legislación canadiense (provincial o nacional), puede ser aprobada de una forma tal que quede exenta de cualquier escrutinio judicial, es decir, las asambleas canadienses pueden legislar ‘sin perjuicio de’ los derechos de la Carta. En la práctica, sin embargo, esta cláusula no se invoca frecuentemente”.<sup>48</sup>

El propio autor refiere que en Nueva Zelanda: “...las cortes no pueden retirar la legislación del ordenamiento, ni pueden negarse a aplicarla, incluso en

---

<sup>46</sup> Zweigert, Konrad y Kötz, Hein, *op. cit.*, pp. 38-39.

<sup>47</sup> Para una interesante aproximación al concepto véase Hierro, Liborio, *Estado de Derecho. Problemas actuales*, 2a. ed., México, Fontamara, 2001, así como Grote, Rainer, “Rule of Law, Rechtsstaat, y État de Droit”, en *Pensamiento Constitucional*, Año VIII, núm. 8, pp. 127-176.

<sup>48</sup> Waldron, Jeremy, “Control de constitucionalidad y legitimidad política”, en *Dikaion*, Año 32, vol. 27, núm. 1, Colombia, junio de 2018, p. 13.



aquellos eventos en los cuales la ley quebrante derechos humanos (en Nueva Zelanda los derechos se encuentran en el Bill of Rights Act de 1990). No obstante, las cortes pueden tratar de encontrar interpretaciones de la ley que neutralicen la vulneración de los derechos”.<sup>49</sup>

Muestra de ello es lo que dispone la mencionada *Bill of Rights Act* en su sección 4: “Ninguna corte podrá, en relación con cualquier ley (bien sea que se haya aprobado antes o después de la vigencia de este Bill of Rights), [...] sostener que un artículo de cualquier ley ha sido implícitamente derogado o revocado o, de cualquier forma, sostener que es inválido o ineficaz; o [...] negarse a aplicar cualquier artículo de una ley bajo el argumento de que dicho artículo es inconsistente con una disposición de este Bill of Rights”.<sup>50</sup>

Ahora bien, justificadas la utilidad del derecho comparado en nuestra investigación y la materia o el objeto de la comparación, conviene hacer un par de reflexiones sobre el método comparativo, área del conocimiento en el que no existe plena uniformidad.

Zweigert y Kötz sostienen que sólo se puede hacer derecho comparado cuando median reflexiones comparativas acerca de un determinado problema, desde su punto de vista, la mejor forma de hacerlo consiste en tres pasos esenciales, en primer lugar, definir los aspectos esenciales de los sistemas nacionales; en segundo, usar ese material como base de comparación crítica y, finalmente, extraer conclusiones sobre la mejor solución disponible.<sup>51</sup> Desde luego, esta hoja de ruta puede ser orientadora, pero no debe perderse de vista

---

<sup>49</sup> *Ídem.*

<sup>50</sup> *Ídem*, nota al pie de página número 3.

<sup>51</sup> *Cfr.* Zweigert, Konrad y Kötz, Hein, *op. cit.*, p. 7.



que es un planteamiento preliminar sobre las etapas del método comparativo que proponen estos autores.

De ahí que los citados juristas sostienen, quizá mediante una afirmación cada vez menos aceptable en la actualidad, que: "...a los comparatistas de todo el mundo les tiene sin cuidado su método, ya que se ven a sí mismos como participantes de una ciencia en estado experimental. [...] Aun hoy, debemos dudar seriamente respecto de la posibilidad de presentar una metodología lógica y autosuficiente con aspiraciones de funcionamiento inmaculado";<sup>52</sup> más tarde apuntan que: "...no cabe esperar que una disciplina de formación tan reciente cuente con un conjunto aceptado de principios metodológicos. Aun hoy, el método adecuado debe determinarse mediante un proceso gradual de ensayo y error".<sup>53</sup>

Mauro Cappelletti también elabora una propuesta metodológica para el análisis comparativo que pasa por las siguientes seis etapas: 1. Definir el *tertium comparationis*, o sea, el punto de partida común para la comparación, que, desde su perspectiva, serían un problema o necesidad; 2. Encontrar las soluciones jurídicas que se han dado a ese problema o necesidad; 3. Determinar las analogías y diferencias existentes entre las soluciones adoptadas; 4. Investigar las tendencias evolutivas de las soluciones; 5. Evaluar críticamente las soluciones adoptadas, con la finalidad de medir su eficacia o ineficacia; 6. Predicción de los desarrollos futuros.<sup>54</sup>

En una forma más aterrizada al derecho constitucional comparado, que es el que nos ocupa, Manuel Aragón afirma que éste puede desplegarse en las siguientes cuatro direcciones: a) El estudio simultáneo pero individualizado de

---

<sup>52</sup> *Ibidem*, p. 37.

<sup>53</sup> *Ídem*.

<sup>54</sup> *Cfr.* Cappelletti, Mauro, *op. cit.*, pp. 363-367.



UNIVERSIDAD  
PANAMERICANA

diversas constituciones, a las que se considera las más genuinas y ejemplares, como especie o género de un orden constitucional; b) La reducción de las constituciones particulares de los Estados a grupos colectivos, según sus notas similares o afines; c) El estudio del orden constitucional de un país en particular, que sea el parámetro de comparación con respecto de otros, para identificar sus similitudes o diferencias, y d) La armonización de los tres anteriores, ya que no son métodos excluyentes.<sup>55</sup>

En nuestro caso, sobre la base de la última aclaración, tomamos en cuenta las modalidades del método comparado descritas en los incisos a) y b), en la medida que, según expusimos previamente cuando aludimos al formante legislativo, estudiamos simultáneamente un conjunto de ordenamientos constitucionales y legales de diferentes países y, eventualmente, los examinamos agrupadamente según presentaran ciertas características afines (por ejemplo, aquellos ordenamientos que adoptan un sistema difuso o concentrado de control de la constitucionalidad; los que configuraron un cierto tipo de control bajo regímenes de tipo socialistas, países en los que se regula la cuestión de inconstitucionalidad o los que reconocen normativa o jurisprudencialmente la existencia de un bloque de constitucionalidad, etcétera).

Por último, es importante decir que esta tesis no es un análisis de *lege ferenda*, esto es, no propone una determinada reforma para mejorar una figura de un ordenamiento jurídico; por el contrario, pretende trascender los ámbitos nacionales y ofrecer, sobre una base comparativa, una sistematización completa que sirva a los juristas de todas las latitudes para estudiar y comprender mejor sus propios sistemas.

---

<sup>55</sup> Cfr. García Pelayo, Manuel, *Derecho constitucional comparado*, Madrid, Alianza, 1984, pp. 20-21.



Dicho en otros términos, pretendemos aportar a la ciencia jurídica un panorama general a partir del cual sea posible analizar y comprender a los distintos sistemas de control de la constitucionalidad en su conjunto, esto es, plantear un esquema metodológico que sea útil para el estudio de cualquier sistema de control, tomando como punto de partida las clasificaciones que se han elaborado para explicarlos.

Algo similar sugieren Zweigert y Kötz, al afirmar que el derecho comparado: “...no puede ya limitarse a formular propuestas para la reforma del derecho nacional...[sino] trascender el ámbito de los sistemas nacionales y brindar una base comparativa sobre la cual desarrollar un sistema legal [común]”.<sup>56</sup>

**La importancia de las clasificaciones.** Desde un punto de vista lexicográfico, clasificar significa “Ordenar o disponer por clase algo”.<sup>57</sup> Gabriel Zaid afirma que: “Clasificar es la primera forma de saber. Consiste en observar, comparar, agrupar, encontrar elementos comunes, crear un modelo que integre los elementos comunes y volver a las cosas comparables para ver cuáles sí y cuáles no encajan en la clasificación”.<sup>58</sup> En suma, clasificar nos permite conocer algo y entenderlo mejor.

En este caso, el análisis histórico y comparado que se realiza nos permite obtener las distintas clasificaciones que se han formulado en torno a nuestro objeto de estudio, lo que a su vez nos coloca en una posición privilegiada para conocer de mejor manera a los distintos sistemas de control de la constitucionalidad. El análisis que se realiza también nos brindará la posibilidad de saber si, en efecto, los criterios y variables que se toman como base para ello,

---

<sup>56</sup> Zweigert, Konrad y Kötz, Hein, *op. cit.*, p. 32.

<sup>57</sup> Diccionario de la Lengua Española, disponible en: <https://dle.rae.es/clasificar?m=form>

<sup>58</sup> Zaid, Gabriel, “Clasificaciones”, *Letras Libres*, 7 de octubre de 2012.



logran proporcionar clasificaciones satisfactorias de los distintos sistemas o, por el contrario, sólo se ocupan parcial y limitadamente de algunos de sus elementos esenciales.

Sobre el particular, Pegoraro sostiene que: “La utilidad de las clasificaciones reside en su potencial analítico: pues se aumenta la comprensión de los fenómenos complejos, simplificando los datos del mundo real mediante esquemas conceptuales que dan vida a modelos generales y abstractos. Las clasificaciones efectivamente significativas son aquellas que permiten proponer, en relación a las clases en ellas comprendidas, hipótesis más interesantes y generales que las referidas a cada objeto separadamente considerado, ofreciendo el máximo de información con el menor esfuerzo cognitivo posible”.<sup>59</sup>

Siguiendo a Tusseau: “Todo modelo reagrupa, bajo una apariencia de forma ordenada, un número determinado de datos dispersos con el objeto de concederles así una coherencia de conjunto...El recurso al método de la modelización permite, por un lado, establecer una coherencia en el seno de cada sistema nacional y por otro, autorizar la ordenación –de una forma racionalizada– de los diferentes elementos comparados, los unos frente a los otros”.<sup>60</sup>

En efecto, como tendremos oportunidad de demostrar, las clasificaciones de los sistemas de control de la constitucionalidad han tenido como resultado la conformación de modelos sobre la base de los cuales suele agruparse a los distintos sistemas en particular. Conforme a esto, se habla de un modelo americano y de un modelo europeo, que vienen caracterizados por distintos elementos estructurales que son proporcionalmente opuestos. A partir de ahí, se

---

<sup>59</sup> Pegoraro, Lucio, *Derecho constitucional comparado. 1 La ciencia y el método*, op. cit., p. 199.

<sup>60</sup> Tusseau, Guillaume, *Para acabar con los “modelos” de jurisdicción constitucional. Un ensayo de crítica*, op. cit., pp. 9-10.



sustraen categorías intermedias o secundarias que toman como base algún elemento particular de aquéllos.

La cuestión es que, desde nuestra perspectiva, las clasificaciones elaboradas y los modelos resultantes, son incapaces de dar cuenta puntual de los distintos sistemas de control de la constitucionalidad en la actualidad, de ahí la necesidad de replantear sus justos alcances y proponer nuevos elementos que puedan orientar la elaboración de futuros intentos clasificatorios.

**Contenido.** Para efectos de lo anterior, dividimos la presente tesis en cuatro capítulos.

En el Capítulo I hacemos un recorrido histórico que nos permite conocer los posibles orígenes del control de la constitucionalidad, la forma en que fueron concebidos inicialmente los primeros y principales sistemas, la evolución que han tenido hasta nuestros días y su influencia en otros ordenamientos. En este orden, comenzamos con la referencia a algunos institutos y ordenamientos que configuraron en la época antigua diversas especies de control, partiendo de la distinción efectuada en el derecho griego entre el *nómos* y el *pséfisma* y las instituciones romanas del *homine libero exhibendo* y la *intercessio tribunicia*; pasando por los fueros, el juicio de manifestación ante el Justicia Mayor, algunos institutos similares regulados en las Siete Partidas y la creación del *habeas corpus* en el siglo XVII, hasta figuras presentes en la época colonial en América, como el llamado amparo colonial o novohispano.

Posteriormente exponemos los antecedentes, los orígenes y los fundamentos del sistema difuso de control de la constitucionalidad, situándonos inicialmente en el *Bonham's case* de 1610 y su influencia en las colonias



UNIVERSIDAD  
PANAMERICANA

británicas, exponiendo también el régimen constitucional configurado después de la independencia, del que emergió la *supremacy clause*; asimismo hacemos referencia a *El Federalista* para explicar su importancia como uno de los fundamentos teóricos del control jurisdiccional de la constitucionalidad en Estados Unidos y a la sentencia *Marbury Vs. Madison* con la que se reconoce el nacimiento formal del sistema difuso.

Después realizamos una breve alusión a *La Democracia en América* de Tocqueville y su difusión en Europa, sobre todo para explorar la forma en que el control de la constitucionalidad fue abordado en Francia y la influencia que ejerció en otros países. En este punto, desarrollamos los fundamentos teóricos del control de la constitucionalidad por órgano político y las distintas manifestaciones de los órganos políticos de control de la constitucionalidad.

Enseguida damos inicio al estudio del sistema concentrado de control de la constitucionalidad, remontándonos esta vez a los ordenamientos de Suiza, Checoslovaquia y Austria, con la finalidad de desprender los antecedentes y los fundamentos de esta clase de sistemas; de igual modo analizamos brevemente el origen y la expansión de los tribunales constitucionales en tanto órganos definitorios del llamado sistema concentrado.

Concluimos este capítulo con el estudio del control de la constitucionalidad en los sistemas socialistas.

En el Capítulo II damos cuenta de las principales clasificaciones que se han elaborado de los sistemas de control de la constitucionalidad, tanto de las tradicionales o clásicas, como de las nuevas construidas ante las limitaciones



presentadas por aquéllas, superadas precisamente por la complejidad actual con la que ya no se corresponden.

Para ello, iniciamos con la clasificación que es quizá la más aceptada y difundida y que toma como base a los órganos de control. Sobre esta base, analizamos en primer lugar la distinción entre el control de la constitucionalidad por órgano político y por órgano jurisdiccional, explicando las características de cada uno de ellos. A continuación nos detenemos en la subdivisión que se hace respecto de este último, esto es, del control difuso y del control concentrado. También exploramos los denominados sistemas mixtos o híbridos y los sistemas duales o paralelos.

Precisado lo anterior, argumentamos que las clasificaciones tradicionales y las contemporáneas se encuentran en crisis, en la medida que resultan insuficientes para dar cuenta puntual de los distintos sistemas de control de la constitucionalidad en forma integral.

En el Capítulo III describimos y analizamos lo que, desde nuestro punto de vista, son los elementos esenciales de todo sistema de control de la constitucionalidad y realizamos un ejercicio de contrastación entre éstos y las clasificaciones expuestas en el capítulo anterior; esto, con la finalidad de evidenciar que aquéllas sólo se ocupan parcialmente de algunos de los mencionados elementos y, por tanto, no logran elaborar clasificaciones de los sistemas como tal.

Así las cosas, proporcionamos una definición del control de la constitucionalidad como punto de partida para la identificación de los referidos elementos esenciales; precisado lo anterior, exponemos en qué consiste cada uno



de ellos y las distintas manifestaciones que pueden tener en perspectiva comparada; como consecuencia de esto, justificamos los verdaderos alcances de las clasificaciones tradicionales y de las nuevas clasificaciones de los sistemas de control de la constitucionalidad y desarrollamos una clasificación prácticamente ignorada hasta el momento, concretamente aquella que descansa en el parámetro de control.

Finalizamos dando cuenta de los sub-elementos y de las sub-clasificaciones que pueden tener lugar como variables para el análisis concreto de los sistemas de control, a los cuales también suele asociárseles con el análisis macro y micro de los criterios de clasificación.

Por último, en el Capítulo IV proponemos un cambio en la “pregunta metodológica” con la que usualmente se emprende el estudio de los sistemas de control de la constitucionalidad. En este orden, afirmamos que lo importante no es saber ante *qué* tipo de sistema de control de la constitucionalidad estamos, sino más bien, conocer *cómo* es ese sistema, ya que la respuesta que se dé a este segundo interrogante nos llevará a examinar los cuatro elementos esenciales que hemos visto y no solo parcial y desarticuladamente algunos de ellos.

También proponemos algunas pautas que podrían tomarse en consideración al momento de plantear nuevas clasificaciones de los sistemas de control de la constitucionalidad y ofrecemos un esquema simplificado de sus elementos esenciales y de los criterios de clasificación existentes, que nos permite apreciar gráficamente los fundamentos teóricos y prácticos sobre los que descansa la presente investigación.



UNIVERSIDAD  
PANAMERICANA

## CAPÍTULO I

### ORIGEN Y EVOLUCIÓN DE LOS PRINCIPALES SISTEMAS DE CONTROL DE LA CONSTITUCIONALIDAD

*Sumario. 1.1. Introducción.- 1.2. Breve relación histórica de los posibles antecedentes del control de la constitucionalidad.- 1.3. El sistema difuso de control de la constitucionalidad.- 1.3.1. La influencia del Bonham's case en las colonias británicas.- 1.3.2. El control de la constitucionalidad en las colonias británicas después de su independencia.- 1.3.3. La Supremacy Clause en la Constitución de Estados Unidos.- 1.3.4. El Federalista como fundamento teórico del control jurisdiccional de la constitucionalidad.- 1.3.5. Marshall y la sentencia Marbury Vs. Madison. El nacimiento del sistema difuso.- 1.3.6. La Democracia en América de Tocqueville y su difusión en Europa.- 1.4. El control de la constitucionalidad en Francia y su influencia en otros países.- 1.4.1. Los fundamentos teóricos del control de la constitucionalidad por órgano político.- 1.4.2. Las distintas manifestaciones de los órganos políticos de control de la constitucionalidad.- 1.5. El sistema concentrado de control de la constitucionalidad.- 1.5.1. Fundamentos teóricos.- 1.5.2. El control de la constitucionalidad en Suiza.- 1.5.3. El control de la constitucionalidad en Checoslovaquia.- 1.5.4. El control de la constitucionalidad en Austria.- 1.5.5. Los tribunales constitucionales y su expansión por el mundo.- 1.6. El control de la constitucionalidad en los sistemas socialistas.*



## 1.1. Introducción.

En este capítulo tenemos como objetivo hacer un recorrido histórico que nos permita conocer los posibles orígenes del control de la constitucionalidad, la forma en que fueron concebidos inicialmente los principales sistemas, la evolución que han tenido hasta nuestros días y su influencia en otros ordenamientos. Esta forma de abordar nuestro objeto de investigación (esto es, el control de la constitucionalidad), también será de utilidad para comprender los fundamentos teóricos en los que se apoyan las clasificaciones tradicionales y, en su caso, evaluarlas críticamente en capítulos posteriores.

En este orden, comenzamos con una breve relación de los posibles antecedentes del control de la constitucionalidad, para lo cual nos remontamos a los sistemas jurídicos de la “época clásica”, de Roma y de la Edad Media, así como a figuras o instituciones jurídicas particulares de esos periodos (como el *homine libero exhibendo* o los *fueros*) y de etapas más avanzadas.

Posteriormente nos centramos en el estudio del llamado “sistema difuso de control de la constitucionalidad”, para estos efectos, tomamos como punto de partida la influencia que tuvo el *Bonham’s case* en las colonias británicas y en el sistema que se configuró luego de que éstas logaran su independencia; a esto le sigue una sucinta referencia a la *Supremacy Clause* en la Constitución de Estados Unidos y a “El Federalista”, obra considerada como el fundamento teórico del control jurisdiccional de la constitucionalidad, remisiones que tienen como finalidad exponer diacrónicamente el camino que siguió este sistema hasta su momento cumbre, que se da con la emisión de la sentencia dictada por Marshall en *Marbury Vs Madison*, cuyo contexto y contenido son analizados en la parte final de este apartado.



UNIVERSIDAD  
PANAMERICANA

Después exponemos cómo el sistema difuso fue conocido en Europa, principalmente por mérito de la obra de Alexis de Tocqueville, *La democracia en América*, pues a partir de ella se comenzó a delinear en ese continente una alternativa distinta que logró fraguarse en Francia, concretamente el control por órgano político, cuyos pilares se extienden hasta nuestros días y cuya influencia en otros países resultó predominante, al menos durante el siglo XIX. Con motivo de esto, explicamos los fundamentos teóricos de este modelo de control y las distintas manifestaciones de los órganos políticos que asumieron dicha tarea.

Sobre esa base, enseguida nos ocupamos del “sistema concentrado de control de la constitucionalidad”, que es considerado por algún sector de la doctrina como una modalidad intermedia entre la *judicial review* estadounidense y el control por órgano político francés. Así, describimos sus fundamentos teóricos y la regulación que tuvo en tres ordenamientos que son vistos como aquellos que definieron sus contornos, esto es, los regímenes constitucionales de Suiza, Checoslovaquia y Austria. En este mismo rubro, damos cuenta de los tribunales constitucionales y su expansión por el mundo, al ser, por antonomasia, el elemento definitorio del sistema concentrado de control de la constitucionalidad.

Finalmente, nos adentramos en el estudio del control de la constitucionalidad que tuvo lugar en los sistemas socialistas, el cual, si bien es obsoleto en la actualidad, en la medida que prácticamente todos los países que lo adoptaron, luego de la caída del llamado “bloque socialista”, instauraron tribunales constitucionales y, por consiguiente, sistemas concentrados, aporta elementos importantes que nos ayudan a tener un panorama general de la evolución y del estado actual de los sistemas de control en el mundo.



UNIVERSIDAD  
PANAMERICANA

## 1.2. Breve relación histórica de los posibles antecedentes del control de la constitucionalidad.

Existe un consenso más o menos generalizado según el cual, el control de la constitucionalidad surge con las revoluciones liberales del siglo XVIII. En efecto, esta forma de controlar el poder político tiene que ver con una particular concepción de la constitución, la que no surge sino con los movimientos revolucionarios de Estados Unidos y Francia, esto es, un ordenamiento supremo con un procedimiento dificultado de reforma, al cual están subordinados todas las autoridades y todos los actos del sistema (incluidos el legislador y la ley). Este especial entendimiento de lo que es una constitución, hizo necesario establecer límites al ejercicio del poder y controles jurídicos para garantizar que aquellos fueran respetados.<sup>61</sup>

Sin embargo, con la anterior afirmación no ignoramos que la gestación de los sistemas de control, como los conocemos y entendemos hoy en día, son una construcción histórica progresiva cuyos orígenes se remontan a épocas muy anteriores a la actual.

En este contexto, un claro punto de partida lo podemos encontrar en Grecia. Mauro Cappelletti apunta que aun cuando no expresamente considerada como “supremacía de la Constitución” respecto de las leyes ordinarias, ha existido en otros y más antiguos sistemas jurídicos una especie de *supremacía de ciertas leyes* que, con terminología moderna, podríamos llamar leyes constitucionales o fundamentales respecto de otras que, también con terminología moderna, podrían

---

<sup>61</sup> Cfr. Cappelletti, Mauro, *La justicia constitucional. (Estudios de derecho comparado)*, México, Universidad Nacional Autónoma de México, 1987, p. 44 y Miaille, Michel, *El estado del derecho*, México, Universidad Autónoma de Puebla, 1985, pp. 17-18.



UNIVERSIDAD  
PANAMERICANA

catalogarse como ordinarias.<sup>62</sup> Este autor sostiene que los ejemplos que corroboran su afirmación son numerosos, pero se centra en el caso de la civilización ateniense.<sup>63</sup>

Según Cappelletti, el orden jurídico de Atenas tenía dos niveles, en el más alto estaba el *nómos*, conformado por un conjunto de leyes que, en términos modernos, podrían equivaler a las leyes constitucionales, las que además, seguían un procedimiento de creación o de modificación más complejo; en el nivel inferior se encontraba el *pséfisma*, semejante a un decreto, aunque podía dar lugar a normas abstractas, generales y vinculantes de todo tipo, por lo que también era asimilable al término ley. Continúa diciendo el citado autor que en la *polis* ateniense era un principio fundamental que cualquiera que fuera el contenido del *pséfisma*, éste tendría que ser, tanto en la forma como en la sustancia, acorde con las *nómoi* vigentes, y que era deber de los jueces preferir éstas a aquéllas si había contradicción.<sup>64</sup>

---

<sup>62</sup> Cfr. Cappelletti, Mauro, *La justicia constitucional. (Estudios de derecho comparado)*, op. cit., p. 46. A pesar de lo que apunta Cappelletti, es conocido que entre los griegos antiguos existió un término concreto con significado específico para referirse a la constitución, a saber, el concepto de *politeía*. Cfr. Aristóteles, *La política*, México, Editorial Época, 2008, *In toto*, aunque principalmente el Libro Segundo; Fioravanti, Maurizio, *Constitución. De la antigüedad a nuestros días*, España, Trotta, 2001, pp. 15-31 y Tamayo y Salmorán, Rolando, *Introducción al estudio de la constitución*, 2a. ed., México, Universidad Nacional Autónoma de México, 1986, pp. 23-37.

<sup>63</sup> En sentido contrario al de Cappelletti, Pedro de Vega señala que: "...la justicia constitucional, al menos en su manifestación del control de constitucional (sic), sólo es lógicamente articulable en el marco de las Constituciones rígidas, carece de fundamento buscar precedentes históricos con anterioridad al momento en que la Constitución se configura positivamente como ley suprema", más adelante agrega: "...el concepto de Constitución en sentido moderno, como ley superior y suprema, sólo aparece con el triunfo de la Revolución norteamericana y el subsiguiente proceso revolucionario francés, todo lo que sea remontarse en el tiempo más allá de esos dos momentos memorables supone forzar la realidad y destruir la historia. Buscar precedentes donde no puede haberlos, en lugar de ayudar a comprender el significado de las instituciones modernas, las más de las veces para lo que sirve es para entorpecer su verdadero entendimiento". De Vega, Pedro, *Estudios político-constitucionales*, México, Universidad Nacional Autónoma de México, 2004, pp. 286-287.

<sup>64</sup> Cfr. Cappelletti, Mauro, *La justicia constitucional. (Estudios de derecho comparado)*, op. cit., pp. 46-47.



UNIVERSIDAD  
PANAMERICANA

En el mismo orden, Pegoraro expone que: “No sólo la superioridad de la *politeia* con respecto a los *nomoi* fue teorizada por Aristóteles, sino que además, un particular remedio procesal llamado *grafé paranomòn*, aseguró en el derecho ático que los decretos de la asamblea ciudadana (*psefismata*) fueran conformes a las leyes (*nomoi*)”.<sup>65</sup> El mismo autor recuerda que: “En el derecho romano, las obras de Cicerón sobre la superioridad del *ius civile* con respecto a las otras formas de producción jurídica son evocadas en relación a la teoría de la ley superior; hay quien se refiere a la *adscriptio*, por el que el *ius* era declarado *sacrosanctum*, para comparar tal fórmula con un tipo de declaración de constitucionalidad”.<sup>66</sup>

En una línea similar, Cappelletti también encuentra en la concepción del derecho y de la justicia en la Edad Media importantes antecedentes directos del control de la constitucionalidad. En esa época prevalecía, como es conocido, la idea del derecho natural como orden jurídico superior, cuya derivación era a su vez divina y al cual todas las demás normas estaban subordinadas. El acto soberano no conforme con el derecho natural era declarado nulo y no vinculante y tenía que ser considerado así por parte del juez encargado de aplicar el derecho.<sup>67</sup>

En el *iusnaturalismo* racionalista que imperó en los siglos XVII y XVIII, también se tenía la idea de la existencia de derechos innatos, intangibles e irrenunciables, así como de límites para el legislador.<sup>68</sup> Todavía más atrás en el tiempo, se señala que en Alemania el control de la constitucionalidad:

---

<sup>65</sup> Pegoraro, Lucio, *La justicia constitucional. Una perspectiva comparada*, op. cit., p. 19.

<sup>66</sup> *Ibidem*, p. 20.

<sup>67</sup> Cfr. Cappelletti, Mauro, *La justicia constitucional. (Estudios de derecho comparado)*, op. cit., p. 48. También véase, para conocer más sobre el orden jurídico medieval y algunas matizaciones al respecto, Grossi, Paolo, *El orden jurídico medieval*, Madrid, Marcial Pons, 1996, *In toto*.

<sup>68</sup> Cfr. Cappelletti, Mauro, *La justicia constitucional. (Estudios de derecho comparado)*, op. cit., p. 49. “De manera más cercana puede aludirse a la tradición del Derecho Natural de inspiración laica (GROCIO, PUFENDORF, LOCKE), que, como todo *iusnaturalismo*, contiene la idea de un Derecho superior.”, Fernández Rodríguez, José Julio, op. cit., p. 24.



UNIVERSIDAD  
PANAMERICANA

“...encuentra sus raíces en los siglos XV y XVI, con el Tribunal del Imperio y el Consejo Imperial, órganos especializados que tenían como función primordial la salvaguarda de los derechos individuales...”.<sup>69</sup>

Ahora bien, si se quiere ser todavía más específico en la búsqueda de instituciones que podríamos equiparar a nuestros modernos medios de control de la constitucionalidad, en el derecho romano existió el interdicto pretoriano llamado *homine libero exhibendo*,<sup>70</sup> que tenía como finalidad la defensa de la libertad individual, así como la *intercessio tribunicia*;<sup>71</sup> en las instituciones medievales aragonesas y castellanas tuvieron lugar los fueros o el juicio de manifestación ante el Justicia Mayor, cuya aparición se remontaría hasta las Cortes de Ejea de 1265;<sup>72</sup> en Inglaterra se dio el surgimiento del *habeas corpus* en el siglo XVII, regulado en la *Habeas Corpus Amendment Act* de 26 de mayo de 1679<sup>73</sup> y en América, durante la época del Virreinato, se han encontrado bases para hablar de un “amparo colonial”<sup>74</sup> así como de instituciones similares reguladas en las Siete Partidas.<sup>75</sup>

---

<sup>69</sup> Schwabe, Jürgen (comp.), *Cincuenta años de jurisprudencia del tribunal constitucional federal alemán*, [trad. de Marcela Anzola Gil], Colombia, Konrad Adenauer-Stiftung y Ediciones Jurídicas Gustavo Ibáñez, 2003, p. XXI.

<sup>70</sup> Cfr. Vallarta, Ignacio, *El juicio de amparo y el writ of habeas corpus. Ensayo crítico-comparativo sobre esos recursos constitucionales*, Obras, 3a. ed., México, Porrúa, t. V, p. 24; Burgoa Orihuela, Ignacio, *El juicio de amparo*, 41a. ed., México, Porrúa, 2006, pp. 43-54; Sagüés, Néstor Pedro, *Derecho procesal constitucional*, 3a. ed., Buenos Aires, Astrea, 1998, vol. 4, pp. 3-6 y Fix-Zamudio, Héctor, *El juicio de amparo*, México, Porrúa, 1964, p. 210.

<sup>71</sup> Cfr. Burgoa Orihuela, Ignacio, *op. cit.*, pp. 42-43; Batista, Rodolfo, “Un pretendido antecedente remoto del amparo”, *Revista Mexicana de Derecho Público*, México, núm. 4, vol. 1, abril-junio, 1947, pp. 429-437, *apud* Ferrer Mac-Gregor, Eduardo, *Ensayos sobre derecho procesal constitucional*, México, Porrúa y Comisión Nacional de los Derechos Humanos, 2004, p. 31.

<sup>72</sup> Cfr. De Vega, Pedro, *op. cit.*, p. 286; Vallarta, Ignacio, *op. cit.*, pp. 431-439; Fairén Guillén, Víctor, *Antecedentes aragoneses de los juicios de amparo*, México, Universidad Nacional Autónoma de México, 1971, *In toto*; Sagüés, Néstor Pedro, *op. cit.*, pp. 7-15 y Vásquez del Mercado, Oscar, *El control de la constitucionalidad de la ley. Estudio de derecho comparado*, México, Porrúa, 1978, pp. 108-110, quien cita también el Fuero de Vizcaya de 1452.

<sup>73</sup> Cfr. Ferrer Mac-Gregor, Eduardo, *op. cit.*, p. 31 y Sagüés, Néstor Pedro, *op. cit.*, pp. 16-32.

<sup>74</sup> Cfr. Lira González, Andrés, *El amparo colonial y el juicio de amparo mexicano. Antecedentes novohispanos del juicio de amparo*, México, Fondo de Cultura Económica, 1972, *In toto*. También véase García Belaunde, Domingo, “El amparo colonial peruano”, en Ferrer Mac-Gregor, Eduardo



UNIVERSIDAD  
PANAMERICANA

Todos estos ejemplos demuestran la existencia de distintos instrumentos destinados a preservar la supremacía de un cierto orden normativo, o bien, a garantizar la protección de los derechos y libertades reconocidos en favor de las personas en un determinado periodo de la historia, pero su carácter aislado y poco sistemático, impiden que sobre su base pueda hablarse de sistemas de control de la constitucionalidad bien estructurados. En todo caso, podríamos encontrar ahí sus orígenes, pero los antecedentes directos e inmediatos de lo que hoy conocemos como control de la constitucionalidad, sólo pueden hallarse en tiempos más recientes.

### **1.3. El sistema difuso de control de la constitucionalidad.**

#### **1.3.1. La influencia del *Bonham's case* en las colonias británicas.**

Comúnmente suelen citarse como antecedentes directos del control de la constitucionalidad los fallos dictados en Inglaterra por el juez Edward Coke, principalmente en el *Bonham's case* de 1610, cuya historia es ampliamente conocida. No obstante que este asunto constituye una cita frecuente en el ámbito de los estudios constitucionales, conviene hacer una pequeña síntesis de él, con la finalidad de tener claros el contexto en el que se dictó y sus verdaderos alcances.

En 1606, Thomas Bonham, médico que ejercía su profesión en Londres, fue requerido por el *Royal College of Physicians* con la finalidad de ser examinado en cuanto a sus aptitudes y capacidades profesionales. Una vez evaluado, dicho

---

(coord.), *Derecho procesal constitucional*, 4a. ed., México, Porrúa y Colegio de Secretarios de la Suprema Corte de Justicia de la Nación, 2003, t. III, pp. 2507-2515.

<sup>75</sup> Cfr. Barragán Barragán, José, *Algunas consideraciones sobre los cuatro recursos de amparo regulados por las Siete Partidas*, 2a. ed., México, Universidad de Guadalajara, 2000, *In toto*.



Colegio lo declaró incompetente para el ejercicio de la medicina, le impuso una multa por haberla llevado a cabo sin la licencia respectiva y le prohibió practicarla en el futuro. Como Bonham había obtenido su título por la Universidad de Cambridge y no por la mencionada institución, no hizo caso de la prohibición, desacato que le mereció ser sancionado penalmente con la privación de la libertad, aplicándosele para ello una Carta del Rey Enrique VII, que posteriormente habría de ser convertida en ley. Frente a tal escenario, Bonham recurrió la decisión del *Royal College* ante una Corte judicial, que era presidida por Edward Coke.<sup>76</sup>

La doctrina de Coke consistía, esencialmente, en sostener la supremacía del *common law* sobre las decisiones del Parlamento, así como la competencia de los jueces para garantizarla por sí mismos, en lugar de que tal función fuera

---

<sup>76</sup> “El supuesto de hecho que motiva el fallo es bien conocido. En 1606, el doctor Thomas Bonham, médico ejerciente en la ciudad de Londres, fue requerido, a fin de ser examinado, por el ‘Royal College of Physicians’. Declarado incompetente para el ejercicio de la medicina tras el pertinente examen, fue multado por haberla llevado a cabo sin la oportuna licencia, prohibiéndosele en el futuro el ejercicio de la misma. El doctor Bonham, que había obtenido su título de medicina por la Universidad de Cambridge, hizo caso omiso de la prohibición, por lo que fue condenado a prisión y privado de su libertad, en aplicación de una Carta de Enrique VII posteriormente convertida en ley. El doctor Bonham recurrió contra el Royal College ante la Corte que presidía sir Edward Coke.”, Fernández Segado, Francisco, “Evolución histórica y modelos de control de constitucionalidad”, en García Belaunde, Domingo y Fernández Segado, Francisco (coords.), *La jurisdicción constitucional en Iberoamérica*, Madrid, Dykinson, 1997, p. 51. Un conjunto de precedentes importantes que apuntan en esa misma dirección, pueden consultarse en Tamayo y Salmorán, Rolando, *op. cit.*, pp. 262-264, quien señala que ese principio se remonta a: “...1450, en el caso *Rous vs. The Abbot*, [en el que] un tribunal declaró nula una ley *porque era contraria al derecho fundamental (basic Law) del reino*. *Ibidem*, p. 203. Por otra parte, existen nuevos estudios que niegan la influencia determinante de la doctrina de Coke en el surgimiento de la revisión judicial en Estados Unidos, *Cfr.* Rey Martínez, Fernando, “Una relectura del *Dr. Bonham’s case* (sic) y de la aportación de Sir Edward Coke a la creación de la *judicial review*”, en Ferrer, Mac-Gregor, Eduardo y Zaldivar Lelo de Larrea, Arturo (coords.), *La ciencia del derecho procesal constitucional. Estudios en homenaje a Héctor Fix-Zamudio en sus cincuenta años como investigador del derecho*, México, Universidad Nacional Autónoma de México, Instituto Mexicano de Derecho Procesal Constitucional y Marcial Pons, 2008, t. I, pp. 848-850. A pesar de lo anterior, es común que los tratadistas estadounidenses encuentren en el *Bonham’s case* los antecedentes de la *judicial review*, *Cfr.* Schwartz, Bernard, *Los poderes del gobierno. Comentario sobre la Constitución de Estados Unidos, I. Poderes federales y estatales*, [trad. de José Juan Olloqui Labastida], México, s. e., 1966, p. 27 y Pritchett, Herman, *La constitución americana*, Argentina, Tipográfica Editora Argentina, 1965, p. 185.



UNIVERSIDAD  
PANAMERICANA

asumida directamente por el Rey. En el fallo que recayó al relatado asunto se sostuvo: “Aparece en nuestros libros que en muchos casos, el *common law* habrá de controlar leyes del Parlamento y algunas veces juzgar que son absolutamente nulas: porque cuando una ley aprobada por el Parlamento es contraria al sentido común y a la razón, repugnante o de imposible ejecución, el *common law* debe controlar y declarar nula dicha ley”.<sup>77</sup>

Tal doctrina inspiró la función del poder judicial en Inglaterra por mucho tiempo, pero también se extendió a la práctica jurídica de las entonces colonias británicas.<sup>78</sup> González Oropeza informa que: “La primera referencia que se hace del caso Bonham en tierras americanas fue en el conflicto que ocurrió en Massachussets, con motivo de la aplicación de dos leyes emitidas por el

---

<sup>77</sup> Tamayo y Salmorán, Rolando, *op. cit.*, pp. 204 y 265, nota al pie de página número 45. La traducción de esa cita no es uniforme en todos los casos, aunque también pueden consultarse las versiones de Rey Martínez, Fernando, *op. cit.*, p. 850; de Pérez Tremps, Pablo, *Escritos sobre justicia constitucional*, México, Porrúa, 2005, p. 5 y de Pegoraro, Lucio, *La justicia constitucional. Una perspectiva comparada*, *op. cit.*, p. 21.

<sup>78</sup> Cfr. Cappelletti, Mauro, *La justicia constitucional. (Estudios de derecho comparado)*, *op. cit.*, pp. 53-56. Sobre estos antecedentes, García Belaunde explica que: “La jurisdicción constitucional, tal como la conocemos hoy en día, se remonta en realidad, a principios del siglo XVII, cuando el célebre juez EDWARD COKE, en el caso del Dr. THOMAS BONHAM (1610) afirmó que el derecho natural estaba por encima de las prerrogativas del Rey, sentando así las bases de lo que posteriormente sería el control constitucional de las leyes por parte de los jueces. Por cierto, esta postura de COKE, fuertemente anclada en el pensamiento jusnaturalista, fue ampliamente conocida por los abogados de las colonias inglesas de ultramar, que la desarrollaron y utilizaron en toda su amplitud, a tal extremo que, si bien es discutible que COKE haya creado el control de constitucionalidad de las leyes, le dio sus elementos básicos y suministró a las colonias un sólido sustento jurídico, que, según acertada opinión de B. SCHWARTZ, contribuyó a crear las bases del Derecho Constitucional de los Estados Unidos.”, García Belaunde, Domingo, *De la jurisdicción constitucional al derecho procesal constitucional*, México, Fundap, 2004, p. 29. En igual sentido, “El origen de la ‘judicial review’ en Norteamérica hay que situarlo en la etapa colonial. Es conocido y bien significativo el hecho de que los tribunales coloniales apelasen a los Tribunales superiores ingleses frente a determinadas leyes de las Asambleas coloniales. Estas prácticas tuvieron su continuidad en el período comprendido entre la Independencia y la Convención Constituyente”, Fernández Segado, Francisco, *op. cit.*, p. 53. Según Fernández Rodríguez, la doctrina de Coke “...sirve a los tribunales de Boston, en 1657, para rechazar una ley local, de la misma forma que, en el siglo siguiente, va a estar en la base del ataque contra la validez de la Ley de Estampillas de 1765”, Fernández Rodríguez, José Julio, *op. cit.*, p. 25.



UNIVERSIDAD  
PANAMERICANA

Parlamento Inglés, una en 1662 y la otra en 1696”,<sup>79</sup> las cuales estaban relacionadas con la expedición de órdenes de cateo en materia de búsqueda y confiscación de bienes introducidos por contrabando, conocidas como *writs of assistance*.

Sobre este punto, es importante mencionar que las citadas colonias se regían por estatutos o cartas dadas por la corona inglesa y, si bien conservaban la facultad para darse sus propias leyes, éstas tenían que ser acordes con las leyes del reino y la voluntad suprema del Parlamento inglés, correspondiendo a los tribunales coloniales y al *Privy Council* fiscalizar la conformidad de la legislación colonial con las mencionadas cartas.<sup>80</sup> Un caso que ilustra de manera clara cómo funcionaba ese mecanismo se encuentra en *Winthrop Vs. Lechmere*.<sup>81</sup>

---

<sup>79</sup> González Oropeza, Manuel, *Constitución y derechos humanos. Orígenes del control jurisdiccional*, 3a. ed., México, Comisión de Derechos Humanos del Estado de México, 2020, p. 125.

<sup>80</sup> El siguiente pasaje ilustra nítidamente dicho esquema: “Bajo la ley inglesa, una corporación – sea una compañía mercantil privada o una municipalidad- puede hacer solamente aquellas cosas que le autoriza su carta o constitución propia. Los reglamentos (o reglas secundarias) que van más allá de la autoridad a ella concedida son nulos y no pueden ser puestos en vigor por los tribunales. Aún más, puesto que hasta la autoridad para aprobar ordenanzas sobre un punto dado debe ser interpretada solamente como una autoridad para aprobar ordenanzas ‘razonables’, las ordenanzas pueden ser declaradas nulas (*ultra vires* de la corporación) por ser ‘no razonables’, en la opinión del tribunal. Estas reglas fueron aplicadas por los tribunales a las Colonias mismas –muchas de las cuales habían sido establecidas, después de todo, como compañías mercantiles, y la mayor parte de ellas vinieron a ser gobernadas bajo cartas o estatutos de la Corona.”, Grant, J. A. C., *El control jurisdiccional de la constitucionalidad de las leyes. Una contribución de las Américas a la ciencia política*, México, Revista de la Facultad de Derecho, Universidad Nacional Autónoma de México, 1963, p. 29. También véase Cappelletti, Mauro, *La justicia constitucional. (Estudios de derecho comparado)*, op. cit., p. 56. Según Cappelletti, más de 600 leyes coloniales fueron anuladas entre 1696 y 1792, bajo este mecanismo. Cfr. Cappelletti, Mauro, *Il controllo giudiziario di costituzionalità delle leggi nel diritto comparato*, p. 57, apud Pérez Tremps, Pablo, op. cit., pp. 13-14; Bryce señala que la competencia recaía en primera instancia en los tribunales coloniales y posteriormente en el Consejo Privado, Cfr. Bryce, Jaime, *La República Norteamericana*, Costa Rica, Universidad Autónoma de Centro América, 1987, t. II, p. 38.

<sup>81</sup> “Se encuentra un excelente ejemplo de este modelo colonial en el litigio entre Winthrop y Lechmere, que llegó, por apelación, al Consejo Privado (*Privy Council*) del Rey en 1727. Una ley de Connecticut de 1699 disponía que, en la distribución de las propiedades de los que morían intestados, el hijo mayor debería recibir porción doble y que todos los otros hijos deberían heredar porciones iguales. El General Winthrop murió intestado en 1717 dejando una cantidad considerable de bienes raíces en Connecticut. Le sobrevivían un hijo, Juan, y una hija Ana, esposa de Tomás



UNIVERSIDAD  
PANAMERICANA

### 1.3.2. El control de la constitucionalidad en las colonias británicas después de su independencia.

Una vez que las colonias británicas lograron su independencia en 1776, sustituyeron las “cartas coloniales” otorgadas por la corona inglesa por nuevas “constituciones” dadas por ellos mismos y, como entonces ya era una práctica común que los jueces pudieran inaplicar leyes contrarias a las cartas coloniales, no resultó extraño que procedieran de igual modo cuando existían actos opuestos a las recientes normas constitucionales.<sup>82</sup>

Los casos *Holmes Vs. Walton* dictado en 1780 por la Corte Suprema de *New Jersey*; *Commonwealth Vs. Caton* resuelto en 1782 por la Corte Suprema de Virginia<sup>83</sup> y *Trevett Vs. Weeden* decidido en 1786 por un tribunal de Rhode Island,<sup>84</sup> corroboran lo anterior.

---

Lechmere. Juan reclamaba todos los bienes raíces bajo la ley común de Inglaterra, mientras que Lechmere, en nombre de su esposa, demandaba un tercio bajo la ley de Connecticut. El tribunal colonial decidió a favor de este último, pero Winthrop apeló al Consejo Privado y obtuvo la revocación de esta sentencia.

La Carta de Connecticut disponía que la colonia podría aprobar ‘leyes saludables y razonables no contrarias a las leyes de este reino de Inglaterra’. El Consejo Privado reconoció el argumento de Winthrop, de que una vez que la ley de Inglaterra establecía la primogenitura, la ley de Connecticut ‘no estaba autorizada por la Carta’. Su resolución sostuvo que la ley de 1699 era ‘completamente nula (*null and void*) y no autorizada por la Carta de aquella colonia’ y, por consiguiente, ‘sin fuerza o efecto ninguno’. La sentencia del tribunal colonial, que adjudicaba una tercera parte de la tierra a la hija, fue, por consiguiente, invalidada, y toda la propiedad se adjudicó al hijo varón.”, Grant, J. A. C., *op cit.*, pp. 29-30. En 1737 se apeló un caso similar por la Colonia de Massachusetts, pero esta vez se confirmó la validez del estatuto, abandonando así el precedente citado.

<sup>82</sup> Cfr. Grant, J. A. C., *op. cit.*, p. 31; Cappelletti, Mauro, *La justicia constitucional. (Estudios de derecho comparado)*, *op. cit.*, p. 57 y Bryce, Jaime, *op. cit.*, p. 39.

<sup>83</sup> Cfr. Grant, J. A. C., *op. cit.*, p. 31. Es interesante resaltar que uno de los jueces que participó en esa resolución, concretamente el juez George Wythe, fue profesor de John Marshall en el *College William and Mary*, y como parte de los razonamientos que utilizó se encuentra el siguiente: “si la legislatura tratara de traspasar los límites que el pueblo le prescribe, yo, al administrar la justicia pública del país...señalando a la Constitución, les diré: aquí está el límite de vuestra autoridad; hasta aquí llegaréis, pero no más allá.”, Grant, J. A. C., *op. cit.*, pp. 31-32. Si Marshall al dictar la sentencia en *Marbury Vs. Madison*, tuvo presentes las palabras de su maestro, es algo que sólo puede quedar en el ámbito de la especulación. También suele citarse la sentencia del caso *Writs of Assistance* de 1761, Cfr. Fernández Segado, Francisco, “James Otis y el *Writs of*



De ahí que James Bryce apunte que: “Cuando la Constitución de los Estados Unidos se ponía en vigor en 1789, y se declaró superior á todas las Constituciones y a todas las leyes de Estado, ningún principio nuevo se introducía”.<sup>85</sup>

Asimismo, se considera que otro factor importante que contribuyó a configurar el sistema americano, consiste en la importancia que se dio a la formulación escrita de las leyes básicas, como el Pacto de Mayflower de 1620, las Órdenes Fundamentales de Connecticut de 1639 y, desde luego, las propias cartas coloniales concedidas por la corona inglesa desde 1620 hasta 1700.<sup>86</sup>

Incluso, James Bryce señala que: “Muchos de los delegados de Filadelfia...tenían el hábito inapreciable de conocer las Constituciones escritas ó rígidas...La Constitución inglesa, ó lo que se ha dado en llamar así, consiste en costumbres, precedentes, tradiciones, acuerdos, á menudo vagos y elásticos siempre. Muy diferente y mucho más ardua era la obra de la que había de ser Constitución americana. Sus autores, que habían vivido bajo el imperio de la Constitución inglesa, debieron aprender primero á fijar en un solo documento, y en algunas líneas, rápidas y concisas, los principios de las leyes; esta experiencia les permitió darse cuenta de todo lo que podía ser introducido, sin temor, en un texto

---

*Assistance case (1761)*” *Anuario Iberoamericano de Justicia Constitucional*, Madrid, 2014, pp. 155-192; “Entre la Revolución y *Marbury vs. Madison*, los tribunales de los estados declararon o ejercieron ese poder en veinte causas por lo menos...”, sin aportar más información, Schwartz, Bernard, *op. cit.*, p. 27.

<sup>84</sup> Cfr. Pritchett, Herman, *op. cit.*, p. 187. “En 1786, el Tribunal Supremo de Rhode Island consideraba nula y sin efecto obligatorio para los Tribunales una ley del Legislativo autorizando condenas por simples instrucciones sumarias, y sin la intervención del Jurado; invocaba con (sic) motivos de esta nulidad las disposiciones de la Carta colonial, que era todavía en esa época la Constitución del Estado, y según las cuales el derecho á ser juzgado por un Jurado era absoluto en todos los casos”, Bryce, Jaime, *op. cit.*, p. 39.

<sup>85</sup> Bryce, Jaime, *op. cit.*, p. 39.

<sup>86</sup> Cfr. Pritchett, Herman, *op. cit.*, p. 186. También véase Pegoraro, Lucio, *La justicia constitucional. Una perspectiva comparada*, *op. cit.*, p. 32.



de esta especie y del lugar que debiera reservarse para los casos imprevistos y para los desenvolvimientos inevitables”.<sup>87</sup>

Lo anterior se confirma con el hecho de que –según se verá posteriormente– la referencia a la importancia de las constituciones escritas es retomada, ya sea implícita o expresamente, tanto por Hamilton en *El Federalista*, como por Marshall en la sentencia *Marbuy Vs. Madison*.

En suma, si bien esos antecedentes jurisdiccionales y textos históricos ya perfilaban lo que con el tiempo vendría a ser el sistema estadounidense de control de la constitucionalidad, su configuración concreta no vendría sino hasta después de promulgado su texto constitucional.<sup>88</sup>

### 1.3.3. La *Supremacy Clause* en la Constitución de Estados Unidos.

La Constitución de Estados Unidos fue adoptada el 17 de septiembre de 1787 por la Convención de Filadelfia.<sup>89</sup> En su texto original, no se encuentra expresamente la facultad del poder judicial para revisar la constitucionalidad de las leyes y demás actos del poder público, salvo lo dispuesto en el artículo VI, Sección Segunda, que dice: “2. Esta Constitución, y las leyes de los Estados Unidos que se expidan con arreglo a ella, y todos los tratados celebrados o que se celebren bajo la autoridad

---

<sup>87</sup> Bryce, Jaime, *op. cit.*, pp. 60-61.

<sup>88</sup> Por eso Lambert, siguiendo la opinión de algunos de los principales juristas norteamericanos, señala que: “[Las] decisiones de los Estados anteriores a 1788 [son] ‘insuficientes en número para garantizar la inserción de que la doctrina estaba ya establecida’, [...] aplicaban los términos de cartas que, promulgadas por una autoridad externa y superior a la comunidad colonial, eran leyes en el sentido más estricto de la palabra. Y las que son anteriores a la declaración de independencia hacen referencia a un sistema de gobierno que no tiene relación alguna con el que nació de la constitución de 1787-1789.”, Lambert, Edouard, *op. cit.*, p. 38, nota al pie número 3.

<sup>89</sup> Según Bryce: “Se pueden señalar como fechas de la Constitución 1787, año de su votación, ó 1788, año de su aceptación por el número de Estados reglamentario, ó bien 1789, año en que tuvo plena aplicación”, Bryce, Jaime, *op. cit.*, p. 57, nota (1).



UNIVERSIDAD  
PANAMERICANA

de los Estados Unidos, serán la suprema ley del país y los jueces de cada Estado estarán obligados a observarlos, a pesar de cualquier cosa en contrario que se encuentre en la Constitución o las leyes de cualquier Estado” –precepto que es considerado el fundamento del control difuso de constitucionalidad–.<sup>90</sup>

En palabras de Cappelletti, “Este texto [...] ha fijado por un lado la que ha sido llamada precisamente la *supremacía de la Constitución*; y ha impuesto, por el otro lado, el poder y el deber de los jueces de no aplicar las leyes contrarias a la Constitución misma”.<sup>91</sup> Esto revela que si bien el control judicial de constitucionalidad no quedó expresamente autorizado en el texto supremo, ello no significa que el tema haya pasado por alto en los debates constituyentes, como lo demuestran los trabajos publicados en *El Federalista*.

En efecto, el mismo Hamilton –coautor de la aludida obra clásica– reconoce que en el plan de la Convención constituyente no existe una facultad que autorice directamente a los tribunales para “interpretar las leyes de acuerdo con el espíritu de la Constitución”, sin embargo, también defiende –como lo hace incluso con mayor fuerza en otras partes del mencionado tratado–, que aquélla deberá ser “la piedra de toque para la interpretación de las leyes”, por lo que siempre que exista una contradicción evidente entre ambas normas, son éstas las que deben ceder. Las ideas de este “padre fundador” van más allá, pues incluso sostiene que tal

---

<sup>90</sup> Y antecedente primigenio de nuestro actual artículo 133 constitucional: “Esta Constitución, las leyes del Congreso de la Unión que emanen de ella y todos los tratados que estén de acuerdo con la misma, celebrados y que se celebren por el Presidente de la República, con aprobación del Senado, serán la Ley Suprema de toda la Unión. Los jueces de cada entidad federativa se arreglarán a dicha Constitución, leyes y tratados, a pesar de las disposiciones en contrario que pueda haber en las Constituciones o leyes de las entidades federativas”.

<sup>91</sup> Cappelletti, Mauro, *La justicia constitucional. (Estudios de derecho comparado)*, op. cit., pp. 44-45.



UNIVERSIDAD  
PANAMERICANA

facultad debe predicarse tanto para la judicatura federal, como para las de las entidades federativas.<sup>92</sup>

Un par de explicaciones adicionales del porqué el control de constitucionalidad no se reguló en forma contundente en la Constitución de Estados Unidos, apuntan que ello obedeció a que la revisión judicial se consideraba como un elemento esencialmente implícito en las constituciones escritas, puestas precisamente para instituir un gobierno limitado; otros argumentan que frente al rechazo sucesivo de diversas propuestas en tal sentido, se decidió hacerlo “del modo más oscuro”, mediante la recién citada cláusula de la supremacía.<sup>93</sup>

---

<sup>92</sup> “En primer lugar, no existe en el plan que estudiamos una sola sílaba que faculte *directamente* a los tribunales para interpretar las leyes de acuerdo con el espíritu de la Constitución o que les conceda a este respecto mayor libertad de la que pueden pretender los tribunales de cualquier Estado. Sin embargo, admito que la Constitución deberá ser la piedra de toque para la interpretación de las leyes y que siempre que exista una contradicción evidente, las leyes deben ceder ante ella. Pero esta doctrina no se deduce de ninguna circunstancia peculiar al plan de la convención, sino de la teoría general de una Constitución limitada y, hasta donde puede ser cierta, es aplicable con la misma razón a la mayoría, si no ya a todos los gobiernos de los Estados. Por lo tanto, no puede fundarse en esta circunstancia ninguna objeción contra la judicatura federal que no proceda también en contra de las judicaturas locales y que no sirva para condenar a cualquier Constitución que pretenda marcar límites al arbitrio legislativo”, Hamilton, A., Madison, J. y Jay, J., *El Federalista*, [trad. de Gustavo R. Velasco], 2a. ed., México, Fondo de Cultura Económica, 2001, p. 344.

<sup>93</sup> “La revisión judicial no se mencionó específicamente en la Constitución, porque no se consideró necesario. La revisión judicial como un elemento esencial del derecho era parte de la tradición jurídica de la época. Las constituciones escritas se habían presentado como fruto de la lucha colonial por un gobierno limitado.”, Schwartz, Bernard, *op. cit.*, pp. 26-27; según Pritchett, diversas propuestas sobre el control de las leyes, desde una facultad de veto hasta la revisión judicial, fueron rechazadas sucesivamente, después de lo cual: “No se realizó ningún esfuerzo ulterior en la Convención para acordar a la Suprema Corte un poder de revisión expreso sobre la legislación. Esto no prueba, por supuesto, que los constituyentes se opusieran a la revisión judicial como tal. Pero es cierto que, si tuvieron la intención de consignarla en la Constitución, lo hicieron del modo más oscuro (a través de la cláusula de la supremacía).”, Pritchett, Herman, *op. cit.*, pp. 187-189. “Los constituyentes establecieron así un control de constitucionalidad...No había, sin embargo, unanimidad acerca de la institución que se encargaría de ello. En los debates constituyentes, el Congreso, la presidencia, incluso los mismos estados fueron considerados uno por uno. No obstante, el judicial será la institución que obtendrá más sufragios: según estudios de Charles Beard y Edward Corwin, habrían votado en su favor entre 25 y 32 constituyentes.”, France Toinet, Marie, *El sistema político de los Estados Unidos*, México, Fondo de Cultura Económica, 1994, pp. 65-66. “Durante la discusión de la Constitución se hizo la proposición, que estuvo algún



#### **1.3.4. El Federalista como fundamento teórico del control jurisdiccional de la constitucionalidad.**

Como es de sobra conocido, *El Federalista* es una obra conformada por una serie de artículos publicados entre octubre de 1787 y mayo de 1788 en distintos diarios de Nueva York, por Hamilton, Madison y Jay, bajo el pseudónimo de *Publio*. En dicha obra se dedican 6 artículos al Poder Judicial, todos autoría del primero de los nombrados, de entre los cuales destaca, por su relevancia en el tema que nos ocupa, el número LXXVIII.<sup>94</sup>

En este capítulo Hamilton señala que la independencia completa de los tribunales es particularmente esencial en una “Constitución limitada”, entendiéndose por tal aquella que contiene prohibiciones expresas a la autoridad legislativa. Estas limitaciones –continúa– sólo pueden garantizarse por los tribunales de justicia, cuyo deber ha de ser el declarar nulos todos los actos contrarios a la Constitución. Para responder a sus críticos, aclaraba que este “derecho de los tribunales” no implicaba su superioridad frente al legislativo, antes bien, aquéllos habían sido concebidos como un cuerpo intermedio entre el pueblo y la legislatura, con la finalidad de mantener a esta última dentro de los límites asignados precisamente por la Constitución; en suma, sólo a ellos (los jueces) pertenece la competencia para determinar el significado y la interpretación de las leyes, incluida la Constitución, al ser, de hecho, una ley fundamental. En consecuencia –concluye

---

tiempo a punto de ser votada, de dar al Congreso federal un derecho de veto respecto de las leyes de los Legislativos de los Estados: el debate hizo ver los inconvenientes de este sistema. Su adopción hubiera molestado a los Estados, celosos siempre de su autonomía, y su aplicación provocado conflictos con ellos. La desaprobación de una ley de Estado, aunque estuviera en oposición con la Constitución federal, hubiera revestido de carácter político y entrañado represalias políticas. Por otra parte, el veto se hubiera opuesto muchas veces antes de que se hubiera podido conocer el funcionamiento de la ley de Estado, y á veces, quizá, en casos en que ni aun siquiera hubiese sido aquella peligrosa ni opuesta á la Constitución federal.”, Bryce, Jaime, *op. cit.*, pp. 48-49.

<sup>94</sup> Aunque tales ideas se refuerzan también en otras partes de la obra. *Cfr.* Hamilton, A., Madison, J. y Jay, J., *op. cit.*, capítulos XXXIII y LXXXI.



UNIVERSIDAD  
PANAMERICANA

el mencionado “padre fundador”—, si ocurre que entre las dos hay una discrepancia, debe preferirse la Constitución a la ley ordinaria, o sea, la intención del pueblo sobre la intención de sus mandatarios.<sup>95</sup>

Como se ve, en *The Federalist Papers* Hamilton sentó los fundamentos teóricos de la supremacía constitucional, de los límites al legislador y de la facultad de los jueces para declarar nulos sus actos si se oponían al texto fundamental, aunque los efectos prácticos de estas ideas y las enormes consecuencias que tendrían, tuvieron que esperar algunos años.

---

<sup>95</sup> “La independencia completa de los tribunales de justicia es particularmente esencial en una Constitución limitada. Por Constitución limitada entiendo la que contiene ciertas prohibiciones expresas aplicables a la autoridad legislativa, como, por ejemplo, la de no dictar decretos que impongan penas e incapacidades sin previo juicio, leyes *ex post facto* y otras semejantes. Las limitaciones de esta índole sólo pueden mantenerse en la práctica a través de los tribunales de justicia, cuyo deber ha de ser el declarar nulos todos los actos contrarios al sentido evidente de la Constitución. Sin esto, todas las reservas que se hagan con respecto a determinados derechos o privilegios serán letra muerta.

El derecho de los tribunales a declarar nulos los actos de la legislatura, con fundamento en que son contrarios a la Constitución, ha suscitado ciertas dudas como resultado de la idea errónea de que la doctrina que lo sostiene implicaría la superioridad del poder judicial frente al legislativo...No hay proposición que se apoye sobre principios más claros que la que afirma que todo acto de una autoridad delegada, contrario a los términos del mandato con arreglo al cual se ejerce, es nulo. Por lo tanto, ningún acto legislativo contrario a la Constitución puede ser válido. Negar esto equivaldría a afirmar que el mandatario es superior al mandante, que el servidor es más que su amo, que los representantes del pueblo son superiores al pueblo mismo y que los hombres que obran en virtud de determinados poderes pueden hacer no sólo lo que éstos no permiten, sino incluso lo que prohíben...No es admisible suponer que la Constitución haya podido tener la intención de facultar a los representantes del pueblo para sustituir su *voluntad* a la de sus electores. Es mucho más racional entender que los tribunales han sido concebidos como un cuerpo intermedio entre el pueblo y la legislatura, con la finalidad, entre otras varias, de mantener a esta última dentro de los límites asignados a su autoridad. La interpretación de las leyes es propia y peculiarmente de la incumbencia de los tribunales. Una Constitución es de hecho una ley fundamental y así debe ser considerada por los jueces. A ellos pertenece, por lo tanto, determinar su significado, así como el de cualquier ley que provenga del cuerpo legislativo. Y si ocurre que entre las dos hay una discrepancia, debe preferirse, como es natural, aquella que posee fuerza obligatoria y validez superiores; en otras palabras, debe preferirse la Constitución a la ley ordinaria, la intención del pueblo a la intención de sus mandatarios.

Esta conclusión no supone de ningún modo la superioridad del poder judicial sobre el legislativo. Sólo significa que el poder del pueblo es superior a ambos y que donde la voluntad de la legislatura, declarada en sus leyes, se halla en oposición con la del pueblo, declarada en la Constitución, los jueces deberán gobernarse por la última de preferencia a las primeras. Deberán regular sus decisiones por las normas fundamentales antes que por las que no lo son”. Hamilton, A., Madison, J. y Jay, J., *op. cit.*, pp. 331-332.



UNIVERSIDAD  
PANAMERICANA

### 1.3.5. Marshall y la sentencia *Marbury Vs. Madison*. El nacimiento del sistema difuso.

Los razonamientos de Hamilton son plenamente compatibles con los utilizados por Marshall al dictar la sentencia en el caso *Marbury Vs Madison* de 1803.<sup>96</sup> Las causas que motivaron la emisión de este fallo son de sobra conocidas, lo importante fueron los argumentos utilizados para resolver la cuestión planteada.<sup>97</sup>

---

<sup>96</sup> Sin embargo, siguiendo a Richard A. Watson: “Aunque los puntos de vista de Hamilton eran expresados en forma franca y audaz, únicamente eran los de él y no obligaban a nadie más. El problema sólo podría ser resuelto definitivamente por los funcionarios públicos. Le tocaba a la Suprema Corte misma establecer su facultad de revisión judicial ejerciendo realmente esa prerrogativa. Eso fue lo que hizo en el famoso caso de *Marbury* contra *Madison*, resuelto por el Presidente del Tribunal John Marshall en 1803.”, Watson Richard A., *Democracia americana logros y perspectivas*, México, LIMUSA, 1989, p. 475. En similares términos, A. E. Dick Howard sostiene: “En el sistema federal, fue el juez presidente John Marshall quien en el caso *Marbury contra Madison* (1803) sentó las bases de la facultad de revisión judicial de los tribunales. En sus ya célebres palabras, a menudo citadas en casos posteriores, Marshall declaró que “es enfáticamente la jurisdicción y el deber del departamento judicial decir lo que es la ley”. Y ese deber, concluye Marshall, incluye el poder de los tribunales de derogar incluso actos del Congreso si se determina que son contrarios a la Constitución.”, Howard, A. E. Dick, “‘Decir que es la Ley’ el Tribunal Supremo como árbitro de la constitucionalidad”, en *Temas de la democracia*, Departamento de Estado de Estados Unidos, abril de 2005, vol. 10, núm. 2, p. 6. Asimismo, según R. V. Denenberg: “En 1788, el periódico *The Federalist*, abogando por la ratificación de la Constitución propuesta, aseguraba a los ciudadanos que la rama judicial sería la “menos peligrosa” del gobierno pues no tenía ‘fuerza ni albedrío’, ya que solo podía decidir los casos de la ley que le fueran presentados. Los autores de esas predicciones quizá se habrían sorprendido, o tal vez no, en 1803, cuando Marshall, presidente de la Corte Suprema, declaró que ésta tenía la facultad de declarar anticonstitucionales los actos del Congreso.”, R. V. Denenberg, *Para entender la política de los Estados Unidos de América*, 2a. ed., México, GERNIKA, 1992, p. 89. En sentido contrario, Pritchett señala que: “Marshall explicó su pensamiento citando en su favor el argumento de Hamilton, contenido en el n° 78 de ‘El Federalista’.”, Pritchett, Herman, *op. cit.*, p. 191.

<sup>97</sup> “...la facultad que se otorga a la Suprema Corte, mediante la ley que establece los tribunales de justicia de los Estados Unidos, de expedir mandamientos judiciales a funcionarios públicos, no parece estar garantizada por la Constitución, y se hace necesario averiguar (sic) si es posible ejercer una jurisdicción que se confiere en esos términos...Las facultades de la legislatura están definidas y circunscritas; y para que esos límites no sean confundidos u olvidados, hay una Constitución escrita...El hecho de que la Constitución controle cualquiera disposición legislativa incompatible con ella; o de que la legislatura modifique la Constitución mediante un decreto común, entraña una proposición tan simple que no amerita discutirse.

Entre estas alternativas no hay término medio. La Constitución es una ley excelsa, inmodificable por los medios ordinarios, o bien se encuentra en un mismo plano con las disposiciones legislativas comunes y, a semejanza de otros actos, es alterable cuando a la legislatura le plazca modificarla. Si la primera parte de la alternativa es la cierta, entonces, una disposición legislativa que se oponga a la Constitución, no es una ley; si la correcta es la última parte, las constituciones escritas



UNIVERSIDAD  
PANAMERICANA

Aun cuando esta sentencia –así como las circunstancias que la motivaron– es quizá una de las más célebres de entre todas las emitidas por cualquier tribunal del mundo, es conveniente exponer brevemente los hechos que le precedieron, pues ello nos permitirá conocer no sólo su relevancia histórica y jurídica, sino también la esencia política que la inspiró.

---

resultan ser intentos absurdos, por parte del pueblo, para limitar un poder que por su propia esencia, es ilimitable.

En realidad, todos aquellos que han formulado constituciones escritas, las consideran como si fueran la ley fundamental y suprema de la nación y, en consecuencia, la teoría de todo gobierno así estructurado debe considerar nulo todo decreto de la legislatura que se oponga a la Constitución. Esta teoría se adhiere esencialmente a una constitución escrita y, por tanto, esta Corte debe estimarla como uno de los principios fundamentales de nuestra sociedad...Recae notablemente en la incumbencia y en los deberes del departamento judicial manifestar en qué consiste la ley. Los que aplican el precepto a casos particulares, forzosamente deben exponer e interpretar ese precepto. Si hay leyes en pugna, los tribunales deben decidir sobre los efectos de cada una de ellas. Así pues, si una ley es contraria a la Constitución; si tanto la ley como la Constitución se aplican a un caso determinado, de modo que el tribunal deba decidir ese caso conforme a la ley, sin tener en cuenta la Constitución; o bien, conforme a ésta y sin considerar la ley; el tribunal debe determinar cuál de estos ordenamientos en pugna debe normar el caso. Lo anterior radica en la esencia misma del ejercicio de la justicia. Si entonces los tribunales se basan en la Constitución y ésta es superior a cualquier disposición ordinaria de la legislatura, la Constitución, y no ese decreto común, debe regir el caso al cual ambas se aplican...Así pues, la terminología particular de la Constitución de los Estados Unidos, reitera y fortalece el principio, que se supone esencial en todos estos instrumentos escritos, de que una ley contraria a la Constitución es nula y que los tribunales, así como otras dependencias, quedan obligados por ese instrumento.”, extracto de la sentencia *Marbuy Vs. Madison* consultada en Morris, Richard B., *Documentos fundamentales de la historia de los Estados Unidos de América*, México, Limusa, 1962, pp. 138-143. Un resumen en español de esta sentencia también puede consultarse en Sánchez Agesta, Luis, *Documentos constitucionales y textos políticos*, Madrid, Editora Nacional, 1975, pp. 319-321 y la traducción integral de la misma está disponible en Eto Cruz, Gerardo, “John Marshall y la sentencia *Marbuy Vs. Madison*”, en Ferrer Mac-Gregor, Eduardo (coord.), *Derecho procesal constitucional, op. cit.*, t. 1, pp. 60-79, así como en González Oropeza, Manuel, *op. cit.*, pp. 161-193. “Esta conclusión no fue cosa nueva en Marshall. No solamente estaba en conformidad con nuestros usos bajo las cartas coloniales y constituciones primeras de los Estados, sino que el Congreso mismo, en la Ley Orgánica de los Tribunales, (*Judiciary Act*) de 1789, había reconocido el derecho de los tribunales, tanto estatales como federales, a poner en duda la validez de un tratado o de una ley disponiendo que si un tribunal del Estado declaraba inconstitucional tal tratado o estatuto, tal sentencia, a menos de ser revocada por la corte superior estatal, ‘puede ser reexaminada y revocada o sostenida en la Corte Suprema de los Estados Unidos’.”, Grant, J. A. C., *op. cit.*, p. 33. “Ciertamente, los primeros tribunales que rehusaron poner en vigor una ley del Congreso por la razón de ser inconstitucional fueron los tribunales inferiores federales, y no la Corte Suprema.”, *idem*. Sobre este caso, también resulta ilustrativa la aproximación que realiza Bickel. Cfr. Bickel, Alexander, *La rama menos peligrosa. La Suprema Corte de Justicia de los Estados Unidos en el banquillo de la política*, [trad. Mario A. Zamudio Vega], México, Fondo de Cultura Económica, 2020, pp. 17-29.



Cuando el mandato del presidente Jonh Adams (federalista) estaba a punto de concluir, efectuó diversos nombramientos (conocidos como “*the midnight appointments*”) para ocupar algunos cargos judiciales menores –se dice que con personas afines a su grupo político–, esto, sobre la base de dos leyes aprobadas por el Congreso poco tiempo antes; uno de esos nombramientos fue el de William Marbury, quien había sido llamado a ocupar el cargo de juez de paz en el Distrito de Columbia, con efectos a partir del 2 de marzo de 1801. Dichas designaciones tenían que ser ratificadas por el Senado y autorizadas mediante la expedición de la credencial correspondiente por parte del Secretario de Estado. Antes de que este segundo acto tuviera lugar, tomó posesión del cargo el nuevo presidente, Jefferson (republicano), quien había resultado ganador en las elecciones de 1800.

Frente a la premura de tales nombramientos y como reacción al actuar de su predecesor, en el sentido de tratar de colocar en puestos clave al mayor número de sus partidarios, Jefferson ordenó a su Secretario de Estado –que al momento era Madison– que no expidiera tales credenciales, por lo que el nombramiento de Marbury no fue formalizado. Frente a ello, este último, con fundamento en la *Judicial Act* de 1789, interpuso ante la Corte Suprema de Justicia un *writ of mandamus*, con la finalidad de que el máximo tribunal ordenara al Secretario de Estado la expedición de la credencial que materializara su nombramiento como juez.<sup>98</sup>

---

<sup>98</sup> “Cuando estaba a punto de finalizar su mandato, el Presidente (federalista) Jonh Adams efectuó algunos nombramientos judiciales. Ya se había producido (el año 1800) el triunfo para el próximo cuatrienio de los republicanos de Jefferson. Sin embargo, el Congreso, cuyos poderes expiraban el 4 de marzo de 1801, aprobaba en el mes de febrero dos Leyes por las que se creaban determinados cargos judiciales de índole menor, y el presidente cesante se apresuraba a proveerlos con personas que le eran afectas. En concreto, nombraba a William Marbury para el cargo de juez de paz en el Distrito de Columbia, el 2 de marzo de 1801, ratificándose de inmediato por el Senado tal nombramiento y extendiéndose la preceptiva credencial, que, sin embargo, no llegaba a ser entregada.

Posesionado Jefferson de la Presidencia, ordenaba a su Secretario de Estado, Madison, que no facilitara tales credenciales, a modo de reacción contra la actitud de los federalistas de, hasta el último momento, situar en el poder al mayor número de sus partidarios (...) Ante esta situación,



UNIVERSIDAD  
PANAMERICANA

En el fallo respectivo, se declaró inconstitucional la sección decimotercera de la *Judicial Act* de 1789, por ampliar la competencia originaria de la Corte Suprema establecida en el artículo III, Sección Segunda, apartado 2, de la Constitución Federal. En efecto, dicho artículo señalaba que: “En todos los casos relativos a embajadores, otros ministros públicos y cónsules, así como en aquellos en que sea parte un Estado, el Tribunal Supremo poseerá jurisdicción en única instancia.”,<sup>99</sup> lo que la mencionada ley ordinaria venía a hacer, era ampliar la competencia constitucional de la Corte Suprema al señalar que a ella correspondía otorgar el *writ of mandamus*, facultad que no le estaba conferida de origen por la Constitución.

Entonces, si una ley ordinaria del Congreso iba más allá de lo establecido en la ley fundamental, al extender el ámbito competencial del tribunal supremo, aquella resultaba inconstitucional y, por tanto, inválida; tal fue la base sobre la que comenzó a edificarse el control jurisdiccional de la constitucionalidad.

Siete años más tarde, concretamente en 1810, la Corte retomó el precedente de la revisión judicial declarando inconstitucional una ley estatal en el caso *Fletcher Vs. Peck*<sup>100</sup> y en 1857 procedió de igual manera frente a una ley del

---

Marbury recurría al Tribunal Supremo en súplica de que expidiera el oportuno mandamiento de comparecencia (*writ of mandamus*) a fin de obligar a Madison a extender la oportuna credencial que diera efectividad a su nombramiento como juez. La demanda se apoyaba en la sección decimotercera de la *Judicial Act* de 1789 (...), Fernández Segado, Francisco, “Evolución histórica y modelos de control de constitucionalidad”, *op. cit.*, p. 56. Un breve resumen de los hechos que rodearon el caso también puede encontrarse en Pritchett, Herman, *op. cit.*, pp. 189-192 (quien precisa que fueron cuatro presuntos jueces los que instaron a la Corte Suprema, no sólo William Marbury), así como en Eto Cruz, Gerardo, *op. cit.*, pp. 38-39.

<sup>99</sup> Sendas versiones en español del texto constitucional de Estados Unidos, concretamente del artículo mencionado, pueden consultarse en Pritchett, Herman, *op. cit.*, p. 914 y Sánchez Agesta, Luis, *op. cit.*, p. 69.

<sup>100</sup> Cfr. Pegoraro, Lucio, *La justicia constitucional. Una perspectiva comparada*, *op. cit.*, p. 34. Bryce se refiere a él como “...el famoso caso, que ha consagrado la doctrina según la cual una ley votada por un Estado para revocar una concesión de tierra hecha á un particular, bajo ciertas condiciones y en virtud de una ley anterior, es una ley “que destruye los efectos de un contrato” y,



UNIVERSIDAD  
PANAMERICANA

Congreso, en el caso *Dred Scott Vs. Sandford*.<sup>101</sup> Con el tiempo, decisiones de este tipo fueron incrementando, consolidándose así la atribución de la Corte para revisar la constitucionalidad de todo tipo de leyes y demás actos.<sup>102</sup>

### 1.3.6. *La Democracia en América de Tocqueville y su difusión en Europa.*

Como es natural, pronto el sistema americano fue conocido en Europa, principalmente por la difusión que de él hizo Alexis de Tocqueville en *La*

---

por lo tanto, nula, según el art. 1º párr. 10 de la Constitución federal. El Tribunal intervino en la cuestión á petición de un cierto Fletcher contra un tal Peck, á propósito de compromisos escritos contraídos por este último; y, para poder juzgar equitativamente entre el demandante y el demandado, fué necesario examinar la validez de una ley votada por el Legislativo de Georgia.”, Bryce, Jaime, *op. cit.*, pp. 49-50.

<sup>101</sup> Cfr. Watson, Richard A., *op. cit.*, pp. 476-477. Una versión en español de esta sentencia, así como del *Pacto de Misuri* de cuya constitucionalidad se ocupó, pueden consultarse en Morris, Richard B., *op. cit.*, pp. 150-157 y 184-189, respectivamente.

<sup>102</sup> “Tras el caso ‘*Marbury versus Madison*’ no hubo invalidación de leyes del Congreso hasta que el denominado compromiso de Missouri fuera anulado por la Sentencia dictada en el Caso ‘*Dred Scott*’ en 1857. Consecuentemente, entre 1789 y 1865 sólo dos leyes federales fueron declaradas inconstitucionales. En contraste, en un período análogo, el que media entre 1865 y la Segunda Guerra Mundial, en setenta y siete casos se resolvió que leyes del Congreso de la Unión habían vulnerado la Constitución. Estos datos numéricos contrastan significativamente si los comparamos con el número de leyes de las Legislaturas de los Estados declaradas contrarias a la Constitución entre 1790 y 1941: ese número asciende a 658 casos [...]”, Fernández Segado, Francisco, “Evolución histórica y modelos de control de constitucionalidad”, *op. cit.*, p. 58; estos datos son consistentes con los aportados por Pritchett, Herman, *op. cit.*, p. 193. “En todo caso, la revisión judicial de la constitucionalidad de las leyes (‘judicial review’) (sic) se generalizará después de la guerra civil, en aplicación de las enmiendas constitucionales, a través de la *teoría de la incorporación*.”, Nogueira Alcalá, Humberto, *La jurisdicción constitucional y los tribunales constitucionales de Sudamérica en la alborada del siglo XXI*, México, Porrúa, 2004, p. 33; “En efecto, con tales enmiendas se introdujo en el derecho constitucional norteamericano la teoría de la *incorporación*, por la que también los legisladores locales se encontraron obligados a respetar los principios constitucionales incorporados en el *Bill of Rights* en materia de derechos individuales.”, Pegoraro, Lucio, *La justicia constitucional. Una perspectiva comparada*, *op. cit.*, p. 34 y Fernández Rodríguez, José Julio, *op. cit.*, pp. 26-27. Es importante decir, sin embargo, que entre 1937 y 1943, la Corte Suprema no pronunció ninguna sentencia declarando la inconstitucionalidad de una ley federal. Cfr. Ahumada, Mirian, “La expansión del control de constitucionalidad y el sistema de los tribunales constitucionales”, en *Tribunales Constitucionales y Democracia*, 2a. ed., México, Suprema Corte de Justicia de la Nación, 2008, p. 67.



UNIVERSIDAD  
PANAMERICANA

*Democracia en América*.<sup>103</sup> En esta obra el autor sentenciaba que: “...los norteamericanos han reconocido a los jueces el derecho de fundamentar sus decisiones sobre la *Constitución* más bien que sobre las *leyes*. En otros términos, les han permitido no aplicar las leyes que les parezcan anticonstitucionales”;<sup>104</sup> pero así como reconocía el enorme poder político que derivaba para los jueces del ejercicio de tal función, exponía los límites que le habían sido impuestos y que atenuaban los posibles conflictos que pudieran suscitarse con el legislador.

Tocqueville, tras explicar que una vez que se invoca ante los tribunales de ese país una ley que se juzga como contraria a la constitución, aquéllos pueden rehusar su aplicación, emanando de ahí una gran influencia política, pues desde ese día la ley “...pierde al instante una parte de su fuerza moral...Sucede entonces una de estas dos cosas: o el pueblo cambia su constitución o la legislatura anula esa ley. Los norteamericanos han confiado a sus tribunales un inmenso poder político; pero, al obligarlos a no atacar las leyes sino por medios judiciales, han disminuido mucho los peligros de ese poder...Su fallo sólo tiene por objeto lesionar un interés individual, pero la ley no se siente herida más que por casualidad. Por otra parte, la ley así censurada está destruida: su fuerza moral ha disminuido, pero su efecto material no se suspende. Sólo poco a poco, y bajo los golpes repetidos de la jurisprudencia, llega a sucumbir al fin. Además, se comprende sin dificultad que, al conceder a un interés particular el derecho a provocar la censura de las leyes y al ligar íntimamente el proceso hecho a la ley

---

<sup>103</sup> Cfr. De Tocqueville, Alexis, *La Democracia en América*, 2a. ed., [trad. de Luis R. Cuéllar], México, Fondo de Cultura Económica, 1975; “La primera edición en francés de dicha obra fue publicada en París en 1835, año en que apareció una traducción en inglés por Henry Reeve, *Democracy in America*.”, Fix-Zamudio, Héctor, *Ensayos sobre el derecho de amparo*, 2a. ed., México, Porrúa y Universidad Nacional Autónoma de México, 1999, p. 258 (nota al pie de página número 548). Carlos Echánove Trujillo comenta que la obra de Tocqueville fue traducida al castellano por A. Sánchez de Bustamante, llegando a México en 1837. Cfr. Echánove Trujillo, Carlos A., *La vida pasional e inquieta de don Crencencio* (sic) *Rejón*, México, El Colegio de México, 1941, p. 247.

<sup>104</sup> De Tocqueville, Alexis, *op. cit.*, p. 107.



con el proceso hecho a un hombre, se asegura que la legislación no sea atacada. En este sistema, no se ve expuesta a las agresiones diarias de los partidos... ”.<sup>105</sup>

A pesar de esa elogiosa carta de presentación, el camino que siguió el control de la constitucionalidad en el continente europeo fue distinto y encontró una opción viable hasta 1920, después del fin de la Primera Guerra mundial (si bien su consolidación vendría con la segunda posguerra). ¿Cuáles fueron las causas que llevaron a Europa a adoptar una alternativa diferente a la americana? Las respuestas difieren según se trate de los modelos adoptados en esa región del mundo, esto es, si se apunta a Francia, a los ordenamientos de régimen socialista o al resto de los países que la conforman, en los que al final se impuso un nuevo modelo. Veamos por qué.

#### **1.4. El control de la constitucionalidad en Francia y su influencia en otros países.**

##### **1.4.1. Los fundamentos teóricos del control de la constitucionalidad por órgano político.**

---

<sup>105</sup> *Ibidem*, pp. 107-109. Como ha sido ampliamente estudiado, este pasaje tuvo una influencia determinante en la confección del juicio de amparo mexicano. *Cfr.* Narváez H., José Ramón, *Historia social de la defensa de los derechos en México. El origen del juicio de amparo en la península yucateca*, México, Suprema Corte de Justicia de la Nación, 2007, p. 40; Rabasa, Emilio, *El artículo 14. Estudio constitucional y el juicio constitucional. Orígenes, teoría y extensión*, 7a. ed., México, Porrúa, 2000, pp. 231-232; Tena Ramírez, Felipe, *Derecho constitucional mexicano*, 40a. ed., México, Porrúa, 2009, pp. 496-498; Noriega, Alfonso, *Lecciones de Amparo*, 4a. ed., México, Porrúa, 1993, t. 1, pp. 94-95; Burgoa Orihuela, Ignacio, *op. cit.*, pp. 111-115; Fix-Zamudio, Héctor, *Ensayos sobre el derecho de amparo, op. cit.*, p. 193; Castro y Castro, Juventino V., *Lecciones de garantías y amparo*, México, Porrúa, 1974, pp. 326-328; Arellano García, Carlos, *El juicio de amparo*, 12a. ed., México, Porrúa, 2008, pp. 109-112, entre otros.



UNIVERSIDAD  
PANAMERICANA

Empecemos en Francia. Cappelletti apunta que son razones históricas, ideológicas y prácticas las que condicionaron un control político y no jurisdiccional en ese país.

Las razones históricas tienen su origen en las interferencias arbitrarias que, previamente a la Revolución, los jueces franceses tenían en el campo de atribuciones de los otros poderes, para los cuales, el cargo judicial constituía un “derecho patrimonial o un derecho de propiedad”, mostrándose, por tanto, opositores a cualquier reforma liberal y, en consecuencia, al movimiento revolucionario.<sup>106</sup>

Las razones ideológicas están inspiradas en el pensamiento de Montesquieu<sup>107</sup> y en la doctrina tradicional de la separación de poderes, conforme a la cual, al menos en su formulación más estricta, se considera incompatible cualquier injerencia de los jueces en la esfera del poder legislativo, el que es considerado, además, (junto con su producto normativo: la ley), según el entendimiento *rousseauiano*<sup>108</sup> de la época, la manifestación directa de la soberanía popular.<sup>109</sup>

---

<sup>106</sup> Cfr. Cappelletti, Mauro, *La justicia constitucional. (Estudios de derecho comparado)*, op. cit., pp. 83-84.

<sup>107</sup> Cfr. Montesquieu, *Del espíritu de las leyes*, [trad. de Mercedes Blázquez y Pedro de Vega], Madrid, Sarpe, 1984, *In toto*.

<sup>108</sup> Cfr. Rousseau, Juan Jacobo, *El contrato social o principios de derecho político*, 14a. ed., México, Porrúa, 2004, pp. 25-30.

<sup>109</sup> Cfr. Cappelletti, Mauro, *La justicia constitucional. (Estudios de derecho comparado)*, op. cit., p. 84. Para una revisión de las justificaciones histórica y jurídica que motivaron el rechazo de la revisión judicial en Europa, Cfr. Ferreres Comella, Víctor, *Una defensa del modelo europeo de control de constitucionalidad*, Madrid, Marcial Pons, 2011, pp. 39-61. Y sobre la noción de la ley como expresión de la voluntad general y el papel del juez, ambos derivados del pensamiento revolucionario francés, véase García de Enterría, Eduardo, *La lengua de los derechos. La formación del derecho público europeo tras la revolución francesa*, 3a. ed., España, s. e., 2009, pp. 127-133 y 192-197.



En consonancia con lo anterior, Pereira Menaut explica que: “La doctrina gala tradicional era marcadamente parlamentaria. Según ella, el legislativo no podía someter sus leyes a ningún ulterior control, porque él venía a ser, en la práctica, no el titular pero sí el depositario de la soberanía nacional. La ley era la expresión de la voluntad general, a la cual, en su calidad soberana, nadie podía impedir que aprobase la legislación que deseara. Era poco menos que inimaginable que ningún órgano ajeno a la soberanía nacional –y menos que ninguno los desacreditados jueces– invalidara leyes aprobadas la voluntad general (sic)”.<sup>110</sup>

Las razones prácticas radican en que en Francia siempre se ha confiado al *Conseil d’Etat* (Consejo de Estado) y a la *Cour de Cassation* (Corte de Casación), el control de las ilegalidades del Ejecutivo y del Judicial, respectivamente, por lo que, cuando en 1958 surgió la necesidad de controlar la actuación del Legislativo, se prefirió aumentar los poderes del Ejecutivo y más concretamente, los del Jefe de Estado, en vez de atribuir el control de aquél al Poder Judicial.<sup>111</sup>

La aversión de los franceses por el control judicial llegó al extremo en la Constitución de 1791 (y más tarde en la de 1795), en la que se consideró un delito que los jueces interfirieran de cualquier manera en la actividad administrativa y se les prohibió asimismo hacerlo en el ejercicio del poder legislativo, así como suspender la aplicación de las leyes.<sup>112</sup> A la par de esa prohibición, antes de

---

<sup>110</sup> Pereira Menaut, Arturo-Carlos, *Lecciones de teoría constitucional*, México, Porrúa y Universidad Panamericana, 2005, p. 229.

<sup>111</sup> Cfr. Cappelletti, Mauro, *La justicia constitucional. (Estudios de derecho comparado)*, op. cit., pp. 84-85 y Vásquez del Mercado, Oscar, op. cit., pp. 51-53.

<sup>112</sup> El mencionado principio fue establecido en la Constitución de 1791 y suprimido en 1804, con la promulgación del Código Napoleón, a partir del cual los jueces comenzaron a tener la facultad para interpretar las leyes. Cfr. Ferreres Comella, Víctor, op. cit., pp. 41-42 y 45. Lambert también da cuenta de esto en los siguientes términos: “Hemos asistido, además, mucho antes de la guerra y de los cambios bruscos que ésta produjo en nuestra política interior, a una campaña hábil y perseverante a favor de la derogación de los artículos 11 y 12 de la Ley de 5 de agosto de 1790,



UNIVERSIDAD  
PANAMERICANA

permitir que los jueces inspeccionaran la actividad del legislador, optaron por una solución menos extrema, surgiendo así el recurso de casación. Según éste, cuando una sentencia había sido “casada” dos veces y un tercer tribunal tuviese que decidir en última instancia de la misma manera que las dos anteriores, la cuestión sólo podía debatirse ante el Tribunal de Casación previo decreto aclaratorio de la ley por parte del legislador, el cual, una vez sancionado por el Rey, tenía que aplicarse en la sentencia respectiva. La casación fue constitucionalizada en 1791 y, como se ve, más que ser un instrumento de revisión de la ley, se consideró un medio del poder legislativo para controlar la actuación del poder judicial.<sup>113</sup>

Sin embargo, en algún momento fue necesario verificar la conformidad de las leyes con la constitución. Como apunta Hauriou, en los países en los que

---

título II, y de la disposición de la Constitución de 3 de septiembre de 1791, título III, capítulo 5, artículo 3, que se nos presentaban como los únicos obstáculos que impedían que los tribunales pudieran ‘inmiscuirse en el ejercicio del poder legislativo y suspender la ejecución de las leyes’.”, Lambert, Edouard, *op. cit.*, p. 8, en igual sentido Vásquez del Mercado, Oscar, *op. cit.*, p. 53. “La primera manifestación fundamental del principio de la supremacía de la ley, y de su trasunto, el de la soberanía parlamentaria, en el ámbito de las relaciones entre el poder judicial y el poder legislativo respecto de la ley, se concretará...en la creación del instituto jurídico del ‘*référé législatif*’, así denominado porque en su virtud se ‘refería’, esto es, se remitía, al poder legislativo la facultad última para interpretar el texto oscuro de una ley.”, Fernández Segado, Francisco, “Evolución histórica y modelos de control de constitucionalidad”, *op. cit.*, p. 60; también véase Pérez Tremps, Pablo, *op. cit.*, p. 24 y Fernández Rodríguez, José Julio, *op. cit.*, p. 29. “Cuando había un problema significativo de interpretación de la Ley, de modo que su texto no lo resolviera de manera inequívoca, el juez debía abstenerse de pronunciarse y remitir la cuestión a la Asamblea como autora de la Ley, para que resolviese. Es el llamado *référé législatif*, arbitraje legislativo, que marca el rigor del sometimiento del juez a la Ley y la implicación del Poder Legislativo en la fase de su aplicación, y que previó la propia Ley de Organización Judicial de 16-24 de agosto de 1790. Coexisten, pues, como dos instrumentos del Poder Legislativo, el *référé* legislativo y el Tribunal de Casación para mantener incólume a la Ley como poder supremo y al juez como servidor estricto de su sentido literal...”, García de Enterría, Eduardo, *op. cit.*, pp. 196-197.

<sup>113</sup> “El art. 121 de la Ley de 17 de noviembre – 1 de diciembre de 1790 disponía que ‘cuando una sentencia haya sido casada dos veces y un tercer tribunal haya de decidir en última instancia de la misma manera que las dos precedentes, la cuestión sólo podrá debatirse ante el Tribunal de Casación cuando haya sido sometida al cuerpo legislativo, quien en este caso, dictará un decreto aclaratorio de la ley, y una vez sancionado este decreto por el Rey, el Tribunal de Casación se ajustará a él en su sentencia’.”, Pérez Tremps, Pablo, *op. cit.*, p. 24.



UNIVERSIDAD  
PANAMERICANA

tradicionalmente se ha considerado al Parlamento como soberano (como fue Francia hasta 1958, año en que se dio su nueva constitución), se confía en la *autolimitación* del mismo órgano, es decir, que al momento de deliberar una propuesta de ley, el Presidente de la Asamblea puede determinar no abrirla a debate porque la propuesta es inconstitucional, correspondiendo a cada miembro de la Cámara plantear esa *cuestión previa* por la misma razón, quedando por consiguiente en manos de la Asamblea determinar si la proposición es o no inconstitucional.<sup>114</sup>

En el mismo sentido –siguiendo a Biscaretti–, en Francia y en muchos Estados que se vieron influenciados, directa o indirectamente, por la revolución francesa (en la cual, según hemos visto, jugaron un papel determinante la teoría clásica de la división de poderes y la supremacía del Parlamento), el control de la constitucionalidad fue encomendado a los propios cuerpos legislativos como parte de su actividad de elaboración de las leyes, control que se daba como una etapa de los propios procesos deliberativos, esto es, de manera *preventiva* y con efectos *impeditivos*, ya que se trataba de evitar, por medio de la discusión parlamentaria, la aprobación de la norma impugnada. Este tipo de control, dada su naturaleza, se desarrollaba sobre la base de criterios políticos y, una vez aprobada la ley, los jueces no podían rehusar su aplicación.<sup>115</sup>

---

<sup>114</sup> Cfr. Hauriou, André, *Derecho constitucional e instituciones políticas*, 2a. ed., España, Ariel, 1980, p. 370.

<sup>115</sup> Cfr. Biscaretti Di Ruffia, Paolo, *Introducción al derecho constitucional comparado. Las "formas de Estado" y las "formas de gobierno". Las constituciones modernas y 1988-1990: un trienio de profundas transformaciones constitucionales en occidente, en la URSS y en los estados socialistas del este europeo. Actualización de la "Introducción al derecho constitucional comparado"*, [trad. de Héctor Fix-Zamudio], México, Fondo de Cultura Económica, 1996, pp. 571-573. Este tipo de control previo no opera en Estados Unidos, pues en este país: "Los tribunales piensan que, en el momento en que una ley va a ser votada, no es aún posible juzgar si sus disposiciones son conciliables o no con la constitución. Solo con la prueba de la aplicación, en presencia de las primeras reacciones de los intereses económicos afectados por el estatuto, se verá si este estatuto se opone o no a uno de estos principios fundamentales de política social que los Tribunales consideran como integrados en las constituciones por el canal de las *due process clauses* o de las *declaraciones de derechos*.", Lambert, Edouard, *op. cit.*, pp. 200-201. Bajo estas



UNIVERSIDAD  
PANAMERICANA

De Vergottini también reitera que el control político confiado a los órganos de dirección, implica una verificación de la constitucionalidad de la ley al interior del procedimiento de perfeccionamiento del acto normativo; por lo que tiene un carácter preventivo respecto a su entrada en vigor y puede suscitarse a solicitud del propio órgano constitucional y no por sujetos externos al mismo; de este modo, si se comprueba la inconstitucionalidad del acto, la consecuencia será su no publicación ni entrada en vigor o, en su caso, la no adopción cuando el control se dé como parte del procedimiento formativo.<sup>116</sup>

Frente a este panorama, Pegoraro sostiene que era ineludible que la vía francesa de control de constitucionalidad de las leyes generase una solución “espuria”, afirmando que: “Algún control tenía que existir: no podía ser ejercido por los jueces, pero sí por el propio poder legislativo o, al menos, por órganos llamados a actuar dentro del procedimiento legislativo, en la vía preventiva, permitiendo, de este modo, que el acto de control asumiera la misma naturaleza que la ley, en cuanto que era absorbido en su proceso de elaboración”.<sup>117</sup>

Un claro ejemplo de cómo funcionaba este mecanismo se presentó con la Constitución francesa del Año III, esto es, de 1795. Explica Tusseau que en este texto constitucional se contempló un legislativo bicameral en el que, por un lado, estaba el Consejo de los Quinientos (equivalente hoy en día a una asamblea popular) y, por el otro, el Consejo de *Anciens* (equiparable a los senados contemporáneos). Según el proceso legislativo regulado constitucionalmente, las propuestas o iniciativas de ley debían provenir de la primera cámara, en tanto que

---

ideas, el tribunal supremo estadounidense se ha abstenido de emitir opiniones consultivas, sin habersele sometido antes la cuestión por la vía contenciosa. *Ibidem*, p. 198.

<sup>116</sup> Cfr. De Vergottini, Giuseppe, *Derecho constitucional comparado*, [trad. de Claudia Herrera], México, Universidad Nacional Autónoma de México y Segretariato Europeo Per Le Pubblicazioni Scientifiche, 2004, p. 195.

<sup>117</sup> Pegoraro, Lucio, *La justicia constitucional. Una perspectiva comparada*, op. cit., p. 22.



la segunda llevaba a cabo una función de revisión, aprobándolas o rechazándolas.<sup>118</sup>

“Uno de los motivos de rechazo consistía precisamente en la violación de la Constitución por parte del Consejo de los quinientos. El art. 88 C enunciaba que ‘El Consejo de *Anciens* rechaza la aprobación de las resoluciones del Consejo de los quinientos que no hayan sido tomadas en las formas prescritas por la Constitución’. La formulación de la decisión del Consejo de *Anciens* era particularmente reveladora. Su aprobación se expresaba a través de la fórmula ‘El Consejo de *Anciens* aprueba’ (art. 96 C); su rechazo de contenido de la proposición de los quinientos era significada por los términos ‘El Consejo de *Anciens* no puede adoptar’ (art. 98 C), mientras que su rechazo por causa de violación a las formas constitucionales prescritas se expresaba de la siguiente fórmula ‘La Constitución anula’ (art. 97 C). Aparece así de manifiesto, que se ejercía un verdadero control político de la constitucionalidad –procedimental o formal– de la acción de una cámara por la otra”.<sup>119</sup>

Es muy probable que la gran tradición francesa consistente en encomendar el control de la constitucionalidad a un órgano político (diferente del cuerpo legislativo) se remonte a las ideas de Sieyès. David Pantoja apunta que en las discusiones que dieron origen a la Constitución del año III, aquél expuso una idea (la creación de un jurado constitucional)<sup>120</sup> que ya había delineado en su obra

---

<sup>118</sup> Cfr. Tusseau, Guillaume, “El control político de constitucionalidad en Francia”, [trad. de Mario Alberto Garza Castillo], en Figueruelo Burrieza, Ángela, *et. al.*, (dirs.), *El control político en el derecho comparado*, Granada, Comares, 2010, p. 41.

<sup>119</sup> *Idem.*

<sup>120</sup> Sobre los orígenes, el contexto en el que surgió la propuesta del *Jury Constitutionnaire* como órgano encargado de juzgar las violaciones a la Constitución en 1795 y las razones de su fracaso, Cfr. Pantoja Morán, David, *El Supremo Poder Conservador. El diseño institucional en las primeras constituciones mexicanas*, México, El Colegio de México y El Colegio de Michoacán, 2005, pp. 185 y siguientes y 206. También véase Fernández Segado, Francisco, “Evolución histórica y modelos de control de constitucionalidad”, *op. cit.*, pp. 60-64. Recuerda Pérez Tremps que el *Jury*



UNIVERSIDAD  
PANAMERICANA

¿*Qué es el tercer estado?*, pero que, sin embargo, no fue aceptada, teniendo que esperar hasta la Constitución del año VIII para verse materializada bajo la denominación de *Sènat Conservateur*.<sup>121</sup>

En efecto, en esta obra Sieyès planteó el problema de qué hacer en caso de que surgieran conflictos entre “las partes de la Constitución”, exponiendo su preocupación en los siguientes términos: “Fijémonos en lo esencial que es para el orden civil el que los ciudadanos encuentren en una parte del poder activo una autoridad pronta a dirimir sus querellas. Del mismo modo, las diversas ramas del poder activo deben poder invocar la decisión de la legislatura en todas las dificultades que encuentren. Pero si vuestra misma legislatura, si las diferentes partes de esta primera Constitución no están de acuerdo entre sí, ¿quién será el juez supremo? Porque es preciso siempre uno; si no, la anarquía sucederá al orden”.<sup>122</sup>

Aunque como ya se dijo, su propuesta concreta la expuso en los debates constituyentes del año III, específicamente en su opinión sobre varios artículos de los títulos IV y V del proyecto de Constitución: “Pido, en primer lugar, un *jury de constitution* o, para afrancesar un poco más esa palabra de *jury* y distinguirla por su sonido del de *juré* (jurado) pido una *jurie constitutionnaire* (corte constitucional). Lo que pido es un verdadero cuerpo de representantes que tenga la misión especial de juzgar las reclamaciones que se puedan hacer contra todo atentado cometido contra la Constitución...Si queréis dar una salvaguardia a la

---

*Constitutionnel* “...tiene sus fundamentos en la obra de Rousseau, quien, invocando a los tribunos romanos, al Consejo de los Diez de Venecia y a los éforos de Esparta, había propugnado la creación de un ‘tribunado’, ‘conservador de las leyes y del poder legislativo’, protector del ‘soberano contra el gobierno’, sostenedor del ‘gobierno contra el pueblo’ y mantenedor del equilibrio entre estos últimos.”, Pérez Tremps, Pablo, *op. cit.*, p. 18.

<sup>121</sup> Cfr. la introducción de David Pantoja Morán a la obra de Sieyès, Emmanuel, *¿Qué es el tercer estado?*, [trad. de José Rico Godoy], 2a. ed., México, Universidad Nacional Autónoma de México, 1983, pp. 40-41.

<sup>122</sup> *Ibídem*, p. 112.



UNIVERSIDAD  
PANAMERICANA

Constitución, un freno saludable que mantenga a cada acción representativa dentro de los límites de su procuración especial, estableced una *jurie constitutionnaire...*.<sup>123</sup> Posteriormente, en otro de sus discursos Sieyès diserta ampliamente sobre la naturaleza, la organización y las atribuciones que tendría encomendadas este órgano de control.<sup>124</sup>

“Años más tarde esta idea sería recogida por Constant, quien reconoce en Sieyès a uno de sus padres espirituales y en quien ve el origen de su teoría del poder neutro, base de sus concepciones”.<sup>125</sup> Para él, los tres poderes tradicionales, esto es, el ejecutivo, el legislativo y el judicial, pueden entenderse como “tres resortes” dispuestos a cooperar al movimiento general; sin embargo, cuando uno de éstos sale de su esfera, se mezclan o chocan entre sí, surge la necesidad de buscar una fuerza que los ponga en su lugar, la cual no puede provenir de ninguno de ellos porque la utilizaría para destruir a los demás; dicha fuerza entonces, tendría que venir de fuera de ellos y, por tanto, ser neutral, aplicándose por igual a todas las partes para preservar el orden.<sup>126</sup>

El mismo Constant justificaba su propuesta aduciendo que: “La monarquía constitucional tiene esta gran ventaja, porque crea el poder neutro en la persona de un rey rodeado de las tradiciones de una memoria respetable y de un poder de opinión, que sirve de base al político. El interés verdadero de este rey no es en

---

<sup>123</sup> *Escritos políticos de Sieyès*, México, Fondo de Cultura Económica, 1993, p. 247.

<sup>124</sup> “Una Constitución es un cuerpo de leyes obligatorias, o no es nada; si es un cuerpo de leyes, se pregunta uno dónde se encontrará su guardián y dónde la magistratura de tal código. Es preciso poder dar una respuesta. Un olvido, a este respecto, sería tan inconcebible como ridículo en el orden de lo civil; ¿por qué lo permitiríais en el orden de lo político? Las leyes, cualesquiera que puedan ser, suponen la posibilidad de su infracción, junto con una necesidad real de hacerlas respetar.” *Ibidem*, p. 258.

<sup>125</sup> Sieyès, Emmanuel, *¿Qué es el tercer estado?*, *op. cit.*, p. 42.

<sup>126</sup> *Cfr.* Constant, Benjamín, *Curso de política constitucional*, [trad. de Marcial Antonio López], Madrid, Imprenta de la Compañía, 1820, pp. 32-33.



alguna manera el que el uno de los poderes destruya al otro, sino el que todos se apoyen, se comuniquen entre sí, y obren de concierto”.<sup>127</sup>

Tiempo después Carl Schmitt sostendría una particular interpretación de la Constitución de Weimar de 1919 –tomando como base precisamente las ideas del poder neutral, mediador o moderador de Benjamín Constant– para encomendar la defensa de la Constitución al presidente del Reich, o sea, al Jefe de Estado,<sup>128</sup> y cuya tesis daría origen a la famosa polémica con Hans Kelsen, acerca de quién debía ser el defensor de la constitución.<sup>129</sup>

La crítica de Schmitt hacia el control jurisdiccional de constitucionalidad consistía, medularmente, en lo siguiente: “En su conjunto, la manera usual de ser actualmente tratada esta difícil cuestión de Derecho Constitucional hallase aún muy influida por las ‘ideas judicialistas’, que se inclinan a encomendar simplemente la solución de todos los problemas a un procedimiento de tipo judicial, y desprecian en absoluto la fundamental diferencia que existe entre un fallo procesal y la resolución de dudas y divergencias de criterio acerca del contenido de un precepto constitucional. Ante todo se siente la necesidad de protegerse contra el legislador, es decir, contra el Parlamento, limitando, en consecuencia y con arbitrariedad notoria, el problema de la protección

---

<sup>127</sup> *Ibidem*, p. 33. Sobre las ideas de Constant sobre el “Poder neutral”, al que también llegó a denominar “Poder preservador”, Cfr. Pantoja Morán, David, *El supremo Poder Conservador. El diseño institucional en las primeras constituciones mexicanas*, op. cit., p 216-226. “Este sistema surge en la teoría de la Monarquía Constitucional del siglo XIX, y es expuesto doctrinariamente por Benjamín Constant, el cual cree encontrar dicho poder neutro o moderador en Inglaterra, de acuerdo con las facultades de la Corona de destituir el gabinete y de disolver el Parlamento en determinadas circunstancias”, Fix-Zamudio, Héctor, *El juicio de amparo*, op. cit., p. 60.

<sup>128</sup> Cfr. Schmitt, Carl, *La defensa de la Constitución*, [trad. de Manuel Sánchez Sarto], Madrid, Tecnos, 1983, pp. 213-214.

<sup>129</sup> Para abundar sobre el tema véase Herrera, Carlos Miguel, “La polémica Schmitt-Kelsen sobre el guardián de la Constitución”, en *Revista de Estudios Políticos* (Nueva Época), núm. 86, octubre-diciembre de 1994, pp. 195-227, así como el estudio preliminar de Guillermo Gasió a la obra Kelsen, Hans, *¿Quién debe ser el defensor de la Constitución?*, [trad. de Roberto J. Brie], 2a. ed., Madrid, Tecnos, 1999, pp. IX-XLI.



constitucional a la mera defensa contra leyes y decretos anticonstitucionales, y desnaturalizando también esta cuestión al buscar en el terreno de la Justicia el protector de la Constitución.”<sup>130</sup>

En su lugar, sostenía que: “Las divergencias de opinión y diferencias entre los titulares de los derechos políticos de carácter decisivo o influyente no pueden resolverse, generalmente, en forma judicial, salvo en el caso de que se trate de castigar transgresiones manifiestas de la Constitución. Dichas divergencias o bien son zanjadas por un tercero, situado por encima de los litigantes y revestido de un poder político más excelso –y entonces ya no se trata del defensor de la Constitución, sino del soberano del Estado; o bien son dirimidas o resueltas por un organismo que no es superior, sino coordinado, es decir, por un tercero neutral– y entonces nos hallamos ante un poder neutral, un *pouvoir neutre et intermédiaire*, que no se haya situado por encima, sino al mismo nivel de los restantes poderes constitucionales, aunque revestido de especiales atribuciones y provisto de ciertas posibilidades de intervención. Si lo que interesa no es un efecto accesorio ejercido por otras actividades políticas, sino, más bien, organizar una institución, una instancia especial, que tenga por objeto garantizar el funcionamiento constitucional de los diversos poderes y la Constitución misma, parece oportuno, en un Estado de Derecho que diferencia los poderes, no confiar la misión precitada a uno de los poderes existentes, por que en tal caso podría tener un predominio sobre los demás y sustraerse a su vez de todo control, convirtiéndose como consecuencia en árbitro de la Constitución. Por esa causa es necesario estatuir un poder neutral específico junto a los demás poderes, y enlazarlo equilibrarlo con ellos mediante atribuciones especiales.”<sup>131</sup>

---

<sup>130</sup> Schmitt, Carl, *op. cit.*, p. 30.

<sup>131</sup> *Ibidem*, pp. 213-214.



UNIVERSIDAD  
PANAMERICANA

La exposición anterior revela que el control de la constitucionalidad encomendado a órganos de carácter político, encuentra sustento en una diversidad de argumentos, dependientes, en cierto modo, del contexto histórico respectivo; esa variedad se traduce también en las manifestaciones prácticas que han sido ensayadas en distintos ordenamientos jurídicos, como se estudiará en el apartado siguiente.

#### **1.4.2. Las distintas manifestaciones de los órganos políticos de control de la constitucionalidad.**

Las páginas anteriores nos han permitido conocer los fundamentos teóricos del control de la constitucionalidad llevado a cabo por un órgano político, cuyos ejemplos son abundantes en Francia –como ya se ha visto–, pero también en otros países que han caído bajo su influencia.

Muestra de ello son las dos constituciones napoleónicas del 22 de frimario del año VIII, esto es, del 13 de diciembre de 1799, en cuyos artículos 21 y 28 se contemplaba el *Sènat Conservateur* o Senado Conservador y del 14 de enero de 1852, siendo los artículos 25 al 28 los que regulaban al *Sènat* (ambas redactadas por Sieyès, sobre la base de su propuesta de *Jury Constitutionnaire* o Jurado Constitucional); también en la Constitución de la IV República de 27 de octubre de 1946, se confiaba el control al *Comité constitucional* y finalmente en la Constitución de la V República de 4 de octubre de 1958, vigente en la actualidad, se crea el *Conseil Constitutionnel* o Consejo Constitucional.<sup>132</sup>

---

<sup>132</sup> Sobre estos órganos políticos de control en Francia, Cfr. Cappelletti, Mauro, *La justicia constitucional. (Estudios de derecho comparado)*, op. cit., p. 82; De Vergottini, Giuseppe, op. cit., p. 196; Pegoraro, Lucio, *La justicia constitucional. Una perspectiva comparada*, op. cit., pp. 26-31 y Tusseau, Guillaume, “El control político de constitucionalidad en Francia”, op. cit., pp. 36-43; también Fix-Zamudio, Héctor, *El juicio de amparo*, op. cit., p. 61-62 y Vásquez del Mercado, Oscar,



UNIVERSIDAD  
PANAMERICANA

Todavía bajo la vigencia de la constitución de 1958, encontramos un órgano *sui generis* dependiente del Primer Ministro, se trata de la Comisión de Salvaguarda de los Derechos y Libertades Individuales creada por decreto de 7 de mayo de 1957 (suprimido en 1963), que tenía como finalidad presentar informes al Primer Ministro sobre los atentados que se hubiesen producido en todo el territorio a los derechos y libertades del hombre y del ciudadano, así como a las garantías establecidas para su defensa.<sup>133</sup>

El control por órgano político también se implementó en algunas entidades federativas de Estados Unidos, antes de que la *revisión judicial* de constitucionalidad fuera consagrada en 1803; así se tienen los casos de la constitución de Nueva Jersey de 1676; de Pennsylvania de 1776 y de Vermont de 1777, en las cuales se crearon sendos Consejos de Censores y en la de New York de 1777, en la que se instauró un Consejo de Revisión.<sup>134</sup>

Asimismo, en México destaca la creación del Supremo Poder Conservador previsto en las Siete Leyes Constitucionales de 1836, bajo la influencia del Senado Conservador francés, y el sistema diseñado en el Acta Constitutiva y de Reformas de 1847, en la cual se encomendó al congreso general el control de la

---

*op. cit.*, pp. 53-64. Sobre el Consejo Constitucional véanse Moderne, Franck, "El Consejo Constitucional francés", Instituto de Investigaciones Jurídicas y Centro de Estudios Constitucionales México-Centroamérica, *Justicia constitucional comparada*, México, Universidad Nacional Autónoma de México, 1993 y Pardo Falcón, Javier, *El Consejo Constitucional francés. La jurisdicción constitucional en la quinta república*, Madrid, Centro de Estudios Constitucionales, 1990. En cuanto a la naturaleza del Consejo Constitucional, algunos lo consideran un órgano político, en tanto que otros, por ejemplo, Hauriou, André, *op. cit.*, p. 716, un órgano jurisdiccional.

<sup>133</sup> Cfr. Fix-Zamudio, Héctor, *Los tribunales constitucionales y los derechos humanos*, México, Porrúa, 1985, pp. 40-41.

<sup>134</sup> "...esta idea de 'poder conservador' fue acogida en algunos de los Estados americanos recibiendo distintas versiones positivas en las Constituciones de Nueva Jersey (1676), Pennsylvania (1681-82 y 1776), Vermont (1777) y Nueva York (1777), Pérez Tremps, Pablo, *op. cit.*, p. 18. En efecto, en las Constituciones de Pennsylvania de 1776 y de Vermont, se crearon sendos consejos de censores, y en la de New York de 1777, un consejo de revisión.", Pritchett, Herman, *op. cit.*, pp. 186-187.



UNIVERSIDAD  
PANAMERICANA

constitucionalidad de las leyes de los “estados”, y a las legislaturas locales el control de la constitucionalidad de las leyes emitidas por el congreso general.

La designación del congreso como órgano de control de la constitucionalidad fue el sistema que predominó en América Latina durante prácticamente todo el siglo XIX, Bolivia, Costa Rica, Brasil, Ecuador, Chile, Uruguay y Perú, son ejemplos significativos de ello, de hecho, en el primero de los mencionados países se creó un legislativo *tricameral*, siendo la denominada Cámara de Censores la encargada de ejercer tal función.<sup>135</sup>

En el siglo XX destaca el caso de Portugal, con el Consejo de la Revolución de 1976, sustituido por un tribunal constitucional en 1982-1983.<sup>136</sup> El control por

---

<sup>135</sup> Sobre las experiencias latinoamericanas de control por órgano político en el siglo XIX, *Cfr.* Fernández Segado, Francisco, “La jurisdicción constitucional en América Latina. Evolución y Problemática desde la independencia hasta 1979”, en Ferrer Mac-Gregor, Eduardo (coord.), *Derecho procesal constitucional*, México, Porrúa, 2001, pp. 6-14, así como Pantoja Morán, David, *op. cit.*, pp. 272-298. El texto de las Siete Leyes Constitucionales puede consultarse en Tena Ramírez, Felipe, *Leyes fundamentales de México. 1808-2005*, 25a. ed., México, Porrúa, 2008, pp. 204-248 y en particular la Segunda Ley Constitucional, en las pp. 208-212; el texto del Acta constitutiva y de reformas de 1847, puede verse en *Ibidem*, pp. 472-477. Los mismos documentos fundamentales están disponibles en *Colección de las leyes fundamentales que han regido en la República mexicana y de los planes que han tenido el mismo carácter. 1821-1857*, México, Porrúa y Comisión Nacional de los Derechos Humanos, 2008, pp. 171-218 y 295-300. Para saber más sobre el Supremo Poder Conservador, *Cfr.* Pantoja Morán, David, *op. cit.*, *passim*; Moreno Cora, Silvestre, *Tratado del juicio de amparo conforme a las sentencias de los tribunales federales*, México, Lito Impresiones Macabsa, 1992, pp. 4-10 y Cruz Barney, Óscar, “El Supremo Poder Conservador y el control constitucional”, en Ferrer Mac-Gregor, Eduardo (coord.), *Derecho procesal constitucional*, *op. cit.*, t. II, pp. 957-972.

<sup>136</sup> “La Constitución portuguesa de 1976 no estableció inicialmente un tribunal constitucional, sino que creó un órgano político (el Consejo de la Revolución) para fiscalizar la constitucionalidad de las leyes, con el apoyo de un órgano consultivo (la Comisión Constitucional). No fue hasta 1982 cuando se reformó la Constitución para instaurar un tribunal constitucional en sustitución de las mencionadas instituciones.”, Ferreres Comella, Víctor, *op. cit.*, p. 26, nota al pie número 4. El artículo 280, fracción 2 de la mencionada constitución, señalaba: “Las normas inconstitucionales no pueden ser aplicadas por los tribunales, correspondiendo al Consejo de la Revolución declarar su inconstitucionalidad con fuerza obligatoria general...”, cita extraída de Fix-Zamudio, Héctor, *Los tribunales constitucionales y los derechos humanos*, *op. cit.*, p. 109, nota al pie número 192 y p. 179; en general, para conocer más acerca del Consejo de la Revolución, de la Comisión Constitucional (la que si bien poseía facultades consultivas, era también un órgano técnico que eventualmente resolvía recursos de última instancia en materia de constitucionalidad de leyes con



órgano político también se ha practicado en Bélgica, Holanda, Suecia, Dinamarca y Finlandia;<sup>137</sup> así como en Argelia, Marruecos, Mauritania y Túnez.<sup>138</sup>

## 1.5. El sistema concentrado de control de la constitucionalidad.

### 1.5.1. Fundamentos teóricos.

Otra es la respuesta que debe darse en las principales naciones de Europa que evadieron el modelo americano, así como la solución francesa o que, habiendo adoptado alguno de ellos, lo dejaron atrás. ¿Por qué en Europa, aun en aquellos países donde funcionó transitoriamente el llamado control difuso, éste no fue acogido en definitiva? Cappelletti apunta como hipótesis de trabajo que la introducción de ese modelo en los sistemas de la Europa continental, llamados del *civil law* o de derivación romanista, el principio de *stare decisis* no existe, por lo que el sistema americano pudo haber ocasionado soluciones contradictorias respecto de la aplicación de una misma ley, ya sea por diferentes órganos o por el mismo órgano pero en momentos diferentes; así como generar una pluralidad de procesos de inconstitucionalidad respecto de la misma norma, lo que se traduce en inseguridad jurídica.<sup>139</sup>

---

efectos *inter partes*) y del complejo sistema de control de la constitucionalidad en la Constitución portuguesa de 1976, véanse Ribeiro Mendes, Armindo, "El Consejo de la Revolución y la Comisión Constitucional. El control de constitucionalidad de las leyes (1976-1983)", [trad. de Teresa Quintela], *Revista de Estudios Políticos*, Nueva Época, núm. 60-61, abril-septiembre, 1988, pp. 841-857; Fix-Zamudio, Héctor, *Los tribunales constitucionales y los derechos humanos*, *op. cit.*, pp. 109-112 y De Vergottini, Giuseppe, *op. cit.*, p. 196. El citado texto constitucional portugués está disponible en *Las constituciones europeas*, Madrid, Editora Nacional, t. II, 1979, pp. 1523-1648.

<sup>137</sup> Cfr. Biscaretti Di Ruffia, Paolo, *op. cit.*, p. 572 y Vásquez del Mercado, Oscar, *op. cit.*, pp. 22-23.

<sup>138</sup> Cfr. Fernández Rodríguez, José Julio, *op. cit.*, p. 33.

<sup>139</sup> Cfr. Cappelletti, Mauro, *La justicia constitucional. (Estudios de derecho comparado)*, *op. cit.*, pp. 68-69. También véase Kelsen, Hans, *El control de la constitucionalidad de las leyes. Estudio comparado de las constituciones austriaca y norteamericana*, [trad. de Domingo García Belaunde], *Ius Et Veritas, passim*, en donde destaca los inconvenientes del sistema americano y las razones que llevaron a la configuración del austriaco.



UNIVERSIDAD  
PANAMERICANA

Este autor también se cuestiona acerca del porqué en los mencionados países europeos no se encomendó el control de constitucionalidad de las leyes a las ya existentes cortes supremas de justicia, en lugar de crear órganos nuevos de control desprovistos de experiencia en la materia. La respuesta que da consiste en que tales inconvenientes se vinculan con la estructura del ordenamiento judicial, pues en la Europa continental los jueces de carrera entran jóvenes a la magistratura y sólo con el paso de los años y a edad avanzada, llegan a realizar las funciones relacionadas con la actividad de las cortes supremas, esto, sobre la base de interpretar las leyes con rigor lógico y precisión.

Según Cappelletti, la interpretación de las modernas normas constitucionales es algo profundamente diverso a la interpretación de las leyes ordinarias, que se aleja de la tarea tradicional de los jueces ordinarios, acostumbrados a resolver con una técnica hermenéutica que rehúye a la “*policy-making decisions*”, implícita en el control de constitucionalidad de las leyes. Esto es, la interpretación constitucional encierra una actividad para la que los jueces de carrera no están enteramente preparados.<sup>140</sup>

Esas dos ideas centrales son, entre otras, las que estuvieron presentes en Hans Kelsen cuando diseñó el sistema de control austriaco. Como recuerda Dominique Rousseau, el modelo americano de carácter difuso y descentralizado le generaba ciertas críticas a Kelsen, en primer lugar, porque dejaba plantear durante mucho tiempo dudas sobre la constitucionalidad de las leyes, lo que perjudicaba la seguridad jurídica; la discusión constitucional podía renacer

---

<sup>140</sup> Cfr. Cappelletti, Mauro, *La justicia constitucional. (Estudios de derecho comparado)*, op. cit., pp. 77-78. En este mismo orden, una razón más que justifica la creación de los tribunales constitucionales, radica en el carácter político de sus competencias. “Sentado de antemano que la trascendencia política de la actuación de la justicia constitucional no priva a ésta ni a su función del carácter jurisdiccional, lo cierto es que dicha especificidad sí puede ayudar a comprender la exclusión del juez ordinario del juicio de constitucionalidad”, Pérez Tremps, Pablo, op. cit., p. 43.



indefinidamente con ocasión de cualquier proceso concreto. Además, en Europa los jueces estaban formados en el respeto fiel de las leyes, lo que les colocaba en una posición institucional y política de debilidad y de timidez, que no les confería la autoridad necesaria para asegurar la difícil función del control de las leyes.<sup>141</sup>

Por todo lo anterior, “se hacía necesario en aquellos países, o cuando menos oportuno, encontrar un sustituto adecuado de la *Supreme Court* norteamericana, esto es, encontrar un órgano judicial al cual poder confiar la tarea de decidir sobre las cuestiones de constitucionalidad de las leyes, *con eficacia erga omnes*, y [...] evitar aquel peligro de conflictos y de incertidumbre caótica del derecho...”<sup>142</sup>

Es así como surgen los tribunales constitucionales y, por tanto, el sistema concentrado de control de la constitucionalidad como una opción al modelo americano.<sup>143</sup> Para llegar a este momento también es necesario conocer su particular trayectoria.

---

<sup>141</sup> Cfr. Rousseau, Dominique, *op. cit.*, p. 13. El mismo Kelsen se expresaba en los siguientes términos: “Las imperfecciones y la insuficiencia de una anulación limitada al caso concreto son evidentes. Sobre todo la falta de unidad de las soluciones y la inseguridad que desagradablemente se hacen sentir cuando un tribunal se abstiene de aplicar un reglamento, o incluso, una ley por irregulares, mientras que otro tribunal hace lo contrario prohibiéndose a las autoridades administrativas, cuando son llamadas a intervenir, a rehusar su aplicación. La centralización del poder para examinar la regularidad de las normas generales, se justifica ciertamente en todos los aspectos. Pero si se resuelve en confiar este control a una autoridad única, entonces es posible abandonar la limitación de la anulación para el caso concreto en favor del sistema de la anulación total, es decir, para todos los casos en que la norma hubiera tenido que ser aplicada. Se entiende que un poder tan considerable no puede ser confiado sino a una instancia central suprema.”, Kelsen, Hans, *La garantía jurisdiccional de la Constitución (La justicia constitucional)*, [trad. de Rolando Tamayo y Salmorán], México, Universidad Nacional Autónoma de México, 2001, pp. 43-44.

<sup>142</sup> Cappelletti, Mauro, *La justicia constitucional. (Estudios de derecho comparado)*, *op. cit.*, p. 73.

<sup>143</sup> No obstante lo anterior, para algunos el sistema concentrado de control de la constitucionalidad no surgió como alternativa al modelo americano, sino más bien como un perfeccionamiento del mismo. “Así entendido, el sistema austriaco debía considerarse un progreso, una forma más evolucionada, y no una simple alternativa frente al sistema, más primitivo, de *judicial review*.”, Ahumada, Mirian, *op. cit.*, p. 66, nota al pie de página número 3. Citado por esa

### 1.5.2. El control de la constitucionalidad en Suiza.

Pedro Cruz Villalón apunta que los orígenes del sistema europeo de control de la constitucionalidad se encuentran en Suiza, concretamente en la constitución de 1874, en la cual se creó un modelo de control de la constitucionalidad de las leyes autónomo, concentrado y con efectos generales;<sup>144</sup> sin embargo, lo que se presencia en ese régimen constitucional es en realidad un control de legalidad de las leyes cantonales respecto de la legislación federal (a tal grado que el mismo autor lo llama *control de federalidad*).

En efecto, en la apuntada constitución se contemplaba que el Tribunal Federal, de manera excluyente, podía declarar con efectos generales la inconstitucionalidad de una ley cantonal, bien fuera a través de un conflicto de competencias entre la Federación y un Cantón (reclamación de derecho público) o bien, por medio de un amparo para la protección de los derechos constitucionales (recurso de derecho público).<sup>145</sup>

---

autora, es todavía más clara la conclusión de Grant cuando dice: “Cuando Austria se dotó de un sistema de *judicial review* en su constitución de 1920, pudo aprovechar más de un siglo y cuarto de experiencia americana...De ahí que a nadie deba sorprender el conocer que en opinión del Dr. Hans Kelsen la teoría y la práctica del control judicial de las leyes han alcanzado en Austria un desarrollo más completo que en cualquier otra nación.”, Grant, J. A. C., “Judicial review of Legislation under the Austrian Constitution of 1920”, *American Political Science Review*, 1934, vol. 28, *apud* Ahumada, Mirian, *op. cit.*, p. 66, nota al pie de página número 3.

<sup>144</sup> Cfr. Cruz Villalón, Pedro, *op. cit.*, pp. 49-50. Resulta interesante, sin embargo, la precisión que realiza James Bryce: “El Tribunal federal suizo, aunque estableció á imitación del Tribunal federal americano, no es la única autoridad competente para decidir acerca de la nulidad de una ley cantonal, bajo el pretexto de que no está conforme con la Constitución federal; en algunos casos, en efecto, el recurso se debe ejercer, no ante el Tribunal, sino ante el Consejo federal, especie de gabinete ejecutivo de la Confederación. En otros términos, la Constitución suiza ha reservado algunos puntos del derecho cantonal á una autoridad que no es judicial sino política, y ha hecho al Legislativo federal el juez único de sus propios poderes, el intérprete autorizado y la Constitución, y, añadiremos, un intérprete que está en peligro de dejarse influir por consideraciones distintas de la justicia.”, Bryce, Jaime, *op. cit.*, p. 52.

<sup>145</sup> Cfr. Cruz Villalón, Pedro, *op. cit.*, p. 57; también véase Vásquez del Mercado, Oscar, *op. cit.*, pp. 31-41.



UNIVERSIDAD  
PANAMERICANA

Lo que sucede aquí es que el objeto de control sólo pueden ser las leyes cantonales y no las federales, las cuales, por el contrario, se erigen junto con la Constitución como el parámetro de control. La exclusión del derecho federal se consideraba, además, compatible con el particular sistema suizo de democracia directa, pues mediante el referéndum facultativo de ratificación existía la posibilidad de impedir la entrada en vigor de tales leyes. Se asume pues que, una ley federal contraria a la Constitución, deroga a ésta. Algo similar sucedía con las constituciones cantonales, que tampoco podían ser objeto de control una vez que obtenían la garantía federal y eran aprobadas por la Asamblea Federal.<sup>146</sup>

El mismo Cruz Villalón reconoce que: “Bien es verdad que tanto el ordenamiento suizo como el alemán de Weimar contaban con un control de esta naturaleza sobre la legislación cantonal o de los *Länder*, pero la exclusión de dicho control sobre la legislación federal de ambos Estados impide, por su importancia, equiparar estos ordenamientos a los [de Checoslovaquia, Austria o España]”.<sup>147</sup>

### **1.5.3. El control de la constitucionalidad en Checoslovaquia.**

Si bien es debatible que el control de la constitucionalidad en Europa haya nacido en Suiza, no suele suscitar mayor debate el encontrarlo en otro sitio. Checoslovaquia nació como estado independiente mediante Ley promulgada por la Comisión Nacional el 28 de octubre de 1918, consolidando su creación con la celebración del Tratado de Saint Germain de 10 de septiembre de 1919 (mediante el cual se formalizó el reconocimiento internacional de sus fronteras). El 13 de noviembre de 1918, la Comisión Nacional autorizó una constitución provisional

---

<sup>146</sup> Cfr. Cruz Villalón, Pedro, *op. cit.*, pp. 50, 56-57.

<sup>147</sup> Cruz Villalón, Pedro, “Dos modos de regulación del control de constitucionalidad: Checoslovaquia (1920-1938) y España (1931-1936)”, *Revista Española de Derecho Constitucional*, año 2, núm. 5, mayo-agosto de 1982, pp. 116-117.



que depositó el poder político en una Asamblea Nacional, la cual, el 29 de febrero de 1920, aprobó la constitución de la república checoslovaca.<sup>148</sup>

En esta constitución se creó por primera vez un sistema concentrado de control de constitucionalidad de las leyes, sobre la base de: "...un Tribunal *ad hoc* que conoce de forma exclusiva y excluyente, con efectos generales, de la constitucionalidad de las leyes. El modelo tiene unos caracteres tan 'cartesianos' que el primero de los preceptos que configuran el ordenamiento constitucional está dedicado a la proclamación del principio de primacía de la Constitución, con la consiguiente invalidez de las leyes que se opongan a aquélla, el segundo atribuye la garantía de este principio a un Tribunal Constitucional y el tercero aborda la composición del mismo".<sup>149</sup>

Ese órgano de control estuvo conformado por siete miembros, cuatro nombrados por el Tribunal Administrativo Supremo y el Tribunal Supremo y tres por el Presidente de la República. Todos los demás aspectos se confiaron a la Ley del Tribunal Constitucional, la cual fue emitida el 9 de marzo siguiente. Dicho tribunal quedó constituido el 17 de noviembre de 1921.<sup>150</sup>

El control de constitucionalidad instituido en la constitución checoslovaca de 1920 no funcionó adecuadamente. En sus 10 años de operación, el Tribunal Constitucional sólo dictó una sentencia (de 7 de noviembre de 1922), para la cual además, no requería ser instado por ninguno de los sujetos legitimados, en la medida que se trataba de un control preceptivo. Cuando en 1931 el periodo de los primeros integrantes del tribunal expiró, éstos no fueron renovados, quedando de

---

<sup>148</sup> Cfr. Cruz Villalón, Pedro, *La formación del sistema europeo de control de la constitucionalidad (1918-1939)*, *op. cit.*, pp. 277-279.

<sup>149</sup> *Ibidem*, p. 287.

<sup>150</sup> Cfr. *Ibidem*, pp. 289-290 y Fernández Segado, Francisco, "Evolución histórica y modelos de control de constitucionalidad", *op. cit.*, p. 82.



hecho suspendido. En 1938 el tribunal volvió a constituirse, pero pronto llegó el desmantelamiento del régimen constitucional.<sup>151</sup>

#### 1.5.4. El control de la constitucionalidad en Austria.

En el caso de Austria el camino fue más largo y complicado. El antecedente directo más remoto se da con el Tribunal Supremo previsto en la Constitución del Imperio austro-húngaro de 4 de marzo de 1849, abrogada el 31 de diciembre de 1851. Este mismo órgano (Tribunal del Imperio o *Reichsgericht*) fue previsto después en la Ley Constitucional de 21 de diciembre de 1867<sup>152</sup> y sería, en gran medida, el precursor del Tribunal Constitucional de la primera República.<sup>153</sup> Para llegar a este punto, es conveniente hacer un poco de historia.

El imperio austro-húngaro cayó en octubre de 1918. El 21 de octubre del mismo año se constituyó la “Asamblea nacional provisional de Austria alemana”; quien, mediante ley de 25 de enero siguiente creó, ya con el nombre de Tribunal Constitucional (*Verfassungsgerichtshof*), un órgano que habría de tener las mismas competencias e incluso la misma composición que el Tribunal Federal del imperio. Una vez electa la Asamblea Nacional Constituyente en febrero de 1919, mediante ley de 14 de marzo introdujo el control previo de las leyes de los Länder

---

<sup>151</sup> Cfr. Cruz Villalón, Pedro, *La formación del sistema europeo de control de la constitucionalidad (1918-1939)*, *op. cit.*, p. 290 y Fernández Segado, Francisco, “Evolución histórica y modelos de control de constitucionalidad”, *op. cit.*, p. 82.

<sup>152</sup> Cfr. Fernández Segado, Francisco, “Evolución histórica y modelos de control de constitucionalidad”, *op. cit.*, pp. 68-73 y Fernández Rodríguez, José Julio, *op. cit.*, p. 28.

<sup>153</sup> Cfr. Cruz Villalón, Pedro, *La formación del sistema europeo de control de la constitucionalidad (1918-1939)*, *op. cit.*, pp. 238-239; también véase Vázquez del Mercado, Oscar, *op. cit.*, pp. 43-45.



y con la de 3 de abril modificó la composición y la competencia del Tribunal Constitucional.<sup>154</sup>

Mediante Ley constitucional de 1 de octubre de 1920 Austria se erige en Estado federal; el Título VI de la misma denominado “Garantías de la Administración y de la Constitución”, que va de los artículos 137 al 145 regula, entre otras cosas, la estructura y las funciones del Tribunal Constitucional (en cuya conformación estuvo Hans Kelsen), encomendándosele atribuciones en materia de resolución de conflictos entre órganos del estado; control concentrado de la legalidad de los reglamentos; control de constitucionalidad de las leyes; contenciosos electorales; responsabilidad penal de altos funcionarios; amparo por violación de derechos fundamentales y violaciones del derecho internacional. El Tribunal tenía su sede en Viena, se conformaba por 12 magistrados y seis suplentes electos con carácter vitalicio por la *Nationalrat* y el *Bubdesrat*. La Ley del Tribunal Constitucional fue promulgada el 13 de julio de 1921.<sup>155</sup>

Con Ley constitucional de 30 de julio de 1925, se agrega como competencia del Tribunal Constitucional la “consulta previa de competencia”, a fin de determinar sobre la titularidad de una competencia por parte de la federación o de los Länder. El 7 de diciembre de 1929, se incorpora el control concreto de normas, a instancia tanto del Tribunal Supremo como del Tribunal Administrativo y se otorga al gobierno la facultad para nombrar a seis magistrados y tres suplentes, a propuesta de las Cámaras. La ley de transición que acompañó a esta reforma dispuso el

---

<sup>154</sup> Cfr. Cruz Villalón, Pedro, *La formación del sistema europeo de control de la constitucionalidad (1918-1939)*, *op. cit.*, pp. 249-250 y Fernández Segado, Francisco, “Evolución histórica y modelos de control de constitucionalidad”, *op. cit.*, pp. 73-74.

<sup>155</sup> Cfr. Cruz Villalón, Pedro, *La formación del sistema europeo de control de la constitucionalidad (1918-1939)*, *op. cit.*, pp. 262-265; también véase Vázquez del Mercado, Oscar, *op. cit.*, pp. 45-50.



cese de todos los miembros del Tribunal Constitucional al 15 de febrero de 1930, terminando así la presencia de Kelsen en dicho órgano.<sup>156</sup>

El Tribunal Constitucional funcionó con normalidad hasta su desactivación en 1933; fue restablecido tras la liberación de Austria en abril de 1945.<sup>157</sup>

Es probable que el desarrollo normativo anterior haya tenido un papel determinante en el pensamiento de Hans Kelsen y que su noción de tribunal constitucional plasmada en la constitución austriaca de 1920, sea deudora de todos esos años de experiencia previa. Las bases teóricas de este modelo fueron delineadas en un trabajo presentado por el mencionado jurista en la Quinta Reunión de Profesores Alemanes de Derecho Público en 1928 y ese mismo año fue publicado en la *Revue du Droit Public et de la Science Politique* de Francia, bajo el título: *La garantie juridictionnelle de la Constitution (La justice constitutionnelle)*.<sup>158</sup>

---

<sup>156</sup> Cfr. Cruz Villalón, Pedro, *La formación del sistema europeo de control de la constitucionalidad (1918-1939)*, *op. cit.*, pp. 267-268.

<sup>157</sup> Cfr. *Ibidem*, pp. 232 y 269-276. El mismo Kelsen lo explica de la siguiente manera: “La reforma de la Constitución austriaca en 1929, no fue en lo sustancial dirigida contra el Tribunal Constitucional porque hubiera un conflicto entre éste último y la Administración. La enmienda no alteró la jurisdicción del Tribunal, sino que dispuso que sus miembros ya no fueran elegidos por el Parlamento, sino nombrados por la Administración...El antiguo Tribunal fue, de hecho, disuelto y reemplazado por uno nuevo, cuyos miembros, casi en su mayoría, eran partidarios del gobierno. Este fue el comienzo de una evolución política que inevitablemente tenía que llevarlos al fascismo y que fue responsable de que la anexión de Austria por los nazis no encontrase ninguna resistencia”, Kelsen, Hans, *El control de la constitucionalidad de las leyes. Estudio comparado de las constituciones austriaca y norteamericana*, *op. cit.*, p. 84. “El gobierno del canciller Dollfuss logró la aprobación de una nueva Constitución de tipo corporativo el 4 de abril de 1934, la que transfirió las facultades de la Corte Constitucional y las del Tribunal Supremo Administrativo, a una Corte de Justicia Federal; pero todo vestigio de control constitucional desapareció con motivo de la ocupación de Austria por las tropas alemanas el 13 de marzo de 1938 y no fue restablecido hasta 1945 cuando el país recuperó su independencia.”, Fix-Zamudio, Héctor, *Los tribunales constitucionales y los derechos humanos*, *op. cit.*, pp. 45-46.

<sup>158</sup> Existen tres traducciones al español: Kelsen, Hans, *La garantía jurisdiccional de la Constitución (La justicia constitucional)*, [trad. de Rolando Tamayo y Salmorán], *op. cit.*; Kelsen, Hans, “La garantía jurisdiccional de la Constitución (La justicia constitucional)”, [trad. de Domingo García Belaunde], en *Revista Iberoamericana de Derecho Procesal Constitucional*, núm. 10, julio-diciembre de 2008, pp. 3-46, que retoma la traducción anterior y, Kelsen, Hans, “La garantía



UNIVERSIDAD  
PANAMERICANA

En este trabajo Kelsen sostiene que la garantía jurisdiccional de la constitución tiene por objeto asegurar “el ejercicio regular de las funciones estatales”. Para este jurista, el proceso de producción del derecho obedece a distintas etapas jerarquizadas que van desde la constitución, pasando por la ley y el reglamento, hasta terminar en los actos individuales de aplicación. Cada uno de estos pasos representa distintos niveles o grados de producción del orden jurídico, en una dinámica que oscila entre la aplicación y la creación del derecho, esto es, una norma jurídica es, frente a la norma superior, aplicación o reproducción del derecho y, frente a la de grado inferior, creación o producción del mismo. Así “La regularidad no es, entonces sino la relación de correspondencia entre un grado inferior y un grado superior del orden jurídico”.<sup>159</sup> La regularidad es, por tanto, sinónimo de constitucionalidad, y para salvaguardar esta conformidad o correspondencia mediante la anulación de los actos inconstitucionales, es necesaria la creación de “una jurisdicción o tribunal constitucional”.<sup>160</sup>

Como afirma Pegoraro: “Las propuestas de Kelsen acerca de la configuración, las funciones y la eficacia de las sentencias del tribunal constitucional...constituyen el núcleo de un ‘modelo’ abstracto elaborado a lo largo del tiempo por el Maestro de Praga (algunos de sus escritos en la materia se remontan a la segunda posguerra), e incluso fueron influenciados por los análisis de varios ordenamientos a medida que eran dotados de una corte o tribunal constitucional”.<sup>161</sup>

---

jurisdiccional de la Constitución (La justicia constitucional)”, [trad. de Juan Ruiz Manero], en Kelsen, Hans, *Escritos sobre la democracia y el socialismo*, Madrid, Editorial Debate, 1988, pp. 109-155.

<sup>159</sup> Kelsen, Hans, *La garantía jurisdiccional de la Constitución (La justicia constitucional)*, [trad. de Rolando Tamayo y Salmorán], *op. cit.*, pp. 10-15.

<sup>160</sup> *Ibidem*, p. 52.

<sup>161</sup> Pegoraro, Lucio, *La justicia constitucional. Una perspectiva comparada*, *op. cit.*, p. 40.



UNIVERSIDAD  
PANAMERICANA

### 1.5.5. Los tribunales constitucionales y su expansión por el mundo.

Para finalizar este apartado, es importante señalar que el llamado sistema concentrado de corte europeo continental, basado en la existencia de un tribunal constitucional, se ha extendido paulatinamente por varias partes del mundo. En este orden, existen cuatro etapas de la historia bastante bien definidas que dan cuenta de su expansión.

La primera se da en el periodo de entreguerras, en la que tiene lugar la creación de los tribunales constitucionales de Checoslovaquia, concretamente el previsto en la ley constitucional de 29 de febrero de 1920; el de Austria, en la norma fundamental de 1 de octubre de 1920; el de Liechtenstein de 1921 y el Tribunal de Garantías Constitucionales de la Segunda República española de 1931.<sup>162</sup> A éstos puede agregarse el Tribunal de Garantías Constitucionales y Sociales de la constitución de Cuba de 1940, aunque en realidad funcionaba como una Sala del Tribunal Supremo.<sup>163</sup>

---

<sup>162</sup> Cfr. Cappelletti, Mauro, *La justicia constitucional. (Estudios de derecho comparado)*, op. cit., p. 64; Fix-Zamudio, Héctor, *El juicio de amparo*, op. cit., pp. 64-67; Fix-Zamudio, Héctor, *Ensayos sobre el derecho de amparo*, op. cit., pp. 219-225. Nogueira Alcalá, Humberto, op. cit., p. 42; Ferreres Comella, Víctor, op. cit., p. 25; Fernández Segado, Francisco, "Evolución histórica y modelos de control de constitucionalidad", op. cit., pp. 73-84; Favoreu, Louis, "Los tribunales constitucionales", [trad. José Julio Fernández Rodríguez], en García Belaunde, D. y Fernández Segado, F., (coords.), op. cit., p. 99; Favoreu, Louis, *Los tribunales constitucionales*, España, Ariel, 1994, p. 13; Fernández Rodríguez, José Julio, op. cit., p. 32 y Rousseau, Dominique, op. cit., pp. 14-16. La suerte de esos primeros tribunales constitucionales se resume en el siguiente pasaje: "El austríaco funcionó regularmente hasta 1930, y con dificultad hasta 1933, en que fue intervenido y desactivado. El checoslovaco casi no funcionó, emitió una sola sentencia, quedó paralizado en 1931 y murió por inanición en 1938. Y el español, instalado en 1933, abortó en 1936 con motivo de la guerra civil.", García Belaunde, Domingo, *De la jurisdicción constitucional al derecho procesal constitucional*, 4a. ed., Lima, Editora Jurídica Grijley, 2003, p. 32.

<sup>163</sup> Cfr. Fix-Zamudio, Héctor, *El juicio de amparo*, op. cit., p. 68; García Belaunde, Domingo, *El Tribunal de Garantías Constitucionales y Sociales de Cuba (1940-1952)*, Instituto Iberoamericano de Derecho Constitucional (Sección peruana), también consultable en Ferrer Mac-Gregor, Eduardo (coord.), *Derecho procesal constitucional*, op. cit., t. III, pp. 2517-2538 y Fernández Segado, Francisco, "El control de constitucionalidad en Cuba (1901-1952)", en Ferrer Mac-Gregor, Eduardo (coord.), *Derecho procesal constitucional*, op. cit., t. III, pp. 2471-2505. Es interesante señalar que el tribunal de Perú de 1979, también recibió el nombre de Tribunal de Garantías Constitucionales y



UNIVERSIDAD  
PANAMERICANA

En la segunda etapa, que corre de la segunda posguerra hasta la década de los sesentas, suele ubicarse el restablecimiento del Tribunal Constitucional de Austria en 1945 (en ese mismo año Ecuador experimentó un Tribunal de Garantías Constitucionales),<sup>164</sup> además surgen los tribunales constitucionales de Italia, en la Constitución de 1 de enero de 1948, entrando en funcionamiento en 1956; de Alemania, en la Ley Fundamental del 23 de mayo de 1949; de Chipre, del 16 de agosto de 1960 (suprimido en 1964); de Turquía, del 9 de julio de 1961<sup>165</sup> y de Yugoslavia, puesto en vigor por la constitución del 7 de abril de 1963.<sup>166</sup> Además se expanden por primera vez a América, con la Corte de Constitucionalidad de Guatemala de 1965<sup>167</sup> (reiterada en la Constitución de 1985)<sup>168</sup> y Asia, con el tribunal constitucional de Japón de 1947<sup>169</sup> y un par de breves experiencias en Corea del Sur y en Vietnam del Sur, en 1954 y 1960, respectivamente.<sup>170</sup>

---

en la carta de 1993 cambió su denominación a Tribunal Constitucional; lo mismo pasó en las constituciones de Ecuador de 1945 y 1978. Cfr. García Belaunde, Domingo, *De la jurisdicción constitucional al derecho procesal constitucional*, op. cit., p. 50 y Fix-Zamudio, Héctor, *Los tribunales constitucionales y los derechos humanos*, op. cit., pp. 134, 152-154 y 187-192. En el caso de Ecuador, dicho tribunal no fungía en realidad como un auténtico órgano jurisdiccional de control, sino como instancia consultiva y de apoyo del órgano legislativo con poder de decisión.

<sup>164</sup> Cfr. García Belaunde, Domingo, *De la jurisdicción constitucional al derecho procesal constitucional*, op. cit., p. 40. Aunque ese órgano carecía de poder y era dependiente del parlamento.

<sup>165</sup> Cfr. Fix-Zamudio, Héctor, *Los tribunales constitucionales y los derechos humanos*, op. cit., pp. 155-158, para conocer los casos de Chipre y de Turquía. De igual manera la constitución griega de 1968 instauró un tribunal constitucional, el cual, debido a la dictadura militar vigente en ese país, tuvo una importancia meramente formal, de la misma obra, pp. 158-160; también De Vergottini, Giuseppe, op. cit., p. 202.

<sup>166</sup> Cfr. Cappelletti, Mauro, *La justicia constitucional. (Estudios de derecho comparado)*, op. cit., pp. 65-66; Biscaretti Di Ruffia, Paolo, op. cit., p. 576; Favoreu, Louis, *Los tribunales constitucionales*, op. cit., p. 13 y Fernández Rodríguez, José Julio, op. cit., p. 32.

<sup>167</sup> Cfr. Fix-Zamudio, Héctor, *Los tribunales constitucionales y los derechos humanos*, op. cit., pp. 133-140.

<sup>168</sup> Cfr. García Laguardia, Jorge Mario, *La constitución guatemalteca de 1985*, México, Universidad Nacional Autónoma de México, 1992.

<sup>169</sup> Cfr. Rousseau, Dominique, op. cit., p. 15.

<sup>170</sup> El de Corea del Sur fue suprimido en 1962 y el de Vietnam del Sur en 1967. También se menciona al tribunal constitucional de Irak, contemplado en la constitución de 1968, Cfr. Fix-Zamudio, Héctor, *Los tribunales constitucionales y los derechos humanos*, op. cit., pp. 161-163 y De Vergottini, Giuseppe, op. cit., p. 202.



UNIVERSIDAD  
PANAMERICANA

La tercera etapa abarca las décadas de los setentas y ochentas, en donde presenciamos el surgimiento de los tribunales constitucionales de Chile en 1970 (suprimido por el gobierno militar en 1973 y restablecido en 1980); Portugal, mediante reforma de 1982 a la Constitución de 1976; España en 1978; Bélgica en 1980, con reformas en 1994; Polonia en 1982; Perú en 1971 (repetido en 1979 y ratificado en 1993).<sup>171</sup> En 1975 fue creado el Tribunal Constitucional de Madagascar;<sup>172</sup> en 1979 se creó el Tribunal Constitucional de Egipto y en 1987 el Tribunal Constitucional surcoreano.<sup>173</sup>

La cuarta etapa cubre desde la caída del muro de Berlín y se extiende durante toda la década de los noventas. Aquí tenemos a los tribunales constitucionales de Hungría (1989); Croacia en 1990; Colombia, Bulgaria, Eslovenia, Rumania y Rusia en 1991; Lituania, Macedonia y Yugoslavia en 1992; Andorra en 1993; Bolivia y Moldavia en 1994; Ecuador en 1995; Letonia, Luxemburgo y Ucrania en 1996 y Polonia en 1997.<sup>174</sup>

¿Estamos en presencia de una nueva etapa en el desarrollo y la evolución de los tribunales constitucionales? Un importante sector de la doctrina podría afirmar que sí, en la medida que a ese conjunto de tribunales constitucionales, que podrían adscribirse a la categoría “formal”, se agregarían ahora otras clases de órganos dotados de atribuciones semejantes a las de aquéllos.

---

<sup>171</sup> Cfr. Ferreres Comella, Víctor, *op. cit.*, p. 26; Biscaretti Di Ruffia, Paolo, *op. cit.*, p. 576; Favoreu, Louis, “Los tribunales constitucionales”, *op. cit.*, p. 99; Rousseau, Dominique, *op. cit.*, p. 16; Fix-Zamudio, Héctor, *Los tribunales constitucionales y los derechos humanos*, *op. cit.*, pp. 98-108, 179-185 y 192-197; De Vergottini, Giuseppe, *op. cit.*, p. 202 y Fernández Rodríguez, José Julio, *op. cit.*, p. 32.

<sup>172</sup> Cfr. Favoreu, Louis, *Los tribunales constitucionales*, *op. cit.*, p. 144.

<sup>173</sup> Cfr. *Ibidem*, pp. 145-146.

<sup>174</sup> Cfr. Ferreres Comella, Víctor, *op. cit.*, p. 26; Favoreu, Louis, “Los tribunales constitucionales”, *op. cit.*, p. 99; Ferrer Mac-Gregor, Eduardo, *Ensayos sobre derecho procesal constitucional*, *op. cit.*, p. 40 y Fix-Zamudio, Héctor, *Introducción al derecho procesal constitucional*, México, Fundap, 2002, pp. 37-38.



Si la opinión anterior es correcta, esta etapa evolutiva estaría caracterizada no por la creación de nuevos órganos de control de la constitucionalidad del tipo “tribunales constitucionales”, sino por la “transformación” de órganos preexistentes de distinta clase, a los cuales se les pretendería investir, por virtud de la naturaleza de sus funciones, con el carácter de tribunales constitucionales desde el punto de vista “material”.

Conforme a esta “nueva etapa”, cuyos inicios podemos ubicar en trabajos académicos de México de finales de los noventas y principios de este siglo –donde se consolida incluso en el ámbito jurisdiccional–, a los mencionados tribunales constitucionales de las cuatro etapas previas tendrían que agregarse los tribunales supremos, las salas constitucionales y los tribunales regionales encargados de la protección de los derechos fundamentales. Esta quinta etapa es la de los tribunales constitucionales en sentido material.

Como hemos tenido la oportunidad de explicar,<sup>175</sup> las nociones materiales de tribunal constitucional carecen de un fundamento teórico adecuado, por lo que no sólo no dan cuenta de la naturaleza real de esta clase de órganos, sino que tampoco dan origen a una nueva etapa de su desarrollo o evolución.

## **1.6. El control de la constitucionalidad en los sistemas socialistas.**

En los países que se adhirieron a este régimen político la idea del control de la constitucionalidad no estuvo ausente, por el contrario, fue prevista constitucionalmente en prácticamente todos los casos. Aunque por razones ideológicas totalmente distintas a las que inspiraron a los revolucionarios

---

<sup>175</sup> Cfr. Luis Ortiz, Noé, “¿Qué es un tribunal constitucional?”, *Revista Legislativa de Estudios Sociales y de Opinión Pública*, vol. 11, núm. 21, enero-abril, 2018, pp. 9-45.



UNIVERSIDAD  
PANAMERICANA

franceses, también encontraron en el órgano legislativo el depositario de tal función.

La exclusión del control jurisdiccional de constitucionalidad en los países de régimen socialista no se debió al principio de la separación de poderes –antes bien, se fundamentó en la negación de ésta y en general de la “doctrina burguesa” –, sino que se apoyó en la concepción de las asambleas como “único órgano supremo, de directa emanación popular”, y en la noción de las leyes como obras de este cuerpo representativo de “la unidad del poder estatal”.<sup>176</sup> Así, las

---

<sup>176</sup> Cfr. Cappelletti, Mauro, *La justicia constitucional. (Estudios de derecho comparado)*, op. cit., pp. 31-32; en igual sentido, Ferreres Comella, Víctor, op. cit., p. 26, nota al pie número 5. Sobre el particular significado de la constitución en los estados socialistas, véase De Vergottini, Giuseppe, op. cit., pp. 592-594. “En efecto, en los *Estados socialistas* las asambleas parlamentarias, como se expresó en su oportunidad, se presentan como los ‘órganos supremos del poder estatal’ facultados para ejercer, en última instancia, la voluntad de todo el pueblo. Por tanto, no pueden existir, de acuerdo con la lógica implícita del sistema, otros órganos con posibilidad de limitar o controlar dicha voluntad popular, y, en consecuencia, no hay en esos países alguna probabilidad de disolución anticipada de las referidas asambleas y ni siquiera se configura alguna forma de veto legislativo por parte del jefe del Estado; en tanto, las propias asambleas establecen los requisitos de admisión de sus miembros y adoptan sus propios reglamentos.”, Biscaretti Di Ruffia, Paolo, op. cit., p. 581. “En sus orígenes, la interpretación soviética del marxismo impuesta a todos estos países (socialistas), condujo a la exclusión del principio de todo control jurisdiccional de la constitucionalidad de las leyes. En efecto, el Derecho constitucional soviético no se fundaba, a diferencia de los regímenes occidentales, sobre el principio de separación de poderes sino sobre la teoría de la unidad del poder del Estado... Así, la asamblea popular se convierte en la institución política central, encargada de ejercer el conjunto de funciones estatales: constitucional, legislativa, ejecutiva y judicial... Por tanto, la necesidad de un arbitraje de tipo jurisdiccional resulta imposible tanto en la teoría como en la práctica desde el momento en que la unidad del pueblo implica que no hay más que una voluntad, aquella expresada en el plano político por el partido único y en el plano institucional por una asamblea popular que reúne a todos los poderes del Estado. Así, cuando en estos países existe un control de constitucionalidad de las leyes, es el legislador quien lo ejerce y ‘no representa una función particular y distinta, sino una parte de la función de control general que ejerce el cuerpo representativo supremo en cuanto expresión única de la voluntad soberana del pueblo’.”, Rousseau, Dominique, op. cit., pp. 16-17. Siguiendo a De Vergottini, en los ordenamientos socialistas el control de constitucionalidad de las leyes en manos de los órganos jurisdiccionales, se presentó como una situación anómala, esto, “...con base en el principio de la supremacía de la asamblea representativa, íntimamente relacionado con la soberanía popular, y en el principio de la unidad del poder estatal...”, lo que ocasionó que se confiara exclusivamente a las propias asambleas la competencia para constatar la constitucionalidad de sus leyes y otros actos con fuerza de ley. De Vergottini, Giuseppe, op. cit., pp. 604-605 y 654-655. En igual sentido véase Fix-Zamudio, Héctor, *Los tribunales constitucionales y los derechos humanos*, op. cit., pp. 114-115.



asambleas fueron concebidas como el órgano supremo del poder del Estado y de la representación popular.

Bajo este tenor, en prácticamente todos los países socialistas encontramos cláusulas constitucionales que consagran la facultad de las asambleas para llevar a cabo el control de la constitucionalidad de las leyes y el sometimiento irrestricto a éstas por parte de los jueces y tribunales. Aun cuando eventualmente se regularon órganos técnicos, éstos funcionaron como comités dependientes de los propios cuerpos legislativos y contaron con atribuciones más consultivas que anulatorias. Veamos algunos ejemplos.

El artículo 66, competencia segunda, de la Constitución de Albania de 1976, señalaba que corresponde a la Asamblea del Pueblo: “aprobar y enmendar la Constitución, pronunciarse sobre la conformidad de las leyes a la Constitución e interpretar las leyes”.

El artículo 85 de la Constitución de Bulgaria de 1971, señalaba que: “1. La Asamblea Nacional se asegurará de que las leyes no estén en contradicción con la Constitución. 2. Sólo ella podrá resolver la cuestión de si una ley está en contradicción con la Constitución y si se han observado las disposiciones de ésta en lo relativo a la adopción de esa ley”.

El artículo 89.3 de la Constitución de la Alemania socialista (democrática u oriental) revisada en 1974 disponía: “No podrá ninguna disposición oponerse a la Constitución. En caso de duda sobre la constitucionalidad de cualesquiera normas jurídicas resolverá la Cámara del Pueblo” y el artículo 74.1 del mismo cuerpo constitucional agregaba: “El Consejo de Estado ejercerá, por mandato de la



Cámara del Pueblo, la supervisión permanente de la constitucionalidad y legalidad del Tribunal Supremo y de la Fiscalía General”.

El artículo 121.4 de la Constitución de la Unión de Repúblicas Socialistas Soviéticas (URSS) de 1977, señalaba: “El Presidium del Soviet Supremo de la URSS:...4) controlará la observancia de la Constitución de la URSS y asegurará la correspondencia de las Constituciones y las leyes de las Repúblicas federadas con la Constitución y las leyes de la URSS”.

El artículo 53 de la Constitución de Rumania de 1974 señalaba: “Para ejercer el control de la constitucionalidad de las leyes, así como para preparar los trabajos concernientes a la adopción de las leyes, la Gran Asamblea Nacional elige por el periodo de la legislatura una Comisión Constitucional y Jurídica”, aunque en realidad sus funciones se limitaban a presentar a aquella informes sobre la constitucionalidad de las leyes y otras normas con rango de ley, según el último párrafo del mismo artículo 53, siendo la primera de las mencionada quien, según el artículo 43, inciso 14): “ejerce el control general de la aplicación de la Constitución. Sólo la Gran Asamblea Nacional decide sobre la constitucionalidad de las leyes”.

El artículo 19, apartado 3, inciso 1) de la Constitución de Hungría refundida en 1972, confería a la Asamblea Nacional la atribución para: “controlar el acatamiento de la Constitución y anular las resoluciones de los órganos del Estado contrarios a la Constitución o a los intereses de la sociedad”.

En la Constitución de Polonia de 1952, refundida en 1976, el control de la constitucionalidad se encomendó al Consejo de Estado, que era un cuerpo permanente dependiente de la Dieta de la República Popular de Polonia, pues



fungía como comisión permanente de la misma, en el artículo 30, inciso 3), se decía que el Consejo de Estado: “vela por la concordancia de las leyes con la Constitución”.<sup>177</sup>

Asimismo, la Constitución de Cuba de 1976, en su artículo 73, apartado c, disponía que: “Son atribuciones de la Asamblea Nacional del Poder Popular:...decidir sobre la constitucionalidad de las leyes, decretos ley, decretos y otras disposiciones generales” y la de China de 1982 en su artículo 62, apartado II, decía: “La Asamblea Popular Nacional...controla la aplicación de la Constitución y de las leyes”, y en su diverso numeral 67, apartado I: “el Comité Permanente de la Asamblea Popular Nacional...interpreta la Constitución y supervisa su aplicación”.<sup>178</sup> También se confería a la Asamblea el control de constitucionalidad en la Constitución de Vietnam de 1980, concretamente en los artículos 83, 3 y

---

<sup>177</sup> Los textos de todos los documentos constitucionales citados pueden consultarse en *Las constituciones europeas, op. cit.*, t. 1 y 2. Para el caso de la Constitución de Albania véase en esta obra la p. 35, t. 1; para la Constitución de Bulgaria, p. 438, t. 1; para la Constitución de la Alemania socialista, pp. 167 y 174, t. 1; para el caso de la Constitución de la URSS, pp. 2037-2038, t. 2; para el caso de la Constitución de Rumania, pp. 1662-1663 y 1666, t. 2; para el caso de la Constitución de Hungría, pp. 1109-1110, t. 1; para el caso de la Constitución de Polonia, p. 1499, t. 2; Otras versiones en español de los textos constitucionales citados pueden consultarse en García Álvarez, Manuel B., *Textos constitucionales socialistas*, s. p., Colegio Universitario de León, 1977. También véanse De Vergottini, Giuseppe, *op. cit.*, pp. 197 y 605 y Biscaretti Di Ruffia, Paolo, *op. cit.*, pp. 594-595, notas al pie de página números 56 y 57. El control por órgano político también estuvo presente en las constituciones de la Unión de Repúblicas Socialistas Soviéticas (U.R.S.S.) de 1923-1924, que contemplaba al Comité Ejecutivo Central como órgano de control, en tanto que el Tribunal Supremo tenía un carácter consultivo, y en la de diciembre de 1936, en la que se encomendaba el control de la aplicación de la Constitución al Soviet Supremo, según sus artículos 14 y 31, consultables en Sánchez Agesta, Luis, *op. cit.*, pp. 129-160 y en García Álvarez, Manuel B., *op. cit.*, pp. 41-74; para una explicación puntual del sistema de control de constitucionalidad por órganos políticos vigente en la Constitución de la U.R.S.S. de 5 de diciembre de 1936, Cfr. Cappelletti, Mauro, *La justicia constitucional. (Estudios de derecho comparado)*, *op. cit.*, pp. 33-37.

<sup>178</sup> Cfr. Biscaretti Di Ruffia, Paolo, *op. cit.*, p. 594, nota al pie de página número 56. Para el caso de China también véase Colección China, *Política*, Beijing, Ediciones en Lengua Extranjera, 1985, pp. 16-20 y Cappelletti, Mauro, *La justicia constitucional. (Estudios de derecho comparado)*, *op. cit.*, p. 31. Asimismo, el artículo 15, fracción 1a de la Constitución yugoslava de 1953, previa a la de 1963 que estableció un tribunal constitucional, “...establecía como competencia exclusiva de la Asamblea Popular Federal, el juicio sobre la conformidad de las Constituciones y leyes de las Repúblicas Populares, así como de las leyes federales, con la citada Constitución Nacional...”, Fix-Zamudio, Héctor, *Los tribunales constitucionales y los derechos humanos, op. cit.*, p. 116, nota al pie de página número 206.



100, 5 y al *Presidium* de la asamblea según la Constitución de la República Popular de Mongolia de 1960, conforme a su artículo 34, 1.<sup>179</sup>

Con el tiempo, el control de la constitucionalidad conferido exclusivamente a las asambleas populares fue matizado, en parte, por el reclamo que apunta Biscaretti, consistente en que tales modelos carecían de una garantía de objetividad jurídica,<sup>180</sup> así como para establecer en esos países, según advierte De Vergottini, el principio de legalidad.<sup>181</sup>

Así, en la constitución de Rumania de 1965 se creó una Comisión Constitucional, que dependía de la Gran Asamblea Nacional y que fue transformada en 1975 en una Comisión Constitucional y Jurídica, como ya se ha visto. En la URSS, después de la revisión constitucional de 1988, se creó un Comité de Vigilancia Constitucional y en Hungría, mediante modificación de 1983 a la constitución de 1972, se creó el Consejo de Derecho Constitucional, integrado con miembros electos por la Asamblea Nacional.<sup>182</sup> En todos los casos se trataba de órganos que, si bien tenían reservadas algunas competencias en materia de control de constitucionalidad, seguían dependiendo orgánica y funcionalmente de los cuerpos legislativos.

También en una dirección contraria a la anterior debe apuntarse la creación de diversos tribunales constitucionales en países de régimen socialista, tales fueron los casos de Yugoslavia en 1963, Checoslovaquia en 1968 y Polonia en

---

<sup>179</sup> Cfr. De Vergottini, Giuseppe, *op. cit.*, p. 605.

<sup>180</sup> "...algunas Constituciones recientes, para obviar la acusación del carácter excesivamente político de la decisión parlamentaria respectiva, han establecido, en la mencionada fase de formación de la norma, la exigencia de la opinión sustancialmente obligatoria de un órgano que proporcione mayores garantías de objetividad...", Biscaretti Di Ruffia, Paolo, *op. cit.*, p. 573.

<sup>181</sup> Cfr. De Vergottini, Giuseppe, *op. cit.*, pp. 608-609.

<sup>182</sup> Cfr. De Vergottini, Giuseppe, *op. cit.*, pp. 605, 608 y 702-704; Cappelletti, Mauro, *La justicia constitucional. (Estudios de derecho comparado)*, *op. cit.*, pp. 33-37; Biscaretti Di Ruffia, Paolo, *op. cit.*, pp. 350-359 y 405-408.



UNIVERSIDAD  
PANAMERICANA

1982, aunque las resoluciones de éstos generalmente estaban sometidas a las decisiones mayoritarias de las asambleas o carecían de un efecto anulatorio inmediato y su funcionamiento no fue el ideal.<sup>183</sup>

Tras la caída del bloque socialista, prácticamente todos los países que lo conformaron adoptaron el modelo concentrado de control de la constitucionalidad, creando sus respectivos tribunales constitucionales.

---

<sup>183</sup> Como se ha señalado, algunos países de régimen comunista crearon tribunales constitucionales, ellos fueron Polonia en 1982 y 1985, Yugoslavia en 1963 y 1974 y nuevamente Checoslovaquia, mediante ley constitucional de 1968, aunque no entró en funcionamiento; como se ha dicho, todavía en esos países las resoluciones de los tribunales constitucionales estaban sometidas a las decisiones mayoritarias de las asambleas o no poseían un efecto anulatorio inmediato. *Cfr.* Ferreres Comella, Víctor, *op. cit.*, p. 26, nota al pie número 5; Biscaretti Di Ruffia, Paolo, *op. cit.*, pp. 400-401; De Vergottini, Giuseppe, *op. cit.*, p. 202; Pegoraro, Lucio, *La justicia constitucional. Una perspectiva comparada*, *op. cit.*, pp. 86-87; Rousseau, Dominique, *op. cit.*, p. 18 y Fix-Zamudio, Héctor, *Los tribunales constitucionales y los derechos humanos*, *op. cit.*, pp. 113-131 y 199-201.



UNIVERSIDAD  
PANAMERICANA

## CAPÍTULO II

### LA CLASIFICACIÓN DE LOS SISTEMAS DE CONTROL DE LA CONSTITUCIONALIDAD

*Sumario. 2.1. Introducción.- 2.2. El control de la constitucionalidad por órgano político y por órgano jurisdiccional.- 2.2.1. Las características del control de la constitucionalidad por órgano político.- 2.2.1.1. Breve digresión sobre el “control político”.- 2.2.2. Las características del control de la constitucionalidad por órgano jurisdiccional: el control difuso y el control concentrado.- 2.2.2.1. Los sistemas mixtos, híbridos o tertium genus de control de la constitucionalidad.- 2.2.2.2. Los sistemas duales, paralelos o quartum genus de control de la constitucionalidad.- 2.3. Breve digresión sobre el llamado control de la constitucionalidad por “órgano popular” y sobre el sistema mexicano de control, según la Suprema Corte de Justicia de la Nación.- 2.4. La crisis de las “clasificaciones tradicionales” de los sistemas de control de la constitucionalidad.- 2.5. Breves consideraciones sobre los “modelos”, los “sistemas” y el nomen iuris.- 2.6. Las “nuevas clasificaciones” de los sistemas de control de la constitucionalidad.- 2.7. La crisis de las “nuevas clasificaciones” de los sistemas de control de la constitucionalidad.*



## 2.1. Introducción.

En este capítulo tenemos como objetivo dar cuenta de las principales clasificaciones que se han elaborado de los sistemas de control de la constitucionalidad, tanto de las tradicionales o clásicas, como de las nuevas construidas ante las limitaciones presentadas por aquéllas, superadas precisamente por la complejidad actual con la que ya no se corresponden.

Como se expuso en el apartado de cuestiones metodológicas de la tesis, clasificar nos permite conocer algo y entenderlo mejor. Gabriel Zaid afirma que: “Clasificar es la primera forma de saber. Consiste en observar, comparar, agrupar, encontrar elementos comunes, crear un modelo que integre los elementos comunes y volver a las cosas comparables para ver cuáles sí y cuáles no encajan en la clasificación”.<sup>184</sup>

En el ámbito que nos atañe, Pegoraro sostiene que: “La utilidad de las clasificaciones reside en su potencial analítico: pues se aumenta la comprensión de los fenómenos complejos, simplificando los datos del mundo real mediante esquemas conceptuales que dan vida a modelos generales y abstractos. Las clasificaciones efectivamente significativas son aquellas que permiten proponer, en relación a las clases en ellas comprendidas, hipótesis más interesantes y generales que las referidas a cada objeto separadamente considerado, ofreciendo el máximo de información con el menor esfuerzo cognitivo posible”.<sup>185</sup>

Partiendo de esas premisas, el desarrollo de este capítulo nos permitirá conocer los sistemas de control de la constitucionalidad desde la perspectiva de

---

<sup>184</sup> Zaid, Gabriel, “Clasificaciones”, *Letras Libres*, 7 de octubre de 2012.

<sup>185</sup> Pegoraro, Lucio, *Derecho constitucional comparado. 1 La ciencia y el método*, op. cit., p. 199.



UNIVERSIDAD  
PANAMERICANA

las clasificaciones que se han formulado para explicarlos. El análisis que se realiza también nos brindará la posibilidad de saber si, en efecto, los criterios y variables que se toman como base para ello, logran proporcionar clasificaciones satisfactorias de los distintos sistemas o, por el contrario, sólo se ocupan parcial y limitadamente de algunos de sus elementos esenciales.

Así las cosas, comenzamos con la clasificación que es probablemente la más aceptada y difundida y que divide a los sistemas de control de la constitucionalidad según el órgano que lo lleva a cabo, esto es, el ejercido por un órgano político y el que es realizado por un órgano jurisdiccional. Enseguida describimos brevemente las características que presenta cada uno de ellos, haciendo, en el primer caso, un pequeño paréntesis para explicar algunas diferencias entre el control de la constitucionalidad por órgano político, el control político y el carácter político del control, y precisando, en el segundo caso, que su estudio suele dividirse, a su vez, en dos grandes apartados, a saber, el control difuso y el control concentrado, los cuales también son objeto de una detallada explicación en cuanto a los elementos que los caracterizan. Finalmente, se realiza una breve digresión sobre el llamado control de la constitucionalidad por órgano popular, así como del entendimiento jurisprudencial que la Suprema Corte de Justicia de la Nación ha tenido del sistema mexicano.

Puntualizado lo anterior, analizamos dos modalidades intermedias que la doctrina ha desprendido de los principales sistemas de control de la constitucionalidad de corte jurisdiccional (esto es, el difuso y el concentrado), identificados como sistemas mixtos, híbridos o *tertium genus*, por un lado, y sistemas duales, paralelos o *quartum genus*, por el otro, explicando en ambos casos sus aspectos generales.



UNIVERSIDAD  
PANAMERICANA

Posteriormente exponemos los argumentos que nos llevan a sostener que las apuntadas clasificaciones tradicionales se encuentran en crisis, esto, en la medida que ya no se corresponden con la complejidad actual; citando para confirmar nuestra posición las opiniones de algunos tratadistas que se pronuncian en tal sentido. Asimismo, desarrollamos una serie de ideas relacionadas con las nociones de los “modelos” y los “sistemas” de control, con la finalidad de precisar sus justos alcances.

Después proporcionamos algunos intentos clasificatorios elaborados por diversos autores con la finalidad de superar las apuntadas clasificaciones tradicionales, sin embargo, argumentamos que éstas presentan sus propias limitaciones y, desde nuestro punto de vista, muchas de ellas siguen basándose en el esquema tradicional antes descrito, de ahí que también resaltamos sus inconvenientes y las razones del porqué no logran elaborar satisfactoriamente clasificaciones de los sistemas, sino de uno o algunos de los elementos que los conforman.

El análisis de esos elementos específicos se reserva para el capítulo siguiente.

## **2.2. El control de la constitucionalidad por órgano político y por órgano jurisdiccional.**

Quizá la clasificación más aceptada y difundida de los distintos sistemas de control de la constitucionalidad, es aquella que toma como base a los órganos de control, a partir de ella, emergen aspectos secundarios que eventualmente se utilizan como criterios autónomos.



En efecto, como vimos en el capítulo anterior, el sistema francés basado en un *órgano de carácter político* (aunque también practicado en los países socialistas y en otros influenciados por la tradición francesa), se distingue claramente del estadounidense y del adoptado por algunos países de Europa, en donde el control se encomendó a un *órgano de carácter jurisdiccional*. De ahí, es posible desprender una primera gran categoría que, como ya se dijo, descansa en la naturaleza del órgano, o sea, *político* o *jurisdiccional*, el cual a su vez, suele dividirse para su estudio en dos categorías, a saber, difuso y concentrado.

Sintetizando lo anterior, Pegoraro apunta que: “La estructura del órgano, en cada caso, se señala *siempre* como un elemento esencial de la clasificación, no solo para distinguir los sistemas ‘políticos’ de los ‘jurisdiccionales’, sino sobre todo para marcar la gran división entre sistemas difusos y concentrados, presentes en casi todos los autores, incluyendo aquellos que toman en consideración otros elementos...”<sup>186</sup>

### **2.2.1. Las características del control de la constitucionalidad por órgano político.**

---

<sup>186</sup> Voz: Jurisdicción constitucional (clasificaciones), Pegoraro, Lucio, [trad. de Giovanni A. Figueroa Mejía], en Ferrer Mac-Gregor, Eduardo, *et. al.*, (coords.), *Diccionario de Derecho Procesal Constitucional y Convencional*, México, Consejo de la Judicatura Federal, Universidad Nacional Autónoma de México e Instituto de Investigaciones Jurídicas, 2014, t. II, p. 800. El mismo Pegoraro expone que: “El elemento representado por la naturaleza jurisdiccional o no del órgano está en la base, por ejemplo, de la primera dicotomía identificada por Calamandrei y Cappelletti...La estructura del órgano, en cada caso, está siempre señalada como un elemento esencial de la clasificación, no sólo para distinguir, desde hace tiempo por P. Calamandrei, sistemas “políticos” de sistemas “jurisdiccionales”, sino sobre todo para marcar la gran división entre sistemas difusos y sistemas concentrados, presente en casi todos los autores, incluyendo aquellos que toman en consideración otros elementos...”, Pegoraro, Lucio, “Clasificación de los sistemas de justicia constitucional: una dicotomía agotada”, *op. cit.*, pp. 57-58.



El control de la constitucionalidad ejercido por un órgano político presenta las siguientes características:

1. La preservación de la constitución se encomienda, bien a un órgano distinto de aquellos en quienes se deposita el ejercicio de los tres poderes tradicionales, o bien, se confía a alguno de ellos (en el primer caso estarían el Consejo Constitucional francés, el Supremo Poder Conservador mexicano o el Consejo de la Revolución portugués y en el segundo los órganos legislativos – asambleas populares o congresos– habilitados como órganos de control en los sistemas socialistas, en Francia (verbigracia en la Constitución del Año III) o en gran parte de los países de América Latina durante el siglo XIX, así como el jefe de Estado, como sucedió en la Constitución Imperial de Brasil de 1824).<sup>187</sup>

2. La legitimación para plantear la cuestión de constitucionalidad corresponde a un órgano estatal o a un grupo de funcionarios públicos.

3. Ante el órgano de control no se lleva a cabo un procedimiento contencioso de carácter jurisdiccional, entre aquél que planteó la cuestión y el órgano que emitió el acto.

4. La declaración de inconstitucionalidad tiene efectos generales o *erga omnes*.<sup>188</sup>

5. Es de carácter subjetivo, pues no tiene un parámetro objetivo, fijo y predeterminado de valoración, apoyándose sólo en la libre apreciación del órgano de control.

---

<sup>187</sup> Véase el Capítulo I para la confirmación de estos ejemplos.

<sup>188</sup> Cfr. Burgoa Orihuela, Ignacio, *op. cit.*, p. 155.



6. Se basa en razones políticas o de oportunidad.

7. Es voluntario, esto es, el órgano de control puede ejercer o no su facultad de control, incluso puede hacerlo de manera oficiosa, sin que sea necesariamente requerido para ello.

8. Los órganos políticos de control no necesariamente se integran bajo criterios de imparcialidad e independencia, cuyos miembros estén dotados de especiales conocimientos técnicos sobre cuestiones de derecho.<sup>189</sup>

9. Una peculiaridad adicional, aunque no determinante, es que los órganos políticos suelen estar conformados por un número significativo de integrantes.<sup>190</sup>

### **2.2.1.1. Breve digresión sobre el “control político”.**

Téngase presente que las páginas previas tratan de describir las características del control de la constitucionalidad llevado a cabo por un órgano político y no pretenden dar cuenta del control político *per se*, cuyos alcances corresponden a otro tipo de investigación. Como explica Pegoraro: “En el caso de la clasificación de un sistema de justicia constitucional definido por la doctrina académica como ‘político’ o ‘jurisdiccional’, las categorías se sobreponen, aunque se pueden

---

<sup>189</sup> Cfr. Aragón, Manuel, *Constitución, democracia y control*, México, Universidad Nacional Autónoma de México, 2002, p. 136 y Aragón, Manuel, *Constitución y control del poder. Introducción a una teoría constitucional del control*, Colombia, Universidad Externado de Colombia, 1999, pp. 70-71.

<sup>190</sup> Por ejemplo el Senado Conservador, al que se confió en control de la constitucionalidad en la Constitución francesa del 22 de frimario del año VIII, estuvo “Compuesto de 80 miembros inamovibles y nombrados de por vida...”, Tusseau, Guillaume, “El control político de constitucionalidad en Francia”, *op. cit.*, p. 42. La regla, como se acotó, no es general, pues verbigracia el Supremo Poder Conservador de la Constitución mexicana de 1836 se conformaba solo con “cinco individuos”, Cfr. Tena Ramírez, Felipe, *Leyes fundamentales de México. 1808-2005*, *op. cit.*, p. 208; empero, lo que se quiere denotar es que la conformación numerosa parece un rasgo compatible con la naturaleza de los órganos políticos de control.



encontrar sistemas exclusivamente ‘políticos’”,<sup>191</sup> siendo que en este caso lo político o lo jurisdiccional es algo que se predica respecto del “control” y no del “órgano”.

En efecto, hay una enorme diferencia cuando nos proponemos estudiar el control de la constitucionalidad ejercido por un órgano político, que cuando nuestro objeto de investigación es el control político llevado a cabo por un órgano de igual naturaleza.<sup>192</sup>

Siguiendo a Guillaume Tusseau, puede haber dos criterios para establecer la distinción entre un control jurídico y un control político. El primero, atiende a la calificación de “político” respecto del “órgano”, del cual derivarían a su vez dos sub-criterios, uno según la modalidad de selección de los miembros del órgano, otro según el modo de designación de los mismos integrantes; en el primer caso, “Será considerado como político un control ejercido por un órgano en el cual sus miembros fueron elegidos en función de su cercanía con ciertas ideologías políticas y no en función de sus competencias técnicas [; en el segundo,] Será considerado político un control ejercido por un órgano en el cual su composición es mayoritariamente o exclusivamente hecha en función de elecciones o de nominaciones efectuadas por autoridades políticas”.<sup>193</sup>

---

<sup>191</sup> Pegoraro, Lucio, “Control jurisdiccional Vs. control político: la erosión de una categoría dicotómica (y el progresivo alcance de este último)”, *op. cit.*, p. 48. El mismo autor ofrece algunos ejemplos del control político que eventualmente puede ejercerse por parte del Jefe de Estado. Véase Pegoraro, Lucio, *La justicia constitucional. Una perspectiva comparada*, *op. cit.*, pp. 81-85.

<sup>192</sup> Por ejemplo, el control parlamentario que se presenta en esa clase de regímenes, o incluso en los de carácter federativo. *Cfr.* Aragón, Manuel, *Constitución y control del poder. Introducción a una teoría constitucional del control*, *op. cit.*, pp. 117-142 y Hans-Rudolf, Horn, “Controles políticos en sistemas federativos. Reflexiones, comparativas sobre México y Alemania”, en Gudiño Pelayo, José de Jesús, *et. al.*, (coords.), *Controles constitucionales*, México, Fundap, 2005, pp. 181-201.

<sup>193</sup> Tusseau, Guillaume, “El control político de constitucionalidad en Francia”, *op. cit.*, p. 34.



UNIVERSIDAD  
PANAMERICANA

El segundo criterio atendería a las modalidades de funcionamiento del órgano de control, de donde también emergerían dos sub-criterios. Uno, según el modo de toma de decisiones del órgano y su relativa proximidad con prácticas consideradas como representativas de la función jurisdiccional; otro, en atención al tipo de argumentación desarrollada por él mismo y también su relativa proximidad con prácticas consideradas como representativas de la función jurisdiccional. Así, bajo el primer supuesto sería “‘político’ un control que se aleja de exigencias tales como: la imparcialidad de jueces, la presencia de partes interesadas...en el proceso, el enjuiciamiento en forma colegiada, el respeto al principio de contradicción, la publicidad de debates, el hecho de decidir después de la entrada en vigor de la norma objetada, etc. [y bajo el segundo,] Puede entonces considerarse ‘político’ un control donde el resultado es producto de un razonamiento formulado en términos de oportunidades o de preferencias, en oposición a un razonamiento apoyado sobre una motivación de apariencia deductiva y que da como resultado la conclusión de premisas que son presentadas como pertenecientes al derecho positivo”.<sup>194</sup>

En esta perspectiva, el citado autor concluye: “parece que cuatro tipo de actores pueden encargarse del control de (sic) político de constitucionalidad: un órgano *ad hoc* situado en el margen de las funciones jurídicas tradicionalmente atribuidas a las instituciones (1), un órgano legislativo (2), un órgano ejecutivo (3) y finalmente en la hipótesis en la cual dicho control no sea la panacea exclusiva de los órganos jurídicos *stricto sensu*, está el pueblo mismo (4)”.<sup>195</sup>

Michele Carducci explica que: “El concepto de control político en Europa se desarrolla históricamente según dos perfiles fundamentales: la definición del control como sinónimo de sanción constitucional y la definición del control como

---

<sup>194</sup> *Ibidem*, pp. 34-35.

<sup>195</sup> *Ibidem*, p. 36.



característica de una relación entre órganos o entre sujetos que ejercen poder. En el primer caso el carácter 'político' del control coincide con el juicio final sobre un acto o un comportamiento; en el segundo la naturaleza 'política' del control corresponde a la característica de una determinada relación entre órganos y sujetos".<sup>196</sup>

En suma, pensamos que es posible distinguir entre el control político *per se*, el control de la constitucionalidad ejercido por un órgano político y el carácter político de esta clase de control. En esta investigación sólo nos ocupamos del segundo fenómeno, sin perder de vista que, en un sentido *lato*, todo control de constitucionalidad es, en cierto modo, un control político, tanto por la naturaleza de la misma norma que funge como parámetro de control, esto es, la constitución; como por el hecho de que toda sentencia constitucional, o sea, emitida por un órgano en funciones de control, constituye una decisión política. Sobre el particular, baste recordar que según Loewenstein: "El control de la constitucionalidad es, esencialmente, control político y, cuando se impone contra los otros detentadores del poder, es, en realidad, una decisión política".<sup>197</sup>

---

<sup>196</sup> Carducci, Michele, "El control político en el derecho italiano y comparado", en Figueruelo Burrieza, Ángela, *et. al., op. cit.*, p. 83.

<sup>197</sup> "El control de la constitucionalidad es, esencialmente, control político y, cuando se impone contra los otros detentadores del poder, es, en realidad, una decisión política. Cuando los tribunales proclaman y ejercen su derecho de control, dejan de ser meros órganos encargados de ejecutar la decisión política y se convierten por propio derecho en un detentador del poder semejante, cuando no superior, a los otros detentadores del poder instituidos.", Loewenstein, Karl, *Teoría de la constitución*, Barcelona, Ariel, 1986, p. 309. "...el Tribunal adquiere un carácter político al ejercer su misión de controlar la constitucionalidad de los actos de los otros poderes, a pesar de que su composición y los procedimientos que norman su funcionamiento, sean de naturaleza jurisdiccional. Esto no debe sorprender a nadie. La substancia de todo conflicto constitucional es necesariamente política, como político tendrá que ser el carácter de la decisión que lo resuelva, aunque esté revestida de formas típicamente judiciales. Sin embargo, estas circunstancias no equivalen a que el contenido de la decisión sobre la constitucionalidad de un acto de autoridad o las motivaciones y los criterios de la resolución misma no estén fundamentados en la ley. Lo único que significa es que cualquiera que sea el órgano que ejerza la función de control, necesariamente al hacerlo y colocarse frente, o hasta en contra de otro órgano del Estado cuyos actos habrá de controlar y eventualmente anular, aquél asume forzosamente una posición política...De esta suerte, es claro que cualquiera que sea el sistema de control de constitucionalidad que se elija, el



UNIVERSIDAD  
PANAMERICANA

### 2.2.2. Las características del control de la constitucionalidad por órgano jurisdiccional: el control difuso y el control concentrado.

El control de la constitucionalidad llevado a cabo por un órgano jurisdiccional tiene características distintas al anterior y su análisis suele dividirse, a su vez, en difuso y concentrado, subdivisión que sigue obedeciendo a un criterio orgánico, esto es, a si el control se ejerce por un conjunto de jueces y tribunales o solo por un tribunal *ad hoc*.<sup>198</sup>

Se atribuye a Calamandrei el primer esbozo explicativo entre los sistemas de control de la constitucionalidad por órganos jurisdiccionales. Según Héctor Fix-Zamudio, aquél tuvo su origen en el artículo 1o de la Ley Constitucional italiana de 9 de febrero de 1948, en el que se lee: “La cuestión de legitimidad constitucional de una ley o de un acto que tenga fuerza de ley, de la República, intentada de oficio o planteada por una de las partes en el curso de un ejercicio y no

---

órgano facultado para cumplir la misión de control, realiza una función, por su propia naturaleza, eminentemente política.”, Covián Andrade, Miguel, *op. cit.*, pp. 122-123. García de Enterría afirma: “Será cierto, y sin duda lo es, que los conflictos de que tendrá que resolver el Tribunal Constitucional tendrán necesariamente substancia política, como es lo común en todos los Tribunales de esta especie, supuesto que operan sobre una norma penetrada de esa substancia en su más noble expresión.”, García de Enterría, Eduardo, “La posición jurídica del Tribunal Constitucional en el sistema español: posibilidades y perspectivas”, *Revista Española de Derecho Constitucional*, vol. 1, núm. 1, 1981, enero-abril, p. 81. “...el juez constitucional desempeña necesariamente un papel o una función política. Discutir, como se hace en Francia, sobre la cuestión de saber si otra composición u otro modo de designación de miembros del Consejo Constitucional tendría por efecto disminuir la ‘politización’ de la Alta Instancia, no tiene sentido, ya que toda jurisdicción constitucional, incluso el Tribunal Supremo de los Estados Unidos, tiene un carácter político, pues si no, no se trataría de una verdadera jurisdicción constitucional.”, Favoreu, Louis, “Informe general introductorio”, en Favoreu, Louis, *et. al.*, *Tribunales constitucionales europeos y derechos fundamentales*, [trad. de Luis Aguilar De Luque y María Gracia Rubio de Casas], Madrid, Centro de Estudios Constitucionales, 1984, p. 22. “...el carácter político de un acto no excluye un conocimiento jurídico del mismo, ni el resultado político de dicho conocimiento le despoja de su carácter jurídico.”, Bachof, Otto, *Jueces y constitución*, Madrid, Civitas, 1985, p. 61. También es ilustrativa a este respecto la réplica que Kelsen hace a Schmitt, *Cfr.* Kelsen, Hans, *¿Quién debe ser el defensor de la constitución?*, *op. cit.*, pp. 18-21.

<sup>198</sup> Véase Voz: Jurisdicción constitucional (clasificaciones), Pegoraro, Lucio, *op. cit.*, p. 800 y Pegoraro, Lucio, “Clasificación de los sistemas de justicia constitucional: una dicotomía agotada”, *op. cit.*, pp. 57-58.



considerada por el juez como manifiestamente infundada, es remitida a la Corte Constitucional para su decisión”. Sobre esa base, Calamandrei opinaba que: “...el recurso constitucional que ha de decidir un órgano específico, debe ser autónomo, concentrado, principal, general y constitutivo, en contraposición con el recurso judicial, que es necesariamente difuso, incidental, especial y declarativo”.<sup>199</sup>

Puesto en otros términos, el control de constitucionalidad puede ser, en términos del citado autor, según el órgano que lo lleve a cabo, judicial o difuso y autónomo o concentrado; el primero se plantea en forma incidental o prejudicial, da origen a una decisión especial o *inter partes* y, por tanto, tiene efectos declarativos y *ex tunc*; en tanto que el segundo se plantea en forma principal o directa, provoca resoluciones con eficacia general o *erga omnes* y tiene efectos constitutivos y *ex nunc*.

Tales planteamientos son retomados por Cappelletti, quien describe las principales características de estos sistemas de control de la constitucionalidad sobre la base de tres perfiles.

El primero, según el “*perfil subjetivo u orgánico*”, obedece a los órganos a los que se encomienda el poder de control, pudiendo distinguirse entre el sistema difuso, en el cual, el poder de control corresponde a *todos los órganos jurisdiccionales* incidentalmente y en el ámbito de su competencia, y el sistema concentrado, en el cual, el poder de control se deposita únicamente *en un órgano judicial*.<sup>200</sup>

---

<sup>199</sup> Fix-Zamudio, Héctor, “La aportación de Piero Calamandrei al Derecho procesal constitucional”, *Revista de la Facultad de Derecho de México*, núm. 24, octubre-diciembre, 1956, t. VI, p. 195.

<sup>200</sup> Cfr. Cappelletti, Mauro, *La justicia constitucional. (Estudios de derecho comparado)*, op. cit., p. 60.



UNIVERSIDAD  
PANAMERICANA

El segundo, según el “*perfil modal*”, atiende al modo en que la cuestión de constitucionalidad es planteada y resuelta; en el difuso el control se ejerce en la *vía incidental* o de excepción y en el concentrado en la *vía principal* o de acción, es decir, en el primero la cuestión de inconstitucionalidad se promueve solamente en el curso y con ocasión de un caso concreto y sólo en la medida en que la ley cuya constitucionalidad se discute es relevante para la decisión del caso, siendo competente para resolver la cuestión de ilegitimidad constitucional el propio órgano judicial que conoce la causa de origen, esto, a través de incidentes que surgen en el seno de los procesos ordinarios o comunes; por el contrario, en el sistema concentrado la cuestión se debate en un proceso constitucional autónomo creado *ad hoc* y mediante una *ex profesa* acción especial, desvinculada de un caso concreto, siendo decidida también por una corte constitucional especializada y mediante procedimientos constitucionales específicos.<sup>201</sup>

Finalmente, el tercero consiste en el “*perfil funcional*”, o sea, los efectos de la decisión judicial que resuelve la cuestión de constitucionalidad, así, en el difuso el control tiene un carácter *declarativo*, ya que el juez sólo declara que una ley es nula desde su origen,<sup>202</sup> mientras que en el concentrado el juez no declara la nulidad del acto, sino que lo anula, por lo que su decisión tiene un carácter *constitutivo*, pudiendo incluso diferir ese efecto anulatorio, tiempo durante el cual

---

<sup>201</sup> *Ibidem*, pp. 87-90 y Grant, J. A. C., *op. cit.*, p. 37.

<sup>202</sup> “...la invalidez de una ley no data desde la fecha en que la corte así la declaró. Las cortes no invalidan las leyes; se niegan a ponerlas en vigor, *porque* no son válidas.”, Grant, J. A. C., *op. cit.*, p. 40. A pesar de lo anterior, “Es necesario precisar que los efectos de las sentencias en el tiempo han sido relativizadas (sic) por la Corte Suprema norteamericana a través de su jurisprudencia, en efecto, la clásica sentencia *Linkletter* de 1965 expresó que la Constitución no prohíbe, pero tampoco exige, los efectos retroactivos de las sentencias, por lo que corresponde a la propia Corte modelar los efectos temporales de sus sentencias.”, Nogueira Alcalá, Humberto, *op. cit.*, p. 36. “Si bien es cierto que el criterio mayoritario de la sentencia *Linkletter* se siguió con posterioridad en otras (*Stovall*, 1967), finalmente fue objeto de *overruling* por el propio Tribunal Supremo americano en el caso *Griffith* (1987)”. Ruiz Zapatero, Guillermo G., “Los efectos de las leyes tributarias inconstitucionales”, en *Revista de Administración Pública*, núm. 169, Madrid, enero-abril, 2006, p. 127. En todo caso, no puede afirmarse que exista una regla fija e invariable.



UNIVERSIDAD  
PANAMERICANA

la ley, aun inconstitucional, será válida; como consecuencia de esto, los efectos de las decisiones en el sistema difuso son *ex tunc* o retroactivos, en la medida que se declara una nulidad preexistente; en tanto que en el concentrado son *ex nunc* o *pro futuro*, ya que la ley controlada no es nula *ab initio*, sino anulable; de igual modo, en el primero de los sistemas los efectos de las resoluciones de inconstitucionalidad son *inter partes*, lo que quiere decir que solo se traducen en la no aplicación de la ley en el caso particular; en tanto que en el concentrado el efecto de la anulación es general, o lo que es igual, tiene eficacia *erga omnes*.<sup>203</sup>

Este autor también habla del perfil de la *técnica procesal*, en el cual, el control de la constitucionalidad de las leyes en el sistema concentrado se lleva a cabo mediante tipos especiales de procedimiento, los cuales no existen en el sistema difuso;<sup>204</sup> del perfil de la *interpretación* de las normas constitucionales y

---

<sup>203</sup> Cfr. Cappelletti, Mauro, *La justicia constitucional. (Estudios de derecho comparado)*, op. cit., pp. 99-101. Estos mismos rasgos distintivos también los resume Rousseau: “Tradicionalmente suelen distinguirse dos tipos de organización de la justicia constitucional: el modelo americano, *descentralizado* en el que el control se confía a todos los tribunales del país, *concreto* en cuanto el juez se pronuncia *por vía de excepción* con ocasión de la aplicación de una ley a un particular, y *a posteriori* ya que el control se realiza sobre una ley ya promulgada; y el modelo europeo, *centralizado* donde el control se ejerce por un tribunal único y especial, *abstracto* en cuanto el juez se pronuncia *por vía de acción* dirigida contra la ley al margen de cualquier otro litigio, y a veces *a priori* ya que el control puede realizarse también en ocasiones sobre una ley todavía no promulgada. La diferencia entre ambos modelos, cuyos elementos constitutivos no se encuentran necesariamente en la realidad, reenvía a la historia política particular de los dos continentes.”, Rousseau, Dominique, op. cit., p. 7.

<sup>204</sup> Sobre la existencia o no de medios de control de la constitucionalidad en el sistema estadounidense hay opiniones encontradas. Según Grant: “En suma, la regla básica de nuestro sistema es que no hay un sistema especial para cuestiones constitucionales. Estas se deciden según surgen en cada caso determinado, cualquiera que sea la naturaleza de los derechos en cuestión, o de los recursos que se promueven.”, Grant, J. A. C., op. cit., p. 34. Secundando esta posición, Cappelletti expone: “Un constitucionalista norteamericano no sin razón ha subrayado que es un error tradicional aquél de andar a la búsqueda de uno o más procedimientos especiales, como, por ejemplo, el *writ of habeas corpus* o bien el *writ of error* o el *writ of certiorari*, sobre los cuales basar la *judicial review of legislation* del sistema norteamericano: al contrario, la ‘regla fundamental’ de aquel sistema es que no existe algún tipo especial de procedimiento –así como no existe un órgano especial competente– para las cuestiones constitucionales, las cuales ‘se deciden según surgen en cada caso determinado, cualquiera que sea la naturaleza de los derechos en cuestión, o de los recursos que se promueven’.”, Cappelletti, Mauro, *La justicia constitucional. (Estudios de derecho comparado)*, op. cit., p. 75-76. Sin embargo, posiciones contemporáneas



UNIVERSIDAD  
PANAMERICANA

ordinarias y del perfil de la *penetración* o de la *amplitud* del control, o sea, si éste abarca la constitucionalidad formal o también la sustancial o material.<sup>205</sup>

En síntesis, todos estos elementos suelen ser retomados casi unánimemente por la doctrina, de tal modo que, con independencia de la fuente que se consulte, existe un consenso claro según el cual, el llamado “modelo americano” se caracteriza por ser difuso, concreto, planteado por la vía incidental o de excepción y con efectos *inter partes* y declarativos; por su parte, el denominado “modelo europeo” tiene características proporcionalmente opuestas, lo que hace que sea concentrado, abstracto, planteado por la vía principal o de acción y con efectos *erga omnes* y constitutivos. Aunque existen autores que añaden otros criterios<sup>206</sup> o que eventualmente los caracterizan no a partir de sus diferencias, sino de sus rasgos comunes.<sup>207</sup>

---

apuntan en otra dirección. En este orden, Covián Andrade opina que: “Por lo que respecta a los medios de control, en el sistema ‘difuso’ se emplea el único que existe –Amparo unitario o disgregado en *habeas corpus*, *habeas data*, etc., etc.–, para combatir la anticonstitucionalidad de todo tipo de decisiones infractoras de derechos individuales –actos particulares o normas generales–...”, Cfr. Covián Andrade, Miguel, *La suprema corte y el control de la constitucionalidad. (Diez años de fallas e imprecisiones)*, México, CEDIPC, 2005, p. 17; y todavía en forma más extensa Pegoraro señala: “...el Tribunal Supremo se pronuncia sobre los recursos que provienen de los Tribunales de Distrito y de los Tribunales de Circuito con tres procedimientos alternativos: en vía de apelación, mediante el *writ of certiorari* o, finalmente, mediante *certification of questions*.”

Además, puede acudir a la *Supreme Court* con *writ*, contra las sentencias de los más altos tribunales estatales que hayan objetado la constitucionalidad de leyes federales, o bien que hayan declarado la constitucionalidad de leyes estatales consideradas contrarias a la Constitución Federal, a leyes federales o a tratados.”, Pegoraro, Lucio, *La justicia constitucional. Una perspectiva comparada*, op. cit., p. 35. Lanz Duret ya apuntaba algo similar, concretamente al referirse al *writ of error*. Cfr. Lanz Duret, Miguel, *Derecho constitucional mexicano*, 4a. ed., México, Imprentas L.D., 1947, pp. 343-344.

<sup>205</sup> Cfr. Cappelletti, Mauro, *La justicia constitucional. (Estudios de derecho comparado)*, op. cit., pp. 107-108.

<sup>206</sup> Por ejemplo, la temporalidad y la legitimación. Según Tusseau, algunos autores consideran que en el sistema difuso el control se ejerce *a posteriori* y en el concentrado *a priori*, Cfr. Tusseau, Guillaume, *Para acabar con los “modelos” de jurisdicción constitucional. Un ensayo de crítica*, op. cit., pp. 19 y 22; también hay opiniones según las cuales, en el primero la legitimación se otorga a los ciudadanos y en el segundo sólo a las autoridades políticas. Covián Andrade considera que sendos signos distintivos entre tales sistemas, consisten en que en el primero rige el principio de *stare decisis* y en el segundo no, así como la existencia de una instancia última unificadora y de



UNIVERSIDAD  
PANAMERICANA

### 2.2.2.1. Los sistemas mixtos, híbridos o *tertium genus* de control de la constitucionalidad.

Al lado de esos dos modelos tradicionales, la doctrina también reconoce la existencia de un *tertium genus* que, en palabras de Pegoraro, estaría caracterizado por lo siguiente: "...el órgano llamado a impartir justicia constitucional es único y 'especializado', como en Austria; pero, al igual que en los Estados Unidos, cada juez está involucrado en el ejercicio del control de constitucionalidad: puede, y en ciertas circunstancias más bien debe, llevar a cabo un juicio preliminar de conformidad a la Constitución de la ley aplicable a un caso concreto y, sólo si tiene la duda (o la razonable certeza) de que existe una contradicción, interpone la cuestión al tribunal constitucional. He aquí la razón del *nomen* atribuido a este modelo, definido como 'incidental' puesto que se articula en torno a un incidente o excepción procesal, y no a un recurso directo".<sup>208</sup>

---

una instancia única vinculante, respectivamente. Cfr. Covián Andrade, Miguel, *La suprema corte y el control de la constitucionalidad. (Diez años de fallas e imprecisiones)*, op. cit., pp. 15 y 17.

<sup>207</sup> Según Burgoa, los atributos del sistema jurisdiccional son: "1. La protección constitucional se confiere a un órgano judicial con facultades expresas para impartirla, o se ejerce por las autoridades judiciales en observancia del principio de supremacía de la Ley Fundamental; 2. La petición de inconstitucionalidad incumbe a cualquier gobernado que mediante una ley o acto de autoridad *stricto sensu* sufre un agravio en su esfera jurídica; 3. Ante el órgano judicial de control se substancia un procedimiento contencioso (juicio o proceso) entre el sujeto específico agraviado y el órgano de autoridad de quien proviene el acto (*lato sensu*) que se impugne, o bien dentro de los procedimientos judiciales comunes, la autoridad ante la que se ventilan, prescinde de la aplicación u observancia de la ley o acto *stricto-sensu* que se haya atacado por inconstitucional por el agraviado; 4. Las decisiones que en uno y otro caso de los apuntados anteriormente emite el órgano de control, sólo tienen efecto en relación con el sujeto peticionario en particular, sin extenderse fuera del caso concreto en relación con el cual se haya suscitado la cuestión de inconstitucionalidad.", Burgoa, Ignacio, op. cit., pp. 155-156.

<sup>208</sup> Pegoraro, Lucio, *La justicia constitucional. Una perspectiva comparada*, op. cit., pp. 42-43, quien coloca dentro de esta categoría a Alemania, España e Italia. En igual sentido, "...el sistema adoptado en Alemania y en Italia va a ser el norteamericano de la supremacía constitucional junto con algunos rasgos del otro sistema en cuanto instrumento técnico, tesis hoy ya común, sobre todo en la doctrina alemana.", García de Enterría, Eduardo, *La constitución como norma y el Tribunal Constitucional*, 4a. ed., España, Civitas, 2006, p. 142; con algunos matices, véase también Pérez Tremps, Pablo, *Tribunal Constitucional y Poder Judicial*, Madrid, Centro de Estudios Constitucionales, 1985, p. 105. El control concreto en España se remonta a la Constitución republicana de 1931, pudiendo presentarse como "excepción de inconstitucionalidad" a instancia

Un razonamiento similar es el que llevaba a sostener a Cappelletti que la cuestión de inconstitucionalidad instaurada en Austria con la reforma constitucional de 1929, al plantearse en la vía de excepción por los órganos jurisdiccionales, hacía que ese sistema tuviese, al menos bajo el perfil modal, un “carácter híbrido”,<sup>209</sup> o a Calamandrei a opinar que en Italia se había establecido “un sistema intermedio, ya que investida la Corte Constitucional del poder de declarar en vía *principal* la ilegitimidad de una ley, sin embargo, asume carácter *incidental* en cuanto a su introducción...”.<sup>210</sup> Derivado de ese carácter ecléctico, es que a los sistemas que caen dentro de este esquema también se les identifica como mixtos o híbridos.<sup>211</sup>

Lo cierto es que esta modalidad del control de la constitucionalidad ya estaba presente en el diseño teórico de Kelsen como uno de los fundamentos del sistema concentrado, que lo distinguía precisamente de la “experiencia constitucional de los Estados Unidos”.<sup>212</sup> En este sentido, la cuestión de

---

de un particular; como “consulta” formulada oficiosamente por el juez o tribunal de la causa o como “recurso” por el Ministerio Fiscal, todo en el curso de un proceso. Cfr. Cruz Villalón, Pedro, “Dos modos de regulación del control de constitucionalidad: Checoslovaquia (1920-1938) y España (1931-1936)”, *op. cit.*, p. 134. De ahí que este autor considere que el sistema de control configurado en la Constitución de 1931, tiene el carácter de “híbrido”, *Ibidem*, p. 145. Para Tusseau, la hibridación de los modelos puede presentar, al menos, tres modalidades: 1. La centralización del control de constitucionalidad a favor de un tribunal supremo; 2. La competencia concurrente de un juez *ad hoc* y de un juez ordinario y 3. La competencia de una formación *ad hoc* de la jurisdicción ordinaria (salas constitucionales), Cfr. Tusseau, Guillaume, *Para acabar con los “modelos” de jurisdicción constitucional. Un ensayo de crítica*, *op. cit.*, pp. 30-39.

<sup>209</sup> Cfr. Cappelletti, Mauro, *La justicia constitucional. (Estudios de derecho comparado)*, *op. cit.*, pp. 90-91.

<sup>210</sup> Fix-Zamudio, Héctor, “La aportación de Piero Calamandrei al Derecho procesal constitucional”, *op. cit.*, p. 195.

<sup>211</sup> Cfr. Brewer-Carías, Allan R., *El sistema mixto o integral de control de constitucionalidad en Colombia y Venezuela*, Colombia, Universidad Externado de Colombia, 1995, *In toto*. Según este autor, ese sistema: “...se configura como un modelo de justicia constitucional en sí mismo, mixto o integral, que combina el llamado sistema difuso con el sistema concentrado de control de constitucionalidad”. *Ídem*, p. 9.

<sup>212</sup> Kelsen, Hans, *El control de la constitucionalidad de las leyes. Estudio comparado de las constituciones austriaca y norteamericana*, *op. cit.*, p. 88; también en *La garantía jurisdiccional de la constitución* Kelsen argumentaba, cuando disertaba sobre las posibilidades para iniciar el procedimiento de control de constitucionalidad: “Entre varias soluciones posibles pueden indicarse



UNIVERSIDAD  
PANAMERICANA

inconstitucionalidad más que diluir las diferencias vendría a reiterarlas: el único órgano del sistema autorizado para juzgar la constitucionalidad de una norma es el tribunal constitucional; los órganos jurisdiccionales ordinarios sólo tienen la facultad de plantear la cuestión cuando tienen duda acerca de la constitucionalidad de la norma que van a aplicar en la resolución de un caso concreto. Dicho en otras palabras, "...el control de constitucionalidad permanece sólidamente en las manos de un órgano central, y el elemento de 'difusión' se da sólo en la fase introductoria del proceso, no en la decisoria".<sup>213</sup>

De hecho, la cuestión de inconstitucionalidad bajo la regulación que le dieron los primeros ordenamientos constitucionales, tenía más rasgos de concentración que de difusión. Por ejemplo, en Austria sólo estaba permitido que la cuestión se planteara por el Tribunal Supremo o por el Tribunal Administrativo, no así por todos los jueces y tribunales en el curso de los procesos de su

---

las siguientes: autorizar y obligar a todas las autoridades públicas que al aplicar una norma tengan duda sobre su regularidad, interrumpen el procedimiento en el caso concreto e interpongan ante el tribunal constitucional una demanda razonada para examen y anulación eventual de la norma. Podría, también, otorgarse este poder exclusivamente a ciertas autoridades superiores o supremas –ministros y cortes supremas– o incluso, restringirlas únicamente a los tribunales, bien que la exclusión de la administración no sea –tomando en cuenta el acercamiento creciente entre su procedimiento y el de la jurisdicción– perfectamente justificable.”, Kelsen, Hans, *La garantía jurisdiccional de la Constitución (La justicia constitucional)*, [trad. de Rolando Tamayo y Salmorán], *op. cit.*, p. 88. Si bien el planteamiento teórico de Kelsen era más amplio que el que fue plasmado finalmente en la reforma constitucional austriaca de 1929, en la que la legitimación para plantear la cuestión prejudicial únicamente se otorgó al Tribunal Supremo y al Tribunal Administrativo y no a todos los jueces, como él proponía y como acontece en la actualidad en la mayoría de los países que han adoptado este medio de control. Así, con motivo de la apuntada reforma, el artículo 140.1 de la Constitución de Austria quedó de la siguiente manera: “el Tribunal Constitucional conoce de la inconstitucionalidad de las leyes federales o provinciales a propuesta del Tribunal Supremo o del Tribunal Administrativo cuando la ley que le ha sido presentada sirve de fundamento a un juicio que el Tribunal solicitante debe resolver; conoce de oficio cuando una ley sirve de fundamento a una sentencia que él mismo debe emitir.”, cita consultada en Corzo Sosa, Edgar, *La cuestión de inconstitucionalidad*, Madrid, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, 1998, p. 51, nota al pie de página número 44. La legitimación se amplió con la reforma de 1975, a los tribunales de segunda instancia. *Ídem*. Pegoraro también reconoce que esta hipótesis ya estaba presente en la doctrina de Kelsen. Véase Pegoraro, Lucio, *La justicia constitucional. Una perspectiva comparada*, *op. cit.*, pp. 42-43.

<sup>213</sup> Pegoraro, Lucio, *La justicia constitucional. Una perspectiva comparada*, *op. cit.*, pp. 56-57.



conocimiento;<sup>214</sup> en España, la Constitución republicana de 1931 señalaba en su artículo 100 que: “Cuando un Tribunal de Justicia haya de aplicar una ley que estime contraria a la Constitución, suspenderá el procedimiento y se dirigirá en consulta al Tribunal de Garantías Constitucionales”;<sup>215</sup> no obstante esta única hipótesis, la Ley Orgánica respectiva amplió los supuestos de legitimación al Ministerio Fiscal y a las partes procesales, pero aun así, en forma más bien restringida.

Cruz Villalón explica que, por lo que respecta a la legitimación del Ministerio Fiscal, ésta se concentraba en el Fiscal General de la República; las consultas de los jueces y tribunales, se concentraban en el Tribunal Supremo y la legitimación de los particulares vía excepción de inconstitucionalidad o agravio personal, hacía preceptivo un dictamen del Tribunal Supremo o del Consejo de Estado, el cual, de ser desfavorable, exigía una elevada fianza para que el asunto llegara al Tribunal de Garantías Constitucionales.<sup>216</sup>

En este contexto, la descripción del mencionado *tertium genus* como categoría diferenciada de los sistemas difuso y concentrado, en realidad únicamente estaría dando cuenta del funcionamiento de un medio de control de la constitucionalidad en particular, denominado en la mayoría de los ordenamientos que lo prevén como *cuestión de inconstitucionalidad*.

---

<sup>214</sup> Nuevamente, el texto del artículo 140. 1 de la Constitución de Austria tras la reforma de 1929 dispuso: “el Tribunal Constitucional conoce de la inconstitucionalidad de las leyes federales o provinciales a propuesta del Tribunal Supremo o del Tribunal Administrativo cuando la ley que le haya sido presentada sirve de fundamento a un juicio que el Tribunal solicitante debe resolver; conoce de oficio cuando una ley sirve de fundamento a una sentencia que él mismo debe emitir.”, Corzo Sosa, Edgar, *op. cit.*, p. 51, nota al pie de página número 44.

<sup>215</sup> Constitución de la República Española de 1931, Valladolid, Editorial Maxtor, 2009, p. 26.

<sup>216</sup> *Cfr.* Cruz Villalón, Pedro, “Dos modos de regulación del control de constitucionalidad: Checoslovaquia (1920-1938) y España (1931-1936)”, *op. cit.*, pp. 140-141.



UNIVERSIDAD  
PANAMERICANA

En efecto, si analizamos la mecánica de este medio de control en perspectiva comparada, habremos de apreciar que los órganos jurisdiccionales ordinarios son los que tienen la “legitimación activa” para elevar tal cuestión al tribunal constitucional, cuando dentro del curso de un proceso concreto consideran o tienen dudas (*ex officio* o a petición de parte, según el ordenamiento de que se trate) sobre la constitucionalidad de la ley que van a aplicar para la resolución de la controversia en la cual se suscite; siendo que el único órgano que puede juzgar la constitucionalidad de tal acto y, por tanto, pronunciarse sobre su validez, es el propio tribunal constitucional. Veamos algunos ejemplos que lo corroboran.

El artículo 163 de la Constitución de España autoriza que: “Cuando un órgano judicial considere, en algún proceso, que una norma con rango de ley, aplicable al caso, de cuya validez dependa el fallo, pueda ser contraria a la Constitución, planteará la cuestión ante el Tribunal Constitucional en los supuestos, en la forma y con los efectos que establezca la ley, que en ningún caso serán suspensivos”.

Partiendo de ello, el Artículo segundo, numeral 1, inciso a) de la Ley Orgánica del Tribunal Constitucional de España,<sup>217</sup> señala que éste conocerá en los casos y en la forma que esa Ley determina: “Del recurso y de la cuestión de inconstitucionalidad contra Leyes, disposiciones normativas o actos con fuerza de Ley”. Consecuentemente, el Artículo veintinueve, apartado 1, inciso b), dispone que la declaración de inconstitucionalidad podrá promoverse mediante: “La cuestión de inconstitucionalidad promovida por Jueces o Tribunales”. Por último, el Artículo treinta y cinco numeral 1, establece que: “Cuando un Juez o Tribunal, de oficio o a instancia de parte, considere que una norma con rango de Ley aplicable al caso y de cuya validez dependa el fallo pueda ser contraria a la Constitución,

---

<sup>217</sup> Ley orgánica 2/1979, de 3 de octubre, del Tribunal Constitucional.



planteará la cuestión al Tribunal Constitucional con sujeción a lo dispuesto en esta Ley”.

En Alemania, el artículo 100.1 constitucional señala: “Si un tribunal considera que es inconstitucional una ley de cuya validez depende el fallo, se suspenderá el proceso y se recabará, cuando se trate de la violación de la Constitución de un Land, la decisión del tribunal del Land competente en asuntos constitucionales, y la de la Corte Constitucional Federal cuando se trate de la violación de la presente Ley Fundamental. Ello rige también cuando se trate de la violación de la presente Ley Fundamental por la legislación de un Land o de la incompatibilidad de una ley de un Land con una ley federal”.

El numeral 80.2 de la Ley Orgánica del Tribunal Constitucional agrega que los tribunales: “[...] deberán señalar los motivos por los cuales la decisión del tribunal dependerá de la validez de las disposiciones, y las normas legales de carácter superior con las cuales ésta es incompatible”.<sup>218</sup>

En Francia, mediante revisión constitucional de 2008 se contempló la cuestión prejudicial en el artículo 61-1, que dice: “Cuando, con motivo de una instancia pendiente ante una jurisdicción, se alegue que una disposición legislativa perjudica a los derechos y las libertades que garantiza la Constitución, se podrá someter el asunto, tras su remisión por parte del Consejo de Estado o del Tribunal de Casación, al Consejo Constitucional que se pronunciará en un plazo

---

<sup>218</sup> Cfr. Schlaich, Klaus, “El Tribunal Constitucional Federal Alemán”, en Favoreu, Louis, *et. al., Tribunales constitucionales europeos y derechos fundamentales*, *op. cit.*, pp. 161-167 y Hesse, Konrad y Häberle, Peter, *Estudios sobre la jurisdicción constitucional (con especial referencia al tribunal constitucional alemán)*, México, Porrúa e Instituto Mexicano de Derecho Procesal Constitucional, 2005, pp.84-88 y 97. Sobre la base de esa redacción, Pegoraro estima que: “En sede del control concreto...el juez debe tener la convicción –no ya la mera duda– de que la ley es inconstitucional.”, Pegoraro, Lucio, *La justicia constitucional. Una perspectiva comparada*, *op. cit.*, p. 51.



determinado”.<sup>219</sup> Regulación que hace recordar la forma en que tal cuestión fue contemplada en sus primeras etapas, como se vio previamente.

En América Latina tenemos el caso de Bolivia, cuya Ley No. 254, de 5 de julio de 2012, distingue en su artículo 73 el control abstracto (Acción de Inconstitucionalidad de carácter abstracto) y el concreto (Acción de Inconstitucionalidad de carácter concreto). El segundo procede: “...en el marco de un proceso judicial o administrativo cuya decisión dependa de la constitucionalidad de leyes, estatutos autonómicos, cartas orgánicas, decretos, ordenanzas y todo género de resoluciones no judiciales”. Según el artículo 79 del mismo ordenamiento: “Tienen legitimación activa para interponer Acción de Inconstitucionalidad Concreta, la Jueza, Juez, Tribunal o Autoridad Administrativa que, de oficio o a instancia de una de las partes, entienda que la resolución del proceso judicial o administrativo, depende de la constitucionalidad de la norma contra la que se promueve la acción”.

Todos estos ejemplos demuestran, desde un enfoque comparado, el esquema general bajo el cual opera la cuestión de inconstitucionalidad como medio de control específico, el cual, efectivamente, posee sendos elementos de descentralización o difusión (en cuanto a la legitimación para promoverlo) y de centralización o concentración (en cuanto al órgano facultado para su resolución), pero en todo caso inmerso en un sistema dentro del cual se articula y del que forma parte, de ahí que, en nuestra opinión, no pueda dar cuenta por sí mismo de un sistema diferenciado y autónomo.

Este panorama también evidencia que el *tertium genus* manifestado en la operatividad de la cuestión de inconstitucionalidad, no representaría un híbrido

---

<sup>219</sup> Véase Tusseau, Guillaume, “El control político de constitucionalidad en Francia”, *op. cit.*, p. 40.



entre los típicos sistemas difuso y concentrado, pues mientras que en aquél son los jueces quienes tienen la potestad para decidir no aplicar en el caso concreto una ley que contradice la constitución, en éste sólo tienen una facultad limitada para plantear la duda a una instancia especializada creada con ese propósito.

De hecho, en países como España: “...mientras que la negativa judicial a plantear cuestión de inconstitucionalidad no puede ser recurrida, la inaplicación judicial de una norma legal vigente por considerarla inconstitucional –sin planteamiento, por tanto, de la cuestión de inconstitucionalidad– puede ser objeto de recurso de amparo por violación del art. 24 CE. Así, el art. 163 CE puede ser visto como una garantía de la presunción de validez de las leyes y del monopolio del Tribunal Constitucional para juzgar su constitucionalidad”.<sup>220</sup>

#### **2.2.2.2. Los sistemas duales, paralelos o *quartum genus* de control de la constitucionalidad.**

El mismo Pegoraro identifica la existencia de un *quartum genus* en el que: “...la hibridación entre el *tipo* americano y el modelo austríaco se desarrollan de diverso modo: en algunos ordenamientos, junto al control difuso ejercido por los tribunales, se asignan competencias especiales a otros órganos *ad hoc* centralizados, llamados a ejercer en cierto modo el control de constitucionalidad”.<sup>221</sup> Esto es, junto al control difuso ejercido por todos los jueces, se prevé un control concentrado depositado en un órgano *ad hoc*, mediante vías directas. A estos casos también se les conoce como sistemas duales o paralelos, en la medida que

---

<sup>220</sup> Díez-Picazo Giménez, Luis María, “El control de constitucionalidad de las leyes en España”, en *Revista del Centro de Estudios Constitucionales*, Año V, núm. 9, julio-diciembre de 2019, p. 164.

<sup>221</sup> Pegoraro, Lucio, *La justicia constitucional. Una perspectiva comparada*, op. cit., p. 57. Aquí cita los casos de Portugal, Grecia, Rusia, Estonia, Perú, Ecuador, Paraguay, Guatemala, Colombia y Venezuela.



los rasgos característicos de los sistemas difuso y concentrado no se mezclan, sino que coexisten.<sup>222</sup>

Un caso que la doctrina considera como ilustrativo de esta modalidad se encuentra en Perú. Según el artículo 138, primer párrafo, de su Constitución, la potestad de administrar justicia emana del pueblo y se ejerce por el Poder Judicial y, conforme al párrafo segundo del precepto en cita: “En todo proceso, de existir incompatibilidad entre una norma constitucional y una norma legal, los jueces prefieren la primera. Igualmente, prefieren la norma legal sobre toda otra norma de rango inferior”. Este esquema de jerarquización normativa ha sido entendido como el deber de todos los jueces de preferir la aplicación de la Constitución, en caso de que exista una oposición entre ésta y una ley ordinaria; esto es, una mecánica propia de todo sistema difuso.

A su vez, el artículo 202 de la propia Constitución, señala que corresponde al Tribunal Constitucional: “1. Conocer, en instancia única, la acción de inconstitucionalidad. 2. Conocer, en última y definitiva instancia, las resoluciones denegatorias de hábeas corpus, amparo, hábeas data, y acción de cumplimiento. 3. Conocer los conflictos de competencia, o de atribuciones asignadas por la Constitución, conforme a ley”. Como se ve, se configura un sistema en el que existen –junto al ya apuntado poder-deber de todos los jueces de preferir la aplicación de la norma constitucional sobre la legislación secundaria– vías específicas y directas de las que conocerá en única (o última) instancia el Tribunal Constitucional, lo que refleja un típico funcionamiento de los sistemas concentrados.

---

<sup>222</sup> Cfr. García Belaunde, Domingo, *De la jurisdicción constitucional al derecho procesal constitucional*, op. cit., p. 50.



En términos similares, la Constitución de Guatemala regula en el artículo 266 la inconstitucionalidad de las leyes en casos concretos, señalando que: “En casos concretos, en todo proceso de cualquier competencia o jurisdicción, en cualquier instancia y en casación y hasta antes de dictarse sentencia, las partes podrán plantear como acción, excepción o incidente, la inconstitucionalidad total o parcial de una ley. El tribunal deberá pronunciarse al respecto.”; mientras que el diverso 267 establece las bases para reclamar la inconstitucionalidad de las normas de carácter general, al disponer: “Las acciones en contra de leyes, reglamentos o disposiciones de carácter general que contengan vicio parcial o total de inconstitucionalidad, se plantearán directamente ante el Tribunal o Corte de Constitucionalidad”.

Este diseño se confirma con lo dispuesto en los artículos 204: “Los tribunales de justicia en toda resolución o sentencia observarán obligadamente el principio de que la Constitución de la República prevalece sobre cualquier ley o tratado” y 272, en el que se enlistan las funciones de la Corte de Constitucionalidad relacionadas con el conocimiento, en instancia única o por vía de apelación, de las cuestiones de constitucionalidad.<sup>223</sup>

---

<sup>223</sup> “Artículo 272. Funciones de la Corte de Constitucionalidad. La Corte de Constitucionalidad tiene las siguientes funciones: a) Conocer en única instancia de las impugnaciones interpuestas contra leyes o disposiciones de carácter general, objetadas parcial o totalmente de inconstitucionalidad; b) Conocer en única instancia en calidad de Tribunal Extraordinario de Amparo en las acciones de amparo interpuestas en contra del Congreso de la República, la Corte Suprema de Justicia, el Presidente y el Vicepresidente de la República; c) Conocer en apelación de todos los amparos interpuestos ante cualquiera de los tribunales de justicia. Si la apelación fuere en contra de una resolución de amparo de la Corte Suprema de Justicia, la Corte de Constitucionalidad se ampliará con dos vocales en la forma prevista en el artículo 268; d) Conocer en apelación de todas las impugnaciones en contra de las leyes objetadas de inconstitucionalidad en casos concretos, en cualquier juicio, en casación, o en los casos contemplados por la ley de la materia; e) Emitir opinión sobre la constitucionalidad de los tratados, convenios y proyecto de ley, a solicitud de cualquiera de los organismos del Estado; f) Conocer y resolver lo relativo a cualquier conflicto de jurisdicción en materia de constitucionalidad; g) Compilar la doctrina y principios constitucionales que se vayan sentando con motivo de las resoluciones de amparo y de inconstitucionalidad de las leyes, manteniendo al día el boletín o gaceta jurisprudencial; h) Emitir opinión sobre la inconstitucionalidad de las leyes vetadas por el Ejecutivo alegando



UNIVERSIDAD  
PANAMERICANA

En la Constitución de República Dominicana se configura un esquema similar. Mientras que en el artículo 185 se establece la competencia del Tribunal Constitucional para conocer, en única instancia, de las acciones directas de inconstitucionalidad contra las leyes, decretos, reglamentos, resoluciones y ordenanzas, a instancia del Presidente de la República, de una tercera parte de los miembros del Senado o de la Cámara de Diputados y de cualquier persona con interés legítimo y jurídicamente protegido; del control preventivo de los tratados internacionales antes de su ratificación por el órgano legislativo; de los conflictos de competencia entre los poderes públicos, a instancia de uno de sus titulares y de las otras materias que disponga la ley; en el artículo 188, bajo el epígrafe de “Control difuso”, se señala que: “Los tribunales de la República conocerán la excepción de constitucionalidad en los asuntos sometidos a su conocimiento”.

Disposición constitucional que se ve reglamentada por los artículos 51 y 52 de la Ley No. 137-11 Orgánica del Tribunal Constitucional y de los procedimientos constitucionales, estableciéndose en el primero que: “Todo juez o tribunal del Poder Judicial apoderado del fondo de un asunto ante el cual se alegue como medio de defensa la inconstitucionalidad de una ley, decreto, reglamento o acto, tiene competencia y está en el deber de examinar, ponderar y decidir la excepción planteada como cuestión previa al resto del caso”, precisándose que: “La decisión que rechace la excepción de inconstitucionalidad sólo podrá ser recurrida conjuntamente con la sentencia que recaiga sobre el fondo del asunto”; y afirmándose en el segundo que: “El control difuso de la constitucionalidad debe ejercerse por todo juez o tribunal del Poder Judicial, aún de oficio, en aquellas causas sometidas a su conocimiento”.

---

inconstitucionalidad; e i) Actuar, opinar, dictaminar o conocer de aquellos asuntos de su competencia establecidos en la Constitución de la República”.



UNIVERSIDAD  
PANAMERICANA

Nuevamente presenciamos un diseño conforme al cual, existe un tribunal constitucional que conoce, en instancia única y mediante acciones directas, de diversos medios de control de la constitucionalidad; pero al mismo tiempo, todos los jueces y tribunales de la jurisdicción ordinaria tienen la potestad para pronunciarse, por la vía de excepción, de las cuestiones de constitucionalidad sobre leyes o actos que les sean planteadas o incluso oficiosamente.

Tusseau apunta que en Grecia y Portugal opera también una hibridación de los modelos. En el primer caso: “Si bien no sería hasta mediados del siglo XIX cuando se le reconocería de forma específica a los tribunales ordinarios helénicos el poder de controlar la constitucionalidad de las leyes a título incidental y si bien la Constitución de 1975 no pone en duda dicha potestad (artículo 93.4 C), el artículo 100.1 de la Constitución griega prevé, no obstante, que ‘se constituya expresamente un Tribunal Especial Superior al que le serán enviados: [...] e) El reglamento sobre las causas de fondo de inconstitucionalidad o sobre el sentido de las disposiciones de una ley formal, en el caso en que el Consejo de Estado, el Tribunal de Casación o el Tribunal de Cuentas hayan promulgado sentencias contradictorias en esta materia’.”<sup>224</sup>

Por lo que respecta a Portugal, el mismo autor explica que: “Todas las jurisdicciones ordinarias lusas pueden, a instancia de parte o de oficio, resolver aquellas cuestiones de constitucionalidad que pudieran surgir con ocasión de determinados litigios (artículo 204 C). En el supuesto en que el juez ordinario rechace la aplicación de una norma al considerarla inconstitucional o aplicase una norma cuya constitucionalidad es puesta en duda a lo largo del procedimiento

---

<sup>224</sup> Tusseau, Guillaume, *Para acabar con los “modelos” de jurisdicción constitucional. Un ensayo de crítica*, op. cit., p. 32. También véase Pegoraro, Lucio, *La justicia constitucional. Una perspectiva comparada*, op. cit., p. 58.



(artículo 280.1 C) será, pues, posible interponer recurso ante el Tribunal constitucional...”<sup>225</sup>

Hasta aquí, los sistemas de control de la constitucionalidad suelen clasificarse en difusos, concentrados, mixtos o híbridos y duales o paralelos, tipología que toma como base el elemento orgánico y sólo residualmente otros elementos.

### **2.3. Breve digresión sobre el llamado control de la constitucionalidad por “órgano popular” y sobre el sistema mexicano de control, según la Suprema Corte de Justicia de la Nación.**

Algunos autores hablan de un control de la constitucionalidad llevado a cabo por “órgano popular”. Esta modalidad *sui generis* de control no será abordada en la presente investigación, pero conviene dar cuenta de un par de ejemplos que la ilustran, aunque carecieron de efectos prácticos.

“Un proyecto de constitución girondina presentado por Condorcet el 15 de febrero 1793 (sic) era aun más clara al respecto y contenía un Título VIII enteramente consagrado a ‘la Censura del Pueblo sobre los Actos de la Representación Nacional, y [al] Derecho de Petición’. Un control *a posteriori* podía ser desencadenado por cualquier ciudadano...El art. 27 del mismo texto preveía de forma particularmente vasta, que ‘Serán sometidas al ejercicio del poder de censura todas las leyes y generalmente todos los actos de la legislación que sean

---

<sup>225</sup> Tusseau, Guillaume, *Para acabar con los “modelos” de jurisdicción constitucional. Un ensayo de crítica, op. cit.*, pp. 32-33. También véase Pegoraro, Lucio, *La justicia constitucional. Una perspectiva comparada, op. cit.*, p. 57.



contrarios a la Constitución' Pero dicho texto, que consagraba expresamente una forma innovadora de control político de constitucionalidad nunca fue adoptado".<sup>226</sup>

En el mismo sentido, en el proyecto de Constitución mexicana de 1857 se estableció que el amparo sería del conocimiento de una especie de jurado popular, que estaría compuesto por vecinos del distrito correspondiente. Como es sabido, esta propuesta no prosperó gracias a medios poco ortodoxos, pero fue de este modo como el juicio de amparo quedó bajo la competencia de los juzgados y tribunales federales.<sup>227</sup>

Otro caso *sui generis* se da en México -concretamente derivado de la doctrina constitucional de la Suprema Corte de los últimos años-, donde presenciamos un desplazamiento de las categorías "difuso-concentrado" al pasar del *órgano* a los *medios*. Según esta postura, tales categorías se presentan *simultáneamente* en un mismo sistema, en la medida que el *control concentrado* de constitucionalidad de las normas generales, por la vía de acción, está depositado exclusivamente en los órganos del Poder Judicial de la Federación, en tanto que el control difuso lo realizan las demás autoridades del país, en el ámbito de su competencia.<sup>228</sup>

En otros casos se afirma que actualmente existen dos grandes vertientes dentro del modelo de control de constitucionalidad en el orden jurídico mexicano, por un lado, el *control concentrado* en los órganos del Poder Judicial de la Federación a través de vías directas, como las acciones de inconstitucionalidad, las controversias constitucionales y el amparo directo e indirecto y, por el otro, el

---

<sup>226</sup> Tusseau, Guillaume, "El control político de constitucionalidad en Francia", *op. cit.*, pp. 48-49.

<sup>227</sup> Cfr. Burgoa Orihuela, Ignacio, *op. cit.*, pp. 122-125.

<sup>228</sup> "CONTROL CONCENTRADO Y DIFUSO DE CONSTITUCIONALIDAD Y CONVENCIONALIDAD. SUS DIFERENCIAS.", tesis 1a. CCLXXXIX/2015, *Gaceta del Semanario Judicial de la Federación*, Décima Época, Libro 23, octubre de 2015, t. II, p. 1647.



control por parte del resto de los jueces del país en forma *incidental* durante los procesos ordinarios en los que son competentes, esto es, se dice, “es un sistema concentrado en una parte y difuso en otra”.<sup>229</sup>

Finalmente, en un caso todavía más extraño, la Corte reafirma que: “La diferencia entre ambos medios de control (concentrado y difuso), estriba en que, en el primero, la competencia específica de los órganos del Poder Judicial de la Federación encargados de su ejercicio es precisamente el análisis de constitucionalidad y convencionalidad de leyes, por tanto, la controversia consiste en determinar si la disposición de carácter general impugnada expresamente es o no contraria a la Constitución y a los tratados internacionales, existiendo la obligación de analizar los argumentos que al respecto se aduzcan por las partes; en cambio, en el segundo (control difuso) el tema de inconstitucionalidad o inconventionalidad no integra la litis, pues ésta se limita a la materia de legalidad y, por ello, el juzgador por razón de su función, prescindiendo de todo argumento de las partes, puede desaplicar la norma”.<sup>230</sup>

Esto es, por un lado se confirma que para la Corte las categorías difuso-concentrado no descansan en el órgano, sino en los medios de control y, por el otro, se despoja al control difuso de su substancia, pues a través de él, según el máximo tribunal del país, no se analiza la constitucionalidad de un acto, sino sólo su legalidad.

---

<sup>229</sup> “SISTEMA DE CONTROL CONSTITUCIONAL EN EL ORDEN JURÍDICO MEXICANO.”, tesis P. LXX/2011, *Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta*, Novena Época, Libro III, diciembre de 2011, t. 1, p. 557.

<sup>230</sup> “CONTROL DIFUSO. SU EJERCICIO EN EL JUICIO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO.”, tesis 2a./J. 16/2014, *Gaceta del Semanario Judicial de la Federación*, Décima Época, Libro 5, abril de 2014, t. I, p. 984.



UNIVERSIDAD  
PANAMERICANA

Como en muchos otros casos, esa forma de razonar parte de un entendimiento erróneo de los conceptos en juego; en primer lugar, un sistema puede ser concentrado o difuso, como lo hemos visto, en atención al *órgano* que ejerce el control, no en función de los *medios* (o vías) utilizados para tal efecto. En segundo, desde el momento en el que el control de la constitucionalidad no está depositado en *un* órgano que ejerce competencia excluyente en la materia (sea un tribunal constitucional o no), sino en muchos simultáneamente, como son los tribunales que conforman el Poder Judicial de la Federación (Suprema Corte, Tribunal Electoral, Tribunales Colegiados y Unitarios de Circuito y Juzgados de Distrito), el control deja de ser concentrado y se acerca más bien a la categoría de difuso. En cualquier caso, estos criterios carecen de bases teóricas sólidas.

#### **2.4. La crisis de las “clasificaciones tradicionales” de los sistemas de control de la constitucionalidad.**

Hoy en día se reconoce sin mayor objeción, que la clasificación de los sistemas de control de la constitucionalidad en difuso y concentrado (con sus categorías intermedias), no se corresponde con la complejidad a la que nos enfrentamos en los tiempos actuales. Para poner en perspectiva el estado de la cuestión, las siguientes opiniones reflejan cuál es la percepción mayoritaria.

Fernández Segado reconoce: “...las enormes dificultades, si es que no, lisa y llanamente, la absoluta imposibilidad, de reconducir los muy heterogéneos y plurales sistemas de justicia constitucional de nuestro tiempo a una clasificación tradicionalmente sustentada en una única o principal variable, de la que dimanar



algunas otras, como es la que tradicionalmente ha venido diferenciando el sistema de la *judicial review of Legislation* del sistema kelseniano”.<sup>231</sup>

En igual sentido López Guerra expresa: “...a la hora de estudiar los diversos sistemas de justicia constitucional, se ha empleado en la literatura iuspublicista en forma general la contraposición entre *modelo europeo* y *modelo americano*: el primero (en grandes líneas) se caracterizaría porque las funciones típicas de la justicia constitucional se encomendarían a un órgano especializado, que se pronunciaría mediante resoluciones con valor *erga omnes* en las cuestiones referentes al control de constitucionalidad de las leyes; mientras que en el segundo, el llamado *modelo americano*, aquellas funciones se encomendarían a los órganos de la jurisdicción ordinaria, que se pronunciarían, con ocasión de litigios concretos, mediante resoluciones con valor *inter partes*. Pero hoy ya sabemos (y la literatura científica así lo ha expuesto) que esta clasificación tiene una utilidad relativa, y que refleja sólo esquemática e imperfectamente la realidad”.<sup>232</sup>

Por su parte, Pérez Tremps sostiene: “...en la actualidad, mantener esa dicotomía entre modelo concentrado o kelseniano, y modelo difuso o norteamericano, resulta muy difícil ya que la misma división se ha visto superada por el desarrollo de otros modelos en los que conviven técnicas procesales de control concentrado con técnicas de control difuso, y en los que órganos jurisdiccionales *ad hoc* conviven, y a veces se integran, con órganos

---

<sup>231</sup> Fernández Segado, Francisco, *La justicia constitucional ante el siglo XXI: la progresiva convergencia de los sistemas americano y europeo-kelseniano*, México, Universidad Nacional Autónoma de México, 2004, pp. 129-130.

<sup>232</sup> López Guerra, Luis, “La organización y la posición institucional de la justicia constitucional en Europa”, *Anuario de derecho constitucional latinoamericano*, Uruguay, Konrad Adenauer Stiftung, 2004, t. I, p. 85.



jurisdiccionales ordinarios que desarrollan tareas de defensa y control de constitucionalidad”.<sup>233</sup>

Manuel Aragón expresa que dentro del mismo género de justicia constitucional encontramos diversas especies, a saber, el modelo de jurisdicción concentrada de corte europeo; el de jurisdicción difusa y la mixta (en el que coexisten el control concentrado y el control difuso); sin embargo, también apunta que esa multiplicidad, en el fondo, es menos variada de lo que parece, ya que en la actualidad se aprecia un relativo acercamiento entre los modelos, tanto del difuso con el concentrado, por lo que se refiere a los efectos generales de algunas resoluciones, merced a la función unificadora que genera el precedente; por la aplicación de la constitución por parte de todos los jueces y tribunales ordinarios, aunque se encomiende únicamente a los tribunales constitucionales el control de la constitucionalidad de la ley y porque los ciudadanos pueden acceder directamente al tribunal constitucional y, finalmente, porque en los modelos mixtos hay una mezcla de jurisdicción concentrada y de jurisdicción difusa en el control de la ley, lo que ha originado que ya no pueda hablarse, con propiedad, de una distinción radical entre los diversos modelos de justicia constitucional.<sup>234</sup>

Para Luca Mezzetti: “...el proceso de progresiva e incesante convergencia entre los dos clásicos sistemas de justicia constitucional, la quiebra frontal del modelo kelseniano del ‘legislador negativo’ con el consiguiente papel creativo de los tribunales constitucionales y la enorme heterogeneidad y la generalizada mixtura e hibridación de los actuales sistemas de justicia constitucional, han producido la obsolescencia del clásico bipolarismo ‘sistema americano-sistema europeo-kelseniano’, haciendo necesaria la individuación de una nueva tipología

---

<sup>233</sup> Pérez Tremps, Pablo, *Escritos sobre justicia constitucional*, op. cit., pp. 47-48.

<sup>234</sup> Cfr. Aragón Reyes, Manuel, “El futuro de la justicia constitucional”, *Anuario Iberoamericano de Justicia Constitucional*, op. cit., p. 20.



UNIVERSIDAD  
PANAMERICANA

que nos ofrezca una mayor capacidad analítica de los sistemas de justicia constitucional”.<sup>235</sup>

Finalmente, quizá la postura más tajante es la de Fernández Rodríguez, para quien: “hoy...la tradicional separación entre sistema concentrado y difuso de control carece de sentido”.<sup>236</sup>

En el ámbito mexicano, Fix-Zamudio y Valencia Carmona sostienen que en la práctica los elementos de ambos sistemas: “...aparecen matizados, y si bien el predominio de varios de ellos nos permite calificar a un sistema de americano o de austriaco, no podemos considerarlos en forma pura, en virtud de que existe la tendencia hacia su combinación por medio de sistemas que utilizan las ventajas de ambos y eluden los inconvenientes de una estructura rígida, y así han surgido los llamados ‘sistemas mixtos’...”.<sup>237</sup>

Estas citas, además de mostrar el estado del arte en el que se encuentra la cuestión, nos permiten advertir tres cosas. Primera, que existe un consenso bastante claro en el sentido de que la referida clasificación orgánico-dualista de los sistemas está hoy en día superada; segunda, que no hay uniformidad sobre la denominación que se utiliza para calificarlos, utilizándose indistintamente expresiones como: *judicial review*, *kelseniano*, americano, europeo, norteamericano, austriaco, difuso, concentrado, descentralizado y centralizado; tercera, que se alude a ellos, indistintamente, como *sistemas* y *modelos* de control.

---

<sup>235</sup> Mezzetti, Luca, “Sistemas y modelos de justicia constitucional a los albores del siglo XXI”, en *Estudios Constitucionales*, Centro de Estudios Constitucionales de Chile, Universidad de Talca, Año 7, núm. 2, 2009, p. 285.

<sup>236</sup> Fernández Rodríguez, José Julio, *op. cit.*, pp. 33-34.

<sup>237</sup> Fix-Zamudio, Héctor y Valencia Carmona, Salvador, *Derecho constitucional mexicano y comparado*, 7a. ed., México, Porrúa y Universidad Nacional Autónoma de México, 2010, p. 208.



En este orden de ideas, antes de continuar con la exposición de algunas de las principales clasificaciones que se han elaborado con la finalidad de superar el binomio recién expuesto, creemos oportuno precisar algunas ideas en torno a las nociones de los “modelos” y los “sistemas” de control, que comúnmente se utilizan como términos intercambiables –como ya lo hemos apreciado–, así como de las expresiones que comúnmente se emplean para denominarlos.

## **2.5. Breves consideraciones sobre los “modelos”, los “sistemas” y el *nomen iuris*.**

Las páginas anteriores revelan que, pese a la enorme diversidad de expresiones que tradicionalmente se han utilizado para denominar a los sistemas de control de la constitucionalidad (cuando es ejercido por órganos jurisdiccionales), la más extendida se basa en la dualidad *difuso-concentrado*. Al primero se le llama también *americano, norteamericano, judicial review o descentralizado*; al segundo se le conoce igualmente como  *europeo, austriaco, Kelseniano o centralizado*. Para fines didácticos esa clasificación resulta de una claridad invaluable, pero, como se ha visto, sus alcances ya no se corresponden con la situación actual y, siendo todavía más enfáticos, quizá nunca han tenido el grado de exactitud que se les atribuye.

Los calificativos difuso y concentrado<sup>238</sup> parten, *prima facie*, de un elemento estrictamente cuantitativo, referente al número de órganos facultados para controlar la constitucionalidad de los actos de autoridad. Si hay *un solo* órgano

---

<sup>238</sup> Se atribuye el uso inicial de estos términos a Carl Schmitt. Según Guillermo Gasió: “Carl Schmitt, en *La defensa...*, p. 52, nota 17, señala: ‘Propongo el término *difuso* para designar el concepto opuesto al de derecho de control *concentrado* en una sola instancia’.”, Kelsen, Hans, *¿Quién debe ser el defensor de la Constitución?*, *op. cit.*, p. XVII, nota el pie número 18; usados después por Calamandrei y Cappelletti; véase Cappelletti, Mauro, *La justicia constitucional. (Estudios de derecho comparado)*, *op. cit.*, p. 60-61.



UNIVERSIDAD  
PANAMERICANA

especializado que ejerce competencia excluyente en la materia, el sistema será concentrado; si dicha función la ejercen *todos* los jueces y tribunales en el ámbito de sus respectivas competencias y en el curso de un procedimiento concreto, será difuso. Una lógica similar se asoma cuando se emplean las expresiones *centralizado y descentralizado*.<sup>239</sup>

De esa distinción elemental se desprenden otros aspectos secundarios que, *per se*, no podrían servir como criterios para clasificar a uno u otro en forma de sistema,<sup>240</sup> tales como la vía (directa o de acción y de excepción o incidental, también llamada prejudicial), el tipo de control (abstracto o concreto), el momento para efectuarlo (previo o posterior), los efectos de las decisiones (relativos o generales), etcétera.<sup>241</sup>

Incluso, esos aspectos han llegado a mezclarse o acercarse enormemente en algunos sistemas, como previamente se ha explicado. Por ejemplo, si bien los tribunales constitucionales emiten resoluciones con efectos *erga omnes*, las de la

---

<sup>239</sup> Así por ejemplo, Rousseau, Dominique, *op. cit.*, p. 7 y Ferreres Comella, Víctor, *op. cit.*, p. 19.

<sup>240</sup> “La preferencia por el término ‘sistema europeo’ se debe, de una parte, al hecho de que los distintos calificativos de orden sustantivo propuestos (control concentrado, abstracto, etc.) sólo cubren aspectos parciales de un sistema que sólo resulta a partir de la confluencia de todos ellos.”, *Cfr.* Cruz Villalón, Pedro, *La formación del sistema europeo de control de la constitucionalidad (1918-1939)*, *op. cit.*, p. 35. “Lo que se ha venido haciendo, construir una clasificación en función de una sola variable, resulta hoy en día inoperativo. Lo que habrá que hacer es utilizar distintas variables dicotómicas (como control abstracto y concreto, *a priori* y *a posteriori*, efectos generales y particulares, examen del texto de la ley y de su aplicación, o legitimación por autoridades públicas e individual) para conformar un mapa de clasificaciones que capte la complejidad actual.”, Fernández Rodríguez, José Julio, *op. cit.*, p. 37.

<sup>241</sup> Según Cruz Villalón, estos caracteres secundarios pueden ser vistos como “consecuencias lógicas” del elemento orgánico: “...del derecho –y deber– de los jueces y tribunales de examinar la constitucionalidad de las normas legales que deban aplicar (*judicial review*, *richterliche Gesetzesprüfung*), no siendo el resto sino consecuencias lógicas extraídas de dicho principio (que no es él mismo, por lo demás, sino una derivación del principio de superioridad de la norma constitucional): el carácter “incidental” –o “concreto” – del control, la nulidad –es decir, *ex tunc*– de la norma inconstitucional, la restricción de la no aplicación de la misma al solo caso controvertido, etc.”, Cruz Villalón, Pedro, “Dos modos de regulación del control de constitucionalidad: Checoslovaquia (1920-1938) y España (1931-1936)”, *op. cit.*, pp. 116-117.



UNIVERSIDAD  
PANAMERICANA

Corte Suprema estadounidense llegan a tener la misma fuerza merced al principio de *stare decisis* y a la tradición política que impera en ese país;<sup>242</sup> en cuanto a la vía, es verdad que en los sistemas difusos el control se ejerce por vía de excepción o incidental, pero también lo es que en naciones europeas, la cuestión de inconstitucionalidad permite plantear prejudicialmente las dudas que puedan existir sobre la regularidad de una ley o acto normativo en el curso de un procedimiento concreto.<sup>243</sup>

Los sistemas mixtos o integrales o duales también llamados paralelos<sup>244</sup> – surgidos primordialmente en América Latina–, han minado la exactitud de esos

---

<sup>242</sup> “...el principio del *stare decisis* opera de manera semejante, que el juicio de inconstitucionalidad de la ley termina, indirectamente, para asumir una verdadera y propia eficacia *erga omnes*, y no se limita entonces a llevar consigo el puro y simple efecto de la *no aplicación* de la ley a un singular caso concreto con posibilidad, empero, de que en otros casos la ley sea por el contrario aplicada de nuevo.”, Cappelletti, Mauro, *La justicia constitucional. (Estudios de derecho comparado)*, *op. cit.*, p. 71.

<sup>243</sup> *Cfr. Ibídem*, p. 90-95. Quien explica que los casos austriaco, italiano y alemán se fueron acercando a la *judicial review*, al menos por lo que hace al control de constitucionalidad por la vía de excepción, esto es, a través de la cuestión de inconstitucionalidad, con algunos matices en cada caso. En sentido contrario, suele afirmarse que el pretendido acercamiento del modelo europeo al americano de la *judicial review*, “...sólo es en rigor predicable (respecto) de la iniciativa o capacidad para instar el proceso, reservada a los órganos jurisdiccionales.”, Fernández Segado, Francisco, *La jurisdicción constitucional en España*, Colombia, Instituto de Estudios Constitucionales Carlos Restrepo Piedrahita, 1999, p. 17; pues además, en estos casos la verificación de la inconstitucionalidad de la norma por parte del tribunal constitucional, no es muy distinta a la forma en que se hace en los recursos directos de carácter abstracto.

<sup>244</sup> Rodolfo Piza Rocafort los llama sistemas mixto y múltiple... “Influencia de la Constitución de los Estados Unidos en las Constituciones de Europa y América Latina”, Cuaderno CAPEL, núm. 23, Centro Interamericano de Asesoría y Promoción Electoral, Instituto Interamericano de Derechos Humanos, 1987, p. 55 y ss, y Brewer-Carías, Allan R., *El sistema mixto o integral de control de constitucionalidad en Colombia y Venezuela*, *op. cit.* García Belaunde llama modelo dual o paralelo, a aquel en el que coexisten, sin mezclarse, el modelo americano y el europeo, como en el caso de Perú. García Belaunde, Domingo, *De la jurisdicción constitucional al derecho procesal constitucional*, *op. cit.*, p. 50 y de este mismo autor “La jurisdicción constitucional y el modelo dual o paralelo”, *Advocatus*, núm. 1, 1998, pp. 65-71. Para los distintos tipos de acercamientos entre los modelos clásicos, *Cfr.* Brage Camazano, Joaquín, *La acción abstracta de inconstitucionalidad*, México, Universidad Nacional Autónoma de México, 2005, pp. 71-73. Para conocer algunos casos de sistemas mixtos o híbridos, *Cfr.* Fernández Rodríguez, José Julio, *op. cit.*, p. 35. Fix-Zamudio considera que el sistema español de 1931 es un sistema mixto entre el austriaco y el americano, en cuanto a los efectos de las sentencias. *Cfr.* Fix-Zamudio, Héctor, *El juicio de amparo*, *op. cit.*, pp. 67.



UNIVERSIDAD  
PANAMERICANA

términos al mezclar rasgos de uno u otro o hacerlos coexistir casi enteramente en sus estructuras esenciales, siendo paradigmáticos, entre otros, los casos de Perú<sup>245</sup> o Portugal<sup>246</sup> (previamente señalados). Un caso peculiar se presenta en países como México o Argentina, cuyos tribunales supremos fueron diseñados y estructurados originalmente con base en el modelo de Estados Unidos, pero paulatinamente les fueron asignadas atribuciones similares a las de los Tribunales Constitucionales europeos (sin que esto autorice a sostener que “materialmente” se han convertido o transformado en esa clase de órganos).

Aunado a lo anterior, es frecuente que entre ambos extremos (la *concentración* en un tribunal *ad hoc* y la *difusión* entre todos los jueces), se desconozca o menosprecie el papel desempeñado por los consejos de estado o los tribunales de casación en tareas de control de la constitucionalidad, tanto para la tutela de derechos como para la fiscalización de normas infra-legislativas y la actuación gubernamental, lo que rompe no sólo con la denominación empleada, sino también con el esquema tradicional de los modelos.

En este sentido, Luca Mezzetti apunta, para el caso italiano, que: “...el Tribunal de casación desarrolla inequívocas funciones de justicia constitucional coparticipando, junto a la Corte constitucional, a la definición o bien redefinición del orden constitucional en su complejo, aptitud que se manifiesta con particular evidencia a la hora de la elaboración de nuevos derechos, pero que se traduce también, por ejemplo, en la delineación de los contornos funcionales de órganos constitucionales, en la individuación de la posición de las diversas fuentes en el

---

<sup>245</sup> Cfr. García Belaunde, Domingo, *De la jurisdicción constitucional al derecho procesal constitucional*, op. cit., p. 50 y de este mismo autor “La jurisdicción constitucional y el modelo dual o paralelo”, op. cit., p. 67.

<sup>246</sup> Cfr. Pegoraro, Lucio, *La justicia constitucional. Una perspectiva comparada*, op. cit., p. 57; Tusseau, Guillaume, *Para acabar con los “modelos” de jurisdicción constitucional. Un ensayo de crítica*, op. cit., pp. 32-33 y Fernández Rodríguez, José Julio, op. cit., pp. 35-36.



UNIVERSIDAD  
PANAMERICANA

sistema de las fuentes del derecho, en la consideración de la relación, en el sentido de la inmediata aplicabilidad, de las fuentes internacionales con el ordenamiento nacional, eso eventualmente en competencia o bien en disidencia con respecto de la doctrina del órgano de justicia constitucional: en tales casos emerge un sistema bicéfalo de justicia constitucional, basado en paralelismos y asimetrías que denotan, según las diversas hipótesis, convergencias y disensos entre Tribunal de casación y Corte constitucional y tal de no legitimar una apriorística y simplista opción a favor de la segunda con respecto del primero cuanto al predominio del peso específico cualitativo y cuantitativo revestido por los dos órganos para la construcción del bloque de constitucionalidad considerado en su conjunto...”<sup>247</sup>

El mismo autor añade que: “...el juez ordinario puede desaplicar, y el juez administrativo puede anular, normas jurídicas inconstitucionales contenidas en fuentes de rango sublegislativo, por ejemplo reglamentos del poder ejecutivo) (sic); en los ordenamientos de los Países miembros de la Unión Europea, los jueces de cada grado deben desaplicar normas nacionales contrastantes con el derecho comunitario, y por lo tanto con las normas constitucionales que afirman o justifican su primacía, y aplicar las normas comunitarias; igualmente en ámbito comunitario, los jueces de los Estados miembros pueden (si de última instancia, deben) suspender el proceso y recurrir a la Corte de Justicia de la Unión Europea con un recurso en vía prejudicial si tienen dudas acerca de la adecuada transposición del derecho comunitario en el derecho interior por el legislador nacional”.<sup>248</sup>

También Tusseau, para el caso francés, explica ampliamente que: “aún en Francia...no [se] excluye en absoluto...el ejercicio de un control de constitucionalidad por el juez administrativo o el juez judicial de aquellos actos

---

<sup>247</sup> Mezzetti, Luca, *op. cit.*, p. 290.

<sup>248</sup> *Ibidem*, pp. 290-291.



UNIVERSIDAD  
PANAMERICANA

jurídicos –en particular, administrativos, privados y jurisdiccionales– que pudieran serle sometidos en el marco del ejercicio de sus funciones y competencias respectivas...Así pues, el Consejo de Estado francés puede censurar un acto administrativo por violación de la Constitución. Éste vela a su vez...por que el reparto constitucional de las competencias se realice correctamente. También examina la constitucionalidad de los compromisos internacionales de Francia en virtud de lo declarado en las decisiones *Koné* y *Sarran*. Asimismo, este sería también el caso particular del Tribunal de Casación francés, quien en la decisión *Fraisie*, expresamente se alinearía en esta posición a favor de la supremacía de la Constitución en el orden interno...En cualquier circunstancia, parece ser que, a pesar de la imagen aparente exportada por Francia como ejemplo arquetípico del modelo europeo, confluyen en realidad tres órganos jurisdiccionales supremos –la *Cour de cassation*, el *Conseil d'État* y el *Conseil constitutionnel*–. Y lo que es más importante, cada uno de dichos órganos puede disponer de su propia interpretación de la Constitución e imponerla sobre una serie de normas o de comportamientos, sin que los otros dos puedan impedirlo”.<sup>249</sup>

De una manera todavía más contundente, Fromont precisa que: “...la justicia constitucional no está confiada exclusivamente al Consejo Constitucional y Francia practica también el control concreto y difuso. En efecto, todas las jurisdicciones, distritos judiciales (civiles y penales) y todas las jurisdicciones administrativas ejercen igualmente un control de constitucionalidad concreto sobre los actos de ejecución de las leyes, ya sean estos judiciales o administrativos”,<sup>250</sup> aunque reconoce que: “Es cierto que la intensidad de este control está en ocasiones

---

<sup>249</sup> Tusseau, Guillaume, *Para acabar con los “modelos” de jurisdicción constitucional. Un ensayo de crítica*, op. cit., pp. 42-46.

<sup>250</sup> Fromont, Michel, “El control de constitucionalidad ejercido por las jurisdicciones ordinarias francesas”, en *Pensamiento Constitucional*, Año VIII, núm. 8, Perú, 2002, p. 370.



UNIVERSIDAD  
PANAMERICANA

entorpecido por la ausencia de competencia para controlar a título incidental la constitucionalidad de las leyes aplicadas en los actos recurridos”.<sup>251</sup>

Por otra parte, los adjetivos americano y europeo<sup>252</sup> parten de un aspecto meramente geográfico, referente a la zona continental en la que los modelos han tenido mayor desarrollo. Su exactitud es tan endeble que bastaría acudir a un sólo país del continente americano en el que primara el sistema de Europa, o a un sólo europeo en el que tuviera cabida el de América,<sup>253</sup> para que sus alcances perdieran eficacia. Y qué decir de aquellos otros países situados en continentes distintos (verbigracia Asia y África), en los que se han instaurado, ya sea un control difuso como en Japón<sup>254</sup> o uno concentrado como en Sudáfrica o Egipto.<sup>255</sup>

---

<sup>251</sup> *Ídem.*

<sup>252</sup> Utilizados una de las primeras veces por Reyes, Rodolfo, *La defensa constitucional*, Espasa-Calpe, Madrid, 1934, p. 86, así como en Fix-Zamudio, Héctor, *El juicio de amparo*, *op. cit.*, pp. 64 y 68 y Fix-Zamudio, Héctor, *Los tribunales constitucionales y los derechos humanos*, *op. cit.*, p. 19. También denominado *norteamericano* por Cappelletti, Mauro, *La justicia constitucional. (Estudios de derecho comparado)*, *op. cit.*, p. 95.

<sup>253</sup> Un modelo similar al americano ha sido puesto en marcha en Suecia, Finlandia, Dinamarca, Noruega y Suiza, y con algunos matices que hacen difícil su ubicación precisa, pero próxima a este sistema, Irlanda, Grecia y Chipre, *Cfr.* Ferreres Comella, Víctor, *op. cit.*, p. 27. “Este modelo o sistema difuso de control de constitucionalidad de las leyes ha sido seguido hasta ahora por algunos países de América, con algunas matizaciones, ellos son Argentina y Canadá; en Europa, en Suecia (de acuerdo con la reforma constitucional de 1975), en Noruega, en Dinamarca, en Finlandia (desde 1999), en Suiza respecto de leyes cantonales pero no de leyes federales (Constitución de 1874); en Grecia dentro de un sistema mixto, donde todos los tribunales pueden desaplicar leyes consideradas inconstitucionales (artículo 95 de la Constitución de 1975);...”, Nogueira Alcalá, Humberto, *op. cit.*, p. 37; en refuerzo de lo anterior: “Sistemas inspirados en la modalidad difusa y concreta son los de Argentina y Canadá para el continente americano; y Dinamarca, Finlandia (desde 1999), Grecia, Irlanda, Noruega, Suecia (tras la reforma de su Constitución de 1975) y Suiza para Europa (aunque en Irlanda sólo las jurisdicciones superiores llevan a cabo tal control). En Grecia existe, para ciertos supuestos, control concentrado por lo que hay que considerarlo, en realidad, un modelo mixto, al igual que Portugal, Chipre, Malta y otros casos de Latinoamérica (como México y Brasil). Suiza fue el primer país europeo que importó, en el siglo XIX, el modelo norteamericano. Fuera de ello tenemos a Japón y a Australia...”, Fernández Rodríguez, José Julio, *op. cit.*, p. 31. El modelo americano también ejerció influencia en Dinamarca, Grecia, Irlanda, Noruega, Rumania y Suiza, *Cfr.* Fix-Zamudio, Héctor, *El juicio de amparo*, *op. cit.*, p. 69 y Fix-Zamudio, Héctor, *Los tribunales constitucionales y los derechos humanos*, *op. cit.*, pp. 15-17.

<sup>254</sup> Como sucedió en la Constitución de 1947. *Cfr.* Fix-Zamudio, Héctor, *El juicio de amparo*, *op. cit.*, p. 69. Algunas opiniones apuntan que la *judicial review* fue impuesta en Japón, por lo que su recepción en este país fue puramente formal, *Cfr.* Ahumada, Mirian, *op. cit.*, p. 81, nota al pie



Cuando se adoptan los términos *norteamericano*, *estadounidense* o *austriaco*, el panorama se complica todavía más, pues se transita de una zona continental a un país determinado con alcances, evidentemente, más reducidos.

Esto no es nada nuevo. Países de Europa típicamente considerados como adscritos a la categoría de sistemas concentrados, en algún momento reconocieron –a veces por permisión constitucional expresa– el control difuso, tales fueron los casos de Alemania e Italia; de hecho, en tiempos actuales es posible que el llamado control descentralizado siga operando en esos países respecto de las leyes *preconstitucionales*.<sup>256</sup>

Asimismo, Costa Rica, por un lado y Panamá y Uruguay, por el otro, poseen sistemas concentrados de control de constitucionalidad residenciados, respectivamente, en una sala y en las cortes supremas de justicia,<sup>257</sup> no en tribunales constitucionales; estos casos son importantes en la medida que ponen de manifiesto que ya no hay una correspondencia exacta entre los sistemas concentrados y el modelo europeo de los tribunales constitucionales.

---

número 25. Véase también Tusseau, Guillaume, *Para acabar con los “modelos” de jurisdicción constitucional. Un ensayo de crítica*, op. cit., pp. 25-26, para quien: “En consecuencia, la propia denominación de los modelos podría ser puesta en duda”.

<sup>255</sup> “También han surgido tribunales constitucionales en otras partes del mundo (en Corea del Sur, Indonesia, Tailandia, Sudáfrica, Egipto y Turquía, por ejemplo)”, Ferreres Comella, Víctor, op. cit., p. 28. “...en Asia, se desarrolla el modelo en Japón; y en Oceanía, en Australia.”, Nogueira Alcalá, Humberto, op. cit., p. 37.

<sup>256</sup> En Alemania por virtud de una sentencia de 1953; en España por resolución 4/1981, de 2 de febrero y en Italia en su primera sentencia 1/1956, de 5 de junio, en las que se ha permitido a los jueces ordinarios controlar la constitucionalidad de las leyes anteriores a la expedición de sus respectivas normas constitucionales, si bien de modo concurrente con las facultades de los tribunales constitucionales, Cfr. Ferreres Comella, Víctor, op. cit., p. 30, nota al pie número 16; Fernández Rodríguez, José Julio, op. cit., p. 75 y Fernández Segado, Francisco, *La jurisdicción constitucional en España*, op. cit., pp. 12-13.

<sup>257</sup> Cfr. Hernández Valle, Rubén, “La jurisdicción constitucional en Costa Rica”, p. 505; Rodríguez Robles, Francisco, “La jurisdicción constitucional en Panamá”, pp. 810-811 y Esteva Gallicchio, Eduardo G., “La jurisdicción constitucional en Uruguay”, p. 905, todos los trabajos en García Belaunde, Domingo y Fernández Segado, Francisco (coords.), *La jurisdicción constitucional en Iberoamérica*, op. cit.



UNIVERSIDAD  
PANAMERICANA

Finalmente, una gran parte de los países latinoamericanos, como Bolivia, Colombia, Chile, Ecuador, Guatemala, Perú y República Dominicana, estructuran sus sistemas de control sobre la base de un tribunal constitucional, que es el elemento característico y definitorio del sistema europeo continental clásico.

En fin, si a uno se le identifica como *kelseniano* al otro bien podría calificársele como *Marshalliano*, y aquí hablaríamos de un criterio subjetivo, en atención al sujeto que formalmente los consagró; si a uno *austriaco*,<sup>258</sup> al otro *estadounidense*, y entonces obedeceríamos al país en el que por primera vez se implementó,<sup>259</sup> etcétera. En el fondo, seguirían vigentes las mencionadas limitaciones.

Lo cierto es que hoy en día los sistemas de control de la constitucionalidad de cada país tienen características propias y no responden fielmente a alguno de los modelos tradicionales que han quedado expuestos;<sup>260</sup> ninguno es completamente semejante a otro, si bien es posible que todos se hayan nutrido de experiencias comparadas comunes, de influencias recíprocas y, naturalmente, de su propia historia política y constitucional.<sup>261</sup>

---

<sup>258</sup> Cfr. Cappelletti, Mauro, *La justicia constitucional. (Estudios de derecho comparado)*, op. cit., p. 61. "...por lo que se le llama modelo austriaco (por el país que lo adoptó y desarrolló en forma seria, ininterrumpida y sistemática), europeo (por el continente que lo hizo suyo, desarrolló y propulsó) o kelseniano (en homenaje al teórico de la institución).", García Belaunde, Domingo, *De la jurisdicción constitucional al derecho procesal constitucional*, op. cit., p. 32. En similares términos, Fix-Zamudio, Héctor, *El juicio de amparo*, op. cit., p. 64.

<sup>259</sup> Si bien es cierto que uno y otro encuentran sus antecedentes en otros países.

<sup>260</sup> Rodolfo Reyes hablaba del modelo *mejicano*, monopolizado en el amparo, lo que se demuestra si se tiene presente el abanico que se abre cuando se le analiza de cerca, el amparo sirve para tanto que es difícil concebirlo como un proceso unitario, Fix-Zamudio habla de una federación, en el que convergen al *habeas corpus*, el amparo contra normas generales, el amparo legalidad, el amparo en materia administrativa y el amparo en materia social agraria. Cappelletti, siguiendo a Fix-Zamudio, consideraba que el sistema mexicano basado en el juicio de amparo, configuraba un "sistema mixto o compuesto", Cappelletti, Mauro, *La justicia constitucional. (Estudios de derecho comparado)*, op. cit., p. 95, nota al pie de página número 21.

<sup>261</sup> De hecho, Cappelletti considera que los sistemas concentrados de control constituyen "*una solución intermedia*" entre el modelo francés de control político y la *judicial review* estadounidense,



UNIVERSIDAD  
PANAMERICANA

En cuanto a los “sistemas” y “modelos” comencemos con la siguiente pregunta: ¿Un sistema de control de la constitucionalidad puede ser llamado austriaco o estadounidense? Sí, los sistemas de Austria y de Estados Unidos, pues está claro que la idea de *sistema* es algo que se predica respecto de un determinado *país*.<sup>262</sup> Así, se puede hablar de un sistema alemán, brasileño, mexicano o español de control de la constitucionalidad, los cuales se estructuran en forma concreta sobre una serie de elementos o componentes esenciales que estudiaremos más adelante.

Otra cosa son los modelos que cada sistema toma como base para su construcción particular.<sup>263</sup> Sostenemos que las nociones de *judicial review* o *Kelseniano*, difuso o concentrado y americano o europeo, más allá de las limitaciones antes apuntadas, con el paso del tiempo adquirieron el carácter de *modelos*, los que han contribuido a la configuración de los distintos sistemas, aunque no han sido los únicos.

En efecto, aceptar lo contrario equivaldría a ignorar la existencia de otros modelos –vigentes o ya superados–, que amplían las opciones y que contribuyeron significativamente a la configuración de los sistemas vigentes. Por ejemplo, no es difícil pensar que el antecedente inglés confeccionado por el juez

---

Cappelletti, Mauro, *La justicia constitucional. (Estudios de derecho comparado)*, op. cit., p. 85. Y en la medida que tanto en el austriaco, como en el italiano y en el alemán, existe el control por la vía de acción o directa, así como por la vía de excepción o incidental, los considera sistemas “híbridos y compuestos”, *Ibidem*, p. 95.

<sup>262</sup> “Hay, sin embargo, una diferencia entre modelos y sistemas. Cada país tiene (salvo excepciones, como Reino Unido) un sistema de justicia constitucional, pero solo en pocos casos se puede hablar de ‘modelos’”, Voz: Justicia constitucional (tipología), Pegoraro, Lucio, [trad. de Giovanni A. Figueroa Mejía], en Ferrer Mac-Gregor, Eduardo, et. al., (coords.), *Diccionario de Derecho Procesal Constitucional y Convencional*, op. cit., t. II, p. 841.

<sup>263</sup> “La referencia a un ‘modelo’ implica en sí algo ejemplar en sentido positivo, algo que merece ser imitado. De esta manera, se habla de ‘modelos’ clásicos en la jurisdicción constitucional”, Voz: Jurisdicción constitucional (modelos clásicos), Pegoraro, Lucio, [trad. de Giovanni A. Figueroa Mejía], en Ferrer Mac-Gregor, Eduardo, et. al., (coords.), *Diccionario de Derecho Procesal Constitucional y Convencional*, op. cit., t. II, p. 804.



UNIVERSIDAD  
PANAMERICANA

Coke y que echó raíces en las colonias británicas, sirvió como modelo de lo que a la postre llegó a ser el control difuso de la *judicial review*,<sup>264</sup> las jurisdicciones constitucionales diseñadas en las constituciones austro-húngara de 1869 y alemana de 1871, pudieron haber jugado el mismo papel en la construcción de Hans Kelsen plasmada en las constituciones de Checoslovaquia y de Austria de 1920;<sup>265</sup> ésta a su vez se tomó como referente en la Constitución de la Segunda República española de 1931, concretamente para la creación del Tribunal de Garantías Constitucionales,<sup>266</sup> en la que también estuvo presente la aportación mexicana del juicio de amparo (modelo para éste y muchos otros países),<sup>267</sup> medio de control que es deudor de las tradiciones estadounidense, española y francesa.<sup>268</sup> Y qué decir del modelo francés de control por órgano político que va desde el Senado Conservador hasta el hoy vigente Consejo Constitucional, cuya influencia en otros ordenamientos ha quedado más que corroborada.<sup>269</sup> Este auténtico sincretismo jurídico revela que los sistemas y también los modelos de control, van mucho más allá de dos opciones.

A una conclusión similar llega Tusseau, citado por Pegoraro, quien no niega que sea provechoso construir modelos, aunque rechaza la idea de que los sistemas de control sean herederos de dos modelos únicos, esto es, el

---

<sup>264</sup> Cfr. Schwartz, Bernard, *op. cit.*, p. 27 y Pritchett, Herman, *op. cit.*, p. 185.

<sup>265</sup> Cfr. Fernández Segado, Francisco, "Evolución histórica y modelos de control de constitucionalidad", *op. cit.*, pp. 68-73; Fernández Rodríguez, José Julio, *op. cit.*, p. 28 y Cruz Villalón, Pedro, *La formación del sistema europeo de control de la constitucionalidad (1918-1939)*, *op. cit.*, pp. 238-239.

<sup>266</sup> Cfr. Cruz Villalón, Pedro, "Dos modos de regulación del control de constitucionalidad: Checoslovaquia (1920-1938) y España (1931-1936)", *op. cit.*

<sup>267</sup> Cfr. Fix-Zamudio, Héctor y Ferrer Mac-Gregor, Eduardo (coords.), *El derecho de amparo en el mundo*, México, Universidad Nacional Autónoma de México, Porrúa y Konrad Adenauer Stiftung, 2006.

<sup>268</sup> Cfr. Fix-Zamudio, Héctor, *El juicio de amparo*, *op. cit.*, pp. 210-216.

<sup>269</sup> Cfr. Cappelletti, Mauro, *La justicia constitucional. (Estudios de derecho comparado)*, *op. cit.*, p. 82; De Vergottini, Giuseppe, *op. cit.*, p. 196; Pegoraro, Lucio, *La justicia constitucional. Una perspectiva comparada*, *op. cit.*, pp. 26-31 y Tusseau, Guillaume, "El control político de constitucionalidad en Francia", *op. cit.*, pp. 36-45; en la doctrina mexicana véase Fix-Zamudio, Héctor, *El juicio de amparo*, *op. cit.*, p. 61-62 y Vásquez del Mercado, Oscar, *op. cit.*, pp. 53-64.



UNIVERSIDAD  
PANAMERICANA

“estadounidense y el de Kelsen”, esto, porque el derecho positivo demuestra que cada ordenamiento posee características que les son suyas bajo todo punto de vista que pueda ser considerado, incluso, el mencionado autor cuestiona que los “modelos americano y austriaco” puedan caracterizarse en forma unitaria, ya que son frecuentes los casos en los que sus elementos se mezclan.<sup>270</sup>

No está demás señalar que la falta de identificación de un sistema a algún modelo en particular no debe ser visto como un defecto estructural; puesto en otros términos, el hecho de que un sistema no guarde plena conformidad con alguno de los modelos, no significa que existan deficiencias en su diseño o anomalías de funcionamiento y, por tanto, tampoco debe ser esa la brújula que oriente sobre los cambios legislativos o jurisprudenciales encaminados a su perfeccionamiento.

En síntesis, la idea de *sistema* permite hacer referencia a la forma particular en que se organizan y articulan los elementos estructurales del control de la constitucionalidad en un país determinado. La idea de *modelo*, por su parte, alude a un arquetipo o guía a seguir, lo que no excluye la posibilidad de tomar a más de uno como base para la configuración de un sistema propio.

Una idea similar la ha expresado José Ramón Cossío, cuando sostiene que: “Por *sistema* de control de constitucionalidad constitucional (sic) voy a entender el conjunto de normas de derecho positivo propias de cada orden jurídico, mediante

---

<sup>270</sup> Cfr. Pegoraro, Lucio, “Control jurisdiccional Vs. control político: la erosión de una categoría dicotómica (y el progresivo alcance de este último)”, *op. cit.*, p. 46. “Todo modelo reagrupa, bajo una apariencia de forma ordenada, un número determinado de datos dispersos con el objeto de concederles así una coherencia de conjunto...El recurso al método de la modelización permite, por un lado, establecer una coherencia en el seno de cada sistema nacional y por otro, autorizar la ordenación –de una forma racionalizada– de los diferentes elementos comparados, los unos frente a los otros.”, Tusseau, Guillaume, *Para acabar con los “modelos” de jurisdicción constitucional. Un ensayo de crítica*, *op. cit.*, pp. 9-10.



las cuales se lleva a cabo el control de regularidad constitucional en sentido estricto...A su vez, por *modelo* de jurisdicción constitucional entenderé, parafraseando a Weber, el resultado de acentuar unilateralmente uno o varios elementos relativos a la manera como en diversos órdenes normativos se lleva a cabo el control de regularidad constitucional (primordialmente de órganos, procesos y prácticas), a efecto de formar un conjunto más o menos homogéneo de características comunes, que permita el agrupamiento de diversos sistemas (nacionales) de control de constitucionalidad”.<sup>271</sup>

Así las cosas, al momento de formular clasificaciones Pegoraro sugiere: “En primer lugar, hay que enfatizar, en vez de los modelos, los sistemas concretos; en segundo lugar, aceptar que no existen ni modelos ni sistemas ‘puros’; en tercer lugar, y por consiguiente, matizar las clases utilizando categorías débiles o flexibles; en cuarto lugar, subrayar la dificultad de definir de manera precisa los términos ‘político’ y ‘jurisdiccional’, y finalmente, analizadas las experiencias históricas y las correspondientes clasificaciones tradicionales, clasificar los sistemas vigentes según su mayor o menor pertinencia a las categorías respectivas”.<sup>272</sup>

## **2.6. Las “nuevas clasificaciones” de los sistemas de control de la constitucionalidad.**

Partiendo del hecho de que la típica clasificación de los sistemas de control de la constitucionalidad se entiende hoy como superada, varios autores han formulado nuevas propuestas, sin embargo, éstas presentan sus propias limitaciones y,

---

<sup>271</sup> Cossío Díaz, José Ramón, *Sistemas y modelos de control constitucional en México*, México, Universidad Nacional Autónoma de México, 2011, pp. 5-6.

<sup>272</sup> Pegoraro, Lucio, “Control jurisdiccional Vs. control político: la erosión de una categoría dicotómica (y el progresivo alcance de este último)”, *op. cit.*, pp. 45-46.



UNIVERSIDAD  
PANAMERICANA

desde nuestro punto de vista, muchas de ellas siguen basándose en el esquema tradicional antes descrito (ya en forma expresa, ya de manera tácita); además de que en realidad no están clasificando a los sistemas de control en su conjunto, sino a uno o algunos de los elementos que los estructuran. En las páginas siguientes ilustraremos esta afirmación con diversos ejemplos clasificatorios y señalaremos cuáles son los elementos que se toman como base en cada uno de ellos, los cuales serán retomados en el capítulo siguiente.

Lucio Pegoraro propone una nueva clasificación en la que reconoce cuatro modelos, siendo estos el de la *judicial review* de Estados Unidos; la *Verfassungsgerichtsbarkeit* de Austria; un *tertium genus* de éstos, entre los que se encuentran Alemania, España e Italia, donde se permite al juez ordinario elevar, mediante una especie de control incidental, la cuestión de inconstitucionalidad al tribunal constitucional y un *quartum genus* en los que coexisten paralelamente el difuso y el concentrado, como son los casos de Portugal y Grecia. Estos cuatro modelos van a circular en otros ordenamientos.<sup>273</sup> En suma, la clasificación de Pegoraro oscila entre el órgano de control y los medios de control.

Cuatro modelos también son identificados por Louis Favoreu. Tusseau explica que para este jurista, junto a los tradicionales europeo y americano, podía hablarse del *sudamericano* como un tercer modelo, en el que se da la coexistencia de aquellos dos; el propio Favoreu concibe la existencia de un cuarto modelo

---

<sup>273</sup> Cfr. Pegoraro, Lucio, *La justicia constitucional. Una perspectiva comparada*, op. cit., pp. 31-64. Tusseau apunta que: "Albrecht Weber distingue en el mismo sentido los modelos de control difuso, el modelo de control concentrado, los modelos 'mixtos' o 'híbridos' (presentes principalmente en Europa y en América Latina) y los modelos atípicos (principalmente en el caso de Francia). Este autor insiste particularmente en el hecho de que 'la tendencia creciente hacia modelos mixtos o híbridos no justifica [...] la disolución o la eliminación de dos modelos binomios que todavía pueden servir como punto de partida para una clasificación sistemática'.", Weber A., "Notes sur la justice constitutionnelle comparée: convergences et divergences", en *Annuaire international de justice constitutionnelle*, vol. 19, 2003, pp. 29-41, apud Tusseau, Guillaume, *Para acabar con los "modelos" de jurisdicción constitucional. Un ensayo de crítica*, op. cit., pp. 113-114.



caracterizado por la presencia de una sala especializada dentro del tribunal supremo, presentándose principalmente, según el autor, en el continente africano.<sup>274</sup> Esta tipología sigue como hilo conductor el criterio orgánico.

Rubio Llorente distingue entre un modelo centrado en el control de la constitucionalidad de la ley y otro basado en la garantía de los derechos fundamentales, siendo compatible con el primero la existencia de medios de control directo y abstracto, y con los segundos el control concreto y el recurso de amparo. Según este autor, los sistemas más articulados son los del segundo tipo.<sup>275</sup> Como se ve, la clasificación de Llorente se sitúa entre el objeto de control y los medios de control.

Tusseau comenta que: “Siguiendo una orientación muy similar, Antonio Baldassarre propone un modelo centrado en los derechos fundamentales frente a un modelo centrado sobre la Justicia de tipo político y sobre el proceso contencioso relativo a la transferencia de competencias”.<sup>276</sup> Así, mientras que el modelo de la *giurisdizione dei diritti fondamentali* encontraría su *ultima ratio* en los derechos como límites a la actuación de los poderes públicos, en la *giustizia politica* su núcleo central estaría en la tutela de los principios de la forma de gobierno.<sup>277</sup> Esta clasificación pondría énfasis en el objeto de control.

---

<sup>274</sup> *Ibidem*, pp. 112-113.

<sup>275</sup> Cfr. Rubio Llorente, Francisco, “Tendencias actuales de la jurisdicción constitucional en Europa”, en VV. AA., *Manuel Fraga, Homenaje Académico*, Fundación Cánovas del Castillo, Madrid, pp. 1411 y ss. y Rubio Llorente, Francisco y Daranas Pérez, Mariano, *Constituciones de los Estados de la Unión Europea*, Ariel, Barcelona, p. XIII, ambos *apud* Fernández Rodríguez, José Julio, *op. cit.*, pp. 36-37 y Humberto Nogueira Alcalá, *op. cit.*, p. 57.

<sup>276</sup> Baldassarre, A., “Parlamento e giustizia costituzionale nel diritto comparato”, *apud* Tusseau, Guillaume, *Para acabar con los “modelos” de jurisdicción constitucional. Un ensayo de crítica*, *op. cit.*, p. 117.

<sup>277</sup> Cfr. Fernández Segado, Francisco, *La justicia constitucional ante el siglo XXI: la progresiva convergencia de los sistemas americano y europeo-kelseniano*, *op. cit.*, pp. 131-132.



UNIVERSIDAD  
PANAMERICANA

Michel Fromont sugiere una clasificación basada en la modalidad decisoria del control, esto es, si es concreta o abstracta. En los primeros predomina una lógica subjetiva, ya que la situación del particular o del individuo está en un primer plano; en los segundos hay una lógica objetiva, pues el interés del Estado es lo prioritario (así, el control adquiere dos posibles manifestaciones, subjetiva y concreta u objetiva y abstracta). Sobre esa base emergen dos procedimientos mixtos, a saber, objetivos y concretos y subjetivos y abstractos. Así, los modelos de control pueden ser de 5 tipos: aquellos en los que sólo existen procedimientos concretos y subjetivos, como en Estados Unidos; los que tienen principalmente procedimientos concretos y subjetivos, pero también abstractos y mixtos, como Alemania; los que poseen principalmente procedimientos mixtos, como Italia; los que tienen predominantemente procedimientos objetivos y abstractos, como Austria y, finalmente, los que poseen en exclusiva procedimientos objetivos y abstractos, siendo Francia el ejemplo clásico.<sup>278</sup> La clasificación de este autor descansa enteramente en los medios de control, aunque en estrecha conexión con el objeto del mismo.

Una clasificación más que también se apoya en el carácter concreto o abstracto del control es elaborada por Pizzorusso: "...el autor considera oportuno superar la contraposición entre sistema americano y sistemas europeos a través

---

<sup>278</sup> Cfr. Fromont, Michel, *La justice constitutionnelle dans le monde*, París, Dalloz, pp. 42 y ss., *apud* Fernández Rodríguez, José Julio, *op. cit.*, p. 37 y Humberto Nogueira Alcalá, *op. cit.*, pp. 58-59. También véase Tusseau, Guillaume, *Para acabar con los "modelos" de jurisdicción constitucional. Un ensayo de crítica*, *op. cit.*, pp. 118-120. Este mismo autor da cuenta de lo que, desde su perspectiva, constituye una forma renovada de abordar el problema. Citando a Vlad Constantinesco y a Stéphane Pierré-Caps, indica que: "...estos autores logran llegar a identificar tres formas diferenciadas de control de constitucionalidad de las normas en Europa: (1) el *control concreto*, fundamentado en la consulta al juez constitucional que realiza por su parte el juez ordinario; (2) el *recurso individual* mediante la protección de los derechos fundamentales y, por último, (3) el *control abstracto* de las normas por designación específica de los órganos del Estado.", Tusseau, Guillaume, *Para acabar con los "modelos" de jurisdicción constitucional. Un ensayo de crítica*, *op. cit.*, p. 122. Como es evidente, esta reseña solo está ofreciendo una clasificación de los medios de control y, exclusivamente de la ley como objeto del mismo, por lo que dista de tener el alcance que se le atribuye.



UNIVERSIDAD  
PANAMERICANA

de la referencia a aquella entre *sistemas concretos* y *sistemas abstractos* de control de constitucionalidad de las leyes. Bajo el perfil técnico, los sistemas concretos vienen ulteriormente articulados a su interior por el autor según la cuestión de legitimidad constitucional sea propuesta al juez junto con una cuestión de aplicación de la ley (como en el caso de los Estados Unidos) o bien sea filtrada por el juez *a quo*, incluso en consideración de los efectos de las sentencias, determinados en un caso por el principio del *stare decisis* y, en el otro, del alcance *erga omnes* de las decisiones. Igualmente bajo el perfil técnico, los sistemas abstractos son distinguidos según el carácter preventivo o sucesivo de la impugnación-decisión y según la tipología de los órganos o los sujetos legitimada (sic) a proponer recurso al órgano de justicia constitucional”.<sup>279</sup> También en esta clasificación lo que destaca casi exclusivamente son los medios de control.

Aunque tales variables serían complementadas con el objeto de protección, según la explicación adicional proporcionada por Mezzetti: “La tutela asegurada por los sistemas concretos se dirige principalmente a las situaciones jurídicas subjetivas de los ciudadanos y aparece por lo tanto principalmente finalizada a realizar la protección de los derechos fundamentales de libertad que la Constitución garantiza. Por contra la tutela ofrecida por los sistemas abstractos aparece principalmente finalizada a asegurar el respeto de las esferas de competencia de los diferentes entes, en los estados federales o regionales, y de los varios órganos constitucionales, en el ámbito de la organización estatal, mientras para la protección de los derechos individuales o colectivos ella puede ser realizada solamente eventualmente y de reflejo, cuando uno de tales sujetos,

---

<sup>279</sup> Pizzorusso, A., “I sistemi di giustizia costituzionale: dai modelli alla prassi”, *apud* Mezzetti, Luca, *op. cit.*, p. 287; también véase Tusseau, Guillaume, *Para acabar con los “modelos” de jurisdicción constitucional. Un ensayo de crítica*, *op. cit.*, p. 118, nota al pie de página número 15.



UNIVERSIDAD  
PANAMERICANA

por razones de conveniencia política, se haga portador de ella, siempre que las condiciones previstas por el ejercicio de la acción lo permitan”.<sup>280</sup>

Giancarlo Rolla afirma que: “...puede ser útil clasificar los diversos sistemas de justicia constitucional con base en las técnicas y modalidades previstas para garantizar los derechos fundamentales. En este caso, es oportuno abandonar la tradicional clasificación entre sistemas difusos y concentrados, distinguiendo entre un modelo que se propone principalmente depurar los vicios de la ley y garantizar el equilibrio entre los poderes; y un modelo orientado directamente hacia la defensa de los derechos”.<sup>281</sup> Agrega que en el primer caso tienen relevancia el control de la constitucionalidad de la ley y los conflictos entre los poderes del Estado, y en el segundo, los recursos directos contra los actos de los poderes públicos y eventualmente de los particulares.<sup>282</sup>

En cuanto a los sistemas del segundo tipo, esto es, aquellos orientados hacia la defensa de los derechos, Rolla sugiere cuatro subdivisiones: sistemas en los que la jurisdicción constitucional de las libertades es muy amplia (Alemania y Costa Rica); aquellos en las que, siendo amplia, tiene limitaciones (España y Austria) –en todos los casos anteriores se refiere a países que cuentan con el recurso de amparo o de *habeas corpus*–; sistemas que se colocan en una posición intermedia a los dos anteriores, en la medida que no cuentan con recursos de protección directos, sino sólo cuestiones referentes al control de constitucionalidad de leyes a través del cual se consigue la salvaguarda de los derechos y, por último, sistemas en los que únicamente operan garantías de protección indirecta

---

<sup>280</sup> Mezzetti, Luca, *op. cit.*, p. 288.

<sup>281</sup> Rolla, Giancarlo, *Derechos fundamentales, Estado democrático y justicia constitucional*, México, Universidad Nacional Autónoma de México, 2002, pp. 145-146.

<sup>282</sup> *Cfr. Ibídem*, p. 146.



(Francia).<sup>283</sup> Como se ve, la clasificación de este autor toma como base el objeto de control, aunque en forma indirecta también los medios.

Francisco Fernández Segado propone una pauta explicativa similar, según se trate de un control de constitucionalidad de la ley con independencia de su aplicación y de todo tipo de conflicto de intereses subjetivos, o de un control ejercido con ocasión de su aplicación. Para la primera modalidad sugiere dos variables, según el momento en el que se ejerza el control, siendo preventivo o represivo (diferenciándose aquí si existen o no límites temporales para el ejercicio del control), y según el interés constitucional que se trate de salvaguardar, siendo objetivo en interés del orden constitucional o bien, competencial, para proteger la distribución de competencias entre el Estado y las partes territoriales que lo conforman. Para la segunda modalidad plantea tres variables, según el órgano que lleve a cabo el control, retomando aquí la dualidad concentrado y difuso; el sujeto legitimado para instar el control (por un órgano jurisdiccional, por la persona lesionada en sus derechos, por un órgano constitucional del Estado o por un ente territorial); o la eficacia de la sentencia que se emita (*inter partes* o *erga omnes*).<sup>284</sup> Aquí, las clasificaciones giran en torno al objeto de control, a los medios de control y a los órganos de control.

Con una denominación distinta, pero referida en lo esencial a los aspectos orgánicos, Manuel García Pelayo propone una clasificación según la cual, existen cinco tipos de jurisdicción constitucional. Así, habla de la *jurisdicción descentralizada y no especializada*, que haría alusión al modelo difuso de los Estados Unidos; de la *jurisdicción descentralizada especializada*, dentro de la cual se encontraría, según el autor, Alemania, donde coexisten el Tribunal

---

<sup>283</sup> Cfr. *Ibidem*, pp. 146-150.

<sup>284</sup> Cfr. Fernández Segado, Francisco, *La justicia constitucional ante el siglo XXI: la progresiva convergencia de los sistemas americano y europeo-kelseniano*, op. cit., pp. 134-141.



UNIVERSIDAD  
PANAMERICANA

Constitucional Federal y órganos similares en los *Länder*; de la *jurisdicción centralizada y no especializada*, colocando aquí a los países en los que su único órgano de control se ubica en la cúspide del aparato judicial ordinario, es decir, en sus cortes supremas, citando los casos de Uruguay y Panamá; de la *jurisdicción centralizada y relativamente especializada*, el cual aplicaría para los sistemas que cuentan con salas constitucionales, como Venezuela o El Salvador y, finalmente, de la *jurisdicción centralizada y especializada*, que son aquellos que cuentan con un tribunal constitucional único.<sup>285</sup> Este autor hace descansar enteramente su clasificación en los órganos de control.

En forma análoga Alfonso Celotto considera que la variable fundamental se encuentra en si existe o no un tribunal constitucional *ad hoc* (como en el modelo austriaco o europeo-continental o su variante de sección de corte suprema), en cuyo caso se estará en presencia de un análisis *centralizado*, o bien, si éste compete a todos los jueces, en cuyo caso será difuso, al que también denomina *judicial review*. Esas dos modalidades son vinculadas por el referido autor con los efectos de la decisión de inconstitucionalidad, siendo en el primero *erga omnes* y constitutivos, y en el segundo *inter partes* y declarativos.<sup>286</sup>

No obstante lo anterior, Celotto afirma que existen al menos otras cuatro variables que pueden diferenciar los distintos modelos: el momento cronológico, que da lugar a un control represivo o preventivo; el control abstracto o concreto, según se busque una garantía objetiva de la constitución o la tutela de los derechos; las modalidades de acceso al juicio de constitucionalidad, identificando

---

<sup>285</sup> Cfr. García Pelayo, Manuel, *Obras completas*, Madrid, Centro de Estudios Constitucionales, 1991, t. 3, p. 3225, *apud* Humberto Nogueira Alcalá, *op. cit.*, pp. 55-57.

<sup>286</sup> Cfr. Celotto, Alfonso, "La justicia constitucional en el mundo: formas y modelos", *VII Jornadas Argentinas de Derecho Procesal Constitucional. Primer Encuentro Latinoamericano de Derecho Procesal Constitucional*, Rosario, 2003, p. 10. Véase también Humberto Nogueira Alcalá, *op. cit.*, pp. 60-61.



a la vía principal o directa mediante la acción de inconstitucionalidad interpuesta por sujetos específicamente legitimados y a la incidental, indirecta o por excepción, por medio de la cuestión de inconstitucionalidad nacida en el curso de un proceso; finalmente incluye un elemento atípico, concretamente las modalidades de composición y de nómina del tribunal constitucional, lo que considera relevante en virtud de que la composición incide de manera significativa sobre la autonomía y la independencia de la corte constitucional, en relación con la mayor o menor dependencia del poder político.<sup>287</sup>

Humberto Nogueira Alcalá identifica en América Latina 7 variantes de los sistemas de control, que van del “Sistema judicial difuso (Argentina); Sistema judicial concentrado en la Corte Suprema (Uruguay); Sistema judicial concentrado en la Corte Suprema de Justicia y en su Sala Constitucional (Paraguay); Sistema de control judicial difuso y control concentrado en el Tribunal Supremo (Brasil); Sistema de control judicial difuso y control concentrado en el Tribunal Constitucional (Bolivia, Colombia); Sistema de control constitucional dualista (Perú, Ecuador); Sistema de doble control concentrado de constitucionalidad (Chile)”,<sup>288</sup> clasificación que reposa exclusivamente en el órgano de control.

El mismo Humberto Nogueira Alcalá propone una clasificación basada en los siguientes 7 elementos: el órgano de control (centralizado especializado, jurisdicción ordinaria, dual, mixto o doble y centralizado no especializado); su

---

<sup>287</sup> Cfr. Celotto, Alfonso, *op. cit.*, pp. 11-13.

<sup>288</sup> Humberto Nogueira Alcalá, “Las competencias de los tribunales constitucionales de América del Sur”, ponencia gen el IX Encuentro de Presidentes y Magistrados de Tribunales Constitucionales de América Latina, Florianópolis, 2002; igualmente, Néstor Pedro Sagüés, *op. cit.*, p. 30. Para una clasificación similar, sólo en cuanto a la posición institucional del órgano de control, Cfr. Pérez Tremps, Pablo, *Escritos sobre justicia constitucional, op. cit.*, pp. 53-54 y sobre las distintas modalidades del control concentrado y su coexistencia con el difuso, Brewer-Carías, Allan R., “La jurisdicción constitucional en América Latina”, en García Belaunde, Domingo y Fernández Segado, Francisco (coords.), *La jurisdicción constitucional en Iberoamérica, op. cit.*, pp. 136-144. En todos estos casos, la clasificación de los sistemas de control se apoya en el órgano de control.



UNIVERSIDAD  
PANAMERICANA

ámbito competencial (total, parcial y limitado); el momento para llevarlo a cabo (preventivo y represivo); los sujetos legitimados activamente (amplísimo, amplio y restringido); el tipo de procedimiento utilizado (concreto, abstracto y mixto); el parámetro de control (único y plural) y, finalmente, los efectos de las sentencias (*inter partes*, *erga omnes*, *ex nunc* y *ex tunc*).<sup>289</sup> La clasificación de este autor toma en consideración el órgano de control, el objeto de control, los medios de control y el parámetro de control.

Algo equivalente sugiere el ya citado Lucio Pegoraro, al identificar los siguientes 7 criterios de clasificación: según el contexto estructural, pueden haber sistemas *unitarios* y *plurales*, ya sea que las jurisdicciones constitucionales ocupen una posición monopolista o bien, actúen en concurrencia con otros órganos; los sistemas también pueden ser *monofuncionales* o *plurifuncionales*, según la extensión de las competencias del órgano de control, o sea, si se limitan al “núcleo duro” o si poseen otro tipo de competencias; la extensión del parámetro permitiría identificar sistemas en donde aquél comprende una parte o la totalidad de la *constitución* o bien un *bloque de constitucionalidad* que incluya a los tratados internacionales; también la extensión de la materia controlable, pudiendo ser un *objeto integral* o un *objeto parcial*; dependiendo de las modalidades de acceso a la jurisdicción constitucional, éstas pueden tener un carácter *directo* o *incidental*, pero también son relevantes la univocidad o pluralidad de los tipos de acceso y el carácter de los sujetos; los sistemas también pueden ser calificados como *cerrados* o *abiertos*, cuando los recursos respectivos están disponibles ya sea para los órganos estatales o también para los particulares, por último, el efecto de la decisión constitucional permite apreciar, principalmente, un *efecto declarativo* o

---

<sup>289</sup> Cfr. Nogueira Alcalá, Humberto, *La jurisdicción constitucional y los tribunales constitucionales de Sudamérica en la alborada del siglo XXI*, op. cit., pp. 61-65.



UNIVERSIDAD  
PANAMERICANA

un *efecto constitutivo*.<sup>290</sup> Como en el caso anterior, nos parece que, en esencia, los alcances de esta clasificación comprenden al órgano, al objeto, a los medios y al parámetro de control.

El mismo Pegoraro considera que: “Desde esta perspectiva, los sistemas pueden subdividirse —teniendo en cuenta los distintos grados— en limitados y amplios (de “parámetro limitado” y de “parámetro amplio”). En los primeros, los tribunales toman como parámetro solamente la Constitución o incluso parte de ella (como sucedía en Bélgica hasta la reforma de 2003, en Francia hasta 1971, en los EEUU hasta la introducción de los *Civil War Amendments*, en Canadá hasta la adopción de la *Charter*); en los segundos, junto a la Constitución forman parte del bloque de constitucionalidad (además de las leyes orgánicas, en algunos casos, y de otras fuentes) también los tratados internacionales y los convenios sobre derechos (como sucede por ejemplo en varios países latinoamericanos o pertenecientes al antiguo Pacto de Varsovia) o, en Europa, las normas internacionales que regulan la estructura y la actividad de la Unión, con todo lo que ello conlleva desde una perspectiva teórica, en referencia a la relación entre *higher law* y fuentes subordinadas”.<sup>291</sup> Clasificación que se centra únicamente en el parámetro de control.

Finalmente, Jeremy Waldron distingue entre sistemas de control de constitucionalidad fuertes y débiles. “En un sistema de control fuerte...una sentencia en contra de la medida legislativa enjuiciada la hace inoperable...En un sistema de control débil, la corte profiere una suerte de declaración de

---

<sup>290</sup> Cfr. Pegoraro, Lucio, *Giustizia costituzionale comparata*, apud Tusseau, Guillaume, *Para acabar con los “modelos” de jurisdicción constitucional. Un ensayo de crítica*, op. cit., pp. 125-127. También véase Pegoraro, Lucio, “Clasificación de los sistemas de justicia constitucional: una dicotomía agotada”, op. cit., pp. 71-73.

<sup>291</sup> Pegoraro, Lucio, “Clasificación de los sistemas de justicia constitucional: una dicotomía agotada”, op. cit., p. 75.



incompatibilidad entre un artículo de la constitución y la legislación analizada. Esta declaración puede producir efectos políticos muy serios y, en ocasiones, incluso efectos institucionales profundos, pero la disposición legislativa problemática no se vuelve inoperable. La declaración simplemente advierte sobre la inconstitucionalidad de la norma, y permite que el parlamento o los ministros que lo controlan tomen alguna decisión al respecto. El legislativo –elegido y responsable ante el pueblo– conserva su capacidad de operación y mantiene su competencia de modificar la norma positiva, aunque ejerce esta atribución por cuenta de una declaración de incompatibilidad y de una forma relativamente limitada por la decisión de la Corte”.<sup>292</sup>

El autor coloca como ejemplos de sistemas de control fuerte a Colombia y Estados Unidos, en donde sus respectivas cortes tienen la capacidad de retirar la norma inconstitucional del ordenamiento jurídico o bien dejarla formalmente subsistente pero inaplicable; y como casos de una forma débil de control de constitucionalidad, a Reino Unido, Canadá o Nueva Zelanda. En este último país, Waldron recuerda que: “...allí las cortes no pueden retirar la legislación del ordenamiento, ni pueden negarse a aplicarla, incluso en aquellos eventos en los cuales la ley quebrante derechos humanos (en Nueva Zelanda los derechos se encuentran en el Bill of Rights Act de 1990). No obstante, las cortes pueden tratar de encontrar interpretaciones de la ley que neutralicen la vulneración de los derechos”.<sup>293</sup>

## **2.7. La crisis de las “nuevas clasificaciones” de los sistemas de control de la constitucionalidad.**

---

<sup>292</sup> Waldron, Jeremy, *op. cit.*, p. 12.

<sup>293</sup> *Ibidem*, p. 13.



UNIVERSIDAD  
PANAMERICANA

Como puede apreciarse, estas “nuevas clasificaciones” pretenden superar a aquellas basadas en el citado criterio orgánico-dual, aunque a veces lo retoman expresamente y, eventualmente, sólo para ser enriquecido con otros elementos, dando como resultado que ahora no sólo se hable de control concentrado o difuso, sino también de control centralizado o descentralizado; abstracto o concreto; de oficio o a petición de parte; por la vía de acción o de excepción; previo o represivo; de control de constitucionalidad de la ley, control para la protección de derechos o control para mantener el equilibrio entre los poderes; de efectos relativos o generales; *ex tunc* o *ex nunc*, etcétera.<sup>294</sup>

En este contexto, la doctrina (la clásica y la contemporánea) ha clasificado a los distintos sistemas de control de la constitucionalidad haciendo uso de categorías totalizadoras o globalizantes (empleando expresiones como sistema difuso y concentrado, americano y europeo o estadounidense y austriaco) y, sobre esa base, ha extraído categorías intermedias (surgiendo así los sistemas mixtos o híbridos y duales o paralelos; esto es, sobre la postura académica predominante en el sentido de que solo hay “dos sistemas”, lo “mixto” y lo “dual” son tipologías derivadas que parten de la mezcla o de la coexistencia de tales grandes sistemas), o bien, categorías secundarias (control abstracto o concreto, por vía de acción o de excepción, efectos generales o relativos, etcétera); sin embargo,

---

<sup>294</sup> “En el centro debe colocarse hoy, al lado y más allá del concepto de modelo, aquel de sistema. Ningún sistema se vale ya de una sola forma (o modelo) de control de las leyes: en todos los ordenamientos conviven a menudo control político y jurisdiccional, centralizado y difuso, *ex ante* y *ex post*, concreto y abstracto, durante un juicio o mediante recurso, sobre las competencias o sobre la libertad, etc., o al menos algunos de estos binomios...”, Pegoraro, Lucio, “Control jurisdiccional Vs. control político: la erosión de una categoría dicotómica (y el progresivo alcance de este último)”, *op. cit.*, pp. 46-47. Por su parte, Tusseau denuncia que: “...resulta difícil establecer de forma constante la solidaridad entre las diferentes características de los modelos de jurisdicción constitucional y pretender así, a través de cada modelo, restituir cualquier tipo de ‘lógica’ entre los órdenes jurídicos concernidos. Todas las combinaciones imaginables tienen cabida en el Derecho positivo y, lo que es más importante, dichas combinaciones resultan presentes dentro de una comparación suficientemente amplia”, Tusseau, Guillaume, *Para acabar con los “modelos” de jurisdicción constitucional. Un ensayo de crítica*, *op. cit.*, p. 78.



UNIVERSIDAD  
PANAMERICANA

consideramos que ninguna de ellas puede, por sí misma, dar cuenta de los distintos sistemas de control bajo un enfoque integral.

Desde nuestro punto de vista, estas nuevas aportaciones no logran superar las limitaciones de las tipologías tradicionales y además, opinamos que tampoco están formulando clasificaciones de los “sistemas de control de la constitucionalidad”, sino clasificaciones de los órganos, de los medios, del objeto y del parámetro de control, como elementos específicos de los sistemas. La explicación de esto será proporcionada en el capítulo siguiente.



UNIVERSIDAD  
PANAMERICANA

### CAPÍTULO III

## LOS ELEMENTOS ESENCIALES DE LOS SISTEMAS DE CONTROL DE LA CONSTITUCIONALIDAD Y SU VINCULACIÓN CON LOS CRITERIOS DE CLASIFICACIÓN

*Sumario. 3.1. Introducción.- 3.2. El control de la constitucionalidad: su definición como punto de partida para la identificación de los elementos esenciales.- 3.3. Los elementos esenciales de los sistemas de control de la constitucionalidad.- 3.4. Los verdaderos alcances de las “clasificaciones tradicionales” y de las “nuevas clasificaciones” de los sistemas de control de la constitucionalidad.- 3.4.1. El parámetro de control como criterio de clasificación.- 3.4.1.1. La extensión del parámetro. El parámetro cerrado y el parámetro abierto de control.- 3.4.1.1.1. Apertura de primer grado.- 3.4.1.1.2. Apertura de segundo grado.- 3.4.1.1.2.1. Breve aproximación al control de convencionalidad.- 3.4.1.2. El tipo de inconstitucionalidad.- 3.5. Sub-elementos y sub-clasificaciones.*



### **3.1. Introducción.**

En este capítulo tenemos como objetivo describir y analizar lo que, desde nuestro punto de vista, son los elementos esenciales de todo sistema de control de la constitucionalidad, así como realizar un ejercicio de contrastación entre éstos y las clasificaciones que hemos expuesto previamente. Lo anterior nos permitirá evidenciar que aquéllas sólo se ocupan parcialmente de algunos de los mencionados elementos y, por tanto, no logran elaborar clasificaciones de los sistemas como tal.

En este contexto, iniciamos el capítulo con una aproximación conceptual al control de la constitucionalidad, para lo cual, elaboramos una definición que pretende abarcar los elementos esenciales a los que nos hemos referido, citando igualmente otras que corroboran nuestro entendimiento de la disciplina. Con motivo de esto, formulamos algunas precisiones adicionales sobre la denominación de la materia, con la finalidad de distinguirla de otras y descartar aquellas que, en nuestra opinión, resultan inviables.

Una vez que definimos al control de la constitucionalidad y que destacamos sus elementos esenciales, proporcionamos una explicación de cada uno de ellos en perspectiva comparada, con el fin de patentizar que si bien pueden estar presentes en cualquier sistema, su contenido es diferente en cada caso, en la medida que adquieren múltiples manifestaciones según las particularidades del régimen político-constitucional de que se trate.

Sobre esa base, retomamos en forma sintetizada las clasificaciones analizadas en el capítulo anterior, pero esta vez para contrastarlas con los multicitados elementos y demostrar que, en realidad, se limitan a realizar



categorizaciones que descansan en uno o algunos de ellos, por lo que en sentido estricto no formulan clasificaciones de los sistemas *per se*.

A partir de esas ideas, nos detenemos en el desarrollo de un criterio de clasificación que no ha recibido la atención que merece, concretamente el que toma como base al parámetro de control. Este rubro nos permite desprender dos variables que atienden, por un lado, a la extensión del propio parámetro y, por el otro, al tipo de inconstitucionalidad que puede ser decretada, siendo que la primera nos da la pauta para hablar de parámetros cerrados y abiertos, los que a su vez son susceptibles de graduación.

Finalmente, la identificación de los elementos esenciales y la pluralidad de manifestaciones que ofrecen en su configuración concreta, posibilitan que nuestro estudio sugiera la existencia de sub-elementos y de sub-clasificaciones, mismos que también se explican e ilustran en el desarrollo de este capítulo.

### **3.2. El control de la constitucionalidad: su definición como punto de partida para la identificación de los elementos esenciales.**

Para los efectos de esta investigación podemos definir al control de la constitucionalidad como la función<sup>295</sup> que se encomienda a un *órgano* del Estado

---

<sup>295</sup> Tradicionalmente se ha considerado que las “funciones del Estado” son aquellas que éste realiza en cuanto constituyen diferentes manifestaciones o formas de ejercicio de la potestad estatal. De este modo, se han identificado como tales la función legislativa, la función administrativa y la función jurisdiccional. Esta última sería entonces una función del Estado o bien, una manifestación de la potestad estatal, ejercida a través de los jueces y tribunales, consistente en decir el derecho. *Cfr.* De Malberg, Carré, *Teoría general del estado*, [trad. José Lión Depetre], México, Facultad de Derecho, Universidad Nacional Autónoma de México y Fondo de Cultura Económica, 1998, pp. 249 y ss. y 628 y ss. Así las cosas, la jurisdicción constitucional seguiría siendo una manifestación (especializada) de la jurisdicción, como poder del Estado, que tendría como finalidad decir el derecho constitucional.



para comprobar o verificar, a través de diversos *medios*, que el *objeto* controlado se ajusta a determinado *parámetro*.

En donde el “control” es una función constitucional que se encomienda a un “órgano” del Estado, o sea, a una autoridad pública constituida; el “objeto” es el poder político ejercido y materializado en forma de actos concretos (como leyes, reglamentos, decretos, actos administrativos, resoluciones, sentencias judiciales, etcétera); el “parámetro” es la constitución del Estado, esto es, el punto de referencia para determinar la conformidad formal y material del objeto fiscalizado y, por tanto, su validez o invalidez (eventualmente otras disposiciones complementarias habrán de fungir como parámetro de control) y los “medios” son los recursos técnicos a través de los cuales se realizará el acto de verificación.

Así, la conformidad o correspondencia de un acto con la Constitución, es la constitucionalidad y la función a través de la cual se lleva a cabo esa verificación, es el control.<sup>296</sup> De la suma de esos componentes surge la noción de *control de la constitucionalidad*.

La idea de la regularidad del orden jurídico, entendida como la conformidad de un acto con una norma de rango superior, fue delineada por Hans Kelsen en *La*

---

<sup>296</sup> En un trabajo previo ensayamos una definición similar a la que aquí exponemos: “El control de la constitucionalidad es la revisión que un órgano del Estado hace de un acto para constatar que se ajuste formal y materialmente a lo dispuesto por la constitución. Así, el “control” es una función constitucional que se encomienda a un órgano para comprobar o verificar que el objeto controlado se ajuste a determinados parámetros. Ese objeto es el “poder político” ejercido y materializado en forma de actos concretos, como leyes, reglamentos, decretos, actos administrativos, resoluciones, sentencias judiciales, etcétera. El parámetro de control es la constitución del Estado, esto es, el punto de referencia para determinar la conformidad formal y material del objeto fiscalizado y, por tanto, su validez o invalidez. Eventualmente otras disposiciones complementarias (bloque de constitucionalidad) habrán de fungir como parámetro de control.

En resumen, la conformidad o correspondencia de un acto con la constitución, es la constitucionalidad, y la actividad a través de la cual se lleva a cabo esa verificación es el control.”, Luis Ortiz, Noé, *op. cit.*, p. 27.



UNIVERSIDAD  
PANAMERICANA

*garantía jurisdiccional de la constitución*. Para este jurista, el proceso de producción del derecho obedece a distintas etapas jerarquizadas que van desde la constitución, pasando por la ley y el reglamento, hasta terminar en los actos individuales de aplicación. Cada uno de estos pasos representa distintos niveles o grados de producción del orden jurídico, en una dinámica que oscila entre la aplicación y la creación del derecho; o sea, una norma jurídica es, frente a la norma superior, aplicación o reproducción del derecho y, frente a la de grado inferior, creación o producción del mismo. Así “La regularidad no es, entonces sino la relación de correspondencia entre un grado inferior y un grado superior del orden jurídico”.<sup>297</sup> La regularidad (conformidad o correspondencia) es, por tanto, sinónimo de constitucionalidad.

Según Charles Eisenmann: “Quien dice ‘control jurisdiccional’ dice ‘control jurídico’, es decir control de la regularidad jurídica, en otras palabras: de la regularidad o de la irregularidad frente a las reglas de derecho. El control es entonces la confrontación del objeto (en el sentido más amplio del término) con el modelo que dichas reglas dibujan y constituyen...y suponemos que dicho control termina en una decisión que –por lo menos– pronuncie que hay regularidad, es decir acuerdo con las reglas, o bien, al contrario, irregularidad, es decir desacuerdo, divergencia; así y sólo así hay poder de control, poder jurídico”.<sup>298</sup>

Una idea similar la expresa Cruz Villalón, para quien: “La expresión ‘control de constitucionalidad’ o, más exactamente, ‘control de constitucionalidad de las leyes’ se encuentra hoy lo suficientemente consolidada en el vocabulario jurídico de las lenguas romances como para ser adoptado sin dificultad a fin de designar el

---

<sup>297</sup> Kelsen, Hans, *La garantía jurisdiccional de la Constitución (La justicia constitucional)*, [trad. de Rolando Tamayo y Salmorán], *op. cit.*, pp. 10-15.

<sup>298</sup> Eisenmann, Charles, “Le contrôle juridictionnel des lois en France”, *apud* Tusseau, Guillaume, “El control político de constitucionalidad en Francia”, *op. cit.*, pp. 31-32.



UNIVERSIDAD  
PANAMERICANA

modo a través del cual un ordenamiento reacciona frente a la existencia de normas contrarias a la Constitución...el control de constitucionalidad, en el sentido en el que aquí lo entendemos, es el llevado a cabo, no por cualquier cauce y a través de cualquiera de los órganos estatales, sino precisamente el que surge con los caracteres propios de la función jurisdiccional...podemos afirmar que éste se configura, propiamente, como control *jurisdiccional* de constitucionalidad, porque es asumido bien por el mismo poder judicial en el contexto de su función ordinaria de administración de justicia, bien por un órgano que asume los mismos caracteres de independencia de aquél y sometimiento sólo al Derecho, a través de un procedimiento formalizado cuyo impulso inicial se sitúa fuera del órgano de control, y en el que se llega a un pronunciamiento sobre la validez o constitucionalidad de la norma sometida a control, con determinadas consecuencias para la eficacia de la misma”.<sup>299</sup>

Finalmente, Covián Andrade explica que: “El control de constitucionalidad se justifica en síntesis, para que las constituciones no sean ‘absurdas, tentativas de limitar un poder por naturaleza ilimitado’. Los medios de defensa de la constitución, estructurados normativamente por ella, cuya finalidad es la anulación o la abrogación de los actos de gobierno contrarios a la ley fundamental y la destrucción de sus efectos jurídicos, constituyen los sistemas de control de constitucionalidad. El control de constitucionalidad es un control de la regularidad o control de la conformidad de los actos de los poderes constituidos con la constitución”.<sup>300</sup>

---

<sup>299</sup> Cruz Villalón, Pedro, *La formación del sistema europeo de control de la constitucionalidad (1918-1939)*, *op. cit.*, pp. 25-28.

<sup>300</sup> Covián Andrade, Miguel, *El control de la constitucionalidad en el derecho comparado*, *op. cit.*, p. 25.



UNIVERSIDAD  
PANAMERICANA

Este mismo autor agrega que: “El control de la constitucionalidad es entonces, la verificación de que las decisiones –actos u omisiones– de quienes ejercen el poder político por disposición de las normas jurídicas, corresponden formal y materialmente a la constitución y a las normas constitucionales, con el propósito de que si se determina que esa correspondencia no existe, sean anulados los efectos de esas decisiones... Como es fácil suponer, esa verificación o ese control puede realizarse por distintos órganos y mediante la aplicación de diversos recursos y procedimientos, los cuales integran los diferentes sistemas de control de la constitucionalidad...”<sup>301</sup>

Expuesto lo anterior, conviene hacer una breve precisión adicional sobre la denominación que hemos utilizado para singularizar a la materia que nos ocupa. Como ha quedado de manifiesto a lo largo de la presente investigación, sostenemos que la expresión que mejor describe a nuestro objeto de estudio es la de “control de la constitucionalidad”.<sup>302</sup>

Pensamos que esta acotación resulta pertinente, ya que en la literatura jurídica contemporánea e incluso en la doctrina jurisprudencial nacional, se utilizan en forma indistinta bastantes términos, como si de sinónimos se tratase. Concretamente se habla de justicia constitucional, jurisdicción constitucional,

---

<sup>301</sup> Covián Andrade, Miguel, *La Suprema Corte y el control de la constitucionalidad (diez años de fallas e imprecisiones)*, op. cit., p. 11.

<sup>302</sup> Incluso, en el derecho comparado encontramos concordancia sobre la denominación de esta rama especializada del derecho constitucional, por ejemplo, en España (y en América Latina) *control de constitucionalidad*, en Francia “*contrôle judiciaire –o juridictionnel- de la constitutionnalité des lois*”; en Italia “*controllo di costituzionalità delle leggi*” y en Alemania *Normenkontrolle*”, Cfr. Cruz Villalón, Pedro, *La formación del sistema europeo de control de la constitucionalidad (1918-1939)*, op. cit., pp. 29-30. Por su parte, Pegoraro afirma que: “...es plausible que con las palabras ‘justicia’, ‘justice’, ‘giustizia’; ‘constitucional’, ‘constitutionnelle’, ‘costituzionale’; ‘control’, ‘contrôle’, ‘controllo’, etc., tal y como se utilizan en los textos y en los contextos de referencia, se aluda a referentes, si no idénticos, cuando menos harto parecidos.”, Pegoraro, Lucio, *La justicia constitucional. Una perspectiva comparada*, op. cit., p. 15. Entonces, desde esta posición, sin importar la expresión que se ocupe, lo relevante es saber que, en esencia, nos estamos refiriendo al mismo fenómeno constitucional.



derecho procesal constitucional, control constitucional o control de la constitución.<sup>303</sup> Es claro que no todos esos conceptos se refieren a lo mismo y también lo es que algunos de ellos ni siquiera deberían tener cabida en el lenguaje técnico-constitucional, en virtud de las contradicciones teóricas que encierran.<sup>304</sup>

En efecto, nos parece que si bien algunas de esas expresiones encuentran bases doctrinales aceptables para ser analizadas como parte de los conceptos fundamentales de nuestra disciplina, con rasgos propios o específicos que los distinguen entre sí, otros, como el control constitucional o el control de la constitución, tendrían que ser evitados. Me detengo en este último al ser el más evidente.

Como señalamos al inicio de este capítulo, el control de la constitucionalidad implica que la constitución va a ser el parámetro para determinar la validez de un acto, por ejemplo, una ley, una resolución judicial o un acto administrativo. Si éstos son conformes con aquélla, entonces se declarará su constitucionalidad y, por tanto, su validez; en caso contrario, la consecuencia será su inconstitucionalidad, *ergo*, su invalidez.

Así, cuando se emplea la expresión “control de la constitución” lo que se está haciendo es invertir totalmente el significado de nuestra materia, pues lo que

---

<sup>303</sup> En virtud de que esta diversidad terminológica ha sido analizada por otros autores, únicamente retomaremos algunos elementos relevantes para efectos de nuestra investigación. Cfr. Covián Andrade, Miguel, *La suprema corte y el control de la constitucionalidad. (Diez años de fallas e imprecisiones)*, *op. cit.*, pp. 1-11 y Fix-Zamudio, Héctor, *Introducción al derecho procesal constitucional*, *op. cit.*, pp. 19-25.

<sup>304</sup> Utilizar todos estos en forma indistinta no arroja claridad en un ámbito dentro del cual las coincidencias no abundan; por ello es preferible elegir una expresión y emplearla en forma consistente, antes que tratar de encontrar diferencias entre todas ellas y creer que son categorías terminológicas autónomas que describen cosas distintas.



UNIVERSIDAD  
PANAMERICANA

debe ser el parámetro de control se convierte en el objeto controlado:<sup>305</sup> en el “control de la constitución”, la constitución es lo que se controla. A pesar de lo evidente de esta contradicción, no es muy extraño encontrarnos con ella en la doctrina,<sup>306</sup> en la legislación<sup>307</sup> y en las decisiones de los tribunales.<sup>308</sup>

¿Puede hablarse con propiedad de un control de la constitución? Sí, concretamente cuando ésta se contrasta con un parámetro distinto, señaladamente con un tratado internacional. Desde esta perspectiva, es totalmente viable sostener la existencia –teórica y práctica– del control de convencionalidad de las normas constitucionales, como de hecho lo ha llevado a cabo la Corte Interamericana de Derechos Humanos.<sup>309</sup> Pero es claro que no es a

---

<sup>305</sup> Cfr. Covián Andrade, Miguel, *La suprema corte y el control de la constitucionalidad. (Diez años de fallas e imprecisiones)*, op. cit., p. 6.

<sup>306</sup> Los ejemplos son tan numerosos que sería prolijo enunciarlos.

<sup>307</sup> El artículo 41, Apartado B, numeral 1, inciso a), de la Constitución Política de la Ciudad de México, dispone que la Sala Constitucional tendrá como atribución: “Garantizar la supremacía y control de esta Constitución;”. Asimismo, el artículo 56, fracción I, de la Constitución de Veracruz señala: “El Poder Judicial del Estado tendrá las siguientes atribuciones: I. Garantizar la supremacía y control de esta Constitución mediante su interpretación y anular las leyes o decretos contrarios a ella,...”, (en ambos casos, el énfasis es propio). También en Perú encontramos un ejemplo de esto, en el artículo 201 de la Constitución se establece que: “El Tribunal Constitucional es el órgano de control de la Constitución.” (énfasis añadido); aunque tal inconsistencia es subsanada en la Ley Orgánica del Tribunal Constitucional (Ley No. 28301), en cuyo artículo 1 se lee: “El Tribunal Constitucional es el órgano supremo de interpretación y control de la constitucionalidad”.

<sup>308</sup> Cfr. “CONTROL JUDICIAL DE LA CONSTITUCIÓN. ES ATRIBUCIÓN EXCLUSIVA DEL PODER JUDICIAL DE LA FEDERACIÓN.”, tesis: P./J. 73/99, *Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta*, Novena Época, t. X, agosto de 1999, p. 18. Aunque esta jurisprudencia ha quedado sin efectos, ejemplifica bastante bien el caso al que nos referimos. “...La finalidad del juicio de amparo, como un mecanismo de control de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos...”, tesis: II.2o.P.70 P, *Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta*, Novena Época, t. XVIII, julio de 2003, p. 1023; “...Si bien es cierto que es criterio de la Suprema Corte de Justicia de la Nación que el recurso de revisión no está previsto en el sistema constitucional como una de las formas de control de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos...”, tesis: II.1o.A.1 K, *Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta*, Décima Época, Libro XXV, octubre de 2013, t. 3, p. 1752, (en todos los casos, el énfasis es añadido).

<sup>309</sup> Véase la pionera sentencia emitida por la Corte Interamericana de Derechos Humanos en el caso “La Última Tentación de Cristo” (Olmedo Bustos y otros) Vs. Chile, en la que determinó, entre otras cosas, que el artículo 19 número 12 de la Constitución chilena establecía la censura previa en la producción cinematográfica, por lo que declaró que el Estado había violado el derecho a la libertad de pensamiento y de expresión consagrado en el artículo 13 de la Convención Americana.



esto a lo que se refieren quienes en forma imprecisa hablan de un control de la constitución, como término intercambiable con el de control de la constitucionalidad.

Estas breves precisiones terminológicas también nos sirven para recordar que nuestro propósito en esta investigación, es delinear los elementos sobre los cuales se puede elaborar un estudio sistemático del control de la constitucionalidad (y no de otros conceptos afines), así como precisar los verdaderos alcances de las clasificaciones que se han elaborado de sus elementos esenciales, con la finalidad de entender de mejor manera a los distintos sistemas en su conjunto.

### **3.3. Los elementos esenciales de los sistemas de control de la constitucionalidad.**

De la definición que planteamos en el apartado anterior (así como de aquellas que citamos para confirmarla y robustecerla), es posible desprender los elementos esenciales que hemos anunciado.<sup>310</sup> Analizados en abstracto, configuran un modelo que tiene la pretensión de servir como base para estudiar cualquier sistema que se elija; según su concreta configuración, permitirán analizar un sistema de control en particular.

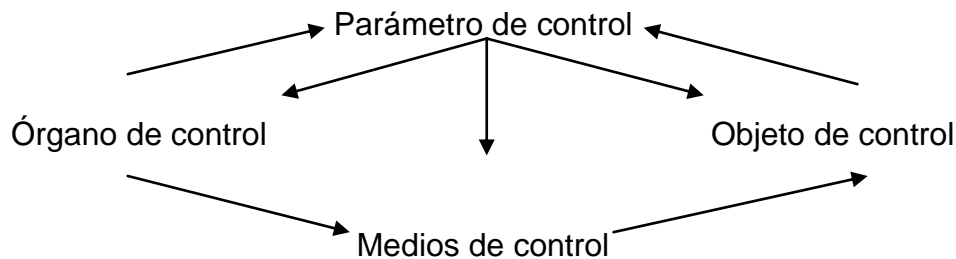
---

Este fenómeno también ha hecho posible que algunos tribunales nacionales puedan preferir la aplicación de un tratado internacional sobre lo que disponen sus respectivas normas constitucionales, esto es, sin declarar expresamente su inconveniencia, han decidido no aplicarlas en un caso concreto, al considerar que una norma de carácter internacional otorga a las personas una protección más amplia. Sobre el particular véase Herrera García, Alfonso, *La interpretación de los derechos humanos y sus garantías por la Suprema Corte de Justicia. Una aproximación jurisprudencial*, México, Comisión Nacional de los Derechos Humanos, 2015, pp. 147-151.

<sup>310</sup> También pueden llamarse elementos estructurales o elementos constitutivos.

En este contexto, dichos elementos esenciales son: el parámetro de control, el órgano de control, el objeto de control y los medios de control.<sup>311</sup> La forma en que éstos se articulan dentro de un sistema puede ilustrarse de la siguiente manera:

### Elementos esenciales de un sistema de control de la constitucionalidad



Todos los elementos emergen directamente de la *constitución*,<sup>312</sup> esto es, tanto el *órgano* como los *medios* encuentran su fundamento directo en ella, así como los límites del poder político y los del propio órgano de control.<sup>313</sup>

<sup>311</sup> Miguel Covián considera que los elementos estructurales de un sistema de control de la constitucionalidad son los siguientes: “a) el órgano o los órganos de control; b) los medios de control; c) los procedimientos para aplicar los medios de control; d) la votación para tomar las resoluciones; y e) los efectos de las resoluciones”, Covián Andrade, Miguel, *La suprema corte y el control de la constitucionalidad. (Diez años de fallas e imprecisiones)*, op. cit., p. 18. Según nuestra clasificación, estos elementos se reducirían a 2, esto es, al órgano u órgano de control y a los medios de control, ya que los procedimientos, la votación y los efectos formarían parte de los medios de control, como adelante se verá. Por su parte, Cruz Villalón argumenta que la sistematización del derecho del control de la constitucionalidad tiene como base seis elementos: “a) El sujeto o parámetro del control...; b) El objeto del control...; c) Las manifestaciones de la inconstitucionalidad...; d) El órgano de control...; e) Legitimación y procedimiento de control; f) Los efectos de la declaración de inconstitucionalidad.”, Cruz Villalón, Pedro, *La formación del sistema europeo de control de la constitucionalidad (1918-1939)*, op. cit., pp. 39-46. Aquí, el parámetro (a), el objeto (b) y el órgano (d) son coincidentes con nuestra clasificación; las manifestaciones de la inconstitucionalidad (c) quedarían integradas en el parámetro; mientras que la legitimación y el procedimiento (e) y los efectos de la declaración de inconstitucionalidad (f), lo estarían dentro de los medios de control, en los términos de nuestra propuesta.

<sup>312</sup> El *objeto* de control, esto es, los actos de autoridad emitidos en ejercicio del poder político serán válidos en la medida que respeten la *constitución*, el *órgano* de control puede decidir, a través de los *medios* previstos para tal efecto, si esos actos son válidos o no, únicamente teniendo como parámetro a la *constitución* misma.



UNIVERSIDAD  
PANAMERICANA

Ahora bien, hemos dicho que estos elementos esenciales están presentes en todo sistema de control de la constitucionalidad, pero también que el contenido de cada uno de ellos difiere de sistema a sistema.<sup>314</sup>

a) En cuanto al órgano de control, éste puede ser un tribunal constitucional (como en Alemania, Austria, Bolivia, Chile, Colombia, España, Guatemala, Italia, Perú, Portugal o República Dominicana); una corte suprema de justicia, exclusivamente o acompañada de otra clase de jueces (como en Argentina, Estados Unidos, México, Panamá o Uruguay); una sala constitucional (como en Costa Rica, El Salvador, Nicaragua, Paraguay o Venezuela) o un órgano de naturaleza política, que también ofrece múltiples manifestaciones (pudiendo ser los propios cuerpos legislativos o parlamentarios como parte de sus procesos deliberativos; un control recíproco entre el Congreso General y los congresos de las entidades federativas, como el diseñado en la Constitución mexicana de 1847; las asambleas populares en los regímenes socialistas; el jefe de Estado, como sucedió en la Constitución Imperial de Brasil de 1824, o bien, un órgano

---

<sup>313</sup> “En principio, el parámetro de control solamente puede ser la constitución. Así como la constitución es el límite de la actuación de los poderes constituidos controlados, también lo es respecto de la tarea del poder constituido controlador, pues éste no podrá declarar la invalidez de los actos de aquellos por causas que no deriven inmediata o mediatamente de su contenido, como podrían ser razones meramente políticas, económicas o de simple oportunidad, sin que ello signifique obviar el hecho de que sus determinaciones pueden tener tanto efectos políticos como económicos, pero en este caso ya no hablamos de los motivos o razones del fallo, sino de las consecuencias del mismo”, Luis Ortiz, Noé, *op. cit.*, p. 25. Puesto en otros términos, la función del órgano de control de la constitucionalidad no es enteramente libre ni arbitraria, en la medida que encuentra sus límites en el texto constitucional mismo y, si bien es tarea de aquellos precisar o desarrollar su contenido, esto tendrán que hacerlo mediante sentencias dictadas sobre la base de argumentos que legitimen que la interpretación que de ella hacen está en el ámbito de lo razonable.

<sup>314</sup> Una idea similar es expresada por Lucio Pegoraro: “La justicia constitucional sigue reglas específicas y comunes, pero al mismo tiempo opera en cada sistema jurídico de forma diferente. Es distinto, según el sistema, quién realiza el control de constitucionalidad; distintos son el objeto y el parámetro; distintas son las funciones ejercitadas (casi nunca sólo el control de constitucionalidad de las leyes); distintas son la naturaleza y la tipología de las decisiones; distintas son las reglas que informan el proceso y la distribución de las fuentes que lo regulan.”, Pegoraro, Lucio, “Clasificación de los sistemas de justicia constitucional: una dicotomía agotada”, *op. cit.*, p. 56.



UNIVERSIDAD  
PANAMERICANA

constituido *ad hoc*, como los senados napoleónicos, el Comité Constitucional de la IV República y el actual Consejo Constitucional, todos en Francia; el Supremo Poder Conservador de la Constitución mexicana de 1836 o el Consejo de la Revolución portugués que funcionó hasta 1982).<sup>315</sup>

Sobre este punto permítasenos una breve digresión. De frente a esa enorme diversidad de opciones en cuanto al órgano de control de la constitucionalidad, resulta evidente la inviabilidad teórica de las nociones materiales de tribunal constitucional.<sup>316</sup> Según éstas, todos los órganos

---

<sup>315</sup> Estos ejemplos se encuentran documentados en el Capítulo I. En cuanto a las salas constitucionales, es probablemente Cuba el primer país en crear una sala especializada en la solución de conflictos constitucionales. La Constitución cubana de 1940 contempló un “Tribunal de Garantías Constitucionales y Sociales”, el cual, pese a lo que su nombre pareciera indicar, operaba en realidad como una sala especializada en el seno del Tribunal Supremo de Justicia. Esta naturaleza se reiteró con mayor precisión en la Constitución de 1959. *Cfr.* García Belaunde, Domingo, *El tribunal de garantías constitucionales y sociales de Cuba (1940-1952)*, *op. cit.* Colombia ofrece también sendos antecedentes de sala constitucional, *Cfr.* Fix-Zamudio, Héctor, *Los tribunales constitucionales y los derechos humanos*, *op. cit.*, pp. 150-151 y 186. Tusseau da cuenta de la existencia de cámaras constitucionales dentro de las cortes supremas en varios países de África. *Cfr.* Tusseau, Guillaume, “La elección de un modelo de control de constitucionalidad: entre explicación y dogma”, *op. cit.*, pp. 31-32.

<sup>316</sup> La adopción del “criterio material”, aunque muchas veces es expreso, otras más se ve implícito en el reconocimiento de la Suprema Corte de Justicia de la Nación como un tribunal constitucional. Sobre esta postura la bibliografía en México es realmente abundante, aunque conviene destacar los trabajos de Fix-Zamudio, Héctor, “La Suprema Corte de Justicia como Tribunal Constitucional”, en *Las nuevas bases constitucionales y legales del sistema judicial mexicano. La reforma judicial de 1986-1987*, México, Porrúa, 1987, pp. 354-390 y de Ferrer MacGregor, Eduardo, *Los tribunales constitucionales en Iberoamérica*, México, Fundap y Colegio de Secretarios de la Suprema Corte de Justicia de la Nación, 2002, pp. 87-109. Otros autores consideran que la Suprema Corte mexicana no es, aunque puede llegar a ser, un tribunal constitucional; que se encuentra más cercana a un tribunal constitucional que a un tribunal supremo de justicia; que siendo ya un tribunal constitucional, puede serlo todavía más, o que es un tribunal constitucional “a medias”, expresiones que a nuestro juicio constituyen una especie de criterio material atenuado, en este sentido *Cfr.* Brage Camazano, Joaquín, *op. cit.*, pp. 43-50; Aragón Reyes, Manuel, *La Suprema Corte de Justicia de México como tribunal constitucional*, México, Suprema Corte de Justicia de la Nación, 2006, pp. 39-41 y Cárdenas Gracia, Jaime F., *Una constitución para la democracia. Propuestas para un nuevo orden constitucional*, México, Universidad Nacional Autónoma de México, 2012, p. 185. Para algunos autores es un tema de evolución o de transición, de ser así, la Corte en México lleva más de veinte años transformándose o consolidándose en un verdadero y auténtico tribunal constitucional. En realidad, las distintas reformas constitucionales en la materia no han significado grandes cambios orgánicos, más bien, han tenido como finalidad combatir el rezago mediante una mejor distribución de competencias



previamente descritos podrían ser considerados como “tribunales constitucionales desde el punto de vista material”, en la medida que poseen atribuciones semejantes o análogas; de este modo, el Tribunal Constitucional español, la Suprema Corte mexicana, la Sala Constitucional salvadoreña y el Consejo Constitucional francés, participarían de la misma naturaleza.

Lo que sucede en estos casos es que: “Las definiciones materiales parten de entender al tribunal constitucional como un género, en vez de concebirlo como una especie [...] [sin embargo] el término ‘tribunal constitucional’ no es un todo dentro del cual puedan caber indiscriminadamente un sinnúmero de órganos de diferente naturaleza, atendiendo únicamente a su ámbito de competencia. La multiplicidad de opciones que existen en torno a la determinación del órgano u órganos en quienes se depositará la función de control de la constitucionalidad, por el contrario, evidencia que existe un género, al que podemos denominar ‘órgano de control de la constitucionalidad’, y de ahí varias especies, siendo una de ellas un tribunal constitucional, o bien, una corte o tribunal supremos, una sala constitucional, todos los jueces y tribunales o inclusive, alguno de los otros órganos constituidos, como sería el jefe de Estado, algún Congreso o Parlamento u otros de carácter político diferentes a los anteriores. Cada uno de estos órganos tiene naturaleza propia y la decisión política que determine la alternativa a elegir en cada país, depende de factores muy diversos”.<sup>317</sup>

---

entre la Corte y los Tribunales Colegiados. Cfr. Cossío Díaz, José Ramón, *op. cit.*, pp. 91-125. Una solitaria opinión que se levanta desde el extranjero en contra del criterio dominante en nuestro país, puede consultarse en García Belaunde, Domingo, *De la jurisdicción constitucional al derecho procesal constitucional*, *op. cit.*, p. 52, para quien, equiparar a la Corte mexicana con un tribunal constitucional, “es, en realidad, un exceso”.

<sup>317</sup> Cfr. Luis Ortiz, Noé, *op. cit.*, pp. 38-41. A ese género también podría llamársele “juez constitucional”, expresión que ha ganado terreno en tiempos recientes para referirse a todos aquellos órganos que tienen competencia para juzgar la constitucionalidad de los actos de los poderes públicos, sin embargo, dicha etiqueta sólo sería intercambiable con la de “órgano de control de la constitucionalidad”, en la medida que se utilice para describir la naturaleza de la función y no la del órgano mismo.



UNIVERSIDAD  
PANAMERICANA

b) En cuanto al objeto de control, éste no es sino el poder político en sus distintas manifestaciones (leyes, tratados internacionales, actos concretos, sentencias o resoluciones, entre otros);<sup>318</sup> las diferencias pueden comprenderse mejor si se atiende, más que a su amplitud a sus restricciones, esto es, a aquellos actos que están excluidos de algún tipo de control de la constitucionalidad.<sup>319</sup> Algunos ejemplos son las *political question* no justiciables por la Corte Suprema de Estados Unidos;<sup>320</sup> la inexistencia de un control abstracto y *a posteriori* de normas

---

Inclusive, en la toma de la decisión política que hemos apuntado juegan factores económicos: "...a veces es posible, como lo demuestran los ejemplos de diferentes Estados durante el proceso de descolonización, que la integración de la justicia constitucional dentro de las funciones de los jueces ordinarios pueda ser explicada, de manera muy pragmática, no por las razones anteriores, sino por el costo, en términos financieros, de la instauración de una estructura institucional adicional. Ciertos Estados no siempre disponen de suficiente personal para poder considerar la posibilidad de establecer, además de un sistema jurisdiccional eficaz en todo el territorio, una jurisdicción constitucional ad hoc compuesta por jueces especializados.", Tusseau, Guillaume, "La elección de un modelo de control de constitucionalidad: entre explicación y dogma", *op. cit.*, pp. 30-31.

<sup>318</sup> "Ahora bien, ¿qué es ese algo cuya 'constitucionalidad' o 'conformidad con la constitución' es lo que se mide o se determina? Precisamente, se trata del poder político, cuyas manifestaciones en las diversas etapas de su fenomenología, toman la forma de decisiones de los detentadores del poder autorizados jurídicamente para actuar, las cuales para ser válidas, deben corresponder a lo que establecen la constitución y las normas constitucionales. En otros términos, el objeto del control de la constitucionalidad es el poder político y su propósito es corroborar la correspondencia entre éste y la constitución... Como podrá advertirse, lo que se controla es el poder político, lo que equivale a decir que ese 'algo' al que nos referíamos antes, es una decisión que en principio, en ejercicio de sus atribuciones toman los detentadores del poder, la cual debe examinarse en cuanto a su correspondencia con la constitución.", Covián Andrade, Miguel, *La Suprema Corte y el control de la constitucionalidad (diez años de fallas e imprecisiones)*, *op. cit.*, pp. 9-10.

<sup>319</sup> El objeto de control también suele estar delimitado, siendo más amplio en algunos casos y más restringido en otros, por ejemplo, en España se excluyen cierto tipo de normas, tanto en el control abstracto como en el concreto. *Cfr.* Fernández Segado, Francisco, *La jurisdicción constitucional en España*, *op. cit.*, pp. 19-22. A manera de ejemplo, el artículo 207 de la Constitución de Panamá que dispone: "No se admitirán recursos de inconstitucionalidad ni de amparo de garantías constitucionales contra los fallos de la Corte Suprema de Justicia o sus Salas."; en México los artículos 61, fracción II de la Ley de Amparo y 19, fracción I de la Ley Reglamentaria de las fracciones I y II del artículo 105 constitucional, excluyen como materia del juicio de amparo y de las controversias constitucionales, a los actos y decisiones de la Suprema Corte.

<sup>320</sup> *Cfr.* Pegoraro, Lucio, *La justicia constitucional. Una perspectiva comparada*, *op. cit.*, p. 37. En relación con esto, suele destacarse la defensa *procedimentalista* del control judicial de constitucionalidad formulada por Ely –sobre todo a partir de una relevante nota al pie en el fallo dictado por la Corte Suprema en el caso *United State v. Carolene Products*–, en la que sostuvo, medularmente, una doble justificación del poder revisor de los jueces, siendo inaceptable cuando se pretendía sustituir al legislador en asuntos políticos sobre los cuales este último estaba mejor



generales en Francia (y hasta hace poco también de un control concreto) o la falta de revisión judicial a las reformas y adiciones a la Constitución, para el caso de México.

Las limitaciones al objeto del control también pueden encontrarse desde una perspectiva diacrónica. Rubio Llorente comenta que por virtud de la disposición final de la Ley Orgánica del Tribunal de Garantías Constitucionales de la Segunda República española, se excluyó “del control de éste toda la obra legislativa de las Cortes Constituyentes anterior a su entrada en funciones”.<sup>321</sup> Esto significaba que las normas objeto de control de la constitucionalidad por parte del señalado tribunal se reducía significativamente, al comprender únicamente la producción legislativa creada *ex post*.

Siguiendo a Giancarlo Rolla: “[En algunos] Sistemas...la jurisdicción constitucional de las libertades opera de modo amplio, pero está sometida a algunas limitaciones bajo la figura de los actos no justiciables ante el juez constitucional. Por ejemplo, en algunos ordenamientos, los recursos son admisibles sólo contra los actos de algunos poderes públicos, no de todos: es el caso, por ejemplo, del artículo 84 de la ley sobre la organización judicial federal suiza de 1943, que limita el ámbito de aplicación del recurso a la impugnación de los actos de las autoridades cantonales; del recurso constitucional austriaco que

---

equipado, y viable cuando tuviese como finalidad la salvaguarda de las reglas democráticas. Véase la obra de John Hart Ely, *Democracy and Distrust* de 1980, cuya traducción en español puede encontrarse como *Democracia y Desconfianza. Una teoría del control constitucional*, Siglo del Hombre Editores, Bogotá, 1997, *Apud.* en Ackerman, Bruce, “Más allá de *Carolene Products*”, *Revista Jurídica de la Universidad de Palermo*, Año 10, núm. 1, agosto de 2009, p. 128. Tales aspectos también han sido destacados, entre otros, por Alexander Bickel en su obra *The Least Dangerous Branch*, como la dificultad contramayoritaria del control judicial de las leyes. Sobre el particular, véase Arbos Xavier, “De Wechsler a Bickel. Un episodio de la doctrina constitucional norteamericana”, *Revista Española de Derecho Constitucional*, Año 15, núm. 44, mayo-agosto, 1995, pp. 285 y ss.

<sup>321</sup> Rubio Llorente, Francisco, “Del Tribunal de Garantías al Tribunal Constitucional”, en *Revista de Derecho Público*, núm. 16, 1982-1983, p. 33.



UNIVERSIDAD  
PANAMERICANA

no es utilizable para reparar violaciones de los derechos imputables al poder legislativo, al poder judicial o los actos de la administración sometidos al derecho privado. En otros ordenamientos, por el contrario, no se prevén recursos hacia los actos de los privados, si bien se busca superar este límite por vía interpretativa...”.<sup>322</sup>

En términos similares, Pegoraro expone: “Es el caso, por ejemplo, de algunas ‘áreas incontrolables’, porque son consideradas *political question*, que son sustraídas del control jurisdiccional, y asignadas al control político. Esto salva la pureza del control jurisdiccional como modelo vigente en aquel sistema, pero no hace del sistema global de justicia constitucional de un ordenamiento jurídico un sistema exclusivamente jurisdiccional. Es también el caso del control sobre los requisitos de necesidad y urgencia de los decretos leyes italianos, que por mucho tiempo han estado sustraídos del control de la jurisdicción constitucional ordinaria, y asignados en exclusiva a órganos políticos llamados a decidir sobre la constitucionalidad con criterios políticos”.<sup>323</sup>

De hecho, Cruz Villalón considera que la determinación del “objeto” forma parte de la sistematización que debe tener el derecho de control de constitucionalidad; por ello, indica que: “Las cuestiones que quedan englobadas en este apartado pueden ser ordenadas del siguiente modo: 1.º) Posibilidad de someter a control a las propias normas con rango constitucional, ya sea en relación con las normas que regulan el procedimiento de revisión constitucional, ya sea, eventualmente, en relación con las normas que imponen límites materiales al poder de revisión. 2.º) Cuestiones relacionadas con un elemento temporal: normas preconstitucionales y normas derogadas. 3.º) Control limitado a las leyes de las

---

<sup>322</sup> Rolla, Giancarlo, *op. cit.*, pp. 147-148.

<sup>323</sup> Pegoraro, Lucio, “Control jurisdiccional Vs. control político: la erosión de una categoría dicotómica (y el progresivo alcance de este último)”, *op. cit.*, p. 79.



UNIVERSIDAD  
PANAMERICANA

unidades políticas autónomas o control extendido a las leyes del poder central del Estado. 4.º) Normas de control particularmente delicado con base en unas u otras consideraciones: tratados internacionales, leyes sometidas a referéndum, normas dictadas, usualmente por el Ejecutivo, ante situaciones de necesidad. 5.º) Posible existencia de normas *exentas*, es decir, no integradas ni en el parámetro ni en el objeto del control, en conexión, con frecuencia, con referencias temporales. 6.º) Control sobre normas en elaboración, *in fieri*: este supuesto concreto, sin embargo, tiene repercusiones en otros elementos del control: procedimiento, legitimación, efectos”.<sup>324</sup>

En suma, en casi ningún sistema el objeto controlado es absoluto ni tiene la misma extensión. Algunas veces tales limitaciones son impuestas por el propio orden normativo, aunque en otras son los mismos tribunales los que *auto-limitan* su actividad jurisdiccional. Los actos de particulares en contextos de relaciones asimétricas de poder o la *justiciabilidad* y efectiva protección de los derechos económicos, sociales, culturales y ambientales (DESCA), muy frecuentemente siguen escapando al control de la constitucionalidad, aunque cada vez en menor grado, sobre todo por el impulso que la jurisprudencia constitucional ha dado a esas materias.<sup>325</sup>

La doctrina del *self-restraint* ha sido muy estudiada y eventualmente puede encontrarse en diversas jurisdicciones constitucionales, ya expresamente, ya de manera implícita. Eventualmente a esta figura también suele denominársele como auto-restricción, deferencia judicial o deferencia razonada.<sup>326</sup>

---

<sup>324</sup> Cruz Villalón, Pedro, *La formación del sistema europeo de control de la constitucionalidad (1918-1939)*, *op. cit.*, p. 41.

<sup>325</sup> Las cortes constitucionales de Colombia y Sudáfrica, así como la Corte Suprema de India, han emitido sentencias paradigmáticas para la protección de los DESCAs.

<sup>326</sup> Cfr. Poyanco Bugueño, Rodrigo Andrés, “Los jueces constitucionales, la política y la deferencia judicial”, en *Derecho Público Iberoamericano*, núm. 2, abril 2013, pp. 67-101.



Una breve explicación de esto en Estados Unidos apunta que: “Conocedor de la propia naturaleza como órgano jurisdiccional, el Tribunal Supremo estadounidense se ha impuesto también una ingente serie de autolimitaciones traducidas a otras tantas reglas precisas de carácter procedimental: utilizando el *self-restraint*, por ejemplo, ha circunscrito el alcance de sus sentencias a los casos concretos y ha adoptado el principio de *favor legis*; pero, sobre todo, los jueces constitucionales americanos siempre han rechazado, al menos como máxima, el examen de las llamadas *political questions*, controversias no justiciables en cuanto ligadas a las competencias de dirección política que le corresponden al poder legislativo o al ejecutivo”.<sup>327</sup>

Sobre estos mismos conceptos Portocarrero Quispe aclara que la *judicial self-restraint* en Estados Unidos puede aplicarse mediante dos técnicas, una de carácter procedimental y otra de carácter substantiva. “Se estará ante una *judicial self-restraint* de naturaleza procedimental cuando la Corte evite tomar conocimiento, *in limine*, sobre temas substantivos en general, que estén, en principio, fuera de su competencia. Por otro lado, se estará ante una *judicial self-restraint* de naturaleza substantiva cuando la Corte en su *holding* fundamente que el caso en litigio no es propiamente un tema judicial”.<sup>328</sup>

Citando las sentencias BverfGE 36, 1 y BverfGE 35, 257, del Tribunal Constitucional Federal de Alemania, Portocarrero da cuenta que para este órgano jurisdiccional: “El principio del *judicial self-restraint*, que se impone al Tribunal Constitucional Federal, no significa de ninguna manera el debilitamiento o limitación de sus competencias, sino que implica la prohibición de intervenir en

---

<sup>327</sup> Pegoraro, Lucio, *La justicia constitucional. Una perspectiva comparada*, op. cit., p. 37.

<sup>328</sup> Portocarrero Quispe, Jorge Alexander, “El rol de los principios formales en la determinación del margen de control de constitucionalidad”, en *Revista Derecho del Estado*, núm. 27, julio-diciembre, 2011, p. 83.



UNIVERSIDAD  
PANAMERICANA

política, es decir intervenir en el libre espacio de configuración política que ha sido creado y delimitado por la propia Constitución. Se refiere entonces a mantener intangible el espacio de libre configuración política de los otros órganos creados constitucionalmente”.<sup>329</sup>

Por lo que hace a la doctrina de la *political question*, el mismo autor comenta que: “El postulado básico de este criterio competencial se refiere a la facultad que asiste a las cortes de abstenerse de emitir opinión en temas asignados a la competencia del órgano político autorizado para tomar decisiones. Por esta razón, la Corte deberá determinar si el caso que avoca tiene un contenido político antes que uno jurídico”.<sup>330</sup>

c) Los medios de control también ofrecen amplísimas posibilidades, por ejemplo, si bien en la mayoría de los sistemas encontramos el recurso de amparo (en México y en prácticamente toda América Latina –aunque con diferente nomenclatura en Brasil, Chile y Colombia–, Alemania o España),<sup>331</sup> éste no se encuentra en otros sistemas (como Francia o Italia); algunos poseen medios de control previo (España o Francia) y otros no (México o Estados Unidos), en aquellos países que cuentan con cierta clase de régimen político-territorial (Estado federal, autonómico o regional) existen medios de control compatibles con esas formas de organización (verbigracia las controversias o los conflictos constitucionales), que no se encuentran en Estados unitarios. La acción popular, el *habeas corpus*, el *habeas data*, la cuestión de inconstitucionalidad, los contenciosos electorales, la responsabilidad política de altos funcionarios, el

---

<sup>329</sup> *Ídem.*

<sup>330</sup> *Ibidem*, pp. 84-85.

<sup>331</sup> Cfr. Fix-Zamudio, Héctor y Ferrer Mac-Gregor, Eduardo (coords.), *El derecho de amparo en el mundo, op. cit., passim.*



control de tratados internacionales, entre otros, dan cuenta de la pluralidad existente.

En nuestra opinión, si el derecho procesal constitucional tiene un objeto de estudio, éste se encuentra en los medios de control y no se extiende a los otros componentes del sistema.

Sobre este punto permítasenos nuevamente otro paréntesis en torno a la relación que existe entre el control de la constitucionalidad y el derecho procesal constitucional (cuyo uso se ha impuesto en la actualidad, incluso de modo excluyente). A nuestro parecer, la relación entre ambas disciplinas es como del todo y una de sus partes,<sup>332</sup> pues mientras que el primero tiene la pretensión de abarcar el estudio integral de los distintos sistemas, el segundo, incluso por definición, está limitado a analizar los aspectos procesales de los mismos; dicho con más propiedad, se ocupa del estudio de los medios de control de la constitucionalidad, entendidos como recursos técnicos de carácter eminentemente procesal, a través de los cuales se ejerce tal control.<sup>333</sup>

Aunque la bibliografía sobre esta materia de reciente aparición es abundante,<sup>334</sup> las palabras de uno de sus fundadores demuestran el carácter marcadamente adjetivo de la misma: "...*el Derecho Procesal Constitucional es la*

---

<sup>332</sup> Cfr. Covián Andrade, Miguel, *La suprema corte y el control de la constitucionalidad. (Diez años de fallas e imprecisiones)*, op. cit., p. 5.

<sup>333</sup> "Los medios de control de la constitucionalidad son los recursos jurídicamente establecidos cuyo propósito es la verificación de la correspondencia entre las decisiones de los detentadores formales del poder y la constitución, para que en caso de que ésta no exista, se anulen esas determinaciones al ser consideradas anticonstitucionales.", *Ibidem*, p. 21.

<sup>334</sup> Sólo a manera de ejemplo pueden citarse los trabajos de Fix-Zamudio, Héctor, *Introducción al derecho procesal constitucional*, op. cit., pp. 19-25; Ferrer Mac-Gregor, Eduardo, "Héctor Fix-Zamudio y el origen científico del derecho procesal constitucional (1928-1956)", en Ferrer, Mac-Gregor, Eduardo y Zaldívar Lelo de Larrea, Arturo, op. cit., t. I, pp. 529-657 y del primero de los mencionados autores, *Los forjadores del derecho procesal constitucional*, Buenos Aires, Ad-hoc, 2007, para tener una idea de los orígenes y el desarrollo de esta nueva disciplina.



UNIVERSIDAD  
PANAMERICANA

*disciplina que se ocupa del estudio de las garantías de la Constitución, es decir, de los instrumentos normativos de carácter represivo y reparador que tienen por objeto remover los obstáculos existentes para el cumplimiento de las normas fundamentales, cuando las mismas han sido violadas, desconocidas o existe incertidumbre acerca de su alcance o de su contenido, o para decirlo con palabras carnelutianas, son las normas instrumentales establecidas para la composición de los litigios constitucionales”.*<sup>335</sup>

En igual sentido, el propio Fix-Zamudio apunta que: “...podemos describir el derecho procesal constitucional como la disciplina jurídica, situada dentro del campo del derecho procesal, que se ocupa del estudio sistemático de las instituciones y de los órganos por medio de los cuales pueden resolverse los conflictos relativos a los principios, valores y disposiciones fundamentales, con el objeto de reparar las violaciones de los mismos...”<sup>336</sup>

De una manera todavía más clara, este mismo autor sostiene acerca del derecho procesal constitucional: “...que tiene como objeto esencial el análisis de las garantías constitucionales en su sentido actual, es decir, *los instrumentos predominantemente procesales* que están dirigidos a la reintegración del orden constitucional cuando el mismo ha sido desconocido o violado por los órganos del poder. Significa ello que esta novedosa disciplina tiene como contenido todo ese amplio sector de la defensa de la Constitución que hemos denominado garantías constitucionales, recién expuestas en la jurisdicción constitucional de la libertad, jurisdicción constitucional orgánica y jurisdicción constitucional internacional y transnacional”.<sup>337</sup>

---

<sup>335</sup> Fix-Zamudio, Héctor, *El juicio de amparo, op. cit.*, p. 77. Las cursivas son del original.

<sup>336</sup> Fix-Zamudio, Héctor, *Introducción al derecho procesal constitucional, op. cit.* pp. 45-46.

<sup>337</sup> Fix-Zamudio, Héctor y Valencia Carmona, Salvador, *Derecho constitucional mexicano y comparado, op. cit.*, p. 227. Las cursivas son propias.



UNIVERSIDAD  
PANAMERICANA

En términos generales, estas definiciones son ampliamente aceptadas por todos los estudiosos del derecho procesal constitucional, si bien con algunos matices. En virtud de lo anterior, este concepto no es intercambiable con el de control de la constitucionalidad, ni puede, por tanto, comprenderlo o prevalecer sobre él.

En palabras de Tusseau, los autores que, tanto en América Latina como en Alemania, se decantan por el estudio del derecho procesal constitucional, comúnmente lo realizan sobre la base de un tríptico fundamental: “(i) la jurisdicción, es decir el rol del juez, la organización jurisdiccional del Estado, los derechos y las obligaciones de los magistrados, etc.; (ii) la acción, es decir las vías de acceso al juez constitucional, las demandas hechas durante el proceso, las condiciones para formular la solicitud, etc.; (iii) el proceso, es decir los plazos para los recursos las anulaciones, etc.”.<sup>338</sup>

Retomando el tema, es importante mencionar que entre este elemento (los medios) y el anterior (el objeto) existe una relación muy estrecha, pues el diseño de cada medio de control en específico obedecerá a la naturaleza del acto que va a ser el objeto controlado.<sup>339</sup> Así, para el control abstracto de normas generales se han diseñado la acción popular o el recurso de inconstitucionalidad, para el concreto la cuestión de inconstitucionalidad, para la protección de derechos fundamentales el recurso de amparo, para el caso de tratados internacionales comúnmente se usa el control previo (sin excluir el control abstracto posterior),

---

<sup>338</sup> Tusseau, Guillaume, “La elección de un modelo de control de constitucionalidad: entre explicación y dogma”, *op. cit.*, p. 11.

<sup>339</sup> “...cada uno de los cuales se diseña conforme a la naturaleza del tipo de acto o decisión cuya constitucionalidad se controlará, lo cual se explica claramente desde el momento en que estructuralmente, no es igual un acto concreto que uno de alcances generales...Cada uno de estos medios de control se aplican para verificar la constitucionalidad de diversos tipos de decisiones de los detentadores formales del poder e inclusive de un mismo tipo de decisiones, cuyos efectos se producen en condiciones diferentes en un caso y en otro”, Covián Andrade, Miguel, *La suprema corte y el control de la constitucionalidad. (Diez años de fallas e imprecisiones)*, *op. cit.*, pp. 22-23.



UNIVERSIDAD  
PANAMERICANA

para el caso de los conflictos entre órganos del estado o entre sus órdenes de gobierno, los conflictos entre órganos y las controversias constitucionales, para actos específicos de autoridad, como aquellos privativos de la libertad, el *habeas corpus*, para la protección de datos personales, el *habeas data*, etcétera. Se insiste, el diseño del medio de control dependerá de la naturaleza del objeto controlado.

d) Por último el parámetro de control, a pesar de lo que podría suponerse, igualmente demuestra una diversidad de opciones. Sin entrar en muchos detalles, puesto que esto será estudiado con posterioridad, podemos afirmar que si bien en algunos sistemas la constitución es el parámetro único de control (como en México hasta antes de la reforma de 2011), en otros, ésta se complementa con diversas normas formalmente constitucionales (Francia o Austria), con tratados internacionales, sobre todo en materia de derechos humanos (Argentina, Colombia o México) o con leyes ordinarias, principalmente orgánicas o de distribución de competencias (Alemania y España).

José Julio Fernández, al hablar sobre el parámetro de control que toman en cuenta los tribunales constitucionales europeos, afirma que en éstos: "...se usa el preámbulo constitucional, principios abstractos como los del Estado de Derecho, separación de poderes o igualdad, los tratados internacionales de derechos humanos, o normas infraconstitucionales delimitadoras de competencias territoriales. Surge, de este modo, una suerte de bloque de constitucionalidad, que deberá ser tenido en mente por el juez constitucional a la hora de realizar las fiscalizaciones que tiene atribuidas".<sup>340</sup>

---

<sup>340</sup> Fernández Rodríguez, José Julio, *op. cit.*, p. 64.



Un parámetro de control así dispuesto puede representar ciertas ventajas para el sistema de control, pero también algunos riesgos. Pegoraro los sintetiza de la siguiente manera: “...un sistema basado sobre una constitución no solo larga, sino también racionalizada, articulada, extensa en la parte orgánica, en la cual la corte constitucional o suprema puede utilizar la tradición, convenciones, principios y valores como parámetros de juicio, si quiere abandonando cada concepción *strict constructionist* y haciéndose levemente influenciada por la *deference*, le otorga mucha más libertad en la selección del material que puede utilizar para controlar las leyes. Hay una multiplicación geométrica de las posibles normas (o principios) a su disposición, y entonces — pese de la racionalidad intrínseca de la motivación— de su poder discrecional”.<sup>341</sup>

Puesto en otros términos, si bien en todo sistema el parámetro de control tiene que ser la constitución (de ahí el nombre de control de la constitucionalidad), eventualmente otras normas complementarias habrán de fungir como punto de contraste y, en algunos casos, un mismo sistema puede tener más de un tipo de parámetro, según la modalidad de control de la constitucionalidad que se lleve a cabo. Para ilustrar esta afirmación, piénsese en los casos de México o España.

En el primero, cuando se ejerce el control de la constitucionalidad a través del amparo, es frecuente que el parámetro de enjuiciamiento se configure con los derechos fundamentales reconocidos en la Constitución y en los tratados internacionales de los que nuestro país es parte;<sup>342</sup> en cambio —en ambos países— cuando el control se realiza a través de las controversias constitucionales

---

<sup>341</sup> Pegoraro, Lucio, “Control jurisdiccional Vs. control político: la erosión de una categoría dicotómica (y el progresivo alcance de este último)”, *op. cit.*, p. 73.

<sup>342</sup> Sin abundar mucho, baste citar el artículo 103, fracción I, de la Constitución: “Los Tribunales de la Federación resolverán toda controversia que se suscite I. Por normas generales, actos u omisiones de la autoridad que violen los derechos humanos reconocidos y las garantías otorgadas para su protección por esta Constitución, así como por los tratados internacionales de los que el Estado Mexicano sea parte;”.



UNIVERSIDAD  
PANAMERICANA

o los conflictos entre órganos, respectivamente, es posible que los tribunales competentes contrasten el acto impugnado con la misma constitución, pero también con otras leyes internas distribuidoras de competencias.<sup>343</sup>

En resumen, esos cuatro elementos esenciales están presentes en cualquier sistema de control de la constitucionalidad, en la medida que son aquellos que los estructuran, pero nunca van a ser completamente iguales. De ahí la dificultad para crear clasificaciones generales que engloben a todos los sistemas en bloques completamente identificables.

Como se ha visto, la doctrina tradicional es lo que ha hecho, clasificar a los “distintos sistemas de control de la constitucionalidad” en categorías totalizadoras o globalizantes (haciendo uso de expresiones como sistema difuso y concentrado, americano y europeo, estadounidense y austriaco) y, sobre esa base, extraer

---

<sup>343</sup> El artículo setenta y tres, punto uno, de la Ley Orgánica del Tribunal Constitucional de España establece: “En el caso en que alguno de los órganos constitucionales a los que se refiere el artículo [59.1. c)] de esta Ley, por acuerdo de sus respectivos Plenos, estime que otro de dichos órganos adopta decisiones asumiendo atribuciones que la Constitución o las Leyes orgánicas confieren al primero, éste se lo hará saber así dentro del mes siguiente a la fecha en que llegue a su conocimiento la decisión de la que se infiera la indebida asunción de atribuciones y solicitará de él que la revoque”. En el caso de México, José María Soberanes ejemplifica las distintas manifestaciones que puede adquirir el parámetro de control en las controversias constitucionales:

“Siendo la controversia constitucional una garantía constitucional, el parámetro de control en una controversia constitucional siempre debe de ser la Constitución. Sin embargo, por ser un medio para defender atribuciones, únicamente puede servir como parámetro las normas relacionadas con el principio de división de poderes o con la cláusula federal [...] De acuerdo a lo anterior, el parámetro de control siempre será la Constitución pero se pueden alegar violaciones a éstas de tipo directo o indirecto. Si en una controversia constitucional pueden analizarse violaciones indirectas a la Constitución, otro tipo de normas pueden servir de parámetro directo de control. Un primer ejemplo de norma que puede servir como parámetro de control serían las constituciones locales [...] Las leyes generales también pueden servir de parámetro directo de control.”, Soberanes Díez, José María, *Los conflictos entre órganos constitucionales y el Poder Judicial de la Federación*, México, Porrúa e Instituto Mexicano de Derecho Procesal Constitucional, 2018, pp. 20-21. Lo mismo acontece en las acciones de inconstitucionalidad, en donde el parámetro puede ser, en efecto, la Constitución, pero también los tratados internacionales u otro tipo de normas infra-constitucionales, lo que eventualmente puede depender del sujeto legitimado para interponer el medio de control (una minoría parlamentaria, la Comisión Nacional de los Derechos Humanos, el Instituto Nacional de Transparencia, Acceso a la Información y Protección de Datos Personales, etcétera). *Cfr.* Soberanes Díez, José María, *op. cit.*, pp. 67-71.



categorías intermedias (surgiendo así los sistemas mixtos o híbridos y duales o paralelos) o bien, categorías secundarias (control abstracto o concreto, por vía de acción o de excepción, efectos generales o relativos, etcétera), aunque ninguna de ellas da cuenta por sí misma de los distintos sistemas de control bajo un enfoque integral.

### **3.4. Los verdaderos alcances de las “clasificaciones tradicionales” y de las “nuevas clasificaciones” de los sistemas de control de la constitucionalidad.**

Resulta interesante observar que las clasificaciones de los “sistemas de control de la constitucionalidad”, en la forma en la que las hemos estudiado, descansan en cada uno de los elementos esenciales que hemos visto y son, necesariamente, parciales, pues en realidad no están clasificando a los *sistemas* en su conjunto, sino a un *elemento* específico de ellos.

A. En efecto, cuando se toma como base el elemento “órgano de control”, los sistemas suelen clasificarse de la siguiente manera:

1. Control por órgano político.
2. Control por órgano jurisdiccional.
  - a) Difuso.
  - b) Concentrado.
  - c) Mixto, híbrido o *tertium genus*.
  - d) Dual, paralelo o *quartum genus*.

B. Cuando se elige el elemento “objeto de control”, las clasificaciones suelen distinguir entre un objeto amplio o restringido, según abarque una o más de las siguientes modalidades:<sup>344</sup>

1. Control de la constitucionalidad de la ley.
2. Control de los actos para la defensa de los derechos fundamentales.
3. Control horizontal y vertical del poder.
4. Eventualmente se consideran otras categorías (por ejemplo, omisiones legislativas, contenciosos de carácter electoral, responsabilidad política de altos funcionarios, normas infra-legales, entre otros).

C. Cuando se parte desde la perspectiva del elemento “medios de control”, se distingue lo siguiente:

1. Por la forma en que puede iniciar el control:

---

<sup>344</sup> “Con base en el elemento objetivo, los sistemas de justicia constitucionales pueden ser colocados en una línea ideal según sean más o menos integrales (*recte*, ‘con objeto integral’), cuando las cortes pueden conocer sobre la ilegitimidad de las leyes, de los actos administrativos, de actos políticos, de fuentes intermedias entre la constitución y las leyes, de tratados, y de las propias leyes de revisión, o pueden ser parciales (‘con objeto parcial’, con control solo sobre las leyes, o, con procedimientos diversos, actos administrativos)”, Pegoraro, Lucio, “Control jurisdiccional Vs. control político: la erosión de una categoría dicotómica (y el progresivo alcance de este último)”, *op. cit.*, p. 74. “También es factible enfocar el problema en cuanto a la materia objeto del control de constitucionalidad, en donde tendríamos: A) Control de la constitucionalidad de las leyes, de los reglamentos y de los actos con fuerza de ley. B) Conflictos de atribuciones de los distintos poderes constituidos entre sí y tratándose de un sistema federal, entre los poderes del Estado y los de las entidades federativas; C) Control de la constitucionalidad de tratados internacionales; D) Protección de los derechos de las personas jurídicas, cuando éstos son violentados por actos de autoridad.”, Covián Andrade, Miguel, *El control de la constitucionalidad en el derecho comparado*, *op. cit.*, p. 41.



- a) De oficio.
  - b) A petición de parte.
2. Por la legitimación del sujeto facultado para iniciarlo:
- a) Por autoridades (órganos constituidos, minorías parlamentarias, órganos jurisdiccionales o entidades territoriales).
  - b) Por particulares (según cuenten con un interés individual lesionado o bien con un interés objetivo en la defensa del orden constitucional).
3. Por la forma en la que se plantea la cuestión de constitucionalidad:
- a) Por vía de acción o principal.
  - b) Por vía de excepción, incidental o prejudicial.
4. Por el tipo de control que se realiza:
- a) Control abstracto.
  - b) Control concreto.
5. Por el momento en que se lleva a cabo:
- a) Control previo, *a priori*, preventivo o *ex ante*.



UNIVERSIDAD  
PANAMERICANA

- b) Control posterior, *a posteriori*, represivo, reparador, sucesivo o *ex post*.
6. Por los efectos de las resoluciones:
- a) Relativos o *inter partes*.
  - b) Generales o *erga omnes*.
7. Por la temporalidad de los efectos de las resoluciones:
- a) Retroactivos, *ex tunc*, *ab initio*, *pro praeterito* o declarativos.
  - b) No retroactivos, *ex nunc* o constitutivos.
  - c) Diferidos o *pro futuro*.
8. Por el tipo de sentencia o resolución (estimatorias, desestimatorias, interpretativas, aditivas, manipulativas, directivas, etcétera).

Estos criterios suelen utilizarse de manera autónoma para clasificar a los distintos sistemas, empero, si observamos con mayor detenimiento, habremos de concluir que todos ellos derivan del elemento esencial “medios de control”.

Por ejemplo, si tomamos como base el recurso o la acción abstracta de inconstitucionalidad, podemos decir que es un medio de control que inicia a petición de parte, comúnmente por una minoría parlamentaria, que se plantea por la vía principal o de acción, que es de carácter abstracto, que se lleva a cabo a



*posteriori* y que puede dar origen a resoluciones con eficacia *erga omnes* y *ex nunc*, aunque eventualmente pueden ser *ex tunc*, verbigracia, en materia penal; si consideramos a la cuestión de inconstitucionalidad destacan otras características, tales como la vía incidental o de excepción, su inicio a instancia de parte o de oficio por el órgano jurisdiccional o su carácter concreto y si nos ocupamos del amparo, su rasgo particular son los efectos *inter partes*. Se insiste, todas estas categorías pueden reconducirse a una sola: los medios de control.

D. Por último, cuando las clasificaciones se centran en el elemento “parámetro de control” es posible identificar dos modalidades que atienden, respectivamente, a la amplitud o estrechez del mismo y al tipo de inconstitucionalidad decretada según el parámetro considerado:

1. Según la extensión del parámetro:

a) Solo la constitución o una parte de ella (parámetro limitado, único o cerrado).

b) La constitución y otras normas (bloque de constitucionalidad, parámetro amplio, plural o abierto).

2. Según el tipo de inconstitucionalidad:

a) Formal (procedimental) o material (sustantiva).

b) Directa (inmediata) o indirecta (mediata).



UNIVERSIDAD  
PANAMERICANA

c) Extrínseca (reglas constitucionales) o intrínseca (principios constitucionales).

Esta última clasificación merece un mayor desarrollo por la poca atención que ha recibido.

### **3.4.1. El parámetro de control como criterio de clasificación.**

Hemos señalado que las clasificaciones basadas en el elemento esencial “parámetro de control”, si bien no han estado totalmente ausentes en el espectro doctrinal, tampoco han tenido el nivel de desarrollo que ameritan dada su relevancia actual.

Desde hace tiempo Cruz Villalón reparaba en esta situación: “A pesar de que muy rara vez se hace así, entendemos que el tratamiento sistemático del control de constitucionalidad debe comenzar por la descripción de la norma que es el presupuesto de cualquier operación de control: la norma que sirve de parámetro al mismo. La razón de esta relativa falta de atención expresa al sujeto del control se encuentra en el hecho de que, en principio, el derecho de control de constitucionalidad no parece ocuparse de la delimitación del sujeto, que sería un elemento ya dado: el parámetro del control es la Constitución misma y sobre ello no habría nada que añadir”.<sup>345</sup>

Diversas experiencias dan cuenta de lo anterior, esto es, que la constitución, siendo parámetro de control, no siempre es o ha sido considerado como tal en forma integral y unitaria, por el contrario, las partes que la integran, en

---

<sup>345</sup> Cruz Villalón, Pedro, *La formación del sistema europeo de control de la constitucionalidad (1918-1939)*, op. cit., p. 39.



tanto estructura normativa (preámbulos, dogmática, orgánica, artículos transitorios, etcétera), muchas veces son consideradas en forma independiente como medida de contraste; incluso, recientemente se le ha visto como un documento susceptible de ser complementado. En cualquier caso, lo cierto es que actualmente esa omisión en cuanto al estudio y la clasificación del parámetro de control, ya no parecería estar justificada.

A juicio de Pegoraro, son tres los principales factores que nos hacen voltear hacia este elemento como variable clasificatoria: “a) El cambio radical ocurrido en Francia después de la incorporación del *bloc de constitutionnalité* del preámbulo de la Constitución...; b) La misma expansión gradual de los artículos de la Constitución para los fines de control, registrándose progresivamente en Bélgica en el cambio de milenio, que igualmente ha enriquecido la jurisprudencia de la *Cour d'Arbitrage* (ahora *constitutionnelle*); c) La parametrización de los tratados internacionales, o de convenciones en materia de derechos en varios países de Europa occidental, centro oriental y oriental, y de América Latina, así como, en Europa, de los documentos internacionales que regulan las estructuras y actividades de la Unión, también con todo lo que sigue desde una perspectiva teórica, con referencia a la relación entre *higher law* y fuentes sujetas a la misma”.<sup>346</sup>

En vista de todo lo anterior, resulta válido sostener que, sobre la base del elemento esencial que nos ocupa (el parámetro), pueden configurarse, cuando menos dos posibles variables. Por un lado, según la extensión del mismo y, por el otro, según el tipo de inconstitucionalidad que puede llegarse a generar. Comencemos con la del primer tipo.

---

<sup>346</sup> Pegoraro, Lucio, “Clasificación de los sistemas de justicia constitucional: una dicotomía agotada”, *op. cit.*, p. 74.



UNIVERSIDAD  
PANAMERICANA

Es importante reiterar que la escasa atención que ha recibido por parte de la doctrina el parámetro de control como variable clasificatoria, ha desembocado en la falta de una terminología adecuada para referirse a ella. Todo esto pese a que, por un lado, el fenómeno no es nada nuevo y, por el otro, que ya existen algunas propuestas al respecto. No es que estemos en presencia de un “vacío absoluto” en lo tocante a los esbozos clasificatorios del “parámetro de control” como elemento esencial de los sistemas; aunque lo cierto es que sí padecemos de un déficit doctrinal que se ocupe seriamente de su explicación y desarrollo, con algunas excepciones.

#### **3.4.1.1. La extensión del parámetro. El parámetro cerrado y el parámetro abierto de control.**

En principio, conviene recordar que siempre que se hable de control de la constitucionalidad estaremos teniendo como parámetro de referencia a la constitución del estado; sin embargo, es muy común que al lado de la norma constitucional aparezcan otras que, por habilitación constitucional expresa, se elevan a su nivel y, por tanto, sirven en forma conjunta como parámetro de enjuiciamiento de la validez de otros actos.

Frecuentemente a este fenómeno se le conoce como “bloque de constitucionalidad”, pero cabe advertir que no hay un solo tipo de bloque y que por tanto, cabría hablar con mayor propiedad de “bloques de constitucionalidad”. De cualquier modo, ante la diversidad de formas en que esos “bloques” suelen estar conformados y, en atención a que el concepto no se reconoce expresamente en todos los ordenamientos, a pesar de que cuenten con un parámetro de control



compuesto (o sea, constitución y otras normas), preferimos hablar de *parámetro abierto de control*.<sup>347</sup>

En este contexto, cuando el punto de referencia para llevar a cabo el control sea únicamente la constitución, estaremos en presencia de un sistema con un parámetro cerrado de control de la constitucionalidad, en la medida que ésta aparecerá hermética, no permitirá que otras disposiciones se le unan como canon de enjuiciamiento; en cambio, cuando la misma constitución se abra permitiendo que otras normas la complementen, se le integren o adhieran para fungir conjuntamente como medida de contraste, nos hallaremos frente a un sistema con un parámetro abierto de control de la constitucionalidad.<sup>348</sup>

En el primer caso no hay muchas cosas que explicar, pues es la forma tradicional en que ha sido entendido el control de la constitucionalidad, esto es, el contraste entre un acto y la constitución, así, sin matices. Sin embargo, en el segundo existen algunos aspectos que desarrollar, el más importante es la forma en que pueden integrarse ese tipo de parámetros abiertos y qué tanto va a ser su nivel de apertura. Que el control de constitucionalidad tenga como parámetro de control a la constitución no es nada nuevo, lo relevante (aunque no precisamente novedoso) es que ese parámetro sea la constitución y algo más.

Sobre esa base, Pegoraro considera que: “Desde esta perspectiva, los sistemas pueden subdividirse —teniendo en cuenta los distintos grados— en limitados y amplios (de “parámetro limitado” y de “parámetro amplio”). En los

---

<sup>347</sup> Sin perjuicio de que también utilicemos el de *bloque de constitucionalidad* como término sinónimo y únicamente en la medida que sirva para ilustrar la existencia de un conjunto de normas que, en compañía de la constitución, se toman en cuenta por los órganos de control para enjuiciar la validez de determinados actos.

<sup>348</sup> La selección de las palabras, esto es, *abierto-cerrado*, obedece a que la analogía que con ellas se puede hacer resulta más ilustrativa para nuestros fines.



UNIVERSIDAD  
PANAMERICANA

primeros, los tribunales toman como parámetro solamente la Constitución o incluso parte de ella (como sucedía en Bélgica hasta la reforma de 2003, en Francia hasta 1971, en los EEUU hasta la introducción de los *Civil War Amendments*, en Canadá hasta la adopción de la *Charter*); en los segundos, junto a la Constitución forman parte del bloque de constitucionalidad (además de las leyes orgánicas, en algunos casos, y de otras fuentes) también los tratados internacionales y los convenios sobre derechos (como sucede por ejemplo en varios países latinoamericanos o pertenecientes al antiguo Pacto de Varsovia) o, en Europa, las normas internacionales que regulan la estructura y la actividad de la Unión, con todo lo que ello conlleva desde una perspectiva teórica, en referencia a la relación entre *higher law* y fuentes subordinadas”.<sup>349</sup>

En el mismo orden, Humberto Nogueira propone, como parte de las distintas variables clasificatorias de los sistemas de control, aquella que descansa en el parámetro: “De acuerdo a este elemento pueden clasificarse los parámetros de control como *único*, cuando el parámetro está dado sólo por el texto constitucional, o *plural*, cuando el parámetro está dado por un bloque constitucional constituido por el texto constitucional y los derechos fundamentales contenidos en tratados internacionales vigentes...”<sup>350</sup>

Desde nuestro punto de vista, este fenómeno puede entenderse mejor si se le ve como distintos grados de apertura de un sistema. En las páginas siguientes explicaremos en qué consiste esta nueva clasificación y cuáles son los

---

<sup>349</sup> Pegoraro, Lucio, “Clasificación de los sistemas de justicia constitucional: una dicotomía agotada”, *op. cit.*, p. 75.

<sup>350</sup> Nogueira Alcalá, Humberto, *La jurisdicción constitucional y los tribunales constitucionales de Sudamérica en la alborada del siglo XXI*, *op. cit.*, p. 64.



fundamentos en los que se apoya. Comencemos diciendo que las manifestaciones del parámetro abierto de control pueden ser de dos tipos.<sup>351</sup>

#### **3.4.1.1.1. Apertura de primer grado.**

Como es de sobra conocido, los orígenes de la noción “bloque de constitucionalidad” se remontan a Francia, concretamente a la resolución del Consejo Constitucional del 16 de julio de 1971. Según Favoreu, en ese país la noción de bloque de constitucionalidad: “Se refiere, generalmente, a los ‘principios y reglas de valor constitucional’ para designar el conjunto de normas situadas en el nivel constitucional, cuyo respeto se impone a la ley”.<sup>352</sup> Esto es, la idea de tal bloque implica un conjunto de normas con valor constitucional, que funge como parámetro de control.

Como explica el mismo autor, el contenido del bloque no siempre fue el mismo y estuvo en permanente evolución desde la apuntada decisión fundadora de 1971. A partir de una serie de decisiones dictadas en la segunda mitad de la década de los setentas, el Consejo Constitucional empezó a hablar de “principios fundamentales reconocidos por las leyes de la República” y de “principios de valor constitucional”, para designar a normas no escritas en los textos

---

<sup>351</sup> Aquí presentamos dos grados o niveles de apertura, pero eventualmente se puede jugar con ellos, verbigracia, el primer grado sería cuando sólo se toman en cuenta como parámetro de control las reglas formales de producción del derecho; el segundo grado sería cuando se consideran, además, las partes sustantivas que delimitan el contenido de los actos de autoridad objeto del control; el tercer grado o nivel de apertura se presentaría cuando la constitución es complementada con otras normas de producción interna (como las leyes orgánicas o de distribución de competencias); el cuarto grado surgiría con el reconocimiento de un bloque normativo compuesto por la propia constitución y los tratados internacionales que reconocen derechos humanos y, finalmente, el quinto grado se presentaría cuando el parámetro de control se conforma por la constitución y tratados o principios internacionales, aunque no versen o reconozcan derechos humanos.

<sup>352</sup> Favoreu, Louis, “El bloque de la constitucionalidad”, *Revista del Centro de Estudios Constitucionales*, núm. 5, España, enero-marzo de 1990, p. 46.



constitucionales.<sup>353</sup> “Así, en 1989, ‘el bloque de constitucionalidad *stricto sensu* se compone exclusivamente de textos de nivel constitucional, a saber, la propia Constitución, la Declaración, el Preámbulo y las ‘leyes de la República’, en la medida en que sean portadoras de ‘principios fundamentales’”.<sup>354</sup>

Desde esa fecha el bloque de constitucionalidad francés está integrado por la misma Constitución de 1958, la Declaración de Derechos del Hombre y del Ciudadano de 1789, el preámbulo de la Constitución de 1946 y los principios fundamentales reconocidos por las leyes de la República —a los que aquélla remite—. Es importante decir que la integración de tal bloque no es arbitrario, sino que emerge del preámbulo de la Constitución de 1958 en la parte que dice: “El pueblo francés proclama solemnemente su adhesión a los derechos humanos y a los principios de la soberanía nacional tal y como fueron definidos por la Declaración de 1789, confirmada y completada por el Preámbulo de la Constitución de 1946”. Con posterioridad fueron adicionados: “...los derechos y deberes definidos en la Carta del Medio Ambiente de 2003”.<sup>355</sup>

Como se ve, dentro de ese bloque no están incluidas las normas internacionales. En efecto, en una decisión del Consejo Constitucional francés del 15 de enero de 1975, se rechazó la posibilidad de controlar la conformidad de las leyes con los tratados internacionales.<sup>356</sup> Este dato es vital para comprender y diferenciar su clase con otros tipos que han surgido con posterioridad, en los que sí se reconocen a las normas convencionales como parámetro de control.

---

<sup>353</sup> Cfr. *Ibidem*, pp. 47-48.

<sup>354</sup> *Ibidem*, p. 49.

<sup>355</sup> “Adoptada mediante ley constitucional del 28 de febrero de 2005. Este texto integra a la Constitución de 1958 los derechos de la tercera generación.”, Laura Ospina Mejía, “Breve aproximación al bloque de constitucionalidad en Francia”, en *Revista de temas constitucionales*, núm. 2, julio-septiembre, México, Instituto de Investigaciones Jurídicas de la Universidad Nacional Autónoma de México, p. 192.

<sup>356</sup> Cfr. Favoreu, Louis, “El bloque de la constitucionalidad”, *op. cit.*, p. 55 y Fernández Rodríguez, José Julio, *op. cit.*, p. 64.



UNIVERSIDAD  
PANAMERICANA

Lo anterior nos permite identificar un primer tipo de parámetro abierto de control de la constitucionalidad, que a su vez, modularía también el nivel de apertura del sistema de control francés. Es un sistema abierto que llamaremos de primer grado, pues el conglomerado normativo se da únicamente en el nivel interno.

También en España se reconoce la existencia de un bloque de constitucionalidad. Según Rubio Llorente, la expresión aparece por primera vez en la sentencia del Tribunal Constitucional 10/1982;<sup>357</sup> en cuanto a las normas que lo integran y a los usos que se le dan, el mismo autor precisa que no han sido constantes ni se refieren siempre a lo mismo, aunque: “En la mayor parte de las decisiones que utilizan la expresión, la función determinante de la inclusión es la delimitación competencial entre Estado y Comunidades Autónomas...”,<sup>358</sup> aunque en otras decisiones: “el Tribunal se refiere frecuentemente también a un conjunto de normas que ni están incluidas en la Constitución ni delimitan competencias, pero cuya infracción determina la inconstitucionalidad de la ley sometida a examen”.<sup>359</sup>

En cualquier caso, lo cierto es que tal bloque aparece ligado con el artículo 28.1 de la Ley Orgánica del Tribunal Constitucional, el cual señala: “Para apreciar la conformidad o disconformidad con la Constitución de una Ley, disposición o acto con fuerza de Ley del Estado o de las Comunidades Autónomas, el Tribunal considerará, además de los preceptos constitucionales, las Leyes que, dentro del marco constitucional, se hubieran dictado para delimitar las competencias del

---

<sup>357</sup> Cfr. Rubio Llorente, Francisco, “El bloque de constitucionalidad”, *Revista Española de Derecho Constitucional*, año 9, núm. 27, septiembre-diciembre de 1989, p. 10. Para otros, desde la sentencia 20/1988 de 18 de febrero, en relación con el artículo 28.1 de la Ley Sobre el Tribunal Constitucional, sobre todo en conflictos de competencia territorial entre el Estado y las Comunidades Autónomas, Cfr. Fernández Rodríguez, José Julio, *op. cit.*, pp. 65-66.

<sup>358</sup> Rubio Llorente, Francisco, “El bloque de constitucionalidad”, *op. cit.*, p. 11.

<sup>359</sup> *Ídem.*



Estado y las diferentes Comunidades Autónomas o para regular o armonizar el ejercicio de las competencias de éstas”.<sup>360</sup> Así, se ha entendido que la Constitución, los Estatutos de Autonomía y eventualmente otras leyes sobre la materia competencial, integran el parámetro de control de otras normas generales.<sup>361</sup>

En esta tesitura, junto a la Constitución aparecen otras leyes que, en forma conjunta, habrán de fungir como parámetro de control. Esta sería otra forma de integración normativa de primer grado que modula el nivel de apertura del sistema español. La creación de este bloque, sin embargo, podría merecer algunas reservas desde el momento en que su fundamento no deriva directamente de la Constitución, sino de una Ley Orgánica.

En respuesta a esa observación, Díez-Picazo apunta que: “...el art. 28.1 LOTC tiene un carácter declarativo, más que constitutivo; es decir, las leyes a que se refiere –las que delimitan competencias entre el Estado y las Comunidades Autónomas– no deben ser tomadas en consideración en el recurso y la cuestión de inconstitucionalidad porque así lo disponga el referido art. 28.1 LOTC, sino

---

<sup>360</sup> Ley Orgánica 2/1979, de 3 de octubre, del Tribunal Constitucional. Se insiste, esta es la noción construida en la jurisprudencia del Tribunal Constitucional, pero le merece severas críticas al mencionado autor: “El artículo 28 de la LOTC no puede servir, en consecuencia, de base para construir un concepto de bloque de la constitucionalidad compatible con nuestro Derecho positivo,” y más adelante indica: “El bloque de la constitucionalidad, con independencia de la forma que revisten las distintas normas que en él se integran, es el núcleo esencial de la Constitución del Estado español como Estado compuesto.”, Rubio Llorente, Francisco, “El bloque de constitucionalidad”, *op. cit.*, pp. 23-24. El autor parte de la noción de la “Constitución total” postulada ya por Kelsen, para concluir que los Estatutos de Autonomía forman parte de la constitución total española y, por tanto, son junto con ella la medida de validez de las leyes. *Ibidem*, p. 26.

<sup>361</sup> “En España el uso del bloque de la constitucionalidad se ha hecho respecto al Estado autonómico. En efecto, este Estado complejo requiere, para juzgar la validez de las normas de distribución de competencias entre Estado y Comunidades Autónomas, tener en cuenta la Carta Magna y otras normas, en especial los Estatutos de Autonomía, aunque no únicamente ellos ya que también resultan de utilidad ciertas leyes estatales.”, Fernández Rodríguez, José Julio, *op. cit.*, p. 65.



UNIVERSIDAD  
PANAMERICANA

porque así se desprende de la función que a esas leyes atribuye la Constitución misma. La existencia de leyes que delimitan competencias entre el Estado y las Comunidades Autónomas es consecuencia de la opción del constituyente de no crear por sí mismo las Comunidades Autónomas, ni establecer directamente la distribución de competencias entre ellas y el Estado. Es sabido que, dada la falta de consenso suficiente sobre esta materia, la Constitución se limitó a fijar un marco dentro del cual podrían crearse las Comunidades Autónomas y atribuir competencias a estas. De aquí que la distribución de competencias no se encuentre en la Constitución, sino en cada uno de los Estatutos de Autonomía y, en su caso, en otras leyes constitucionalmente habilitadas para delimitar, regular y armonizar competencias autonómicas. Los Estatutos de Autonomía y esas otras leyes complementan, así, la Constitución y deben ser tomados en consideración como criterio de la constitucionalidad a la hora de determinar si una ley estatal o autonómica respeta el orden competencial”.<sup>362</sup>

Por su parte, el artículo 93 de la Constitución de Alemania establece como parte de la competencia del Tribunal Constitucional Federal, decidir: “1. sobre la interpretación de la presente Ley Fundamental respecto a controversias sobre el alcance de los derechos y deberes de un órgano supremo de la Federación o de otras partes investidas de derechos propios por la presente Ley Fundamental, o por el reglamento interno de un órgano federal supremo; 2. en caso de controversias o dudas relativas a la compatibilidad formal y material de la normativa federal o de los Länder con la presente Ley Fundamental, o la compatibilidad del derecho de los Länder con otras normas del Derecho federal, a petición del Gobierno Federal, del Gobierno de un Land o de un cuarto de los miembros del Bundestag;...”, disposición que hace recordar el tipo de control Suizo basado en la compatibilidad del derecho de los Länder con el derecho

---

<sup>362</sup> Díez-Picazo Giménez, Luis María, “El control de constitucionalidad de las leyes en España”, *op. cit.*, p. 166.



UNIVERSIDAD  
PANAMERICANA

federal,<sup>363</sup> así como el bloque de constitucionalidad español conformado por la Constitución y los estatutos de autonomía.

Un caso más que da cuenta de otra forma de parámetro abierto es el de Austria.<sup>364</sup> Como se vio en el Capítulo I, la Constitución austriaca vigente se remonta al 1 de octubre de 1920, la cual fue suspendida en 1934 y restablecida el 1 de mayo de 1945. Formalmente consta de 152 artículos, sin embargo, en el 149.1 se establece que: “Además de la presente Ley regirán como Leyes Constitucionales, en el sentido del artículo 44, párrafo 1, a reserva de las modificaciones impuestas por esta Ley:...”,<sup>365</sup> y en seguida se enlistan un conjunto de leyes que materialmente se incorporan al texto constitucional, las cuales versan, principalmente, sobre derechos fundamentales (igualdad ante la ley, libertad personal, inviolabilidad del domicilio, entre otros).<sup>366</sup>

---

<sup>363</sup> Cfr. Cruz Villalón, Pedro, *La formación del sistema europeo de control de la constitucionalidad (1918-1939)*, op. cit., p. 57.

<sup>364</sup> “...será muy distinta la función de control en un ordenamiento como el austriaco en el que la norma constitucional es una categoría abierta, integrada por un número impreciso de leyes de rango constitucional en continua ampliación y modificación, que cuando la norma constitucional se agota en una Ley constitucional única...”, Cruz Villalón, Pedro, *La formación del sistema europeo de control de la constitucionalidad (1918-1939)*, op. cit., p. 40.

<sup>365</sup> El artículo 44.1 señala: “Las leyes constitucionales o las disposiciones constitucionales (*Verfassungsbestimmungen*) contenidas en leyes ordinarias sólo podrán ser aprobadas por el Consejo Nacional en presencia de la mitad, como mínimo, de sus componentes y por mayoría de dos tercios de los votos emitidos, y deberán ser calificadas expresamente como tales ('ley constitucional', 'disposición constitucional').”, *Las constituciones europeas*, op. cit., t. I, p. 268.

<sup>366</sup> El texto literal de las mencionadas Leyes Constitucionales es el siguiente: “...la Ley Fundamental del Estado (*Staatsgrundgesetz*) del 21 de diciembre de 1867, 'Boletín Legislativo del Imperio' (*Reichsgesetzblatt*), número 142, sobre los derechos generales del ciudadano para los reinos y Estados (*Königreiche und Länder*) representados en el Consejo Imperial (*Reichsrat*); la Ley de 27 de octubre de 1862, 'Boletín de Legislación del Imperio' número 87, para la salvaguardia de la libertad personal; la Ley de 27 de octubre de 1862, 'Boletín de Legislación del Imperio' número 88, sobre inviolabilidad del domicilio (*zum Schutz des Hausrechts*); resolución de la Asamblea Nacional Interna de 30 de octubre de 1918, 'Boletín Legislativo del Estado' (*Staatsgesetzblatt*) número 3; Ley del 3 de abril de 1919, 'Boletín Legislativo del Estado' número 209, referente a la expulsión del territorio (*Landesverweisung*) y confiscación de los bienes de la casa de Habsburgo-Lorena; Ley de 3 de abril de 1919, 'Boletín de Legislación del Estado' número 211, sobre la abolición de la nobleza, de las ordenes seculares de caballeros y de damas y de determinados títulos y dignidades; Ley de 8 de mayo de 1919, 'Boletín de Legislación del Estado' número 257, sobre las armas del Estado (*Staatswappen*) y el Sello Oficial (*Staatsiegel*) de la



Aunque cada una de esas leyes constitucionales tiene un articulado propio y fueron emitidas en diferentes momentos (incluso preconstitucional), hacen parte de la Constitución y, desde luego, son utilizadas por el Tribunal Constitucional como parámetro de enjuiciamiento.<sup>367</sup>

Algo parecido acontecía en la Constitución de Checoslovaquia de 1920. Este documento constitucional estaba precedido de una “Ley Introdutoria”, cuyo artículo I.1 es totalmente ilustrativo del fenómeno que pretendemos evidenciar: “Son inválidas las leyes contrarias a la Carta Constitucional, a sus partes integrantes, así como a las leyes que la modifican y completan”, consecuentemente, el artículo I.2 establecía: “La Carta Constitucional y sus partes integrantes sólo pueden ser modificadas o completadas por leyes que sean designadas como leyes constitucionales”.<sup>368</sup> Naturalmente, algunos artículos de esa Ley Introdutoria eran considerados “partes integrantes” de la Constitución.

De igual modo, otras leyes también tenían rango constitucional por imperativo de la misma Constitución, concretamente la Ley sobre el Ordenamiento Lingüístico de 29 de febrero de 1920, según el artículo 129 constitucional; la Ley de 9 de abril de 1940, sobre la protección de la libertad de la persona, la inviolabilidad del domicilio y de la correspondencia, en virtud de los numerales 107, 112 y 116 de la propia Constitución; tres leyes de 11 de junio de 1930 y 3 de julio de 1936, relativas a la fijación de fronteras, de conformidad con el párrafo

---

República Germanoaustríaca (*Republik Deutschösterreich*) con las modificaciones introducidas por los artículos 2.º, 5.º y 6.º de la ley de 21 de octubre de 1919, ‘Boletín de Legislación del Estado’ número 484; la sección V de la tercera parte (*Abschnitt V des III. Teiles*) del Tratado de Saint Germain de 10 de septiembre de 1919, ‘Boletín de Legislación del Estado’ número 303 de 1920...’, *Las constituciones europeas*, *op. cit.*, t. I, pp. 329-330.

<sup>367</sup> Cfr. Fix-Zamudio, Héctor, *Los tribunales constitucionales y los derechos humanos*, *op. cit.*, pp. 47-48 y Covián Andrade, Miguel, *El control de la constitucionalidad en el derecho comparado*, *op. cit.*, p. 67.

<sup>368</sup> Ambos artículos tomados de Cruz Villalón, Pedro, “Dos modos de regulación del control de constitucionalidad: Checoslovaquia (1920-1938) y España (1931-1936)”, *op. cit.*, pp. 119-120.



UNIVERSIDAD  
PANAMERICANA

3.1 constitucional; las Leyes de 9 de abril de 1920 y de 1 de julio de 1926, sobre las condiciones de adquisición y pérdida de la nacionalidad y la Ley Constitucional de 9 de abril de 1920, sobre la sustitución de los ministros por otros miembros del gobierno, para efectos de la firma de las leyes.<sup>369</sup>

Pedro Cruz Villalón describe un fenómeno parecido en la Constitución española de 1931, pero que no llega a ser del todo claro como para representar una modalidad de parámetro abierto de control. Concretamente se refiere a la Ley Constitucional de 1 de abril de 1933, relativa al procedimiento para exigir responsabilidad criminal al presidente de la República, derivada del artículo 85 de la Constitución; las Leyes de 26 de agosto y de 21 de octubre, ambas de 1931, concernientes a la competencia de la Comisión de responsabilidades y la defensa de la República, respectivamente, que gozaban de “carácter constitucional transitorio”, por virtud del artículo segundo transitorio constitucional y las Leyes de Congregaciones Religiosas y Orgánica del Tribunal de Garantías Constitucionales que, según los artículos 27 y 124, tenían que ser aprobadas por las mismas Cortes Constituyentes.<sup>370</sup>

Finalmente, un caso peculiar se da en Eslovaquia, en donde se alude en general a las leyes constitucionales.<sup>371</sup>

Hasta aquí, cada uno de los parámetros analizados comparten la característica de ser abiertos pero en un nivel interno, o sea, las constituciones se abren para ser complementadas por otras normas de producción nacional (preámbulos, leyes constitucionales, estatutos de autonomía, etcétera); lo que vendría a singularizar a cada uno de ellos es el tipo de normas que conforman el

---

<sup>369</sup> Cfr. *Ibidem*, pp. 120-121.

<sup>370</sup> Cfr. *Ibidem*, pp. 121-122.

<sup>371</sup> Cfr. Fernández Rodríguez, José Julio, *op. cit.*, p. 64.



parámetro de control. Diferentes son los casos en los que las cláusulas de apertura constitucional permiten su complementariedad con normas internacionales, concretamente con aquellas que reconocen derechos humanos.

#### **3.4.1.1.2. Apertura de segundo grado.**

El caso que analizaremos ha tenido un despunte especial –pero no exclusivo– en Latinoamérica.<sup>372</sup> En muchos de estos sistemas, si bien con diversos matices, opera un parámetro abierto de control integrado por normas constitucionales y tratados internacionales, específicamente aquellos que reconocen derechos fundamentales. Argentina, Colombia, Costa Rica, México, Panamá, entre otros, son ejemplos significativos de ello.

El común denominador de estos ordenamientos es que el texto constitucional reconoce a los tratados internacionales de derechos humanos la misma jerarquía y, por ende, su utilidad como parámetro normativo de control, de hecho, las técnicas legislativas utilizadas para plasmar esa ampliación es muy similar, como será constatado en las páginas siguientes. Partamos de dos casos que son formalmente distintos, pero que materialmente arrojan los mismos resultados.

En Argentina el artículo 75, numeral 22 constitucional, señala en su segundo párrafo que: “La Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre; la Declaración Universal de Derechos Humanos; la Convención Americana sobre Derechos Humanos; el Pacto Internacional de Derechos

---

<sup>372</sup> Si bien muchos de ellos tomaron como referente el caso de la Constitución española: “Artículo 10.2. Las normas relativas a los derechos fundamentales y a las libertades que la Constitución reconoce se interpretarán de conformidad con la Declaración Universal de Derechos Humanos y los tratados y acuerdos internacionales sobre las mismas materias ratificados por España”.



Económicos, Sociales y Culturales; el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos y su Protocolo Facultativo; la Convención sobre la Prevención y la Sanción del Delito de Genocidio; la Convención Internacional sobre la Eliminación de todas las Formas de Discriminación Racial; la Convención sobre la Eliminación de todas las Formas de Discriminación contra la Mujer; la Convención contra la Tortura y otros Tratos o Penas Cruelles, Inhumanos o Degradantes; la Convención sobre los Derechos del Niño; en las condiciones de su vigencia, tienen jerarquía constitucional, no derogan artículo alguno de la primera parte de esta Constitución y deben entenderse complementarios de los derechos y garantías por ella reconocidos. Sólo podrán ser denunciados, en su caso, por el Poder Ejecutivo nacional, previa aprobación de las dos terceras partes de la totalidad de los miembros de cada Cámara”.<sup>373</sup>

“Lo anterior significa que la Constitución, a partir de la Reforma de 1994, no sólo reconoce la superioridad jerárquica de los Tratados frente a las leyes, sino que además equipara a ciertos Tratados internacionales de derechos humanos con la Constitución, conformando con ello lo que en la doctrina y jurisprudencia se ha denominado un ‘Bloque de Constitucionalidad’”.<sup>374</sup>

“Cabe destacar que a pesar de que la reforma constitucional se remonta a 1994, sólo a partir de 2000 se comienza a usar jurisprudencialmente la acepción ‘Bloque de Constitucionalidad’ para referirse al fenómeno bajo estudio”.<sup>375</sup> En suma, en este país hacen parte del bloque una lista definida de declaraciones y

---

<sup>373</sup> En los párrafos primero y tercero se establecen otras dos reglas, la primera, que los tratados y concordatos tienen jerarquía superior a las leyes y la segunda, que los demás tratados y convenciones sobre derechos humanos, luego de ser aprobados por el Congreso, requerirán del voto de las dos terceras partes de la totalidad de los miembros de cada Cámara, para gozar de la jerarquía constitucional.

<sup>374</sup> Góngora Mera, Manuel Eduardo, “El Bloque de Constitucionalidad en Argentina y su relevancia en la lucha contra la impunidad”, enero de 2007, *Centro de derechos humanos de Nuremberg*, p. 6.

<sup>375</sup> *Ídem.*, nota al pie de página número 20.



tratados de derechos humanos, siempre que estén vigentes, que no deroguen artículo alguno de la primera parte de la Constitución y que se interpreten como complementarios de los derechos y garantías reconocidos en ella.<sup>376</sup>

En este régimen los mencionados tratados internacionales tienen expresamente jerarquía constitucional y se entienden complementarios de los derechos y garantías reconocidos en la Constitución. De este modo, configuran un parámetro abierto de control pero de un tipo diverso a los que vimos en el apartado anterior.

En otros sistemas el texto constitucional sólo erige un principio interpretativo que los tribunales han perfilado como un principio de jerarquía. En Colombia el artículo 93 de la Constitución, primer párrafo, señala que: “Los tratados y convenios internacionales ratificados por el Congreso, que reconocen los derechos humanos y que prohíben su limitación en los estados de excepción, prevalecen en el orden interno”, en el segundo párrafo añade: “Los derechos y deberes consagrados en esta Carta, se interpretarán de conformidad con los tratados internacionales sobre derechos humanos ratificados por Colombia.”<sup>377</sup>

---

<sup>376</sup> Cfr. *Ibidem*, pp. 7-8.

<sup>377</sup> En Colombia, “La expresión ‘*bloque de constitucionalidad*’ fue introducida en nuestro Derecho Público por la Corte Constitucional, a propósito del alcance que a juicio de esa Corporación debía darse a dos artículos constitucionales aparentemente contradictorios, el 4, que señala expresamente el principio de supremacía normativa de la Constitución, y el artículo 93, que dispone que los convenios y tratados internacionales sobre derechos humanos, aprobados y ratificados por Colombia, prevalecen en el orden interno. La Corte consideró que esos preceptos podían armonizarse en el sentido que dichos tratados y convenios tendrían la misma fuerza y jerarquía normativa que las disposiciones constitucionales, y que unas y otras conformaban el denominado ‘*bloque de constitucionalidad*’, como un todo indisoluble.”, Laura Ospina Mejía, *op. cit.*, pp. 180-181; véase también Casas Farfán, Luis Francisco, “Bloque de constitucionalidad: técnica de remisión de las constituciones modernas”, en *Provincia*, núm. especial, Venezuela, Universidad de los Andes, 2006, p. 184.



En México, el artículo 1o constitucional establece en su párrafo segundo: “Las normas relativas a los derechos humanos se interpretarán de conformidad con esta Constitución y con los tratados internacionales de la materia favoreciendo en todo tiempo a las personas la protección más amplia.”

Es importante mencionar que la Corte mexicana no ha desarrollado jurisprudencialmente la noción de “bloque de constitucionalidad”, sino que se ha decantado por hablar de un “parámetro de control de regularidad constitucional”, según el cual, las normas de derechos humanos, independientemente de su fuente, no se relacionan en términos jerárquicos, por tanto, los derechos humanos, en su conjunto, constituyen el parámetro de control de regularidad constitucional, conforme al cual debe analizarse la validez de las normas y actos que forman parte del orden jurídico mexicano.<sup>378</sup>

---

<sup>378</sup> “DERECHOS HUMANOS CONTENIDOS EN LA CONSTITUCIÓN Y EN LOS TRATADOS INTERNACIONALES. CONSTITUYEN EL PARÁMETRO DE CONTROL DE REGULARIDAD CONSTITUCIONAL, PERO CUANDO EN LA CONSTITUCIÓN HAYA UNA RESTRICCIÓN EXPRESA AL EJERCICIO DE AQUÉLLOS, SE DEBE ESTAR A LO QUE ESTABLECE EL TEXTO CONSTITUCIONAL. El primer párrafo del artículo 1o. constitucional reconoce un conjunto de derechos humanos cuyas fuentes son la Constitución y los tratados internacionales de los cuales el Estado Mexicano sea parte. De la interpretación literal, sistemática y originalista del contenido de las reformas constitucionales de seis y diez de junio de dos mil once, se desprende que las normas de derechos humanos, independientemente de su fuente, no se relacionan en términos jerárquicos, entendiéndose que, derivado de la parte final del primer párrafo del citado artículo 1o., cuando en la Constitución haya una restricción expresa al ejercicio de los derechos humanos, se deberá estar a lo que indica la norma constitucional, ya que el principio que le brinda supremacía comporta el encumbramiento de la Constitución como norma fundamental del orden jurídico mexicano, lo que a su vez implica que el resto de las normas jurídicas deben ser acordes con la misma, tanto en un sentido formal como material, circunstancia que no ha cambiado; lo que sí ha evolucionado a raíz de las reformas constitucionales en comento es la configuración del conjunto de normas jurídicas respecto de las cuales puede predicarse dicha supremacía en el orden jurídico mexicano. Esta transformación se explica por la ampliación del catálogo de derechos humanos previsto dentro de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos, el cual evidentemente puede calificarse como parte del conjunto normativo que goza de esta supremacía constitucional. En este sentido, los derechos humanos, en su conjunto, constituyen el parámetro de control de regularidad constitucional, conforme al cual debe analizarse la validez de las normas y actos que forman parte del orden jurídico mexicano.”, tesis: P./J. 20/2014, *Gaceta del Semanario Judicial de la Federación*, Décima Época, Libro 5, abril de 2014, t. I, p. 202.



UNIVERSIDAD  
PANAMERICANA

No obstante lo anterior, en la Novena Época del *Semanario Judicial de la Federación*<sup>379</sup> la Corte sostuvo que los artículos 122, apartado A, fracción II y apartado C, base primera, fracción V, inciso f) y 116, fracción IV, incisos b) al i), ambos de la Constitución (anteriores a la reforma política que transformó al Distrito Federal en la Ciudad de México, publicada en el Diario Oficial de la Federación el 29 de enero de 2016), y las normas que en particular estableciera el legislador federal en el entonces Estatuto de Gobierno del Distrito Federal (también sustituido por la Constitución Política de la Ciudad de México, publicada en el referido medio el 5 de febrero de 2017), “integran un bloque de constitucionalidad en materia electoral” para esa entidad federativa.

Para llegar a esa conclusión, la Corte sostuvo que el artículo 122, apartado C, base primera, fracción V, inciso f), de la Constitución Federal, señala que las disposiciones que rijan en materia electoral en el Distrito Federal deben sujetarse al Estatuto de Gobierno del Distrito Federal, el cual tomará en cuenta los principios establecidos en los incisos b) al i) de la fracción IV del artículo 116 constitucional; lo anterior porque el fundamento del Estatuto de Gobierno del Distrito Federal es el indicado artículo 122, y el respeto a la jerarquía constitucional es un requisito para la validez de dicho Estatuto, por lo que, el respeto a lo dispuesto por él, es un requisito de validez para las actuaciones de todas las autoridades del Distrito Federal. Fuera de ese precedente, la expresión “bloque de constitucionalidad” ha caído en desuso, al menos en sede jurisprudencial.

En Panamá, la doctrina del bloque de constitucionalidad “...fue adoptada por la Corte Suprema de Justicia a partir de 1990...La expansión del control de la

---

<sup>379</sup> Cfr. “ESTATUTO DE GOBIERNO DEL DISTRITO FEDERAL. JUNTO CON LA CONSTITUCIÓN POLÍTICA DE LOS ESTADOS UNIDOS MEXICANOS INTEGRA BLOQUE DE CONSTITUCIONALIDAD EN MATERIA ELECTORAL.”, tesis: P./J. 18/2007, *Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta*, Novena Época, mayo de 2007, t. XXV, p. 1641.



UNIVERSIDAD  
PANAMERICANA

constitucionalidad se ha producido porque son ahora más los elementos que utiliza la Corte Suprema de Justicia para emitir juicio sobre la constitucionalidad de las leyes. Ya no sólo se toma la Constitución formal sino otros elementos, que aquí estudiamos, como parámetro para el juicio de constitucionalidad. El acto impugnado se confronta con un mayor número de normas de rango constitucional que incluyen, pero que no se limitan, a la Constitución en sentido formal”.<sup>380</sup>

En suma, el bloque de constitucionalidad en ese país se integra por los siguientes elementos normativos: la Constitución de 1983; la jurisprudencia de la Corte Suprema en materia constitucional (sentencia de 30 de julio de 1990), siempre que sea compatible con el Estado de Derecho y sin perjuicio de la facultad que tiene para variar su doctrina; la costumbre constitucional; el Reglamento de la Asamblea Legislativa (sentencia de 16 de octubre de 1991), en la medida que se refieran al ejercicio de la función legislativa y por lo que hace al procedimiento en él previsto; las normas de la Constitución derogada de 1946 (sentencia de 3 de agosto de 1990), para el caso de actos expedidos durante su vigencia; el Estatuto de Retorno Inmediato a la Plenitud del Orden Constitucional (sentencia de 14 de febrero de 1991); la Corte Suprema de Justicia ha considerado que las normas de derecho internacional, como regla general, no forman parte del bloque de constitucionalidad (sentencia de 23 de mayo de 1991), aunque excepcionalmente aquellas que consagran derechos fundamentales pueden tener jerarquía constitucional (sentencia de 8 de noviembre de 1990).<sup>381</sup>

Además de los casos anteriores, los siguientes ejemplos dan cuenta de la enorme diversidad que existe en este aspecto.

---

<sup>380</sup> Arturo Hoyos, “El control judicial y el bloque de constitucionalidad en Panamá”, en *Boletín Mexicano de Derecho Comparado*, Nueva Serie, Año XXV, núm. 75, septiembre-diciembre, México, 1992, p. 785.

<sup>381</sup> Cfr. *Ibidem*, pp. 799-802 y 804-805.



El artículo 13, fracción III, de la Constitución de Bolivia señala que: “Los tratados y convenios internacionales ratificados por la Asamblea Legislativa Plurinacional, que reconocen los derechos humanos y que prohíben su limitación en los Estados de Excepción prevalecen en el orden interno. Los derechos y deberes consagrados en esta Constitución se interpretarán de conformidad con los Tratados internacionales de derechos humanos ratificados por Bolivia”.

Por su parte, el artículo 46 de la Constitución de Guatemala dispone: “Preeminencia del Derecho Internacional. Se establece el principio general de que en materia de derechos humanos, los tratados y convenciones aceptados y ratificados por Guatemala, tienen preeminencia sobre el derecho interno”.

En Nicaragua, el artículo 46 de su Constitución establece que: “En el territorio nacional toda persona goza de la protección estatal y del reconocimiento de los derechos inherentes a la persona humana, del irrestricto respeto, promoción y protección de los derechos humanos y de la plena vigencia de los derechos consignados en la Declaración Universal de los Derechos Humanos; en la Declaración Americana de Derechos y Deberes del Hombre; en el Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales y en el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos de la Organización de las Naciones Unidas; y en la Convención Americana de Derechos Humanos de la Organización de Estados Americanos”.

Por último, en Eslovenia se permite hacer el contraste no solo con los tratados internacionales, sino con los principios generales del derecho internacional, configurando así un parámetro abierto *sui generis* que, además de la Constitución, alude a tales principios indeterminados.<sup>382</sup>

---

<sup>382</sup> Cfr. Fernández Rodríguez, José Julio, *op. cit.*, p. 64.



UNIVERSIDAD  
PANAMERICANA

En suma, en este apartado hemos pretendido demostrar que el parámetro de control de la constitucionalidad puede ser, ciertamente, la constitución de un Estado, pero también otras normas a las cuales ésta misma les confiere jerarquía análoga, de modo que todas ellas en su conjunto son utilizadas por el órgano de control como criterio de enjuiciamiento para determinar la validez constitucional del objeto controlado. Se trata en fin, de sistemas que configuran un parámetro abierto de control.

En los sistemas que cuentan con un parámetro abierto de control del último tipo, esto es, conformado por la constitución y por los tratados internacionales en materia de derechos humanos, la expresión de reciente cuño denominada control de convencionalidad ha jugado un papel importante, no sólo para delinear sus contornos, sino para darle eficacia práctica. En efecto, a la luz de este nuevo paradigma, los operadores jurídicos han encontrado un asidero jurídico para aplicar, en forma directa, el derecho internacional de los derechos humanos. Por tal razón abordaremos brevemente este concepto en las siguientes páginas.

#### **3.4.1.1.2.1. Breve aproximación al control de convencionalidad.**

Si bien los estudios sobre este nuevo concepto son vastísimos, opinamos que la mejor forma de acercarse a él es analizando las decisiones judiciales que han ido definiendo sus alcances.

En Europa los antecedentes de esta actividad se remontan a la segunda mitad del siglo pasado, concretamente se localizan en las sentencias del Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas de 5 de febrero de 1963, pronunciada en el asunto *Van Gend & Loos*; de 15 de julio de 1964, dictada en el caso *Costa c/ ENEL* y de 9 de marzo de 1978, emitida en el expediente *Simmenthal*, en los cuales –dicho de una manera general– se habilita al juez nacional a aplicar



directamente el derecho comunitario aun cuando ello signifique inaplicar el derecho nacional.<sup>383</sup>

En Francia, Fromont da cuenta de: “...un célebre fallo emitido el 24 de mayo de 1975, [en el que] la Corte de Casación declaró expresamente que el artículo 55 de la Constitución francesa autorizaba al juez a inaplicar una ley contraria a un tratado internacional, incluso cuando este fuese anterior a la norma”.<sup>384</sup>

En el ámbito americano, es de sobra conocido que una de las primeras veces que se utilizó en el derecho continental la expresión “control de convencionalidad”, fue en los votos de un juez de la Corte Interamericana de Derechos Humanos, particularmente en los casos *Myrna Mack Chang Vs. Guatemala*,<sup>385</sup> *Tibi Vs. Ecuador*,<sup>386</sup> *López Álvarez Vs. Honduras*<sup>387</sup> y *Vargas Areco*

---

<sup>383</sup> Cfr. Cicci Salazar, Gilda, “El tribunal de justicia europeo y su jurisprudencia”, en *Revista Jurídica de la Universidad Bernardo O’Higgins*, núm. 4, año 2008, pp. 59-72.

<sup>384</sup> Fromont, Michel, “El control de constitucionalidad ejercido por las jurisdicciones ordinarias francesas”, *op. cit.*, p. 379.

<sup>385</sup> Sentencia dictada el 25 de noviembre de 2003; Voto Concurrente Razonado del Juez Sergio García Ramírez: “27...No es posible seccionar internacionalmente al Estado, obligar ante la Corte sólo a uno o algunos de sus órganos...y sustraer a otros de este régimen convencional de responsabilidad, dejando sus actuaciones fuera del “control de convencionalidad” que trae consigo la jurisdicción de la Corte internacional”.

<sup>386</sup> Sentencia dictada el 7 de septiembre de 2004; Voto Concurrente Razonado del Juez Sergio García Ramírez: “3. En cierto sentido, la tarea de la Corte se asemeja a la que realizan los tribunales constitucionales. Estos examinan los actos impugnados –disposiciones de alcance general– a la luz de las normas, los principios y los valores de las leyes fundamentales. La Corte Interamericana, por su parte, analiza los actos que llegan a su conocimiento en relación con normas, principios y valores de los tratados en los que funda su competencia contenciosa. Dicho de otra manera, si los tribunales constitucionales controlan la “constitucionalidad”, el tribunal internacional de derechos humanos resuelve acerca de la “convencionalidad” de esos actos. A través del control de constitucionalidad, los órganos internos procuran conformar la actividad del poder público –y, eventualmente, de otros agentes sociales– al orden que entraña el Estado de Derecho en una sociedad democrática. El tribunal interamericano, por su parte, pretende conformar esa actividad al orden internacional acogido en la convención fundadora de la jurisdicción interamericana y aceptado por los Estados partes en ejercicio de su soberanía”.

<sup>387</sup> Sentencia dictada el 1 de febrero de 2006; Voto Razonado del Juez Sergio García Ramírez: “30. Al analizar la complejidad del asunto, la Corte que verifica la compatibilidad entre la conducta



*Vs. Paraguay*,<sup>388</sup> si bien sólo en el segundo de los mencionados asuntos se dan algunas razones sobre su utilización.

En esos votos, el juzgador interamericano equiparó la actividad realizada por la Corte Interamericana al confrontar los actos de las autoridades estatales con las disposiciones de los tratados internacionales en los que se funda su competencia contenciosa, con la función que llevan a cabo los tribunales constitucionales nacionales en ejercicio del control de constitucionalidad.

El paralelismo no era desafortunado en la medida que trataba de identificar el trabajo de la Corte como un ejercicio de contrastación entre los actos de los Estados parte y la Convención Americana (entre otros instrumentos), tal cual lo efectúan los tribunales constitucionales respecto de los actos de las autoridades nacionales, en relación con los contenidos de la constitución: sí éstos efectúan un control de constitucionalidad, aquélla realiza uno de convencionalidad.

Sin embargo, resulta impreciso encontrar en estos votos los prolegómenos de los criterios que luego habría de emitir sobre esta materia la Corte Interamericana; esto es así, ya que si bien en ambos casos se habla de “control de convencionalidad”, en uno y otros la referencia se hace con alcances totalmente distintos.

---

del Estado y las disposiciones de la Convención –es decir, el órgano que practica el “control de convencionalidad”– debe explorar las circunstancias *de jure* y *de facto* del caso...”.

<sup>388</sup> Sentencia dictada el 26 de septiembre de 2006; Voto Razonado del Juez Sergio García Ramírez: “6. La Corte Interamericana, que tiene a su cargo el “control de convencionalidad” fundado en la confrontación entre el hecho realizado y las normas de la Convención Americana, no puede, ni pretende –jamás lo ha hecho–, convertirse en una nueva y última instancia para conocer la controversia suscitada en el orden interno...12...El juez de convencionalidad no se erige, por esta vía, en legislador o juzgador nacional, sino aprecia los actos de aquéllos al amparo de la Convención”.



Fue hasta el año 2006 cuando la Corte Interamericana aludió expresamente al control de convencionalidad en una de sus resoluciones, concretamente la dictada en el caso *Almonacid Arellano y otros Vs. Chile*,<sup>389</sup> la cual fue utilizada como precedente en *La Cantuta Vs. Perú*.<sup>390</sup> En el primero de los citados asuntos, el Tribunal señaló que cuando un Estado ha ratificado un tratado internacional como la Convención Americana, “sus jueces” están sometidos a ella, lo que les obliga a velar porque los efectos de sus disposiciones no se vean mermadas por la aplicación de leyes contrarias a su objeto y fin, esto es –continúa la Corte–, “el Poder Judicial” debe ejercer “una especie” de control de convencionalidad entre las “normas internas” que aplican en los casos concretos y el Pacto de San José, debiendo tener en cuenta no sólo el tratado, sino también la interpretación que del mismo ha hecho la Corte Interamericana.

En este primer asunto se habla de “una especie” de control de convencionalidad y no de control de convencionalidad de manera lisa y llana; por otro lado, se indica que los órganos encargados de llevar a cabo ese tipo de control son los “jueces” o “el Poder Judicial”, lo que desde una perspectiva estricta colocaba sólo como receptores de ese deber a los órganos subsumidos formalmente dentro de la estructura judicial de un país; además, se desprende que el objeto del control son las “normas internas” y no otro tipo de actos; finalmente, la Corte precisa que en esa actividad fiscalizadora los jueces deben tomar en

---

<sup>389</sup> Sentencia dictada el 26 de septiembre de 2006: “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 ha hecho la Corte Interamericana, intérprete última de la Convención Americana”.

<sup>390</sup> Sentencia dictada el 29 de noviembre de 2006, párrafo 173.



cuenta el tratado (Pacto de San José) así como la jurisprudencia de la propia Corte Interamericana.

Un par de meses después fue resuelto el caso *Trabajadores Cesados del Congreso Vs. Perú*,<sup>391</sup> en el cual se precisaron diversos aspectos en torno al control de la convencionalidad. Aquí, ya se utiliza el término “control de convencionalidad” sin precalificación alguna; asimismo, se habla de los “órganos del Poder Judicial” como los encargados de llevarlo a cabo, lo que no extendió los alcances del precedente inmediato donde se aludía a los “jueces” o al “Poder Judicial”; por último, lo más importante en esta sentencia –pese a que se siguió hablando de las “normas internas” como el único objeto de control– radicó en el carácter “*ex officio*” del control de convencionalidad, entendido como la obligación de los jueces nacionales de ejercerlo sin necesidad de petición alguna de la parte interesada, evidentemente –dice la Corte– “en el marco de sus respectivas competencias y de las regulaciones procesales correspondientes”, y sin que ello implique pasar por alto los presupuestos formales y materiales de admisibilidad y procedencia de los recursos legales existentes.

La tercera resolución paradigmática en relación al tema que nos ocupa, se dio en el caso *Cabrera García y Montiel Flores Vs. México*,<sup>392</sup> donde se señaló que

---

<sup>391</sup> Sentencia dictada el 24 de noviembre de 2006: “128. Cuando un Estado ha ratificado un tratado internacional como la Convención Americana, sus jueces también están sometidos a ella, lo que les obliga a velar porque el efecto útil de la Convención no se vea mermado o anulado por la aplicación de leyes contrarias a sus disposiciones, objeto y fin. En otras palabras, los órganos del Poder Judicial deben ejercer no sólo un control de constitucionalidad, sino también “de convencionalidad” *ex officio* entre las normas internas y la Convención Americana, evidentemente en el marco de sus respectivas competencias y de las regulaciones procesales correspondientes. Esta función no debe quedar limitada exclusivamente por las manifestaciones o actos de los accionantes en cada caso concreto, aunque tampoco implica que ese control deba ejercerse siempre, sin considerar otros presupuestos formales y materiales de admisibilidad y procedencia de ese tipo de acciones”.

<sup>392</sup> Sentencia dictada el 26 de noviembre de 2010: “225. Este Tribunal ha establecido en su jurisprudencia que es consciente de que las autoridades internas están sujetas al imperio de la ley y, por ello, están obligadas a aplicar las disposiciones vigentes en el ordenamiento jurídico. Pero



todos los órganos del Estado, incluidos sus jueces, están sometidos a la Convención Americana y, por tanto, “los jueces y órganos vinculados a la administración de justicia en todos los niveles”, deben ejercer oficiosamente el control de convencionalidad entre las “normas internas” y el Pacto de San José. Aquí, la evolución se dio sólo en lo que atañe a los órganos encargados de ejercer el control de convencionalidad.

En suma, los fallos de la Corte internacional transitaron en la utilización de los siguientes términos: “jueces”, “Poder Judicial”, “órganos del Poder Judicial” y “los jueces y órganos vinculados a la administración de justicia en todos los niveles”,<sup>393</sup> precisión esta última que seguramente se hizo pensando en los tribunales constitucionales de algunos Estados parte que fungen como máximos órganos de control de constitucionalidad y que no siempre se encuentran formalmente dentro de las estructuras orgánicas del Poder Judicial (como sucede con los tribunales constitucionales de Perú y Chile y la Corte de Constitucionalidad de Guatemala,<sup>394</sup> casos contrarios a los de la Corte Constitucional colombiana y al

---

cuando un Estado es Parte de un tratado internacional como la Convención Americana, todos sus órganos, incluidos sus jueces, también están sometidos a aquél, lo cual les obliga a velar por que los efectos de las disposiciones de la Convención no se vean mermados por la aplicación de normas contrarias a su objeto y fin. Los jueces y órganos vinculados a la administración de justicia en todos los niveles están en la obligación de ejercer *ex officio* un “control de convencionalidad” entre las normas internas y la Convención Americana, evidentemente en el marco de sus respectivas competencias y de las regulaciones procesales correspondientes. En esta tarea, los jueces y órganos vinculados a la administración de justicia deben tener en cuenta no solamente el tratado, sino también la interpretación que del mismo ha hecho la Corte Interamericana, intérprete última de la Convención Americana”.

<sup>393</sup> Nótese que la Corte Interamericana recoge la expresión utilizada por García Ramírez, pero le da otra connotación completamente distinta. Para el juez interamericano, es la Corte la que realiza el control de convencionalidad, para ésta, son los jueces nacionales los que lo llevan a cabo.

<sup>394</sup> Véanse los artículos 1 de la Ley Orgánica del Tribunal Constitucional de Perú; 1 de la Ley Orgánica Constitucional del Tribunal Constitucional de Chile y 268 de la Constitución de Guatemala.



Tribunal Constitucional Plurinacional de Bolivia<sup>395</sup>, por señalar sólo a los del sistema interamericano).

Finalmente, la Corte Interamericana en el caso *Gelman Vs. Uruguay*<sup>396</sup> señaló que el control de convencionalidad “es función y tarea de cualquier autoridad pública [incluidas las instancias democráticas] y no sólo del Poder Judicial”, mientras que en *Masacre de Santo Domingo Vs. Colombia*<sup>397</sup> de manera

---

<sup>395</sup> Véase el Título VIII de la Constitución de Colombia denominada “De la rama judicial” y el Título III de la Constitución boliviana.

<sup>396</sup> Sentencia dictada el 24 de febrero de 2011: “193. Cuando un Estado es Parte de un tratado internacional como la Convención Americana, todos sus órganos, incluidos sus jueces, están sometidos a aquél, lo cual les obliga a velar por que los efectos de las disposiciones de la Convención no se vean mermados por la aplicación de normas contrarias a su objeto y fin, por lo que los jueces y órganos vinculados a la administración de justicia en todos los niveles están en la obligación de ejercer *ex officio* un “control de convencionalidad” entre las normas internas y la Convención Americana, evidentemente en el marco de sus respectivas competencias y de las regulaciones procesales correspondientes y en esta tarea, deben tener en cuenta no solamente el tratado, sino también la interpretación que del mismo ha hecho la Corte Interamericana, intérprete última de la Convención Americana. [...] 239. La sola existencia de un régimen democrático no garantiza, *per se*, el permanente respeto del Derecho Internacional, incluyendo al Derecho Internacional de los Derechos Humanos, lo cual ha sido así considerado incluso por la propia Carta Democrática Interamericana. La legitimación democrática de determinados hechos o actos en una sociedad está limitada por las normas y obligaciones internacionales de protección de los derechos humanos reconocidos en tratados como la Convención Americana, de modo que la existencia de un verdadero régimen democrático está determinada por sus características tanto formales como sustanciales, por lo que, particularmente en casos de graves violaciones a las normas del Derecho Internacional de los Derechos, la protección de los derechos humanos constituye un límite infranqueable a la regla de mayorías, es decir, a la esfera de lo “susceptible de ser decidido” por parte de las mayorías en instancias democráticas, en las cuales también debe primar un “control de convencionalidad” (*supra* párr. 193), que es función y tarea de cualquier autoridad pública y no sólo del Poder Judicial...”.

<sup>397</sup> Sentencia dictada el 30 de noviembre de 2012: “142. La responsabilidad estatal bajo la Convención sólo puede ser exigida a nivel internacional después de que el Estado haya tenido la oportunidad de declarar la violación y reparar el daño ocasionado por sus propios medios. Esto se asienta en el principio de complementariedad (subsidiariedad), que informa transversalmente el Sistema Interamericano de Derechos Humanos, el cual es, tal como lo expresa el Preámbulo de la misma Convención Americana, ‘coadyuvante o complementario de la [protección] que ofrece el derecho interno de los Estados americanos’. De tal manera, el Estado ‘es el principal garante de los derechos humanos de la personas, de manera que, si se produce un acto violatorio de dichos derechos, es el propio Estado quien tiene el deber de resolver el asunto a nivel interno y, [en su caso,] reparar, antes de tener que responder ante instancias internacionales como el Sistema Interamericano, lo cual deriva del carácter subsidiario que reviste el proceso internacional frente a los sistemas nacionales de garantías de los derechos humanos’. Esas ideas también han adquirido



más amplia sostuvo que “todas las autoridades y órganos de un Estado Parte en la Convención tienen la obligación de ejercer un ‘control de convencionalidad’”; criterio que se ve ratificado y robustecido en la resolución de supervisión de cumplimiento de la sentencia pronunciada en *Gelman Vs. Uruguay*.<sup>398</sup>

De este modo, la actividad denominada “control de convencionalidad” extiende sus fronteras jurisdiccionales para abarcar también a todas las autoridades y órganos del Estado. Esta extensión del concepto ha sido confirmada por la Suprema Corte de Justicia de la Nación.

En efecto, el máximo tribunal del país ha resuelto que el control difuso de constitucionalidad y convencionalidad transita por una serie de pasos. Este criterio

---

forma en la jurisprudencia reciente bajo la concepción de que todas las autoridades y órganos de un Estado Parte en la Convención tienen la obligación de ejercer un ‘control de convencionalidad’”.

<sup>398</sup> Resolución dictada el 20 de marzo de 2013: “66. Así, en varias sentencias la Corte ha establecido que es consciente de que las autoridades internas están sujetas al imperio de la ley y, por ello, están obligadas a aplicar las disposiciones vigentes en el ordenamiento jurídico. Pero cuando un Estado es Parte en un tratado internacional como la Convención Americana, todos sus órganos, incluidos sus jueces y demás órganos vinculados a la administración de justicia en todos los niveles, también están sometidos al tratado, lo cual les obliga a velar para que los efectos de las disposiciones de la Convención no se vean mermados por la aplicación de normas contrarias a su objeto y fin, de modo que decisiones judiciales o administrativas no hagan ilusorio el cumplimiento total o parcial de las obligaciones internacionales. Es decir, todas las autoridades estatales, están en la obligación de ejercer *ex officio* un “control de convencionalidad” entre las normas internas y la Convención Americana, en el marco de sus respectivas competencias y de las regulaciones procesales correspondientes. En esta tarea, deben tener en cuenta no solamente el tratado, sino también la interpretación que del mismo ha hecho la Corte Interamericana, intérprete última de la Convención Americana. [...] 69. Respecto de la segunda manifestación del control de convencionalidad, en situaciones y casos en que el Estado concernido no ha sido parte en el proceso internacional en que fue establecida determinada jurisprudencia, por el solo hecho de ser Parte en la Convención Americana, todas sus autoridades públicas y todos sus órganos, incluidas las instancias democráticas, jueces y demás órganos vinculados a la administración de justicia en todos los niveles, están obligados por el tratado, por lo cual deben ejercer, en el marco de sus respectivas competencias y de las regulaciones procesales correspondientes, un control de convencionalidad tanto en la emisión y aplicación de normas, en cuanto a su validez y compatibilidad con la Convención, como en la determinación, juzgamiento y resolución de situaciones particulares y casos concretos, teniendo en cuenta el propio tratado y, según corresponda, los precedentes o lineamientos jurisprudenciales de la Corte Interamericana”.



emergió del conocidísimo expediente varios 912/2010,<sup>399</sup> relativo al cumplimiento del Poder Judicial a la sentencia condenatoria dictada por la Corte Interamericana en contra del Estado mexicano, en el caso *Radilla Pacheco*.

Para la Suprema Corte los pasos a seguir en el control de convencionalidad y constitucionalidad *ex officio* en materia de derechos humanos son: “a) Interpretación conforme en sentido amplio, lo que significa que los jueces del país –al igual que todas las demás autoridades del Estado Mexicano–, deben interpretar el orden jurídico a la luz y conforme a los derechos humanos reconocidos en la Constitución y en los tratados internacionales en los cuales el Estado Mexicano sea parte, favoreciendo en todo tiempo a las personas con la protección más amplia; b) Interpretación conforme en sentido estricto, lo que significa que cuando hay varias interpretaciones jurídicamente válidas, los jueces deben, partiendo de la presunción de constitucionalidad de las leyes, preferir aquella que hace a la ley acorde a los derechos humanos reconocidos en la Constitución y en los tratados internacionales en los que el Estado Mexicano sea parte, para evitar incidir o vulnerar el contenido esencial de estos derechos; y, c) Inaplicación de la ley cuando las alternativas anteriores no son posibles”.<sup>400</sup>

Al entender la Suprema Corte que la “interpretación conforme” es una manifestación del control de convencionalidad (un paso para ejercerlo, sólo uno más), y reconocer que todas las autoridades del país y no sólo los jueces, deben llevar a cabo ese ejercicio hermenéutico, el así llamado “control de

---

<sup>399</sup> Sobre este asunto la bibliografía es extensa, pero pueden consultarse los trabajos de Herrera García, Alfonso, *op. cit.*, pp. 34-51 y Brito Melgarejo, Rodrigo, *Control jurisdiccional y protección de los derechos humanos en México*, México, Comisión Nacional de los Derechos Humanos, 2015, pp. 59-73.

<sup>400</sup> “PASOS A SEGUIR EN EL CONTROL DE CONSTITUCIONALIDAD Y CONVENCIONALIDAD EX OFFICIO EN MATERIA DE DERECHOS HUMANOS.”, tesis: P. LXIX/2011, *Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta*, Novena Época, Libro III, diciembre de 2011, t. 1, p 552.



convencionalidad” extiende sus fronteras jurisdiccionales, en la medida que *todas las autoridades del país* lo ejercen cuando interpretan el orden jurídico de conformidad con los derechos humanos reconocidos en la Constitución y en los tratados internacionales de los que el Estado Mexicano sea parte, teniendo como canon interpretativo el principio *pro homine*.

La Corte también ha sostenido que: “...en el sistema jurídico mexicano actual, los jueces nacionales tanto federales como del orden común, están facultados para emitir pronunciamiento en respeto y garantía de los derechos humanos reconocidos por la Constitución Federal y por los tratados internacionales, con la limitante de que los jueces nacionales, en los casos que se sometan a su consideración distintos de las vías directas de control previstas en la Norma Fundamental, no podrán hacer declaratoria de inconstitucionalidad de normas generales, pues únicamente los órganos integrantes del Poder Judicial de la Federación, actuando como jueces constitucionales, podrán declarar la inconstitucionalidad de una norma por no ser conforme con la Constitución o los tratados internacionales, mientras que las demás autoridades jurisdiccionales del Estado mexicano sólo podrán inaplicar la norma si consideran que no es conforme a la Constitución Federal o a los tratados internacionales en materia de derechos humanos”.<sup>401</sup>

Estos nuevos criterios abandonan el carácter del “control de convencionalidad” como un concepto identificador de una actividad jurisdiccional de fiscalización encaminada a determinar la validez de un acto, para equipararlo al

---

<sup>401</sup> “CONTROL DE CONSTITUCIONALIDAD Y DE CONVENCIONALIDAD (REFORMA CONSTITUCIONAL DE 10 DE JUNIO DE 2011).”, tesis: 1a./J. 18/2012, *Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta*, Décima Época, Libro XV, diciembre de 2012, t. 1, p. 420.



“cumplimiento” o “aplicación” de la Convención y de la jurisprudencia de la Corte, al que cada autoridad se apegas según su ámbito de competencia.<sup>402</sup>

### 3.4.1.2. El tipo de inconstitucionalidad.

Es dable sostener que de la extensión del parámetro de control dependerá el tipo de inconstitucionalidad que se llegue a decretar. Si aquél es la constitución, pero no toda, sino solo las normas que regulan el procedimiento de creación de las leyes o de algún otro acto, tendrá lugar la inconstitucionalidad formal; por el contrario, si la medida de contraste son únicamente las partes sustantivas de la constitución, esto es, aquellas que imponen limitaciones al contenido de los actos de los poderes públicos, la inconstitucionalidad será material.

Esta idea ya la encontramos en Kelsen: “...la Constitución no es sólo una regla de procedimiento, sino, además, una regla de fondo. Por consiguiente, una ley puede ser inconstitucional en razón de una irregularidad de procedimiento en su confección, o en razón de que su contenido contraviene los principios o direcciones formulados en la Constitución; es decir, cuando la ley excede los límites que la Constitución señala”.<sup>403</sup> Derivado de esto el jurista austriaco

---

<sup>402</sup> Esta conclusión se confirma fehacientemente con lo señalado en la ya citada resolución de supervisión de cumplimiento de la sentencia pronunciada en *Gelman Vs. Uruguay*, en la que se dice expresamente: “65. Por otro lado, se ha acuñado en la jurisprudencia interamericana el concepto del “control de convencionalidad”, concebido como una institución que se utiliza para aplicar el Derecho Internacional, en este caso el Derecho Internacional de los Derechos Humanos, y específicamente la Convención Americana y sus fuentes, incluyendo la jurisprudencia de este Tribunal. [...] 68... Por ello, precisamente porque el control de convencionalidad es una institución que sirve como instrumento para aplicar el Derecho Internacional, en el presente caso que existe cosa juzgada se trata simplemente de emplearlo para dar cumplimiento en su integridad y de buena fe a lo ordenado en la Sentencia dictada por la Corte en el caso concreto, por lo que sería incongruente utilizar esa herramienta como justificación para dejar de cumplir con la misma, de conformidad con lo señalado anteriormente...”.

<sup>403</sup> Kelsen, Hans, *La garantía jurisdiccional de la Constitución (La justicia constitucional)*, [trad. de Rolando Tamayo y Salmorán], *op. cit.*, p. 23.



concluye: “Es por ello que se distingue frecuentemente la inconstitucionalidad formal de la inconstitucionalidad material de las leyes”.<sup>404</sup>

Es importante, sin embargo, hacer una precisión, pues el normativismo formalista de Kelsen lo lleva a sostener que todo problema de inconstitucionalidad, tanto de sustancia como de procedimiento, es en realidad una cuestión formal, esto es, cuando una ley en su contenido contradice lo dispuesto por la constitución, es el legislador quien equivocó la vía para normar la respectiva materia, pues lo que debió ser objeto de una revisión constitucional, se hizo mediante una ley ordinaria.

Sobre este punto Kelsen explica: “...esta distinción no es admisible sino con la reserva de que dicha inconstitucionalidad material no es, en última instancia, más que una inconstitucionalidad formal en el sentido de que una ley cuyo contenido estuviera en contradicción con las prescripciones de la Constitución dejaría de ser inconstitucional si fuera votada como ley constitucional. No se trata, pues, sino de saber si es la forma legal o la forma constitucional la que debe ser observada”.<sup>405</sup>

Consecuentemente, el órgano de control de la constitucionalidad no se pronuncia sobre el contenido de la ley, sino sobre el procedimiento seguido para crearla. Este funcionamiento se explica mediante la analogía del guardagujas que, según Troper, es una terminología que Kelsen y Eisenmann recogen de Vedel: “En efecto, al anular una ley, el Tribunal se limita a indicar al Parlamento qué procedimiento es el adecuado, señalando que éste no es el procedimiento legislativo ordinario sino el procedimiento de revisión constitucional. El juez

---

<sup>404</sup> *Ídem.*

<sup>405</sup> *Ibidem*, pp. 23-24.



constitucional es, por lo tanto, comparable al guardagujas que se limita a encarrilar los trenes sobre una u otra vía”.<sup>406</sup>

Una tentativa clasificatoria guiada por este elemento también es retomada por Cappelletti. Como se recordará, este autor describía las principales características de los sistemas de control judicial de constitucionalidad sobre la base de tres perfiles (subjetivo u orgánico, modal y funcional), aunque también añadía, entre otros, “...al perfil de la *penetración* o sea de la *amplitud* del control judicial de las leyes, el cual...es un control que se extiende tanto a la conformidad *formal* cuanto a la conformidad *sustancial* de las leyes con la Constitución...[siendo la] constitucionalidad “formal” [aquella que se limita a] la mera observancia de las formalidades esenciales que la ley prescribe para la formación, promulgación y publicación de las leyes, sin agregar empero también un control sobre el *contenido* de las leyes mismas”.<sup>407</sup> Según el autor, esto “sucedió en Italia antes de 1948, bajo el ‘flexible’ Estatuto Albertino de 1848”.<sup>408</sup>

Nos parece que hoy en día no podría ameritar mayor objeción el reconocer que las manifestaciones de la inconstitucionalidad (formal y material) son derivaciones del tipo de parámetro que se tome como referente. Esto es así pues, siguiendo nuevamente a Villalón: “...cuando se están regulando los modos, manifestaciones o ‘vicios’ de inconstitucionalidad, lo que propiamente se está haciendo es delimitar el sujeto o parámetro del control: si el control tiene lugar respecto de las normas que regulan el procedimiento de aprobación de las leyes

---

<sup>406</sup> Troper, Michel, *Ensayos de Teoría Constitucional*, México, Fontamara, 2004, p. 222.

<sup>407</sup> Cappelletti, Mauro, *La justicia constitucional. (Estudios de derecho comparado)*, op. cit., p. 108.

<sup>408</sup> *Ídem*.



(inconstitucionalidad formal) o respecto de las que se traducen en limitaciones en el contenido de las mismas (inconstitucionalidad material)...”.<sup>409</sup>

En la actualidad las reflexiones en torno a los límites constitucionales formales y materiales a la producción legislativa ha sido objeto de un mayor desarrollo. En este sentido Guastini reconoce que la constitución puede imponer dos tipos de límites a la legislación, formales mediante normas que regulan su procedimiento de formación y materiales mediante normas que vinculan su contenido; empero, en relación con esta segunda barrera, opina que puede operar como límites al objeto o materia del supuesto de hecho regulado o bien, como límites a las consecuencias jurídicas que aquéllas pueden establecer.<sup>410</sup>

Una última acotación sobre el rubro que nos ocupa, consiste en que del tipo de inconstitucionalidad en estudio se derivan dos correlativas modalidades de invalidez, con efectos también distintos. “...mientras la invalidez material es una forma ‘débil’ de invalidez, que no produce la inexistencia de la ley, la invalidez formal, por lo general, es una invalidez de tipo ‘fuerte’ que, por regla, comporta nada menos que la inexistencia de la ley”.<sup>411</sup> En efecto, comúnmente la inconstitucionalidad decretada por vicios formales o procedimentales trae consigo la nulidad absoluta del acto, en tanto que la material o sustantiva invalida solo aquellas porciones con respecto a las cuales existe la oposición con la constitución.

Un ejemplo que ilustra nítidamente esa dualidad lo encontramos en el artículo Cuarenta y dos de la Ley Orgánica del Tribunal de Garantías

---

<sup>409</sup> Cruz Villalón, Pedro, *La formación del sistema europeo de control de la constitucionalidad (1918-1939)*, op. cit., pp. 39-40.

<sup>410</sup> Cfr. Guastini, Ricardo, *Estudios de teoría constitucional*, México, Fontamara, 2001, pp. 41-43.

<sup>411</sup> *Ibidem*, p. 87.



UNIVERSIDAD  
PANAMERICANA

Constitucionales de 14 de junio de 1933, relativo a los efectos de las sentencias pronunciadas en el recurso de inconstitucionalidad de las leyes. En él se contemplaban dos supuestos: “1. Las sentencias que declaren que una ley no fué (sic) votada o promulgada en la forma prescrita por la Constitución o por el Estatuto regional respectivo, producirán la total anulación de aquélla, pero no afectarán a las situaciones jurídicas creadas durante su vigencia. 2. Las que resuelvan sobre inconstitucionalidad material, únicamente producirán efecto en el caso concreto del recurso consulta”.

Por otro lado, se ha demostrado que la inconstitucionalidad de un acto puede decretarse por existir entre éste y la constitución una oposición directa o inmediata, pero también cuando el parámetro de control es compuesto, o sea, que la constitución se ve complementada por otras normas, sobre todo de producción interna, como las leyes orgánicas o de distribución de competencias, en cuyo supuesto la inconstitucionalidad del objeto controlado se puede decretar por la violación de estas últimas, de donde resultará una inconstitucionalidad indirecta o mediata.

Cruz Villalón distingue en esto la: “Inconstitucionalidad directa o inmediata e inconstitucionalidad indirecta o mediata, en cuyo último caso el sujeto del control no viene en puridad constituido por la Constitución, sino por una norma que es también ‘presupuesto de la validez’ de la norma sometida a control; el caso paradigmático de estas “normas interpuestas” es el de las Constituciones de los estados miembros del Estado federal (cantones, länder), o estatutos de autonomía en los Estados políticamente descentralizados. También puede expresarse esta



distinción con expresiones que podrían traducirse como “inconstitucionalidad federal” (*Reichsverfassungswidrigkeit*).<sup>412</sup>

También Guastini identifica en las llamadas “normas interpuestas” límites a la producción legislativa. Explica que: “Se suele decir, en la doctrina italiana, que las normas a las que la Constitución remite juegan, en el juicio de legitimidad constitucional, el papel de ‘normas interpuestas’, o sea puestas entre la ley y la Constitución, y por tanto superiores a la ley (aun siendo normas no constitucionales).<sup>413</sup>

En virtud de ello, continúa el citado autor: “Al hacer remisiones a normas no constitucionales, relativas al procedimiento o al contenido de las leyes futuras, la Constitución exige expresa o implícitamente que el legislador se adecue a tales normas. En consecuencia, la violación de las normas a las que la Constitución remite es una violación indirecta a la Constitución misma”.<sup>414</sup>

Sobre este punto, la jurisprudencia mexicana ha distinguido desde hace tiempo entre la inconstitucionalidad directa e indirecta, sobre todo en las controversias constitucionales y las acciones de inconstitucionalidad.<sup>415</sup> Aunque en

---

<sup>412</sup> Cruz Villalón, Pedro, *La formación del sistema europeo de control de la constitucionalidad (1918-1939)*, *op. cit.*, pp. 41-42.

<sup>413</sup> Guastini, Ricardo, *op. cit.*, p. 44.

<sup>414</sup> *Ídem*.

<sup>415</sup> A modo de ejemplo véanse los siguientes criterios: “ACCIÓN DE INCONSTITUCIONALIDAD. ES PROCEDENTE EL CONCEPTO DE INVALIDEZ POR VIOLACIONES INDIRECTAS A LA CONSTITUCIÓN POLÍTICA DE LOS ESTADOS UNIDOS MEXICANOS, SIEMPRE QUE ESTÉN VINCULADAS DE MODO FUNDAMENTAL CON LA LEY RECLAMADA.”, tesis: P.I.J. 4/99, *Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta*, Novena Época, febrero de 1999, t. IX, p. 288 y “CONTROVERSIA CONSTITUCIONAL. ES PROCEDENTE EL CONCEPTO DE INVALIDEZ POR VIOLACIONES INDIRECTAS A LA CONSTITUCIÓN POLÍTICA DE LOS ESTADOS UNIDOS MEXICANOS, SIEMPRE QUE ESTÉN VINCULADAS DE MODO FUNDAMENTAL CON EL ACTO O LA LEY RECLAMADOS.”, tesis: P.I.J. 23/97, *Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta*, Novena Época, abril de 1997, t. V, p. 134. Cabe señalar que este segundo criterio fue superado con motivo del caso *Temixco*, del que derivó el siguiente criterio:



UNIVERSIDAD  
PANAMERICANA

el juicio de amparo es dable sostener que la inconstitucionalidad decretada por la violación del principio de legalidad (artículo 16, primer párrafo, de la Constitución), comúnmente se traduce en una inconstitucionalidad indirecta, pues lo que realmente se erige como lesivo de los derechos humanos reconocidos constitucionalmente, es la indebida aplicación de la ley por parte de las autoridades.

Fenómeno que no es, desde luego, único y tampoco nada nuevo. Un claro ejemplo lo encontramos en el artículo Veintinueve, numeral 2, de la citada Ley Orgánica del Tribunal de Garantías Constitucionales de España de 1933, concerniente al recurso de inconstitucionalidad de las leyes, en el que se disponía que: “Las leyes regionales serán inconstitucionales no sólo cuando infrinjan un precepto de la Constitución, sino también cuando incidan en infracción de los preceptos de su respectivo Estatuto”.

Guastini destaca que en el caso italiano la Constitución: “...obliga al Parlamento a obedecer –en el procedimiento de formación de las leyes– no sólo a la Constitución misma, sino a los reglamentos parlamentarios (aunque la opinión de la Corte Constitucional es diferente en este punto); obliga a la ley a ser

---

“CONTROVERSIA CONSTITUCIONAL. EL CONTROL DE LA REGULARIDAD CONSTITUCIONAL A CARGO DE LA SUPREMA CORTE DE JUSTICIA DE LA NACIÓN, AUTORIZA EL EXAMEN DE TODO TIPO DE VIOLACIONES A LA CONSTITUCIÓN FEDERAL.”, tesis: P./J. 98/99, *Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta*, Novena Época, septiembre de 1999, t. X, p. 703. El que a su vez ha sido matizado en otros casos, por ejemplo, en la controversia constitucional 117/2014, donde se sostuvo: “CONTROVERSIA CONSTITUCIONAL. LAS VIOLACIONES SUSCEPTIBLES DE ANALIZARSE EN EL FONDO SON LAS RELACIONADAS CON EL PRINCIPIO DE DIVISIÓN DE PODERES O CON LA CLÁUSULA FEDERAL, SOBRE LA BASE DE UN CONCEPTO DE AFECTACIÓN AMPLIO.”, tesis: P./J. 42/2015 (10a.), *Gaceta del Semanario Judicial de la Federación*, Décima Época, diciembre de 2015, t. I, p. 33, y más recientemente en el recurso de reclamación 150/2019-CA, derivado de la controversia constitucional 279/2019, donde el máximo tribunal señaló, entre otras cosas, que las cuestiones de legalidad no representaban una violación directa a la Constitución susceptibles de analizarse en ese medio de control. Sobre los orígenes y la evolución del reconocimiento de la Suprema Corte a las violaciones indirectas a la Constitución, véase Gudiño Pelayo, José de Jesús, *Controversia sobre controversia*, 3a. ed., México, Porrúa, 2004, *passim*.



conforme no sólo a la Constitución misma, sino también a la costumbre internacional; obliga al legislador regional a obedecer no sólo a la Constitución misma, sino a los principios fundamentales (de las diversas materias de competencia regional) establecidos por las leyes del Estado, etcétera”.<sup>416</sup>

Finalmente Pérez Serrano, citado por el propio Villalón, distinguía entre la inconstitucionalidad extrínseca o intrínseca, según se vulneraran “preceptos” o “principios” consagrados en la constitución.<sup>417</sup> Esto, sin embargo, no sería equiparable a la distinción que en la teoría jurídica contemporánea se ha realizado entre las reglas y los principios, aunque eventualmente ambos puedan localizarse en las actuales normas constitucionales.

Si bien la bibliografía sobre este tema es abundante, baste con recordar que la diferencia principal entre las reglas y los principios suele hacerse sobre la base de su aplicabilidad; así, mientras en los primeros impera una aplicación estricta (de todo o nada), los segundos son vistos como mandatos de optimización que permiten modular su aplicación para lograr su cumplimiento en la mayor medida posible. También cobran relevancia las técnicas utilizadas para tal efecto, siendo en el primer caso la subsunción y en el segundo la ponderación.<sup>418</sup>

En este contexto, hoy se reconoce que las constituciones modernas contienen tanto reglas como principios, en los términos recién expuestos. Para no ir más lejos, citando a Zagrebelsky: “Cuando la ley establece que los trabajadores

---

<sup>416</sup> Guastini, Ricardo, *op. cit.*, pp. 43-44.

<sup>417</sup> Cfr. Cruz Villalón, Pedro, *La formación del sistema europeo de control de la constitucionalidad (1918-1939)*, *op. cit.*, p. 42.

<sup>418</sup> Para una bibliografía básica sobre el tema véanse Atienza, Manuel y Ruiz Manero, Juan, *Ilícitos atípicos*, 2a. ed., Madrid, Trotta, 2006, pp. 16-20; Moreso, José Juan, “Conflictos entre principios constitucionales”, en *Neoconstitucionalismo(s)*, 4a. ed., Madrid, Trotta, 2009, pp. 99-121; Zagrebelsky, Gustavo, *El derecho dúctil. Ley, derechos, justicia*, [trad. de Marina Gascón], 10a. ed., Madrid, Trotta, 2011, pp. 109-110 y Alexy, Robert, *Teoría de los derechos fundamentales*, [trad. de Carlos Bernal Pulido], 2a. ed., España, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, 2007.



UNIVERSIDAD  
PANAMERICANA

en huelga deben garantizar en todo caso determinadas prestaciones en los servicios públicos esenciales estamos en presencia de reglas, pero cuando la Constitución dice que la huelga es un derecho estamos ante un principio... Cuando se afirma que la detención debe ser confirmada por el juez en el plazo de cuarenta y ocho horas estamos en presencia de una regla, pero cuando se dice que la libertad personal es inviolable estamos ante un principio”.<sup>419</sup> No hace falta realizar un gran esfuerzo para identificar esos y similares ejemplos en la Constitución mexicana.

Pero no es precisamente a esto a lo que nos referimos con la clasificación en estudio (preceptos y principios constitucionales). El término “principio” es polisémico y puede adquirir varios significados, sólo para poner un ejemplo, sin que ello implique adherirnos a algunos de éstos, Michel Troper apunta que: “A riesgo de hacer algunas simplificaciones, podemos distinguir tres usos de la palabra principio, que puede designar: Normas muy generales o vagas o de carácter programático... Normas de nivel superior; Normas cuyo contenido expresa valores importantes, incluso fundamentales”.<sup>420</sup> Las reglas y los principios, como los hemos expuesto, quedarían comprendidos según el citado autor en el primer significado.

Ahora bien, cuando hablamos de principios constitucionales comúnmente no lo hacemos, *prima facie*, en su vertiente de principio oponible a una regla, esto es, como un mandato de optimización, pongamos un ejemplo. En el contexto mexicano cuando aludimos a la *no reelección* establecida en el artículo 83,<sup>421</sup>

---

<sup>419</sup> Zagrebelsky, Gustavo, *op. cit.*, p. 110.

<sup>420</sup> Troper, Michel, *op. cit.*, p. 80.

<sup>421</sup> “Artículo 83. El Presidente entrará a ejercer su encargo el 1o. de octubre y durará en él seis años. El ciudadano que haya desempeñado el cargo de Presidente de la República, electo popularmente, o con el carácter de interino o sustituto, o asuma provisionalmente la titularidad del Ejecutivo Federal, en ningún caso y por ningún motivo podrá volver a desempeñar ese puesto”.



puede existir consenso en aceptar que se está en presencia de un principio constitucional, pero si se le analiza desde la perspectiva de la teoría jurídica o filosofía del Derecho, podría reconocérsele como una regla y no como un principio, en virtud de que su aplicación es estricta y no admite grados o niveles de cumplimiento; la no reelección siempre aplicará sin matices y bajo ningún contexto o interpretación sería viable aceptar que un sujeto que ya fue presidente de la república pueda volver a serlo (“en ningún caso y por ningún motivo podrá volver a desempeñar ese puesto”, dice la Constitución). Algo similar puede argumentarse en relación con el principio de la división de poderes reconocido en el artículo 49 constitucional.<sup>422</sup>

Este ejemplo evidencia que el principio constitucional no necesariamente resulta intercambiable con el principio como una modalidad de las normas, aunque eventualmente puedan existir principios que lo sean en sus dos dimensiones simultáneamente.

Para poner en contexto la clasificación que nos concierne, no es lo mismo que un acto sea declarado inconstitucional por violentar el artículo 64 de la Constitución mexicana, según el cual: “Los diputados y senadores que no concurren a una sesión, sin causa justificada o sin permiso de la Cámara respectiva, no tendrán derecho a la dieta correspondiente al día en que falten”, que sería llegado el caso en que algunos diputados o senadores recibieran el pago respectivo a pesar de no haberse presentado a trabajar (sin mediar algunas de las causas excluyentes); naturalmente ese proceder sería inconstitucional por

---

<sup>422</sup> “Artículo 49. El Supremo Poder de la Federación se divide para su ejercicio en Legislativo, Ejecutivo y Judicial.

No podrán reunirse dos o más de estos Poderes en una sola persona o corporación, ni depositarse el Legislativo en un individuo, salvo el caso de facultades extraordinarias al Ejecutivo de la Unión, conforme a lo dispuesto en el artículo 29. En ningún otro caso, salvo lo dispuesto en el segundo párrafo del artículo 131, se otorgarán facultades extraordinarias para legislar”.



oponerse a un precepto constitucional y afectar, entre otras cosas, el erario público (tutelado también constitucionalmente en el artículo 134); que por vulnerar en forma directa algún derecho fundamental (artículo 1o), el principio de no reelección (artículo 83) o, todavía más, algunos de los principios constitutivos del estado mexicano, como la soberanía nacional, el federalismo o la división de poderes (artículos 39, 40 y 49, respectivamente).

Es en este contexto en el que podría hablarse de una inconstitucionalidad decretada por violación de preceptos constitucionales y otra resultante de la infracción de principios constitucionales.

### **3.5. Sub-elementos y sub-clasificaciones.**

Cada uno de los elementos esenciales que expusimos puede escindirse, a su vez, en sub-elementos y, por tanto, dar lugar a sub-clasificaciones. En este sentido, además de la explicación que proporcionamos previamente, encaminada a evidenciar que los órganos de control pueden ser de distintos tipos, que el objeto controlado llega a ser más amplio en algunos casos y más limitado en otros, que existen diferentes y muy variados medios de control y que el parámetro de enjuiciamiento no siempre se circunscribe al texto constitucional, el detalle en el análisis puede reducirse todavía más.

Verbigracia, si analizamos el elemento “órgano de control” y dentro de éste, al “tribunal constitucional”, pueden considerarse variables como el número de sus integrantes, la forma de su designación, los requisitos para acceder al cargo, la temporalidad en el mismo, el tipo de garantías judiciales con las que cuentan, sus atribuciones, etcétera.



UNIVERSIDAD  
PANAMERICANA

De este modo, si nos detenemos en los procedimientos de designación podemos distinguir aquellos en los que intervienen paritariamente los principales órganos constituidos controlados, esto es, el gobierno, el parlamento y la judicatura (Italia, España o Chile) de otros en los que se da la intervención exclusiva del parlamento mediante mayorías calificadas que garanticen la negociación de los grupos políticos dominantes con la oposición (Alemania<sup>423</sup> y Perú); procedimientos que en todo caso se distinguen claramente del que, por regla general, se utiliza en la designación de los integrantes de los tribunales supremos de justicia –denominado doctrinalmente *americano*–, que consiste en la propuesta que formula el Presidente y la aprobación por parte del Senado.<sup>424</sup>

Si elegimos al número de jueces o magistrados que conforman a los órganos de control de la constitucionalidad de distinta clase, tenemos también un escenario bastante plural. Por ejemplo, la Corte Constitucional de Guatemala tiene cinco integrantes, al igual que la Sala Constitucional de El Salvador, ambos con dos menos que la Sala Cuarta de la Corte Suprema de Costa Rica y que el Tribunal Constitucional de Perú, que tienen siete magistrados; las Cortes Supremas de Estados Unidos y México, con nueve y once miembros, respectivamente, no se apartan mucho de los nueve, diez y doce jueces de los tribunales constitucionales de Colombia, Chile y España, o de los nueve que

---

<sup>423</sup> Refiriéndose al caso alemán, Klaus Schlaich señala que el modo de elección de la jurisdicción constitucional, a través de los órganos constituidos federales, además de contrastar con los sistemas de elección de cualquier otro juez, pone de manifiesto el contenido político especial de la jurisdicción constitucional. Cfr. “El Tribunal Constitucional Federal Alemán”, en *Tribunales constitucionales europeos y derechos fundamentales*, *op. cit.*, p. 145.

<sup>424</sup> Estos procedimientos se distinguen claramente del que, por regla general, se utiliza en la designación de los integrantes de los tribunales supremos de justicia, denominado doctrinalmente *americano*, el cual consiste en la propuesta hecha por el Presidente y la aprobación del Senado, verbigracia, Estados Unidos, Argentina, Brasil o México. A manera de ejemplo, véanse los artículos 2, sección 2, párrafo 2 de la Constitución de Estados Unidos; 99, numeral 4 de la de Argentina y 96 de la Constitución mexicana. Para contrastar estos procedimientos con los que tradicionalmente se siguen en la conformación de los tribunales constitucionales europeos, Cfr. Fernández Rodríguez, José Julio, *op. cit.*, pp. 42-45; Rousseau, Dominique, *op. cit.*, pp. 33-38 y Ferreres Comella, Víctor, *op. cit.*, p. 153-154, nota al pie de página número 5.



UNIVERSIDAD  
PANAMERICANA

componen al Consejo Constitucional francés, número que es reducido frente a los quince de la Corte Constitucional de Italia, a los dieciséis del Tribunal Constitucional Federal de Alemania o a los diecinueve del Tribunal Constitucional de la Federación Rusa.<sup>425</sup> Así, podríamos extraer distintas variables dependientes del número de integrantes de los órganos de control.

Si pasamos al elemento “medio de control” y como parte de éste, a la “acción (o el recurso) de inconstitucionalidad”, podemos derivar aspectos como el plazo para interponerla, los requisitos de admisibilidad, el porcentaje de la minoría parlamentaria legitimada (si es el caso), entre otros. Por ejemplo, en México el plazo para interponer la acción de inconstitucionalidad es de treinta días naturales siguientes a la fecha de publicación de la norma,<sup>426</sup> en España se contemplan plazos de tres y nueve meses para distintos supuestos,<sup>427</sup> mientras que en otros

---

<sup>425</sup> Para constatar lo anterior, véanse los siguientes artículos: 269 de la Constitución de Guatemala; 174 de la Constitución de El Salvador; disposición transitoria relativa al artículo 10 de la Constitución de Costa Rica, así como el artículo 4 de la Ley de la Jurisdicción Constitucional; 201 de la Constitución de Perú; 94 de la Constitución de México; 92 de la Constitución de Chile; 159 de la Constitución de España; 56 de la Constitución de Francia; 135 de la Constitución de Italia y 125 de la Constitución Rusa. La Constitución de Estados Unidos no contiene ninguna disposición relativa a esta materia, consúltese sin embargo el Artículo Tres, Primera Sección; las constituciones de Colombia y Alemania se complementan con disposiciones legislativas, remítase el lector a los artículos 239 constitucional y 44 de la Ley 270 de 1996 para el caso colombiano, y 94 constitucional y 2 de la Ley Sobre el Tribunal Constitucional Federal, para el alemán. En el recorrido numérico que da origen a esta nota, no se contemplan a los miembros suplentes, a los que tienen carácter vitalicio (como lo consagra el artículo 56 de la Constitución de Francia para los ex-Presidentes de la República), o a los que pueden añadirse al tribunal constitucional para juzgar determinados temas (como pasa en Italia para el juicio de acusación del Presidente de la República, en términos del último párrafo del artículo 135 constitucional, caso en el cual se agregarán dieciséis miembros, o en Guatemala cuando la Corte conoce asuntos de inconstitucionalidad en contra de la Corte Suprema de Justicia, el Congreso de la República, el Presidente o el Vicepresidente de la República, supuestos en los que el número de integrantes se eleva de cinco a siete, según se lee en el artículo 269 de la Constitución). Sobre la composición numérica de los tribunales constitucionales en Europa, *Cfr.* Fernández Rodríguez, José Julio, *op. cit.*, pp. 39-40, quien da cuenta de órganos que se conforman desde los 3 hasta los 19 integrantes.

<sup>426</sup> Véanse los artículos 105, fracción II, párrafo segundo, de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos y 60 de la Ley reglamentaria de las fracciones I y II del artículo 105 de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos.

<sup>427</sup> El artículo treinta y tres de la Ley Orgánica 2/1979, de 3 de octubre, del Tribunal Constitucional establece: “1. El recurso de inconstitucionalidad se formulará dentro del plazo de



países el plazo se establece en años, como en Perú, en donde la demanda de inconstitucionalidad de una norma debe interponerse dentro del plazo de seis años contado a partir de su publicación, salvo el caso de los tratados, en que el plazo es de seis meses.<sup>428</sup>

En cuanto a la minoría parlamentaria legitimada para la interposición del referido medio de control, en México se requiere el treinta y tres por ciento de los integrantes del órgano legislativo correspondiente;<sup>429</sup> en Perú el veinticinco por ciento del número legal de congresistas;<sup>430</sup> en Chile, para casos análogos, una cuarta parte de los miembros en ejercicio de cualquiera de las Cámaras;<sup>431</sup> en España la fracción correspondiente no se fija en porcentajes, sino que se autoriza para interponer el recurso de inconstitucionalidad a cincuenta diputados o cincuenta senadores;<sup>432</sup> algo similar ocurre en Francia, en donde se faculta al Consejo Constitucional para pronunciarse sobre la conformidad de las leyes con la Constitución antes de su promulgación, a petición, entre otros, de sesenta

---

tres meses a partir de la publicación de la Ley, disposición o acto con fuerza de Ley impugnado mediante demanda presentada ante el Tribunal Constitucional, en la que deberán expresarse las circunstancias de identidad de las personas u órganos que ejercitan la acción y, en su caso, de sus comisionados, concretar la Ley, disposición o acto impugnado, en todo o en parte, y precisar el precepto constitucional que se entiende infringido. 2. No obstante lo dispuesto en el apartado anterior, el Presidente del Gobierno y los órganos colegiados ejecutivos de las Comunidades Autónomas podrán interponer el recurso de inconstitucionalidad en el plazo de nueve meses contra leyes, disposiciones o actos con fuerza de Ley en relación con las cuales, y con la finalidad de evitar la interposición del recurso, se cumplan los siguientes requisitos:...” Véase también Brage Camazano, Joaquín, *op. cit.*, p. 320. Este autor señala que la primera Ley de Austria de 14 de marzo de 1918, que introdujo un control de la constitucionalidad previo y competencial, aunque solo de las leyes de los *Länder*, establecía un plazo de 14 días para su impugnación por parte del gobierno del Estado.

<sup>428</sup> Así lo apunta el artículo 100 del Código Procesal Constitucional (Ley N° 28237).

<sup>429</sup> De conformidad con el artículo 105, fracción II, incisos a), b) y d), de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos.

<sup>430</sup> En términos del artículo 203, numeral 5, de la Constitución de Perú.

<sup>431</sup> Consúltese el artículo 93 de la Constitución chilena.

<sup>432</sup> Según los artículos 162, numeral 1, inciso a) de la Constitución y treinta y dos de la Ley Orgánica del Tribunal Constitucional de España.



diputados o sesenta senadores.<sup>433</sup> De entre todos esos casos, sólo en Perú se legitima a un número o porcentaje de ciudadanos.<sup>434</sup>

Aquí las variables dependerían de si la legitimación se otorga a ciudadanos y autoridades políticas o sólo a éstas, o si aquélla se hace sobre la base de porcentajes, fracciones o grupos cuantitativamente determinados.

Si consideramos al elemento “objeto de control” y en forma específica a la “ley”, podemos preguntarnos si el control recae únicamente sobre leyes en sentido formal o también en sentido material; en el primer caso, si abarca a las leyes de revisión constitucional,<sup>435</sup> a las orgánicas, a las ordinarias o sólo a algunas de ellas; en el segundo supuesto, si están incluidos los decretos-ley, los reglamentos (tanto los autónomos como los que tienen derivación legal) o los tratados internacionales, etcétera.

En este contexto, Pegoraro apunta que: “Acerca el objeto (sic), por encima y/o al lado de la ley, son controlables normas interpuestas como las leyes orgánicas o reforzadas (siempre en relación con el procedimiento de adopción, y casi siempre con referencia al contenido sustancial), y las leyes de delegación.

---

<sup>433</sup> Artículo 61 de la Constitución francesa.

<sup>434</sup> El artículo 203.6 de la Constitución peruana dice que están facultados para interponer acción de inconstitucionalidad: “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”.

<sup>435</sup> Cabe señalar que no es nuestro objetivo profundizar en un tema por demás polémico, consistente en justificar o rechazar la legitimidad democrática del juez constitucional y la extensión de sus facultades para revisar, por ejemplo, la constitucionalidad de las reformas a la constitución. La vinculación con nuestra materia de estudio radica, sin embargo, en que una vez que se reconoce que un órgano de control puede válidamente revisar la regularidad de los actos del poder constituyente, el elemento esencial *objeto de control* se ensancha, pero esto no toca a los otros componentes del sistema, en todo caso, quizá en los medios de control si es que se diseña normativamente uno que sea procedente específicamente para revisar esta clase de actos. Aunque lo cierto es que comúnmente el control de constitucionalidad se realiza a través de los mismos medios disponibles, como el amparo o el control abstracto.



UNIVERSIDAD  
PANAMERICANA

Los tratados, aunque a menudo parametrizados (Estados Unidos, América Latina), en muchos casos son sometidos a control de constitucionalidad, no solo en cuanto a lo que se refiere a los eventuales vicios de la ley ratificada, sino incluso a aquellos relacionados con cuestiones sustanciales (Francia, Alemania), o al menos aquellos que inciden sobre el llamado núcleo esencial de la Constitución (Italia). Los reglamentos parlamentarios, no sometidos al control en algunos ordenamientos (como Italia), en otros pueden ser sometidos sea eventualmente, sea obligatoriamente (Francia, sus excolonias, Rumania y muchos otros). Junto con la Constitución (aunque un poco por debajo), algunos ordenamientos admiten como objeto de control incluso el control de las mismas leyes de revisión constitucional. Cuando esto sucede cambia la misma naturaleza del control de constitucionalidad, respecto de su finalidad originaria, y los jueces de la ley pueden tomar en el ejercicio de esta función un carácter *totalmente* político, porque se convierten en poder constituyente, siendo los límites de la interpretación del texto evanescentes”.<sup>436</sup>

Si nos detenemos en el elemento “parámetro de control”, podemos examinar si éste es integral, o sea, si todo el texto constitucional funge como parámetro de validez o sólo algunas de sus partes, por ejemplo, la orgánica, la dogmática, los preámbulos o los artículos transitorios; también puede analizarse si el parámetro es abierto o plural, en donde cabría explorar qué tipo de normas son las que se incorporan a la constitución para servir conjuntamente como referente normativo, esto es, tratados internacionales, leyes orgánicas, doctrina jurisprudencial, etcétera.

Tusseau informa que en la Constitución de la IV República francesa, el Comité Constitucional sólo podía hacer el contraste entre la norma revisada con

---

<sup>436</sup> Pegoraro, Lucio, “Control jurisdiccional Vs. control político: la erosión de una categoría dicotómica (y el progresivo alcance de este último)”, *op. cit.*, p. 74.



los títulos I al X de la Constitución, lo que traía “consigo una exclusión de la mayoría de las disposiciones de derecho constitucional substancial y específicamente del preámbulo de la Constitución”.<sup>437</sup>

También en algún momento la jurisprudencia mexicana negó la posibilidad de que el juicio de amparo (único medio de control de la constitucionalidad con eficacia práctica en cierta etapa de nuestra historia) procediera frente a la violación de derechos que no estuviesen expresamente contemplados en los primeros 29 artículos de la ley fundamental (concretamente los derechos políticos), que era en los que se condensaban las llamadas “garantías individuales”, con lo cual sólo una parte de la Constitución estaba garantizada jurisdiccionalmente, ya que las acciones de inconstitucionalidad aún no se regulaban y las controversias constitucionales tenían supuestos de procedencia muy limitados y no adquirirían todavía el rol que hoy tienen.

Para poner algunos ejemplos, el Pleno de la Suprema Corte de Justicia de la Nación consideró en diferentes Épocas del Semanario Judicial de la Federación que: “De conformidad con el artículo 103, fracción I, de la Constitución Federal, el juicio de amparo sólo procede por violación de garantías individuales, debiendo entenderse por tales, aquéllas que conciernen al hombre y no las que se refieren al ciudadano; por lo que cualquiera infracción de un derecho político no puede remediarse por medio del juicio constitucional; supuesto que no constituye violación de una garantía individual”;<sup>438</sup> “La afectación de estos derechos no puede ser reclamada en el juicio constitucional, que está instituido exclusivamente para garantizar la efectividad de las garantías individuales, consignadas en los veintinueve primeros artículos de la Constitución Federal, y no para proteger los

---

<sup>437</sup> Tusseau, Guillaume, “El control político de constitucionalidad en Francia”, *op. cit.*, p. 38.

<sup>438</sup> “DERECHOS POLITICOS, AMPARO IMPROCEDENTE POR VIOLACION A”, *Semanario Judicial de la Federación*, Séptima Época, volumen 71, Primera Parte, p. 21.



UNIVERSIDAD  
PANAMERICANA

derechos políticos otorgados únicamente a los mexicanos, que tienen la calidad de ciudadanos”;<sup>439</sup> “Teniendo en el juicio de amparo por objeto resolver las controversias que se susciten por leyes o actos de cualquiera autoridad, que violan las garantías individuales, y no importando tales violaciones de garantías, la lesión de los derechos políticos, la demanda de amparo interpuesta por tal causa debe desecharse por improcedente”;<sup>440</sup> “Los actos que lesionan derechos políticos, no son reclamables en la vía de amparo, porque no se trata de garantías individuales”;<sup>441</sup> “Cualquiera infracción de un derecho político no puede remediarse por medio del amparo, supuesto que no es la violación de una garantía individual”.<sup>442</sup>

Los sub-elementos y las sub-clasificaciones ofrecen un vasto campo de estudio, según la perspectiva desde la cual se pretendan analizar los sistemas de control de la constitucionalidad.

Esta particular forma de análisis también suele estar relacionada con los criterios de clasificación macro y micro. De acuerdo con Pegoraro: “El relieve dado por varios autores a los elementos hasta ahora indicados es diferente de acuerdo con la función de algunas variables, en particular del grado de simplificación/complicación de la clasificación. Con la intención de simplificar las clasificaciones hay quienes eligen elementos determinantes ‘macro’, como en los casos anteriormente señalados (concreción, abstracción, etcétera), aunque acompañados a veces por subdivisiones, y quienes, por el contrario, se basan en elementos más pragmáticos, positivos (estructura, modalidad de elección,

---

<sup>439</sup> “DERECHOS POLITICOS, AMPARO IMPROCEDENTE POR VIOLACION A., *Semanario Judicial de la Federación*, Séptima Época, volumen 71, Primera Parte, p. 23.

<sup>440</sup> “DERECHOS POLITICOS”, *Semanario Judicial de la Federación*, Quinta Época, t. VII, p. 1468.

<sup>441</sup> “DERECHOS POLITICOS”, *Semanario Judicial de la Federación*, Quinta Época, t. VII, p. 389.

<sup>442</sup> “DERECHOS POLITICOS”, *Semanario Judicial de la Federación*, Quinta Época, t. XI, p. 944.



UNIVERSIDAD  
PANAMERICANA

elemento procesal de acceso, eficacia del pronunciamiento, bien tutelado, y así sucesivamente hasta factores aparentemente más marginales), dándoles un mayor o menor peso”.<sup>443</sup>

---

<sup>443</sup> Voz: Jurisdicción constitucional (clasificaciones), Pegoraro, Lucio, *op. cit.*, p. 801.



UNIVERSIDAD  
PANAMERICANA

## CAPÍTULO IV

### ELEMENTOS PARA UNA CLASIFICACIÓN DE LOS SISTEMAS DE CONTROL DE LA CONSTITUCIONALIDAD

*Sumario: 4.1. Introducción.- 4.2. La pregunta metodológica para el estudio de los sistemas de control de la constitucionalidad.- 4.3. Esquemmatización de los sistemas de control de la constitucionalidad y de las clasificaciones de sus elementos esenciales.- 4.4. Elementos para una clasificación de los sistemas de control de la constitucionalidad.*



#### **4.1. Introducción.**

En este capítulo tenemos como objetivo proponer un cambio en la pregunta metodológica con la que usualmente se emprende el estudio de los sistemas de control de la constitucionalidad. En este orden, afirmamos que lo importante no es saber ante *qué* tipo de sistema de control de la constitucionalidad estamos, sino más bien, conocer *cómo* es ese sistema, ya que la respuesta que se dé a este segundo interrogante nos llevará a examinar los cuatro elementos esenciales que hemos visto y no solo parcial y desarticuladamente algunos de ellos.

Asimismo, ofrecemos un panorama general de los sistemas de control de la constitucionalidad, de sus elementos esenciales y de los criterios de clasificación, mediante un esquema que los simplifica y que permite apreciar gráficamente los fundamentos teóricos y prácticos sobre los que descansa la presente investigación. En este orden, nos remontamos brevemente a las clasificaciones analizadas en el Capítulo II con la finalidad de evidenciar que sus alcances son limitados.

Finalmente, proponemos algunas pautas que podrían tomarse en consideración al momento de plantear criterios de clasificación de los sistemas de control de la constitucionalidad en su conjunto, prescindiendo de aquellos que tradicionalmente se han tomado como punto de partida y que han provocado un indebido entendimiento de la materia.

#### **4.2. La pregunta metodológica para el estudio de los sistemas de control de la constitucionalidad.**

A lo largo de esta investigación hemos pretendido demostrar que las clasificaciones de los sistemas de control de la constitucionalidad (tanto las



UNIVERSIDAD  
PANAMERICANA

clásicas o tradicionales como las modernas o contemporáneas), resultan insuficientes para dar cuenta de los distintos sistemas como en realidad se presentan en el derecho positivo comparado; por tanto, que la forma en que los hemos estudiado en los últimos años parte de un esquema superado que ya no se corresponde con la complejidad actual.

Como se expuso con antelación, la doctrina ha clasificado a los distintos sistemas de control de la constitucionalidad haciendo uso de categorías totalizadoras o globalizantes (valiéndose de expresiones como sistema difuso y concentrado, americano y europeo o estadounidense y austriaco) y, sobre esa base, ha extraído categorías intermedias (de donde han surgido los sistemas mixtos o híbridos y duales o paralelos), o bien, categorías secundarias (hablándose aquí de control abstracto o concreto, por vía de acción o de excepción, previo o posterior, efectos generales o relativos, etcétera), sin que ninguna de esas variables pueda, por sí misma, comprender a los distintos sistemas de control en su conjunto.

Consecuentemente, opinamos que las clasificaciones así formuladas en realidad no se están ocupando de los distintos sistemas de control de la constitucionalidad, sino de los elementos individuales que los componen en forma desarticulada.

Todo lo anterior lleva tras de sí efectos y consecuencias que trascienden al correcto entendimiento de la disciplina que nos ocupa. Esto es así pues, como también se ha apuntado previamente, las clasificaciones nos permiten conocer algo y entenderlo mejor mediante la ordenación y simplificación de un elenco de datos dispersos, dándoles una coherencia de conjunto que sea capaz de



UNIVERSIDAD  
PANAMERICANA

incrementar su potencial analítico. Por ello, una clasificación deficiente nos acercará también deficientemente al conocimiento de nuestro objeto de estudio.

Dicho escenario se actualiza en el caso que nos ocupa. En efecto, cuando nos proponemos analizar el control de la constitucionalidad como disciplina científica o bien, examinar un sistema de control de la constitucionalidad en particular, generalmente lo hacemos desde un punto de partida inadecuado que, por tanto, no nos permite obtener respuestas satisfactorias.

Tal parece que lo que más interesa al estudioso de estos temas es saber ante *qué* tipo de sistema se encuentra y no conocer *cómo* es ese sistema. Así, cuando se afirma que en un determinado país el control de la constitucionalidad es concentrado o difuso (eventualmente mixto o dual), asumimos conocer ya gran parte del mismo, cuando en realidad sólo nos hemos aproximado a uno de sus elementos esenciales, concretamente al órgano de control. Lo mismo sucede cuando se toman como base variables de otros elementos (control de constitucionalidad de la ley o para la protección de los derechos, abstracto o concreto, previo o posterior, efectos *inter partes* o *erga omnes*, etcétera).

Este no sería un método inadecuado si en la práctica los “modelos puros” existieran y todos los sistemas particulares pudieran adscribirse sin dificultad a alguno de ellos, de tal suerte que de la categoría orgánica se siguieran automáticamente todas las demás, esto es, el objeto, los medios y el parámetro de control.

Por ejemplo, cuando se dice que todos los jueces (órgano) conocen de la constitucionalidad (parámetro) de las leyes (objeto) en la vía incidental, con ocasión de su aplicación en un caso concreto y con eficacia *inter partes* (medios);



UNIVERSIDAD  
PANAMERICANA

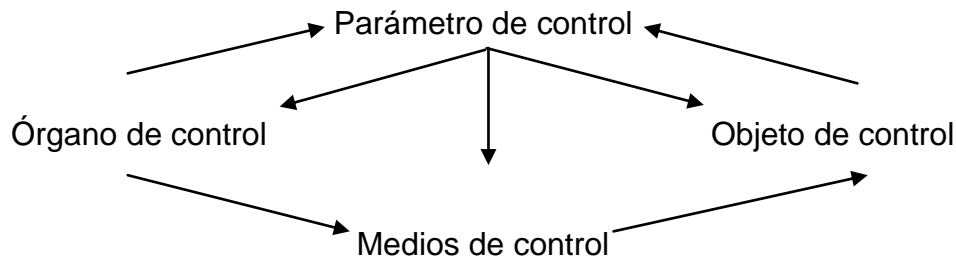
o bien, que un tribunal constitucional (órgano) conoce exclusivamente de la constitucionalidad (parámetro) de las leyes (objeto) en la vía de acción, de forma abstracta y con eficacia *erga omnes* (medios), se están describiendo modelos, hasta cierto punto ideales e históricos, que suelen ser tomados como punto de referencia para hacer encuadrar en alguno de ellos a cualquier sistema concreto que se analice. Aunque lo cierto es que ese encuadramiento difícilmente se da en la práctica.

De frente a todo lo que hemos tratado de demostrar, consideramos que un modelo simple como el descrito ya no puede dar cuenta puntual de los distintos sistemas de control de la constitucionalidad (como nos son representados por el derecho positivo), aunque eventualmente la dualidad difuso-concentrado pueda seguir siendo válida –o cuando menos ilustrativa– como criterio de clasificación del elemento “órgano de control”. En suma, este esquema tradicional no puede seguir siendo la base sobre la cual se estudien y analicen a los sistemas de control de la constitucionalidad, ya como disciplina jurídica, ya como manifestaciones nacionales concretas.

#### **4.3. Esquematización de los sistemas de control de la constitucionalidad y de las clasificaciones de sus elementos esenciales.**

En esta línea argumentativa, a continuación esquematizaremos gráficamente los elementos esenciales de un sistema de control de la constitucionalidad, la forma en que se articulan, las distintas variables clasificatorias que de ellos pueden desprenderse y el carácter residual de los sub-elementos y de las sub-clasificaciones. Este apartado tiene como propósito ilustrar de una manera resumida los fundamentos teóricos y prácticos en los que descansa la presente investigación.

Como dejamos asentado con anterioridad, los elementos esenciales de un sistema de control de la constitucionalidad son los siguientes:



Hemos sostenido que si bien estos elementos esenciales están presentes en todo sistema de control de la constitucionalidad, el contenido o la configuración concreta de cada uno de ellos difiere de sistema a sistema, de ahí la utilidad de hacer uso de conceptos generales y abstractos susceptibles de modularse mediante su individualización en los casos específicos que se analicen.

Para contextualizar lo anterior, recordemos que el órgano de control de la constitucionalidad puede ser un tribunal constitucional; una corte suprema de justicia, en forma excluyente o acompañada de todos los jueces o tribunales ordinarios; una sala constitucional o un órgano de naturaleza política, que también ofrece múltiples manifestaciones; el objeto de control puede consistir en leyes, tratados internacionales, actos concretos, sentencias o resoluciones, entre otras formas de manifestación del poder político, existiendo también actos u omisiones que están excluidos de todo tipo de control; dentro de los medios de control, entendidos como recursos técnicos de carácter procesal, pueden encontrarse el amparo, el control previo, las controversias constitucionales, los conflictos entre órganos, la acción popular, el *habeas corpus*, el *habeas data*, la cuestión de inconstitucionalidad, los contenciosos electorales, la responsabilidad política de altos funcionarios, entre otros; por último, el parámetro de control no siempre es



UNIVERSIDAD  
PANAMERICANA

único o limitado a la norma constitucional, sino que puede adquirir diversas manifestaciones según el tipo de normas que se tomen como canon de enjuiciamiento, por ejemplo, leyes de revisión constitucional, tratados internacionales o normas de distribución de competencias.

Sobre la base de cada uno de esos elementos esenciales es posible desprender distintos criterios de clasificación, los cuales, vistos aisladamente, resultan insuficientes para dar una explicación general y, por tanto, satisfactoria, de los distintos sistemas. Tales clasificaciones las podemos representar en los siguientes términos:



UNIVERSIDAD  
PANAMERICANA

## Elementos esenciales de un sistema de control de la constitucionalidad

### Parámetro de control

1. Según la extensión del parámetro:
  - a) Solo la constitución o una parte de ella (parámetro limitado, único o cerrado).
  - b) La constitución y otras normas (bloque de constitucionalidad, parámetro amplio, plural o abierto: apertura de primer grado (constitución y normas de producción interna) y apertura de segundo grado (constitución y tratados internacionales).
2. Según el tipo de inconstitucionalidad:
  - a) Formal (procedimental) o material (sustantiva).
  - b) Directa (inmediata) o indirecta (mediata).
- c) Extrínseca (reglas o preceptos constitucionales) o intrínseca (principios constitucionales).  
Sub-elementos y sub-clasificaciones.

### Órgano de control

1. Control por órgano político (congreso o parlamento, jefe de Estado, órgano político *ad hoc* – senados franceses, consejo constitucional, supremo poder conservador, consejo de la revolución, etcétera-).
2. Control por órgano jurisdiccional (todos los jueces y tribunales, cortes supremas, tribunales constitucionales, salas constitucionales, etcétera).
  - a) Difuso.
  - b) Concentrado.
  - c) Mixto, híbrido o *tertium genus*.
  - d) Dual, paralelo o *quartum genus*.Sub-elementos y sub-clasificaciones.

### Objeto de control

1. Control de la constitucionalidad de la ley.
  2. Control de los actos para la defensa de los derechos fundamentales.
  3. Control horizontal y vertical del poder.
  4. Otras categorías (omisiones legislativas, contenciosos de carácter electoral, responsabilidad política de altos funcionarios, normas infra-legales, entre otros).
- Actos u omisiones que no son objeto de control de la constitucionalidad.  
Sub-elementos y sub-clasificaciones.

### Medios de control

(Amparo, acción popular, recurso o acción de inconstitucionalidad, cuestión de inconstitucionalidad, control previo, conflictos entre órganos, controversias constitucionales, *habeas corpus*, *habeas data*, etcétera).

1. Por la forma en que puede iniciar el control:
  - a) De oficio.
  - b) A petición de parte.
2. Por la legitimación del sujeto facultado para iniciarlo:
  - a) Por autoridades (órganos constituidos, minorías parlamentarias, órganos jurisdiccionales o entidades territoriales).
  - b) Por particulares (según cuenten con un interés individual lesionado o bien con un interés objetivo en la defensa del orden constitucional).
3. Por la forma en la que se plantea la cuestión de constitucionalidad:
  - a) Por vía de acción o principal.
  - b) Por vía de excepción, incidental o prejudicial.
4. Por el tipo de control que se realiza:
  - a) Control abstracto.
  - b) Control concreto.
5. Por el momento en el que se lleva a cabo:
  - a) Control previo, *a priori*, preventivo o *ex ante*.
  - b) Control posterior, *a posteriori*, represivo, reparador, sucesivo o *ex post*.
6. Por los efectos de las resoluciones:
  - a) Relativos o *inter partes*.
  - b) Generales o *erga omnes*.
7. Por la temporalidad de los efectos de las resoluciones:
  - a) Retroactivos, *ex tunc*, *ab initio*, *pro praeterito* o declarativos.
  - b) No retroactivos, *ex nunc* o constitutivos.
  - c) Diferidos o *pro futuro*.
8. Por el tipo de sentencia o resolución (estimatorias, desestimatorias, interpretativas, aditivas, manipulativas, directivas, etcétera).  
Sub-elementos y sub-clasificaciones.



En este contexto, podemos reiterar que las clasificaciones analizadas en el Capítulo II solo abarcan parcialmente algunos de los mencionados elementos, por lo que, se insiste, son incapaces de dar cuenta de los distintos sistemas de control de la constitucionalidad en su conjunto. Para demostrar tal aserto retomémoslas brevemente, esta vez enfatizando el elemento en el que se apoyan a la luz del esquema planteado.

**Órgano de control.** Las clasificaciones tradicionales basadas en el órgano de control permiten distinguir dos grandes modalidades, ya sea que el control de la constitucionalidad se ejerza por un órgano político o bien jurisdiccional, dividiéndose éste a su vez en difuso y concentrado. Tales son las distinciones elaboradas por Calamandrei<sup>444</sup> y Cappelletti.<sup>445</sup> Si bien éstas tienen un carácter globalizante, en la medida que permiten desprender de ellas categorías secundarias, como la vía (incidental y de acción) el tipo de control (concreto y abstracto) y los efectos de las resoluciones (*inter partes* y *erga omnes*), en todo caso estarían extendiendo sus alcances a sólo dos de los elementos esenciales de los sistemas, señaladamente al órgano y a los medios de control. Empero, de ahí no puede conocerse, ni aun indiciariamente, el tipo de parámetro de contraste para efectuar el control de regularidad.

En el mismo supuesto se encontraría la clasificación que realiza Pegoraro al proponer la existencia de cuatro modelos, a saber, el de la *judicial review* de Estados Unidos; la *Verfassungsgerichtsbarkeit* de Austria; un *tertium genus* derivado de la mezcla de éstos y un *quartum genus* en los que se daría la coexistencia de los mismos (difuso y concentrado); así como la de Albrecht

---

<sup>444</sup> Cfr. Fix-Zamudio, Héctor, "La aportación de Piero Calamandrei al Derecho procesal constitucional", *op. cit.*, p. 195.

<sup>445</sup> Cfr. Cappelletti, Mauro, *La justicia constitucional. (Estudios de derecho comparado)*, *op. cit.*, pp. 60 y ss.



UNIVERSIDAD  
PANAMERICANA

Weber, para quien puede distinguirse entre el modelo de control difuso, el modelo de control concentrado, los modelos mixtos o híbridos y los modelos atípicos,<sup>446</sup> y la de Louis Favoreu, quien junto a los tradicionales europeo y americano reconoce al *sudamericano* como un tercer modelo, así como un cuarto caracterizado por la presencia de una sala especializada dentro del tribunal supremo.<sup>447</sup>

En todas ellas podemos apreciar que se toma como base el criterio orgánico, de donde emergen categorías intermedias catalogadas como *tertium genus*, *quartum genus*, mixtos o híbridos, resultantes de la mezcla o coexistencia del difuso y el concentrado; incluso los llamados modelos atípicos, sudamericano o de sala constitucional, continuarían apoyándose en el órgano de control, bien sea uno político como el francés donde funciona el Consejo Constitucional, un tribunal constitucional coexistente con la jurisdicción ordinaria, como sucede en América Latina, o una sala constitucional especializada que se incardina estructuralmente dentro del tribunal supremo, como se ha practicado en África y Centroamérica, principalmente.

En forma análoga Alfonso Celotto considera que la variable fundamental se encuentra en si existe o no un tribunal constitucional *ad hoc*, en cuyo caso se estará en presencia de un análisis *centralizado*, o bien, si éste compete a todos los jueces, en cuyo caso será difuso, al que también denomina *judicial review*. Esas dos modalidades son vinculadas por el referido autor con los efectos de la decisión de inconstitucionalidad, siendo en el primero *erga omnes* y constitutivos, y en el

---

<sup>446</sup> Cfr. Pegoraro, Lucio, *La justicia constitucional. Una perspectiva comparada*, op. cit., pp. 31-64 y Tusseau, Guillaume, *Para acabar con los "modelos" de jurisdicción constitucional. Un ensayo de crítica*, op. cit., pp. 113-114.

<sup>447</sup> Cfr. Tusseau, Guillaume, *Para acabar con los "modelos" de jurisdicción constitucional. Un ensayo de crítica*, op. cit., pp. 112-113.



segundo *inter partes* y declarativos<sup>448</sup> y con otras cuatro variables que pueden diferenciar los distintos modelos: el momento cronológico; el control abstracto o concreto; las modalidades de acceso al juicio de constitucionalidad y finalmente un elemento atípico, concretamente las modalidades de composición y de nómina del tribunal constitucional,<sup>449</sup> de tal suerte que aquí están presentes únicamente el órgano y los medios de control.

Con mayor contundencia las propuestas clasificatorias de Manuel García Pelayo, al sugerir la existencia de cinco tipos de jurisdicción constitucional: descentralizada y no especializada; descentralizada especializada; centralizada y no especializada; centralizada y relativamente especializada y centralizada y especializada,<sup>450</sup> y de Humberto Nogueira Alcalá, quien identifica en América Latina 7 variantes de los sistemas de control, que van del sistema judicial difuso; sistema judicial concentrado en la corte suprema; sistema judicial concentrado en la corte suprema de justicia y en su sala constitucional; sistema de control judicial difuso y control concentrado en el tribunal supremo; sistema de control judicial difuso y control concentrado en el tribunal constitucional; sistema de control constitucional dualista y sistema de doble control concentrado de constitucionalidad,<sup>451</sup> descansan exclusivamente en el órgano de control, pero no dan cuenta de los restantes elementos.

El criterio orgánico, en compañía de algunas notas características de los medios de control, es adoptado por Nino, ya que al explicar los fundamentos

---

<sup>448</sup> Cfr. Celotto, Alfonso, *op. cit.*, p. 10. Véase también Humberto Nogueira Alcalá, *La jurisdicción constitucional y los tribunales constitucionales de Sudamérica en la alborada del siglo XXI*, *op. cit.*, pp. 60-61.

<sup>449</sup> Cfr. Celotto, Alfonso, *op. cit.*, pp. 11-13.

<sup>450</sup> Cfr. Humberto Nogueira Alcalá, *La jurisdicción constitucional y los tribunales constitucionales de Sudamérica en la alborada del siglo XXI*, *op. cit.*, pp. 55-57.

<sup>451</sup> Cfr. Humberto Nogueira Alcalá, "Las competencias de los tribunales constitucionales de América del Sur", *op. cit.*; igualmente, Néstor Pedro Sagüés, *op. cit.*, p. 30.



UNIVERSIDAD  
PANAMERICANA

filosóficos del control de constitucionalidad, parte del entendimiento de que éstos pueden ser de tres clases: "...un mecanismo difuso, *a posteriori*, para casos concretos y a pedido de partes, como el argentino y el norteamericano, un sistema como el francés: abstracto, preventivo, por un órgano cuasi-político que depende, por su designación, de los órganos políticos o un sistema mixto como el alemán".<sup>452</sup>

**Objeto de control.** Cuando Rubio Llorente distingue entre un modelo centrado en el control de la constitucionalidad de la ley y otro basado en la garantía de los derechos fundamentales, siendo compatible con el primero la existencia de medios de control directo y abstracto, y con los segundos el control concreto y el recurso de amparo,<sup>453</sup> parte desde la perspectiva del objeto y de los medios de control, pero en su tipología no se consideran el parámetro ni el órgano.

Lo mismo ocurre con la propuesta de Giancarlo Rolla al diferenciar entre un modelo que se propone principalmente depurar los vicios de la ley y garantizar el equilibrio entre los poderes y un modelo orientado directamente hacia la defensa de los derechos;<sup>454</sup> siendo que en el primer caso tienen relevancia el control de la constitucionalidad de la ley y los conflictos entre los poderes del Estado y en el segundo los recursos directos contra los actos de los poderes públicos y eventualmente de los particulares,<sup>455</sup> clasificación que toma como base el objeto de control y su vinculación con los medios, sin considerar las otras variables.

---

<sup>452</sup> Nino, Carlos S., "La filosofía del control judicial de constitucionalidad", *Revista del Centro de Estudios Constitucionales*, núm. 4, septiembre-diciembre, 1989, p. 79.

<sup>453</sup> Cfr. Fernández Rodríguez, José Julio, *op. cit.*, pp. 36-37 y Humberto Nogueira Alcalá, *La jurisdicción constitucional y los tribunales constitucionales de Sudamérica en la alborada del siglo XXI*, *op. cit.*, p. 57.

<sup>454</sup> Cfr. Rolla, Giancarlo, *op. cit.*, pp. 145-146.

<sup>455</sup> Cfr. *Ibidem*, p. 146.



En el mismo rubro se sitúa Antonio Baldassarre cuando propone un modelo centrado en los derechos fundamentales frente a un modelo centrado en la justicia de tipo político y sobre el proceso contencioso relativo a la transferencia de competencias,<sup>456</sup> pues el acento estaría puesto enteramente en el objeto de control.

**Medios de control.** Cuando se toman como base clasificatoria los medios de control, usualmente se circunscriben a determinar si éste es abstracto o concreto. Aquí podemos colocar a Michel Fromont cuando sugiere una clasificación basada en la modalidad decisoria del control, esto es, si es concreta o abstracta, de donde emergen procedimientos concretos y subjetivos, abstractos y mixtos u objetivos y abstractos,<sup>457</sup> esto es, los medios de control operan en conexión con el objeto del mismo; y a Pizzorusso, quien toma como base los sistemas concretos y abstractos de control de constitucionalidad, derivando de ahí variables concernientes a la legitimación activa, a los efectos de las sentencias o a la temporalidad (control preventivo o sucesivo),<sup>458</sup> los cuales, como hemos visto, son reconducibles al elemento medios de control.

Incluso, aun considerando que su clasificación permite sostener que la tutela asegurada por los sistemas concretos se dirige principalmente a las situaciones jurídicas subjetivas de los ciudadanos y, por tanto, a realizar la protección de los derechos fundamentales, en tanto que la tutela ofrecida por los sistemas abstractos aparece principalmente encaminada a asegurar el respeto de

---

<sup>456</sup> Cfr. Tusseau, Guillaume, *Para acabar con los "modelos" de jurisdicción constitucional. Un ensayo de crítica*, op. cit., p. 117.

<sup>457</sup> Cfr. Fernández Rodríguez, José Julio, op. cit., p. 37 y Humberto Nogueira Alcalá, *La jurisdicción constitucional y los tribunales constitucionales de Sudamérica en la alborada del siglo XXI*, op. cit., pp. 58-59; también véase Tusseau, Guillaume, *Para acabar con los "modelos" de jurisdicción constitucional. Un ensayo de crítica*, op. cit., pp. 118-120.

<sup>458</sup> Cfr. Mezzetti, Luca, op. cit., p. 287; también véase Tusseau, Guillaume, *Para acabar con los "modelos" de jurisdicción constitucional. Un ensayo de crítica*, op. cit., p. 118, nota al pie de página número 15.



las esferas de competencia de los diferentes entes, en los estados federales o regionales, y de los órganos constitucionales, en el ámbito de la organización estatal,<sup>459</sup> estarían predominando los elementos medios y objeto. El parámetro y el órgano quedarían fuera de este esquema.

También Francisco Fernández Segado propone una pauta explicativa similar, según se trate de un control de constitucionalidad de la ley con independencia de su aplicación y de todo tipo de conflicto de intereses subjetivos, o de un control ejercido con ocasión de su aplicación. Aunque de ahí emergen distintas variables<sup>460</sup> que permiten que su clasificación gire en torno a los medios de control, al objeto y a los órganos, quedaría fuera el elemento del parámetro de enjuiciamiento.

**Parámetro de control.** En cuanto a las clasificaciones que atienden al parámetro de control destacan la de Pegoraro, quien considera que desde esta perspectiva los sistemas pueden subdividirse en limitados y amplios (de “parámetro limitado” y de “parámetro amplio”)<sup>461</sup> y la de Humberto Nogueira, para quien los sistemas de control, desde el mencionado enfoque, pueden clasificarse según tengan un parámetro de control *único* o *plural*;<sup>462</sup> las que desde luego no se ocupan de los otros tres componentes estructurales.

Incluso las propuestas de clasificación más completas, como las de Humberto Nogueira Alcalá que propone una clasificación basada en 7 elementos (el órgano de control; su ámbito competencial; el momento para llevarlo a cabo;

---

<sup>459</sup> Cfr. Mezzetti, Luca, *op. cit.*, p. 288.

<sup>460</sup> Cfr. Fernández Segado, Francisco, *La justicia constitucional ante el siglo XXI: la progresiva convergencia de los sistemas americano y europeo-kelseniano*, *op. cit.*, pp. 134-141.

<sup>461</sup> Cfr. Pegoraro, Lucio, “Clasificación de los sistemas de justicia constitucional: una dicotomía agotada”, *op. cit.*, p. 75.

<sup>462</sup> Cfr. Nogueira Alcalá, Humberto, *La jurisdicción constitucional y los tribunales constitucionales de Sudamérica en la alborada del siglo XXI*, *op. cit.*, p. 64.



los sujetos legitimados activamente; el tipo de procedimiento utilizado; el parámetro de control y los efectos de las sentencias)<sup>463</sup> o la de Lucio Pegoraro, basada en igual número de criterios (según el contexto estructural; *monofuncionales* o *plurifuncionales*; la extensión del parámetro; la extensión de la materia controlable; dependiendo de las modalidades de acceso a la jurisdicción constitucional; *cerrados* o *abiertos* y el efecto de la decisión constitucional),<sup>464</sup> si bien logran capturar variables de los cuatro elementos esenciales, esto es, el órgano, el objeto, los medios y el parámetro de control, no están clasificando a los distintos sistemas en su conjunto.

En este orden, podemos seguir a Tusseau en la formulación de dos críticas generales, por un lado, que: “Los nuevos ‘modelos’ no constituyen tipos lógicos alternativos, independientes, si no combinaciones de los anteriores. El problema metodológico evidenciado a propósito de los modelos tradicionales de jurisdicción constitucional puede, en consecuencia, verse ahora agravado”, por el otro, que en algunas de ellas se: “...presenta el inconveniente de enfatizar tan sólo uno de los múltiples criterios posibles de clasificación de los modelos de jurisdicción constitucional...”<sup>465</sup>

#### **4.4. Elementos para una clasificación de los sistemas de control de la constitucionalidad.**

Llegamos así al punto en el que podemos sugerir algunos elementos a tomar en consideración cuando se pretenda elaborar una clasificación de los sistemas de

---

<sup>463</sup> Cfr. *Ibidem*, *op. cit.*, pp. 61-65.

<sup>464</sup> Cfr. Tusseau, Guillaume, *Para acabar con los “modelos” de jurisdicción constitucional. Un ensayo de crítica*, *op. cit.*, pp. 125-127. También véase Pegoraro, Lucio, “Clasificación de los sistemas de justicia constitucional: una dicotomía agotada”, *op. cit.*, pp. 71-73.

<sup>465</sup> Tusseau, Guillaume, *Para acabar con los “modelos” de jurisdicción constitucional. Un ensayo de crítica*, *op. cit.*, pp. 114 y 120.



UNIVERSIDAD  
PANAMERICANA

control de la constitucionalidad. En este orden, además de la evaluación crítica que hemos realizado de las distintas propuestas formuladas en tal sentido, el esquema que esbozamos pretende aportar a la ciencia jurídica un panorama general a partir del cual sea posible analizar y comprender a los distintos sistemas de control de la constitucionalidad vistos globalmente, esto es, plantear un esquema metodológico que sea útil para el estudio de cualquier sistema de control que se elija.

En primer lugar, sostenemos que lo importante no es saber ante *qué* tipo de sistema estamos, sino más bien conocer *cómo* es ese sistema, ya que la respuesta que se dé a este segundo planteamiento necesariamente nos llevará a examinar sus cuatro elementos esenciales y podremos estar en condiciones de conocer el sistema de control como tal y no sólo algunos de sus componentes en forma aislada.

En consecuencia, al descansar el estudio integral de los sistemas de control de la constitucionalidad en el análisis de los mencionados cuatro elementos esenciales (parámetro, órgano, medios y objeto), las clasificaciones que solo toman como base uno o algunos de ellos no estarán dando cuenta de los distintos “sistemas” en su conjunto. Esto es, aun siendo válidas e ilustrativas para ciertos fines, su utilidad explicativa tendrá alcances limitados, en la medida que nos permitirán conocer distintas variables clasificatorias de los elementos de los sistemas en forma parcial y desarticulada, más no una visión de conjunto de los muy variados sistemas de control *per se*.

Al formularse una clasificación de los sistemas de control de la constitucionalidad debe tenerse en cuenta que, todas las variables antes esquematizadas como en realidad se presentan en el derecho positivo de los



diferentes países, nos coloca frente a sistemas “complejos” y “dinámicos”, ya que los referidos elementos esenciales aparecerán interactuando en su configuración concreta. De ahí también la dificultad para crear categorías rígidas, globalizantes o totalizadoras que puedan aprehender a todos los sistemas particulares.

Como ha recomendado Pegoraro, es necesario matizar las clases utilizando categorías débiles o flexibles, clasificando a los sistemas vigentes según su mayor o menor pertenencia a las categorías respectivas; preferir la clasificación de sistemas y no modelos y reconocer que no existen ni modelos ni sistemas puros.<sup>466</sup>

En nuestra opinión, un esquema como el que sugerimos considera ambos extremos y presenta múltiples ventajas. Esto es así, pues permite tener una noción clara de sistema de control y de sus distintos elementos esenciales, los cuales es posible hacer circular para el estudio específico de un determinado sistema de control de la constitucionalidad.

Recordemos que para efectos de nuestra investigación entendimos que la idea de *sistema* nos permite hacer referencia a la forma particular en que se organizan y articulan los elementos estructurales del control de la constitucionalidad en un país determinado, en tanto que la idea de *modelo* alude a un arquetipo o guía a seguir, lo que no excluye la posibilidad de tomar a más de uno como base para la configuración de un sistema propio.

Además, el referido esquema utiliza categorías generales dentro de las cuales es posible adscribir a una pluralidad de especies; esto es, al usar las nociones de parámetro, órgano, objeto o medios de control, no hacemos alusión a

---

<sup>466</sup> Cfr. Pegoraro, Lucio, “Control jurisdiccional Vs. control político: la erosión de una categoría dicotómica (y el progresivo alcance de este último)”, *op. cit.*, pp. 45-46.



UNIVERSIDAD  
PANAMERICANA

un órgano concreto (órgano político, juez ordinario, corte suprema, sala o tribunal constitucional), a un parámetro específico (constitución formal, material, bloque de constitucionalidad, etcétera), a un objeto determinado (ley, omisiones o actos concretos) o a un medio de control en particular (amparo, cuestión de inconstitucionalidad, acción popular, entre otros), pues las múltiples manifestaciones y modalidades que todos éstos pueden adquirir en el derecho positivo comparado, son susceptibles de englobarse en cada una de ellas.

Nuestra propuesta tiene la pretensión de poder explicar cualquier sistema de control de la constitucionalidad que se elija mediante el uso de categorías generales y flexibles. No califica *a priori* el sistema, sino que primero determina sus componentes esenciales y luego los individualiza mediante su adscripción a algunos de los criterios de clasificación formulados.

La conveniencia de utilizar una terminología que resulte apropiada para nuestros fines la ha puesto de manifiesto Pegoraro, al sostener que en nuestro ámbito se clasifica todo o casi todo, las constituciones, las formas de Estado, los tipos de gobierno, la democracia, los tipos de congreso y, desde luego, los sistemas de control. “Desde siempre, el Derecho público ha generado notables cuestiones sobre las palabras a usar en la designación de clases y categorías...Las palabras usadas para designar la categoría no tienen correspondencia, entonces, en el metalenguaje de los constitucionalistas de buena parte de la tierra”.<sup>467</sup>

En similares términos se expresa Tusseau, tras reconocer que en el ámbito que nos ocupa, inclusive antes que los modelos o los sistemas de control de la constitucionalidad o que la posibilidad de organizarlos en categorías

---

<sup>467</sup> Pegoraro, Lucio, *Derecho constitucional comparado. 1 La ciencia y el método*, op. cit., pp. 124-125.



UNIVERSIDAD  
PANAMERICANA

predeterminadas, lo primero que salta a la vista del estudioso del derecho comparado es la variedad de instituciones positivas, por ello: “Con el objeto de poder orientarse en esta abundancia institucional, resulta necesario dotarse de aquellos conceptos que fueran pertinentes –es decir, de elaborar las plantillas de lectura que permitieran componer, a partir de una serie de elementos desordenados, las unidades significativas y relativamente manipulables–...”.<sup>468</sup>

Este mismo autor considera importante dotarnos de un metalenguaje neutral y comprensivo, a modo de: “...cuadro conceptual abstracto y general que cubre de manera exhaustiva todas las posibilidades teóricas susceptibles de presentarse en el Derecho positivo”.<sup>469</sup> Continúa diciendo que: “Este modelo de inteligibilidad del Derecho, construido de forma independiente de cualquier orden jurídico positivo particular, es completo, ordenado y sistemático y actúa como indicador de las posibilidades teóricas entre las que el Derecho positivo realiza sus elecciones. A continuación, el estudio minucioso de las instituciones precedentes de cada Estado conduce a la producción de una casuística elaborada a partir de los dispositivos ya existentes; en otras palabras, este estudio nos lleva a identificar –por medio de los conceptos previamente construidos–, y más tarde a clasificar, los múltiples elementos constitutivos de la organización de su jurisdicción constitucional en el seno de las diferentes clases elaboradas”.<sup>470</sup>

Citando a Eisenmann, recuerda que: “Si queremos orientarnos adecuadamente en el conjunto de los sistemas jurídicos, resulta necesario, en consecuencia, dotarse de conceptos lo suficientemente finos y lo suficientemente generales para comprender así una multiplicidad de estructuras

---

<sup>468</sup> Tusseau, Guillaume, *Para acabar con los “modelos” de jurisdicción constitucional. Un ensayo de crítica*, op. cit., pp. 127-128.

<sup>469</sup> *Ibidem*, p. 132.

<sup>470</sup> *Ibidem*, pp. 132-133.



posibles...Podemos, por tanto, calificar como ‘Derecho comparado’ a la disciplina que permite describir las estructuras de cualquier sistema jurídico con la ayuda de conceptos generales que presentan la finura necesaria y suficiente. Esta disciplina permite, pues, interpretar los enunciados de la Ciencia del Derecho, la cual tan sólo tiene necesidad de conceptos apropiados a *cada uno* de los sistemas que describe y a través de los cuales desarrolla el conjunto de soluciones posibles de los casos que se presentan...”<sup>471</sup>

Por otra parte, no debe caerse en el lugar común de considerar que la falta de adecuación de un sistema a un determinado modelo constituye un defecto estructural, ni puede ser un criterio para proponer cambios o reformas al mismo. En igual sentido, José Ramón Cossío expresa que una de las distorsiones que genera el creer que todas las formas de organización del control de la constitucionalidad están comprendidas en los dos modelos clásicos, consiste en suponer: “...que cuando ello no es así, es producto de un error en el diseño constitucional, que debe superarse aceptando plenamente una de las dos posibilidades jurisdiccionales ya señaladas”.<sup>472</sup>

Asimismo, las clasificaciones formuladas deben ser útiles, prescindiendo, por ejemplo, de argumentos estadísticos o no sustanciales.<sup>473</sup> Es posible elaborar una clasificación de los sistemas de control desde un punto de vista diacrónico, esto es, que refleje sus distintas etapas evolutivas. Así, podría señalarse que los sistemas son simples y complejos, pero los primeros en realidad quedarían como una reminiscencia histórica ya que, como hemos sostenido, actualmente todos los sistemas se perfilan más como de carácter dinámico y complejo.

---

<sup>471</sup> *Ibidem*, p. 132.

<sup>472</sup> Cossío Díaz, José Ramón, *op. cit.*, p. 2.

<sup>473</sup> Algunos autores han llegado a sostener clasificaciones basadas en el número de recursos de algún tipo de los que llega a conocer el órgano de control, verbigracia, recursos abstractos *versus* amparos o cuestiones de constitucionalidad.



UNIVERSIDAD  
PANAMERICANA

En efecto, los modelos y sistemas simples podrían resumirse en la forma en que ya lo hemos apuntado: todos los jueces (órgano) conocen de la constitucionalidad (parámetro) de las leyes (objeto) en la vía incidental, con ocasión de su aplicación en un caso concreto y con eficacia *inter partes* (medios); o bien, un tribunal constitucional (órgano) conoce exclusivamente de la constitucionalidad (parámetro) de las leyes (objeto) en la vía de acción, de forma abstracta y con eficacia *erga omnes* (medios). Pero como también lo hemos advertido, estos esquemas simples difícilmente pueden describir a algún sistema de control de la constitucionalidad en particular en perspectiva contemporánea.

Dicho fenómeno también lo podemos constatar si analizamos el caso concreto de nuestro país. El sistema mexicano de control de la constitucionalidad hasta antes de 1994 era un sistema simple, en la medida que solo fungían como *órganos de control* los jueces y tribunales del Poder Judicial de la Federación; el *medio de control* era prácticamente uno, el juicio de amparo; el *parámetro de control*, en conexión con el objeto de tutela de aquel recurso individual, se circunscribía únicamente a los primeros 29 artículos de la Constitución, esto es, a la llamada parte dogmática en la que se condensaban las denominadas garantías individuales y, finalmente, el *objeto de control* era muy reducido, dejando fuera a un gran número de actos de autoridad, por ejemplo, los provenientes de los organismos descentralizados o las omisiones legislativas, ni qué decir de los actos de particulares, de la protección de los derechos políticos o de los intereses colectivos y difusos. Después de las reformas efectuadas paulatinamente desde ese año, se ha configurado más bien un sistema complejo de control de la constitucionalidad.

En consecuencia, el criterio diacrónico que permitiría clasificar a los sistemas de control de la constitucionalidad en simples y complejos, estaría



diciendo poco del escenario actual, en el que prevalecen, según hemos tratado de acreditar, sistemas dinámicos y complejos.

Consideramos que una forma en la que podría darse cuenta en forma integral y sincrónica de los distintos sistemas de control de la constitucionalidad, sería sobre la base de la graduación o intensidad de sus distintos elementos. Si nos detenemos en el análisis de cada uno de los que hemos identificado como esenciales, o sea, el parámetro, el órgano, los medios y el objeto, podremos percatarnos que todos pueden seguir una trayectoria que va de lo reducido o limitado a lo amplio o extenso.

Verbigracia, se puede pasar de un sistema que tiene como parámetro de validez a sólo una parte de la constitución, a otro que considera a toda la norma constitucional como medida de contraste y de ahí a otro que además de la constitución, incorpora a las leyes orgánicas o de distribución de competencias e incluso a los tratados internacionales.

También se puede pasar de un sistema que deposita en forma excluyente o preponderante el control de la constitucionalidad en un único órgano especializado o semi-especializado, a otro en el que ciertos sectores de la jurisdicción ordinaria pueden participar en tareas de control, y de ahí a otro en la que todo órgano jurisdiccional, con independencia de su competencia o jerarquía, puede realizar dicha función.

Asimismo, se puede pasar de un sistema en el que los medios de control sean escasos, por ejemplo, que solo tengan el amparo o el control abstracto o concreto de normas generales, a otro que incorpore los conflictos entre órganos o las controversias constitucionales, en estados con unidades territoriales



UNIVERSIDAD  
PANAMERICANA

autónomas, y de ahí a otro que considere una pluralidad de instrumentos procesales para controlar el ejercicio del poder, como la acción popular, el *habeas corpus*, el *habeas data*, los contenciosos electorales, la responsabilidad política de altos funcionarios, entre otros.

Finalmente y, en consonancia con lo señalado en el párrafo anterior, se puede pasar de un sistema en el que el objeto del control sea la salvaguarda de los derechos fundamentales y la regularidad constitucional de la ley, a otro que contemple diversas manifestaciones del poder político -naturaleza legislativa, administrativa o judicial-, y de ahí a otro en el que se reduzca en la mayor medida posible la existencia de actos u omisiones exentos de control de constitucionalidad, incluso hasta comprender aquellos sectores que tradicionalmente han quedado excluidos de escrutinio judicial, como las leyes de revisión constitucional, las cuestiones políticas o los actos emitidos en el marco de las relaciones asimétricas de poder entre los particulares.

Es posible que con base en los niveles de graduación apenas delineados, pueda formularse una clasificación integral de los distintos sistemas de control de la constitucionalidad que comprenda a todos los elementos esenciales y que parta del reconocimiento de que no hay sistemas o modelos puros, sino múltiples manifestaciones complejas y dinámicas, susceptibles de adscribirse a categorías generales y flexibles.

Para finalizar este capítulo, se considera pertinente reafirmar un par de anotaciones expuestas con antelación, las cuales podrán ser justificadas adecuadamente tras haber terminado el desarrollo de la presente tesis.



UNIVERSIDAD  
PANAMERICANA

Por un lado, en la parte inicial del trabajo se argumentó que su finalidad no era realizar un análisis de *lege ferenda*, ya que no proponía una reforma legal para mejorar el ordenamiento jurídico de un país determinado. Por tanto, no se ofrecen directivas al legislador para que elija normativamente un determinado órgano de control en sustitución de otro; para que amplíe el parámetro de enjuiciamiento utilizado por sus tribunales o para que introduzca a su legislación un nuevo medio de control. Por el contrario, se enfatizó que uno de sus objetivos fundamentales era trascender los ámbitos nacionales y ofrecer, sobre una base comparativa y descriptiva, una sistematización completa que sirviera para estudiar la variedad de sistemas que se nos presentan a partir de sus elementos comunes, sin limitarlo al análisis de un sistema en particular.

Sobre esa base, en este capítulo final refrendamos que, además de realizar una evaluación crítica de los múltiples criterios clasificatorios encaminada a revelar sus debilidades y limitaciones, el esquema esbozado tiene la pretensión de aportar a la ciencia jurídica un panorama general a partir del cual sea posible analizar y comprender los distintos sistemas de control vistos globalmente, esto es, formular un *planteamiento teórico general* que sea útil para el estudio de cualquier sistema de control que se elija, incluido el mexicano a partir de su configuración concreta.

En este contexto, inteligentemente podría cuestionarse sobre los efectos prácticos de la propuesta formulada. Frente a ello, y sin demérito de las anteriores reflexiones en el sentido de que nuestra investigación tiene una orientación distinta, es dable considerar que dicha observación resultaría legítima y certera, aunque no necesariamente desvelaría una omisión en nuestro desarrollo, sino que serviría como punto de partida para la elaboración de un estudio autónomo con alcances diferentes a los aquí planteados, en el que ya no se cuestione sobre los criterios de clasificación a partir de los cuales es posible analizar a los distintos



sistemas en su conjunto, sino más bien, se interrogue sobre cómo es el sistema de control de la constitucionalidad mexicano y cómo tendría que ser para perfeccionar su funcionamiento. Lo cual es plenamente consistente con el cambio metodológico que sugerimos previamente.

No obstante lo anterior, aún como diseño teórico, la utilidad práctica de esta investigación radica en que aporta al estudioso una base para el análisis de un sistema de control en específico. De frente a ese esquema, el jurista mexicano identificará fácilmente las manifestaciones concretas de los elementos esenciales que estructuran nuestro sistema, mediante su adscripción individualizada a los componentes generales del modelo sugerido.

Por ejemplo, podría concluir que el *parámetro* de regularidad es, por su extensión, abierto, amplio o plural, ya que se conforma por un conjunto normativo integrado por la Constitución y por otras normas, que pueden ir desde los tratados internacionales hasta aquellas que tienen un rol de distribución competencial; canon de validez que permite, a su vez, distintos tipos de inconstitucionalidad, ya sea directa o indirecta y formal o material. Asimismo, el estudioso nacional podría identificar que el *órgano* de control es de carácter jurisdiccional con proyección difusa, en la medida que todos los jueces tienen el poder/deber de llevar a cabo el control de constitucionalidad, en el ámbito de sus respectivas competencias y con niveles de intensidad distintos; de igual modo, advertiría la existencia de diversos *medios* de control (como el amparo, las controversias constitucionales, las acciones de inconstitucionalidad, etcétera), con presupuestos de legitimación, temporalidad y efectos resolutivos propios, que tendrían como *objeto* controlar el poder político en sus distintas manifestaciones, ya sea para la tutela de derechos fundamentales, el control horizontal y vertical del poder o la regularidad de las normas generales.



UNIVERSIDAD  
PANAMERICANA

Esta síntesis explicativa revela la utilidad práctica de nuestro planteamiento teórico y su vasto campo de estudio, el cual puede ponerse a prueba siempre que, a partir de su estructura, se estudie un sistema de control en particular.



UNIVERSIDAD  
PANAMERICANA

## CONCLUSIONES

**Primera.** La gestación de los sistemas de control, como los conocemos y entendemos hoy en día, son una construcción histórica progresiva cuyos orígenes se remontan a épocas muy anteriores a la actual. Si bien es posible encontrar antecedentes remotos que revelan la existencia de distintos instrumentos destinados a preservar la supremacía de un cierto orden normativo, o bien, a garantizar la protección de los derechos y libertades reconocidos en favor de las personas en un determinado periodo de la historia, su carácter aislado y poco sistemático, impiden que sobre su base pueda hablarse de sistemas de control de la constitucionalidad bien estructurados; en todo caso podríamos encontrar ahí los orígenes, pero los antecedentes directos e inmediatos de lo que hoy conocemos como control de la constitucionalidad pueden hallarse en los movimientos revolucionarios del siglo XVIII, pues fue a partir de ese momento en que surgió un renovado entendimiento de la constitución como límite al ejercicio del poder y, por tanto, la necesidad de establecer medios de control encaminados a garantizar que aquéllos fueran respetados.

**Segunda.** Desde una perspectiva diacrónica, el surgimiento de los sistemas de control de la constitucionalidad se encuentra en las experiencias estadounidense y francesa, a los que se ha identificado como sistemas jurisdiccional difuso y por órgano político, respectivamente; luego, tras la segunda postguerra se da el nacimiento del llamado sistema jurisdiccional concentrado, inicialmente en Checoslovaquia y Austria, caracterizado por la existencia de un tribunal constitucional como órgano especializado de competencia excluyente, y que para un sector de la doctrina es el resultado ecléctico de los sistemas difuso estadounidense y político francés; en los países que se organizaron políticamente bajo las estructuras del estado socialista surgió una nueva manifestación del control de la constitucionalidad, depositado en las asambleas como órganos



UNIVERSIDAD  
PANAMERICANA

políticos supremos representativos de la unidad del poder estatal, los que a la postre sucumbieron frente a la paulatina expansión del sistema concentrado.

**Tercera.** Cada una de las relatadas experiencias históricas ha dado lugar a modelos de control de la constitucionalidad cuya influencia se ha extendido a gran parte de los ordenamientos jurídicos de todo el mundo, en los cuales se han configurado sistemas de control más o menos identificables con alguno de ellos. Por tanto, el estudio de los distintos sistemas se ha realizado sobre la base de criterios de clasificación construidos a partir de las referidas experiencias, siendo la principal aquella que los divide en sistemas de control de la constitucionalidad por órgano político y sistemas de control de la constitucionalidad por órgano jurisdiccional, deudores de las tradiciones francesa, por un lado, y estadounidense y austriaca, por el otro.

**Cuarta.** El control de la constitucionalidad por órgano político está caracterizado, según la doctrina, por lo siguiente: la preservación del orden constitucional se encomienda, bien a un órgano *ad hoc* distinto de aquellos en quienes se deposita el ejercicio de los tres poderes tradicionales, o bien, se confía a alguno de ellos; la legitimación para plantear la cuestión de constitucionalidad corresponde a un órgano estatal o a un grupo de funcionarios públicos; ante el órgano de control no se lleva a cabo un procedimiento contencioso de carácter jurisdiccional; la declaración de inconstitucionalidad tiene efectos generales o *erga omnes*; el control es de carácter subjetivo, pues no tiene un parámetro objetivo, fijo y predeterminado de valoración; por tanto, está basado en razones políticas o de oportunidad; es voluntario, puesto que el órgano de control puede ejercer o no su facultad de control, incluso puede hacerlo de manera oficiosa, sin que sea necesariamente requerido para ello; los órganos políticos de control no necesariamente se integran bajo criterios de imparcialidad e independencia, y no



UNIVERSIDAD  
PANAMERICANA

necesariamente sus miembros están dotados de especiales conocimientos técnicos sobre cuestiones de derecho; finalmente, los órganos políticos suelen estar conformados por un número significativo de integrantes.

**Quinta.** El control de la constitucionalidad por órgano jurisdiccional está caracterizado, conforme a la doctrina, por lo siguiente: el control se confiere a un órgano judicial con facultades expresas para impartirla; la legitimación para plantear la petición de inconstitucionalidad incumbe a cualquier gobernado; ante el órgano judicial de control se substancia un procedimiento contencioso entre el sujeto específico agraviado y el órgano de autoridad de quien proviene el acto que se impugne, o bien dentro de los procedimientos judiciales comunes la autoridad ante la que se ventilan prescinde de la aplicación de la ley o acto *stricto-sensu* que se haya impugnado; por último, las decisiones de inconstitucionalidad tienen efectos *inter partes*.

**Sexta.** El control de la constitucionalidad por órgano jurisdiccional suele dividirse a su vez en difuso y concentrado, cuyas características son proporcionalmente opuestas entre sí. En síntesis, el primero se caracteriza por ser difuso, concreto, planteado por la vía incidental o de excepción y con efectos *inter partes* y declarativos; por su parte, el segundo es concentrado, abstracto, planteado por la vía principal o de acción y con efectos *erga omnes* y constitutivos. Eventualmente se considera que en el sistema difuso el control se ejerce *a posteriori*, que la legitimación se otorga a los ciudadanos y que en él rige el principio de *stare decisis*; en tanto que en el concentrado el control es *a priori*, sólo se legitima a las autoridades políticas y no rige el principio de *stare decisis*.

**Séptima.** Las clasificaciones tradicionales de los sistemas de control de la constitucionalidad se han formulado sobre la base de un elemento orgánico, esto



UNIVERSIDAD  
PANAMERICANA

es, según el órgano que lo lleva a cabo, surgiendo así las mencionadas categorías de control por órgano político, control por órgano jurisdiccional, y dentro de éste, control difuso y concentrado. Clasificaciones que dejan fuera los restantes elementos y, en consecuencia, resultan inexactas e insuficientes para dar cuenta de la complejidad actual de los distintos sistemas.

**Octava.** Con la finalidad de superar las limitaciones de las apuntadas clasificaciones se han formulado diversos intentos que, sin embargo, las retoman expresamente y, eventualmente, las mezclan y enriquecen con otros elementos, dando como resultado que ahora no sólo se hable de control concentrado o difuso, sino también de sistemas mixtos o híbridos, de control centralizado o descentralizado; abstracto o concreto; de oficio o a petición de parte; por la vía de acción o de excepción; previo o represivo; de control de constitucionalidad de la ley, control para la protección de derechos o control para mantener el equilibrio entre los poderes; de efectos relativos o generales; *ex tunc* o *ex nunc*, etcétera. Sin embargo, consideramos que estas nuevas aportaciones no logran superar las limitaciones de las tipologías tradicionales y además, opinamos que tampoco están formulando clasificaciones de los sistemas de control de la constitucionalidad, sino de sus elementos esenciales en forma aislada y desarticulada.

**Novena.** La forma en que se ha estudiado el control de la constitucionalidad, prácticamente desde la elaboración de los primeros estudios sistemáticos y hasta los años recientes, parte de un esquema superado que ya no se corresponde con la complejidad actual. Para ello se han tomado como base distintos criterios de clasificación que hacen uso de categorías totalizadoras o globalizantes, valiéndose de expresiones como sistema difuso y concentrado, americano y europeo o estadounidense y austriaco y, de ahí, se han extraído categorías intermedias, de



UNIVERSIDAD  
PANAMERICANA

donde han surgido los sistemas mixtos o híbridos y duales o paralelos, o bien, categorías secundarias, hablándose aquí de control abstracto o concreto, por vía de acción o de excepción, previo o posterior, efectos generales o relativos, etcétera, sin que ninguna de esas variables pueda, por sí misma, comprender a los distintos sistemas de control en su conjunto.

**Décima.** Entendemos que el control de la constitucionalidad es la función que se encomienda a un órgano del Estado para comprobar o verificar, a través de diversos medios, que el objeto controlado se ajusta a determinado parámetro, de donde emergen los cuatro elementos esenciales que hemos estudiado y sobre los cuales se han formulado los distintos criterios de clasificación que han quedado expuestos.

**Decimoprimera.** Los sistemas de control de la constitucionalidad pueden estructurarse, analizarse y comprenderse sobre un esquema que los sintetiza en cuatro elementos esenciales, a saber: el parámetro, el órgano, el objeto y los medios de control; por tanto, al formular clasificaciones de cada uno de ellos nos situamos en condiciones que permiten estudiar y conocer de mejor manera a los distintos sistemas en su conjunto y no sólo parcialmente uno o algunos de sus elementos esenciales.

**Decimosegunda.** Los sistemas de control de la constitucionalidad, a partir del parámetro de control, pueden clasificarse de la siguiente manera: 1. Según la extensión: a) solo la constitución o una parte de ella (parámetro limitado, único o cerrado), b) la constitución y otras normas (bloque de constitucionalidad, parámetro amplio, plural o abierto); dentro de este sector la apertura puede ser de primer grado (constitución y normas de producción interna) y de segundo grado (constitución y tratados internacionales); 2. Según el tipo de inconstitucionalidad:



UNIVERSIDAD  
PANAMERICANA

a) formal (procedimental) o material (sustantiva); b) directa (inmediata) o indirecta (mediata) y c) extrínseca (reglas o preceptos constitucionales) o intrínseca (principios constitucionales).

**Decimotercera.** Los sistemas de control de la constitucionalidad, a partir del órgano de control, pueden clasificarse de la siguiente manera: 1. Control por órgano político (congreso o parlamento, jefe de Estado, órgano político *ad hoc* – senados franceses, consejo constitucional, supremo poder conservador, consejo de la revolución, etcétera–); 2. Control por órgano jurisdiccional (todos los jueces y tribunales, cortes supremas, tribunales constitucionales, salas constitucionales, etcétera); el que a su vez puede diversificarse en: a) difuso; b) concentrado; c) mixto, híbrido o *tertium genus* y d) dual, paralelo o *quartum genus*.

**Decimocuarta.** Los sistemas de control de la constitucionalidad, a partir del objeto de control, pueden clasificarse de la siguiente manera: 1. Control de la constitucionalidad de la ley; 2. Control de los actos para la defensa de los derechos fundamentales; 3. Control horizontal y vertical del poder y 4. Otras categorías (omisiones legislativas, contenciosos de carácter electoral, responsabilidad política de altos funcionarios, normas infra-legales, entre otros).

**Decimoquinta.** Los sistemas de control de la constitucionalidad, a partir de los medios de control, pueden clasificarse de la siguiente manera: 1. Por la forma en que puede iniciar el control: a) de oficio, b) a petición de parte; 2. Por la legitimación del sujeto facultado para iniciarlo: a) por autoridades (órganos constituidos, minorías parlamentarias, órganos jurisdiccionales o entidades territoriales), b) por particulares (según cuenten con un interés individual lesionado o bien con un interés objetivo en la defensa del orden constitucional); 3. Por la forma en la que se plantea la cuestión de constitucionalidad: a) por vía de acción o



UNIVERSIDAD  
PANAMERICANA

principal, b) por vía de excepción, incidental o prejudicial; 4. Por el tipo de control que se realiza: a) control abstracto, b) control concreto; 5. Por el momento en el que se lleva a cabo: a) control previo, *a priori*, preventivo o *ex ante*, b) control posterior, *a posteriori*, represivo, reparador, sucesivo o *ex post*; 6. Por los efectos de las resoluciones: a) relativos o *inter partes*, b) generales o *erga omnes*; 7. Por la temporalidad de los efectos de las resoluciones: a) retroactivos, *ex tunc*, *ab initio*, *pro praeterito* o declarativos, b) no retroactivos, *ex nunc* o constitutivos, c) diferidos o *pro futuro* y 8. Por el tipo de sentencia o resolución (estimatorias, desestimatorias, interpretativas, aditivas, manipulativas, directivas, etcétera).

**Decimosexta.** Cada uno de los elementos esenciales que expusimos puede escindirse, a su vez, en sub-elementos y, por tanto, dar lugar a sub-clasificaciones, los que ofrecen un vasto campo de estudio, según la perspectiva desde la cual se pretendan analizar los sistemas de control de la constitucionalidad.

**Decimoséptima.** Si bien los referidos elementos esenciales están presentes en todo sistema de control de la constitucionalidad, el contenido de cada uno de ellos difiere de sistema a sistema, de tal manera que pueden adquirir múltiples manifestaciones. Por tanto, partiendo de una noción clara de las clasificaciones de cada uno de los elementos esenciales, es posible hacerlas circular para el estudio específico de un determinado sistema de control de la constitucionalidad; de ahí la utilidad de hacer uso de conceptos generales y abstractos susceptibles de modularse mediante su individualización en los casos específicos que se analicen.

**Decimooctava.** Consideramos que una forma en la que podría darse cuenta en forma integral y sincrónica de los distintos sistemas de control de la constitucionalidad, sería sobre la base de la graduación o intensidad de sus



UNIVERSIDAD  
PANAMERICANA

distintos elementos. Si nos detenemos en el análisis de cada uno de los que hemos identificado como esenciales, o sea, el parámetro, el órgano, los medios y el objeto, podremos percatarnos que todos pueden seguir una trayectoria que va de lo reducido o limitado a lo amplio o extenso.

**Decimonovena.** Consideramos que lo más relevante no es saber de qué tipo es un determinado sistema de control de la constitucionalidad, sino más bien conocer cómo es ese sistema, para lo cual, la estructura propuesta en esta tesis puede ser de utilidad.



UNIVERSIDAD  
PANAMERICANA

## BIBLIOGRAFÍA

Ackerman, Bruce, “Más allá de *Carolene Products*”, *Revista Jurídica de la Universidad de Palermo*, Año 10, núm. 1, agosto de 2009.

Ahumada, Mirian, “La expansión del control de constitucionalidad y el sistema de los tribunales constitucionales”, en *Tribunales Constitucionales y Democracia*, 2a. ed., México, Suprema Corte de Justicia de la Nación, 2008.

Alexy, Robert, *Teoría de los derechos fundamentales*, [trad. de Carlos Bernal Pulido], 2a. ed., España, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, 2007.

Aragón Reyes, Manuel, *Constitución, democracia y control*, México, Universidad Nacional Autónoma de México, 2002.

\_\_\_\_\_, *Constitución y control del poder. Introducción a una teoría constitucional del control*, Colombia, Universidad Externado de Colombia, 1999.

\_\_\_\_\_, “El futuro de la justicia constitucional”, *Anuario Iberoamericano de Justicia Constitucional*, Madrid, 23, núm. 1, enero-junio de 2019, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales.

\_\_\_\_\_, *La Suprema Corte de Justicia de México como tribunal constitucional*, México, Suprema Corte de Justicia de la Nación, 2006.



UNIVERSIDAD  
PANAMERICANA

Arbos Xavier, “De Wechsler a Bickel. Un episodio de la doctrina constitucional norteamericana”, *Revista Española de Derecho Constitucional*, Año 15, núm. 44, mayo-agosto, 1995.

Arellano García, Carlos, *El juicio de amparo*, 12a. ed., México, Porrúa, 2008.

Aristóteles, *La política*, México, Editorial Época, 2008.

Atienza, Manuel y Ruiz Manero, Juan, *Ilícitos atípicos*, 2a. ed., Madrid, Trotta, 2006.

Austin, John, *El objeto de la jurisprudencia*, [trad. Juan Ramón De Páramo Argüelles], Madrid, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, 2002.

Bachof, Otto, *Jueces y constitución*, Madrid, Civitas, 1985.

Barragán Barragán, José, *Algunas consideraciones sobre los cuatro recursos de amparo regulados por las Siete Partidas*, 2a. ed., México, Universidad de Guadalajara, 2000.

Bickel, Alexander, *La rama menos peligrosa. La Suprema Corte de Justicia de los Estados Unidos en el banquillo de la política*, [trad. Mario A. Zamudio Vega], México, Fondo de Cultura Económica, 2020.

Biscaretti Di Ruffia, Paolo, *Introducción al derecho constitucional comparado. Las “formas de Estado” y las “formas de gobierno”. Las constituciones modernas y 1988-1990: un trienio de profundas transformaciones constitucionales en occidente, en la URSS y en los estados socialistas del este europeo.*



UNIVERSIDAD  
PANAMERICANA

*Actualización de la "Introducción al derecho constitucional comparado", [trad. de Héctor Fix-Zamudio], México, Fondo de Cultura Económica, 1996.*

Brage Camazano, Joaquín, *La acción abstracta de inconstitucionalidad*, México, Universidad Nacional Autónoma de México, 2005.

Brewer-Carías, Allan R., *El sistema mixto o integral de control de constitucionalidad en Colombia y Venezuela*, Colombia, Universidad Externado de Colombia, 1995.

Brito Melgarejo, Rodrigo, *Control jurisdiccional y protección de los derechos humanos en México*, México, Comisión Nacional de los Derechos Humanos, 2015.

Bryce, Jaime, *La República Norteamericana*, Costa Rica, Universidad Autónoma de Centro América, 1987.

Burgoa Orihuela, Ignacio, *El juicio de amparo*, 41a. ed., México, Porrúa, 2006.

Cappelletti, Mauro, *La justicia constitucional. (Estudios de derecho comparado)*, México, Universidad Nacional Autónoma de México, 1987.

\_\_\_\_\_, *Obras. Justicia constitucional. Dimensiones de la justicia en el mundo contemporáneo*, México, Porrúa y Facultad de Derecho de la Universidad Nacional Autónoma de México, 2007.



Cárdenas Gracia, Jaime F., *Una constitución para la democracia. Propuestas para un nuevo orden constitucional*, México, Universidad Nacional Autónoma de México, 2012.

Casas Farfán, Luis Francisco, “Bloque de constitucionalidad: técnica de remisión de las constituciones modernas”, en *Provincia*, núm. especial, Venezuela, Universidad de los Andes, 2006.

Castro y Castro, Juventino V., *Lecciones de garantías y amparo*, México, Porrúa, 1974.

Celotto, Alfonso, “La justicia constitucional en el mundo: formas y modelos”, *VII Jornadas Argentinas de Derecho Procesal Constitucional. Primer Encuentro Latinoamericano de Derecho Procesal Constitucional*, Rosario, 2003.

Cicci Salazar, Gilda, “El tribunal de justicia europeo y su jurisprudencia”, en *Revista Jurídica de la Universidad Bernardo O’Higgins*, núm. 4, año 2008.

Colección China, *Política*, Beijín, Ediciones en Lengua Extranjera, 1985.

*Colección de las leyes fundamentales que han regido en la República mexicana y de los planes que han tenido el mismo carácter. 1821-1857*, México, Porrúa y Comisión Nacional de los Derechos Humanos, 2008.

Constant, Benjamín, *Curso de política constitucional*, [trad. de Marcial Antonio López], Madrid, Imprenta de la Compañía, 1820.

Constitución de la República Española de 1931, Valladolid, Editorial Maxtor, 2009.



UNIVERSIDAD  
PANAMERICANA

Corzo Sosa, Edgar, *La cuestión de inconstitucionalidad*, Madrid, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, 1998.

Cossío Díaz, José Ramón, *Sistemas y modelos de control constitucional en México*, México, Universidad Nacional Autónoma de México, 2011.

Covián Andrade, Miguel, *El control de la constitucionalidad en el derecho comparado*, México, CEDIPC, 2001.

\_\_\_\_\_, *La suprema corte y el control de la constitucionalidad. (Diez años de fallas e imprecisiones)*, México, CEDIPC, 2005.

Cruz Villalón, Pedro, “Dos modos de regulación del control de constitucionalidad: Checoslovaquia (1920-1938) y España (1931-1936)”, *Revista Española de Derecho Constitucional*, año 2, núm. 5, mayo-agosto de 1982.

\_\_\_\_\_, *La formación del sistema europeo de control de la constitucionalidad (1918-1939)*, Madrid, Centro de Estudios Constitucionales, 1987.

De Malberg, Carré, *Teoría general del estado*, [trad. José Lión Depetre], México, Facultad de Derecho, Universidad Nacional Autónoma de México y Fondo de Cultura Económica, 1998.

De Tocqueville, Alexis, *La Democracia en América*, 2a. ed., [trad. de Luis R. Cuéllar], México, Fondo de Cultura Económica, 1975.



De Vega, Pedro, *Estudios político-constitucionales*, México, Universidad Nacional Autónoma de México, 2004.

De Vergottini, Giuseppe, *Derecho constitucional comparado*, [trad. de Claudia Herrera], México, Universidad Nacional Autónoma de México y Segretariato Europeo Per Le Pubblicazioni Scientifiche, 2004.

Díez-Picazo Giménez, Luis María, “El control de constitucionalidad de las leyes en España”, en *Revista del Centro de Estudios Constitucionales*, Año V, núm. 9, julio-diciembre de 2019.

Echánove Trujillo, Carlos A., *La vida pasional e inquieta de don Crecencio* (sic) *Rejón*, México, El Colegio de México, 1941.

Fairén Guillén, Víctor, *Antecedentes aragoneses de los juicios de amparo*, México, Universidad Nacional Autónoma de México, 1971.

Favoreu, Louis, “El bloque de la constitucionalidad”, *Revista del Centro de Estudios Constitucionales*, núm. 5, España, enero-marzo de 1990.

\_\_\_\_\_, *Los tribunales constitucionales*, España, Ariel, 1994.

\_\_\_\_\_, *et. al.*, *Tribunales constitucionales europeos y derechos fundamentales*, [trad. de Luis Aguilar De Luque y María Gracia Rubio de Casas], Madrid, Centro de Estudios Constitucionales, 1984.

Fernández Rodríguez, José Julio, *La justicia constitucional europea ante el siglo XXI*, 2a. ed., Madrid, Tecnos.



UNIVERSIDAD  
PANAMERICANA

Fernández Segado, Francisco, “James Otis y el *Writs of Assistance case* (1761)”  
*Anuario Iberoamericano de Justicia Constitucional*, Madrid, 2014.

\_\_\_\_\_, *La jurisdicción constitucional en España*,  
Colombia, Instituto de Estudios Constitucionales Carlos Restrepo Piedrahita,  
1999.

\_\_\_\_\_, *La justicia constitucional ante el siglo XXI: la  
progresiva convergencia de los sistemas americano y europeo-kelseniano*,  
México, Universidad Nacional Autónoma de México, 2004.

Ferrer Mac-Gregor, Eduardo (coord.), *Derecho procesal constitucional*, México,  
Porrúa, 2001.

\_\_\_\_\_ (coord.), *Derecho procesal constitucional*, 4a. ed.,  
México, Porrúa y Colegio de Secretarios de la Suprema Corte de Justicia de  
la Nación, 2003.

\_\_\_\_\_, *et. al.*, (coords.), *Diccionario de Derecho Procesal  
Constitucional y Convencional*, México, Consejo de la Judicatura Federal,  
Universidad Nacional Autónoma de México e Instituto de Investigaciones  
Jurídicas, 2014.

\_\_\_\_\_, *Ensayos sobre derecho procesal constitucional*,  
México, Porrúa y Comisión Nacional de los Derechos Humanos, 2004.

\_\_\_\_\_, *Los forjadores del derecho procesal constitucional*,  
Buenos Aires, Ad-hoc, 2007.



UNIVERSIDAD  
PANAMERICANA

\_\_\_\_\_ y Zaldívar Lelo de Larrea, Arturo (coords.), *La ciencia del derecho procesal constitucional. Estudios en homenaje a Héctor Fix-Zamudio en sus cincuenta años como investigador del derecho*, México, Universidad Nacional Autónoma de México, Instituto Mexicano de Derecho Procesal Constitucional y Marcial Pons, 2008, t. I.

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

Figueruelo Burrieza, Ángela, *et. al.*, (dirs.), *El control político en el derecho comparado*, Granada, Comares, 2010.

Fioravanti, Maurizio, *Constitución. De la antigüedad a nuestros días*, España, Trotta, 2001.

Fix-Zamudio, Héctor, “La aportación de Piero Calamandrei al Derecho procesal constitucional”, *Revista de la Facultad de Derecho de México*, núm. 24, octubre-diciembre, 1956, t. VI.

\_\_\_\_\_, “La Suprema Corte de Justicia como Tribunal Constitucional”, en *Las nuevas bases constitucionales y legales del sistema judicial mexicano. La reforma judicial de 1986-1987*, México, Porrúa, 1987.

\_\_\_\_\_, *El juicio de amparo*, México, Porrúa, 1964.

\_\_\_\_\_, *Ensayos sobre el derecho de amparo*, 2a. ed., México, Porrúa y Universidad Nacional Autónoma de México, 1999.



UNIVERSIDAD  
PANAMERICANA

\_\_\_\_\_, *Los tribunales constitucionales y los derechos humanos*, México, Porrúa, 1985.

\_\_\_\_\_, *Introducción al derecho procesal constitucional*, México, Fundap, 2002.

\_\_\_\_\_ y Ferrer Mac-Gregor, Eduardo (coords.), *El derecho de amparo en el mundo*, México, Universidad Nacional Autónoma de México, Porrúa y Konrad Adenauer Stiftung, 2006.

\_\_\_\_\_ y Valencia Carmona, Salvador, *Derecho constitucional mexicano y comparado*, 7a. ed., México, Porrúa y Universidad Nacional Autónoma de México, 2010.

France Toinet, Marie, *El sistema político de los Estados Unidos*, México, Fondo de Cultura Económica, 1994.

Fromont, Michel, “El control de constitucionalidad ejercido por las jurisdicciones ordinarias francesas”, en *Pensamiento Constitucional*, Año VIII, Número 8, Perú, 2002.

García Álvarez, Manuel B., *Textos constitucionales socialistas*, s. p., Colegio Universitario de León, 1977.

García Belaunde, Domingo, “La jurisdicción constitucional y el modelo dual o paralelo”, *Advocatus*, núm. 1, 1998.



UNIVERSIDAD  
PANAMERICANA

\_\_\_\_\_, *De la jurisdicción constitucional al derecho procesal constitucional*, 4a. ed., Lima, Editora Jurídica Grijley, 2003.

\_\_\_\_\_, *De la jurisdicción constitucional al derecho procesal constitucional*, México, Fundap, 2004.

\_\_\_\_\_, *El Tribunal de Garantías Constitucionales y Sociales de Cuba (1940-1952)*, Instituto Iberoamericano de Derecho Constitucional (Sección peruana).

\_\_\_\_\_ y Fernández Segado, Francisco (coords.), *La jurisdicción constitucional en Iberoamérica*, Madrid, Dykinson, 1997.

García de Enterría, Eduardo, *La constitución como norma y el Tribunal Constitucional*, 4a. ed., España, Civitas, 2006.

\_\_\_\_\_, *La lengua de los derechos. La formación del derecho público europeo tras la revolución francesa*, 3a. ed., España, s. e., 2009.

\_\_\_\_\_, “La posición jurídica del Tribunal Constitucional en el sistema español: posibilidades y perspectivas”, *Revista Española de Derecho Constitucional*, vol. 1, núm. 1, 1981, enero-abril.

García Laguardia, Jorge Mario, *La constitución guatemalteca de 1985*, México, Universidad Nacional Autónoma de México, 1992.

García Máynez, Eduardo, *Filosofía del derecho*, 6a. ed., México, Porrúa, 1989.



García Pelayo, Manuel, *Derecho constitucional comparado*, Madrid, Alianza, 1984.

Góngora Mera, Manuel Eduardo, “El Bloque de Constitucionalidad en Argentina y su relevancia en la lucha contra la impunidad”, enero de 2007, *Centro de derechos humanos de Nuremberg*.

González Oropeza, Manuel, *Constitución y derechos humanos. Orígenes del control jurisdiccional*, 3a. ed., México, Comisión de Derechos Humanos del Estado de México, 2020.

Grant, J. A. C., *El control jurisdiccional de la constitucionalidad de las leyes. Una contribución de las Américas a la ciencia política*, México, Revista de la Facultad de Derecho, Universidad Nacional Autónoma de México, 1963.

Grossi, Paolo, *El orden jurídico medieval*, Madrid, Marcial Pons, 1996.

Grote, Rainer, “Rule of Law, Rechtsstaat, y État de Droit, en *Pensamiento Constitucional*, Año VIII, núm. 8.

Guastini, Ricardo, *Estudios de teoría constitucional*, México, Fontamara, 2001.

Gudiño Pelayo, José de Jesús, *Controversia sobre controversia*, 3a. ed., México, Porrúa, 2004.

\_\_\_\_\_, *et. al.*, (coords.), *Controles constitucionales*, México, Fundap, 2005.



UNIVERSIDAD  
PANAMERICANA

H.L.A. Hart, *El concepto de derecho*, [trad. de Genaro R. Carrió], 3a. ed., Buenos Aires, Abeledo Perrot, 2012.

Hamilton, A., Madison, J. y Jay, J., *El Federalista*, [trad. de Gustavo R. Velasco], 2a. ed., México, Fondo de Cultura Económica, 2001.

Hauriou, André, *Derecho constitucional e instituciones políticas*, 2a. ed., España, Ariel, 1980.

Herrera, Carlos Miguel, “La polémica Schmitt-Kelsen sobre el guardián de la Constitución”, en *Revista de Estudios Políticos* (Nueva Época), núm. 86, octubre-diciembre de 1994.

Herrera García, Alfonso, *La interpretación de los derechos humanos y sus garantías por la Suprema Corte de Justicia. Una aproximación jurisprudencial*, México, Comisión Nacional de los Derechos Humanos, 2015.

Hesse, Konrad y Häberle, Peter, *Estudios sobre la jurisdicción constitucional (con especial referencia al tribunal constitucional alemán)*, México, Porrúa e Instituto Mexicano de Derecho Procesal Constitucional, 2005.

Hierro, Liborio, *Estado de Derecho. Problemas actuales*, 2a. ed., México, Fontamara, 2001.

Hoyos, Arturo, “El control judicial y el bloque de constitucionalidad en Panamá”, en *Boletín Mexicano de Derecho Comparado*, Nueva Serie, Año XXV, núm. 75, septiembre-diciembre, México, 1992.



UNIVERSIDAD  
PANAMERICANA

Howard, A. E. Dick, “Decir que es la Ley’ el Tribunal Supremo como árbitro de la constitucionalidad”, en *Temas de la democracia*, Departamento de Estado de Estados Unidos, abril de 2005, vol. 10, núm. 2.

Kelsen, Hans, *¿Quién debe ser el defensor de la Constitución?*, [trad. de Roberto J. Brie], 2a. ed., Madrid, Tecnos, 1999.

\_\_\_\_\_, “La garantía jurisdiccional de la Constitución (La justicia constitucional)”, [trad. de Domingo García Belaunde], en *Revista Iberoamericana de Derecho Procesal Constitucional*, núm. 10, julio-diciembre de 2008.

\_\_\_\_\_, “La garantía jurisdiccional de la Constitución (La justicia constitucional)”, [trad. de Juan Ruiz Manero], en Kelsen, Hans, *Escritos sobre la democracia y el socialismo*, Madrid, Editorial Debate, 1988.

\_\_\_\_\_, *El control de la constitucionalidad de las leyes. Estudio comparado de las constituciones austriaca y norteamericana*, [trad. de Domingo García Belaunde], *Ius Et Veritas*.

\_\_\_\_\_, *La garantía jurisdiccional de la Constitución (La justicia constitucional)*, [trad. de Rolando Tamayo y Salmorán], México, Universidad Nacional Autónoma de México, 2001.

\_\_\_\_\_, *Teoría pura del derecho*, [trad. de Roberto J. Vernengo], 16a. ed., México, Porrúa, 2009.



Lambert, Edouard, *El gobierno de los jueces y la lucha contra la legislación social en los Estados Unidos. La experiencia americana del control judicial de la constitucionalidad de las leyes*, [trad. de Félix de la Fuente], España, Tecnos, 2010.

Lanz Duret, Miguel, *Derecho constitucional mexicano*, 4a. ed., México, Imprentas L.D., 1947.

*Las constituciones europeas*, Madrid, Editora Nacional, t. II, 1979.

Laura Ospina Mejía, “Breve aproximación al bloque de constitucionalidad en Francia”, en *Revista de temas constitucionales*, núm. 2, julio-septiembre, México, Instituto de Investigaciones Jurídicas de la Universidad Nacional Autónoma de México.

Lira González, Andrés, *El amparo colonial y el juicio de amparo mexicano. Antecedentes novohispanos del juicio de amparo*, México, Fondo de Cultura Económica, 1972.

Loewenstein, Karl, *Teoría de la constitución*, Barcelona, Ariel, 1986.

López Guerra, Luis, “La organización y la posición institucional de la justicia constitucional en Europa”, *Anuario de derecho constitucional latinoamericano*, Uruguay, Konrad Adenauer Stiftung, 2004, t. I.

Luis Ortiz, Noé, “¿Qué es un tribunal constitucional?”, *Revista Legislativa de Estudios Sociales y de Opinión Pública*, vol. 11, núm. 21, enero-abril, 2018.



Mezzetti, Luca, “Sistemas y modelos de justicia constitucional a los albores del siglo XXI”, en *Estudios Constitucionales*, Centro de Estudios Constitucionales de Chile, Universidad de Talca, Año 7, núm. 2, 2009.

Miaille, Michel, *El estado del derecho*, México, Universidad Autónoma de Puebla, 1985.

Moderne, Franck, “El Consejo Constitucional francés”, Instituto de Investigaciones Jurídicas y Centro de Estudios Constitucionales México-Centroamérica, *Justicia constitucional comparada*, México, Universidad Nacional Autónoma de México, 1993.

Montesquieu, *Del espíritu de las leyes*, [trad. de Mercedes Blázquez y Pedro de Vega], Madrid, Sarpe, 1984.

Moreno Cora, Silvestre, *Tratado del juicio de amparo conforme a las sentencias de los tribunales federales*, México, Lito Impresiones Macabsa, 1992.

Morris, Richard B., *Documentos fundamentales de la historia de los Estados Unidos de América*, México, Limusa, 1962.

Narváez H., José Ramón, *Historia social de la defensa de los derechos en México. El origen del juicio de amparo en la península yucateca*, México, Suprema Corte de Justicia de la Nación, 2007.

Nino, Carlos S., “La filosofía del control judicial de constitucionalidad”, *Revista del Centro de Estudios Constitucionales*, núm. 4, septiembre-diciembre, 1989.



UNIVERSIDAD  
PANAMERICANA

Nogueira Alcalá, Humberto, *La jurisdicción constitucional y los tribunales constitucionales de Sudamérica en la alborada del siglo XXI*, México, Porrúa, 2004.

\_\_\_\_\_, “Las competencias de los tribunales constitucionales de América del Sur”, ponencia en el IX Encuentro de Presidentes y Magistrados de Tribunales Constitucionales de América Latina, Florianópolis, 2002.

Noriega, Alfonso, *Lecciones de Amparo*, 4a. ed., México, Porrúa, 1993, t. 1.

Pantoja Morán, David, *El Supremo Poder Conservador. El diseño institucional en las primeras constituciones mexicanas*, México, El Colegio de México y El Colegio de Michoacán, 2005.

Pardo Falcón, Javier, *El Consejo Constitucional francés. La jurisdicción constitucional en la quinta república*, Madrid, Centro de Estudios Constitucionales, 1990.

Pegoraro, Lucio, “Clasificación de los sistemas de justicia constitucional: una dicotomía agotada”, *Memoria del Primer Encuentro Nacional de Magistrados de Circuito y Jueces de Distrito, sobre buenas prácticas para la impartición de justicia*, México, Consejo de la Judicatura Federal, 2018.

\_\_\_\_\_, “Control jurisdiccional Vs. control político: la erosión de una categoría dicotómica (y el progresivo alcance de este último)”, *Anuario Iberoamericano de Justicia Constitucional*, Madrid, 23, núm. 1, enero-junio de 2019, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales.



UNIVERSIDAD  
PANAMERICANA

\_\_\_\_\_, *Derecho constitucional comparado. 1. La ciencia y el método*, México, Universidad Nacional Autónoma de México, Instituto de Investigaciones Jurídicas y Astrea, 2016.

\_\_\_\_\_, *La justicia constitucional. Una perspectiva comparada*, [trad. de Marta León Alonso], Madrid, Dykinson, 2004.

Pereira Menaut, Arturo-Carlos, *Lecciones de teoría constitucional*, México, Porrúa y Universidad Panamericana, 2005.

Pérez Tremps, Pablo, *Escritos sobre justicia constitucional*, México, Porrúa, 2005.

\_\_\_\_\_, *Tribunal Constitucional y Poder Judicial*, Madrid, Centro de Estudios Constitucionales, 1985.

Piza Rocafort, Rodolfo, "Influencia de la Constitución de los Estados Unidos en las Constituciones de Europa y América Latina", Cuaderno CAPEL, núm. 23, Centro Interamericano de Asesoría y Promoción Electoral, Instituto Interamericano de Derechos Humanos, 1987.

Pizzorusso, Alessandro, *Curso de Derecho Comparado*, [trad. de Juana Bignozzi], Barcelona, Ariel, 1987.

Portocarrero Quispe, Jorge Alexander, "El rol de los principios formales en la determinación del margen de control de constitucionalidad", en *Revista Derecho del Estado*, núm. 27, julio-diciembre, 2011.



Poyanco Bugueño, Rodrigo Andrés, “Los jueces constitucionales, la política y la deferencia judicial”, en *Derecho Público Iberoamericano*, núm. 2, abril 2013.

Pritchett, Herman, *La constitución americana*, Argentina, Tipográfica Editora Argentina, 1965.

R. V. Denenberg, *Para entender la política de los Estados Unidos de América*, 2a. ed., México, GERNIKA, 1992.

Rabasa, Emilio, *El artículo 14. Estudio constitucional y el juicio constitucional. Orígenes, teoría y extensión*, 7a. ed., México, Porrúa, 2000.

Raz, Joseph, *La autoridad del derecho. Ensayos sobre derecho y moral*, [trad. de Rolando Tamayo y Salmorán], México, Ediciones Coyoacán, 2011.

\_\_\_\_\_, *La ética en el ámbito público*, [trad. de María Luz Melon], Barcelona, Gedisa, 2001.

\_\_\_\_\_, *Razón práctica y normas*, [trad. de Juan Ruiz Manero], Madrid, Centro de Estudios Constitucionales, 1991.

Recaséns Siches, Luis, *Tratado general de filosofía del derecho*, 13a. ed., México, Porrúa, 1998.

René David, *Los grandes sistemas jurídicos contemporáneos*, [trad. de Jorge Sánchez Cordero], México, Universidad Nacional Autónoma de México, Centro Mexicano de Derecho Uniforme y Facultad Libre de Derecho de Monterrey, México, 2010.



Reyes, Rodolfo, *La defensa constitucional*, Espasa-Calpe, Madrid, 1934.

Ribeiro Mendes, Armindo, “El Consejo de la Revolución y la Comisión Constitucional. El control de constitucionalidad de las leyes (1976-1983)”, [trad. de Teresa Quintela], *Revista de Estudios Políticos*, Nueva Época, núm. 60-61, abril-septiembre, 1988.

Rolla, Giancarlo, *Derechos fundamentales, Estado democrático y justicia constitucional*, México, Universidad Nacional Autónoma de México, 2002.

Rousseau, Dominique, *La justicia constitucional en Europa*, Madrid, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, 2002.

Rousseau, Juan Jacobo, *El contrato social o principios de derecho político*, 14a. ed., México, Porrúa, 2004.

Rubio Llorente, Francisco, “Del Tribunal de Garantías al Tribunal Constitucional”, en *Revista de Derecho Público*, núm. 16, 1982-1983.

\_\_\_\_\_, “El bloque de constitucionalidad”, *Revista Española de Derecho Constitucional*, año 9, núm. 27, septiembre-diciembre de 1989.

Ruiz Zapatero, Guillermo G., “Los efectos de las leyes tributarias inconstitucionales”, en *Revista de Administración Pública*, núm. 169, Madrid, enero-abril, 2006.

Sagüés, Néstor Pedro, *Derecho procesal constitucional*, 3a. ed., Buenos Aires, Astrea, 1998, vol. 4.



Sánchez Agesta, Luis, *Documentos constitucionales y textos políticos*, Madrid, Editora Nacional, 1975.

Sánchez-Bayón, Antonio, *Sistemas de Derecho Comparado y global: de las familias jurídicas mundiales al nuevo derecho común*, Valencia, Tirant lo Blanch, 2012.

Sarfatti, Mario, *Introducción al estudio del derecho comparado*, [trad. del Instituto de Derecho Comparado de la Escuela Nacional de Jurisprudencia], México, Renta Universitaria, 1945.

Schmitt, Carl, *La defensa de la Constitución*, [trad. de Manuel Sánchez Sarto], Madrid, Tecnos, 1983.

Schwabe, Jurgen (comp.), *Cincuenta años de jurisprudencia del tribunal constitucional federal alemán*, [trad. de Marcela Anzola Gil], Colombia, Konrad Adenauer-Stiftung y Ediciones Jurídicas Gustavo Ibáñez, 2003.

Schwartz, Bernard, *Los poderes del gobierno. Comentario sobre la Constitución de Estados Unidos, I. Poderes federales y estatales*, [trad. de José Juan Olloqui Labastida], México, s. e., 1966.

Serna de la Garza, José María (coord.), *Metodología del Derecho Comparado. Memoria del Congreso Internacional de Culturas y Sistemas Jurídicos Comparados*, México, Universidad Nacional Autónoma de México, 2005.

Sieyès, Emmanuel, *¿Qué es el tercer estado?*, [trad. de José Rico Godoy], 2a. ed., México, Universidad Nacional Autónoma de México, 1983.



UNIVERSIDAD  
PANAMERICANA

\_\_\_\_\_, *Escritos políticos de Sieyès*, México, Fondo de Cultura Económica, 1993.

Sirvent Gutiérrez, Consuelo, *Sistemas jurídicos contemporáneos*, 12a. ed., México, Porrúa, 2010.

Soberanes Díez, José María, *Los conflictos entre órganos constitucionales y el Poder Judicial de la Federación*, México, Porrúa e Instituto Mexicano de Derecho Procesal Constitucional, 2018.

Tamayo y Salmorán, Rolando, *Introducción al estudio de la constitución*, 2a. ed., México, Universidad Nacional Autónoma de México, 1986.

Tena Ramírez, Felipe, *Derecho constitucional mexicano*, 40a. ed., México, Porrúa, 2009.

\_\_\_\_\_, *Leyes fundamentales de México. 1808-2005*, 25a. ed., México, Porrúa, 2008.

Troper, Michel, *Ensayos de Teoría Constitucional*, México, Fontamara, 2004.

Tusseau, Guillaume, “La elección de un modelo de control de constitucionalidad: entre explicación y dogma”, [trad. de Paloma García Guerra], en *Parlamento y Constitución. Anuario*, Cortes de Castilla-La Mancha, Año 2015, núm. 17.

\_\_\_\_\_, *Para acabar con los “modelos” de jurisdicción constitucional. Un ensayo de crítica*, [trad. de Teresa García-Berrio H.], México, Porrúa e Instituto Mexicano de Derecho Procesal Constitucional, 2011.



UNIVERSIDAD  
PANAMERICANA

Vallarta, Ignacio, *El juicio de amparo y el writ of habeas corpus. Ensayo crítico-comparativo sobre esos recursos constitucionales*, Obras, 3a. ed., México, Porrúa, t. V.

Vásquez del Mercado, Oscar, *El control de la constitucionalidad de la ley. Estudio de derecho comparado*, México, Porrúa, 1978.

VV. AA. *Neoconstitucionalismo(s)*, 4a. ed., Madrid, Trotta, 2009.

Waldron, Jeremy, "Control de constitucionalidad y legitimidad política", en *Díkaion*, Año 32, vol. 27, núm. 1, Colombia, junio de 2018.

Watson Richard A., *Democracia americana logros y perspectivas*, México, LIMUSA, 1989.

Zaid, Gabriel, "Clasificaciones", *Letras Libres*, 7 de octubre de 2012.

Zagrebelsky, Gustavo, *El derecho dúctil. Ley, derechos, justicia*, [trad. de Marina Gascón], 10a. ed., Madrid, Trotta, 2011.

Zweigert, Konrad y Kötz, Hein, *Introducción al derecho comparado*, [trad. de Arturo Aparicio Vázquez], México, Oxford, 2012.