

UNIVERSIDAD DE GUANAJUATO

DIVISIÓN DE DERECHO, POLÍTICA Y GOBIERNO



MAESTRÍA EN JUSTICIA CONSTITUCIONAL

LA DECLARATORIA GENERAL DE INCONSTITUCIONALIDAD EN MÉXICO.
UN ANÁLISIS DE SU CONFIGURACIÓN NORMATIVA BAJO EL ENFOQUE
DEL DEBATE CONTRAMAYORITARIO

TESIS QUE PARA OBTENER EL GRADO DE
MAESTRA EN JUSTICIA CONSTITUCIONAL

PRESENTA:
LIC. BERTHA MACIEL GARCIA

DIRECTOR DE TESIS:
DR. JOSÉ JESÚS SORIANO FLORES

GUANAJUATO, GTO.
DICIEMBRE, 2016.

A mi familia.

*Especialmente a mi mamá y papá,
de nuevo, como será siempre,
por ser mi mayor impulso y motivación.*

*A mi hermana y hermanos, también mis sobrinos,
por estar en mi vida.*

ÍNDICE

	PÁG.
INTRODUCCIÓN.....	1

CAPÍTULO I

LA DEFENSA DE LA CONSTITUCIÓN.

MODELOS DE CONTROL CONSTITUCIONAL COMO MARCO REFERENTE A LA DECLARATORIA GENERAL DE INCONSTITUCIONALIDAD

1.1. Defensa de la Constitución.....	7
1.2. El concepto de control de constitucionalidad.....	11
1.3. Modelos de control constitucional.....	13
1.3.1. Modelo de control político de constitucionalidad.....	16
1.3.2. Modelo de control judicial o jurisdiccional de constitucionalidad.....	18
1.3.2.1. Modelo de control concentrado de constitucionalidad.....	20
1.3.2.2. Modelo de control difuso de constitucionalidad.....	22
1.3.2.3. Modelo de control de constitucionalidad semi-concentrado, semi-difuso o mixto.....	24
1.3.3. Otras tipologías del control constitucional.....	25
1.3.3.1. Modelos de control abstracto o concreto de constitucionalidad.....	25
1.3.3.2. Modelos de constitucionalidad cualificados por el momento de realización.....	26
1.3.3.3. Modelos de control de constitucionalidad nacional o local.....	26
1.3.3.4. Modelo de control de constitucionalidad por acción (directo) o excepción (indirecto o por vía incidental).....	27
1.3.3.5. Modelo de control de constitucionalidad cualificado por los efectos de la sentencia.....	27
1.3.3.6. Otras categorías de modelos de control de constitucionalidad.....	28

1.4. La configuración del control constitucional en México.....	29
1.4.1. Precedentes de la configuración del Tribunal Constitución Mexicano.....	29
1.4.2. Elementos del modelo de control constitucional mexicano.....	30

CAPÍTULO II

ANÁLISIS DE LA DECLARATORIA GENERAL DE INCONSTITUCIONALIDAD EN MÉXICO

2.1. Incorporación al sistema jurídico mexicano de la DGI.....	34
2.2. Concepto y naturaleza jurídico-política de la DGI en México.....	37
2.2.1. La DGI como una excepción al principio de relatividad de las sentencias en México.....	39
2.2.2. Sobre el rasgo de inaplicabilidad en materia tributaria de la DGI en México.....	41
2.3. Referencias esenciales sobre el inicio a trámite de la DGI en México.....	43
2.3.1. Reflexiones en torno al procedimiento de DGI en México.....	44
2.4. Concepto referencial sobre el debate contramayoritario.....	46
2.4.1. El enfoque democrático de la DGI.....	51
2.4.2. El enfoque constitucionalista de la DGI.....	54
2.4.3. Un enfoque integral de la DGI en México: la democracia constitucional.....	57
2.5. Posturas que descartan el debate contramayoritario.....	63
2.6. Posturas que asimilan el debate contramayoritario.....	67
2.6.1. Una respuesta constitucionalista a la tensión contramayoritaria inserta en la DGI.....	71
2.6.2. Una respuesta democrática a la tensión contramayoritaria inserta en la DGI.....	71
2.7. Conclusiones sobre el debate contramayoritario inserto en la DGI en México.....	73
2.8. Propuestas.....	75

CAPÍTULO III

ESTUDIO COMPARADO DE LA DECLARATORIA GENERAL DE INCONSTITUCIONALIDAD EN MÉXICO CON INSTITUCIONES ANÁLOGAS EN COLOMBIA, ESPAÑA Y CANADÁ

3.1. Referencia general sobre la configuración normativa de la DGI en México.....	77
3.2. Estudio comparado de la DGI en México respecto de la Acción Pública de Inconstitucionalidad en Colombia.....	79
3.2.1. Elementos generales del control constitucional colombiano.....	79
3.2.2. La Acción Pública de Inconstitucionalidad Colombiana como instrumento de control constitucional.....	82
3.2.2.1. Procedimiento de Acción Pública de Inconstitucionalidad en Colombia.....	85
3.3. Estudio comparado de la DGI en México respecto del Recurso de Inconstitucionalidad en España.....	87
3.3.1. Elementos generales del control constitucional español.....	88
3.3.2. El recurso de inconstitucionalidad en España como mecanismo de control constitucional.....	90
3.3.2.1. Procedimiento del recurso de inconstitucionalidad en España.....	91
3.4. El sistema de control constitucional canadiense como referente de los arreglos institucionales sobre la cuestión contramayoritaria.....	94
3.4.1. Elementos generales del control constitucional canadiense.....	95
3.5. Retroalimentación general sobre los estudios comparados para el caso de la DGI en México.....	99
CONCLUSIONES	102
REFERENCIAS	112

ABREVIATURAS Y SIGLAS

CCPR: Comité de Derechos Humanos de la Organización de las Naciones Unidas.

CNDH: Comisión Nacional de los Derechos Humanos.

CIDH: Comisión Interamericana de los Derechos Humanos.

CoIDH: Corte Interamericana de los Derechos Humanos.

CPEUM: Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos.

DGI: Declaratoria General de Inconstitucionalidad.

LA: Ley de Amparo.

ONU: Organización de las Naciones Unidas.

SCJN: Suprema Corte de Justicia de la Nación.

INTRODUCCIÓN

Pensamos en la realidad como la existencia verdadera y efectiva de algo o alguien, más allá de adentrarnos en temas filosóficos, incluso de cuestionar la realidad como verdad y ésta no como tal, sino como el mayor grado de certeza al que podemos acceder respecto de cualquier cosa, me gustaría enfocarme en un principio que nos orienta a comprender el entorno existencial como algo más asequible y menos indeterminado: el principio de orden. Categorizar, ordenar, nombrar, estructurar, ordenar nos brinda la oportunidad de colocarnos en un sitio concreto y establecer con ello, entre otras cosas, prioridades, esto puede trasladarse a un enfoque estatal, específicamente de justicia constitucional.

¿Cuál es la prioridad en un esquema de justicia constitucional? Es una pregunta que ahora mismo, luego de 2 años cursados en la Maestría de Justicia Constitucional de la Universidad de Guanajuato, no me resulta fácil responder, pero que sin duda, luego de la experiencia y de la aportación académica de excelentes personas que tuve por profesores, me permiten aseverar que la justicia constitucional, para lograr la prevalencia del orden constitucional, hace uso de sendos mecanismos procedimentales que comparten el objetivo de la existencia verdadera y efectiva de una realidad que debe primar: la supremacía constitucional.

La Constitución, como un elemento vivo y dinámico de la realidad jurídica, es el paradigma que contiene las libertades mínimas que el Estado ha de garantizar y la forma en que ha de ejercerse el poder público, este paradigma se auxilia para su vigencia en el principio de supremacía constitucional, procurando que su contenido (derechos humanos, principios, reglas, valores, distribución y regulación de poder, etc.) prevalezca frente a la demás normatividad, es decir, las normas ulteriores o derivadas deben guardar necesariamente regularidad con los parámetros del bloque constitucional.

El Estado Mexicano cuenta con diversas instituciones y mecanismos de control, vigilancia y revisión de constitucionalidad de normas, su operatividad corresponde al poder judicial, llamamos a esta actividad de procuración de regularidad constitucional de Leyes “defensa de la Constitución” en virtud de considerarla paradigma imperativo de las

libertades fundamentales de las personas y operatividad del poder político. Gracias a ello, el orden normativo se ve depurado de disposiciones contrarias a la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos (en adelante CPEUM), expulsando o invalidando aquellas que no mantengan una concordancia sustancial al texto constitucional y a los principios que le cohesionan. Este arreglo institucional es un rasgo de suma importancia para la configuración de un Estado Constitucional y Democrático de Derecho, donde, sabemos, se requiere que los principios constitucionales sean verificados y permeen en la cotidianidad favorable a las personas y el bien común.

Bajo ese contexto, el control jurisdiccional de la constitucionalidad de normas imperante en el Estado Mexicano, supone una incidencia fáctica en funciones legislativas en tanto que los efectos de las sentencias dictadas en cierto tipo de procedimientos se ven reflejados en la vigencia o no de una disposición normativa (para el caso específico o con efectos generales), resultado justificado teleológicamente con el respeto al principio de supremacía constitucional mediante el escrutinio de regularidad de leyes con la norma imperativa, orientada a reconocer las libertades fundamentales de los individuos y la operatividad del poder público.

En tal tesitura y como resultado del diseño sobre control constitucional, el instrumento más recientemente inserto en el esquema de defensa constitucional en México es la Declaratoria General de Inconstitucionalidad (en adelante DGI), entidad que tiene por objeto declarar la inconstitucionalidad de una norma con efectos generales, excepto en materia tributaria. La configuración procesal de la DGI, así como las implicaciones en temas de democracia e interacción entre el poder judicial y el legislativo, genera espacios de discusión y tensiones institucionales, el estudio sobre su naturaleza, alcances y eventuales áreas de oportunidad permitirán ahondar en su comprensión y proyectar diseños operativos que le doten de efectividad.

Con motivo de lo anterior, el objetivo del presente estudio es llevar a cabo un análisis jurídico de la DGI en México, con un especial enfoque en su diseño procedimental, y en la pertinencia, justificación u objeción de que este medio de control constitucional sea jurisdiccional, no obstante, contextualizando que el arreglo establecido supone tensiones

frente a postulados democráticos formales y de constitucionalismo rígido. Es decir, se expone la problemática sobre el hecho de que una figura de control constitucional jurisdiccional contravenga algunos elementos característicos de la democracia formalmente concebida, al desechar del ordenamiento jurídico una norma promulgada por un órgano electo bajo el principio de mayoría, que supone ser la voz de la voluntad popular.

Abundando en el punto previo, la tensión se genera debido a que el establecimiento de un criterio de interpretación constitucional por parte de un órgano de aparente menor legitimidad democrática que el ejecutivo y legislativo, desecha el contenido de una disposición normativa construida por los órganos de representación popular. Formulación que requiere, entre muchas otras cosas, un replanteamiento de la percepción sobre democracia y abonar al debate la categoría constitucionalismo, como un esquema por el cual se permite y pretende justificar la existencia de herramientas de defensa constitucional tales como la DGI, por lo que importa mucho establecer los vínculos e interacciones prevalecientes entre ambas condiciones.

Razonando en consecuencia, respecto al eventual bajo perfil democrático que supone un control de constitucionalidad jurisdiccional con efectos generales sobre la anulación de una disposición normativa, caracterizándola como fuerza contramayoritaria, se pretende desentrañar además, si con el esquema de la DGI se inicia en nuestro país una práctica deliberativa o de diálogo entre los poderes del Estado que permitan solventar las tensiones anteriormente expuestas (en el sentido que el órgano judicial, dentro del proceso para la DGI, da aviso al órgano legislativo para que comunique su postura, argumente sobre la constitucionalidad de la norma que emitió y que sus razones sean consideradas en el procedimiento de escrutinio de constitucionalidad, o bien, sea la misma autoridad emisora quien corrija el problema de constitucionalidad detectado mediante los procedimientos legislativos).

Otro enfoque de este estudio versó sobre los problemas insertos en la configuración procesal de la DGI, por ejemplo su elevada exigencia procedimental, tanto en la votación requerida de los Ministros de la Suprema Corte de Justicia de la Nación (en adelante SCJN), como en los términos en que se plantea la discusión sobre ella, situación que

cuestiona la efectividad y cumplimiento de expectativas proyectadas para la DGI (igualdad ante la Ley, economía procesal, depuración del orden normativo de leyes inconstitucionales, etc.).

No fue difícil tomar conciencia de los obstáculos procedimentales de la DGI en México, debido a su baja incidencia de uso, contrapuesto a las altas exigencias de erradicación de normas inconstitucionales, además de evidenciar una aparente tensión entre democracia y constitucionalismo, estudios que pudieron leerse a través de diversos enfoques: institucionales, de control previo, revisiones dialógicas antes de su entrada en vigencia, fortalecimiento de los procesos de creación/estudio/discusión de las normas y las vías de interacción entre los poderes del Estado (incluso involucrando a la sociedad civil), para, finalmente, concretar una valoración del cumplimiento del objetivo de esta institución en el marco de la defensa de la Constitución.

En aras de abordar las anteriores perspectivas, fue necesario caracterizar la naturaleza jurídica y trámite procedimental de la DGI en México, ponderar sus alcances, destacar las tensiones que genera su configuración entre los postulados democráticos y una teoría constitucionalista, analizar la forma en que se llevó a cabo su incorporación en la Constitución, problematizar si la DGI cuenta con los elementos procedimentales necesarios para ser una institución eficaz en la modalidad que se insertó en el ordenamiento, valorar los razonamientos o justificaciones para que dicho control judicial de normas generales sea válido en términos democráticos, revalorar la pertinencia o no respecto a que dicho control de la constitucionalidad de las normas generales, vía DGI, se lleve a cabo en sede judicial, todo ello para referir las propuestas que solventen los aparentes costes democráticos de la DGI: discurso dialógico, democracia deliberativa.

Además, siendo que la configuración de la DGI emana de una reforma constitucional relativamente reciente, resulta pertinente abonar a los estudios y análisis sobre ésta efectuados. En ese sentido, con la presente investigación se buscará agrupar elementos que permitan reconocer los elementos teóricos que dan vida a la DGI, así como la experiencia que en su implementación se ha suscitado en otros países, con el fin de

proponer alternativas de solución a los problemas de tensión que la DGI genera entre democracia y constitucionalismo.

Es necesario mencionar que tanto los estudios en México sobre las tensiones existentes entre democracia y constitucionalismo así como respecto a la cuestión contramayoritaria, incluso las eventuales propuestas de dilución a dichas tensiones como se ostenta el discurso dialógico en la actividad decisional o la concepción de una democracia deliberativa como marco imperante en las actividades de control constitucional, son limitados. Abocarse al estudio de este tema permitirá robustecer su conocimiento en general, así como una visión del ordenamiento jurídico y los procedimientos constitucionales no meramente formal y mecanizada, sino aproximada a su ubicación en la discusión filosófica jurídica y política que pueden proyectar.

Bajo esta tesitura, con el presente trabajo de investigación lo que se propone es efectuar un análisis exhaustivo de la Declaratoria General de Inconstitucional, tanto desde el punto de vista procesal, como desde el punto de vista de las tensiones que su configuración genera con los principios democráticos y los postulados constitucionalistas, a la par de una posible respuesta o justificación que disminuyan los eventuales costos democráticos o de peligro en el reconocimiento de derechos motivados por este tipo de control constitucional.

Redundando, la esquematización del desarrollo temático expuesto hasta el momento sobre el trabajo de investigación en comento, se efectuó con base en 3 capítulos: el primero aborda el tema de defensa constitucional como el marco que soporta a la DGI en México, específicamente en tanto la labor de control de constitucionalidad de leyes y el modelo en el que se subsume acorde a cada una de las tipologías que verifica la DGI; el segundo capítulo contiene un ejercicio analítico sobre el diseño procedimental de la DGI en México, su naturaleza jurídica y las implicaciones que refleja esta institución a partir de los conceptos democracia y constitucionalismo, ambos considerados ejes tensores en el enfoque contramayoritario a través del cual también se escruta y se derivan las propuestas sobre los arreglos institucionales oportunos para su solvencia; finalmente, el capítulo tercero es un estudio comparado de la DGI en México respecto procedimientos análogos en

los sistemas de control constitucional Colombiano y Español con el fin de verificar los aciertos en su configuración y retroalimentar la experiencia que en nuestro país recién inicia, también en este capítulo se aborda la experiencia de Canadá como un ejemplo de los acuerdos institucionales oportunos para la cuestión contramayoritaria inmersa en el control constitucional judicial de leyes y que atenúan la aparente tensión entre democracia y constitucionalismo emergente en la DGI en México.

CAPÍTULO I

LA DEFENSA DE LA CONSTITUCIÓN.

MODELOS DE CONTROL CONSTITUCIONAL COMO MARCO REFERENTE A LA DECLARATORIA GENERAL DE INCONSTITUCIONALIDAD

1.1. Defensa de la Constitución

En un Estado Constitucional de Derecho, existe la imperante necesidad de hacer una revisión constante de las normas generales y actos, con la finalidad de que se ajusten al contenido de su Constitución. Toda vez que las normas, incluyendo la fundamental, carecen de eficacia intrínseca o bien, y son susceptibles de ser vulneradas, por lo que resulta necesario un diseño institucional que gestione y solvete las eventuales transgresiones a los postulados constitucionales, el diseño institucional del modelo de justicia constitucional habrá de contener los procedimientos de control, defensa y protección a los preceptos constitucionales, ello, citando actividades como la interpretación, declaración o validación o inaplicación que se efectúan para lograr una regularidad constitucional de las normas.

Lo anterior, significa que el sistema jurídico ha de protegerse a sí mismo¹, pues aun cuando una Constitución es, *entre otras cosas*, un mecanismo de defensa de las libertades y derechos de los gobernados frente al poder político que procura racionalizar, resulta, por eso mismo, vulnerable y a su vez requiere opciones de preservación y tutela.

La Declaratoria General de Inconstitucionalidad, proyecta ese objeto del sistema de defensa constitucional mexicano, en tanto que es un modelo para el control de la regularidad constitucional de Leyes, podemos decir que es el mecanismo más recientemente institucionalizado para tal fin.

Aclaremos que el estudio de la DGI es el elemento central de la presente investigación, y a efecto de desarrollarlo en lo subsecuente, es necesario hacer primero un análisis del contexto a partir del cual surge este mecanismo de control de constitucionalidad

¹ SÁCHICA, Luis Carlos, *La Constitución y su Defensa*, México, UNAM, 1984, p. 329.

debido a que los referentes teóricos que caracterizarán nuestro objeto de estudio (por ejemplo: control abstracto, efectos *erga omnes*, principios y reglas aplicables, etc.), se encuentran inmersos en el panorama que refleja la defensa de la Constitución, hablamos entonces de una relación particularizada en la DGI.

Persistiendo entonces, la vigencia operante de los principios fundamentales insertos en una Constitución se sostiene en su labor de defensa, es decir, “el mantenimiento del orden jurídico plasmado en la Constitución, mediante los principios que de manera expresa o tácita han servido para diseñar la composición del universo jurídico y la estructura de la organización estatal”². El concepto defensa de la Constitución ha sido ampliamente estructurado por la doctrina, así, se categorizó eventualmente bajo los términos “supremacía judicial” por Emilio Rabasa, Fix-Zamudio lo llamó “Defensa procesal de la constitucionalidad”, Felipe Tena Ramírez la determina como “control del constitucionalidad”, Almagro Nosete como “fiscalización de la constitucionalidad”, Jellinek “garantía constitucional”, cada uno precisando según el órgano que ejerce el control o la finalidad de dicha actividad³. Con independencia de los términos usados, en la defensa de la Constitución, importa que cuente con los instrumentos jurídicos que doten de vigencia al principio de supremacía constitucional y procuren su inviolabilidad.

La defensa de la Constitución puede ser entendida en sentido amplio como en forma restringida. A *latu sensu* se integra por todos aquellos instrumentos jurídicos y procesales establecidos para conservar la normatividad constitucional y para prevenir su violación, reprimir su desconocimiento o lograr el desarrollo y la evolución de las disposiciones constitucionales, tendiente a la aproximación entre la Constitución formal y la Constitución material. La defensa de la Constitución en sentido estricto se identifica con las garantías constitucionales, refiriéndola como justicia constitucional, jurisdicción constitucional y control de la constitucionalidad⁴.

² URIBE, Enrique Arzate, *El sistema de justicia constitucional en México*, México, Porrúa, 2006, p. 134.

³ VEGA HERNÁNDEZ, José Rodolfo, *La Defensa y el Control Constitucional en Controles Constitucionales*, (Coord. José de Jesús Gudiño Pelayo y Otros), México, FUNDAP, 2005, p. 130.

⁴ ZALDIVAR, Arturo Lelo de Larrea, “El juicio de amparo a la luz de la moderna justicia constitucional” en *Revista de Investigaciones Jurídicas*, México, Escuela Libre de Derecho, núm. 15, 1991, p. 324. De igual manera, en tal sentido lo refiere CASTILLO DEL VALLE, Alberto, *La Defensa Jurídica de la Constitución en México*, México, Grupo Herrero, 1994, p. 16.

En tal sentido, Fix-Zamudio apunta sobre la defensa de la Constitución que: “está integrada por todos aquellos instrumentos jurídicos y procesales que se han establecido tanto para conservar la normativa constitucional como para prevenir su violación, reprimir su desconocimiento y, lo que es más importante, lograr el desarrollo y la evolución de las propias disposiciones constitucionales en un doble sentido: desde el punto de vista de la Constitución formal, a fin de lograr su paulatina adaptación a los cambios de la realidad político-social, y desde la perspectiva de la Constitución real, es decir, su transformación de acuerdo con las normas programáticas de la propia carta fundamental”⁵; una real y efectiva defensa constitucional será entonces aquella que pueda lograr la aproximación más cercana entre ambos sectores. Refiere también, que la defensa de la Constitución se integra por sus mecanismos de protección (factores políticos, económicos y sociales cuyo objeto es limitar y armonizar el poder) y las garantías que contiene (medios jurídicos dirigidos a la reintegración del orden constitucional)⁶.

Una de las especificaciones de la defensa de la Constitución es el control de contenido de leyes para que guarden arreglo con la norma imperativa, es decir, las acciones tendientes garantizar la permanencia de los principios contenidos en la Ley fundamental, no únicamente frente a la eventual transgresión de sus postulados, aunado a una labor de regularidad constitucional de las normas generales respecto de todo instrumento que interfiera en el funcionamiento de la Constitución y la solvencia de controversias entre distintos poderes u órdenes de gobierno.

El teórico José Alfonso Da Silva, denomina normas de estabilización constitucional a las normas que disponen las técnicas de defensa de la Constitución pues proporcionan los elementos, mecanismos y técnicas aseguradoras de la estabilidad de la Ley fundamental, regulando la defensa, protección y rigidez constitucional. Tales normas indican “a) las técnicas o medios para la defensa de la Constitución, b) a quién le corresponde defenderla y protegerla; c) contra quién va dirigida la defensa y protección. Todo ello es llamado el sistema de defensa de la Constitución”⁷.

⁵ FIX-ZAMUDIO, Héctor, *La constitución y su defensa*, México, UNAM, 1994, pp. 7-16

⁶ FIX-ZAMUDIO, Héctor, *Cuadernos constitucionales México-Centroamérica, Introducción al estudio de la defensa de la constitución en el ordenamiento jurídico mexicano*, 2° ed., México, Centro de Estudios Jurídicos UNAM, 1998, pp. 25 y 26.

⁷ DA SILVA, José Alfonso, “Sistema de defensa de la constitución brasileña” en *La constitución y su defensa*, México, UNAM, 1984, pp. 244 y 245.

Kelsen propuso considerar las garantías constitucionales como los medios generales que la técnica había desarrollado en relación con la regularidad de los actos estatales en forma general, y las dividió en preventivas o represivas, personales u objetivas. Entre las primeras, la anulación del acto inconstitucional, inclusive de carácter legislativo (cuyos efectos tendrían que ser generales o *erga omnes*) que representaba la garantía principal, aun cuando también era posible de carácter represivo, tales como la responsabilidad constitucional (política) y civil de los órganos que realizaron los actos irregulares. La función de anular los actos y las normas generales de carácter irregular emitidos por los órganos gubernamentales debía corresponder a un organismo jurisdiccional, por tanto, y con referencia en tal actividad, le asemejaba a un carácter de legislativo negativo⁸.

En el contexto de la DGI, es donde, de todos los mecanismos de control de regularidad constitucional existentes en México, pudiera subsumirse la perspectiva de “legislador negativo” a mayor comodidad, pues, contrario a los efectos del juicio de amparo, controversia constitucional, acción de inconstitucionalidad, etc., no se agota con la declaración de inaplicabilidad de una disposición normativa para el caso concreto, sino que la DGI, tiene por objeto depurar del ordenamiento jurídico normas que han sido objeto de un escrutinio de constitucionalidad resultando irregulares, así, tal como lo propuso Kelsen, el órgano judicial determina la expulsión del ordenamiento de una norma previamente emitida por el legislador, en el caso que éste no hubiere subsanado los problemas de inconstitucionalidad detectados en sede judicial⁹.

En tal sentido, Hernández Macías aborda la cuestión sobre la tesis del legislador negativo en el contexto de la Suprema Corte de Justicia de la Nación (en adelante SCJN), considerando que dicha explicación Kelseniana responde a la concepción del Derecho cientificado lógicamente, misma que fue útil en un momento histórico determinado, pero que si se traslada sobre el poder de control constitucional de la Corte —específicamente en lo tocante a la DGI—, lo limita funcionalmente y deja de lado su naturaleza de auténtica jurisdicción. Para superar tal postura, es necesario ampliar el debate hacia la argumentación

⁸ KELSEN, Hans, “La garantía jurisdiccional de la constitución (la justicia constitucional)”, Anuario jurídico-I, México, UNAM, 1974, pp. 471-515.

⁹ Cabe reiterar que la caracterización, desarrollo y desenvolvimiento de la DGI, se efectuará con mayor profundidad en lo subsecuente.

que expuso Kelsen en dicha teoría: la función jurisdiccional de control constitucional es de aplicación de la Ley constitucional y no de creación del Derecho, es decir, juzga y más no legisla¹⁰.

Así, la defensa de la Constitución, vecinada a la labor de control constitucional, se concibe como un régimen que ejerce la función de declarar ilícitos los fines contrarios al orden material sobre el que se constituyen las normas jurídicas, aun cuando los procedimientos utilizados en su elaboración sean democráticos. Es decir, invalidan las opciones políticas contrarias a los principios constitucionales que son paradigmas elementales en un sistema constitucional: un catálogo de derechos humanos, organización del poder y el equilibrio entre sus depositarios, forma de Estado, autonomía estatal, supremacía y rigidez constitucional, etc. Y estos principios son precisamente los límites que debe observar el poder revisor de la Constitución, independientemente de su depositario, pues en ningún caso pueden ser suprimidos, se consideran un “coto vedado”¹¹ o sector intangible a cambios regulares, ya que significan las instituciones protectoras de la Constitución misma.

La finalidad de que existan esferas intangibles, no debe relacionarse con una encriptación de los contenidos constitucionales, sabemos que debe ser un concepto dinámico capaz de responder a las exigencias que progresivamente van surgiendo, el objeto es resguardar ciertos bienes básicos (entre los que ubican las libertades fundamentales) que signifiquen un límite para las decisiones de la colectividad democrática.

1.2. El concepto de control de constitucionalidad

El control de la constitucionalidad es el ejercicio de los mecanismos jurídicos preventivos y correctivos que signifiquen la delimitación y contención necesaria con referencia a los preceptos constitucionales, por ello, recae sobre la producción jurídica y

¹⁰ HERNÁNDEZ MACÍAS, Juan Luis, “La Declaratoria General de Inconstitucionalidad: análisis del nuevo principio de relatividad”, Revista del Instituto de la Judicatura Federal, núm. 38, 2014, pp. 289-320.

¹¹ GARZÓN Valdez, Ernesto “Representación y democracia”, en *Derecho, ética y política*, Madrid, Centro de Estudios Constitucionales, 1993, pp. 641 ss. El enfoque se refiere a que ninguna situación relacionada con bienes primarios es susceptible de decidirse conforme a una regla de mayoría, es decir, no es objeto de negociación. Ferrajoli lo llama “esfera de lo indecible”, es decir, lo que ninguna mayoría puede válidamente decidir, o sea, la violación o la restricción de los derechos de libertad, y lo que ninguna mayoría puede legítimamente no decidir, es decir, la satisfacción de los derechos sociales constitucionalmente establecidos, en FERRAJOLI, Luigi, *La democracia a través de los derechos... Op. cit.*, p. 9.

determinado tipo de actos, con el fin de que guarden necesariamente regularidad con la Ley fundamental.

Es ampliamente entendible la necesidad de protección y defensa de los contenidos constitucionales, debido a que precisamente esto se traduce en el cuidado otorgado a un espectro de derechos y sus garantías, así como la distribución y organización del poder político.

Se define al control de constitucionalidad como el sistema de garantías de carácter procesal, a través del cual se preserva la supremacía de la Carta Magna, anulando cualquier norma, acto o sentencia que la contravenga¹². En razón a que es un sistema de garantías procesales, está integrado por diversos elementos: los órganos competentes, los sujetos legitimados que pueden intervenir como partes, así como las reglas procesales que determinan la materia de la impugnación, los plazos para hacer efectiva ésta, los trámites a seguir y los efectos de la sentencia, que armen los elementos jurídicos de protección, defensa y preservación al orden constitucional. El sistema de control constitucional abarca un régimen que tiene por finalidad específica invalidar actos de autoridad y leyes contrarios a la Ley Fundamental¹³.

En la perspectiva teórica, Burgoa refiere, de manera técnica y formal, al control constitucional como exclusivo a las infracciones actualizadas a la Constitución (cabe también mencionar que deja de lado la labor de regularidad constitucional). Los medios jurídicos para impedir que se infrinja, no son considerados por él como medios de control sino de previsión o tutela preventiva (aunque redundarían finalmente en la labor de la defensa constitucional). Los sistemas de sanción y responsabilidad de los funcionarios tampoco los considera control. Además habla de otros sistemas de control constitucional, como la defensa de la Constitución por órgano neutro, por órgano mixto y otros “medios de defensa”, que no llegan a ser de control como el político (división de poderes), jurídico (supremacía y rigidez constitucionales), económico (regulación de finanzas públicas) y social (democracia), los cuales no precisamente involucran facultades invalidatorias de

¹² ARENAS BATIZ, Carlos Emilio, *El nuevo modelo de control de constitucionalidad y convencionalidad en materia de derechos humanos a partir de la reforma de 2011*, México, Consejo de la Judicatura del Estado de Nuevo León, 2013, pp. 20 y 23.

¹³ BURGOA, Ignacio. *El juicio de amparo*, 42a. ed., México, Porrúa, 2008, p. 164.

Leyes o actos contrarios a la Constitución, más bien buscan el equilibrio de los poderes del Estado.

En este sentido Guastini relaciona la labor invalidataria de leyes contrarias a la Constitución, a fin de lograr la regularidad del orden jurídico con respecto a los preceptos constitucionales con la existencia de límites constitucionales, los que son impuestos en dos vertientes: a) Límites formales, que regulan el procedimiento de formación de la Ley, y b) Límites materiales o sustanciales, normas mediante las cuales se vincula el contenido de leyes futuras¹⁴.

1.3. Modelos de control constitucional

El establecimiento del sistema operativo sobre un modelo de control constitucional de leyes es necesario para la preservación de un orden de tal calado, toda vez que regularmente, en los sistemas jurídicos las leyes gozan de presunción de constitucionalidad (máxime si se opta por un ejercicio previo de revisión de constitucionalidad), los ciudadanos y los órganos político-administrativos del Estado están vinculados a la norma de primer momento. Nino llama a este aspecto “apariencia de legalidad”¹⁵.

El principio de supremacía constitucional incide en la configuración del sistema jurídico de la mayoría de los países y es elemental para el entendimiento del control de constitucionalidad, pues dota de sentido y enmarca el ámbito de acción de dicha actividad, en palabras de Kelsen, sería el entendimiento de una norma hipotética fundamental de la cual deriva todo el orden jurídico, este jurista la explica en los siguientes términos: “La teoría pura del derecho utiliza la idea de norma fundamental como presuposición hipotética

¹⁴ GUASTINI, Ricardo, *Estudios de teoría constitucional* (trad. Miguel Carbonell), México, Fontarama, 2001, pp. 47, 50 y 51. Además, establece que de tales límites, se derivan consecuencias de invalidez de la Ley por razones formales (discordancia con el procedimiento impuesto en la Constitución o en las leyes a las que ésta remite), por incompetencia material (si regula una materia reservada a otra fuente o la regula de manera incompleta), por razones sustanciales (si viola una prohibición constitucional o contradice la Constitución o las leyes a las que la Constitución remite), todo ello referente al sistema Italiano, pero atinente para un ejemplo general.

¹⁵ Vid. NINO, Carlos S., “La filosofía del control judicial de constitucionalidad”, *Revista del Centro de Estudios Constitucionales*, Núm. 4, Septiembre-diciembre 1989, p. 81. Postula que la validez de las normas jurídicas no es en sí misma una validez jurídica, no es una validez que el propio derecho genera, que las normas jurídicas no son en sí mismas razones para justificar acciones y decisiones y que detrás de las normas jurídicas hay consideraciones de tipo valorativo o moral en sentido amplio.

de todo conocimiento jurídico. La norma fundamental representa la razón de validez de todas las normas que pertenecen al mismo orden jurídico”¹⁶.

Es importante en este momento, traer a cuenta el concepto “bloque de constitucionalidad”, a fin de completar la idea de supremacía constitucional y que no se entienda desvinculada del paradigma actual sobre la inclusión al sistema jurídico mexicano de instrumentos internacionales. La categoría jurídica que abarca el bloque de constitucionalidad se refiere a un conjunto de normas en un rango jerárquico equiparable, integrado por los contenidos que aparecen expresamente en la CPEUM, los principios y valores a los cuales se remite y a las normas de derecho internacional que se han integrado de conformidad con los lineamientos de la propia CPEUM. Podemos entender este bloque, en contraposición a la estructura piramidal propuesta por Kelsen donde la primacía de la norma era la Constitución (aunque persista la idea de caracterizar a la Constitución como norma hipotética fundamental) y a partir de ella se extendía todo el demás ordenamiento con carácter derivado y por tanto en una jerarquía menor.

Ahora bien, sobre el órgano del Estado quien materializará la actividad de control constitucional, es necesario mencionar el principio de división de poderes como un modelo institucional de frenos y contrapesos para la estructura y funcionamiento del poder del Estado, con posterioridad, esta respuesta a la metodología de dialogo constitucional será confrontada con la postura de Gargarella, quien propone un nuevo constitucionalismo dialógico (en contraposición al sistema de pesos y contrapesos), propuesto en materia de revisión de la constitucionalidad de las normas, basado en una idea de democracia deliberativa¹⁷, donde las soluciones dialógicas aluden a las críticas de la “última palabra judicial”, intentando abrir un diálogo político e inclusivo entre pares de los órganos de poder¹⁸.

¹⁶ KELSEN, Hans, *¿Qué es la teoría pura del derecho?*, 16° ed., México, Fontamara, 2013, p. 20. Schmitt hace una crítica a la teoría kelseniana de la estructura jerárquica del orden jurídico, pues lo consideraba como un sistema vacío teórico-jurídico que no resolvía con un fundamento teórico-constitucional, haciendo entonces de la justicia constitucional una justicia de “normas sobre normas” visto en HERRERA, Carlos Miguel, *La polémica Schmitt-Kelsen sobre el guardián de la constitución*, México, Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM, 1995, p. 127.

¹⁷ Democracia deliberativa es considerada por Gargarella como ideal regulativo a partir del cual evalúa los arreglos institucionales en los que centra su reflexión, es caracterizado con el aseguramiento de un proceso de toma de decisiones asentado en un dialogo inclusivo.

¹⁸ GARGARELLA, Roberto, “El nuevo constitucionalismo dialógico, frente al sistema de los frenos y contrapesos” en GARGARELLA, Roberto (comp.), *Por una justicia dialógica. El Poder Judicial como promotor de la deliberación democrática*, Buenos Aires, Siglo XXI Editores, 2014, pp. 1-17.

Cabe indicar que hay tantas clasificaciones o tipologías como aspectos se presentan en los mecanismos de control constitucional, y entre ellos, las combinación de elementos que puede configurar cada Estado, entonces, no existen en la actualidad modelos puros, existe una individualización en cada Estado en la conformación de su ordenamiento para la actividad de control constitucional.

De las clasificaciones o tipologías de control constitucional, de las más significativas, debido a que alude qué órgano de poder ostentará la última decisión sobre las cuestiones constitucionales, es en atención a la naturaleza del órgano quien ejerce el control de constitucionalidad, la división se conceptualiza en político y judicial, o bien, podríamos decir que en judicial o no judicial¹⁹.

En esta dualidad, se ha discutido bastante con la finalidad de establecer cuál es el modelo óptimo o atinente a efecto de materializar el control constitucional, una de las principales controversias fue la suscitada entre Carl Schmitt y Hans Kelsen en las primeras décadas del siglo XX, a propósito de quién debía ser el defensor de la Constitución²⁰, en la disputa entre Hans Kelsen y Carl Schmitt, el primero aboga por un órgano especializado exclusivo, que concentre y monopolice el control de la constitucionalidad, con miembros pertenecientes al poder judicial, distinto al parlamento y gobierno, pues precisamente sus funciones son el objeto de control; el segundo, señaló al Presidente del Reich como el indicado para la defensa de la Constitución (órgano político²¹). No obstante, establecer cuál es el modelo ideal de control constitucional que dotará de efectividad a las disposiciones de carácter fundamental, no es el objeto del presente trabajo, únicamente adquiere significado el conocer cada tipología básica para generar el marco donde se inserta México con respecto a la DGI.

¹⁹ FIX-ZAMUDIO, Héctor, “Breves reflexiones sobre la naturaleza, estructura y funciones de los organismos jurisdiccionales especializados en la resolución de procesos constitucionales” en *Tribunales y justicia constitucional*, VEGA GÓMEZ, Juan y CORZO SOSA, Edgar (coord.), México, Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM, 2002, pp. 210 y 211. Al respecto, menciona el tema de la relevancia de “*los órganos autónomos constitucionales, que con independencia de la naturaleza de las funciones que realizan (jurisdiccional), no están situados en ninguno de los tres sectores tradicionales de los órganos del poder, y por ello algunos autores argentinos los califican como órganos extra poder, en tanto que otro sector de la doctrina estima que dichos organismos especializados son órganos del poder distintos de la división o separación tripartita*”.

²⁰ Dicho dialogo controversial está contenido principalmente en los textos de SCHMITT, Carl, *La defensa de la Constitución*, 2º ed., España, Tecnos, 1998 y KELSEN, Hans, *¿Quién debe ser el defensor de la Constitución?*, 2ª Ed. Madrid, Tecnos, 1999.

²¹ Para Schmitt los tribunales de justicia pueden controlar leyes simples con respecto a la Ley Constitucional, pero no pueden defender ni proteger la Constitución (decisión sobre la existencia política de un Estado que le da unidad). Distingue entre control judicial y protección política (defensa constitucional), acorde a su teorización entre Constitución y Ley constitucional (realización normativa que se fundamenta en la Constitución), por ello, su propuesta de órgano político de control constitucional. HERRERA, Carlos Miguel, *La polémica... Op. cit.*, pp. 127-136.

1.3.1. Modelo de control político de constitucionalidad

Atendiendo a la naturaleza del órgano competente para resolver las cuestiones de control de constitucionalidad, el modelo de control político, se caracteriza porque los sujetos que lo realizan son órganos, autoridades o sujetos de poder (órgano político) con la potestad jurídica (atribución normativizada) para tal efecto.

El ejemplo más ordinario de un órgano de naturaleza política, puede ser el Congreso, o bien, un Consejo de Estado, etc.; se consideraría un órgano político extraordinario, si fuese creado exclusivamente para ejercer la tarea de control, es decir un órgano político *ad hoc* para el análisis de constitucionalidad de normas.

Dentro de sus caracteres generales, podemos describir la naturaleza no contenciosa del examen de constitucionalidad de leyes en sede política, regularmente en estos casos ocurre que la petición de control de constitucionalidad la gestionan las propias autoridades emisoras, y sus efectos son generales y absolutos (*erga omnes*) en un procedimiento derogatorio. Cabe destacar, que con motivo de las funciones mismas del órgano político, éste puede regular la constitucionalidad de leyes antes de que sean sancionadas y de su entrada en vigencia.

Algunas de las críticas que se han hecho a esta modalidad de control de constitucionalidad, se refieren a la idea de que regularmente provoca conflictos entre las autoridades, desequilibrando los poderes del Estado, se toma como un factor de crisis políticas entre el órgano ocursoante y el responsable del control constitucional²².

El referente histórico acerca de que la contraloría de la supremacía constitucional esté a cargo de un órgano político, remite a la Constitución Francesa de 1852, donde se estipulaba que las leyes debían ser revisadas por el Senado previo a su promulgación, radicando su fundamento en que éste tipo de sistema representa al pueblo, en tanto que sus miembros son elegidos por ellos. Con posterioridad, la Constitución Francesa de 1958 establecía en su artículo 61 un control previo a la promulgación de leyes, bajo el escrutinio

²² BURGOA, Ignacio. *El juicio...* Op. cit., pp. 154 y 155.

del Consejo Constitucional, incluso en la modificación que sufrió en 1974, tal artículo mantuvo en esencia el modelo de control político²³.

La referencia en doctrina, concuerda con la aseveración de que este sistema se concretó en Francia en 1975 sustentado en las ideas del Abate Sieyés quien en su obra *juri constitutionnaire*²⁴, afirmaba que una constitución era un cuerpo de leyes obligatorias o no era nada, propuso un modelo de control de constitucionalidad de leyes mediante la instauración de un jurado constitucional²⁵, ello al cambiar radicalmente de idea pues previamente afirmaba que la voluntad nacional no se encuentra sujeta a una Constitución ni otro límite.²⁶

En México se tuvo una experiencia con este modelo de control constitucional, durante la vigencia de las Siete Leyes Constitucionales o Constitución Centralista de 1836, el control de constitucionalidad se encargó a un órgano político, denominado “Supremo Poder Conservador”, que tenía como una de sus principales funciones, “declarar la nulidad de una ley cuando fuera contraria a un artículo expreso de la Constitución, y exigiera tal declaración el Poder Ejecutivo, la Suprema Corte de Justicia, o el menos 18 de los miembros del Poder Legislativo”. Este Cuarto Poder se integraba por 5 miembros, para cuya designación primero se hacían votaciones en los diversos departamentos en que se dividía el país, luego la Cámara de diputados integraba ternas de candidatos, y finalmente la Cámara de senadores lo designaba. Para ser elegible al cargo de integrante del “Supremo Poder Conservador”, era necesario haber sido previamente Presidente de la República, Secretario de Despacho, Senador, Diputado o Ministro de la Suprema Corte²⁷.

Considero que es posible atribuir un rasgo eventual de control político de constitucionalidad actualmente en la DGI en México, toda vez que su procedimiento describe que se informará (desde la segunda ocasión que la Sala o el Pleno de la SCJN resuelvan la inconstitucionalidad de una norma) y posteriormente notificará (una vez establecida jurisprudencia por reiteración del Pleno o Salas de la SCJN respecto de la

²³ Consultadas en <http://www.diputados.gob.mx/sedia/biblio/bibgen.htm>, 10 noviembre 2015.

²⁴ SIEYÉS, *Opinion sur les attributions et l'organisation du jury constitutionnaire*, trad. It.: *Opinione di Sieyés sulle attribuzioni e l'organizzazione del giuri costituzionale*, en *Opere e testimonianze politiche*, II, 1975, p. 802.

²⁵ CEDIE, Roger y LEONNET, Jean, “El Consejo Constitucional francés”, en *Revista de Estudios Políticos*, n.º 146, 1966, pp. 65-88.

²⁶ SIEYÉS, *Qu'est-ce-que le Tiers État?*, en G. Troisi Spagnoli (ed.), *Opere e testimonianze politiche*, Milán, Giuffrè, 1993, p. 257.

²⁷ <http://www.ordenjuridico.gob.mx/Constitucion/1836.pdf>, fecha de consulta 08 diciembre 2015.

inconstitucionalidad de una norma general) a la autoridad emisora (regularmente ocurre que son los poderes legislativos – órgano político), a efecto que ella misma subsane el problema de irregularidad constitucional en un término de 90 días, si bien, no queda de lado que la especie de denuncia de inconstitucionalidad inició en sede judicial (y que dentro de éste, una vez notificado, se constriñe a un plazo para solventar el problema de inconstitucionalidad), de ser el caso que la autoridad política emisora tenga a bien corregir el problema de inconstitucionalidad de la norma general, máxime si lo hace desde el momento en que se le informa, y no notifica aún, podemos afirmar que nos encontramos frente a un mecanismo de control político ordinario, y cabe decir que una vez corregido por la autoridad emisora, la autoridad jurisdiccional no tendrá la necesidad de hacer la DGI, salvo que la nueva norma general “corregida” presente reiterativamente los problemas de inconstitucionalidad.

1.3.2. Modelo de control judicial o jurisdiccional de constitucionalidad

Los instrumentos en los cuales se puede localizar el origen de los organismos jurisdiccionales especializados son las cartas de Checoslovaquia y de la República Federal de Austria, expedidas en 1920, al establecer Cortes Constitucionales²⁸, mismas que surgieron bajo el ideario de Hans Kelsen.

La defensa inicial y sumamente original en su momento, respecto de la justificación del control judicial de constitucionalidad, fue la formulada por Alexander Hamilton, argumentando la inexistencia de las implicaciones antidemocráticas de ésta, debido a que, por el contrario, anular una ley inconstitucional ratifica la Supremacía de Constitución, afirma la voluntad popular²⁹.

La percepción dicotómica de la justicia constitucional sustentada por Robert Alexy, se refiere a que, son los jueces, o bien, el poder legislativo, quien tiene la última

²⁸ FIX-ZAMUDIO, Héctor, “Breves reflexiones...” *Op. cit.*, p. 203. El autor agrega además el Tribunal de Garantías Constitucionales introducido en la Constitución Republicana Española de 1931.

²⁹ GARGARELLA, Roberto, “La dificultad de defender el control judicial de las Leyes”, *Revista ISONOMÍA*, No. 6, abril 1997, pp. 55 y 56. No obstante, Gargarella contradice en esa misma obra tal razonamiento a favor del control judicial con al menos tres argumentos, el argumento histórico, intertemporal y sobre la interpretación.

palabra³⁰ en interpretación constitucional (sobre todo en materia de derechos fundamentales, pues mediante la interpretación es que se les dota de contenido y alcances), y la última palabra sobre la constitucionalidad de una Ley³¹. Este jurista se decanta a favor del control judicial argumentando principalmente: a) la deliberación en el poder legislativo respecto a la interpretación de derechos fundamentales está restringida a arreglos políticos y parecieran ser más producto de una labor negocial que argumentativa, b) si el legislador asumiera la revisión y control de sus propios actos, incurriría en subjetividades, pues básicamente sería el juez de su propia causa³².

A su vez, los dos modelos clásicos de control judicial de constitucionalidad que han existido en la historia jurídico-política del siglo XX en adelante, son el modelo americano de control de constitucionalidad o *judicial review*, y el modelo europeo-austriaco o kelseniano. Ambos, en una perspectiva histórica, se pueden considerar reaccionarios, el primero constituyó una respuesta a la opresión del parlamento inglés y el segundo lo hizo hacia los regímenes totalitarios.

Este esquema de control de constitucionalidad, de manera general, está a cargo de uno o varios órganos formal y materialmente judiciales, entre sus características podemos enumerar que: la protección constitucional se confiere a órgano judicial con facultades expresas, la petición sobre pronunciamiento de inconstitucionalidad incumbe tanto a particulares como a órganos de gobierno, su naturaleza es contenciosa, pues parte de la existencia de una *litis*.

El hecho de que el carácter esencial de este tipo de control sea su ejercicio por parte de un órgano judicial no simplifica la estructura sobre la cual se sostiene ideológicamente, pues la problematización de este tipo de control surge al integrarlo en un sistema jurídico donde, así como el poder judicial, existen otros órganos de poder que

³⁰ Sobre la acepción “última palabra judicial”, así como “supremacía”, se consideran géneros empleados en materia de revisión constitucional, cuyas técnicas se han separado para dar paso a un nuevo tipo de relación, dialógico, entre tribunales y poder legislativo. GARGARELLA, Roberto, “El nuevo...” *Op. cit.*, p. 1.

³¹ ALEXY, Robert, “Ponderación, control de constitucionalidad y representación”, en *Teoría del discurso y derechos constitucionales*, Cátedra Ernesto Garzón Valdés 2004, México, Fontamara, 2005, pp. 60-61.

³² *Cfr.* WALDRON, Jeremy, *Derecho y desacuerdos* (trad. José Luis Martí y Águeda Quiroga), Madrid, Marcial Pons, 2005, p. 354. Contradice este argumento sustentando que cualquier persona que tenga la última palabra en la interpretación (sobre todo de derechos), decidirá sobre su propia causa pues forma parte del mismo ordenamiento el cual está interpretando (los derechos de los jueces se ven afectados por las decisiones que ellos mismos toman).

interactúan e infieren entre sí. Tales interacciones han sido objeto de estudio y puestas a debate bajo criterios preponderantemente políticos, debido a que se cuestiona la legitimidad democrática con la que el poder judicial evalúa e incluso desecha leyes que fueron emitidas por órganos de poder representantes de la “voluntad popular”. Lo anterior es el postulado central del debate contramayoritario inmerso en la labor del control de constitucionalidad de leyes generales por parte de órgano judicial³³, el cual se desarrollará a profundidad con posterioridad.

Adelantando un poco los cauces bajo los cuales se discute y desemboca el debate contramayoritario, es referible una propuesta de interacción dialógica entre la justicia y la política mediante una práctica conversacional mediante el “diálogo entre el Poder Judicial y las ramas políticas de gobierno, y que se extiende, eventualmente, al resto de la sociedad”³⁴, y que no obstante, no es fácil materializar debido a las limitaciones estructurales e institucionales que lo obstaculizan.

Así, retornando a la manera en que se encuentra estructurado este modelo judicial de control de constitucionalidad que atiende a los órganos jurisdiccionales competentes para declarar la no conformidad de las Leyes con la Ley Fundamental, reconoce las tipologías de concentrado o difuso, incluso la doctrina refiere una tercera vía bajo este criterio, el control semi-concentrado.

1.3.2.1. Modelo de control concentrado de constitucionalidad

La premisa esencial que puede definir a este modelo judicial de control de constitucionalidad se refiere a que un solo órgano judicial es el único competente para llevar a cabo tal actividad. También es llamado sistema austriaco, o esquema kelseniano, pues es este jurista fue el impulsor de sus principios elementales.

³³ Cfr. ANSOLABEHERE, Karina, *La política desde la justicia. Cortes supremas, gobiernos y democracias en Argentina y México*, México, FLACSO-Fontamara, 2007, pp. 34 y 35. Visualiza al poder judicial como un contrapeso del ejecutivo y de los poderes facticos para constituirse en una instancia facilitadora de la rendición de cuentas horizontal, una garantía del derecho frente a la política y una función de equilibrio entre los poderes del Estado.

³⁴ GARGARELLA, Roberto, “El nuevo...” *Op. cit.*, p. 18.

Este esquema de control concentrado de constitucionalidad tiene como elementos característicos los siguientes puntos:

- Concepción de la norma fundante como originaria y superior, lo cual esquematiza al sistema bajo una estructura piramidal y dinámica vertical.
- Atribuye a un solo órgano la competencia de carácter exclusivo para conocer y resolver sobre la constitucionalidad de actos y normas jurídicas. Es un tribunal especializado de jurisdicción única y excluyente de otra materia.
- Se basa en el principio de supremacía constitucional.
- Funciona mediante vía de acción (principal) que consiste en la promoción que el sujeto que estima su afectación por un acto de autoridad, en un procedimiento ante autoridad jurisdiccional³⁵.
- Efectos *erga omnes* de las resoluciones, derogan la norma tildada inconstitucional, el llamado efecto de legislador negativo³⁶.

Así pues, el modelo europeo, atribuye a un órgano específico, llámese Corte o Tribunal Constitucional facultado para revisar todas las cuestiones relativas a la constitucionalidad de las leyes, excluyendo a los jueces ordinarios el conocimiento de esta cuestión, planteándose en la vía principal o en la vía de acción por los órganos del Estado afectados de las normas inconstitucionales. Este tribunal especializado eventualmente declararía la inconstitucionalidad con efectos generales, provocando la eliminación de la Ley correspondiente a partir del momento en que se publique la resolución de inconstitucionalidad.

Podemos ubicar a la DGI, como un ejemplo de control concentrado de constitucionalidad, en el ejercicio propiamente resolutorio sobre la constitucionalidad de la norma, pues es el pleno de la SCJN el único órgano facultado para dictar dicha declaración, sin dejar de lado los partícipes en la configuración previa para que se lleve a cabo este

³⁵ URIBE, Enrique Arzate, *El sistema... Op. cit.*, p. 115.

³⁶ Cfr. COSSÍO DÍAZ, José Ramón, “La función constitutiva de los tribunales constitucionales y la división de poderes”, conferencia impartida en el XIII Encuentro de Presidentes y Magistrados de Tribunales y Salas Constitucionales de América Latina, septiembre de 2006, transcrito en *Anuario de Derecho Constitucional Latinoamericano*, 2008, pp. 103-110. Según el autor, la figura del legislador negativo nunca operó -hablando en el contexto latinoamericano-, pues en la medida que los tribunales constitucionales interpretan la constitución, es decir, abren y cancelan opciones, siempre han sido legisladores positivos. Pues desde el momento en que los tribunales están interpretando normas jurídicas, especialmente las constitucionales, están generando una condición de reconstitución social debido a que se determinan funciones constitutivas del orden jurídico y por ende de la sociedad.

mecanismo de defensa constitucional, como lo son la autoridad emisora a quien se le comunica y/o notifica sobre el problema de inconstitucionalidad detectado, y los órganos resolutores de los amparos indirectos sobre los cuales versará la jurisprudencia que irá conformando los prerequisites para la DGI, no obstante, el procedimiento propiamente sobre DGI es sustanciado de manera exclusiva el Pleno de la SCJN.

1.3.2.2. Modelo de control difuso de constitucionalidad

Esencialmente, el control difuso de constitucionalidad obliga a todos los juzgadores a que, antes de aplicar cualquier Ley en materia de su competencia, evalúen la conformidad de ésta con la Constitución, es decir, obliga a todos los jueces, a preferir la constitución frente a cualquier otra disposición de orden secundario que se le contravenga. Todos los jueces entonces en este sistema son de legalidad y de constitucionalidad.

Los orígenes del control judicial difuso se encuentran en la sentencia dictada por el Juez John Marshall en 1803³⁷, en el caso *Marbury versus Madison*³⁸ resolviendo que todos los jueces son competentes para velar por la constitucionalidad de las Leyes en aras de la supremacía constitucional. “Se estableció la teoría de que la constitución norteamericana, aún sin regulación del recurso de inconstitucionalidad ni establecimiento de normas sobre el control de constitucionalidad de leyes, otorgaba a los jueces la misión de velar por la supremacía de la constitución”³⁹. En su origen norteamericano se conoce como *Judicial review*⁴⁰.

Gudiño Pelayo se refirió al fundamento de este esquema al afirmar que: “El control difuso de la Constitución, también denominado control constitucional por vía de

³⁷ GARGARELLA, Roberto, “La dificultad...”, *Op. cit.*, p. 56. Gargarella menciona el trabajo de Alexander Hamilton en “El Federalista” n. 78 como pionero en la defensa del control judicial de las leyes, al ser criticada tal tipo de defensa en la creación de la Constitución norteamericana; su argumentación, aduce, fue posteriormente retomada por el juez Marshall en el caso “*Marbury versus Madison*”. Se concibe bajo la línea que la voluntad del pueblo se encuentra plasmada en la constitución, por lo que los jueces pueden desechar acciones legislativas, no porque el poder judicial sea superior al legislativo, sino porque la voluntad del pueblo es la que ha de primar.

³⁸ CARBONELL, Miguel, *Marbury versus Madison: Regreso a la leyenda*, consultado el 11 de noviembre de 2015 en http://www.miguelcarbonell.com/artman/uploads/1/Marbury_versus_Madison.pdf

³⁹ ARTEAGA, Elisur Nava y GARCÍA, Ileri Elizabeth Ramos, *La nueva división competencial del poder judicial en materia de control difuso constitucional y convencional en Derecho Constitucional*, Obra Jurídica Enciclopédica en homenaje a la escuela libre de derecho en su primer centenario, (Coord. del volumen Elisur Arteaga Nava y Arturo Oswaldo Damián Martín), México, Porrúa, 2012, p. 459.

⁴⁰ GRANT, J.A.C., “La Constitución de los Estados Unidos”, *El constitucionalismo a mediados del siglo XIX*, México, UNAM, 1957, pp. 691- 730 citado por FERRER MAC-GREGOR, Eduardo, *El control difuso de convencionalidad en el Estado Constitucional*, México, Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM, 2010, p. 155. Se defiende la idea que el control judicial de constitucionalidad de leyes no se debe a Norteamérica, sino que es la aplicación en Constituciones escritas de los principios y técnicas desarrolladas por el *Common Law* inglés, para evitar que se traspasara el ámbito de la autoridad.

excepción, surge en el derecho anglo-americano de la interpretación de dos textos constitucionales: los artículos III, sección 2, párrafo 1, y VI, sección 2ª, a partir de la sentencia dictada por John Marshall en el caso *Marbury versus Madison*. Consiste en el poder otorgado a todos los jueces, con independencia de su jerarquía, para dejar de aplicar las leyes cuando las consideren inconstitucionales”⁴¹.

Otro precedente importante del control difuso de constitucionalidad, resuelto igual por el Juez Marshall⁴², fue *McCulloch versus Maryland* en 1819, sentencia en la cual se plasmó la idea respecto a que la interpretación constitucional que realiza la Corte obliga a todos los poderes públicos, federales y locales, sustentándose en la teoría de los poderes implícitos de la federación⁴³.

El sistema americano, es nombrado así no solamente del hecho de haberse establecido a partir de la Constitución de los Estados Unidos, sino por haber servido de modelo a la mayoría de los sistemas de control de los países en América. Éste es caracterizado por la facultad atribuida a todos los jueces para declarar en un proceso concreto la inaplicabilidad de las disposiciones legales secundarias que contravengan la Constitución. Se habla de un control difuso de la constitucionalidad, dado que cualquier órgano judicial puede realizarlo. La cuestión respectiva es planteada por vía de excepción por las partes, o también de oficio por el juzgador, con motivo de una controversia concreta. Los efectos de la sentencia se limitan al caso concreto, por lo que el fallo afecta únicamente a las partes.

Es factible enumerar las siguientes características del modelo de control difuso de constitucionalidad:

- Cualquier tribunal o juzgador está facultado para examinar la constitucionalidad de una Ley al momento de aplicarla.

⁴¹ PELAYO, Jesús Gudiño, “Lo confuso del control difuso de la Constitución”, en *Revista Iberoamericana de Derecho Procesal*, No. 3, 2005, pp. 159 – 187.

⁴² *Cfr.* NINO, Carlos S., “La filosofía...” *Op. cit.*, pp. 80-84. Hace una crítica a lo que llama “la lógica de Marshall” pues Marshall hizo la construcción de sus sentencias en el sustento de que los jueces deben aplicar las leyes que estén bajo el arreglo de la Constitución, aquellas que no lo estén, no son ley y los jueces no deben de aplicarla. No obstante, Nino afirma que no hay nada de lógica en lo que determina cuándo una norma es válida y que sólo los jueces estén autorizados a dejar de lado una ley en favor de la Constitución.

⁴³ ARTEAGA, Elisur Nava y GARCÍA, Ileri Elizabeth Ramos, *La nueva división...* *Op. cit.*, p. 460.

- En el supuesto de que el Tribunal considere que la Ley que ha de aplicar es inconstitucional, puede invalidarla para efectos del caso en cuestión.
- La Ley mantiene validez para todos los casos restantes y es sujeta de valoración por todos los tribunales o juzgadores.
- Se actúa con ocasión de un litigio concreto, inter-partes, por lo que los efectos se limitan al caso concreto.

Gudiño Pelayo, hace un importante desglose sobre el control difuso, lo secciona como en sentido amplio o uno restringido, limitado a una mera función de congruencia del sistema constitucional⁴⁴. En tanto que se pueden adoptar dos posturas, una, que todos los jueces están facultados para revisar la constitucionalidad de las normas generales, y otra, que corresponde a la facultad de inaplicar las que consideren inconstitucionales.

1.3.2.3. Modelo de control de constitucionalidad semi-concentrado, semi-difuso o mixto

Esta categoría pretende abarcar tanto elementos del control difuso como del concentrado, preponderantemente de éste último, debido a que la jurisdicción para pronunciarse sobre la constitucionalidad de una norma se atribuye dentro del sistema jurídico a un conjunto determinado y específico de operadores del sistema judicial. Es decir no hay exclusividad de un órgano en la labor de control de constitucionalidad, aunque tampoco es facultad de todos los juzgadores llevarla a cabo.

Citando a cuenta el caso de México, Roberto Niembro, señaló la reafirmación de este esquema de control de constitucionalidad a raíz de la discusión que efectuó el Pleno de la SCJN en julio de 2011 sobre la participación del Poder Judicial Federal en el cumplimiento de la sentencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos (en adelante CoIDH) dictada en el caso “Rosendo Radilla Pacheco vs. México” y, en particular, sobre el control de convencionalidad.

⁴⁴ PELAYO, Jesús Gudiño, “Lo confuso...”, *Op. cit.*, p. 168.

Pues si bien, Niembro cita que desde antes se podía hablar de un modelo híbrido, a partir de ese caso paradigmático, se reafirmó, sobre todo en cuanto al carácter difuso de algunos mecanismos de regularidad constitucional. Textualmente refirió que: “en nuestro sistema jurídico encontramos procesos concentrados en algunas entidades federativas, procesos concentrados y semi-concentrados a nivel federal, los procesos constitucionales en materia electoral y ahora el control difuso. Eso si dejamos aparte los medios de control constitucional no jurisdiccional, como el control político del Senado, la facultad de investigación de la Comisión Nacional de los Derechos Humanos”⁴⁵ (en adelante CNDH).

1.3.3. Otras tipologías del control constitucional

Retomando lo ya anunciado sobre la diversidad de categorías propuestas sobre el control de constitucionalidad, mismas que atienden a características específicas de las opciones posibles en que se configuran los mecanismos de defensa constitucionales, y para el tema objeto del presente estudio, haremos algunas indicaciones sobre las tipologías que inciden de manera concreta en la configuración de la DGI en México.

1.3.3.1. Modelos de control abstracto o concreto de constitucionalidad

El control concreto de constitucionalidad procede contra leyes aplicadas en actos concretos, sólo está legitimado para promoverlo la persona agraviada con motivo de tal acto, o bien, la autoridad cuya esfera competencial fuere vulnerada. El control abstracto, se presenta cuando el solicitante del escrutinio sobre la constitucionalidad no se encuentra precisamente relacionado con el juicio o existe gestión judicial pendiente donde intervenga la norma sujeta a revisión, no exige la existencia de un acto de aplicación.

Destaquemos lo ocurrido en el procedimiento de la DGI, donde se materializa un control abstracto sobre el análisis de la constitucionalidad de normas sin dejar de lado que, los amparos indirectos en revisión que forjarán progresivamente la jurisprudencia requerida para el procedimiento de la DGI, devienen de un control concreto de constitucionalidad.

⁴⁵ NIEMBRO, Roberto, “Y a todo esto ¿Qué es el control difuso y cómo modificará nuestra justicia constitucional?”, Nexos (en línea), 21 de julio de 2011, fecha de consulta 29 de agosto de 2016. Disponible en: <http://eljuegodelacorte.nexos.com.mx/?p=1319>.

1.3.3.2. Modelos de constitucionalidad cualificados por el momento de realización

Esta tipología señala que pueden existir modelos de control previo (*preventivo/a priori*) antes de la promulgación de la ley o posterior (*reparador/a posteriori*) a su promulgación⁴⁶.

En el caso de existir precontrol constitucional legislativo, la Ley será promulgada hasta que se analiza previamente su constitucionalidad y no arroja un problema de constitucionalidad. Por ejemplo en Francia, el Consejo Constitucional tiene competencia para pronunciarse sobre la constitucionalidad de las leyes orgánicas antes de su promulgación y de los reglamentos de las asambleas parlamentarias antes de su aplicación, en caso contrario, ninguna disposición puede ser proclamada⁴⁷.

Señalemos que en la DGI en México, se lleva a cabo un escrutinio de constitucionalidad de la norma posterior a su declaración, por ende, sus efectos serán reparadores frente a una irregularidad constitucionalidad y no preventivos de la norma general.

1.3.3.3. Modelos de control de constitucionalidad nacional o local

En un país federal, será un control nacional cuando salvaguarda la supremacía de la Constitución que rige respecto del derecho nacional, y local cuando garantiza en cada Estado de la federación la supremacía de la respectiva Constitución local sobre el orden jurídico interior de la entidad federativa, hablamos en este caso de una Justicia Constitucional Local⁴⁸.

En México, la DGI, es un instrumento de control de regularidad respecto a la Constitución Federal, acorde a la doctrina lo consideraríamos un control de constitucionalidad nacional, no obstante a que resulta inatinerente hacer la referencia con base en el término “nacional”, lo rescatable de este punto es establecer la diferencia entre lo

⁴⁶ Vid. URIBE, Enrique Arzate, “Actualidad y perspectivas de la interpretación constitucional en México” en Revista de Derecho, núm. 23, Universidad del Norte, 2005, pp. 111 -140.

⁴⁷ URIBE, Enrique Arzate, *El sistema... Op. cit.*, pp. 110 y 111.

⁴⁸ *Ibidem.* p. 23.

que ya existe, que es la DGI respecto a una norma conforme a las cláusulas de la CPEUM, y lo que puede instaurarse a nivel “local” que es un control de regularidad de las normas estatales respecto a las Constitución de cada entidad federativa igualmente con efectos generales.

1.3.3.4. Modelo de control de constitucionalidad por acción (directo) o excepción (indirecto o por vía incidental)

Significa la vía por la cual se impugna ante el órgano competente, la constitucionalidad de una norma general, es directo cuando hay una acción central que versa sobre la inconstitucionalidad de una norma, es indirecto o incidental cuando el proceso lo inicia el actor con la finalidad de obtener un pronunciamiento sobre la validez de un acto o resolución reclamados frente a lo cual el juzgador tiene que considerar previamente si la Ley que sirvió de fundamento es o no constitucional⁴⁹.

El procedimiento sobre DGI, se materializa vía directa o vía acción ya que se resolverá sobre la inconstitucionalidad de la norma en abstracto.

1.3.3.5. Modelo de control de constitucionalidad cualificado por los efectos de la sentencia

En relación a los efectos resultantes de la inconstitucionalidad de una norma, se identifica que si la sentencia puede expulsar del ordenamiento jurídico tal norma y será inaplicable para cualquier gobernado derogándose con efectos generales, nos encontramos frente a un efecto *erga omnes*, pues la declaración de inconstitucionalidad afecta a todos los órganos y personas, no sólo a aquellos que hayan formado parte del proceso de la declaración⁵⁰. Este es el caso que ocurre con la DGI, además de ser el rasgo característico de este mecanismo de control constitucional. Por otra parte, las consecuencias de desaplicación, ocurren cuando una sentencia deja insubsistente únicamente en el caso

⁴⁹ *Ibidem*. pp. 26 y 27.

⁵⁰ *Vid.* FIX-ZAMUDIO, Héctor, “La declaración general de inconstitucionalidad, la interpretación conforme y el juicio de amparo mexicano”, en Revista del Instituto de la Judicatura Federal, México, núm. 8, Primer semestre de 2001, p. 7 y FERRER MAC-GREGOR, Eduardo y SÁNCHEZ GIL, Rubén, *El nuevo juicio de amparo, guía de la nueva reforma constitucional y la nueva Ley de Amparo*, 7^o ed., México, Porrúa, 2014.

concreto una norma⁵¹. La DGI, tiene efectos no de desaplicación, sino de erradicación, expulsión o depuración del ordenamiento jurídico de manera general.

Los efectos de la sentencia también pueden ser inter partes, es decir, que son relativos en tanto que afectan únicamente a los contendientes en el litigio, se circunscriben a aquellas personas que son parte del proceso o que tienen algún interés en el mismo, y han solicitado la declaración de inconstitucionalidad⁵².

Si consideramos la temporalidad a partir de la que surtirá efectos la determinación sobre la regularidad o irregularidad constitucional de una Ley General, este tipo de control puede clasificarse en: *Ex Tunc*, si la sentencia tiene un carácter declarativo y produce efectos retroactivos o *Ex Nunc*, si el fallo produce efectos desde que ha sido dictado, es decir, pro futuro⁵³.

Trasladando estas categorías a las cualidades de la DGI, para determinar la temporalidad en que se producen los efectos de una determinación sobre DGI, determinamos que son *Ex nunc* o pro futuro, debido a que el contenido de la resolución aplica a todas las personas sujetas a determinada norma general si es declarada inconstitucional, a partir de su emisión (salvo en materia penal, donde la retroactividad de las sentencias puede verse trastocada por los alcances que se establezcan en la propia resolución sobre DGI).

1.3.3.6. Otras categorías de modelos de control de constitucionalidad

Las clasificaciones anteriores no agotan todas las tipologías posibles o modalidades según los elementos incidentes en el control constitucional, por ejemplo las siguientes⁵⁴: según el tipo de autoridad responsable (administrativa, legislativa, judicial o particulares), por el tipo de acto impugnado (actos, sentencias, leyes y omisiones

⁵¹ URIBE, Enrique Arzate, *El sistema... Op. cit.*, p. 28.

⁵² FIX-ZAMUDIO, Héctor, “La declaración general de inconstitucionalidad y el juicio de amparo”, en *Ensayos sobre el derecho de amparo*, 2ª. ed., México, Porrúa-UNAM, 1999, pp. 160 – 161.

⁵³ GONZÁLEZ-VARAS, Santiago José Ibáñez, “Los efectos de las sentencias anulatorias de los tribunales constitucionales”, en *Revista de Administración Pública*, núm. 178, enero-abril 2009, Madrid, pp. 361-367.

⁵⁴ ARENAS BATIZ, Carlos Emilio, *El nuevo modelo... Op. cit.*, p.29.

legislativas), se llega a hablar incluso por el control por órgano neutro, mixto o popular, un control represivo si existiera alguna sanción contra los operadores⁵⁵.

1.4. La configuración del control constitucional en México

Las disposiciones normativas y arreglos institucionales precedentes del control de constitucionalidad en México, abarcan una temporalidad amplia que incluye significativos cambios políticos entre Constituciones, gobiernos, movimientos sociales, etc., afortunadamente, se percibe una evolución progresista en materia de defensa constitucional e implementación de mecanismos de control de regularidad de leyes (el último de éstos es precisamente la DGI), en tanto el modelo de justicia constitucional ha materializado aciertos en la instrumentación procesal y en la amplitud de protección de libertades fundamentales con la inclusión de parámetros supranacionales de defensa de Derechos Humanos.

En tal sentido, abordamos a continuación algunas de las referencias y momentos paradigmáticos que han llevado al sistema de control constitucional de leyes tal como hoy lo conocemos, sin dejar de lado que hay asignaturas pendientes y los modelos de justicia constitucional son siempre perfectibles.

1.4.1. Precedentes de la configuración del Tribunal Constitucional Mexicano

A partir del año 1857 el sistema jurídico en México previó un control mixto de revisión y protección constitucional, por una parte, operaba el control concentrado por el que el poder judicial de la federación tenía facultad exclusiva para conocer de ciertos mecanismos de protección constitucional expresamente previsto en la carta magna y por otro se estableció la obligación de todos los jueces de hacer respetar la supremacía constitucional aun en contra de las disposiciones contrarias que se encuentren en los ordenamientos locales⁵⁶.

⁵⁵ *Idem.*

⁵⁶ ARTEAGA, Elisur Nava y GARCÍA, Ileri Elizabeth Ramos, *La nueva división... Op. cit.*, p. 465.

Desde 1972 operó el monopolio de control constitucional concentrado a favor del Poder Judicial de la Federación hasta 2011, por criterio jurisprudencial⁵⁷. Así la SCJN fue considerada tribunal constitucional hasta 1995, ello, derivado de las reformas constitucionales a finales de 1994 plasmadas en el artículo 105 fracción II de la CPEUM, donde se establece el control abstracto de normas, a través de las acciones de inconstitucionalidad.

Así, en un brevísimo recuento histórico basado en varias de las Constituciones que ha tenido nuestro país, encontramos que en la Constitución del 4 de octubre 1824 se instituyó control difuso en el artículo 161; la Constitución del 12 febrero de 1857, en el artículo 126, igualmente instituyó un control difuso constitucional; la Constitución del 5 febrero de 1917, basándonos en las diversas interpretaciones del artículo 133, el cual contiene los principios de supremacía constitucional y de jerarquía normativa, que han generado criterios diversos en el transcurso del tiempo, oscilando elementos de control difuso y concentrado.

Las condiciones objetivas que reflejan el carácter de Tribunal Constitucional en México de la hasta entonces Corte de Justicia, va estrechamente relacionado con el proceso de democratización y las reformas de 1988 y 1994 al sistema judicial, pues postularon al poder judicial en una circunstancia diferente respecto del poder político, otorgándosele una labor más dinámica y activa directamente proporcional con el incremento del nivel de contenciocidad operante a partir de la reforma del artículo 105 constitucional, relativo a las acciones de inconstitucionalidad y a las controversias constitucionales⁵⁸.

1.4.2. Elementos del modelo de control constitucional mexicano

En México, también el control constitucional es entendido ampliamente como el conjunto de procedimientos que buscan prevenir y reparar las contravenciones a las disposiciones de la Ley Suprema, pero el control constitucional mexicano no se agota en

⁵⁷ Amparo en revisión 2230/70. Marcelino de la Garza Quintanilla y Antonia Quintanilla de la Garza. 8 de junio de 1972. Unanimidad de cuatro votos. Ponente: Mariano Ramírez Vázquez. Sexta Época, Cuarta Parte: Volumen CXXXV, página 37. Amparo directo 1355/67. Jesús Galindo Galarza. 30 de septiembre de 1968. Unanimidad de cuatro votos. Ponente: Mariano Azuela. “**CONSTITUCIONALIDAD DE LAS LEYES, EXAMEN DE LA, IMPROCEDENTE POR LA AUTORIDAD JUDICIAL COMUN**”.

⁵⁸ VÁZQUEZ, Rodolfo, *Consenso socialdemócrata y constitucionalismo*, México, Fontamara, 2012, pp. 119 y 120.

procesos judiciales. Otros procedimientos, como los que se encomiendan a organismos protectores de derechos humanos, también pueden considerarse como instrumentos de control, regularidad, procuración de los principios constitucionales. Sin embargo, por sus amplios alcances, son los de índole jurisdiccional los que se reconocen como paradigma dentro del control constitucional⁵⁹.

Así, en México, el primer referente que podemos mencionar como elemento del diseño institucional para la realización de la justicia constitucional, es decir, como instrumentación para la garantía de los derechos, así como la regulación del ejercicio del poder estatal conforme al contenido Constitucional, es el juicio de amparo.

La Segunda Sala de la SCJN, mediante la tesis jurisprudencial 2a./J. 69/2014 (10a.), bajo el registro 2006808, aprobada en sesión de fecha 11 de junio de 2014 que al rubro dice: CONTROL DE CONSTITUCIONALIDAD Y CONVENCIONALIDAD. CONDICIONES PARA SU EJERCICIO OFICIOSO POR LOS ÓRGANOS JURISDICCIONALES FEDERALES, establece que las normas relativas a los derechos humanos se favorecerá en todo tiempo a las personas la protección más amplia, mediante el estudio y análisis *ex officio* sobre la constitucionalidad y convencionalidad de las normas aplicadas en el procedimiento o en la sentencia o laudo que ponga fin al juicio por parte de los jueces federales, únicamente cuando el órgano jurisdiccional advierta que una norma contraviene derechos humanos contenidos en la Constitución Federal o en los tratados internacionales de los que el Estado Mexicano sea parte, aun cuando no haya sido impugnada. Posteriormente la Primera Sala de la SCJN, a través la tesis jurisprudencial 1a./J. 4/2016 (10a.), bajo el registro 2010954, aprobada en sesión de fecha 27 de enero de 2016 que al rubro dice: CONTROL DE CONSTITUCIONALIDAD Y CONVENCIONALIDAD *EX OFFICIO*. CONDICIONES GENERALES PARA SU EJERCICIO, nos muestra un rasgo de esta modalidad en que se efectúa un control de regularidad de leyes, pues refiere que en cada caso debe determinarse si resulta indispensable hacer una interpretación conforme en sentido amplio, una en sentido estricto o una inaplicación, ante la presencia de una norma sospechosa o dudosa conforme a los

⁵⁹ FERRER MAC-GREGOR Eduardo (coord.), *Derecho procesal constitucional*, 5ª ed., 4 t., México, Porrúa/Colegio de Secretarios de la SCJN, 2006.

parámetros de control de los derechos humanos, puesto que las normas no pierden su presunción de constitucionalidad sino hasta que el resultado del control así lo refleje.

Como podemos observar, la configuración del modelo de justicia constitucional, en nuestro país ha tenido preponderantemente rasgos jurisdiccionales, y la evolución en su desempeño inicia con labores de mero control de legalidad hasta lograr materializarse en un tribunal constitucional; la justicia constitucional en México, abarca instituciones jurídico-procesales de mecanismos de control, además del juicio de amparo, como⁶⁰:

- La facultad consultiva del Presidente del Consejo de la Judicatura Federal en defensa de la autonomía e independencia del Poder Judicial de la Federación.
- Las acciones colectivas (artículo 17, tercer párrafo de la CPEUM).
- Sobre la facultad de investigación de la SCJN (artículo 97 fracción II de la CPEUM).
- Procedimiento de investigación de la CNDH (artículo 97, párrafo II y III de la CPEUM).
- Juicio de revisión constitucional en materia electoral (artículo 99, fracción IV de la CPEUM).
- Juicio de protección de derechos político-electorales (artículo 99, fracción V de la CPEUM).
- Procedimientos sustanciados ante organismos protectores de derechos humanos, modelo ombudsman (artículo 102 apartado B de la CPEUM).
- Juicio Político (artículo 110 de la CPEUM).
- Controversias constitucionales (Artículo 105, fracción I de la CPEUM).
- Acción abstracta de inconstitucionalidad (Artículo 105, fracción II de la CPEUM).
- La Declaratoria General de Inconstitucionalidad (Artículo 107, fracción II de la CPEUM), materia específica de nuestro interés.

En el análisis del modelo de control de la constitucionalidad en México, es necesario hacer mención del principio de supremacía constitucional, el que está

⁶⁰ Vid. MORALES-PAULIN, Carlos A. "La justicia constitucional en México, avances y perspectivas. Una propuesta" en VALDÉS, Diego y GUTIÉRREZ RIVAS, Rodrigo (Coords.), *Justicia. Memoria del IV Congreso Nacional de Derecho Constitucional I*, México, Instituto de Investigaciones Jurídicas UNAM, 1996, pp. 337 - 348.

estrechamente vinculado a la operatividad del modelo de control de la constitucionalidad en nuestro país, toda vez que es el parámetro sobre el cual van a actuar los instrumentos jurídico-procesales que combaten los actos contrarios a la Constitución.

El Principio de supremacía constitucional se encuentra inserto en nuestro orden normativo, en el artículo 133 CPEUM, y como se ha mencionado, no es autosostenible, por lo que requiere de mecanismos para su defensa y e instrumentación que lo doten de plena eficacia.

Cabe mencionar que a raíz de la reforma constitucional de 2011 y con la inserción a la Constitución de los principios pro persona y de interpretación conforme se difuminó un marco rígido sobre la operatividad del control de constitucionalidad y jerarquización de normas, incluso se abona más a tal complejidad involucrando en ello la inferencia del contenido de los tratados internacionales, sobre todo en materia de derechos humanos, que ha suscrito y ratificado México.

Es decir la inaplicación de una norma, o su preferencia de aplicación respecto a otras del orden jurídico, no obedece ya únicamente a criterios de regularidad constitucional mediante un control concreto y concentrado en su totalidad, por ello, sobre las bases que técnicamente habíamos enumerado, debido a que nuestro país tiene elementos bastante eclécticos para llevar a cabo el control de leyes y actos, podemos definirlo como mixto, pues tiene elementos de varias tipologías, tanto en el órgano de control, la substanciación de los procedimientos y los efectos en cada variante.

CAPÍTULO II

ANÁLISIS DE LA DECLARATORIA GENERAL DE INCONSTITUCIONALIDAD EN MÉXICO

2.1. Incorporación al sistema jurídico mexicano de la DGI

Como se ha referido en el anterior capítulo, todo Estado que sustente su régimen jurídico constitucionalmente, implementa mecanismos para la subsistencia del orden y primacía constitucional, ello ocurre analógicamente en nuestro país, donde, bajo la salvaguarda de no dejar de lado el cumplimiento a los compromisos adquiridos supranacionalmente⁶¹ (cuestión esencial en el ordenamiento jurídico mexicano, y que reconocemos indudablemente, pero que a efectos de la dinámica explicativa del presente trabajo, se simplifica a un mero control de constitucionalidad), la cláusula de supremacía constitucional tiene un fuerte arraigo; para la defensa del contenido constitucional y el resguardo de la regularidad de las leyes de conformidad con la CPEUM, ya se citaron diversos mecanismos de defensa constitucional insertos en nuestro país, entre ellos se encuentra la DGI, institución que será objeto de estudio y análisis durante las siguientes líneas.

El antecedente histórico sobre un mecanismo de control de constitucionalidad de leyes con efectos generales al que pudiéramos equiparar la DGI en términos de su configuración en el sistema jurídico mexicano, se encuentra en la Constitución Federal Austriaca de 1920, como sabemos, ideada por Hans Kelsen, donde se establecía una Corte Constitucional (*Verfassungsgerichtshof*) como organismo judicial especializado en la solución de los conflictos derivados de la aplicación Constitución, tales como la irregularidad de una disposición legislativa respecto a la Ley Fundamental⁶².

⁶¹ Recordemos que el concepto “bloque de constitucionalidad” completa la idea de supremacía constitucional para que no se entienda anticuadamente desvinculada del paradigma actual sobre la inclusión al sistema jurídico mexicano de instrumentos internacionales. La categoría jurídica que abarca el bloque de constitucionalidad se refiere a un conjunto de normas en un rango jerárquico equiparable, integrado por los contenidos que aparecen expresamente en la CPEUM, los principios y valores a los cuales se remite y a las normas de derecho internacional que se han integrado de conformidad con los lineamientos de la propia CPEUM. Podemos entender este bloque, en contraposición a la estructura piramidal propuesta por Kelsen donde la primacía de la norma era la Constitución y a partir de ella se extendía todo el demás ordenamiento con carácter derivado y por tanto en una jerarquía menor.

⁶² FIX-ZAMUDIO, Héctor, “Breves reflexiones...” *Op. cit.*, p. 203.

En América Latina, Fix-Zamudio citó que los diálogos iniciales que se suscitaron en torno a una declaración general de inconstitucionalidad de leyes, ocurrieron dentro del Primer Congreso Iberoamericano de Derecho Constitucional⁶³, que se llevó a cabo en la Ciudad de México durante los días 25 a 30 de agosto de 1975, y cuya conclusión quinta de la primera parte, se estableció en los siguientes términos: “En la realización del control de la constitucionalidad de las leyes, los tribunales latinoamericanos deben superar el principio adoptado por razones históricas de la desaplicación concreta de la Ley, para consignar el de la declaración general de inconstitucionalidad tomando en cuenta las particularidades y experiencias de cada régimen jurídico, teniendo por objeto darle verdadera eficacia práctica”⁶⁴.

En este contexto, los ejemplos latinoamericanos pioneros de tal mecanismo de justicia constitucional son Colombia y Venezuela donde subsiste el control constitucional de leyes con efectos generales desde el siglo XIX, Panamá lo instituyó en 1941, El Salvador en 1950, Nicaragua en 1987, Guatemala en 1985, entre algunos otros países del sur del continente, lo que significa una amplia brecha temporal, respecto a su institucionalización en México, pues fue hasta la reforma constitucional de 2011 que nuestro país contó con ella, y a 5 años aproximadamente de su entrada en vigor, se considera que aún no es sólida; pues de acuerdo con el sistema de seguimiento de DGI de la SCJN⁶⁵, sólo han surgido 8 procedimientos de tal naturaleza, de los cuales tres fueron desechados y uno declarado sin materia (todos ellos iniciados por petición de Plenos de Circuito), tres en trámite –en espera de que se configure jurisprudencia por la Primera Sala de la SCJN- (una de ellas se inició previo al acuerdo 15/2013 del pleno de la SCJN) y el último se refiere como admitido a trámite, es el más reciente acordado el 01 de septiembre de 2016.

Lo anterior no obstante a la amplia área de oportunidad que tienen este tipo de acciones, la depuración del sistema jurídico de disposiciones inconstitucionales ya identificadas previamente, acarrearía múltiples beneficios, entre los que destacan el de economía procesal a todas aquellas personas que actualmente tienen que recurrir

⁶³ FIX-ZAMUDIO, Héctor, “La declaración general de inconstitucionalidad, la interpretación...”, *Op. cit.*, pp. 89 – 122.

⁶⁴ *Idem.*

⁶⁵ <http://www2.scjn.gob.mx/denunciasincumplimiento/ConsultaGenerales.aspx>, última fecha de consulta: 27 de septiembre de 2016.

individualmente al amparo para la inaplicación de una disposición en situación de contravención a los preceptos constitucionales, así como la depuración del sistema jurídico de normas constitucionalmente irregulares; por citar algunos ejemplos de los temas objeto de declaración general de inconstitucional, se refieren el matrimonio igualitario, así como el acceso a la salud y seguridad social inherentes a éstos de manera equitativa, enfoques de género, adopción en familias del mismo sexo, sobre todo en disposiciones que estructuralmente guardan rasgos discriminatorios, etc.

Así, el proceso de instrumentación normativa para echar a andar este mecanismo de defensa constitucional inició por decreto publicado el 06 de junio de 2011 en el D.O.F. donde se reformaron, adicionaron y derogaron diversas disposiciones de los artículos 94, 103, 104 y 107 de la CPEUM, estableciendo concretamente en la fracción II del artículo 107 constitucional la atribución de la SCJN para emitir DGI, cabe hacer mención que se condicionó la expedición de las reformas a las leyes reglamentarias correspondientes que se encontraban pendientes, por lo que, a reserva de lo que se sirviera a pronunciar el legislador, se emitió el Acuerdo General número 11/2011, el 04 de octubre de 2011, del Pleno de la SCJN, de cierta manera provisional y con el objeto de dar trámite inmediato a dicho mecanismo de control de constitucionalidad.

Los objetivos proyectados para la legislación secundaria de la reforma constitucional citada fueron, por un lado, modernizar y adecuar el juicio de amparo para su tramitación más ágil, oportuna y que ampliase el ámbito de tutela para los gobernados, protegiendo, así, intereses legítimos de las personas y otorgando la posibilidad de que existieran declaratorias generales de inconstitucionalidad⁶⁶. Lo que pretendió materializarse en la nueva Ley de Amparo (en adelante LA), publicada el 02 de abril de 2013, donde en no más de 10 artículos se reguló el procedimiento de la DGI, en tanto que el Pleno de la SCJN emitió un nuevo acuerdo, el 15/2013 publicado el 23 de septiembre de 2013.

⁶⁶ Dictamen de las Comisiones Unidas de Justicia, Gobernación y Estudios Legislativos Segunda del Senado de la República por el que se aprueban las modificaciones y adiciones hechas por la Cámara de Diputados a la Minuta con Proyecto de Decreto por la que se expide la LA, Reglamentaria de los artículos 103 y 107 de la CPEUM; se reforman y adicionan diversas disposiciones de la Ley Orgánica del Poder Judicial de la Federación, de la Ley Reglamentaria de las fracciones I y II del artículo 105 de la CPEUM, de la Ley Orgánica de la Administración Pública Federal, de la Ley Orgánica del Congreso General de los Estados Unidos Mexicanos y de la Ley Orgánica de la Procuraduría General de la República, p. 8.

Hay un cuestionamiento latente sobre si los preceptos en los que se regula la DGI son suficientes para una nítida comprensión y trámite sobre este procedimiento, una respuesta anticipada es que no, puesto que hay, como se verá en lo subsecuente, varios supuestos hipotéticos que no quedan claros y algunas ambigüedades en su configuración⁶⁷. Ahora bien, no en un afán parlamentarista donde la sobreproducción de normas sea la única respuesta, pero se considera factible remover este procedimiento de la LA y que sea regulado en lo individual, o bien, en la Ley Reglamentaria de las fracciones I y II del artículo 107 constitucional, relativa a las controversias constitucionales y las acciones de inconstitucionalidad.

2.2. Concepto y naturaleza jurídico-política de la DGI en México

La configuración normativa de la DGI en México, no establece un concepto de ésta, empero, se propone la siguiente definición considerando los elementos que la conforman: *“La DGI es un medio de control de constitucionalidad de leyes consistente en la determinación jurisdiccional efectuada por al menos 8 ministros del Pleno de la SCJN sobre la expulsión del ordenamiento jurídico de una norma general no tributaria con efectos generales, resuelta inconstitucional en la jurisprudencia de las Salas o el Pleno de la SCJN o bien, dentro de los Plenos de Circuito en juicios de amparo indirecto en revisión, para los casos en que no se hubiere subsanado el problema de inconstitucionalidad detectado en sede judicial y comunicado la autoridad emisora, en el término establecido para ello”*.

Asimismo, la naturaleza jurídica de la DGI en México asume varios elementos esenciales, entre los que, a modo ejemplificativo, podemos distinguir en la normatividad que la integra los siguientes:

- Es un medio de control constitucional jurisdiccional con posibilidad de devenir en uno político, pues en su procedimiento, la autoridad emisora de la Ley tiene la

⁶⁷ Vid. HERNÁNDEZ MACÍAS, Juan Luis, “La Declaratoria...”, *Op. Cit.* Al respecto, afirma sobre la reforma que el Congreso plasmó en la LA, que es una reforma debilitada pues materializa un proyecto acotado y amputado de forma que ha dejado una figura que no se toma en serio el control de constitucionalidad de las leyes.

oportunidad de subsanar el problema de inconstitucionalidad, evitando que se llegue a materializar tal declaración por la autoridad judicial.

- Sus efectos son *erga omnes* o generales, es decir, aplica para todos.
- Se considera un procedimiento, pues a diferencia de un proceso, no contiene una secuencia de demanda, contestación, pruebas, alegatos y sentencia.
- Se fundamenta en el principio de supremacía constitucional.
- Tiene por objeto verificar la regularidad de leyes generales con los contenidos de la CPEUM⁶⁸.
- Su teleología es depurar el sistema jurídico de normas contrarias a los preceptos constitucionales, una vez declaradas inconstitucionales jurisprudencialmente⁶⁹ para que no sean aplicadas de nueva cuenta en ningún otro caso.
- Fortalece el principio de igualdad ante la Ley, pues, como quedó plasmado en el proceso legislativo: “(...) en un país con serias desigualdades económicas y sociales resultaba una injusticia la permanencia de normas inconstitucionales y su obligatoriedad para la inmensa mayoría de los gobernados, solo porque no promovieron un juicio de amparo, a pesar de haber sido declaradas inconstitucionales por nuestro máximo tribunal constitucional”⁷⁰.
- El análisis de la norma tildada inconstitucional deviene de un control concreto de constitucionalidad, efectuado en los amparos indirectos en revisión que irán configurando la jurisprudencia requerida para la emisión de una DGI, pero propiamente en el procedimiento de ésta, se lleva a cabo en abstracto.
- Acentúa una fuerte asimilación del principio de presunción de constitucionalidad de Ley pues ésta se expulsa del ordenamiento hasta cumplir todos los requisitos procedimentales y luego de lograr una votación calificada en su deliberación.

Cada uno de los elementos configurativos descritos con anterioridad individualizan a la DGI y significan varias de las veces, un rompimiento de los paradigmas insertos en los

⁶⁸ Una nota muy importante, es que no queda clara la procedencia de una DGI respecto de la regularidad de una norma con tratados internacionales, es decir, una declaratoria general de inconvencionalidad.

⁶⁹ Y en caso contrario se cuenta con mecanismos procesales para sancionar el incumplimiento sobre DGI o su aplicación dolosa que van desde inhabilitación, destitución, multa o prisión.

⁷⁰ Iniciativa del 15 de febrero de 2011 de la LA, p. 4, y que en iguales términos fue dictaminada por Comisiones Unidas de Justicia en la Cámara de Senadores, consultadas 13 de abril de 2016 en

<http://www.sitios.scjn.gob.mx/leyamparo/sites/default/files/1.%20Iniciativa%2015%20feb%202011.pdf> y http://www.sitios.scjn.gob.mx/leyamparo/sites/default/files/3.%20Dictamen%20C3%A1mara%20de%20Senadores%2013%20oct%202011_0.pdf, respectivamente.

mecanismos de control de constitucionalidad tradicionales en México, algunos de estos puntos habrán de ser retomados debido a la trascendencia e impacto en el ordenamiento jurídico.

2.2.1. La DGI como una excepción al principio de relatividad de las sentencias en México

Como se mencionó, los efectos de la DGI son generales o *erga omnes*, es decir que aplica el contenido de la resolución a todas las personas sujetas a determinada norma general si es declarada inconstitucional, a partir de su emisión (salvo en materia penal), habiendo o no acudido a instancias judiciales (pues la economía procesal, no saturación de juicios reiterativos en contra de la misma norma general e igualdad de aplicación de la Ley son su razón de existencia), ello significó una excepción a un arraigado principio en la configuración del Juicio de Amparo en nuestro país: el de relatividad de sus sentencias, efectos individuales o también reconocido como “fórmula Otero”⁷¹.

Este último principio, fue replanteado y problematizado durante el proceso legislativo de la LA vigente, donde se consideró, para el caso de inconstitucionalidad de normas generales, que la relatividad de las sentencias de amparo vulneran el principio de supremacía constitucional, afectando la regularidad del orden jurídico mexicano, puesto que seguirían formando parte del sistema normativo para aquellos quienes no hubieren acudido a juicio.

Además de lo anterior, evidentemente el principio de relatividad de las sentencias de amparo, no favorece una economía procesal, aletargando la pronta y expedita administración de justicia (con la saturación de demandas simultáneas y continuas por inconstitucionalidad de las mismas disposiciones normativas⁷²) y obstaculizando la unificación en la aplicación de las leyes generales en temas de regularidad y justicia constitucionales.

⁷¹ Tal referencia es en alusión Mariano Otero, una de las personas que idearon el Juicio de Amparo en nuestro país e integró efectos particulares de las sentencias por influencia del pensamiento de Alexis de Tocqueville, para quien éstos eran útiles en tanto limitaban la actuación del juez frente a la ley y no contraponía su decisión frente al legislativo.

⁷² FIX-ZAMUDIO, Héctor, “La declaración general de inconstitucionalidad y el juicio...”, *Op cit.*, pp. 160 – 161.

A pesar de las anteriores disertaciones, se percibe un discurso ambivalente inserto en el proceso legislativo para reglamentar la institución constitucional de DGI, puesto que si bien se reconocieron los detrimentos ocasionados por la hegemonía del principio de relatividad de las sentencias, tanto como los beneficios procesales y garantistas al dotar de efectos *erga omnes* al control constitucional de leyes generales, se continúa bajo el sistema de efectos individuales⁷³.

Afirmamos lo anterior, debido a que, en tanto no se resuelva hasta en 5 ocasiones la inconstitucionalidad de una norma general, aunado a que en la resolución sobre DGI, se debe concertar una mayoría calificada de 8 votos por parte del Pleno de la SCJN, lo cual, en un discurso oculto, significa la obstaculización de un proceso que debería ser óptimo y prioritario para descartar del sistema jurídico una norma que contraviene los preceptos constitucionales, por lo que se aduce, lo establecido en la norma no concuerda con la argumentación formulada en el planteamiento legislativo, ni solventa la problemática expuesta.

Sobre esta línea argumentativa, también Arturo Zaldívar Lelo recapituló los beneficios de los efectos generales de las sentencias, en tanto que auxilian a la primacía de la supremacía constitucional, limitan los eventuales excesos de las mayorías parlamentarias y al tener un supuesto objetivo para resolución (no resuelve interés subjetivo de un particular), coadyuva a una igualdad real de la Ley hacia los gobernados⁷⁴.

Por otra parte, en la exposición discursivo-argumentativa inherente a las citadas reformas constitucional y reglamentaria, no se hizo presente el debate sobre elementos contramayoritarios que sin duda tienen un peso específico en la DGI, y por tanto, dan cuenta de factores tensores democrático-constitucionales sobre si el poder judicial se encuentra facultado a modo de un legislador negativo para descartar, mediante la DGI, una norma promulgada y publicada por órganos de representación popular, sin prever con mayor profundidad la eventual y atinente obligatoriedad para corregir por parte de la

⁷³ Cabe destacar los distintos matices que guarda el rompimiento a la hegemonía del principio de relatividad de las sentencias de amparo, pues por una parte sigue vigente en tanto no se superen las pautas del procedimiento de DGI, y por otra, también se ve fragmentado en las resoluciones de amparo promovido con base en un interés legítimo colectivo y las sentencias dictadas en las acciones de inconstitucionalidad, cuando la resolución se apruebe por el voto de ocho o más de sus Ministros.

⁷⁴ ZALDIVAR, Arturo Lelo de Larrea, *Hacia una nueva ley de amparo*, México, UNAM, 2002, pp. 121y 122.

autoridad emisora la norma tildada de inconstitucional, o bien, de la apertura al dialogo para alegar una subsistente constitucionalidad.

2.2.2. Sobre el rasgo de inaplicabilidad en materia tributaria de la DGI en México

La Constitución y todas las disposiciones que regulan el procedimiento de DGI, excluyen las normas generales en materia tributaria como objeto de declaración inconstitucional de manera generalizada.

Esta excepción dirigida a la materia tributaria significa una restricción entre normas que en principio deberían de tener aplicación general. La inequidad en el tratamiento y revisión de regularidad constitucional entre normas según su materia (tributaria, penal, civil, etc.) carece de justificación frente a los objetivos enunciados de igualdad en la aplicación de la Ley y depuración del sistema jurídico de normas inconstitucionales que fueron pensados en la teleología de la DGI. La diferencia marcada adquiere una amplitud mayor si trasladamos los efectos de inaplicabilidad en materia tributaria en términos de derechos del contribuyente, pues se restringirían los derechos de muchas personas en cuanto a la aplicación de la Ley, los beneficios sobre la eventual DGI de una norma tributaria, serían inexistentes, pues aun cuando hipotéticamente hubiera jurisprudencia reiterada en 5 ocasiones sobre la inconstitucionalidad de una norma tributaria, cada vez, el contribuyente habría de interponer en lo individual juicio de amparo para lograr la pretendida inaplicabilidad.

Retomando las posibles justificaciones de la diferenciación efectuada en materia tributaria, encontramos que existió una única razón, a mi criterio insuficiente, dentro del proceso legislativo de la DGI, a pesar de las notas efectuadas en su contra en debates legislativos previos, para justificar la excepción en materia tributaria de un control de constitucionalidad con efectos generales, obedeciendo a “la especial importancia que guarda dicha materia en las finanzas públicas y el posible impacto negativo en las mismas en caso de establecer una declaratoria con efectos generales”⁷⁵.

⁷⁵ DICTAMEN en la Cámara de Senadores de las Comisiones Unidas de Puntos Constitucionales; y de Estudios Legislativos, con proyecto de decreto por el que se reforman, adicionan y derogan diversas disposiciones de los artículos 94, 100, 103, 104 y 107 de la CPEUM. p. 13. Visto en http://www.diputados.gob.mx/LeyesBiblio/proceso/lxi/110_DOE_06jun11.pdf

Por tanto, la argumentación expuesta por el legislativo para establecer la excepción en materia tributaria de DGI, no se considera un fin legítimo para habilitar esta restricción a los derechos de los contribuyentes, aunado a que no atiende a un criterio que obedezca estrictamente a la constitucionalidad de una norma, que es el único parámetro válido que debería de ser considerado⁷⁶.

Es decir, en un esquema de justicia constitucional, donde la transformación del sistema jurídico mexicano a raíz de las reformas constitucionales y legales acontecidas en esta década responde a impostergables acciones para solventar crisis de legalidad, de derechos humanos y democracia; tanto como la reciente operatividad este nuevo paradigma en el que la oportunidad de replantear la vías para lograr los requerimientos de la sociedad abriéndose posibilidades de tutela, protección y garantías de derechos que con anterioridad no estaban disponibles, proyectados en un control de regularidad constitucional a favor de la igualdad de los individuos ante la Ley. Todo ello, además, si realizamos una labor de confrontación de esquemas en defensa y protección de derechos humanos a nivel supranacional, da por resultado interesantes planteamientos que se enuncian a continuación:

- El hecho de que se considere constitucional, porque se encuentra plasmado en la Constitución, es una razón sumamente formalista; adentrándonos a un análisis sustantivo, no se encuentra tutelado debidamente el derecho de igualdad ante la Ley ni economía procesal bajo un esquema convencional de tutela judicial efectiva. Las disposiciones del derecho interno (en este caso Constitución), deben servir para dar cumplimiento a los compromisos adoptados supranacionalmente, y en el caso de mérito, no hay un elemento suficientemente razonable que justifique la restricción en materia tributaria.
- La razón expresada por el legislativo, justifica la exclusión en materia tributaria, basado en un eventual e incierto detrimento en finanzas públicas, lo cual no es atinente al objeto del control constitucional, cuyo único criterio debería ser la

⁷⁶ Al respecto, puede resultar útil verificar los criterios expuestos en la Observación General 18 del Comité de Derechos Humanos de la ONU, que los parámetros en los que es posible efectuar una restricción legítima de derechos humanos, en tanto se cumplan con requisitos de estricta legalidad (objetivo), fin legítimo bajo el enfoque de Derecho Internacional de los Derechos Humanos, necesidad (razonable) y proporcionalidad. Ello, únicamente como una propuesta para hacer un escrutinio sobre la determinación contenida en la CPEUM, sobre la restricción en materia tributaria para emitir una DGI, y considerando que puede afectar derechos de los contribuyentes.

regularidad de los ordenamientos legales con los preceptos constitucionales, no la protección ni tutela financiera del Estado o cualquier otra.

- En tal sentido, el Estado no puede configurar sus finanzas o acopio de recursos económicos sobre o ante una posible transgresión a las libertades fundamentales de los ciudadanos plasmados en la CPEUM, en un ejercicio de ponderación, no se justifica la exclusión de esta cláusula a un control de regularidad constitucional.

Es por todo lo anteriormente expuesto que, tanto el artículo 107 fracción II de la CPEUM, el 231 de la LA e incluso el Acuerdo General 15/2013 del Pleno de la SCJN, en los que se asienta la exclusión en materia tributaria de DGI, son incompatibles con los objetivos propuestos en la creación de este mecanismo de control de constitucionalidad, además de ser inconventionales, ello, atendiendo a los numerales 8⁷⁷ y 25⁷⁸ de la Convención Americana sobre los Derechos Humanos, en los que se tutela el derecho humano a ser escuchado por juez o tribunal competente, independiente e imparcial para la determinación de los derechos de las persona, así como tener al alcance un recurso sencillo y rápido que ampare contra actos que vulneren derechos fundamentales reconocidos en la Constitución, Ley o Convención.

2.3. Referencias esenciales sobre el inicio a trámite de la DGI en México

El procedimiento para que se materialice una DGI, así como las eventualidades que derivado de ella surjan con posterioridad, es verificable en el artículo 107 fracción II segundo, tercero y cuarto párrafo de la CPEUM, artículo 61 fracción VIII, 73 tercer párrafo, 201 fracción IV, 210, 231, 232, 233, 234, 235, 267 fracción IV y 268 de la LA, artículos 4, 10 fracción XI, 14 fracción XX, 41 ter. fracción IV, y en el Acuerdo General 15/2013 del Pleno de la SCJN.

⁷⁷ Artículo 8. Garantías Judiciales: 1. Toda persona tiene derecho a ser oída, con las debidas garantías y dentro de un plazo razonable, por un juez o tribunal competente, independiente e imparcial, establecido con anterioridad por la ley, en la sustanciación de cualquier acusación penal formulada contra ella, o para la determinación de sus derechos y obligaciones de orden civil, laboral, fiscal o de cualquier otro carácter. (...)

⁷⁸ Artículo 25. Protección Judicial: 1. Toda persona tiene derecho a un recurso sencillo y rápido o a cualquier otro recurso efectivo ante los jueces o tribunales competentes, que la ampare contra actos que violen sus derechos fundamentales reconocidos por la Constitución, la ley o la presente Convención, aun cuando tal violación sea cometida por personas que actúen en ejercicio de funciones oficiales. (...)

De manera general, en la normatividad referida, observamos que la DGI lleva su procedimiento en dos variantes: directamente por las Salas o el Pleno de la SCJN o por la petición que hagan los Plenos de Circuito a la SCJN, cabe destacar que propiamente, se nutre del trámite y gestión de juicios de amparo indirecto en revisión, así, la manera en que se verificará es:

- Cuando se resuelva la inconstitucionalidad de una norma general por segunda ocasión consecutiva por las Salas o el Pleno de la SCJN, en la misma o en distinta sesión, se informará⁷⁹ a la autoridad emisora de la norma.
- Cuando el Pleno o las Salas de la SCJN establezcan jurisprudencia por reiteración, es decir 5 sentencias bajo el mismo criterio no interrumpidas por otro en contrario sobre la inconstitucionalidad de la misma norma general⁸⁰, se notificará a la autoridad emisora, a fin de que se supere el problema de inconstitucionalidad en un término de 90 días.
- Cuando la mayoría de los integrantes del Pleno de Circuito soliciten a la SCJN el inicio de un procedimiento de DGI, una vez que en su circuito se hubiere emitido jurisprudencia sobre la inconstitucionalidad de una norma general en amparos indirectos en revisión, siempre y cuando no éste pendiente por resolver alguna contradicción de tesis respecto de las jurisprudencias vinculadas⁸¹.

2.3.1. Reflexiones en torno al procedimiento de DGI en México

Ha quedado evidenciado que los insumos para tener un panorama completo y claro sobre los supuestos que pueden ocurrir en el procedimiento de la DGI en la normativa son

⁷⁹ Como lo señala el concepto, únicamente cumple la función de “aviso” sobre la existencia de precedentes que aducen una inconstitucionalidad de la norma y no es una notificación a la autoridad esta primera comunicación a la autoridad emisora. Por otra parte, para el caso en que la DGI se gestione por petición de los plenos de circuito a la SCJN, por la jurisprudencia que sea establecida, no se desprende que ocurra de igual manera -que las jurisprudencias que se vayan conformando respecto a la inconstitucionalidad de una norma general dentro de cada circuito sean comunicadas a las autoridades emisoras en la acumulación de un par-.

⁸⁰ Al respecto, la jurisprudencia por reiteración se establece al resolverse 5 sentencias en diferentes sesiones, conforme al art. 222 de la LA, lo cual es ambiguo respecto a la posibilidad de resolver en la misma sesión 2 situaciones sobre inconstitucionalidad, conforme al 232 de la LA.

⁸¹ En la Iniciativa de la Cámara de Senadores con proyecto de decreto por el que se expide la LA, reglamentaria de los artículos 103 y 107 de la CPEUM, entre la reforma y adiciones de diversas disposiciones, se propuso que otra de las funciones de los Plenos de Circuito sea el someter a consideración de la Corte alguna jurisprudencia en la que, dentro de su circuito judicial, se haya resuelto la inconstitucionalidad de una norma general, a efecto de que sea la SCJN la que determine si ha lugar a iniciar dicho procedimiento. Con lo anterior, ninguna norma dentro del orden jurídico nacional quedará exenta a priori de la instauración de tal procedimiento, y en su caso, de una eventual DGI, p. 30.

limitados y lacónicos, lo cual dificulta una comprensión a totalidad de las circunstancias y alcances de esta figura.

No obstante, deducimos lo siguiente: el procedimiento de la DGI se inicia concretamente con la notificación sobre la inconstitucionalidad de una Ley a la autoridad emisora (o valorar la propuesta por el Pleno de Circuito) conforme el artículo 107 párrafo II CPEUM, integrándose el expediente que será turnado a un Ministro – anexo de copias certificadas de las sentencias y en su caso de las tesis jurisprudenciales –. Cabe notar que el primer aviso de la Sala o el Pleno al resolver dos amparos indirectos en revisión sobre inconstitucionalidad de normas generales a la autoridad emisora es eventual, no vinculante y no necesariamente dirigido a devenir en un criterio jurisprudencial.

En la conformación para el trámite de la DGI intervienen las Salas o el Pleno de la SCJN que resuelvan los amparos indirectos en revisión, los Plenos de Circuito al solicitar el inicio de DGI respecto de un criterio jurisprudencial establecido en su circuito, la autoridad emisora de la norma inconstitucional, aunque de manera pasiva – pues sólo es notificada – pero quien puede poner una fin tal procedimiento alternativo (si subsana la inconstitucionalidad y con ello deja sin materia el procedimiento de DGI) y en otro momento el Pleno de la SCJN, ostentando el monopolio en la substanciación del procedimiento de DGI, integrado al menos en una mayoría calificada al resolver la procedencia, alcances, condiciones y vigencia de la DGI.

Considerando lo descrito con anterioridad, estimamos que se pueden implementar acciones pertinentes a fin de potencializar este medio de control de constitucionalidad, las aproximaciones para lograr el uso efectivo y práctico de la DGI, se podrán materializar a través de:

- La promulgación de una Ley reglamentaria específicamente para normar en torno a la DGI, no propiamente hacerlo bajo acuerdos o en segmentos de leyes como ocurre actualmente. Si bien se encuentra en un sitio oportuno dentro de la LA, Reglamentaria de los Artículos 103 y 107 de la CPEUM (y la DGI se menciona en la fracción II de este último artículo), se perfeccionaría el trámite e inserción como

institución en aras de la justicia constitucional al normar independientemente este mecanismo de control constitucional. O bien, como opción introducirla en la Ley Reglamentaria de las fracciones I y II del artículo 105 constitucional, relativo a las acciones de inconstitucionalidad y controversia constitucional.

- Continuando con el tema de su regulación normativa incompleta, surgen algunas lagunas, sobre todo respecto de eventuales respuestas legislativas a los avisos y notificación del Pleno de la SCJN y la manera en que pueda favorecerse una interacción dialógica.
- El contenido de la DGI deberá decir a partir de cuándo surte efectos, así como los alcances y condiciones en los que se materializa, situación que se lee muy abstracta y que tampoco incluye una retroalimentación o dialogo entre poderes, pues se entiende que limita la actuación de la autoridad emisora, quien tiene como opción únicamente descartar o no su acto una vez notificado, queda pendiente la defensa que pudiera hacer de la constitucionalidad de la ley o el establecimiento de un dialogo sobre los términos en que podría subsanarla.
- Si pensamos en todo lo que conlleva el proceso legislativo: estudios, análisis, discusión, acuerdos, se considera muy corto el plazo de 90 días naturales para modificar o derogar una norma general.
- Para el caso en que el pleno de la SCJN en un procedimiento de DGI, valore la modificación (cuando la autoridad emisora intente subsanarla) de una Ley General tildada inconstitucional, hecha con posterioridad a la notificación de la autoridad emisora, estaríamos frente a una especie de control previo de constitucionalidad de la nueva norma y con ello verificar si se subsanó el problema de inconstitucionalidad o no.

2.4. Concepto referencial sobre el debate contramayoritario

El fenómeno contramayoritario se encuentra inserto en el marco de las tensiones existentes entre democracia y constitucionalismo, para efectos del presente trabajo se ha preferido usar el término debate, pues si bien, ambos términos presentan aparentes

contravenciones entre sí, lo cierto es que, bajo el debido arreglo institucional, se interrelacionan necesariamente y se refuerzan de manera recíproca.

El debate contramayoritario no es el único punto de fricción que oscila entre dichos conceptos, también ocurre entre el conjunto de los derechos fundamentales y el ideal de la autonomía política, entre el contenido de las decisiones y la forma en la que son adoptadas, entre los principios constitucionales de supremacía y rigidez del documento constitucional y las capacidades de decisión de los poderes legislativo y de reforma constitucionales, entre los jueces de control constitucional y los órganos representativos democráticos⁸². Si se quiere mencionar de manera más amplia, se problematiza como: procedimentalismo frente a sustantivismo, democracia frente a derechos, concepción política de la Constitución frente a concepción jurídica de la Constitución, dignidad democrática de la Ley frente a judicialización como garantía de los derechos⁸³.

El debate sobre el argumento contramayoritario se refiere a la objeción hecha a la jurisdicción constitucional — planteada inicialmente a la categoría “*Judicial Review*” por parte de Alexander Bickel— en tanto que se plantea una carente legitimidad en la anulación de decisiones tomadas por un cuerpo colegiado y teóricamente representativo de los intereses populares⁸⁴.

Alexander Bickel, introductor del término, lo aludió por primera vez de la siguiente manera: “el control judicial de constitucionalidad es una fuerza contramayoritaria en nuestro sistema (...) cuando la Suprema Corte declara inconstitucional una sanción legislativa o una acción de un ejecutivo electo, ella tuerce la voluntad de los representantes del pueblo real de aquí y ahora (...) el control judicial pertenece del todo a una pecera diferente de la democracia, y ésta es la razón de que se pueda hacer la acusación de que el control judicial es antidemocrático”⁸⁵.

⁸² SALAZAR UGARTE, Pedro, *La democracia constitucional, una radiografía teórica*, México, FCE, IJ-UNAM, 2006, p. 197.

⁸³ AGUILÓ REGLA, Josep, “Sobre las Contradicciones (tensiones) del constitucionalismo y las concepciones de la constitución” en M. Carbonell y L. García Jaramillo (eds.) *El canon neoconstitucional*, Madrid, Trotta-UNAM, Investigaciones Jurídicas, 2010, pp. 252 y 253.

⁸⁴ RIVERA LEÓN, Mauro Arturo, *Jurisdicción constitucional: ecos del argumento contramayoritario*, en línea: <http://www.ejournal.unam.mx/cuc/cconst22/CUC000002208.pdf>, fecha de consulta: 22 de abril de 2015.

⁸⁵ A. BICKEL, *The Least Dangerous Branch. The Supreme Court and the Bar of Politics*, New Haven, Yale University Press, 1962, pp. 16 y ss. Citado por VÁZQUEZ, Rodolfo, “Justicia constitucional y democracia: La independencia judicial y el argumento contramayoritario” en M. Carbonell y L. García Jaramillo (eds.), *El canon... Op. cit.*, p. 390.

Con posterioridad, Víctor Ferreres, enuncia las circunstancias de la “dificultad” contramayoritaria en los siguientes términos⁸⁶:

1. La menor legitimidad democrática de origen del juez constitucional. La Ley que se discierne proviene de un Congreso electo periódicamente por el electorado, el juez constitucional, no es un cargo de elección popular.
2. La rigidez de la Constitución. El congreso no puede neutralizar la decisión de un juez constitucional de declarar inválida una Ley.
3. La controvertibilidad interpretativa de la Constitución. Suele presentar bastantes coaliciones entre conceptos.

El planteamiento del debate comienza desde un punto teórico, y pretende progresivamente adecuarse a uno fáctico, por ello se considerarán las circunstancias imperantes en México, donde la democracia se percibe inacabada o incipiente, puesto que la discusión académica sobre lo que encierra el argumento contramayoritario, da por hecho que contraviene principios de una democracia formalmente consolidada.

Así, el argumento contramayoritario oscila entre dos ejes tensores, por una parte, la limitación conforme al principio de división de poderes que debería tener la labor judicial correlativamente con el legislativo y ejecutivo (sistema de frenos y contrapesos) y los principios democráticos desde una visión formalista. Es decir, que los jueces, en principio, carecen de legitimidad democrática, pues no ostentan cargos de elección popular⁸⁷ ni tienen carácter representativo de la voluntad pública, lo que los hace menos aptos para controlar la legalidad y constitucionalidad de las normas generales que sí pasaron por el proceso legislativo en órganos de poder electos de manera democrática con base en un principio de mayoría. No obstante, la labor judicial, sobre todo en la defensa de libertades fundamentales, constituye una garantía hacia las minorías que también conforman el “pueblo” y limitan exclusiva atención a intereses mayoritarios.

⁸⁶ FERRERES COMELLA, Víctor, *Justicia constitucional y democracia*, Madrid, CEPC, 1997, pp. 42-45.

⁸⁷ *Vid.* BOBBIO, Norberto, *El futuro de la democracia*, México, FCE, 1994, p. 19. Este personaje, define la democracia, y por tanto los beneficios de ella como un conjunto de reglas procesales, donde la regla de la mayoría (representación) es la principal. Por otra parte, sabemos que la idea de mayoría es insuficiente para abarcar todo lo que significa el carácter democrático. Si consideramos una democracia directa, quizá pensaríamos que la poca confianza que se tiene en las instituciones judiciales, y su nula legitimidad popular, se debe precisamente al carácter contramayoritario que la configura, las instituciones judiciales regularmente no son cargos electos de manera popular.

Conceptualmente, una decisión contramayoritaria sería aquella tomada en contra de una mayoría determinada. Sin embargo, normalmente cuando un órgano jurisdiccional (con pocas cartas democráticas) decide respecto a la inconstitucionalidad de una Ley general con la Constitución, se supone a que atenta contra la voluntad de los representantes del pueblo y no del pueblo mismo⁸⁸ (a quien sólo pretende garantizarle los derechos que le asisten constitucionalmente, o bien, depurar el sistema jurídico de normas constitucionalmente irregulares, entendiendo que la constitución es la máxima expresión de la voluntad popular), en tanto que por razones constitucionales, en aras de la protección de derechos fundamentales (que pertenecen a todos: mayorías y minorías), se justificaría el control judicial de las normas, frente a una eventual arbitrariedad de las mayorías representadas por órganos de poder.

El debate sobre los contenidos de la justicia constitucional y el proceso democrático se ha centrado en el control judicial de constitucionalidad a partir de la dificultad contramayoritaria y una vez asumida dicha dificultad, argumentar a favor de la justicia constitucional como condición necesaria, aunque no suficiente para la existencia de un Estado Democrático de Derecho⁸⁹.

En tal sentido, a consecuencia del redimensionamiento de la labor judicial (iniciado desde las reformas constitucionales de 1988 y 1994), se otorgó una mayor actividad a los jueces en México, más dinámica y con un peso suficiente en la vida democrática y constitucional del país⁹⁰. Sabemos, además, que la labor judicial es eminentemente valorativa, más que sólo la aplicación de técnicas de subsunción, el uso de instrumentos y herramientas en pro de la impartición de justicia.

Es bajo la perspectiva de construcción de un Estado Democrático de Derecho, relacionado con la justicia constitucional y la pugna por el logro de una democracia sustancial, que los debates para considerar el control jurisdiccional de constitucionalidad se orientan como un tema de profunda seriedad en las discusiones sobre justicia constitucional

⁸⁸ RIVERA LEÓN, Mauro Arturo, *Jurisdicción... Op. cit.*

⁸⁹ VÁZQUEZ, Rodolfo, "Justicia constitucional y democracia..." *Op. cit.*, p. 385.

⁹⁰ *Ibidem*, p. 387. Afirma que en el caso de México, el marco emergente del poder judicial tendría que hablarse como el de un país de transición democrática. Así mismo afirma que en Hispanoamérica, el debate se ha implantado a mediados de los 90's con obras de Carlos Nino, Roberto Gargarella y Víctor Ferreres.

en México. Más aún, la objeción democrática es igualmente seria si los motivos de invalidación de una Ley están asociados a principios sustantivos recogidos en la Constitución, como los derechos fundamentales⁹¹.

Bayón considera que el debate contramayoritario implica tratar de responder a la pregunta fundamental sobre si dos criterios distintos de legitimidad del poder que en principio nos parecen igualmente esenciales e irrenunciables conviven armoniosamente en una relación de complementariedad libre de ficciones o, por el contrario, pueden colisionar y resultar difíciles de acomodar un diseño institucional coherente⁹². Si bien, este teórico centra la atención únicamente en los órganos jurisdiccionales como entidades o individuos decisores sobre la constitucionalidad de normas con pocas cartas democráticas en su labor, valdría pensar que otros agentes estatales, a través de políticas públicas, por ejemplo, secretarios de hacienda, desarrollo social, de salud, etc., inciden en gran medida en los derechos de los gobernados y que no son cuestionados en el mismo sentido aun cuando tampoco fueron electos directamente de manera popular.

Otra postura indica que los jueces constitucionales tienen una legitimidad democrática de origen menor que la del Parlamento, o de segundo grado, puesto que son elegidos por los órganos políticos representativos⁹³, es decir, si son electos por el pueblo de cierta manera indirecta (Ministros de la SCJN), en tanto que los Magistrados de Circuito y los Jueces de Distrito, quienes en momentos específicos inciden en la conformación de las precondiciones para el pronunciamiento de la DGI, son nombrados (conforme a los criterios objetivos, requisitos y procedimientos propios de la judicatura) por el Consejo de la Judicatura Federal⁹⁴.

El tema propuesto comienza al determinar los contenidos que pueden sustraerse a una decisión de la mayoría, si ello es posible de manera legítima, o bien, si la intromisión a las formalidades que guarda la democracia constituyen una vulneración a este régimen.

⁹¹ FERRERES COMELLA, Víctor, "El control judicial de la constitucionalidad de la ley. El problema de su legitimidad democrática" en M. Carbonell y L. García Jaramillo (eds.) *El canon... Op. cit.*, p. 359.

⁹² BAYÓN, Juan Carlos, "Democracia y derechos: Problemas de fundamentación del constitucionalismo" en M. Carbonell y L. García Jaramillo (eds.) *El canon... Op. cit.*, p. 297.

⁹³ *Ibidem*, p. 290.

⁹⁴ Artículos 96 y 97 de la CPEUM.

En este sentido, es didáctico abordar los dos enfoques de la cuestión contramayoritaria (entendida como una tensión entre constitucionalismo y democracia), puesto que las respuestas se orientarán sobre los argumentos que oferte cada enfoque, es importante adelantar que la idea de abarcar en lo individual el tema de democracia y de constitucionalismo no va dirigida a concluir cuál es el de mayor valía, sino descubrir cuáles son los arreglos institucionales que convienen al Estado Constitucional y Democrático de Derecho, específicamente en el caso de la DGI, donde podemos encontrar un amplio campo de reflexión respecto del debate contramayoritario, específicamente porque posibilita que el poder judicial (Pleno de la SCJN) determine la expulsión del ordenamiento de una norma emitida por un órgano de representación popular.

2.4.1. El enfoque democrático de la DGI

A modo de advertencia, cabe aclarar que la pretensión por definir todo lo que involucra y significa la categoría “democracia” queda muy alejado del propósito de la reflexión presente, únicamente se refieren conceptos básicos, tal como la negación de ser únicamente una decisión de mayoría, que va más allá de formalismos nominal y numerales, pues la democracia debe reunir, además, requisitos sustanciales para que legitime una decisión mayoritaria como auténticamente inserta en un marco de Estado de Derecho Constitucional y Democrático. Si consideramos que el voto, como expresión de voluntad individual es la unidad que sumará la conformación de la mayoría, se requiere, entre otros, que esa manifestación individual sea de manera libre, informada, autónoma y de igual valor que sus análogos⁹⁵, y además, que los derechos y libertades fundamentales se encuentren cubiertos.

En palabras de Aguiló Regla: “el valor de la democracia no sólo proviene del hecho que sea un mecanismo de agregación de preferencias, sino tienen que ser preferencias transformadas como consecuencia de un debate público que toma en cuenta los intereses de todos”⁹⁶.

⁹⁵ SALAZAR UGARTE, Pedro, *La democracia...* *Op. cit.*, p. 26. Resalta lo ilustrativo de la referencia al nombre más antiguo que adquirió la democracia: “isonomía” cuyo autor fue Heródoto y lo significaba como igualdad ante la Ley.

⁹⁶ AGUILÓ REGLA, Josep, “Sobre las Contradicciones...” *Op. cit.*, pp. 252 y 253.

La idea de democracia tiene una función básica de justificación racional del Estado⁹⁷, legitima en gran medida las atribuciones o *imperium* que se confieren a los operadores del sistema⁹⁸, tanto del mecanismo jurídico dotado de poder sancionador y capaz de imponer formas de comportamiento, del sistema ejecutivo que aplica (hablando en un sentido restringido de su actividad) y verifica el cumplimiento de la norma y del sistema jurisdiccional, abocado a resolver los conflictos e intereses contrapuestos; hablando en general un sistema donde el poder es dividido para evitar su concentración, el sistema de pesos y contrapesos con ello el Estado se justifica a sí mismo y por tanto preserva su existencia⁹⁹.

Entonces, si la DGI es una de las muchas y multidisciplinarias medidas del Estado Constitucional para preservar su existencia (concretamente respecto del mantenimiento del orden constitucional mediante la regularidad de las leyes generales con éste), el enfoque democrático de la DGI tiene que orientarse hacia la justificación del contenido de las decisiones tomadas por el poder judicial (Pleno de la SCJN), que no necesariamente van acordes a la voluntad popular, pero se legitiman en tanto a la preservación del orden normativo constitucional y la satisfacción de un elemento ameno en todo Estado Constitucional y Democrático: el respeto y cumplimiento de la Ley .

Específicamente, es en los casos donde una eventual DGI se configure contrario a la preferencia de la mayoría y se cuestiona que un órgano de poder no electo por el principio de mayorías sea quien determina el contenido y alcances de la DGI, haciendo funciones de un legislador negativo (no obstante a que en tiempos actuales es evidente que muchas de las políticas y decisiones de las entidades públicas electas popularmente, tampoco gozan del consenso popular).

En este sentido, sobre la discusión teórica de la pertinencia o no de conceptos puramente formales o políticos de la democracia, Ferrajoli concuerda en que sería

⁹⁷ DAHL, Robert, *La democracia. Una guía para los ciudadanos*, Madrid, Taurus, 1999, pp. 47-53. Formula razones de existencia de la democracia como: evita la tiranía, garantiza a sus ciudadanos una cantidad de derechos fundamentales y libertad general, autodeterminación, autonomía moral, desarrollo humano, protección de intereses esenciales, igualdad política, además de que en las democracias modernas también se incurre en la búsqueda de paz y prosperidad.

⁹⁸ Cfr. DÍAZ, Elías – RUIZ, Miguel, *Filosofía Política II, Teoría del Estado*, México, Trotta, 2004, p. 39. Plantean la idea de una legitimidad connatural con la propia existencia del Estado, ya que esta es la creencia de los sometidos a que es justificada su obediencia, esta es una visión de facto de la legitimidad y se contrapone en amplio sentido con el sentido jurídico del concepto legitimidad.

⁹⁹ MONTESQUIEU, *Del Espíritu de las leyes*, 9ª. Ed., México, Porrúa, 1992, pp. 106 - 110.

inadecuada e incompleta una definición de la democracia que no especificara que el sufragio universal y el principio de las mayorías son sus condiciones solo formales y metódicas, pero que también debe referir lo que es lícito o no decidir por la mayoría¹⁰⁰. Dentro de los debates sobre la inclusión de elementos formales y sustanciales en el concepto democrático, la mayoría de los autores aprueban como válidas las seis reglas o condiciones necesarias pero no suficientes para definir la democracia por Bobbio¹⁰¹, es decir, el procedimiento para la formación de decisiones colectivas (más allá el concepto abstracto de Dahl sobre oligarquía considerado una síntesis mínima y procedimental de la democracia).

Por su parte, Ferrajoli alude al concepto de democracia sustancial, como aquella que tiene lugar mediante la expansión de los derechos y sus garantías, superando el esquema de democracia puramente formal –política- (como una de las dimensiones de la democracia además de la social, civil, y liberal). Completando la idea de democracia en su dimensión formal, como incrustación en el paradigma legislativo consistente esencialmente en un método de formación de las decisiones políticas¹⁰².

Bajo esa misma línea, en la interacción de democracia y derechos fundamentales, Bovero aporta una teoría sobre las condiciones (internas) de la democracia con algunos derechos fundamentales, especialmente los políticos que instauran la igualdad y libertad democráticas, y considera precondiciones (externas) de la democracia otros derechos fundamentales, no todos, sino solo aquellos cuya vulneración comprometen el libre ejercicio de los derechos políticos¹⁰³.

Sobre los elementos a considerar para que una concepción de la democracia sea completa, Dworkin propone una descripción interpretativa de esta, particularmente aceptable en una comunidad política cuya Constitución limita los poderes de la mayoría,

¹⁰⁰ FERRAJOLI, Luigi, *Garantismo. Una discusión sobre derecho y democracia*, 2º ed., Madrid, Trotta, 2009, pp. 101-105.

¹⁰¹ Vid. SALAZAR UGARTE, Pedro, *La democracia...* Op. cit., p.137. Las reglas de Bobbio son las siguientes 1) todos los ciudadanos gozan de los derechos políticos. 2) el voto de los ciudadanos tiene igual peso, 3) todos los titulares del derecho al voto pueden ejercer el derecho libremente, 4) debe haber varias opciones a elegir, 5) las decisiones se toman siguiendo la regla de la mayoría y 6) ninguna decisión adoptada por mayoría debe limitar los derechos de la minoría.

¹⁰² FERRAJOLI, Luigi, *La democracia a través de los derechos. El constitucionalismo garantista como modelo teórico y como proyecto político*, Madrid, Trotta, 2014, p. 35.

¹⁰³ BOVERO, Michelangelo - FERRAJOLI, Luigi, *Teoría de la democracia. Dos perspectivas comparadas*, colección temas de la democracia, serie conferencias magistrales 13 (Nicolás Guzmán trad.), México, Instituto Federal Electoral, 2011, p. 45.

llamándola democracia genuina, donde el pueblo gobierna no en forma estadística, sino de forma comunitaria, y requiere además de los elementos estadísticos, instituciones formativas y supuestos que hagan surgir y alimenten actitudes democráticas como responsabilidad colectiva y juicio individual, para que las decisiones colectivas se reflejen en igual consideración hacia los intereses de todos sus miembros¹⁰⁴.

Actualmente, el enfoque ideal al que habría de encausarse el marco democrático óptimo para el desenvolvimiento de la DGI es en términos de la democracia deliberativa, es decir, aquella donde existe participación, a partir de un proceso dialógico, de todos los involucrados y potencialmente afectados¹⁰⁵.

Lo anterior, retomando la cuestión en pugna sobre la resolución de la DGI por un órgano no electo popularmente, haciendo las veces de legislador negativo, nos orienta a un primer arreglo institucional para descartar dicha tensión, esto es, involucrando en el procedimiento a la autoridad emisora de la ley resuelta inconstitucional, para que no se tome por decisión unilateral el desechamiento de la ley previamente promulgada (resulta necesaria la interacción dialógica para la posible solución en sede legislativa, con la participación de la autoridad emisora dirigida a solventar el problema de inconstitucionalidad o incluso defender la constitucionalidad de la Ley General).

2.4.2. El enfoque constitucionalista de la DGI

La contraparte al enfoque democrático de la DGI, es el enfoque constitucionalista, es decir, dejar de lado la forma y el órgano jurisdiccional de elección popular quien decide sobre la constitucionalidad de la norma, toda vez que la idea de preservar la regularidad de las leyes (e indirectamente los altos contenidos garantistas de lo que esto significa para las personas sujetas a quienes se dirige la Ley) se ve justificada precisamente por la atención que todo Estado Constitucional y Democrático de Derecho debe guardar a los derechos de

¹⁰⁴ DWORKIN, Ronald, "Igualdad, Democracia y Constitución; Nosotros, el pueblo, en los tribunales" en M. Carbonell y L. García Jaramillo (eds.), *El canon...* Op. cit., pp. 135, 138 y 143.

¹⁰⁵ Vid. HABERMAS, Jürgen, *Between facts and norms. Contributions to a Discourse Theory of Law and Democracy* (original *Faktizität und Geltung Beiträge zur Diskurstheorie des Rechts und des Demokratischen Rechtsstaars*), trad. W. Rehg, Cambridge, Massachusetts, The MIT Press, 1996.

sus habitantes y a la pureza misma del sistema jurídico (erradicando Leyes inconstitucionales).

El análisis es referido al constitucionalismo como régimen jurídico, además de la compilación de criterios, principios y valores que configuran un Estado, se establece como el instrumento que contiene regularmente la distribución y operatividad del poder político y que aporta el catálogo de libertades fundamentales –además de regirse bajo principio de supremacía constitucional-.

El objeto principal de análisis desde enfoque del constitucionalismo es verificar la organización y estructuración del poder político a fin de garantizar los derechos humanos (tomando a los derechos como principal límite del poder estatal).

El enfoque constitucionalista de la DGI, parte del reconocimiento del orden jurídico, esencialmente desde 2 puntos¹⁰⁶:

- a) Sitúa el reconocimiento de los derechos frente de la legitimidad de un sistema jurídico político, el respeto a los derechos juega un papel central en la justificación de la acción política y jurídica de una comunidad.
- b) Recurre a la rigidez constitucional como garantía del papel central de los derechos. Si una Constitución no es rígida, si los derechos no están sustraídos al juego de las mayorías, entonces éstos no están garantizados¹⁰⁷.

Entonces, la función primordial del constitucionalismo es limitar el poder político con el fin de proteger los derechos fundamentales de los individuos (considerando indistintamente los derechos económicos, sociales y culturales y los derechos civiles y políticos). Ello implica la existencia de un gobierno limitado, en tanto sea excluyente de cualquier forma de gobierno absoluto o autoritario y contenga, entre otras instituciones, un régimen de separación de poderes¹⁰⁸.

¹⁰⁶ AGUILÓ REGLA, Josep, "Sobre las Contradicciones..." *Op. cit.*, pp. 251 y 254.

¹⁰⁷ DWORKIN, Ronald, "Igualdad..." *Op. cit.*, p. 119. El hecho de que una mayoría actual no cierre, mediante la intervención a la propia constitución, la formación de nuevas mayorías en un futuro, mejora la democracia.

¹⁰⁸ SALAZAR UGARTE, Pedro, *La democracia...* *Op. cit.*, p. 91.

Con base en los elementos característicos enunciados, podemos afirmar entonces que el enfoque constitucionalista aplicado sobre la DGI, justifica el hecho de que el órgano judicial no electo por el principio de mayoría expulse del ordenamiento jurídico una Ley General creada por un órgano que supone ser de representación popular, en tanto se cumpla con el objetivo de protección a las libertades fundamentales de los individuos, es decir, que esto es posible debido a que los derechos humanos no pueden quedar sujetos a las condiciones políticas que ineludiblemente les aplicarían dentro de parámetros estrictamente democráticos, los derechos humanos no pueden quedar sujetos al voluntarismo mayoritario o minoritario ni en condiciones negociables.

Aunado al argumento anterior, el enfoque constitucionalista de la DGI, abona también a la preservación de los contenidos constitucionales frente a cualquier otro ordenamiento normativo nacional, en tanto que realiza una labor de depuración de las leyes generales inconstitucionales para que exista una regularidad constitucional de normas y prevalezca el principio de supremacía constitucional.

No obstante lo anterior, el constitucionalismo se puede presentar en dos variantes, a saber: el “constitucionalismo débil” y el “constitucionalismo fuerte”, el primero refiere a la limitación del poder existente, pero no contempla una defensa fuerte a favor de los derechos y en los que se reserva la última palabra a la mayoría parlamentaria ordinaria, el segundo se refiere a una Constitución configurada para el aseguramiento de los derechos y las libertades fundamentales contra el Estado mediante la incorporación de mecanismos contramayoritarios de rigidez y control jurisdiccional de constitucionalidad¹⁰⁹. Observamos entonces, que el régimen más oportuno para la efectividad de la DGI en nuestro país, se identifica con las características del constitucionalismo fuerte.

Juan Carlos Bayón, hablando de constitucionalismo con causa en el modelo estadounidense y europeo de inspiración kelseniana, refiere 3 rasgos esenciales: en el Estado Constitucional el poder normativo del legislador democrático está sujeto a límites materiales (el más fuerte de los límites son los derechos fundamentales), la rigidez de la

¹⁰⁹ Vid. BAYÓN, Juan Carlos, “Democracia y...” *Op. cit.*, pp., 351 y 352, y SALAZAR UGARTE, Pedro, *La democracia...* *Op. cit.*, p. 91, citando a P. Comanducci, “*The origins of italian constitutionalism*”, documento presentado en el encuentro The Constitution of the United States: American and Europe Perspectives, en l Universidad de Virginia, Charlottesville, noviembre 1897.

Constitución (procedimiento de reforma constitucional más complejo que el normativo) y la justicia constitucional (superioridad jurídica)¹¹⁰.

Podemos determinar como principio esencial del constitucionalismo, que los derechos sirven para fundamentar los límites de la obligación política, determinan lo que el poder político puede y debe o no puede y no debe ordenar legítimamente. La DGI, por tanto, bajo el enfoque constitucionalista, puede justificar la existencia de decisiones contramayoritarias si estas pugnan por los derechos fundamentales, no obstante, no aborda ni simplifica la tensión democrática que pueda generar (no resuelve con base en un arreglo institucional que considere ambos ejes tensores), aparentemente sólo justifica su existencia privilegiando el orden constitucional sin tratar de resolver las implicaciones no democráticas que se mantienen insertas en la DGI.

2.4.3. Un enfoque integral de la DGI en México: la democracia constitucional

La conjunción de los dos conceptos previos – democracia y constitucionalismo – en tanto la óptima interacción que puede guardar dentro de un Estado (específicamente los arreglos institucionales que impliquen y armonicen ambos enfoques con motivo de la DGI en México), la encuadramos como democracia constitucional de rasgos deliberativos, es decir, un sistema jurídico-político que sintetiza la forma de Estado constitucional y la forma de gobierno democrática¹¹¹ y en la que el ejercicio del poder de decisión colectiva se encuentra formal y materialmente limitado¹¹², como se ha citado, ese límite son los derechos.

De igual manera, la democracia constitucional se ha redefinido como un sistema jurídico articulado sobre dos dimensiones: la dimensión formal, fundada en el ejercicio de los derechos de autonomía, tanto política como civil, y la dimensión sustancial, fundada sobre la tutela de los derechos de libertad y la satisfacción de los derechos sociales. De ello se derivan cuatro clases de dimensiones que corresponden a las clases de derechos fundamentales: política, civil, liberal y social; las dos primeras tienen un carácter formal,

¹¹⁰ *Ibidem.*, p. 288.

¹¹¹ SALAZAR UGARTE, Pedro, *La democracia... Op. cit.*, p. 14.

¹¹² *Ibidem.*, p. 57.

pues se refieren al ejercicio de los derechos-poder y las dos últimas son de carácter sustancial en tanto versan sobre los contenidos de lo que es lícito o no, u obligatorio decidir¹¹³.

Entonces, una Constitución que pretenda abarcar el concepto democrático y que además englobe los estándares regulativos orientados a la protección de derechos humanos tiene que mantener cierta apertura, que permita términos en conflicto o tensiones, coexistir entre los ejes democráticos y constitucionales, permitiendo así que el sistema jurídico pueda reglar las alternativas políticas que operan su amparo sin dejar de lado una protección suficiente a los derechos, de minorías y de mayorías, es decir, queda claro que los derechos son el límite al ejercicio del poder político, pero ello no tiene que quedar desvinculado de los contenidos democráticos.

La pretensión es lograr una teoría de la democracia dotada de capacidad explicativa y con significado materializable en la operatividad dentro del marco constitucional, que idealmente “no ignore los límites y vínculos constitucionales al principio de mayoría. Dichos límites y vínculos son de carácter valorativo y a su vez democráticos, consisten en los derechos fundamentales. Los límites serán absolutos e infranqueables frente a los poderes públicos, incluidos los democráticos”¹¹⁴. Se retoma la idea persistente en el presente trabajo sobre los derechos humanos como el límite principal del poder político, debido a que si en un ordenamiento pudiéramos privarnos por vía negocial de ciertos derechos -digamos por consenso mayoritario-, éstos dejarían de ser (dentro del sistema y para sí mismos, considero) universales, y por tanto, fundamentales y se convertirían en derechos disponibles, desiguales; ese es el motivo por el que deben ser amparados por una rigidez absoluta¹¹⁵.

Es por lo anterior, que de igual manera se afirma que la democracia constitucional hace referencia preferentemente a la sustancia de las decisiones, y no tanto a las formas y

¹¹³ Vid. FERRAJOLI, Luigi, *Garantismo...* Op. cit., pp. 17 y 18.

¹¹⁴ FERRAJOLI, Luigi, *Garantismo...* Op. cit., p. 99.

¹¹⁵. *Ibidem*, pp. 102 y 103.

procedimientos, al hecho de que el pacto constitucional en que se fundamente sirve de garantía a todos por igual y no al hecho de que el pacto es compartido con todos¹¹⁶.

Recapitulando, la democracia constitucional existe si se materializan los siguientes elementos¹¹⁷:

- a) La existencia del sufragio universal que excluya cualquier tipo de discriminación para la asignación y ejercicio de derecho al voto.
- b) El reconocimiento expreso plasmado constitucionalmente de derechos sociales como fundamentales.
- c) Plena constitucionalización del ordenamiento jurídico que conlleve la existencia de un mecanismo de control de constitucionalidad.

Derivado de lo anterior, Moreso, en una perspectiva vinculada a la dogmática de Rawls, llama a la democracia constitucional como un caso de justicia procesal imperfecta¹¹⁸, pues se dispone de un criterio independiente para evaluar la justicia del resultado, pero no es posible designar un procedimiento que asegure el logro de resultados justos en todos los casos. Por lo que se debe proveer es el diseño de procedimientos políticos que aseguren en mayor medida resultados de acuerdo a los principios de justicia. En este caso, Rawls no trata de favorecer la democracia constitucional como superior al modelo de democracia monista, para la concepción política razonable de justicia. Arguye que esta cuestión depende de las condiciones históricas, cultura política e instituciones políticas concretas de un país particular¹¹⁹.

El posible cause mediador entre las tensiones derivadas de los principios democráticos y constitucionales que significa la democracia constitucional, contiene elementos tales como limitaciones preventivas a posibles transgresiones mediante instrumentos de coto vedado, rigidez constitucional, garantías de los derechos políticos,

¹¹⁶ *Ibidem*, p. 109.

¹¹⁷ SALAZAR UGARTE, Pedro, *La democracia...* *Op. cit.*, p. 181.

¹¹⁸ *Vid.* RAWLS, John, *A theory of justice*, Cambridge, Harvard University Press, 1971, p. 85-87 y *Political liberalism*, New York, Columbia University Press, 1993, p. 73.

¹¹⁹ MORESO, Josep Joan, *Derechos y justicia procesal imperfecta*, Working paper n. 139, Barcelona, Universitar de Girona, 1998.

etc., para lograr la subsistencia y no atropello del régimen y que en éste puedan solventarse todos los requerimientos de la ciudadanía.

Consideramos que un orden constitucional puede no ser democrático (aunque dudosamente no convergente en autoritarismo), pero una democracia no inserta en el marco constitucional eventualmente no resultará subsistente¹²⁰ (si pensamos en una constitución rígida y suprema), el respaldo constitucional de la democracia configura su defensa formal y sustancialmente, como proceso y como libertad fundamental, ello debido a que la naturaleza constitucional de Ley suprema (al conjunto con su rasgo de rigidez) pugna por la materialización y validez de su contenido, entre ello, el régimen democrático, frente a posibles transgresiones por actos o por otras leyes que llegue a vulnerarla. Así, es la manera más efectiva de llevar a cabo las reglas del procedimiento democrático, y las garantías de derechos o precondiciones necesarias a la democracia sustancialmente (igualdad, libertad, etc., condiciones para que el poder político de cada ciudadano sea igual y por tanto equivalente en términos de validez de voto).

En tal sentido, los derechos como libertades fundamentales, no están sujetos a un consenso mayoritario en determinado Estado, podríamos llamarlos no-democráticos, su configuración no cruza por las reglas de la democracia, no directamente (puesto que a mi ver es indudable que los derechos humanos a lo largo de la historia han sido reconocidos a partir del consenso en la sociedad civil sobre la necesidad de conseguirlos y por ellos luchar – aun cuando no sea precisamente mediante el voto), no obstante, para denominar a un régimen democrático, si es necesario interactuar por el marco de libertades fundamentales mínimas garantizadas y de respeto y garantía de derechos específicos para que el ejercicio democrático sea legítimo.

Podemos pensar entonces, que nos encontramos frente a contenidos de democracia más amplios a sólo la suma de preferencias, ejercicio de voto y procedimentalismo para la toma de decisiones colectivas, evidentemente se tienen que sumar contenidos sobre derechos humanos, y no únicamente derechos políticos, sino todos: económicos, sociales, culturales, civiles. Ello da cuenta de una relación necesaria entre derechos humanos y

¹²⁰ Cfr. Ferrajoli afirma que pueden existir democracias no constitucionales, como aquellas en las que no se hubiera impuesto ningún límite al pueblo soberano. FERRAJOLI, Luigi, *Garantismo... Op. cit.*, p. 106.

democracia, ésta última como forma de Estado, fundamentada en una perspectiva incluyente, mientras que los derechos humanos serán el límite primordial al poder político que legitimarán las formas de gobierno que adopte el Estado.

Norberto Bobbio plantea el punto anterior, respecto de la conjunción e interrelación entre democracia y liberalismo (entendemos esto como una vinculación con el constitucionalismo que refleja en el establecimiento de libertades fundamentales), aduciendo que sin libertades civiles, la participación del pueblo en el poder político es un engaño, sin la participación popular en el poder, las libertades civiles tienen pocas probabilidades de durar, es decir, que éstas son una condición necesaria para el ejercicio de la libertad política, y el control popular del poder político es condición necesaria para la consecución y conservación de las libertades civiles¹²¹.

La postura anterior tiene cierto reflejo con lo que Salazar Ugarte argumenta, bajo un esquema neoconstitucionalista, sobre el valor democrático de la Constitución: a) el documento constitucional suele ser aprobado por un constituyente de alguna manera democrático (o legitimado en ser la voz de las necesidades sociales, valores y principios en consenso – es decir, alcanzó un amplio consenso en un momento histórico excepcional¹²²), b) el texto constitucional contiene las reglas que instituyen la democracia, c) las normas constitucionales son necesarias para el desarrollo de la democracia. Por lo tanto, al proteger la Constitución protegemos la democracia¹²³. En tal sentido Ferrajoli también concuerda que los procedimientos democráticos serán válidos mientras estén garantizados constitucionalmente las precondiciones y condiciones de la democracia¹²⁴.

Ahora bien, ¿cuál es la postura de los tribunales judiciales en México respecto al tema?, una orientación sobre el criterio que guardan es la tesis jurisprudencial del Pleno, bajo el registro 2012593, de la décima época, publicada el 23 de septiembre de 2016, con el

¹²¹ BOBBIO, Norberto, *Igualdad y libertad*, Pensamiento Contemporáneo 24, España, Paidós I.C.E./U.A.B., 1993, pp. 117 y 118.

¹²² Este es un argumento o una tesis conocida como “originalista”, desarrollada principalmente por Bruce Ackerman y Gustavo Zagrebelsky. Al respecto, GARGARELLA, Roberto (coord.), *Teoría y crítica del derecho constitucional*, Tomo I, Democracia, Buenos Aires, Abeledo Perrot, 2008, pp. 129 y 132, sostiene que el originalismo es la única alternativa interpretativa respetuosa de la voluntad democrática de la ciudadanía, no obstante, es evidente que lo que dijo el constituyente originario jamás abarcará todo supuesto ponderable en todo momento. Una respuesta a tal inconveniente es aducida por Dworkin, quien propone una interpretación del texto constitucional basada en principios, mismos que son objeto de una revisión continuada (un hipotético juez ideal “hércules” quien definirá el significado real de la constitución), extremo opuesto en el que tampoco se concuerda en el presente trabajo pues la línea para una posible respuesta no discurre entre un ente perfecto entre los poderes del Estado que sea incapaz de equivocarse.

¹²³ SALAZAR UGARTE, Pedro, *La democracia...* *Op. cit.*, p. 201.

¹²⁴ BOVERO, Michelangelo - FERRAJOLI, Luigi, *Teoría de la democracia...* *Op. cit.*, p. 7.

rubro: LIBERTAD DE CONFIGURACIÓN LEGISLATIVA DE LOS CONGRESOS ESTATALES. ESTÁ LIMITADA POR LOS MANDATOS CONSTITUCIONALES Y LOS DERECHOS HUMANOS. Su contenido básicamente reafirma que, pese a la libertad configurativa que poseen los congresos estatales, ésta se encuentra limitada por los postulados insertos en la Constitución y los derechos humanos reconocidos en ésta en y los tratados internacionales suscritos por México. También remite al criterio de la CoIDH sobre que la legitimidad democrática de ciertos actos o hechos está limitada por las normas y obligaciones internacionales de protección de los derechos humanos, de modo que la existencia de un verdadero régimen democrático (entendamos esto como la referencia de una democracia sustancial) está determinada por sus características tanto formales como sustantivas¹²⁵.

Concluimos lo reiterado en las líneas precedentes, los derechos humanos son pauta y límite para la actuación del poder político y esquemas de gobernabilidad dentro de un Estado, las libertades fundamentales mantendrán una relación necesaria con los contenidos de la democracia, por lo que conviene pensar en esta relación subyacente a partir de los arreglos institucionales que erradiquen las posturas que afirman una la tensión entre ambos términos, puesto que se basan en la concepción de una democracia únicamente procedimental, sabiendo ahora que la democracia sustancial, es decir, aquella que involucra el respeto y garantía de libertades fundamentales, habrá de permitir arreglos institucionales de mayor flexibilidad para la materialización de un esquema de justicia constitucional efectiva. En palabras de Elías Díaz: “los derechos humanos constituyen la razón de ser del Estado de Derecho, este, el Estado de Derecho, es la institucionalización jurídica de la democracia”¹²⁶.

Para el caso de la DGI, el enfoque democrático constitucional, permite tomar soluciones más amables e incluyentes de rasgos esenciales a ambos términos, y no únicamente optar o elegir la primacía de la democracia o del constitucionalismo-derechos humanos, es decir, este enfoque no orilla a “sacrificar” elementos de una democracia en pro de los derechos humanos o la defensa de la constitución (aceptar que se vulnera la

¹²⁵ La ejecutoria relativa a la acción de inconstitucionalidad 8/2014 de donde proviene esta jurisprudencia, aparece publicada en el Semanario Judicial de la Federación del viernes 27 de noviembre de 2015 a las 11:15 horas y en la Gaceta del Semanario Judicial de la Federación, Décima Época, Libro 24, Tomo I, noviembre de 2015, página 325.

¹²⁶ DÍAZ, Elías, *Estado de derecho y sociedad democrática*, 8ª ed. (rev.), Madrid, Taurus Ediciones, 1981, p. 203.

democracia al descartar una norma emitida por un órgano de elección popular, pero que ello se justifica únicamente por razones de primacía constitucional), ni viceversa, es decir, obstruir el desechamiento de una norma que no guarda regularidad con el sistema constitucional porque no fue determinada inconstitucional democráticamente o por un órgano de representación popular.

El enfoque democrático constitucional para el análisis de la DGI, abogará por la potencialización de este mecanismo de control constitucional, en tanto que depura el sistema normativo de normas constitucionalmente irregulares y puede auxiliar a la protección de derechos humanos, así, optará por el establecimiento de arreglos institucionales que permitan el diálogo e interacción entre las autoridades emisoras y decisoras, en el marco de una democracia sustancial y sobre todo, en estricto apego al respeto, protección y garantía de las libertades fundamentales.

2.5. Posturas que descartan el debate contramayoritario

Como se ha mencionado, el que democracia y constitucionalismo sean ideales valiosos en un régimen, y que ellos cuenten con estructuras, origen y teleología comunes, no implica que no entren en conflicto y que surjan tensiones entre ambos, los dos pueden aparentar ser irrenunciables, y efectivamente lo son en un Estado Constitucional y Democrático de Derecho, pero como sabemos, el arreglo que guardan sus instituciones no es eficiente de manera instantánea.

Elías Díaz asume al Estado de Derecho como aquel caracterizado, no exhaustivamente, porque se someta a su propio derecho (Estado de Derecho Constitucional si tiene un documento fundamental de tal categoría), que adopta medidas de regulación y control de poderes y actuaciones por medio de leyes creadas mediante procedimientos con abierta y libre participación popular (Estado de Derecho Constitucional y Democrático), además de ser respetuoso hacia los derechos humanos¹²⁷. Todo el esquema construido progresivamente, se diferencia al Estado de Derecho (constitucional y democrático) a un Estado con Derecho (aquel que tiene normas, pero las mismas pueden referirse al

¹²⁷ *Ibidem*, pp. 203 y 204.

establecimiento de un orden político y jurídico autoritario). Continúa aportando que, un verdadero Estado de Derecho (entendido como la democracia misma), tendrá siempre al menos 4 caracteres elementales: Imperio de la Ley, división de poderes, fiscalización de la administración y protección de derechos y libertades fundamentales¹²⁸.

Dentro de las posturas que descartan el debate, una justifica que cuando se restringe el poder de la mayoría para impedir que sus decisiones menoscaben los derechos fundamentales, el ideal democrático no sufre algún daño, en vista de que se está protegiendo a la propia democracia de la omnipotencia de la mayoría, aunque es indeterminable cuáles son esos derechos fundamentales a resguardar y en qué medida¹²⁹.

Aun cuando el arreglo institucional anterior parece ser elocuente, deja sin clarificar los puntos para tomar el acuerdo necesario y los criterios de discusión entre cuáles son los derechos que requieren ser precondiciones para su ejercicio legítimo y cuáles no. Es decir, cómo podríamos considerar de manera inequívoca los derechos indispensables en la lista de requisitos o precondiciones y cuáles derechos serían descartados, y que en esta postura entonces se corre el riesgo de denostar los consensos conformados para las exigencias sociales.

Por otra parte, Bruce Ackerman¹³⁰ argumenta que no existe objeción democrática al control judicial de la Ley, lo que hacen los tribunales cuando invalidan una Ley es preservar los principios adoptados por el pueblo en momentos extraordinarios de deliberación democrática, frente a la erosión que pueden sufrir por parte de los representantes políticos en el curso de la política ordinaria.

En ese sentido, la postura de Dworkin¹³¹ justifica la necesidad de la justicia constitucional porque son los jueces los encargados de velar por las precondiciones de la democracia. Lo que supone que el juez debe acertar en sus decisiones para compensar el costo democrático que significa anular una Ley votada por el Congreso. Acepta, por tanto,

¹²⁸ *Ibidem*, pp. 205 y 206.

¹²⁹ Explicada por BAYÓN, Juan Carlos, "Democracia y..." *Op. cit.*, pp. 293-295.

¹³⁰ ACKERMAN, Bruce, *We the People*, V. 1 Foundations, Cambridge, Harvard University Press, 1991, p 262. Citado por FERRERES COMELLA, Víctor, "El control judicial..." *Op. cit.*, p. 362.

¹³¹ VÁZQUEZ, Rodolfo, *Justicia constitucional, derechos humanos y argumento contramayoritario*, en línea: <http://revistaseug.ugr.es/index.php/acfs/article/viewFile/506/596>, fecha de consulta: 15 abril de 2015.

que los jueces se equivocan, pero se equivocan menos que los congresistas. Adoptar el control jurisdiccional de la constitucionalidad de Leyes ordinarias tiene un costo democrático por el valor intrínseco de la misma democracia constitucional¹³² pero este costo está plenamente justificado, por lo que la cuestión contramayoritaria es un arreglo en sí mismo.

Entonces, habrá 3 exigencias de cumplimiento a principios morales que debe atender un genuino proceso político: cada persona debe tener la oportunidad de incidir en el contenido de las decisiones colectivas, sus intereses deben ser tomados en cuenta con igual consideración, y se le debe dejar en libertad para elegir el tipo de vida que le resulte más valioso¹³³.

Rodolfo Vázquez expone que no se trata, en el caso del contrapeso que significa el argumento contramayoritario, de asumir funciones de legislador puesto que el órgano judicial no tiene facultades “iniciativas” sino sólo “controladoras”; ni tampoco se trata de abrir las puertas al decisionismo judicial¹³⁴. Lo expone aún mejor diciendo que en el marco de un Estado constitucional, liberal e igualitario de Derecho, la equidad electoral es una precondition mínima, pero insoslayable de la democracia, que necesita ser garantizada por el máximo tribunal en un ejercicio sólidamente argumentado de ponderación. Pero de ninguna manera se trata de asumir funciones de legislador puesto que el poder judicial no tiene facultades de iniciativa, sino sólo controladoras siempre que resuelve conflictos, tampoco se trata de abrir las puertas al decisionismo¹³⁵.

También Barry Friedman, en “Constitucionalismo popular mediado” sostiene que el control judicial de constitucionalidad y la democracia no se encuentran en conflicto como usualmente se supone, bajo el argumento que las decisiones judiciales cuentan con apoyo popular, y cuando no ocurre así, tanto los jueces como la opinión pública tienden a

¹³² VÁZQUEZ, Rodolfo, “Justicia constitucional y democracia...” *Op. cit.*, p. 394.

¹³³ DWORKIN, Ronald, *Freedom's Law*, Cambridge, Harvard University Press, 1996, pp. 24-26. Citado por FERRERES COMELLA, Víctor, “El control judicial...” *Op. cit.*, p. 359

¹³⁴ VÁZQUEZ, Rodolfo, *Justicia constitucional...* *Op. cit.*

¹³⁵ VÁZQUEZ, Rodolfo, *Normas, Razones y Derechos*, Madrid, Trotta, 2011, pp. 254 y 255.

coordinarse puesto que ambas posturas no pueden por mucho tiempo mantenerse opuestas, subsiste entre ellas una relación simbiótica¹³⁶.

En la perspectiva descrita previamente, me encuentro parcialmente de acuerdo, pues indudablemente debería existir una retroalimentación entre órganos de poder y ciudadanía - conceptos básicos dentro del constitucionalismo dialógico- ambos, llamémosle por ahora ciudadanía y el juez constitucional, para el caso concreto de la DGI no se ven en nada relacionados; por otra parte no resulta necesario en tanto que idealmente el juez constitucional ha de razonar a partir de términos legal-constitucionales y no consecuente a la opinión pública.

Tribe señala que la potestad judicial de decisión no es en sí misma democrática, pero que no se desvincula totalmente del consenso popular, pues el texto constitucional como producto de un proceso político de ratificación actúa como medidor, si las decisiones judiciales se fundan en la Constitución, estas tienen una legitimidad indirecta¹³⁷. Aduce también la idea de que el proceso de selección de jueces es en la mayoría de las configuraciones de los países es de manera política, y así ocurre en México, el poder ejecutivo y legislativo (de representación) participan en la elección de jueces constitucionales.

Para el caso de la DGI en México, asumir que, al menos teóricamente, los contenidos de la democracia y el constitucionalismo, en este caso no se ven contrapuestos, es restar importancia a los contenidos que definen a cada término y las justificaciones que existen para la incidencia entre ambos. Es oportuno reconocer que hay una interacción entre ambos términos bajo el ejemplo de la DGI en México, la cual es necesaria y en la dinámica que presentan pueden darse cuestionamientos sobre posibles excesos de uno sobre otro, asimilar el debate entonces significa pensar a mayor profundidad, y más allá de elegir respecto a la preminencia del criterio democrático o constitucionalista, en los arreglos que permitan fluir a la relación necesaria entre democracia y constitucionalismo.

¹³⁶ FRIEDMAN, Barry, "Las posibilidades normativas del control judicial de constitucionalidad: una respuesta a Roberto Gargarella" (Margarita Maxit trad.), *Revista Jurídica de la Universidad de Palermo*, Año 6, No. 1, octubre 2005, pp. 169-171.

¹³⁷ TRIBE, Lawrence H., *American Constitutional Law*, 2° ed., New York, The Foundation Press, 1988.

2.6. Posturas que asimilan el debate contramayoritario

Asimilar el debate, significa validar la premisa de que el constitucionalismo (cuya bandera es primordialmente la protección de derechos) puede ser en esencia antidemocrático y que las decisiones democráticas no necesariamente implican la adecuada protección de derechos subjetivos, lo que genera tensión entre instituciones del Estado.

Ferreres, postula que tanto los tribunales de justicia como las asambleas legislativas son instituciones imperfectas y falibles, pero hay razones para creer que, en materia de derechos fundamentales, los tribunales tienen una ventaja comparativa. Entonces, es aceptable establecer un sistema de control judicial de la constitucionalidad de la Ley, a pesar del coste democrático que esta institución entraña¹³⁸. Es decir que de cierta manera acepta la transgresión a los principios democráticos con la aplicación de criterios contramayoritarios, pero existe una justificación para ello. Lo anterior se fortalece en el esquema de que una de las funciones básicas de una Constitución es separar ciertas decisiones del proceso democrático, es decir, atar las manos de la comunidad. Ello debido a que la Constitución es el remedio y paliativo institucionalizado que quita y mitiga poderes a las mayorías temporales en nombre de normas obligatorias¹³⁹.

Si bien Ferreres inicialmente descarta la problemática inserta en el debate contramayoritario, también afirma que el proceso mayoritario carece de legitimidad si infringe clara y gravemente ciertos derechos básicos, observándolo de manera natural y necesaria, la introducción del control judicial de la Ley con costos democráticos, pues implica la posibilidad de que los tribunales de justicia anulen las leyes adoptadas a través de los parlamentos democráticos¹⁴⁰, por ello se clasifica a este teórico receptor del debate contramayoritario pero propositivo en cuanto a un arreglo institucional.

Cabe hacer una especial mención sobre la teoría de la fundamentación de los derechos efectuada por Norberto Bobbio, en la que afirma que los derechos humanos no tienen un fundamento absoluto y pensarlos así es una ilusión, pues son históricos, por lo

¹³⁸ FERRERES COMELLA, Víctor, "El control judicial..." *Op. cit.*, p. 357.

¹³⁹ HOLMES, Stephen, "El precompromiso y la paradoja de la democracia" en J. Elster y R. Slagstad (eds.), *Constitucionalismo y Democracia*, México, FCE, 1999, p. 218.

¹⁴⁰ FERRERES COMELLA, Víctor, "El control judicial..." *Op. cit.*, p. 359.

tanto su fundamento es consensual, así, el progreso en el reconocimiento de éstos es reflejo del progreso de la humanidad. Propone que el fundamento de los derechos humanos (término muy amplio y difuso) es que, al ser estos “algo” que permite la realización de los valores últimos, para lo cual tenemos que asumir dichos valores, pero existe la problemática de que resulten antinómicos, ocasionando en su proceso de realización, asumir concesiones entre las partes, una conciliación que implique recíprocas renunciadas¹⁴¹.

La teoría anteriormente descrita, para la asimilación del debate contramayoritario, acepta la existencia de las contravenciones inherentes a la decisión judicial sobre una norma emitida por un órgano de representación popular, pero tienen que apropiarse esas transgresiones a la democracia en pro de la subsistencia del orden normativo mediante la regularidad Constitucional.

Recordemos que Dworkin acepta que los jueces pueden abusar del poder pero un control de constitucionalidad esta democráticamente justificado porque aporta nuevos argumentos al discurso político que se relacionan con los principios constitucionales y subsisten aún después de la discusión judicial. El control judicial es la mejor garantía de los derechos fundamentales y por lo tanto de las condiciones que hacen posible la democracia. Contrario a la postura de Dworkin, John Ely¹⁴², sostiene que lo más óptimo es una tarea judicial fuertemente restringida, respetando y anteponiendo los procedimientos constitucionales y las decisiones legislativas (custodiar la Constitución es custodiar las reglas de juego que la misma fija) ello es un tanto formal, y los representantes del pueblo son a quienes les corresponden las cuestiones sustantivas, a los jueces solo las procedimentales. Afirma además que los tribunales no tienen ninguna especial vocación como guardines de los valores esenciales de la sociedad¹⁴³, caso contrario, en una democracia representativa, si los valores esgrimidos por los representantes elegidos no resultan los esperados, el electorado no votará de nuevo por ellos.

En este mismo sentido Nino, refiere que los proceso de discusión y decisión mayoritaria son los mecanismos aptos para llegar a soluciones de mayor probabilidad de ser

¹⁴¹ BOBBIO, Norberto, *El tiempo de los derechos*, (Trad. Rafael de Asis Roig), Madrid, Editorial sistema, 1991, pp. 54-59.

¹⁴² GARGARELLA, Roberto (coord.), *Teoría y...* Op. cit., pp. 138-140.

¹⁴³ ELY, John Hart, *Democracy and distrust. A theory of judicial review*, Cambridge, Harvard University Press, 1980.

moralmente correctas, puesto que el poder judicial no es protector de los valores fundamentales de una sociedad, solo es encargado del cumplimiento de las condiciones inherentes al proceso democrático¹⁴⁴.

Relacionado al tema, Robert Alexy, en una especie de afirmación implícita sostiene que para conciliar el control de constitucionalidad con la representación democrática se debe analizar el concepto de “representación argumentativa” en el marco de un constitucionalismo discursivo. Éste empieza con los derechos fundamentales y continúa con la ponderación, el discurso y el control de constitucionalidad¹⁴⁵. Aportaciones que resultan valiosas para el ideal democrático constitucional y deliberativo propuesto.

Por otra parte, en una crítica específica realizada por Friedman¹⁴⁶, las decisiones contramayoritarias de una Corte se presentan frente a cuatro importantes factores, a superar:

1. La impopularidad de una decisión ante un grupo sustancial capaz de alegar que habla por “las personas” o por una mayoría.
2. La determinada concepción democrática imperante (una visión que en mayor medida favorezca la democracia directa).
3. El grado de determinación que se presume en los preceptos constitucionales.
4. Que tales decisiones hayan sido tomadas en momentos de verdadera supremacía constitucional.

Un ejemplo sobre la asimilación fáctica del conflicto contramayoritario y los arreglos institucionales para su solución es observable en Canadá, donde la inclusión de la Carta de Derechos a la Ley Constitucional de Canadá (1982) con libertades fundamentales como igualdad ante la Ley, derecho a la vida, no discriminación, seguridad, etc. sin definir el contenido, alcances o límites de éstos, aunado a que la tarea de determinar el significado preciso y las implicaciones de los derechos atrincherados en casos específicos descansaría en los jueces, fue motivo de incertidumbre y quejas.

¹⁴⁴ Vid. NINO, Carlos S., “La filosofía...”, *Op. cit.*, pp. 79-88.

¹⁴⁵ ALEXY, Robert, “Ponderación...”, *Op. cit.*, pp. 89 ss.

¹⁴⁶ SALAZAR UGARTE, Pedro, *La democracia...* *Op. cit.*, pp. 157 y ss.

La objeción de mayor impacto respecto al punto precisado con anterioridad fue el “argumento democrático”, que discurre así: el principio democrático queda seriamente comprometido si jueces no elegidos y políticamente no responsables, son encomendados con la tarea de precisar los contornos de los derechos morales que la Carta dice garantizar, y después los aplican contra la legislación aprobada por cuerpos democráticamente responsables como el Parlamento y las legislaturas provinciales. La Carta no sólo atribuye a los jueces el poder de arrumbar la voluntad democrática de los canadienses, sino que ahora es posible que lo hagan imponiendo sus propias creencias e ideologías morales, por encima de las de los legisladores, y, en último término, de las de los ciudadanos a quienes estos órganos fueron encomendados para representar. La legalidad en Canadá es en último término dependiente de las opiniones morales de jueces que no rinden cuentas al electorado¹⁴⁷.

En Canadá los parlamentos pueden reformular una Ley que ha sido declarada inconstitucional por el tribunal constitucional con la finalidad de adaptar su contenido a las opiniones de los jueces. Además los parlamentos pueden legislar para derogar las decisiones de los jueces constitucionales o aprobar leyes contradictorias a la Constitución mientras asuman la responsabilidad de declarar inmunidad ante la intervención de jueces constitucionales, es conocido como la “cláusula no obstante” inserta en el artículo 37 de la Constitución canadiense.

En México, Rodolfo Vázquez atribuye la apertura de este debate, con algunos textos de Carbonell y de Pedro Salazar, a partir de lo cual se ha desarrollado teóricamente en la academia, teniendo como rasgo esencial, al igual que en América Latina es el momento de transición o proceso de consolidación democrática¹⁴⁸. No obstante, no ha trascendido la discusión de cuestiones contramayoritarias en los debates legislativos o en la interpretación constitucional de leyes, donde se percibe una idea aplicación mecánica legalista sin considerar las cuestiones de fondo como la que es objeto del presente estudio.

¹⁴⁷ WALUCHOW, J. Wilfrid, *Una teoría del control judicial de constitucionalidad basada en el common law*, (trad. Pablo de Loera), Madrid, Marcial Pons, 2009, p. 48.

¹⁴⁸ VÁZQUEZ, Rodolfo, “Justicia constitucional y democracia...” *Op. cit.*, p. 395.

2.6.1. Una respuesta constitucionalista a la tensión contramayoritaria inserta en la DGI

La argumentación principal en este rubro parte de la premisa que los derechos fundamentales no necesitan el consenso pues su papel es tutelar a los más débiles contra las opresiones. Los derechos fundamentales son el parámetro para valorar la igualdad jurídica y está representada en la dimensión sustantiva de la democracia.

Esta idea, apegada a la necesidad de contar con instrumentos de defensa de los derechos de las minorías, e incluso el de evitar la instauración de un régimen “tiránico de la mayoría”, se refleja en una tajante aseveración que hace Martha C. Nussbaum al respecto: “El principio de representación mayoritaria está limitado por el compromiso con la plena igualdad de derechos de las minorías”¹⁴⁹.

De cierta manera la postura de Dahl es congruente con tal postulado, pues para él, la decisión de las Cortes que declaran inconstitucional una Ley, tiende a preservar los derechos legítimos de la minoría frente a la posibilidad de una decisión mayorista tiránica. Ely sostuvo que ciertas limitaciones constitucionales expresamente restrictivas no limitan a la democracia, sino que son necesarias para generarla.

Dworkin critica a quienes optaron por aducir una respuesta constitucionalista a tal tensión, debido a que considera que se concentraron demasiado en lo que dice y hace la Constitución y en cómo debería ser interpretada y no lo suficiente en lo que es la democracia (entendida como forma de gobierno que implica acción colectiva)¹⁵⁰.

2.6.2. Una respuesta democrática a la tensión contramayoritaria inserta en la DGI

Esta postura, acepta que por una parte hay tensión entre constitucionalismo y democracia, no obstante rechazan que exista un coto vedado¹⁵¹ o esfera intangible o de lo indecible a la decisión democrática, puesto que en tal caso se estaría petrificando la

¹⁴⁹ NUSSBAUM, Martha, *Emociones políticas. ¿Por qué el amor es importante para la justicia?*, Barcelona, España, PAIDÓS, 2014, p.151.

¹⁵⁰ DWORKIN, Ronald, “Igualdad...” *Op. cit.*, p. 123.

¹⁵¹ *Cfr.* HELD, David, *Modelos de democracia*, 3º ed., Madrid, Alianza editorial, 2006, pp. 331 y 332.

Constitución misma, haciéndola inamovible y no correspondiente al paso del tiempo con la sociedad sobre quien recae, aunado al hecho de que fundamentar el constitucionalismo en la postura de que la política debe quedar subordinada a la justicia es un planteamiento inadecuado y resulta incompleto.

Waldron es su principal expositor, propone una versión procedimental de la democracia como única garantía de los derechos fundamentales. Gargarella define la postura de Waldron como referente del derecho como desacuerdo¹⁵² aludiendo a la obra de éste último, donde refiere que la legislatura es un órgano capaz de reunir las experiencias y perspectivas necesarias como para necesitar la intervención jurisdiccional, negando entonces la justificación de órganos contramayoritarios.

De igual manera, Waldron formula que en un ideal de “sociedad bien ordenada”, deben subsistir dos esquemas ineludibles: una “teoría de la justicia” y una “teoría normativa de la autoridad”, es decir el contenido de las decisiones colectivas y el procedimiento para materializarlas¹⁵³.

Para justificar el control de constitucionalidad sin perder o poner en juego la democracia sugiere la presunción de constitucionalidad de la Ley, es decir que cuando no sea lo suficientemente clara e indiscutible un caso de inconstitucionalidad, el Juez Constitucional debe optar por declarar la validez de la Ley y hacer así una interpretación auténtica que no aminore la decisión previamente tomada en el ámbito legislativo.

No precisamente como una inclinación a la resolución democrática entre la tensión que puede compartir con el constitucionalismo, pero Gargarella se pronuncia en contra de que el poder judicial guarde la “última palabra” en materia constitucional, puesto que ésta debería estar en manos de la ciudadanía y para ello se instauró un sistema democrático, entre otras cosas, aduce, porque se asume que los jueces pueden equivocarse¹⁵⁴.

¹⁵² GARGARELLA, Roberto (coord.), *Teoría y...* *Op. cit.*, p. 141.

¹⁵³ WALDRON, Jeremy, “A right-based critique of constitutional rights” en *Oxford journal of legal studies*, no. 13, 1993, pp. 31 y ss.

¹⁵⁴ GARGARELLA, Roberto, “La dificultad...” *Op. cit.*, pp. 55 y 56.

Respecto del punto anterior, se manifiesta cierto desacuerdo, debido a que toma por norma general una circunstancia eventual (que los jueces siempre se equivocan) y también porque no en todos los casos dependen del consenso o aceptación de todos o la mayoría, los derechos responden al reconocimiento de una condición o bien la necesidad de un individuo o grupo, que en ocasiones resulta ser una minoría (y aún más allá en otras ocasiones, esa minoría tiene que luchar eventualmente por el consenso adoptado por la ciudadanía en su mayoría).

2.7. Conclusiones sobre el debate contramayoritario inserto en la DGI en México

Se mencionó en apartados anteriores, el debate contramayoritario es un modelo teórico en el que puede pensarse inserta la DGI, no obstante a que no fue percibido en su configuración legislativa en México -por lo que no podemos aludir a una postura institucional sobre su aceptación o no, ni la existencia de eventuales razonamientos democráticos o constitucionales para justificarlo-, esencialmente los elementos del debate se encuentran presentes en la DGI: el Pleno de la SCJN, cuyos integrantes no son electos en un proceso electoral, tienen la facultad de expulsar del ordenamiento jurídico una Ley general no tributaria por razones de inconstitucionalidad, misma que hubiere sido promulgada y publicada por órganos de poder de representación popular.

En tal sentido hay otro elemento que individualiza el procedimiento de DGI como mecanismo de control de constitucionalidad con efectos *erga omnes*, relativo al aviso inicial y posterior notificación que hace a la autoridad emisora para que sea factible subsanar el problema atribuido a la norma general sobre su inconstitucionalidad, lo que, de acuerdo a la consideración sobre insuficiencia y lacónica regulación de la DGI, no queda claro si podemos establecer que tal elemento significa la apertura de un diálogo entre órganos de poder como aduce Roberto Niembro Ortega.

Niembro propone que el procedimiento para la DGI inserto en el amparo Mexicano cumple con los postulados del paradigma discursivo y logra un equilibrio entre las

competencias de la SCJN y las del legislador democrático¹⁵⁵. No obstante, la experiencia de los procedimientos de DGI iniciados en México hasta el momento no han dado muestra de que se establezca un diálogo efectivo entre poderes, donde el razonamiento para determinar la constitucionalidad o inconstitucionalidad de una norma general se nutra de ambos actores. Menos aún podríamos aducir la configuración de un escenario enteramente democrático-deliberativo sobre la constitucionalidad de normas y donde aunado a las entidades estatales, se involucre a la opinión pública, en calidad de sujetos afectados en tal decisión.

Víctor Ferreres, en tanto su experiencia en los procedimientos materia del presente estudio, ha sugerido la atinencia de que el legislador responda a las declaraciones generales de inconstitucionalidad¹⁵⁶.

Por otra parte, recordemos que legislador no está vinculado a la jurisprudencia de la SCJN (insumos de los que se nutre la DGI), por lo que, desde el aviso previo hasta la notificación una vez iniciado el procedimiento, donde se comunican los términos en los que se han emitido los criterios respecto de la norma general tildada inconstitucional, nada obliga a acatar en tal sentido, es decir, las respuestas o más bien “reacciones” legislativas, no tienen un cause determinado. Tal problemática sería subsanada o aminorada con el establecimiento de un diálogo entre poderes.

Ahora bien, una referencia el entendimiento sobre el debate contramayoritario desde la óptica del poder judicial (simplificándola en la relación orgánica y funcional entre el poder legislativo y judicial donde pudieran ocurrir algunos actos donde se materialicen funciones de uno u otro, o bien se descarten), podemos tomar como referente la siguiente tesis jurisprudencial P./J.85/2007, emitida por el pleno en la novena época, que tiene el número de registro 170877, bajo el rubro: ACCIÓN DE INCONSTITUCIONALIDAD. SUPUESTO EN EL QUE SE JUSTIFICA LA DECLARATORIA DE INVALIDEZ Y CONSECUENTE EXPULSIÓN DE TODO EL SISTEMA NORMATIVO IMPUGNADO,

¹⁵⁵ NIEMBRO ORTEGA, Roberto, “El paradigma discursivo y el nuevo procedimiento dialógico para la declaratoria general de inconstitucionalidad en el amparo mexicano”, *Foro, Revista de ciencias jurídicas y sociales*, Madrid, nueva época, vol., 16, Núm. 2, 2014, pp. 11-56.

¹⁵⁶ FERRERES COMELLA, Víctor, “El tribunal constitucional ante la objeción democrática: tres problemas”, en *Justicia Constitucional y Democracia*, actas de las XVI Jornadas de la Asociación de Letrados del Tribunal Constitucional, Madrid, CEPC/ Tribunal Constitucional, 2011, pp. 24-26.

Y NO SÓLO DE LAS PORCIONES NORMATIVAS DIRECTAMENTE AFECTADAS DE INCONSTITUCIONALIDAD, la cual parte aceptando que el principio federal de división de poderes y de certeza jurídica fundamentan que la regla general en la determinación de los efectos de las sentencias estimatorias sea posible expulsar disposiciones normativas, donde en ocasiones se justifica establecer una declaratoria de inconstitucionalidad de mayor amplitud, en tanto que se puede desestabilizar el orden normativo al ser restrictivos, o bien, de rediseñarlo, creándose uno nuevo por propia autoridad jurisdiccional, lo que implicaría una mayor intervención del Tribunal en la lógica del ordenamiento jurídico controvertido, generando el riesgo de intersección de las facultades del Tribunal Constitucional con las que corresponden exclusivamente a otros poderes públicos.

Concluyentemente, la tesis demuestra la preocupación del tribunal por no interferir en las labores propias de los poderes públicos, que al tratarse de una disposición normativa aludimos especialmente al poder legislativo, considerando que les hace falta asumir consideraciones respecto a las implicaciones del debate contramayoritario, porque si bien el respeto a la voluntad del legislativo es conveniente, en temas de regularidad constitucional no es el primordial objetivo, mucho menos si tal irregularidad constitucional de traslada a la falta de protección, respeto y garantía de derechos humanos.

2.8. Propuestas

Se ha introducido la idea sobre que un ejercicio dialógico entre poder judicial y legislativo, encausado solventar las objeciones democráticas a la revisión judicial -el debate contramayoritario- descritos con anterioridad, para lo cual también es necesario dejar de lado dos paradigmas: el de “la última palabra judicial” y la estructura de “*checks and balances*”¹⁵⁷.

En tal sentido, Gargarella, al igual que John Ely, sostienen que el mantenimiento de una Constitución “viva”, o de la labor interpretativa (puesto que el intérprete del derecho se convierte en el verdadero legislador oculto) y su construcción a la par de las necesidades

¹⁵⁷ GARGARELLA, Roberto, “El nuevo...” *Op. cit.*, pp. 1-17.

sociales, no tienen que ser única y necesariamente determinadas por los jueces, aducen que si los valores genuinos de la ciudadanía son discernidos por una élite no democrática (jueces constitucionales) es improbable que se garantice la efectividad del fin pretendido¹⁵⁸.

Continúa aduciendo Gargarella que la interpretación adecuada es la que surge de un proceso dialógico entre todos los afectados¹⁵⁹, superando ya una postura “anti-judicatura” (que no tengan la última palabra constitucional) y más propositiva, considera necesario que un sistema institucional más sensato habría de orientarse a facilitar relaciones entre los poderes que resulten de la corrección entre los mismos, mediante el diálogo y debate; auxiliándose de controles internos y externos destinados a asegurar la responsabilidad de los decisores, otros a asegurar el diálogo colectivo: de los ciudadanos entre sí, de los ciudadanos con sus representantes y de los funcionarios públicos entre sí¹⁶⁰.

Obviamente, lo anterior requiere como presupuesto una concepción de la democracia, basada en la confianza en las capacidades políticas de la ciudadanía, un compromiso cívico de sus miembros dirigido hacia la colectividad. No obstante, la consecución de dicha situación representa dificultades, comenta Elster¹⁶¹ que la preferencia que el sistema institucional ha presentado es a la negociación frente a la argumentación. Carl Schmitt¹⁶² ha criticado el sistema basado en la falta de transparencia y ausencia de diálogo y la falta de sensibilidad a los reclamos de los grupos de interés.

Tribe afirma que nada en la Constitución especifica que la búsqueda del consenso deba jugar el rol constitucional supremo, es decir va contra el constitucionalismo dialógico, y la Constitución solo habla de las formas, ello no podría formalmente ser exigible a nivel constitucional si no está plasmado en ella. Entonces cabe apuntar hacia la inserción de un constitucionalismo dialógico como objetivo.

¹⁵⁸ GARGARELLA, Roberto (coord.), *Teoría y...* Op. cit., pp. 126 y 127.

¹⁵⁹ Propuesto por HABERMAS, en *Between...* Op. cit., Conforme a quien las decisiones justificadas son las que resultan de procesos de discusión en los que intervienen desde una posición de igualdad todos los potencialmente afectados.

¹⁶⁰ GARGARELLA, Roberto (coord.), *Teoría y...* Op. cit., p. 147.

¹⁶¹ ELSTER J., *Arguing and bargaining in the federal convention and the assemblée constituante*, working paper, University of Chicago, August, 1991.

¹⁶² SCHMITT, Carl, *The crisis of parliamentary democracy*, Cambridge, The MIT Press, 1992.

CAPÍTULO III

ESTUDIO COMPARADO DE LA DECLARATORIA GENERAL DE INCONSTITUCIONALIDAD EN MÉXICO CON INSTITUCIONES ANÁLOGAS EN COLOMBIA, ESPAÑA Y CANADÁ

3.1. Referencia general sobre la configuración normativa de la DGI en México

La experiencia mexicana en materia de control jurisdiccional de constitucionalidad con efectos generales, a través del procedimiento de DGI, es bastante reciente en relación con la mayoría de los países latinoamericanos, norteamericanos y europeos. Frente a ello, una vez identificadas diversas áreas de oportunidad y requerimientos procedimentales a fin de hacer de esta institución un mecanismo efectivo de justicia constitucional en nuestro país citadas en el capítulo precedente, resulta de suma utilidad un ejercicio comparativo, aludiendo a la experiencia de otros países de un mecanismo de control de constitucionalidad de leyes con efectos generales, en aras de verificar y analizar los aciertos en sus arreglos institucionales con los que cuentan otros sistemas jurídicos que resulten retroalimentativos a la circunstancia mexicana.

De igual manera, la referencia de un parámetro comparativo en cuanto a la opción de ciertos arreglos institucionales oportunos a la discusión contramayoritaria del control jurisdiccional de leyes es pertinente, pues a través del presente trabajo ha quedado asentado que no se verificó este debate en el proceso legislativo de la DGI en México, por lo tanto, las refutaciones teóricas que deslegitiman esta figura son subsistentes, sobre todo en el entendimiento que nos encontramos en una democracia emergente donde los procesos deliberativos apropiados siguen siendo una expectativa. Con motivo de lo anterior, el referente en este rubro es Canadá.

La elección de los Estados objeto de estudio en el presente capítulo: Colombia, España y Canadá, se efectuó en razón a sus interesantes particularidades y la utilidad de elementos con alta probabilidad de ser asimilados por nuestro sistema jurídico, es decir,

tienen una pertinencia pedagógica y fáctica, en tanto a su tratamiento procedimental y efectividad.

El Estado expuesto sobre el que se centra este estudio comparativo es Colombia, cuya longeva experiencia en control de constitucionalidad de efectos generales, aunado a variados instrumentos de justicia constitucional, hacen de este país un referente icónico e ineludible para no sólo México, sino toda Latinoamérica. Específicamente se efectúa la analogía de la DGI en México con la Acción Pública de Inconstitucionalidad o Inexequibilidad Colombiana, destacando su vasto carácter democrático deliberativo, toda vez que involucra la participación ciudadana en este tipo de mecanismo de control constitucional, dando así un gran ejemplo de solvencia en términos de tensiones contramayoritarias que suelen integrarse a los casos de control judicial de constitucionalidad, ello, completado con un esquema de control previo, que en muy amplia medida cumplen con el objetivo de depurar el sistema jurídico de normas contrarias a los principios constitucionales.

Por lo que hace al caso de España, se consideró importante involucrar en el presente trabajo el mecanismo procesal de control de constitucionalidad en abstracto de normas denominado recurso de inconstitucionalidad (sin dejar de lado que también cuentan con un mecanismo referido como “cuestión de inconstitucionalidad”), cuya particularidad de mayor trascendencia y que puede resultar de amplio significado en nuestro país es en tanto los sujetos legitimados para su interposición: Presidente del Gobierno, Defensor del Pueblo, órganos legislativos, órganos colegiados de las comunidades autónomas o sus asambleas; evidenciando una mayor gama de sujetos legitimados para el ejercicio de este instrumento de justicia constitucional, en el entendido de que la regularidad de normas con la constitución debe ser interés de todo órgano de gobierno.

Finalmente, el caso de Canadá, a pesar de ser el ejemplo mayormente distanciado respecto a nuestra tradición jurídica, es sumamente retributivo analizarlo, en tanto que se muestra con un especial enfoque al tema de derechos humanos y la interpretación judicial que se hace de ellos (debido a que fueron plasmados constitucionalmente de forma no concreta) y por otra parte en cuanto a que, en palabras de Gargarella: representa una

alternativa contemporánea interesante al sistema “puro” de revisión judicial de Estados Unidos¹⁶³. Dista un poco de un análisis analógico directo con el tratamiento procesal de la DGI en México, pero significa mucho más en uno de los campos centrales de este estudio: abordar los arreglos institucionales que atenúan las tensiones contramayoritarias del control judicial de constitucionalidad.

3.2. Estudio comparado de la DGI en México respecto de la Acción Pública de Inconstitucionalidad en Colombia

Como previamente se ha referido, el caso Colombiano se valora como un ejemplo óptimo de modelo de control constitucional, específicamente en los mecanismos con efectos generales, cuya implementación en la práctica constitucional tiene una tradición bastante más amplia que la acontecida en México.

A continuación se desarrollarán las notas elementales del contenido de este modelo, para finalmente especificarlo en una institución eventualmente análoga a la DGI en México: la Acción Pública de Inconstitucionalidad, misma que se considera de amplios alcances dialógicos y que resuelve con mayor solvencia el debate contramayoritario inserto en este tipo de mecanismos, lo que significa una experiencia referencial bastante útil a nuestro país.

3.2.1. Elementos generales del control constitucional colombiano

El sistema de control constitucional colombiano se encuentra fundamentado, al igual que el mexicano, en el principio de supremacía constitucional, concretamente en el artículo 4 de la Carta Fundamental¹⁶⁴, tiene por objeto que, de manera efectiva, la Constitución sea la norma básica y superior dentro del ordenamiento. En tal sentido, teóricamente se concibe que "el control constitucional es un conjunto de mecanismos destinados a mantener el funcionamiento del Estado dentro de los lineamientos señalados

¹⁶³ GARGARELLA, Roberto, “La lectura mayoritaria del Estado de Derecho” en Revista Argentina de Teoría Jurídica, Vol. 5, Único número, Noviembre 2004, Universidad Torcuato di Tella, p. 15.

¹⁶⁴ Artículo 4° de la Constitución Política de Colombia: La Constitución es norma de normas. En todo caso de incompatibilidad entre la Constitución y la ley u otra norma jurídica, se aplicarán las disposiciones constitucionales. Es deber de los nacionales y de los extranjeros en Colombia acatar la Constitución y las leyes, y respetar y obedecer a las autoridades.

por la voluntad constituyente, y para impedir que ese poder exorbitante sea colocado al servicio de intereses diferentes a los de la comunidad"¹⁶⁵.

Históricamente, como producto de la Unión Republicana, se impulsó una reforma estructural que introdujo una nueva manera de configurar y ejercer el poder público en Colombia, específicamente en los artículos 40 y 41 del acto legislativo 03 de 1910, donde se configuró por primera vez el control de constitucionalidad, señalando la supremacía constitucional, y sobre todo el establecimiento de la facultad de la Corte Suprema de Justicia para decidir sobre la exequibilidad o inexecuibilidad de los actos legislativos objetados inconstitucionales por el gobierno, o acusados por cualquier ciudadano previa audiencia con el Procurador General de la Nación.

Por la descripción anteriormente expuesta, se refiere al artículo 40 del acto legislativo del 03 de 1910 como el origen normativo de la excepción de inconstitucionalidad en Colombia, que posteriormente se consagró, reconoció y desarrolló hasta el reconocimiento institucional actual a partir de la Constitución de 1991¹⁶⁶.

Cabe destacar que la Carta Magna vigente de Colombia es relativamente nueva, pues data su promulgación de 1991, y aunque muchos de sus preceptos elementales fueron, como se ha citado, arraigados con anterioridad, la Constitución de 1991 innovó con el establecimiento de la Corte Constitucional, como órgano encargado de guardar la integridad y supremacía de la Constitución y hacer los estudios de exequibilidad o inexecuibilidad de determinados actos y leyes, control que anteriormente realizaba la Sala Constitucional de la Corte Suprema de Justicia Colombiana.

Así, la propia institución se define en los siguientes términos: “la Corte Constitucional de Colombia es la entidad judicial encargada de velar por la integridad y la supremacía de la Constitución. La Corte Constitucional ejerce la guarda de la integridad y supremacía de la Constitución en los estrictos y precisos términos de los artículo 241 al 244

¹⁶⁵ CHARRY, Juan Manuel Ureña, *Justicia Constitucional. Derecho Comparado y Colombiano*, Santafé de Bogotá, Banco de la República, 1993, p. 73.

¹⁶⁶ QUIROGA NATALE, Edgar Andrés, “Derecho Procesal constitucional y excepción de inconstitucionalidad en Colombia” en VELANDIA CANOSA, Eduardo Andrés (director científico) *Derecho Procesal Constitucional*, Bogotá, Colombia, VC Editores Ltda., 2014, pp. 73 y 74.

de la Constitución Política. El Consejo de Estado conoce las acciones de nulidad por inconstitucionalidad de los decretos dictados por el Gobierno Nacional, cuya competencia no corresponda a la Corte Constitucional. También ejercen jurisdicción constitucional, excepcionalmente, para cada caso concreto, los jueces y corporaciones que deban proferir las decisiones de tutela o recursos previstos para la aplicación de los derechos constitucionales”¹⁶⁷.

El modelo de control constitucional colombiano tiene notas sumamente interesantes en su configuración, una de ellas es que involucra la participación ciudadana -como elemento de gran significado democrático- mediante la Acción Pública de Inconstitucionalidad, por la cual los ciudadanos pueden acudir a un órgano jurisdiccional denunciando una disposición que estimen violatoria de los preceptos constitucionales y se pronuncien las instituciones atinentes sobre su validez.

Otros medios de control constitucional vía acción en el contexto colombiano, son la acción pública de nulidad y la acción de tutela. La primera, acción de nulidad por inconstitucionalidad, se substancia en el Consejo de Estado en contra decretos dictados por el Gobierno nacional cuya competencia no corresponde a la Corte Constitucional¹⁶⁸, es una especie de jurisdicción Contencioso Administrativa de naturaleza residual respecto a los asuntos de la Corte Constitucional, y en segundo término, la acción de tutela personifica un reclamo ciudadano ante los jueces respecto de una vulneración de derechos constitucionales¹⁶⁹.

El sistema constitucional colombiano también cuenta con medios de control que no requieren la interposición de una acción para el ejercicio de revisión constitucional, son los controles previos de: proyectos de ley objetados por el Presidente¹⁷⁰ (que puede pasar a la Corte Constitucional de manera parcial sólo por las disposiciones denunciadas por el Presidente), proyectos de ley estatutaria¹⁷¹ (el Presidente del Congreso tiene la obligación

¹⁶⁷ Visto en <http://www.corteconstitucional.gov.co/>, fecha de consulta 13 de mayo de 2016.

¹⁶⁸ Artículo 237 numeral 2 de la de la Constitución Política de Colombia. *Vid.* Sentencia C-621 de 2001 por Corte Constitucional en la demanda de inconstitucionalidad donde se efectuaron pronunciamientos sobre Acción de inconstitucionalidad contra un sentido normativo, visto en <http://www.corteconstitucional.gov.co/relatoria/2001/C-621-01.htm>, fecha de consulta 13 de mayo de 2016.

¹⁶⁹ Artículo 86 de la Constitución Política de Colombia.

¹⁷⁰ Artículos 166, 167 y 241 numeral 8 de la Constitución Política de Colombia.

¹⁷¹ Artículos 153 y 241 numeral 8 de la Constitución Política de Colombia, así como los numerales 39 a 44 del Decreto 2067 de 1991 “por el cual se dicta el régimen procedimental de los juicios y actuaciones que deban surtirse ante la Corte Constitucional”.

de enviar a la Corte Constitucional copia de los proyectos de ley estatutarias luego de su aprobación en el segundo debate, es un control procedimental que se da por el trámite mismo de dichas leyes y es integral) y control previo de tratados y sus leyes aprobatorias¹⁷² (funciona antes de que sea ratificado el tratado, también se efectúa de manera automática e integral).

Además, otro tipo de control que no requiere la interposición de una acción, es el que se lleva a cabo de manera automática en los decretos que, eventualmente por estado de excepción, dicte el Presidente de la República respecto a la declaración de guerra exterior, declaración de estado de conmoción interior, declaración de estado de emergencia económica, social y ecológica¹⁷³.

Asimismo, es de importancia considerable señalar el rasgo difuso que guarda el control constitucional en Colombia, pues el artículo 4 constitucional¹⁷⁴ señala la supremacía de la norma fundamental frente a cualquier otra Ley “en todo caso”, es decir, que aplica para toda autoridad judicial o administrativa, las de orden común por inaplicabilidad (excepción de inconstitucionalidad) en el caso concreto y aquellas de control constitucional mediante declaraciones de supremacía constitucional de manera general.

En resumen, observamos que el control constitucional en Colombia es, además de amplio, de corte mixto, pues contiene mecanismos de naturaleza concentrada y difusa, existe un control previo de leyes y posterior a la promulgación de éstas, de manera automática y por vía de acción.

3.2.2. La Acción Pública de Inconstitucionalidad Colombiana como instrumento de control constitucional

Este mecanismo de control de constitucionalidad es también conocida como acción de inexecutable, en tanto que efectúa una valoración sobre la validez o no de una norma

¹⁷² Artículo 241 numeral 10 de la Constitución Política de Colombia.

¹⁷³ Artículos 212, 213, 215 y 241 numeral 7 de la Constitución Política de Colombia.

¹⁷⁴ Artículo 4o. de la Constitución Política de Colombia: “La Constitución es norma de normas. En todo caso de incompatibilidad entre la Constitución y la ley u otra norma jurídica, se aplicarán las disposiciones constitucionales. Es deber de los nacionales y de los extranjeros en Colombia acatar la Constitución y las leyes, y respetar y obedecer a las autoridades”.

con los preceptos de la Carta Fundamental, los sujetos legitimados para incoarla son todos los ciudadanos colombianos en tanto a los preceptos del artículo 241 y 10 transitorio de la Constitución Colombiana.

Con motivo de lo anterior, la acción pública de inconstitucionalidad colombiana se considera una importante forma de participación ciudadana para el análisis de constitucionalidad de una norma en abstracto.

La teoría identifica esta acción con conceptos sumamente positivos en el ordenamiento colombiano, en el sentido que se afirma “*la acción pública establece un esquema político que combina una forma de crear y canalizar la opinión pública ciudadana para influir en la toma de decisiones públicas, desafiando la decisión y opinión de sus representantes, y ello sin colapsar al Estado y sin atiborrar a los ciudadanos*”¹⁷⁵, así como “*la acción pública es el mecanismo de control de constitucionalidad que mejor se concilia con la democracia deliberativa, dentro de un escenario asignado para llevar a buen término este proceso: La Corte Constitucional*”¹⁷⁶.

Aunado a lo anterior, los avances específicos que se han materializado con este tipo de revisión de regularidad constitucional de leyes, se traducen en criterios progresistas establecidos por la Corte Constitucional en el ordenamiento jurídico colombiano, donde se considera primordial la satisfacción de derechos fundamentales, ejemplificando con los casos de protección patrimonial de parejas del mismo sexo¹⁷⁷, protección igualitaria en régimen de seguridad social para parejas del mismo sexo¹⁷⁸ y despenalización del aborto en los casos de riesgo para la mujer, feto no viable o violación¹⁷⁹, entre otras. Por otra parte, también ha fungido como ente legitimador al confirmar derechos establecidos en normas que en ocasiones son atacados por voces no progresistas, por ejemplo: el derecho de las parejas del mismo sexo para adoptar conjuntamente¹⁸⁰.

¹⁷⁵ RODRÍGUEZ PEÑARANDA, María Luisa. “La acción pública de inconstitucionalidad como mecanismo corrector de la crisis de representación en Colombia”, 1910-2003, en *Análisis Político*, Santa Fe de Bogotá, No. 052, Sep.-Dic. 2004, pp. 21-33.

¹⁷⁶ RODRÍGUEZ PEÑARANDA, María Luisa, *Minorías, Acción pública de inconstitucionalidad y democracia deliberativa*, Bogotá, Universidad Externado de Colombia, 2005, p. 186.

¹⁷⁷ Sentencia C-075/2007 del 07 de febrero de 2007.

¹⁷⁸ Sentencia C-811/2007 del 03 de octubre de 2007.

¹⁷⁹ Sentencia C-355/2006 del 10 de mayo de 2006.

¹⁸⁰ Sentencia C-683/2015 del 04 de noviembre de 2015.

Las similitudes que podemos atribuir de manera analógica entre la Acción Pública de Inconstitucionalidad y la DGI en México, son:

- Ambas, son un medio de control jurisdiccional de constitucionalidad de normas.
- Tienen por objeto depurar el sistema jurídico de normas estructuradas en contravención de preceptos constitucionales, a efecto de que impere el principio de supremacía constitucional (es un ejercicio de autopreservación de la norma fundamental).
- Sus efectos son generales o *erga omnes*.

Por otra parte, el aprendizaje más significativo que podemos lograr en México, deviene precisamente de las diferencias que guarda la DGI con la Acción de Inconstitucionalidad Colombiana, donde encontramos que ocurre lo siguiente en el caso de la Acción Pública de Inconstitucionalidad:

- No existe una limitación por materia (como el caso de México en relación a la tributaria) para efectuar análisis de la constitucionalidad de normas, toda vez que se pretende proteger la supremacía constitucional sin excepción.
- Los efectos de la sentencia pueden ser pro-futuro o retroactivos según los alcances establecidos en la sentencia conforme lo establezca la Corte Constitucional, en aras de cubrir un mayor rango de protección e incluso, si se retrotraen los efectos, devolver las cosas a la situación existente antes de ser violentada por una norma constitucional (en México existe una limitante sobre retroactividad salvo en materia penal, es decir, en Colombia, este tipo de acción es más flexible y no rigurosamente petrificada).
- Tiene un carácter ampliamente dialógico, que le da ciertas notas de legitimidad democrática, pues los sujetos habilitados para interponerla son los ciudadanos, por lo que su carácter público significa un mecanismo de participación en el proceso de control constitucional (lo que en términos del análisis efectuado en la DGI en México, decanta la tensión contramayoritaria existente en ella, pues varios son los factores que intervienen en labor de defensa del interés público, no sólo decisión unilateral judicial).

- Lo anterior también significa un gran paso hacia la configuración de un sistema de justicia dialógica, donde la interacción y retroalimentación entre los entes quienes deciden y los afectados de las decisiones que se tomarán participan en el proceso, pues quienes accionan este mecanismo de control constitucional son los ciudadanos, y se substancia en sede judicial que incluye la participación – defensa de constitucionalidad- de la autoridad emisora.
- La acción pública de inconstitucionalidad tiene por objeto el análisis de normas y decretos subsistentes en el orden jurídico colombiano, asimismo, también son sujetos de este tipo de control constitucional los proyectos de Ley, es decir, existe un control constitucional previo, análisis no factible en el ordenamiento mexicano.
- La acción pública de inconstitucionalidad se erige como un instrumento de minorías para exigir el respeto y garantía a sus derechos constitucionalmente establecidos, frente a leyes que eventualmente les vulneren libertades fundamentales bajo excusa de una decisión mayoritaria.
- Cabe citar la eficacia y efectividad para denunciar una Ley inconstitucional y que sea susceptible de declararse como tal, pues a diferencia de México, se incoa acción directa, y no se condiciona al establecimiento de jurisprudencia.

3.2.2.1. Procedimiento de Acción Pública de Inconstitucionalidad en Colombia

Análogamente como se refirió respecto a la DGI en México, se efectúa una referencia esencial sobre el procedimiento que se desarrollará mediante la Acción Pública de Inconstitucionalidad en Colombia, a efecto de que el análisis comparativo también abarque una perspectiva procesal¹⁸¹.

a) Presentación de la demanda

Esta acción, como ha sido multicitado, es factible de presentarse por cualquier ciudadano Colombiano, cuando a su criterio, una Ley o decreto de los enunciados en el 241 y 10 transitorio de la Constitución vulneran el contenido de ésta.

¹⁸¹ Visto en <http://www.corteconstitucional.gov.co/secretaria/otros/procedimiento.php>, fecha de consulta 15 de mayo de 2016.

Algunos de los requisitos de forma que debe guardar el ejercicio de esta acción se enumeran en el Decreto 2067 de 1991 por el Presidente de la República "Por el cual se dicta el régimen procedimental de los juicios y actuaciones que deban surtirse ante la Corte Constitucional" son: presentarse por escrito, en duplicado, haciendo el señalamiento de las normas acusadas como inconstitucionales y de las normas constitucionales que se consideren infringidas, además, las razones por las cuales dichos textos se estiman violentados, señalar la competencia de la Corte y de ser el caso, el señalamiento del trámite impuesto por la Constitución para la expedición del acto demandado y la forma en que fue quebrantado.

b) Radicación y reparto

La demanda se recibe en la Secretaría General de la Corte Constitucional, donde se radica y posteriormente reparte en Sala Plena al Magistrado Ponente, quien cuenta con 10 días para decidir la admisión o no de la demanda (con la posibilidad de subsanar deficiencias o bien la posibilidad de interponer recurso ante desechamiento).

c) Trámite

Se efectúan las comunicaciones atinentes una vez admitida. Es factible que se ordenen la práctica de pruebas que resulten conducentes en caso de requerirse material probatorio. Una vez recabado el material probatorio se fija en lista la demanda en un término de 10 días en los cuales puede intervenir cualquier persona o entidad en defensa o impugnación de la norma, asimismo el Magistrado Ponente comunica a la autoridad emisora de la norma sobre el proceso de análisis al que está sometida, para que emitan eventuales razonamientos sobre la justificación de la constitucionalidad de la norma.

Dentro del procedimiento se da traslado al Procurador General de la Nación, para que manifieste lo que resulte atinente.

Una vez elaborado el proyecto de sentencia en la acción pública de inconstitucionalidad, el Magistrado sustanciador lo comparte con los demás Magistrados de

la Corte Constitucional para su estudio, y es la Sala Plena quien emite la respectiva sentencia en la que decide sobre la exequibilidad o inexecuibilidad de la demanda, así como sus alcances (pro-futuro o retroactivos).

Concluyentemente, podemos decir de la acción pública de inconstitucionalidad, que esta se erige como un instrumento de amplia efectividad de los ciudadanos en general y especialmente de las minorías para reclamar derechos instituidos en la Constitución, para el caso de que éstos se hubieren vulnerado en la configuración normativa (ostentando una bandera de representación mayoritaria) de manera directa o incondicionada (pues no se sujeta a la condición de alcanzar un rango jurisprudencial como ocurre en el caso mexicano), general (debido a que no excluye alguna materia como objeto de análisis de exequibilidad como sucede en materia tributaria en México), amplia (pues sus efectos son pro-futuro e incluso retroactivos si es posible subsanar una circunstancia afectada previamente al fallo de inconstitucionalidad de una Ley), contundente (en tanto que las resoluciones de la Corte Constitucional se consideran cosa juzgada constitucional), preventiva (a consecuencia de que el análisis de constitucionalidad puede efectuarse incluso antes de la promulgación de la norma, evitando que logre afectar la esfera jurídica de algún ciudadano y por tanto, disminuyendo la probabilidad de impugnación de la Ley, situación que no está prevista en la DGI mexicana).

3.3. Estudio comparado de la DGI en México respecto del Recurso de Inconstitucionalidad en España

Aunado a la cercanía académico-dogmática, y a pesar de no ser un modelo originario históricamente, como pudiéramos considerar al austriaco-alemán, o bien, su configuración procedimental e innovadora no lo es al grado del italiano, se considera al modelo español de mayor amplitud en riqueza expositiva, y a efecto del análisis en aras de retroalimentación para nuestro país, es uno de los ejemplos más óptimos considerables y del cual podemos retomar puntos sumamente interesantes, concretamente en el caso del “recurso de inconstitucionalidad”.

3.3.1. Elementos generales del control constitucional español

Como regularmente ocurre en los modelos de control constitucional, el español también se encuentra sustentado en el principio de supremacía constitucional, por el cual, ciudadanos, poderes públicos y consecuentemente todo el ordenamiento jurídico (incluidos los tratados internacionales) están sujetos a el contenido de la carta fundamental (artículos 9.1 y 95 constitucionales¹⁸²).

La entidad pública que materializa el control constitucional de normas es el Tribunal Constitucional¹⁸³, cuya jurisdicción abarca todo el territorio español y guarda la competencia en los siguientes asuntos¹⁸⁴:

- Del recurso y de la cuestión de inconstitucionalidad contra leyes, disposiciones normativas o actos con fuerza de ley del Estado y de las Comunidades Autónomas.
- Del recurso previo de inconstitucionalidad contra proyectos y propuestas de reforma de Estatutos de Autonomía.
- Del recurso y de la cuestión contra las normas forales fiscales de los Territorios de Álava, Guipúzcoa y Vizcaya.
- Del recurso de amparo por violación de los derechos fundamentales relacionados en los artículos 14 a 30 de la Constitución.
- De los conflictos constitucionales de competencia entre el Estado y las Comunidades Autónomas o de los de éstas entre sí.
- De los conflictos entre órganos constitucionales del Estado.
- De los conflictos en defensa de la autonomía local.
- De los conflictos en defensa de la autonomía foral.
- De la declaración sobre la constitucionalidad de los Tratados Internacionales.
- De las impugnaciones de las disposiciones y resoluciones de los órganos de las Comunidades Autónomas previstas en el artículo 161.2 de la Constitución.

¹⁸² Artículo 9.1: Los ciudadanos y los poderes públicos están sujetos a la Constitución y al resto del ordenamiento jurídico.
Artículo 95: 1.- La celebración de un tratado internacional que contenga estipulaciones contrarias a la Constitución exigirá la previa revisión constitucional. 2.- El Gobierno o cualquiera de las Cámaras puede requerir al Tribunal Constitucional para que declare si existe o no esa contradicción.

¹⁸³ *Vid.* Título X de la Constitución Española, titulado “De la reforma constitucional” que abarca de los artículos 166 a 169.

¹⁸⁴ Visto en http://www.tribunalconstitucional.es/es/LeyTransparencia/informacionInstitucional/competencias/Paginas/Default_02.aspx, fecha de consulta 19 mayo de 2016.

- De la verificación de los nombramientos de los Magistrados del Tribunal Constitucional, para juzgar si los mismos reúnen los requisitos requeridos por la Constitución y su Ley Orgánica.
- De las demás materias que le atribuyen la Constitución y las leyes orgánicas.

Los procedimientos de declaración de inconstitucionalidad se promueven mediante dos vías, ambas substanciadas por el órgano de control de regularidad constitucional que es el Tribunal Constitucional, son el recurso de inconstitucionalidad y cuestiones de inconstitucionalidad promovidas por jueces o tribunales. La normatividad que puede ser objeto de dicho examen a efecto de declarar su inconstitucionalidad son¹⁸⁵:

- Los Estatutos de Autonomía y las demás Leyes orgánicas.
- Las demás Leyes, disposiciones normativas y actos del Estado con fuerza de Ley. En el caso de los Decretos legislativos, la competencia del Tribunal se entiende sin perjuicio de lo previsto en el número seis del artículo ochenta y dos de la Constitución.
- Los Tratados Internacionales.
- Los Reglamentos de las Cámaras y de las Cortes Generales.
- Las Leyes, actos y disposiciones normativas con fuerza de Ley de las Comunidades Autónomas, con la misma salvedad formula en el apartado b) respecto a los casos de delegación legislativa.
- Los Reglamentos de las Asambleas legislativas de las Comunidades Autónomas.

Si bien la regla general es que dichas leyes o las disposiciones y actos con fuerza de Ley se impugnan a partir de su publicación oficial, la posibilidad de control previo de constitucionalidad en el derecho español es reservada al control de los tratados internacionales prevista en el artículo 95 de la Constitución Española.

Se observa en el caso español, que los mecanismos de control de constitucionalidad comparten las características de ser abstractos, concentrados y correctivos con lo que ocurre en México, recordando y especificando las cualidades del control de constitucionalidad que

¹⁸⁵ Artículos 27 y 29 de la Ley Orgánica 2/1979, de 3 de octubre, del Tribunal Constitucional.

se hacer a través de la DGI, que es concentrada, abstracta, vía acción, y con efectos pro futuro o *ex nunc*, haciendo hincapié en esta última cualidad, observamos que en caso español, los efectos son a generalidad correctivos y hay la posibilidad de realizar revisión previa de constitucionalidad de un tratado internacional (rasgo preventivo del control de constitucionalidad español).

3.3.2. El recurso de inconstitucionalidad en España como mecanismo de control constitucional

El recurso de inconstitucionalidad, es el mecanismo procesal de control de constitucionalidad (además de la denominada “cuestión de inconstitucionalidad”) en abstracto de normas en España, al cual vamos a contraponer comparativamente la DGI en México, específicamente en tanto que ambos instrumentos efectúan un análisis sobre la discrepancia o regularidad de la Ley con la Constitución.

Además, este instrumento de regularidad constitucional se lleva a cabo en una única instancia, el Tribunal Constitucional, por lo que es de carácter concentrado y posterior a la entrada en vigor de la legislación objeto de análisis.

La entidad que sustancia lo define como: *“El recurso de inconstitucionalidad es uno de los procesos constitucionales a través de los que el Tribunal Constitucional garantiza la supremacía de la Constitución y enjuicia la conformidad o disconformidad con ella de las leyes, disposiciones normativas y actos con fuerza de ley del Estado y de las Comunidades Autónomas”*¹⁸⁶.

Aun cuando se llama a este instrumento “recurso”, su naturaleza indica que es una acción, puesto que es interpuesta de manera directa e independiente de un litigio concreto y no se efectúa dentro de otro procedimiento.

Los sujetos legitimados a interponer este mecanismo son, de acuerdo a l artículo 162 constitucional: Presidente del Gobierno, Defensor del Pueblo, órganos legislativos (50

¹⁸⁶ Visto en http://www.tribunalconstitucional.es/es/tribunal/competencias/Paginas/COMPT_01_RI.aspx, fecha de consulta 19 mayo de 2016.

diputados o 50 senadores), órganos colegiados de las comunidades autónomas o sus asambleas.

Recordemos que en la situación de México, la DGI, puede ser interpuesta directamente por las Salas o el Pleno de la SCJN o por la petición que hagan los Plenos de Circuito a la SCJN, ello es más limitado que lo que sucede en España (donde se observa pueden interponerlas demás instituciones que sólo jurisdiccionales); aun así, no logra tener la amplitud que tiene la Acción Pública de Inconstitucionalidad en Colombia donde tienen legitimación activa todos los ciudadanos Colombianos.

3.3.2.1. Procedimiento del recurso de inconstitucionalidad en España

Sabemos la importancia de la perspectiva procesal, dentro del análisis comparativo entre los mecanismos de control constitucionalidad, en este caso: la DGI en México y el recurso de inconstitucionalidad en España, por lo que es el momento de describir algunas referencias en la sustanciación de éste último:

a) Presentación de la demanda

Una vez que los sujetos legitimados para interponer esta acción (Presidente del Gobierno, Defensor del Pueblo, órganos legislativos, órganos colegiados de las comunidades autónomas o sus asambleas) dentro de los 3 meses a partir de la publicación de la Ley, disposición o acto con fuerza de Ley (o 9 meses en los recursos de inconstitucionalidad interpuestos por el Presidente del Gobierno o los órganos ejecutivos de las Comunidades Autónomas cuando en el seno de la Comisión Bilateral de Cooperación entre la Administración del Estado y la respectiva Comunidad Autónoma se acuerde el inicio de negociaciones para resolver las discrepancias existentes entre las partes, pudiendo instarse la modificación del texto normativo¹⁸⁷), el Tribunal constitucional examina el contenido y cumplimiento de los requisitos y presupuestos procesales para determinar su admisión .

¹⁸⁷ Artículo 33 de la Ley Orgánica 2/1979, de 3 de octubre, del Tribunal Constitucional.

b) Radicación y vista

Una vez admitida a trámite la demanda, incoado el procedimiento, el Tribunal Constitucional dará traslado de la misma al Congreso de los Diputados y al Senado por conducto de sus Presidentes, al Gobierno por conducto del Ministerio de Justicia y, en caso de que el objeto del recurso fuera una Ley o disposición con fuerza de Ley dictada por una Comunidad Autónoma, a los órganos legislativo y ejecutivo de la misma a fin de que puedan personarse en el procedimiento y formular las alegaciones que estimaren oportunas en un plazo de 15 días¹⁸⁸.

c) Trámite

Transcurrido el plazo de personación y alegaciones, el Tribunal Constitucional dictará Sentencia. Las sentencias recaídas en este tipo de procedimientos tienen valor de cosa juzgada, vinculan a todos los poderes públicos y producen efectos generales desde la fecha de su publicación en el Boletín Oficial del Estado¹⁸⁹.

Desde el momento en que procede el trámite del recurso de inconstitucionalidad, no se produce de manera general la suspensión automática de los preceptos legales impugnados, salvo en el supuesto que el Presidente del Gobierno recurra una ley, disposición o acto con fuerza de ley de una Comunidad Autónoma y solicite expresamente en la demanda la suspensión de su vigencia y aplicación. En este caso, el Tribunal Constitucional ha de ratificar o levantar la suspensión en un plazo no superior a cinco meses.

Recapitulando, del análisis comparativo entre el recurso de inconstitucionalidad en España y la DGI en México, podemos deducir lo siguiente:

- La cantidad de sujetos legitimados para interponer el recurso de inconstitucionalidad es más amplia que la DGI en México, aunado a que ésta última

¹⁸⁸ Artículo 33 y 34 de la Ley Orgánica 2/1979, de 3 de octubre, del Tribunal Constitucional.

¹⁸⁹ Artículo 38 y 40 de la Ley Orgánica 2/1979, de 3 de octubre, del Tribunal Constitucional.

sólo es posible substanciarse a partir de la solicitud o comunicación efectuada por órganos judiciales, y en el caso español, los órganos quienes interponen la demanda sobre dicho recurso son de naturaleza ejecutiva y legislativa¹⁹⁰.

- Una vez substanciado el recurso de inconstitucionalidad, el Tribunal Constitucional corre traslado al órgano emisor de la ley o acto con carácter de Ley a fin de que se apersona dentro del proceso para formular los alegatos correspondientes; en el caso de la DGI, inicialmente se refiere una simple comunicación (al resolver por segunda ocasión mediante amparo indirecto la inconstitucionalidad de una norma) y posteriormente se efectúa la notificación a la autoridad emisora, vinculándola hasta ese momento para poder expresar alguna defensa sobre la constitucionalidad de su acto.
- Comparten la característica de tener efectos *erga omnes* o generales y que efectúan un control abstracto de constitucionalidad.
- En el caso del recurso de inconstitucionalidad, hay la posibilidad (si es que el presidente recurre una Ley) de que se solicite en conjunto con la demanda la suspensión y vigencia de aplicación de la disposición normativa objeto de análisis de inconstitucionalidad, ello nos refiere una excepción al principio de presunción de constitucionalidad de las normas también puede significar efectos preventivos (que esa norma tildada inconstitucional no siga aplicándose mientras se resuelve judicialmente su regularidad constitucional). La DGI en México, mantiene un arraigado e inflexible principio de constitucionalidad de la norma, pues esta se sigue aplicando de manera general (excepto a las personas que la objetaron mediante amparo indirecto) hasta que se emita la declaratoria como tal y en los términos que se determine.
- Los efectos que trae aparejado el recurso de inconstitucionalidad, son la nulidad de la norma, su pérdida de vigencia o efectividad, en el caso de la DGI en México, se plantea como una expulsión del ordenamiento jurídico, con la especificidad que será en los términos y alcances expresados en la resolución sobre declaración de inconstitucionalidad.

¹⁹⁰ Cabe citar que el Tribunal Constitucional, a través de la cuestión de inconstitucionalidad, al igual que a través del recurso de inconstitucionalidad, efectúa un análisis sobre la constitucionalidad de Leyes y actos con fuerza de ley, pero que en el caso de la cuestión de inconstitucionalidad, ésta es promovida, de oficio o a instancia de parte, por Jueces y Tribunales cuando consideren que una norma con rango de ley aplicable al proceso del que conocen y de cuya validez dependa la decisión que hayan de adoptar en el mismo pueda ser contraria a la Constitución.

- Es notable también los arreglos institucionales en el sistema de control de constitucionalidad español, donde existe una mayor deliberación entre los órganos de poder que emiten, analizan, aplican o determinan la constitucionalidad de una norma.

3.4. El sistema de control constitucional canadiense como referente de los arreglos institucionales sobre la cuestión contramayoritaria

En 1982 se proclamó en Canadá una nueva Ley Constitucional que significó un importante cambio en la reestructuración de las instituciones políticas y jurídicas, principalmente por la incorporación de un catálogo de declaración de derechos en abstracto en la carta fundamental, que por ello quedaron abiertos a la interpretación y a la recepción de contenidos concretos.

No obstante, para otros, tal declaración genérica significó la sumersión en un campo de indefinición e inseguridad jurídica, pues nominalmente se habían establecido derechos, pero los alcances de estos y sus significados no se plasmaron en el texto constitucional de manera concreta¹⁹¹.

Cabe destacar, en términos de la Ley Constitucional de 1982, del contenido del artículo 52 sección 2, el bloque constitucional de Canadá incluye: a) la Ley de Canadá 1982, b) los actos y resoluciones contempladas en el programa, c) cualquier modificación a cualquier acto o resolución mencionada en el párrafo a) o b)¹⁹².

En tal sentido, el sistema constitucional canadiense se nutre de distintas fuentes, no escritas¹⁹³ y escritas, dentro de éstas últimas, la Carta Canadiense de Derechos y Libertades, hace circunstancialmente interesante tal sistema jurídico, en razón a la reforma experimentada en materia de derechos¹⁹⁴ que en 1982, a través de una reforma institucional

¹⁹¹ WALUCHOW, J. Wilfrid, *Una teoría...* *Op. cit.*, p. 48.

¹⁹² http://www.constitutionnet.org/files/canada_constitution_1982.pdf, fecha de consulta 26 de mayo de 2016.

¹⁹³ MATHEUS SAMPER, Luisa, "Introducción al estudio de la Constitución de Canadá", en *Revista de Derecho*, Número 22, Canadá, Universidad del Norte, 2004, p. 254-271. Refiere que dentro de la categoría de fuentes constitucionales no escritas se pueden enumerar las convenciones constitucionales (doctrina del gobierno responsable), inmunidad parlamentaria, sistema orientado sobre precedentes, etc.

¹⁹⁴ GARGARELLA, Roberto, "El nuevo..." *Op. cit.*, p. 1.

concreta y en muchos sentidos fundacional –la adopción de la *Canadian Charter of Rights-Canada* abrió las puertas de su sistema de organización institucional a una forma más dirigida al diálogo. En particular, a través de la cláusula del “no obstante” (*notwithstanding clause*) que aparece consagrada fundamentalmente por medio de dos apartados específicos, la *Section 1* y la *Section 33* de la Carta. La primera sostiene que los derechos establecidos en la Carta se encuentran sujetos a “las limitaciones que resulten demostrablemente justificadas en una sociedad libre y democrática”, mientras que la segunda establece, de modo crucial, que el Poder Legislativo puede extender la vigencia de una norma por períodos renovables de cinco años, “no obstante” las tensiones que la misma pueda tener con la Carta de Derechos.

Lo citado en los párrafos anteriores da cuenta de un muy interesante y especial mecanismo de interacción dialógico entre entidades estatales, poniendo en un contexto específico el trato institucional a las circunstancias contramayoritarias.

3.4.1. Elementos generales del control constitucional canadiense

El régimen canadiense de justicia constitucional, se encuentra sustentado en una cláusula de supremacía constitucional, descrita en el artículo 52 sección 1 de la Constitución de Canadá reiterando que “cualquier ley que sea incompatible con las disposiciones de la Constitución es, en la medida de la incompatibilidad, de ninguna fuerza o efecto”¹⁹⁵. Así, insertos en mecanismos de *judicial review*, cada juez está habilitado para analizar la conformidad de las leyes con la Constitución (difuso), pues tienen un sistema *common law*, basado en el vínculo del precedente judicial.

Ahora bien, no hay una cláusula expresa que otorgue a los tribunales la competencia para declarar inválidas las leyes que no estén regularizadas con los preceptos de la Carta, pero la Suprema Corte de Canadá ha ejercido el control de constitucionalidad desde 1982 en virtud de lo establecido en las secciones 52 y 24(1) de ésta¹⁹⁶.

¹⁹⁵ http://web.archive.org/web/20110105224835/http://laws.justice.gc.ca/en/const/9.html#anchorse:7-bo-ga:1_II, fecha de consulta 28 de mayo de 2016.

¹⁹⁶ 24. (1) Toda persona, víctima de la violación o negación de los derechos o libertades que le son garantizados por la presente carta, puede dirigirse a un tribunal competente para obtener la reparación que el tribunal estime adecuada y justa de acuerdo a las circunstancias. 52. (1) La Constitución de Canadá es la ley suprema de Canadá y cualquier norma contraria a las cláusulas de la Constitución será, en la medida de su inconsistencia, inválida.

Así el control constitucional jurisdiccional, se efectúa mediante las Cortes en Canadá, organizadas bajo la siguiente estructura¹⁹⁷:

- Cortes federales: Los jueces tienen jurisdicción sobre materias federales, quienes son nombrados formalmente por el Gobernador General.
- Las Cortes Superiores y las Cortes Inferiores: Son las cortes con jurisdicción general para la interpretación y aplicación de todas las leyes provinciales.
- La Corte Suprema de Canadá: Es la Corte de última instancia, la cual ejerce jurisdicción sobre todas las materias legales en Canadá, incluyendo tanto las materias de orden federal como las materias provinciales.

Procedimentalmente, los mecanismos procesales que se han desarrollado substanciados por las cortes frente a la violación de derechos constitucionales son los siguientes¹⁹⁸:

- Anulación (*Nullity*): Por medio de la cual se declara sin efecto el estatuto que contraviene la Constitución.
- La validación temporal (*Temporary validity*): Es el poder de la Corte para conceder un período de validez temporal a un estatuto inconstitucional.
- La Doctrina de separación (*the doctrine of severance*): Se estudia cuando sólo una parte del estatuto es considerada inválida y el resto puede sobrevivir independientemente de la parte separada. La parte del estatuto que sobrevive es porque en su constitución fue conforme a los preceptos constitucionales.
- Adicionar nuevas palabras (*Read in*): Por medio del cual se adicionan palabras a un estatuto que es contradictorio con la Constitución con el fin de hacer al estatuto constitucionalmente válido.
- Interpretación restrictiva (*Reading down*): Es la posibilidad de dar una interpretación restrictiva a un estatuto con el fin de evitar un vicio constitucional. Este remedio es usado más en casos de federalismo que en casos de derechos.

¹⁹⁷SAMPER, Luisa Matheus, "Introducción..." *op. cit.*, p. 261.

¹⁹⁸ *Idem.* p.269 y 270.

- Exención constitucional (*Constitutional exemption*): La Corte Suprema ha indicado que ocasionalmente se puede conceder una exención constitucional a una legislación que sería inconstitucional si se aplicara a ciertos individuos o grupos, dependiendo del caso.

El hecho de que el reconocimiento de derechos constitucionales fuera plasmado de manera abstracta, dejó al poder judicial la interpretación de éstos, ante lo cual se produjeron distintas objeciones, la principal fue de carácter democrático, mediante el argumento contramayoritario. Por otra parte, visiones más positivas sobre esta decisión constitucional, refieren la generalidad de los conceptos como un punto positivo de una constitución abierta y “viva”, es decir, en construcción, adecuación y actualización constante conforme a las circunstancias imperantes en el tiempo y situación actuales en Canadá (no sujeción a una carta fundamental rígida e inflexible que ha quedado petrificada en los parámetros marcados originariamente).

En el marco de dicha labor, la revisión judicial de la constitucionalidad de normas, se entiende inicialmente como una tensión contramayoritaria, es decir, formalmente antidemocrática, que para evitarse dicha la objeción contramayoritaria al Poder Judicial se propuso evitar que tuviera “la última palabra (institucional), sin dejar de conservar un rol importante en la protección de los derechos de las minorías. Gargarella propone una posible solución a la tensión contramayoritaria inspirado en el modelo Canadiense: los jueces podrían “devolver” la ley cuestionada al Parlamento haciendo obligatorio que reafirmen la ley por el voto de (por ejemplo) dos tercios de sus miembros para que siga siendo válida, ello permite preservar tanto las características mayoritarias del sistema político como nuestra preocupación por los derechos de las minorías. Así, La “*notwithstanding clause*” de Canadá (que permite que una mayoría simple de la rama política del gobierno sancione una Ley que sea inmune al escrutinio judicial respecto de ciertas partes de la Constitución) representa una alternativa contemporánea interesante al sistema “puro” de revisión judicial de Estados Unidos¹⁹⁹.

¹⁹⁹ GARGARELLA, Roberto, “La lectura mayoritaria...” *Op. cit.*, p. 15.

Los derechos respecto de los cuales se puede ejercer la cláusula derogatoria o de no obstante, son los de la sección 2 de la Carta²⁰⁰, que contiene los derechos de libertad de expresión, de conciencia, de asociación y de asamblea, y las secciones 7 a la 15 de la Carta²⁰¹, que contienen el derecho a la vida, a la libertad y el derecho de igualdad. No están sujetos al procedimiento del artículo 33²⁰², los derechos políticos, de movilidad, los vinculados a la protección del lenguaje de las minorías, y la garantía de igualdad entre el hombre y la mujer. La cláusula garantizadora (*enforcement rule*) de la sección 24²⁰³, que establece que cuando un ciudadano considera vulnerado un derecho, puede recurrir a los tribunales para que le sea garantizado, tampoco es pasible del procedimiento del artículo 33.

Otra interpretación menos positiva sobre la cláusula del no obstante, la refiere como una cláusula instaurada en el artículo 33 de la Carta Canadiense que altera el principio de supremacía constitucional permitiendo al parlamento federal y a las asambleas provinciales, aprobar normas con rango de ley, suprimiendo o contraviniendo los principios estipulados en la Carta, a fin de que cada provincia pueda priorizar y especificar sus propias políticas “inmunizando” las leyes que emitan dentro de su ámbito competencial, respecto de la Carta canadiense (ello le da un toque específicamente cultural y de autonomía provincial). Ello es percibido como detrimento e incompatibilidad al objetivo de constitucionalización de los derechos instaurado en la incorporación de un catálogo de estos a la carta en 1982²⁰⁴.

²⁰⁰ Carta Canadiense de los Derechos y Libertades. Libertades Fundamentales

2. Todos disfrutarán de las siguientes libertades fundamentales:

- a. Libertad de conciencia y religión;
- b. Libertad de pensamiento, creencia, opinión expresión, inclusive libertad de prensa y la de cualquier otro medio de información;
- c. Libertad de reunión pacífica; y
- d. Libertad de asociación.

²⁰¹ Vid. https://www.oas.org/juridico/mla/sp/can/sp_can_const.html

²⁰² Carta Canadiense de los Derechos y Libertades. Artículo 33. Sobre la aplicación de la Carta.

(1) El Parlamento o la legislatura de una provincia puede promulgar una ley donde se declare expresamente que ésta o una de sus disposiciones es aplicable independientemente de alguna disposición comprendida en el artículo 2 o en los artículos 7 a 15 de la presente Carta.

(2) la ley o una disposición de la ley con respecto de la que esté en vigor una declaración bajo este artículo tendrá el efecto que tendría con excepción de la provisión de esta Carta a la que se hace referencia en la declaración.

(3) una declaración efectuada bajo el párrafo (1) cesará de ser aplicable cinco años después de su entrada en vigor o tan pronto como se especifique en la declaración.

(4) El parlamento o la legislatura de una provincia puede adoptar de nuevo una declaración efectuada bajo el párrafo (1).

(5) El párrafo (3) se aplica con respecto a toda declaración adoptada bajo el régimen del párrafo (4).

²⁰³ Vid. https://www.oas.org/juridico/mla/sp/can/sp_can_const.html

²⁰⁴ CHACÓN PIQUERAS, Carme, “Las cláusulas no obstante y limitativa general de derechos de la carta canadiense de derechos y libertades de 1982”, en Canadá: Introducción al Sistema Político y Jurídico, MITJANS, Esther y a CASTELLÀ, Josep Maria (Coord.), *Centre d'Estudis Canadenes IV*, Barcelona, Asociación Española de Estudios Canadienses, 2001, pp. 218 – 220.

Respecto al sistema de control constitucional mexicano, especialmente enfocado a la DGI, observamos que en Canadá hay un arreglo institucional de mayor armonía entre la discusión sobre derechos y democracia, prioriza el respeto y protección de ambos considerando y plasmándolos recíprocamente en una categoría equivalente en la carta de derechos. Ello sin dejar de lado las diferencias estructurales inherentes al sistema jurídico, que evidentemente será un factor de disimilitud.

Notamos que, el sistema canadiense prevé una mayor interacción dialógica para el caso de solución de situaciones de regularidad constitucional (que la regularidad constitucional se refiere como el pleno respeto y protección a los derechos y la democracia), pues no está cerrado al decisionismo o última palabra judicial.

No obstante de lo anterior, en el sistema canadiense, no se puede dejar de lado ni de manera superficial, pensar a profundidad los pros y contras de que exista la posibilidad de ciertas leyes sean inmunes al escrutinio judicial. A pesar de ello, sobre todo en la inclusión dialógica de los poderes ejecutivo, legislativo y judicial, podemos tener buenas referencias de dicho sistema en el caso de la DGI.

3.5. Retroalimentación general sobre los estudios comparados para el caso de la DGI en México

De la experiencia internacional, se pueden rescatar varios elementos de mucho significado en la efectividad y perfeccionamiento del mecanismo de control constitucional con efectos generales que pretende ser la DGI en México, incluso en el diálogo deliberativo entre todas las personas a quienes afecte la valoración de una norma general y por tanto sin afectar los principios de la democracia constitucional.

Entre las composiciones procedimentales existentes en otros países, se destaca la factibilidad de que exista un control previo o revisión de la regularidad constitucional de la norma antes de su promulgación, a efecto que sea expedida dentro del estándar de constitucional. Si bien en España se refiere específicamente de un análisis de constitucionalidad previo sobre tratados internacionales, Colombia oferta un ejemplo más

sólido y eventualmente aplicable a nuestro país en cuanto al control previo de constitucionalidad con efectos generales sobre Leyes, circunstancia que beneficiaría directamente en la disminución de las probabilidades de impugnación por transgresión a los contenidos constitucionales, evitando el desgaste procesal que significa todo el proceso de, primero inaplicación individual, posteriormente formación de jurisprudencia y finalmente procedimiento de DGI en los tribunales de nuestro país.

Por otra parte, observamos que en ninguno de los ejemplos descritos existe una restricción o selectividad por materia en las leyes objeto de revisión constitucional (como en México, donde se exceptúa la materia tributaria para un análisis general de regularidad constitucional), debido a que el objetivo genérico al realizar un control constitucional de normas es la depuración del sistema jurídico de leyes inconstitucionales; lo cual ubica esta cualidad de la DGI en México como desafortunada y ajena a cualquier razón que pretenda justificarla.

Especialmente en el caso Colombiano, es resaltada la facticidad de que exista, en un rasgo favorablemente democrático, la participación ciudadana en los procedimientos de control constitucional, ello fortalece un esquema dialógico de justicia constitucional, en un marco democrático deliberativo, aunado a que es imprescindible la participación de la autoridad emisora de la norma tildada inconstitucional.

Este tipo de instrumentos que permiten la participación directa de la ciudadanía al someter a valoración de constitucionalidad una norma, puede erigirse como instrumento de minorías para la protección de sus derechos vulnerados o no debidamente tutelados en el sistema jurídico.

De las referencias obtenidas del sistema de control de constitucionalidad español, la más significativa a efecto de la retroalimentación en el marco del enriquecimiento y efectividad de la DGI en México, es respecto a los sujetos legitimados para interponer, en este caso, el recurso de inconstitucionalidad, pues abarca un espectro más amplio: instituciones de lo que se asimila como poder legislativo y ejecutivo en nuestro país, a diferencia del modelo mexicano en consideración a la DGI, pues únicamente se inicia este

procedimiento a instancia de órganos específicos del poder judicial. Tal cuestión se involucra mucho con una premisa significativa del modelo español y deseable en nuestro país, en tanto que se entiende que la regularidad de leyes con la Constitución es de interés común a toda entidad gubernamental y jurisdiccional.

En tanto a que, si aceptamos la necesidad de considerar el debate sobre tensión contramayoritaria inserta en la DGI en México, encontramos que existen varios tipos de arreglos institucionales que pueden atenuar tal dificultad, tanto en la defensa del control judicial de leyes como en la participación de órganos legislativos para mediar las dificultades que se puedan suscitar dentro de un sistema democrático, el ejemplo que ha quedado asentado es el arreglo en el caso de Canadá, el cual se traduce en un ejemplo de los resultados que puede arrojar un manejo de la cuestión contramayoritaria, si esta se ha discutido y sopesado a los contextos inherentes a cada sistema de control judicial de constitucionalidad y al esquema democrático del país de referencia. Sobra decir que abordar esta discusión es un tema pendiente en la agenda de justicia constitucional mexicana.

Concluyentemente, los puntos anteriores son los productos que podemos rescatar del análisis comparado a los elementos concretos (acción pública de inconstitucionalidad y recurso de inconstitucionalidad) de los sistemas de control de constitucionalidad colombiano y español respectivamente, así como la referencia del arreglo institucional operante en Canadá para el manejo de los cuestionamientos subsistentes al debate contramayoritario del control jurisdiccional de leyes.

CONCLUSIONES

La labor de defensa de la Constitución se integra por todas las acciones tendientes a garantizar la permanencia de los principios contenidos en la Ley fundamental, no únicamente frente a la eventual transgresión de sus postulados, sino de regularidad constitucional de las normas generales respecto de todo instrumento que interfiera en el funcionamiento de la Constitución, sus principios y contenidos esenciales, tanto la solvencia de controversias entre distintos poderes u órdenes de gobierno.

Por su parte, el control constitucional, se concibe como un régimen que ejerce la función de declarar ilícitos los fines contrarios al orden material sobre el que se constituyen las normas jurídicas, aun cuando los procedimientos utilizados en su elaboración sean democráticos. Es decir, invalidan las opciones políticas contrarias a los principios constitucionales que son paradigmas elementales en un sistema constitucional: un catálogo de derechos humanos, organización del poder y el equilibrio entre sus depositarios, forma de Estado, autonomía estatal, supremacía y rigidez constitucional, etc. Y estos principios son precisamente los límites que debe observar el poder revisor de la Constitución, independientemente de su depositario, pues en ningún caso pueden ser suprimidos, se consideran un “coto vedado” o sector intangible para las instituciones protectoras de la Constitución.

Digamos, el control de la constitucionalidad es el ejercicio de los mecanismos jurídicos preventivos y correctivos que signifiquen la delimitación y contención necesaria de conformidad a los preceptos constitucionales, por ello, recae sobre la producción jurídica y determinado tipo de actos, con el fin de que guarden necesariamente regularidad con la Ley fundamental. Es entendible la necesidad de protección y defensa de los contenidos constitucionales, debido a que significan los derechos mínimos garantizables por el Estado, así como la estructura de distribución y organización del poder político.

El mecanismo de control de regularidad constitucional de normas más recientemente incorporado en el sistema jurídico mexicano es la DGI, entendiendo a ésta como: *“medio de control de constitucionalidad de leyes consistente en la determinación*

jurisdiccional efectuada por al menos 8 ministros del Pleno de la SCJN sobre la expulsión del ordenamiento jurídico de una norma general no tributaria con efectos generales, resuelta inconstitucional en la jurisprudencia de las Salas o el Pleno de la SCJN o bien, dentro de los Plenos de Circuito en juicios de amparo indirecto en revisión, para los casos en que no se hubiere subsanado el problema de inconstitucionalidad detectado en sede judicial y comunicado la autoridad emisora, en el término establecido para ello”.

Señalamos que la DGI en México opera como un escrutinio de constitucionalidad de la norma posterior a su declaración, por lo que sus efectos serán reparadores frente a una irregularidad constitucional. También es un ejemplo de control abstracto y concentrado de constitucionalidad, en tanto que el Pleno de la SCJN funge como único órgano facultado para dictar tal declaración respecto de un análisis vía directa o acción no particularizado en un caso concreto de la norma, sin dejar de lado los partícipes en la configuración previa para que se lleve a cabo este mecanismo de defensa constitucional, como lo son la autoridad emisora a quien se le comunica y/o notifica sobre el problema de inconstitucionalidad detectado, y los órganos resolutores de los amparos indirectos sobre los cuales versará la jurisprudencia que irá conformando los prerequisites para la DGI; esta característica señala el rasgo jurisdiccional de modelo de control constitucional, no obstante, es posible atribuir un rasgo eventual de control político de constitucionalidad, cuando eventualmente se informe desde la segunda ocasión que la Sala o el Pleno de la SCJN resuelvan la inconstitucionalidad de una norma a la autoridad emisora de la norma y ésta corrija los problemas de inconstitucionalidad detectados.

Una vez emitida la DGI, se deja insubsistente la norma, con efectos generales de erradicación, expulsión o depuración del ordenamiento jurídico respecto a cierta disposición normativa. Los efectos también son *Ex nunc* o pro futuro, debido a que el contenido de la resolución aplica a todas las personas sujetas a determinada norma general si es declarada inconstitucional a partir de su emisión (salvo en materia penal, donde la retroactividad de las sentencias puede verse trastocada por los alcances que se establezcan en la propia resolución sobre DGI).

De manera general, fueron considerados los siguientes puntos para caracterizar y determinar la naturaleza jurídica de la DGI en México:

- Es un medio de control constitucional jurisdiccional con posibilidad de devenir en uno político, pues en su procedimiento, la autoridad emisora de la Ley tiene la oportunidad de subsanar el problema de inconstitucionalidad, evitando que se llegue a materializar tal declaración por la autoridad judicial.
- Sus efectos son *erga omnes* o generales, es decir, aplica para todos.
- Se fundamenta en el principio de supremacía constitucional (sin dejar de considerar la visión de bloque de constitucionalidad).
- Tiene por objeto verificar la regularidad de leyes generales con los contenidos de la CPEUM.
- Su teleología es depurar el sistema jurídico de normas contrarias a los preceptos constitucionales, una vez declaradas inconstitucionales jurisprudencialmente para que no sean aplicadas de nueva cuenta en ningún otro caso.
- Fortalece el principio de igualdad ante la Ley.
- El análisis de la norma tildada inconstitucional deviene de un control concreto de constitucionalidad, efectuado en los amparos indirectos en revisión que irán configurando la jurisprudencia requerida para la emisión de una DGI, pero propiamente en el procedimiento de ésta, se lleva a cabo en abstracto.
- Acentúa una fuerte asimilación del principio de presunción de constitucionalidad de Ley pues ésta se expulsa del ordenamiento hasta cumplir todos los requisitos procedimentales y luego de lograr una votación calificada en su deliberación.

Un rasgo ineludible en el análisis de la DGI en México es su inaplicabilidad en materia tributaria, esta inequidad en el tratamiento y revisión de regularidad constitucional por su materia carece de justificación frente a los objetivos enunciados de igualdad en la aplicación de la Ley y depuración del sistema jurídico de normas inconstitucionales que fueron pensados teleológicamente, bajo el argumento en su configuración legislativa de no afectación a las finanzas públicas, razón evidentemente desvinculada a criterios de regularidad constitucional.

Es decir, en un esquema de justicia constitucional, donde la transformación del sistema jurídico mexicano a raíz de las reformas constitucionales y legales acontecidas en esta década responde a impostergables acciones para solventar crisis de legalidad, de derechos humanos y democracia; tanto como la reciente operatividad este nuevo paradigma en el que la oportunidad de replantear la vías para lograr los requerimientos de la sociedad abriéndose posibilidades de tutela, protección y garantías de derechos que con anterioridad no estaban disponibles, proyectados en un control de regularidad constitucional a favor de la igualdad de los individuos ante la Ley, es inaceptable dicha excepción.

Por lo anterior, tanto el artículo 107 fracción II de la CPEUM, el 231 de la LA e incluso el Acuerdo General 15/2013 del Pleno de la SCJN, en los que se asienta la exclusión en materia tributaria de DGI, son incompatibles con los objetivos propuestos en la creación de este mecanismo de control de constitucionalidad, además de ser inconventionales, ello, atendiendo a los numerales 8 y 25 de la Convención Americana sobre los Derechos Humanos, en los que se tutela el derecho humano a ser escuchado por juez o tribunal competente, independiente e imparcial para la determinación de los derechos de las persona, así como tener al alcance un recurso sencillo y rápido que ampare contra actos que vulneren derechos fundamentales reconocidos en la Constitución, Ley o Convención.

Por lo que hace a la consideración de la DGI como una excepción al principio de relatividad de las sentencias en México, sabemos, que además del rompimiento al paradigma sobre principio de relatividad de las sentencias imperante al momento, los efectos generales de la DGI favorece la economía procesal, la pronta y expedita administración de justicia así como la unificación en la aplicación de las leyes generales en temas de regularidad y justicia constitucionales, priman la supremacía del bloque constitucional, limitan los eventuales excesos de las mayorías parlamentarias y al tener un supuesto objetivo para resolución (no resuelve interés subjetivo de un particular), coadyuva a una igualdad real de la Ley hacia los gobernados.

Pese a lo anterior, en la exposición discursivo-argumentativa inherente a las citadas reformas constitucional y reglamentaria, no se hizo presente el debate sobre elementos

contramayoritarios que sin duda tienen un peso específico en la DGI, y por tanto, dan cuenta de factores tensores democrático-constitucionales sobre si el poder judicial se encuentra facultado a modo de un legislador negativo para descartar, mediante la DGI, una norma promulgada y publicada por órganos de representación popular, sin prever con mayor profundidad la eventual y atinente obligatoriedad para corregir por parte de la autoridad emisora la norma tildada de inconstitucional, o bien, de la apertura al dialogo para alegar una subsistente constitucionalidad.

Se estableció una postura crítica respecto a la configuración legislativa de la DGI en México es sobre los insumos para tener un panorama completo y claro sobre los supuestos que pueden ocurrir en el procedimiento de la DGI debido a que son limitados y lacónicos, lo cual dificulta una comprensión a totalidad de las circunstancias y alcances de esta figura. Se estima oportuna la implementación de acciones a fin de potencializar este medio de control de constitucionalidad, las aproximaciones para lograr el uso efectivo y práctico de la DGI, a través de la promulgación de una Ley reglamentaria específicamente para normarla independientemente, o bien, introducirla en la Ley Reglamentaria de las fracciones I y II del artículo 105 constitucional, relativo a las acciones de inconstitucionalidad y controversias constitucionales. También se identificaron algunas lagunas, sobre todo respecto de eventuales respuestas legislativas a los avisos y notificación del Pleno de la SCJN que permitan favorecer la interacción dialógica.

El presente estudio abordó los dos enfoques de la cuestión contramayoritaria (entendida como una tensión entre constitucionalismo y democracia) para el caso de la DGI. El enfoque democrático de la DGI se orientó hacia la justificación del contenido de las decisiones tomadas por el poder judicial (Pleno de la SCJN), que no necesariamente van acordes a la voluntad popular, pero que se legitiman en tanto a la preservación del orden normativo constitucional y la satisfacción de los postulados del Estado Constitucional y Democrático. Por otra parte, el enfoque constitucionalista de la DGI, justifica el hecho de que el órgano judicial no electo por el principio de mayoría expulse del ordenamiento jurídico una Ley creada por un órgano que supone ser de representación popular, en tanto se cumpla con el objetivo de protección a las libertades fundamentales de los individuos, es decir, que esto es posible debido a que los derechos humanos no pueden quedar sujetos a

las condiciones políticas que ineludiblemente les aplicarían dentro de parámetros estrictamente democráticos, los derechos humanos no pueden quedar sujetos al voluntarismo mayoritario o minoritario ni en condiciones negociables.

El debate contramayoritario expuesto en la DGI en México, asume que los derechos sirven para fundamentar los límites de la obligación política, determinan lo que el poder político puede y debe o no puede y no debe ordenar legítimamente, por lo que se orienta bajo el enfoque constitucionalista, donde se puede justificar la existencia de decisiones contramayoritarias si estas pugnan por los derechos fundamentales, no obstante, no aborda ni simplifica la tensión democrática que pueda generar (no resuelve con base en un arreglo institucional que considere ambos ejes tensores), aparentemente sólo justifica su existencia privilegiando el orden constitucional sin tratar de resolver las implicaciones no democráticas que se mantienen insertas en la DGI.

La consideración de ambos ejes tensores, el enfoque democrático constitucional, permite tomar soluciones más amables e incluyentes y no únicamente optar o elegir la primacía de la democracia o del constitucionalismo-derechos humanos, es decir, este enfoque no orilla a “sacrificar” elementos de una democracia en pro de los derechos humanos o la defensa de la constitución (aceptar que se vulnera la democracia al descartar una norma emitida por un órgano de elección popular, pero que ello se justifica únicamente por razones de primacía constitucional), ni viceversa, es decir, obstruir el desechamiento de una norma que no guarda regularidad con el sistema constitucional porque no fue determinada inconstitucional democráticamente o por un órgano de representación popular.

El enfoque democrático constitucional para el análisis de la DGI, abogará por la potencialización de este mecanismo de control constitucional, en tanto que depura el sistema normativo de normas constitucionalmente irregulares y puede auxiliar a la protección de derechos humanos, así, optará por el establecimiento de arreglos institucionales que permitan el diálogo e interacción entre las autoridades emisoras y decisoras, en el marco de una democracia sustancial y sobre todo, en estricto apego al respeto, protección y garantía de las libertades fundamentales.

Como respuesta sobre el enfoque ideal al que habría de encausarse el marco óptimo para el desenvolvimiento de la DGI fue en términos de la democracia deliberativa, es decir, aquella forma de gobierno donde existe participación, a partir de un proceso dialógico, de todos los involucrados y potencialmente afectados. Es decir, si consideramos que la DGI se emite por un órgano no electo popularmente e insertamos un debate contramayoritario en su configuración, el primer arreglo institucional para descartar dicha tensión sería involucrar en el procedimiento a la autoridad emisora de la Ley resuelta inconstitucional, para que no se tome por decisión unilateral el desechamiento de la Ley previamente promulgada (resulta necesaria la interacción dialógica para la posible solución en sede legislativa, con la participación de la autoridad emisora dirigida a solventar el problema de inconstitucionalidad o incluso defender la constitucionalidad de la Ley General).

Un guiño significativo en la configuración normativa de la DGI en México, es relativo al aviso inicial y posterior notificación que hace el órgano judicial a la autoridad emisora que le posibilite subsanar el problema atribuido a la norma sobre su inconstitucionalidad, no obstante, de acuerdo a la insuficiencia y lacónica regulación imperante, no queda claro si podemos afirmar que ello significa la apertura de un diálogo abierto, regulado e inclusivo entre órganos de poder, y no únicamente una gestión procedimental.

En la teoría se ha afirmado que el procedimiento para la DGI mexicano cumple con los postulados del paradigma discursivo y logra un equilibrio entre las competencias de la SCJN y las del legislador democrático. No obstante, la experiencia de los procedimientos de DGI iniciados en México hasta el momento no han dado muestra de que se establezca un diálogo efectivo entre poderes, donde el razonamiento para determinar la constitucionalidad o inconstitucionalidad de una norma general se nutra de ambos actores. Menos aún podríamos aducir la configuración de un escenario enteramente democrático-deliberativo sobre la constitucionalidad de normas y donde aunado a las entidades estatales, se involucre a la opinión pública, en calidad de sujetos afectados en tal decisión.

Por otra parte, recordemos que legislador no está vinculado a la jurisprudencia de la SCJN (insumos de los que se nutre la DGI), por lo que, desde el aviso previo hasta la

notificación una vez iniciado el procedimiento, donde se comunican los términos en los que se han emitido los criterios respecto de la norma general tildada inconstitucional, nada obliga a acatar en tal sentido, es decir, las respuestas o más bien “reacciones” legislativas, no tienen un cause determinado.

Abordando la experiencia mexicana en materia de control jurisdiccional de constitucionalidad con efectos generales, a través del procedimiento de DGI resultó ser bastante reciente con relación a la mayoría de los países latinoamericanos, norteamericanos y europeos. Frente a ello, una vez identificadas diversas áreas de oportunidad y requerimientos procedimentales a fin de hacer de esta institución un mecanismo efectivo de justicia constitucional en nuestro país resultó útil un ejercicio comparativo, aludiendo a la experiencia de otros países de un mecanismo de control de constitucionalidad de leyes con efectos generales, en aras de verificar y analizar los aciertos en sus arreglos institucionales con los que cuentan otros sistemas jurídicos que resulten enriquecedores a la circunstancia mexicana.

Por ello la referencia efectuada en el presente trabajo sobre un parámetro comparativo en cuanto a la opción de ciertos arreglos institucionales oportunos a la discusión contramayoritaria del control jurisdiccional de leyes permitió aseverar que no se verificó este debate en el proceso legislativo de la DGI en México, por lo tanto, las refutaciones teóricas que deslegitiman esta figura son subsistentes, sobre todo en el entendimiento que nos encontramos en una democracia emergente donde los procesos deliberativos apropiados siguen siendo una expectativa.

Concretamente, la acción pública de inconstitucionalidad Colombiana, que se erige como un instrumento de amplia efectividad de los ciudadanos en general y especialmente de las minorías para reclamar derechos instituidos en la Constitución, para el caso de que éstos se hubieren vulnerado en la configuración normativa (ostentando una bandera de representación mayoritaria) de manera directa o incondicionada (pues no se sujeta a la condición de alcanzar un rango jurisprudencial como ocurre en el caso mexicano), general (debido a que no excluye alguna materia como objeto de análisis de exequibilidad como sucede en materia tributaria en México), amplia (pues sus efectos son

pro-futuro e incluso retroactivos si es posible subsanar una circunstancia afectada previamente al fallo de inconstitucionalidad de una Ley), contundente (en tanto que las resoluciones de la Corte Constitucional se consideran cosa juzgada constitucional), preventiva (a consecuencia de que el análisis de constitucionalidad puede efectuarse incluso antes de la promulgación de la norma, evitando que logre afectar la esfera jurídica de algún ciudadano y por tanto, disminuyendo la probabilidad de impugnación de la Ley, situación que no está prevista en la DGI mexicana), fue el más amplio y enriquecedor referente para las mejoras que pueden implementarse en la configuración normativa de la DGI en México.

En otro momento, del análisis comparativo entre el recurso de inconstitucionalidad en España y la DGI en México se dedujo que: la cantidad de sujetos legitimados para interponerla es más amplia que la DGI en México además que los órganos quienes interponen la demanda sobre dicho recurso son también ejecutivos y legislativos, hay una postura más crítica en España al principio de presunción de constitucionalidad de las normas y mantienen efectos preventivos (que esa norma tildada inconstitucional no siga aplicándose mientras se resuelve judicialmente su regularidad constitucional), en el sistema de control de constitucionalidad español, existe mayor deliberación entre los órganos de poder que emiten, analizan, aplican o determinan la constitucionalidad de una norma.

La retribución considerada en el análisis comparativo con Canadá, observamos que en este país hay un arreglo institucional de mayor armonía entre la discusión (prevé mayor interacción dialógica para la solución de conflictos de regularidad constitucional) sobre derechos y democracia, prioriza el respeto y protección de ambos considerando y plasmándolos recíprocamente en una categoría equivalente en la carta de derechos. Ello sin dejar de lado las diferencias estructurales inherentes al sistema jurídico, que evidentemente será un factor de disimilitud.

A modo general, entre estas las composiciones procedimentales existentes en otros países, se destaca la factibilidad de que exista un control previo o revisión de la regularidad constitucional de la norma antes de su promulgación, a efecto que sea expedida dentro del estándar de constitucional. Si bien en España se refiere específicamente de un análisis de

constitucionalidad previo sobre tratados internacionales, Colombia oferta un ejemplo más sólido y eventualmente aplicable a nuestro país en cuanto al control previo de constitucionalidad con efectos generales sobre Leyes, circunstancia que beneficiaría directamente en la disminución de las probabilidades de impugnación por transgresión a los contenidos constitucionales, evitando el desgaste procesal que significa todo el proceso de, primero inaplicación individual, posteriormente formación de jurisprudencia y finalmente procedimiento de DGI en los tribunales de nuestro país.

Por otra parte, observamos que en ninguno de los ejemplos descritos existe una restricción o selectividad por materia en las leyes objeto de revisión constitucional (como en México, donde se exceptúa la materia tributaria para un análisis general de regularidad constitucional), debido a que el objetivo genérico al realizar un control constitucional de normas es la depuración del sistema jurídico de leyes inconstitucionales; lo cual ubica esta cualidad de la DGI en México como desafortunada y ajena a cualquier razón que pretenda justificarla.

Especialmente en el caso Colombiano, es resaltada la facticidad de que exista, en un rasgo favorablemente democrático, la participación ciudadana en los procedimientos de control constitucional, ello fortalece un esquema dialógico de justicia constitucional, en un marco democrático deliberativo, aunado a que es imprescindible la participación de la autoridad emisora de la norma tildada inconstitucional.

Concluyentemente, los puntos anteriores son los productos que podemos rescatar del análisis comparado a los elementos concretos (acción pública de inconstitucionalidad y recurso de inconstitucionalidad) de los sistemas de control de constitucionalidad colombiano y español respectivamente, así como la referencia del arreglo institucional operante en Canadá para el manejo de los cuestionamientos subsistentes al debate contramayoritario del control jurisdiccional de leyes.

REFERENCIAS

Bibliográficas y Hemerográficas:

- ACKERMAN, Bruce, *We the People*, V. 1 Foundations, Cambridge, Harvard University Press, 1991.
- AGUILÓ REGLA, Josep, “Sobre las Contradicciones (tensiones) del constitucionalismo y las concepciones de la constitución” en M. Carbonell y L. García Jaramillo (eds.) *El canon neoconstitucional*, Madrid, Trotta-UNAM, Investigaciones Jurídicas, 2010.
- ALEXY, Robert, “Ponderación, control de constitucionalidad y representación”, en *Teoría del discurso y derechos constitucionales*, Cátedra Ernesto Garzón Valdés 2004, México, Fontamara, 2005.
- ANSOLABEHERE, Karina, *La política desde la justicia. Cortes supremas, gobiernos y democracias en Argentina y México*, México, FLACSO-Fontamara, 2007.
- ARENAS BATIZ, Carlos Emilio, *El nuevo modelo de control de constitucionalidad y convencionalidad en materia de derechos humanos a partir de la reforma de 2011*, México, Consejo de la Judicatura del Estado de Nuevo León, 2013.
- ARTEAGA, Elisur Nava y GARCÍA, Ileri Elizabeth Ramos, *La nueva división competencial del poder judicial en materia de control difuso constitucional y convencional en Derecho Constitucional*, Obra Jurídica Enciclopédica en homenaje a la escuela libre de derecho en su primer centenario, (Coord. del volumen Elisur Arteaga Nava y Arturo Oswaldo Damián Martín), México, Porrúa, 2012.
- BAYÓN, Juan Carlos, “Democracia y derechos: Problemas de fundamentación del constitucionalismo” en M. Carbonell y L. García Jaramillo (eds.) *El canon neoconstitucional*, Madrid, Trotta-UNAM, Investigaciones Jurídicas, 2010.
- BICKEL, Alexander, *The Least Dangerous Branch. The Supreme Court and the Bar of Politics*, New Haven, Yale University Press, 1962.
- BOBBIO, Norberto, *El futuro de la democracia*, México, FCE, 1994.
- _____, *El tiempo de los derechos*, (trad. Rafael de Asis Roig), Madrid, Editorial Sistema, 1991.

- _____, *Igualdad y libertad*, Pensamiento Contemporáneo 24, España, Paidós I.C.E./U.A.B., 1993.
- BOVERO, Michelangelo - FERRAJOLI, Luigi, *Teoría de la democracia. Dos perspectivas comparadas*, colección temas de la democracia, serie conferencias magistrales 13 (Nicolás Guzmán trad.), México, Instituto Federal Electoral, 2011.
- BURGOA, Ignacio. *El juicio de amparo*, 42a. ed., México, Porrúa, 2008.
- CASTILLO DEL VALLE, Alberto, *La Defensa Jurídica de la Constitución en México*, México, Grupo Herrero, 1994.
- CEDIE, Roger y LEONNET, Jean, “El Consejo Constitucional francés”, en *Revista de Estudios Políticos*, n.º 146, 1966.
- CHACÓN PIQUERAS, Carme, “Las cláusulas no obstante y limitativa general de derechos de la carta canadiense de derechos y libertades de 1982”, en *Canadá: Introducción al Sistema Político y Jurídico*, MITJANS, Esther y a CASTELLÀ, Josep María (Coord.), *Centre d’Estudis Canadenes IV*, Barcelona, Asociación Española de Estudios Canadienses, 2001.
- CHARRY, Juan Manuel Ureña, *Justicia Constitucional. Derecho Comparado y Colombiano*, Santa Fé de Bogotá, Banco de la República, 1993.
- COSSÍO DÍAZ, José Ramón, “La función constitutiva de los tribunales constitucionales y la división de poderes”, conferencia impartida en el XIII Encuentro de Presidentes y Magistrados de Tribunales y Salas Constitucionales de América Latina, septiembre de 2006, transcrito en *Anuario de Derecho Constitucional Latinoamericano*, 2008.
- DAHL, Robert, *La democracia. Una guía para los ciudadanos*, Madrid, Taurus, 1999.
- DA SILVA, José Alfonso, “Sistema de defensa de la constitución brasileña” en *La constitución y su defensa*, México, UNAM, 1984.
- DÍAZ, Elías, *Estado de derecho y sociedad democrática*, 8ª ed. (rev.), Madrid, Taurus Ediciones, 1981.
- DÍAZ, Elías – RUIZ, Miguel, *Filosofía Política II, Teoría del Estado*, México, Trotta, 2004.

- DWORKIN, Ronald, “Igualdad, Democracia y Constitución; Nosotros, el pueblo, en los tribunales” en M. Carbonell y L. García Jaramillo (eds.) *El canon neoconstitucional*, Madrid, Trotta-UNAM, Investigaciones Jurídicas, 2010.
- ELY, John Hart, *Democracy and distrust. A theory of judicial review*, Cambridge, Harvard University Press, 1980.
- ELSTER J., *Arguing and bargaining in the federal convention and the assemblée constituante*, working paper, University of Chicago, August, 1991.
- FERRAJOLI, Luigi, *Garantismo. Una discusión sobre derecho y democracia*, 2º ed., Madrid, Trotta, 2009.
- _____, *La democracia a través de los derechos. El constitucionalismo garantista como modelo teórico y como proyecto político*, Madrid, Trotta, 2014.
- FERRERES COMELLA, Víctor, “El control judicial de la constitucionalidad de la ley. El problema de su legitimidad democrática” en M. Carbonell y L. García Jaramillo (eds.) *El canon neoconstitucional*, Madrid, Trotta-UNAM, Investigaciones Jurídicas, 2010.
- _____, “El tribunal constitucional ante la objeción democrática: tres problemas”, en *Justicia Constitucional y Democracia*, actas de las XVI Jornadas de la Asociación de Letrados del Tribunal Constitucional, CEPC/ Tribunal Constitucional, Madrid, 2011.
- _____, *Justicia constitucional y democracia*, Madrid, CEPC, 1997.
- FERRER MAC-GREGOR Eduardo (coord.), *Derecho procesal constitucional*, 4 t., 5ª ed., México, Porrúa/Colegio de Secretarios de la SCJN, 2006.
- _____, *El control difuso de convencionalidad en el estado constitucional*, México, Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM, 2010.
- FERRER MAC-GREGOR, Eduardo y SÁNCHEZ GIL, Rubén, *El nuevo juicio de amparo, guía de la nueva reforma constitucional y la nueva Ley de Amparo*, 7º ed., México, Porrúa, 2014.
- FIX-ZAMUDIO, Héctor, “Breves reflexiones sobre la naturaleza, estructura y funciones de los organismos jurisdiccionales especializados en la resolución de procesos constitucionales” En *Tribunales y justicia constitucional*. VEGA GÓMEZ, Juan y CORZO SOSA, Edgar, coord., México, Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM, 2002.

- _____, *Cuadernos constitucionales México-Centroamérica, Introducción al estudio de la defensa de la constitución en el ordenamiento jurídico mexicano*, 2º ed., México, Centro de Estudios Jurídicos UNAM, 1998.
- _____, *La constitución y su defensa*, México, UNAM, 1994.
- _____, “La declaración general de inconstitucionalidad, la interpretación conforme y el juicio de amparo mexicano”, en *Revista del Instituto de la Judicatura Federal*, México, núm. 8, Primer semestre de 2001.
- _____, “La declaración general de inconstitucionalidad y el juicio de amparo”, en *Ensayos sobre el derecho de amparo*, 2ª. ed., México, Porrúa-UNAM, 1999.
- FRIEDMAN, Barry, “Las posibilidades normativas del control judicial de constitucionalidad: una respuesta a Roberto Gargarella” (Margarita Maxit trad.), *Revista Jurídica de la Universidad de Palermo*, Año 6, No. 1, octubre 2005.
- GARGARELLA, Roberto, “El nuevo constitucionalismo dialógico, frente al sistema de los frenos y contrapesos” en GARGARELLA, Roberto (comp.), *Por una justicia dialógica. El Poder Judicial como promotor de la deliberación democrática*, Buenos Aires, Siglo XXI Editores, 2014.
- _____, “La dificultad de defender el control judicial de las Leyes”, *Revista ISONOMÍA*, No. 6, abril 1997.
- _____, “La lectura mayoritaria del Estado de Derecho” en *Revista Argentina de Teoría Jurídica*, Vol. 5, Único número, Noviembre 2004, Universidad Torcuato di Tella.
- _____, (coord.), *Teoría y crítica del derecho constitucional*, Tomo I, Democracia, Buenos Aires, Abeledo Perrot, 2008.
- GARZÓN Valdez, Ernesto “Representación y democracia”, en *Derecho, ética y política*, Madrid, Centro de Estudios Constitucionales, 1993.
- GONZÁLEZ-VARAS, Santiago José Ibáñez, “Los efectos de las sentencias anulatorias de los tribunales constitucionales”, en *Revista de Administración Pública*, núm. 178, enero-abril 2009, Madrid.
- GRANT, J.A.C., “La Constitución de los Estados Unidos”, *El constitucionalismo a mediados del siglo XIX*, México, UNAM, 1957.

- GUASTINI, Ricardo, *Estudios de teoría constitucional* (Trad. Miguel Carbonell), México, Fontarama, 2001.
- HABERMAS, Jürgen, *Between facts and norms. Contributions to a Discourse Theory of Law and Democracy* (original *Faktizität und Geltung Beiträge zur Diskurstheorie des Rechts und des Demokratischen Rechtsstaats*), trad. W. Rehg, The MIT Press, Cambridge, Massachusetts, 1996.
- HELD, David, *Modelos de democracia*, 3° ed., Madrid, Alianza editorial, 2006.
- HERNÁNDEZ MACÍAS, Juan Luis, “La Declaratoria General de Inconstitucionalidad: análisis del nuevo principio de relatividad”, *Revista del Instituto de la Judicatura Federal*, núm. 38, 2014.
- HERRERA, Carlos Miguel, *La polémica Schmitt-Kelsen sobre el guardián de la constitución*, México, Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM, 1995.
- HOLMES, Stephen, “El precompromiso y la paradoja de la democracia” en J. Elster y R. Slagstad (eds.), *Constitucionalismo y Democracia*, México, FCE, 1999.
- KELSEN, Hans, *¿Qué es la teoría pura del derecho?*, 16° ed., México, Fontamara, 2013.
- _____, *¿Quién debe ser el defensor de la Constitución?*, 2ª Ed. Madrid, Ed. Tecnos, 1999.
- _____, “La garantía jurisdiccional de la constitución (la justicia constitucional)”, *Anuario jurídico-I*, México, UNAM, 1974.
- MATHEUS SAMPER, Luisa, “Introducción al estudio de la Constitución de Canadá”, en *Revista de Derecho*, Número 22, Canadá, Universidad del Norte, 2004.
- MORALES-PAÚLIN, Carlos A. “La justicia constitucional en México, avances y perspectivas. Una propuesta” en VALDÉS, Diego y GUTIÉRREZ RIVAS, Rodrigo (Coords.), *Justicia. Memoria del IV Congreso Nacional de Derecho Constitucional I*, México, Instituto de Investigaciones Jurídicas UNAM, 1996.
- MORESO, Josep Joan, *Derechos y justicia procesal imperfecta*, Universitar de Girona, Working paper n. 139, Barcelona, 1998.
- MONTESQUIEU, *Del Espíritu de las leyes*, 9ª. Ed., México, Porrúa, 1992.
- NIEMBRO ORTEGA, Roberto, “El paradigma discursivo y el nuevo procedimiento dialógico para la declaratoria general de inconstitucionalidad en el amparo

mexicano”, *Foro, Revista de ciencias jurídicas y sociales*, Madrid, nueva época, vol., 16, Núm. 2, 2014.

- NINO, Carlos S., “La filosofía del control judicial de constitucionalidad”, *Revista del Centro de Estudios Constitucionales*, Núm. 4, Septiembre-diciembre 1989.
- NUSSBAUM, Martha, *Emociones políticas. ¿Por qué el amor es importante para la justicia?*, Barcelona, España, PAIDÓS, 2014.
- PELAYO, Jesús Gudiño, “Lo confuso del control difuso de la Constitución”, en *Revista Iberoamericana de Derecho Procesal*, No. 3, 2005.
- QUIROGA NATALE, Edgar Andrés, “Derecho Procesal constitucional y excepción de inconstitucionalidad en Colombia” en VELANDIA CANOSA, Eduardo Andrés (director científico) *Derecho Procesal Constitucional*, Bogotá, Colombia, VC Editores Ltda., 2014.
- RAWLS, John, *A theory of justice*, Cambridge, Harvard University Press, 1971.
- _____, *Political liberalism*, New York, Columbia University Press, 1993.
- RODRÍGUEZ PEÑARANDA, María Luisa. “La acción pública de inconstitucionalidad como mecanismo corrector de la crisis de representación en Colombia”, 1910-2003. En *Análisis Político*, Santa Fe de Bogotá, No. 052, Sep.-Dic. 2004.
- _____, *Minorías, Acción pública de inconstitucionalidad y democracia deliberativa*, Bogotá, Universidad Externado de Colombia, 2005.
- SÁCHICA, Luis Carlos, *La Constitución y su Defensa*, México, UNAM, 1984.
- SALAZAR UGARTE, Pedro, *La democracia constitucional, una radiografía teórica*, México, FCE, IJ-UNAM, 2006.
- SCHMITT, Carl, *La defensa de la Constitución*, 2º ed., España, Ed. Tecnos, 1998.
- _____, *The crisis of parliamentary democracy*, Cambridge, The MIT Press, 1992.
- SIEYÉS, *Qu’est-ce-que le Tiers État?*, en G. Troisi Spagnoli (ed.), *Opere e testimonianze politiche*, Milán, Giuffrè, 1993.
- _____, *Opinion sur les attributions et l’organisation du juri constitutionnaire* (1975); trad. It.: *Opinione di Sieyès sulle attribuzioni e l’organizzazione del giurí costituzionale*, en *Opere e testimonianze politiche*, II, 802.

- SORIANO FLORES, Jesús, “El nuevo paradigma de los derechos humanos en México y la importancia de la especificidad de la interpretación constitucional”, en Cervantes Bravo, Irina, y Medina García, Aldo, (Coords.), *El constitucionalismo que viene, perspectivas teóricas desde la convencionalidad*, 1ª ed., Madrid, Marcial Pons, 2015.
- TRIBE, Lawrence H., *American Constitutional Law*, 2º ed., New York, The Foundation Press, 1988.
- URIBE, Enrique Arzate, “Actualidad y perspectivas de la interpretación constitucional en México” en *Revista de Derecho*, núm. 23, Universidad del Norte, 2005.
- _____, *El sistema de justicia constitucional en México*, Porrúa, México, 2006.
- VÁZQUEZ, Rodolfo, *Consenso socialdemócrata y constitucionalismo*, México, Fontamara, 2012.
- _____, *Normas, Razones y Derechos*, Madrid, Trotta, 2011.
- VEGA HERNÁNDEZ, José Rodolfo, *La Defensa y el Control Constitucional en Controles Constitucionales*, (Coord. José de Jesús Gudiño Pelayo y Otros), México, FUNDAP, 2005.
- WALDRON, Jeremy, “A right-based critique of constitutional rights” en *Oxford journal of legal studies*, no. 13, 1993.
- _____, *Derecho y desacuerdos* (trad. José Luis Martí y Águeda Quiroga), Madrid, Marcial Pons, 2005.
- WALUCHOW, J. Wilfrid, *Una teoría del control judicial de constitucionalidad basada en el common law*, (trad. Pablo de Loera), Madrid, Marcial Pons, 2009.
- ZALDIVAR, Arturo Lelo de Larrea, “El juicio de amparo a la luz de la moderna justicia constitucional” en *Revista de Investigaciones Jurídicas*, México, Escuela Libre de Derecho, núm. 15, 1991.
- _____, *Hacia una nueva ley de amparo*, México, UNAM, 2002.

Normativas

- Acuerdo General Número 11/2011, de cuatro de octubre de dos mil once, del Pleno de la Suprema Corte de Justicia de la Nación, relativo al procedimiento para la Declaratoria General de Inconstitucionalidad.

- Acuerdo General Número 15/2013, de veintitrés de septiembre de dos mil trece, del Pleno de la Suprema Corte de Justicia de la Nación, relativo al procedimiento para la Declaratoria General de Inconstitucionalidad.
- Carta Canadiense de los Derechos y Libertades.
- Constitución Española
- Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos.
- Constitución Política de Colombia.
- Convención Americana sobre Derechos Humanos.
- Decreto 2067 de 1991 de la Corte Constitucional Colombiana por el cual se dicta el régimen procedimental de los juicios y actuaciones que deban surtirse ante la Corte Constitucional.
- Dictamen de la Cámara de Senadores de las Comisiones Unidas de Puntos Constitucionales y de Estudios Legislativos, con proyecto de decreto por el que se reforman, adicionan y derogan diversas disposiciones de los artículos 94, 100, 103, 104 y 107 de la CPEUM.
- Dictamen de las Comisiones Unidas de Justicia, Gobernación y Estudios Legislativos Segunda del Senado de la República por el que se aprueban las modificaciones y adiciones hechas por la Cámara de Diputados a la Minuta con Proyecto de Decreto por la que se expide la Ley de Amparo, Reglamentaria de los artículos 103 y 107 de la CPEUM; se reforman y adicionan diversas disposiciones de la Ley Orgánica del Poder Judicial de la Federación, de la Ley Reglamentaria de las fracciones I y II del artículo 105 de la CPEUM, de la Ley Orgánica de la Administración Pública Federal, de la Ley Orgánica del Congreso General de los Estados Unidos Mexicanos y de la Ley Orgánica de la Procuraduría General de la República.
- Iniciativa del 15 de febrero de 2011 de la LA, p. 4, y que en iguales términos fue dictaminada por Comisiones Unidas de Justicia en la Cámara de Senadores
- Ley de Amparo Reglamentaria de los artículos 103 y 107 de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos.
- Ley Reglamentaria de las fracciones I y II del artículo 105 de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos.
- Ley Orgánica 2/1979, de 3 de octubre, del Tribunal Constitucional Español.

Jurisdiccionales

- Jurisprudencia 1a./J. 4/2016 (10a.) de la Primera Sala de la Suprema Corte de Justicia de la Nación, visible en pág. 430 del Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta, Libro 27, Tomo I, febrero de 2016, Décima Época.
- Jurisprudencia 2a./J. 69/2014 (10ª.) de la Segunda Sala de la Suprema Corte de Justicia de la Nación, visible en pág. 555 del Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta, Libro 7, Tomo I, junio de 2014, Décima Época.
- Jurisprudencia P./J. 11/2016 (10ª.) del Pleno de la Suprema Corte de Justicia de la Nación, visible en pág. 52 del Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta, Libro 34, Tomo I, Septiembre de 2016, Décima Época.
- Jurisprudencia P./J. 85/2007 (9ª.) del Pleno de la Suprema Corte de Justicia de la Nación, visible en pág. 849 del Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta, Tomo XXVI, Diciembre de 2009, Novena Época.
- Sentencia C-075/2007 del 07 de febrero de 2007 de la Corte Constitucional Colombiana.
- Sentencia C-355/2006 del 10 de mayo de 2006 de la Corte Constitucional Colombiana.
- Sentencia C-621 de 2001 de Corte Constitucional Colombiana.
- Sentencia C-683/2015 del 04 de noviembre de 2015 de la Corte Constitucional Colombiana.
- Sentencia C-811/2007 del 03 de octubre de 2007 de la Corte Constitucional Colombiana.
- Observación General No.18. No discriminación, Comité de Derechos Humanos (CCPR), CCPR/C/GC/37, Ginebra, Naciones Unidas, 1989.

Electrónicas

- <http://www.sitios.scjn.gob.mx/leyamparo/sites/default/files/1.%20Iniciativa%2015%20feb%202011.pdf>
- http://www.sitios.scjn.gob.mx/leyamparo/sites/default/files/3.%20Dictamen%20C%203%20A1mara%20de%20Senadores%2013%20oct%202011_0.pdf
- <http://www2.scjn.gob.mx/denunciasincumplimiento/ConsultaGenerales.aspx>

- http://www.diputados.gob.mx/LeyesBiblio/proceso/lxi/110_DOF_06jun11.pdf
- <http://www.ejournal.unam.mx/cuc/cconst22/CUC000002208.pdf>
- <http://revistaseug.ugr.es/index.php/acfs/article/viewFile/506/596>
- <http://www.corteconstitucional.gov.co/>
- <http://www.corteconstitucional.gov.co/secretaria/otros/procedimiento.php>
- http://www.tribunalconstitucional.es/es/LeyTransparencia/informacionInstitucional/competencias/Paginas/Default_02.aspx
- http://www.tribunalconstitucional.es/es/tribunal/competencias/Paginas/COMPT_01_RI.aspx
- https://www.oas.org/juridico/mla/sp/can/sp_can_const.html
- http://www.constitutionnet.org/files/canada_constitution_1982.pdf
- http://web.archive.org/web/20110105224835/http://laws.justice.gc.ca/en/const/9.html#anchorsc:7-bo-ga:l_II
- http://www.miguelcarbonell.com/artman/uploads/1/Marbury_versus_Madison.pdf
- <http://www.ordenjuridico.gob.mx/Constitucion/1836.pdf>
- <http://www.diputados.gob.mx/sedia/biblio/bibgen.htm>
- <http://eljuegodelacorte.nexos.com.mx/?p=1319>
- <http://www.corteconstitucional.gov.co/relatoria/2001/C-621-01.htm>