

¿ES EL CONTROL DIFUSO DE LA CONSTITUCIÓN UN INSTRUMENTO PARA LA INTEGRACIÓN DE UN ÓRDEN CONSTITUCIONAL?

Lic. Xochitl Garmendía Cedillo
Subdirectora de Análisis e Investigación

ABSTRACT: La emisión de disposiciones y leyes inconstitucionales transgrede y violenta el orden jurídico establecido quebrantando el Estado de Derecho. Los costos son altos en mayor gasto en litigios jurisdiccionales y en algunos casos en las devoluciones de impuestos. Un ejemplo es la propuesta de reforma al juicio de amparo fiscal, para eliminar los efectos restitutorios de la sentencia que declara la inconstitucionalidad de una ley con el objetivo de no devolver lo pagado aunque se haya declarado la inconstitucionalidad de una ley. Más que un avance es un retroceso. El actual régimen de controles de la constitucionalidad aceptados por el Poder Judicial de la Federación, resuelve parcialmente el problema, dejando en vigencia normas y leyes que han sido consideradas inconstitucionales. Se presenta un análisis de los diferentes controles vigentes, de sus resultados prácticos, y se propone la creación de una autoridad que verifique previamente la constitucionalidad de las leyes antes de promulgarlas, y que sea el órgano que emita criterio al respecto.

SUMARIO: 1. Planteamiento del problema. 2. Definiciones previas al análisis. 3. Estado de Derecho. 4. Supremacía Constitucional. 5. Separación de Funciones en el ejercicio del poder. 6. Orden Jurídico. 7. Estado de Derecho Mexicano legal y doctrinalmente. 8. Interpretación y aplicación del artículo 133 Constitucional. 9. Sistemas de control Constitucional. 10. Control Difuso Sistema norteamericano. Caso Marshal contra Marbury. 11. Tribunal Federal de Justicia Fiscal y Administrativa. 12. Control de la Constitucionalidad a través de confirmación de criterios de la Administración Pública. 13. Proceso Legislativo. 14. Tribunales Constitucionales. 15. Propuesta. 16. Conclusiones. 17. Bibliografía.

I. Planteamiento del problema

El Sistema Jurídico Mexicano esta basado hasta el día de hoy en un orden jerárquico de leyes en el que la Constitución es la ley suprema. Todos los tratados internacionales, las leyes, decretos, reglamentos y legislación secundaria deberán estar acorde a las disposiciones de la Constitución, así lo establece la primera parte del artículo 133 constitucional vigente.

Es innegable que la existencia de un sistema de derecho nos es a todos indispensable para el debido funcionamiento de la sociedad. Desde que el hombre comenzó a convivir con otros, nacieron las primeras reglas de conducta de hacer y no hacer, de lo que estaba permitido y prohibido. De este modo nace el Derecho y éste se ha transformado al paso del tiempo. Han evolucionado cada vez más los sistemas jurídicos contemporáneos hasta convertirse en entramados complejos de leyes que regulan las conductas de hacer, no hacer, permitir y prohibir,¹ por eso se habla que el derecho es más un sistema de normas que un conjunto. En el transcurso del tiempo y en la evolución de las cada vez más complejas relaciones entre PARTICULAR-PARTICULAR y entre PARTICULAR- ESTADO, se han conformado un orden jurídico complejo.

¹HART H.L.A. "Obligación Jurídica y Obligación Moral" Instituto de Investigaciones Filosóficas, UNAM, (versión castellana de Javier Esquivel y Alfonso Ortiz) México, 1977.

Para **Hart**, el concepto de derecho se puede entender como las:

1. Reglas que prohíben o hacen obligatorios ciertos tipos de conducta bajo la amenaza de aplicar una pena.
2. Reglas que exigen indemnización a aquel que daña de ciertas maneras.
3. Reglas que especifican qué es lo que se tiene que hacer para otorgar testamentos y celebrar contratos u otros acuerdos que confieren derechos y crean obligaciones.
4. Tribunales que determinan cuáles son las reglas y cuándo han sido transgredidas, mismos que fijan el castigo a aplicar o la compensación a pagar.
5. Una legislatura que hace nuevas reglas y deroga las anteriores.

El derecho tiene *distintos componentes*, tratándose del que se aplica *al interior de un Estado* o de que se entiende como *derecho internacional*.

La exigencia de una definición del derecho y de su naturaleza, apunta, en primer término a la obligatoriedad del cumplimiento de la norma. Sin embargo, tal obligatoriedad necesariamente surgirá de una base moral, ya que es la congruencia con los principios de la justicia y no el hecho de que constituye un cuerpo de órdenes y amenazas, lo que hace su esencia.

El orden jurídico vigente en México está basado en la escuela positivista de Kelsen, que interpreta al derecho basado en la norma constitucional en un sistema piramidal.²

Estos sistemas jurídicos han adoptado esquemas específicos para su aplicación e interpretación, y es el caso de que en México se aplica la teoría positivista del derecho, que consiste en la aplicación del orden jurídico vigente organizado en una jerarquía de normas en la que la Constitución es la ley suprema.

Siguiendo este orden de ideas, entendemos que si la Constitución es la norma suprema, las leyes que deriven de ella, y se emitan con posterioridad a ella, deben ser congruentes a sus disposiciones y no oponerse, porque caerían en el supuesto de ser

² KELSEN Hans, "Teoría Pura del Derecho" traducción Roberto J. Vernengo, México UNAM, 1986 localizado en: <http://www.uv.es/mariaj/textos/kelsen.pdf> (consultado el 7 de mayo de 2009) (...) "una norma vale en tanto y en la medida en que ha sido producida en la forma determinada por otra norma; esta última configura el fundamento inmediato de validez de la primera. Existe una supra subordinación de las normas. La norma que regula la producción es una norma superior. El orden jurídico no es un sistema de normas de derecho situadas en un mismo plano, ordenadas equivalentemente, sino una construcción escalonada de diversos estratos de normas jurídicas. Su unidad está configurada por la relación resultante de que la validez de una norma, producida conforme a otra, reposa en esa otra norma, cuya producción a su vez está determinada por otra; un regreso que concluye, a la postre en la norma fundante básica presupuesta. La norma fundante básica, hipotética en ese sentido, es así el fundamento de validez supremo que funda la unidad de esa relación de producción."(...)

Los positivistas desvinculan el derecho de los valores morales, es el caso de Kelsen, quien fija su objeto de estudio en la norma y no en la conducta humana, separa la esencia de la norma, como el objeto de estudio, y no mezcla la conducta humana, por lo que separa moral de derecho.²

"Si bien la ciencia del derecho tiene como objeto normas jurídicas y, por ende los valores jurídicos de que éstas constituyen, los enunciados jurídicos que formulan son como las leyes naturales de las ciencias naturales, una descripción axiológicamente adífora de su objeto. Es decir, esa descripción se cumple sin referencia a ningún valor meta jurídico, y sin ninguna aprobación o desaprobación emotiva. Quién, desde el punto de vista de la ciencia jurídica, afirma en su descripción de un orden jurídico bajo determinadas condiciones, debe llevarse a cabo cierto acto coactivo determinado por aquel orden, efectúa esa afirmación aun cuando la atribución del acto coactivo a su condición le parezca injusta y, por tanto, la desapruebe. Las normas constitutivas de los valores jurídicos deben distinguirse de las normas conforme a las cuales se evalúa la formación del derecho. En la medida en que la ciencia del derecho tiene, en general, que responder a la pregunta de si un comportamiento concreto es lícito o ilícito, la respuesta sólo puede consistir en una declaración con respecto a si esa conducta se encuentra ordenada o prohibida, facultada o no, permitida o no en el orden jurídico que ha de describirse, con prescindencia de quien formule la declaración, considera esa conducta moralmente buena o mala, la aprueba o la desaprueba (...)"

En cualquiera de las vertientes que se ha tratado de explicar que es el derecho, éste se trata de un sistema producto de un proceso de abstracción del ser humano, que construye con el propósito de salvaguardar y preservar principios y valores fundamentales para el desarrollo integral del ser humano viviendo en sociedad.

inconstitucionales y estar viciadas de origen, y de este modo se quebranta el sistema con normas que contravienen el orden constitucional.

Bajo un razonamiento de lógica jurídica, después de que el poder constituyente emite la norma considerada fundamental, dentro de un sistema jerarquizado de normas, todas y cada una de ellas deben estar acordes con la Constitución, para que el sistema funcione.

Cuando se quebranta el sistema el resultado lógico es que una norma inconstitucional es contraria a la constitución, lo que la convierte en una norma viciada de origen, lo que quiere decir, que por si misma es inválida. El problema es que la declaración de invalidez la tiene que emitir el poder judicial. Mientras no haya esta declaración por medio de una resolución judicial, la norma es vigente y se seguirá aplicando.

Para que el poder judicial emita esa resolución, es necesario que “alguien” interponga un juicio de amparo, ejerza una acción de inconstitucionalidad, o inicie el procedimiento de controversia constitucional.

En tanto no ocurra esto, la norma o ley viciada seguirá vigente.

Este problema nos hace replantearnos el sistema jurídico que tenemos, desde su nacimiento, operatividad y consecuencias del mismo.

¿Cuál es el objetivo de un orden jurídico constitucional? El conservar y tener un sistema jurídico que garantice los principios, las garantías individuales y sociales establecidas en la carta magna que nos otorgamos, en donde se plasmó lo que queremos como país y hacia donde queremos llegar, la seguridad de vivir dentro de un régimen de Estado de Derecho.

La no observancia de este principio nos sitúa en una posición de ilegalidad e inseguridad jurídica, violenta al orden jurídico y contribuye al desmoronamiento del Estado. Porque una norma inconstitucional, rompe el equilibrio, pervierte los fines del derecho, se aleja de lo que el constituyente dispuso.

El Estado así como el derecho son ficciones que el hombre ha creado, y que van ligadas uno con el otro. El Estado se sustenta porque ha sido creado por una ley, y a

su vez el Estado se fortalece en la medida que cuida la aplicación de leyes justas equitativas y propicia el buen desarrollo y convivencia de sus ciudadanos.

En consecuencia se establece una relación de corresponsabilidad entre ciudadano y autoridad.

¿Qué sucede cuando lo que se nos aplica es una norma que se opone a la Constitución?, en primer lugar hay un desajuste, en el funcionamiento de las normas; y cuando el ciudadano advierte que se le está aplicando una disposición inconstitucional, nace la desconfianza hacia la autoridad, y por consiguiente la falta de compromiso del cumplimiento de la norma.

Aún siendo ignorante del derecho, se provoca una reacción *de no cumplimiento*, una ausencia *del deber ser voluntario*, porque no se tiene la certeza de que esa norma que debemos cumplir cumpla con los requisitos de constitucionalidad lo que se traduce en desconfianza al sistema legal.

Muchas veces me he preguntado, ¿porqué no hay una conciencia del cumplimiento *del deber ser del derecho* en el ciudadano común en México? Puede haber muchas respuestas al respecto que serian motivo y objeto de otro estudio, pero en éste en particular, se aborda el tema desde el desequilibrio jurídico provocado por preservar disposiciones inconstitucionales.

Cuando se aplica una norma inconstitucional, ésta será impugnada por quienes resultan afectados y pueden pagar un proceso para protegerse.

En el pasado significaban muchos juicios, pero en los últimos años, estos juicios se han incrementado por cientos de miles sobre una misma ley o disposición, lo que significa un gasto mayor en el sistema judicial y administrativo, acumulación inmanejable de juicios y procedimientos que han provocado un colapso en el sistema. Mas aun, cuando se determina que una norma fiscal es inconstitucional, se deben devolver las cantidades pagadas con anterioridad, con actualización lo que significa una devolución millonaria de impuestos pagados indebidamente y una merma considerable en las arcas nacionales.

Lo anterior, considero que es uno de los motivos principales de la propuesta de reforma al juicio de amparo en materia fiscal, que sugiere suspender los efectos

restitutorios en las resoluciones de amparos en materia fiscal, cuando se determine que la ley es inconstitucional.

Las consecuencias negativas de la emisión de leyes inconstitucionales, ha revertido sus efectos negativos al mismo sistema, porque hay un costo para la recaudación, fiscalización y posteriormente devolución de los ingresos recaudados.

El conocimiento de la existencia de normas inconstitucionales vigentes, el tener que interponer un juicio para posiblemente obtener una resolución que nos protege en lo individual, pero que no es eliminada la norma del sistema normativo, me provoca la sensación de vivir dentro de un desorden jurídico abusivo, de que hay un Estado cómplice del quebranto legal constitucional, que por conveniencias “políticas, económicas o financieras”, permite se emitan leyes que se apartan de lo prescrito en la Constitución.

Cada país ha creado o adoptado un régimen específico de gobierno y administración. Un sistema de aplicación de sus leyes y de interpretación de las mismas, por medio de los órganos especializados.

Cuando todos los elementos que constituyen el sistema jurídico de leyes articulados por los órganos del Estado, funcionan como se previó en su génesis, las instituciones se fortalecen y la ciudadanía se compromete al cumplimiento de sus deberes porque son justos y puede lograr un desarrollo integral de progreso, estabilidad y armonía. Se propicia el respeto a la ley, y el cumplimiento de la misma. Independientemente de la buena o mala disposición del ciudadano de cumplir o no cumplir.

Un sistema justo y certero de leyes constitucionales y autoridades competentes, es el ideal de un Estado de Derecho en donde se pueden corregir las irregularidades o transgresiones a la norma dentro de un marco legal y justo.

Pero, cuando es desde el propio Estado, ya sea por ignorancia o por desdén del derecho emite leyes o disposiciones inconstitucionales, y las aplican, se provoca un debilitamiento del orden jurídico, pues ya no está acorde con el principio de respeto a los fundamentos que le dieron origen, que es la Constitución.

Y si además, cuando el ciudadano se ve atropellado por la aplicación de disposiciones o leyes inconstitucionales y tiene que recurrir para que se le respeten sus garantías a un procedimiento judicial, ya sea el juicio de Amparo o cualesquier otro procedimiento, tendrá que pasar un largo periodo con los costos correspondientes para lograr que en forma individual se le reconozca ese derecho y se declare la inconstitucionalidad de la disposición o ley impugnada.

Es cierto que la misma constitución prevé mecanismos procesales destinados a sancionar y reparar la inobservancia de sus disposiciones, pero estos mecanismos operan a instancia de parte, y solo privilegia el otorgamiento del derecho logrado de quien lo solicitó sin que se tenga efectos *erga omnes* para proteger al resto de la ciudadanía, lo significa que la disposición inconstitucional sigue vigente y generalmente se seguirá aplicando por la autoridad administrativa.

El significado de esta situación es muy grave y es inaceptable que el Estado no haya articulado aún un sistema correctivo de fondo, con el objetivo de conservar el "*Orden Jurídico Constitucional*" que se otorgó desde el congreso constituyente que emitió la Carta Magna que nos rige.

El presente estudio pretende establecer las razones por las que la defensa de la Constitucionalidad de las leyes debe realizarse no solo desde el ámbito jurisdiccional, sino desde el proceso legislativo, y si aún se emitiera una disposición contraria al orden constitucional, que el ejecutivo a través de la autoridad administrativa se abstenga y denuncie la incongruencia, de lo contrario debería operar un sistema sancionatorio y correctivo.

No se propone que el poder Ejecutivo realice funciones legislativas, pero sí que debe denunciar y alertar cuando en la aplicación de las normas dentro de sus procesos de funcionamiento administrativo, advierte la inconstitucionalidad de una norma, para que a través de los procesos judiciales correspondientes se corrija el problema. Mas aun, que el Poder legislativo proceda a realizar la modificación correspondiente.

Hasta el día de hoy, es facultad del poder judicial previo procedimiento de Amparo, el resolver si una norma es inconstitucional o no y en su caso declararla.

El problema es, que aunque el poder judicial haga ese reconocimiento, solo beneficia al sujeto que la impugnó, no al resto de la ciudadanía.

Cuando se emite jurisprudencia que establece la inconstitucionalidad de una norma, puede ser utilizada en procedimientos posteriores con el resultado antes mencionado. La problemática que se presenta es que la norma sigue vigente no se elimina del sistema, además de que no tiene efectos vinculatorios para el Poder Ejecutivo, quien sigue aplicándola, por lo que el Estado mismo protege la inconstitucionalidad de la norma.

II. Definiciones previas al análisis

Antes de proseguir, debemos establecer primero ¿qué es un Estado de Derecho?

• **Estado de Derecho**

Estado es *“una persona moral suprema y omnicomprensiva creada y organizada por el Derecho primigenio que un pueblo determinado se haya dado en su vida histórica, (...) el Estado se integra con la concurrencia de diferentes elementos sin los cuales no podría existir ni concebirse. (...) como lo son la población, territorio, el poder soberano y el orden jurídico fundamental”*.³

F.A. Hayek ha proporcionado una de las definiciones más claras llenas de fuerza del Estado de derecho contemporáneo:

“Despojado de todo tecnicismo, significa que el gobierno esta vinculado por normas fijadas y publicadas de antemano –normas que hacen prever, con bastante certeza, cómo usará la autoridad sus poderes coercitivos en determinadas circunstancias y planear los asuntos de los individuos con base en este conocimiento”.⁴

Podemos entender que el Estado de Derecho es el imperio del derecho en él.

El Estado de derecho según Joseph Raz,⁵ *“es únicamente una de las virtudes que un orden jurídico puede tener y por la que puede ser juzgado, significa que toda*

³ BURGOA, Ignacio, *“Diccionario de Derecho Constitucional Garantías y Amparo”*, Porrúa, octava edición, 2005, p.147.

⁴ HAYEK, F.A., *The Road to Serfdom*, Londres, 1944, p. 54 (citado en el libro de: CARBONELL, Miguel, *“Estado de derecho: concepto, fundamento y democratización en América Latina”*, UNAM, ITAM, Siglo XXI editores, p.15.

⁵ CARBONELL, Miguel, *“Estado de derecho: concepto, fundamento y democratización en América Latina”*, UNAM, ITAM, Siglo XXI editores, p.17.

acción gubernamental debe tener una fundamentación en el derecho, tiene que estar autorizada por el derecho”.

Señala algunos de los principios importantes:

- a) Todas las disposiciones jurídicas deben ser prospectivas, abiertas y claras (no debe haber disposiciones retroactivas)
- b) Las disposiciones jurídicas deben ser relativamente estables, no deben ser cambiadas con mucha frecuencia, esto provocaría falta de certeza y desconocimiento del derecho.
- c) El establecimiento de disposiciones jurídicas particulares (órdenes jurídicos particulares) debe ser guiado por disposiciones jurídicas abiertas, estables claras y generales.
- d) La independencia del poder judicial tiene que ser garantizada.
- e) Los principios de la justicia natural tienen que ser observados.
- f) Los tribunales deben tener poderes de revisión sobre la implantación de los otros principios.
- g) Los tribunales deben ser fácilmente accesibles.
- h) *A los órganos de prevención criminal dotados de discrecionalidad no se les debe permitir pervertir el derecho”.*⁶

El *Estado de Derecho*, es aquel en donde sus autoridades se rigen, permanecen y están sometidas a un derecho vigente.

No es materia de este estudio entrar al análisis detallado de lo que es el Estado o de lo que es el Derecho, ambas son ficciones jurídicas creadas por el hombre.

En el primer caso, Estado es como ya se apuntó, la entidad jurídica política que se integra por la unidad de territorio, población, soberanía y gobierno y derecho u orden jurídico, que resulta de la afinidad en un ordenamiento legal que identifica a un grupo de personas.

El concepto de *Estado de Derecho* surgió como respuesta al Estado absolutista, caracterizado por la ausencia de libertades, la concentración del *poder* y el abuso que

⁶ CARBONELL, Miguel, “*Estado de derecho: concepto, fundamento y democratización en América Latina*”, UNAM, ITAM, Siglo XXI editores, p. 19.

de él hicieron los titulares de los órganos del *poder*. El concepto jurídico del *Estado de Derecho* corresponde al constitucionalismo moderno. En la actualidad todos los estados modernos buscan ser calificados como “estados de derecho”, aquellos en donde el imperio del derecho norma las relaciones entre particulares y entre el Estado y los particulares, sin embargo esto es resultado de un proceso de evolución, de una voluntad política de querer aplicar el derecho.

El constitucionalismo contiene dos elementos básicos, que por mucho tiempo han sido considerados como sinónimo del *Estado de Derecho*:

- La supremacía de la Constitución y
- La separación de funciones en el ejercicio del *poder*.

○ **Supremacía Constitucional**

El principio de supremacía constitucional podemos entenderlo como la base y justificación de toda la producción legislativa y directriz de la realidad político-social realizada conforme a la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos, y que ésta es la norma fundamental del Estado.

Este principio responde a los principios establecidos por Kelsen que señalaba en su “Teoría pura del derecho” que: “*Una norma jurídica no vale por tener un contenido determinado; es decir, no vale porque su contenido pueda inferirse, mediante un argumento deductivo lógico, de una norma fundamental básica presupuesta, sino por haber sido producida de determinada manera, y en última instancia, por haber sido producida de la manera determinada por una norma fundante básica presupuesta. Por ello, y sólo por ello, pertenece la norma al orden jurídico.*”⁷

El principio de supremacía de la Constitución y el control de la constitucionalidad, tienen un estrecho vínculo, ya que, mientras la “*supremacía constitucional*” se encarga de ser el parámetro para que ningún acto de autoridad, ley o tratado pueda contravenir la ley fundamental, aparece otra figura jurídica que lo que pretende es mantener la constitucionalidad de las leyes “*el control o la jurisdicción constitucional*”, el que se

⁷ KELSEN, Hans, *Teoría pura del Derecho*, 1993, Porrúa, México, p. 205.

encarga de hacer efectivo dicho principio, al otorgar los *mecanismos efectivos* para garantizar la supremacía constitucional.

En concreto, para que la Constitución conserve su supremacía, requiere la existencia de procesos constitucionales destinados a fortalecer las instituciones aseguradas y organizadas en el texto constitucional, así como el control de leyes que emanan del Congreso.

El principio de supremacía constitucional, establece que la Constitución es el principio de origen de la legislación vigente. *“La constitución no sólo es una regla de procedimiento, sino, además una regla de fondo”*.⁸

“El principio de supremacía, por tanto descansa en la idea de que por representar la Constitución la unidad del sistema normativo y estar situada en el punto más elevado de éste, contiene las normas primarias que deben regir para todos dentro de un país, sean gobernantes o gobernados; dichas normas primarias constituyen al propio tiempo la fuente de validez de todas las demás normas que por eso se han llamado secundarias y que componen el derecho positivo en general”.⁹

Cabe citar aquí las palabras de José María Iglesias presidente de la Corte, **“sobre la Constitución, nada; bajo la constitución, todo”**.

Ante la ausencia de procesos efectivos de control de la constitucionalidad de las leyes que emite el Congreso e incluso los ordenamientos secundarios y reglamentarios que el ejecutivo emite, se corre el riesgo de que las instituciones establecidas constitucionalmente se vean disminuidas, vaciadas o desaparecidas por leyes o actos de alguno de los poderes del Estado.

Es por ello que el tener un control efectivo de la constitucionalidad de las leyes significa una garantía de seguridad jurídica.

⁸ KELSEN, Hans, La garantía jurisdiccional de la Constitución (la justicia constitucional), trad. De Rolando TAMAYO y Salmorán, Rolando, México, UNAM, Instituto de Investigaciones Jurídicas, serie Ensayos jurídicos, núm. 5, 2001, p. 23.

⁹ FIX Zamudio, Héctor, Ob Cit., p. 68.

○ **La separación de funciones en el ejercicio del poder**

La Constitución francesa de 1791 incluyó en su artículo 16 la expresión que luego se convertiría en el dogma del constitucionalismo liberal: “*Toda sociedad en la cual la garantía de los derechos no esté asegurada, ni se adopte la separación de poderes, carece de Constitución*”.

La separación de poderes se concibe como un sistema de pesos y contrapesos en el ejercicio del poder absoluto que implica el Estado. El sistema que adopta esta división de poderes es el Presidencial y se caracteriza por el principio de separación de poderes, por la designación del titular del Ejecutivo y de los miembros del Legislativo mediante sufragio universal y el Poder Judicial, y es el sistema que opera en México.

Bajo otro análisis, Kelsen, considera igual al Estado Autocrático y al Democrático porque para él, ambos son “*Estado de Derecho*”. Porque “*es el orden Jurídico el que determina el titular de la autoridad y la forma de ejercer el poder; quien debe mandar y quien debe obedecer*” estos son elementos dependientes uno de otro.

Ante esta similitud de conceptos se puede decir que el orden jurídico de un Estado se identifica con el mismo Estado; esta relación surge como una simbiosis (ESTADO – DERECHO), que ante este perfil se ofrece no el Derecho como un elemento del Estado, sino como una cualidad intrínseca del Estado. Ya que no se concibe al orden jurídico como un elemento del Estado, sino lo identifica como el mismo.¹⁰

• **Orden Jurídico**

El orden jurídico es un sistema de leyes vigentes que regulan los ámbitos público, privado e internacional de una población residente en un territorio determinado.

Es también la forma en que se encuentran jerarquizadas las normas jurídicas. El orden jerárquico del sistema jurídico mexicano determina la aplicación de las normas en caso de contradicción o controversia entre dos de ellas.

¹⁰ KELSEN, Hans. *Teoría pura del Derecho*, 2ª edición, trad., Vernengo, Roberto J., localizado en: <http://www.bibliojuridica.org/libros/libro.htm?l=1039>, consultado el 11 de noviembre de 2009.

Para comprender la importancia del orden jurídico, vale presentar la consideración que hace Norberto Bobbio en su obra *“Teoría General del Derecho”*.

Parte del análisis de la norma jurídica, pero no se detiene ahí, pues considera que la norma jurídica ha de estudiarse teniendo en cuenta *“un todo más vasto que la comprende,”*¹¹ entendiendo por el “todo” el conjunto de normas en cuanto exclusivos elementos integrantes de su concepto de ordenamiento jurídico¹².

Considera al ordenamiento jurídico en su conjunto, pretende con su teoría demostrar que *“sólo se puede hablar de Derecho cuando haya un sistema de normas que forman un ordenamiento, siendo por tanto la norma el presupuesto previo para llegar al ordenamiento”*.¹³

Sin quitarle importancia a la norma jurídica, ya que ésta es esencial para definir el concepto de Derecho, éste es considerado un “sistema de normas”, el concepto de Derecho no puede definirse desde el punto de vista exclusivo de la norma jurídica aisladamente considerada, sino que se hace imprescindible ampliar la perspectiva hasta tomar en consideración el modo en que una norma es eficaz, gracias a una compleja organización que determine la naturaleza y entidad de las sanciones, las personas que deben aplicarlas y su ejecución. Tal organización se integra por un complejo sistema de normas que recibe la denominación de *ordenamiento jurídico*.

De este modo, para definir al “*derecho*”, Norberto Bobbio señala que debe verse dentro del contexto de la teoría del ordenamiento y no de la teoría de la norma.

Sólo desde la teoría del ordenamiento todo fenómeno jurídico encuentra su explicación adecuada. Si para Bobbio el criterio que caracteriza una norma jurídica es que su ejecución esté garantizada por una sanción externa e institucionalizada, el que existan normas jurídicas sin que lleven aparejadas de manera directa una sanción, se explica por el hecho de que al estar integradas en un sistema de normas.

¹¹ BOBBIO, Norberto, *Teoría General del Derecho*, Trad. Eduardo Rozo Acuña, Madrid, Debate, 1991, p. 154.

¹² Ob. Cit., pp.173-181.

¹³ Idem, p.153.

Para que un ordenamiento funcione debe ser eficaz, y éste es un requisito imprescindible para que un ordenamiento jurídico tenga validez.

Un ordenamiento complejo deriva de la existencia de diferentes fuentes, pero tal complejidad no excluye la unidad, ésta debemos entenderla dentro del sistema de fuentes, y en este punto se remite a la teoría de Kelsen, quien explica el origen legítimo de las normas a partir de la norma fundamental, que no depende de ninguna otra y de ahí deriva la unidad del ordenamiento.

Por consecuencia se entiende que un ordenamiento está jerarquizado en normas procedentes de fuentes sucesivas. Si partimos de las normas inferiores vemos que derivan de otras superiores, éstas a su vez derivarán de las normas que se encuentran en el siguiente plano más elevado, y así sucesivamente hasta llegar a la norma fundamental, que es la que dota de unidad al conjunto de normas.

Norberto Bobbio identifica la norma fundamental con aquélla que establece la necesidad de obedecer al poder originario o poder constituyente. De este modo la Constitución es la norma superior de un ordenamiento jurídico, por lo que, toda norma constitucional ha de derivar necesariamente de un poder normativo, y ese poder normativo es el poder constituyente.

*“Esta norma superior es la norma fundamental que no depende de ninguna otra, sino que ha de ser entendida como un presupuesto del ordenamiento, que si bien no es expresa, cumple en el sistema normativo. La norma fundamental es, por tanto, el criterio unificador de todas las normas del sistema, dentro del sistema”.*¹⁴

*“Todas las normas cuya validez puedan remitirse a una misma norma fundante básica, constituyen un sistema de normas, un orden normativo”.*¹⁵

Ahora bien, en cuanto al orden constitucional mexicano, está basado en la Constitución Política de 1917 que es la vigente, que como ya se dijo señala que la norma fundamental es la Constitución y a partir de ella tanto los tratados internacionales como la legislación secundaria tendrán que estar acordes con la misma, sin embargo, existen infinidad de

¹⁴ KELSEN, Hans. *Teoría pura del Derecho*, 2ª edición, trad. Vernengo, Roberto J., localizado en: <http://www.bibliojuridica.org/libros/libro.htm?l=1039>, consultado el 11 de noviembre de 2009.

¹⁵ KELSEN, Ob. Cit.

disposiciones y leyes inconstitucionales, que son atacadas mediante el Juicio de Amparo, pero como ya se apuntó al principio, este amparo protege sólo al que lo interpuso.

Igualmente podemos decir que el poder judicial en México, ha emitido una serie de jurisprudencias en las cuales señala la inconstitucionalidad de alguna disposición o ley, a la que están obligados los tribunales a aplicar y respetar, pero, solo tiene efectos vinculantes dentro del poder judicial, y tribunales administrativos, no para el poder ejecutivo quien es el que aplica la ley.

Al respecto, Ernesto Garzón Valdés, hace una severa crítica al orden constitucional mexicano.

La “penumbra jurídica” a nivel constitucional se proyecta a todo el ordenamiento jurídico subconstitucional. Algunos ejemplos:

En 1988, Alejandro M. Garro, al referirse al carácter vinculante de la jurisprudencia de la Suprema Corte mexicana en los casos de recursos de amparo, señalaba:

“La Ley de Amparo mexicana excluye a las autoridades administrativas y legislativas de la obligación de respetar las tesis jurisprudenciales que son obligatorias para el organismo judicial. La suposición del constituyente mexicano al limitar de esta forma los efectos de la sentencia de amparo fue que la ley declara inconstitucional por el poder judicial perdería prestigio y caería en desuso (...) Pero esta aspiración del constituyente no se ha concretado, quedando a criterio de la autoridad administrativa decidir cuándo y en que momento la aplicará las disposiciones inconstitucionales, sin que tenga efectos las jurisprudencias emitidas por la corte.”¹⁶

Más grave aún es la operatividad del orden jurídico mexicano, aunado a la corrupción y el cohecho, Héctor Fix Fierro, señala en la introducción del libro que edito en 1994, *“A la puerta de la ley; (...) El estado de derecho en México, se dice: No es casualidad que los mexicanos veamos a la ley como algo relativo, siempre sujeto a vaivenes y cambios según soplen los vientos. México cuenta con leyes, pero no es un cabal Estado de derecho”*.¹⁷

¹⁶ Citado en el libro de CARBONELL, Miguel, Ob. Cit., p. 216.

¹⁷ FIX Fierro, Héctor, (ed.), *A la puerta de la Ley. El Estado de derecho en México*, México, Cal y Arena, 1994, p.10 citado en el libro de CARBONELL, Miguel, *“Estado de derecho: concepto, fundamento y democratización en América Latina”*, UNAM, ITAM, Siglo XXI editores, p 223.

III. Estado de Derecho Mexicano

En México el orden jurídico es el siguiente: a) Constitución Federal, b) Los Tratados Internacionales y Leyes Federales, c) Leyes Ordinarias, d) Decretos, e) Reglamentos, y f) Normas Jurídicas Individualizadas como: contratos, testamentos, sentencias y resoluciones administrativas.

La Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos es la ley suprema que nos rige y bajo la cual está construido nuestro sistema de leyes u *ordenamiento jurídico*.

El artículo primero de la Constitución señala en su primera parte:

“En los Estados Unidos Mexicanos todo individuo gozará de las garantías que otorga esta Constitución, las cuales no podrán restringirse ni suspenderse, sino en los casos y con las condiciones que ella misma establece”, y en el artículo 133 se señala la jerarquía que tendrán los ordenamientos jurídicos:

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

De acuerdo a los preceptos anteriores se concluye que todo individuo que resida en México deberá gozar de las garantías que la constitución otorga, y que además todas la leyes que se emitan, acuerdos o tratados que celebre el gobierno mexicano con gobiernos extranjeros deberán estar acorde con la Constitución.

Es decir, que un Estado de Derecho es donde la ley es el instrumento preferente para guiar la conducta de los ciudadanos.

En el caso del Estado Mexicano, nuestro sistema jurídico esta basado en la Constitución Política. Y debemos esperar que el Estado conformado por los tres poderes, Ejecutivo, Legislativo y Judicial, actúen conforme a la Constitución.

Esto es, que el Legislativo se avocará a legislar leyes de acuerdo a la Constitución, el Ejecutivo aplicará normas constitucionales, conforme lo establece el artículo 87 constitucional:

*“El Presidente, al tomar posesión de su cargo, prestará ante el Congreso de la Unión o ante la Comisión Permanente, en los recesos de aquél, la siguiente protesta: ‘Protesto guardar y hacer guardar la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos y las leyes que de ella emanen, y desempeñar leal y patrióticamente el cargo de Presidente de la República que el pueblo me ha conferido, mirando en todo por el bien y prosperidad de la Unión; y si así no lo hiciere que la Nación me lo demande’.”;*y

El artículo 128 constitucional señala:

“Todo funcionario público, sin excepción alguna, antes de tomar posesión de su encargo, prestará la protesta de guardar la Constitución y las leyes que de ella emanen.”

Al respecto Antonio Martínez Báez declaró que el ejecutivo no puede realizar el examen de constitucionalidad de las leyes, pues el titular de ese poder es sólo un magistrado que, si efectuara tal calificación entraría en conflicto con el poder legislativo sin que existiera un árbitro que pudiera encontrar resolución jurídica al problema; por tanto la decisión sería política, y si se permitiera al ejecutivo no aplicar la ley por considerarla inconstitucional se rompería el equilibrio entre poderes. Además se crearía una defensa constitucional con efectos erga omnes, lo cual es ilógico pues ni siquiera las resoluciones del poder judicial poseen el mencionado efecto.

Igual afirmó en su momento Antonio Carrillo Flores, en el sentido de que el ejecutivo no puede dejar de aplicar una ley por considerarla anticonstitucional, ya que el presidente tiene un momento para opinar sobre la constitucionalidad de una ley: durante el periodo en que interpone el veto. Se podría objetar que si veta la ley, pero el congreso con la mayoría necesaria supera ese veto, el ejecutivo no podría detener esa ley inconstitucional y por tanto no está obligado a cumplirla. Esta interpretación es incorrecta, pues el ejecutivo, a pesar de considerar la ley anticonstitucional, tiene que publicarla, y no tendría objeto que la publicara si no va a cumplirla.¹⁸

¹⁸ CARPIZO, Jorge, *“El Presidencialismo Mexicano”*, Siglo XXI, México D.F., p. 96.

Si la Constitución ordena que los funcionarios del poder ejecutivo, desde el presidente hasta “todo” funcionario público cumplan con la constitución, no se entiende porque lo incumplen al aplicar leyes inconstitucionales lo más grave, no se previene esta situación, aunque los efectos a veces terminen por auto liquidar el sistema. Desafortunadamente y por otras razones, la recaudación en México es una de las más bajas, y si aún tiene que devolver lo que recaudó porque aplicó leyes inconstitucionales, se está auto infringiendo un daño.

El Poder Judicial de la Federación está encargado de vigilar el cumplimiento de la Constitución y las leyes. Al efecto, preserva que la Constitución sea la ley suprema y que no exista ninguna ley o norma que la contradiga. La Suprema Corte de Justicia de la Nación, es el máximo tribunal en México, también resuelve controversias entre la Federación y las entidades federativas. Cuando una autoridad actúa en contra de lo que dicta la Constitución, o el Poder Legislativo expide una ley contraria a ella, el agraviado recurre al juicio de amparo para impedir los presuntos efectos violatorios, recurso judicial que es examinado por el poder judicial federal.

Sin embargo, se emiten leyes inconstitucionales por el Poder Legislativo, se aplican y ejecutan leyes inconstitucionales por el poder Ejecutivo, y sólo hasta que el agraviado o agraviados, recurren al poder Judicial vía juicio de amparo, controversia constitucional o acción de inconstitucionalidad es cuando el Poder Judicial resuelve sobre la constitucionalidad de una disposición o ley.

Entonces debemos preguntarnos si realmente vivimos en México en un Estado de Derecho, si el mismo Estado no cuida que uno de sus poderes legisle normas o leyes inconstitucionales y, si a pesar de la “protesta” que realizan los funcionarios de primer nivel de guardar y hacer guardar la constitución, firman resoluciones en ocasiones fundamentadas en una ley inconstitucional.

¿Cómo debemos interpretar el artículo 133 que prevé de acuerdo a algunos teóricos el llamado “control difuso” de la constitución? En el punto siguiente se hace un análisis del mismo.

IV. Interpretación y aplicación del artículo 133 Constitucional

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

El artículo 133 Constitucional, tiene sus antecedentes en el artículo 126 de la Constitución de 1857 y éste se inspiró en el artículo 6, inciso dos de la Constitución de los Estados Unidos de Norteamérica.

Existen diferencias sustanciales entre el texto mexicano y el americano que a la postre han resultado de gran trascendencia.

En la obra *Derechos del pueblo mexicano, México a través de sus constituciones*, se describe el proceso histórico que a continuación se señala: (...)

“El artículo 126 de la Constitución Política de la República Mexicana, sancionada por el Congreso General Constituyente de 5 de febrero de 1857, disponía: ‘Esta constitución, las leyes del Congreso de la Unión que emanen de ella y todos los tratados hechos o que se hicieren por el presidente de la República, con la aprobación del Congreso, serán ley Suprema de toda la Unión’.

“Los jueces de cada Estado se arreglarán a dicha constitución, leyes y tratados a pesar de las disposiciones en contrario que pueda haber en las constituciones o leyes de los Estados.”¹⁹ (Constitución de 1857)

“El artículo 6, inciso 3 de la Constitución de los Estados Unidos de América de 1787 dispone:

¹⁹ Constitución Política de la República Mexicana, sancionada por el Congreso General Constituyente el 5 de febrero de 1857, citado en *“Derechos del pueblo mexicano. México a través de sus Constituciones”*, Tomo XII. p. 1176.

“Esta Constitución, y las leyes de los Estados Unidos que se expidan con arreglo a ella y todos los tratados celebrados o que se celebren bajo la autoridad de los Estados Unidos, serán la suprema ley del país y los jueces de cada Estado estarán obligados a observarlos, a pesar de cualquier cosa en contrario que se encuentre en la Constitución o las leyes de cualquier Estado” (Constitución de los Estados Unidos de América del 17 de septiembre de 1787, publicación del servicio informativo y cultural de los Estados Unidos de América).

“En la Constitución de México de 1917, fue aprobado por unanimidad de 154 votos el recto del artículo 132 *que originalmente establecía:*

“Esta Constitución, las leyes del Congreso de la Unión que emanen de ella, todos los tratados hechos y que se hicieron por el presidente de la República, con aprobación del Congreso, serán la ley suprema de toda la Unión. Los jueces de cada Estado se arreglarán a dicha constitución, leyes y tratados, a pesar de las disposiciones en contrario que pueda establecer en las constituciones o leyes de los Estados.

“En el texto final fue incorporado en el artículo 133.

“En estos términos permaneció hasta 1934, en que se reformó, y se le incorporaron dos precisiones al texto del artículo, y se sustituyó, el Congreso por el Senado, asignándole a este órgano legislativo la delicada función de aprobar los tratados internacionales.”

“Finalmente queda así:

“Artículo 133. Esta Constitución, las leyes del Congreso de la Unión que emanen de ella y todos los tratados que estén de acuerdo con la misma, celebrados y que se celebren por el presidente de la República, con aprobación del Senado, serán la Ley Suprema de toda la Unión. Los jueces de cada Estado se arreglarán a dicha constitución, leyes y tratados, a pesar de las disposiciones.²⁰

²⁰ Derechos del pueblo mexicano, México a través de sus constituciones. Tomo. XII, artículos 123-136, Cámara de Diputados del H. Congreso de la Unión, Cuarta edición, LII Legislatura 1994, integración y comentarios al articulado a cargo del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM, pp. 1175-1211.

Del análisis de estos conceptos se concluye:

- La Ley Suprema de la Unión se integra por tres tipos de normas: La Constitución, las Leyes que emanen de ella y los Tratados Internacionales que estén de acuerdo con la misma.
- Ambos niveles de normas, las leyes y los tratados, deben estar acordes con lo que la Constitución señala, a este principio se le ha llamado “Supremacía Constitucional”.

La Constitución fue concebida desde su origen, como un documento de control y de limitación del poder. Por lo que se ha considerado a la Constitución como un elemento fundamental para la existencia de un Estado de Derecho y el régimen democrático.

Karl Loewenstein, señala que “(...) *la Constitución es el dispositivo fundamental para el control del proceso del poder,*”²¹ en ella encontramos las disposiciones que otorgan facultades y límites a los poderes constituidos, garantías, derechos y obligaciones a los ciudadanos, pero sobre todo, establecen los límites al ejercicio del poder por parte de las autoridades en sus actos y resoluciones hacia sus ciudadanos.

El doctor Héctor Fix Zamudio señala que: “*para que la constitución pueda desempeñar su papel clave en el orden jurídico, estatal y político, es preciso que se le reconozca cuando menos dos principios fundamentales, a saber: el principio de supremacía y el principio de inviolabilidad.*”²²

Al respecto se han dado lugar a varias cuestiones entre otras, la de fijar ¿cuáles son las Leyes Supremas del Congreso de la Unión? A las que hace partícipes del mismo nivel que la Constitución y de los tratados internacionales. Puede responderse al respecto, que las leyes del Congreso de la Unión son todas aquellas que conocemos como leyes federales o leyes ordinarias, o sea todas las que resulten del proceso

²¹ LOWESNSTEIN, Karl, *Teoría de la Constitución*, trad. Alfredo Gallego Anabiptare, Barcelona, Ariel, 1983, pp.149 y ss

²² FIX ZAMUDIO, Héctor, “*Derecho Constitucional Mexicano y Comparado*”, Porrúa, UNAM, Sexta Edición, México 2009, p.68 y ss

legislativo previsto en el artículo 72 de la Constitución, y que además deben guardar congruencia con la norma fundamental que es la Constitución.

Algunos autores difieren de este concepto, entre otros Don Mario de la Cueva y más recientemente Jorge Carpizo, señalan que no todas las leyes emanadas del Congreso de la Unión, pueden ser llamadas leyes supremas, y dicen:

“Si bien todas las leyes emanadas del congreso federal son formalmente idénticas, materialmente no lo son, pues alguna de ellas son la Constitución que se desarrolla, que se extiende y que se vivifica. Y estas leyes constitucionales son a las que se refiere el artículo 133.”²³

Los tratados internacionales deben ser congruentes o conservar una armonía frente a la propia Constitución y frente a las leyes expedidas por el Congreso y emanadas del Pacto Federal.

Mario de la Cueva *hace la distinción entre leyes constitucionales y derecho federal mexicano*. Para él, las primeras son material y formalmente emanadas de la constitución, en cambio las segundas solo emanan formalmente de ellas (pudiere tratarse de normas estatales si así lo hubiere juzgado conveniente el legislador). De este modo Mario de la Cueva ordena el orden jurídico mexicano en:

1. Constitución Federal
2. Leyes constitucionales y tratados, y
3. El derecho federal ordinario y el derecho local y, este último dividido según la ordenación de García Máynez.

En la interpretación del artículo 133 se plantea la siguiente pregunta: ¿Qué grado de armonía y congruencia deben guardar los tratados internacionales frente a la propia Constitución y frente a las leyes expedidas por el Congreso y emanadas del Pacto federal?

²³ CARPIZO, Jorge, *“Estudios Constitucionales”*, México, UNAM en: *La Gran enciclopedia Mexicana*, Instituto de Investigaciones Jurídicas. 1983, (citado en la obra *“Derechos del Pueblo Mexicano, México a través de sus Constituciones”*, p. 1183.

(...) “que los tratados internacionales no deben ser contrarios ni contener compromisos que resulten inconvenientes con el Texto de la Constitución o con las leyes que de ella emanen. Respecto al resto de las normas jurídicas que integran el sistema jurídico mexicano.

*Se ha dicho que un tratado anticonstitucional (se refiere al concepto amplio de constitucional, es decir a la Constitución y leyes constitucionales) no se puede aplicar al orden interno. Desde el punto de vista externo tampoco lo debe de aplicar el Estado aunque caiga en responsabilidad, y lo que debe hacer en estos casos es denunciarlo o por algún otro método jurídico, acabar con el monstruo que no tiene base constitucional para poder subsistir”.*²⁴

En cuanto a la celebración de los tratados internacionales, el presidente de la república también está limitado por la misma Constitución, al respecto Jorge Carpizo señala:

(...) “leyes constitucionales” que incluye el texto de la propia constitución y de las leyes emanadas de ella.

El presidente de la República no tiene más límites en su facultad negociadora internacional que las expresamente fijadas por la propia constitución, las señaladas en el artículo 15 de la misma”²⁵

Del mismo artículo 133, se desprende el llamado control difuso de la constitución que implica el que todo juzgador, federal o local, tiene el indeclinable deber hacer guardar la constitución sobre las normas secundarias que la contraríen. Ya que la Constitución es la ley suprema, ningún precepto puede contradecirla y como a los jueces les corresponde interpretar las leyes para decidir el derecho, a la luz de este precepto, estos tienen el deber inexcusable de no aplicar las leyes que contradigan a la ley suprema. El control difuso no ha sido aceptado por la doctrina jurisprudencial, no así por la Corte que no les concede competencia a otros órganos jurisdiccionales para que dejen de aplicar leyes inconstitucionales cuando se les presente el caso.

Los tribunales de Amparo se han orientado por sostener, que en nuestro régimen de derecho debe estarse al sistema de competencias que nos rige, según el cual el

²⁴ Idem.

²⁵ Idem.

Poder Judicial de la Federación puede hacer declaraciones de inconstitucionalidad y no tiene intervención la justicia local en la defensa de la constitucionalidad de las leyes.

La Suprema Corte de Justicia de la Nación, cuyo Tribunal Pleno apenas hace unos años fijó jurisprudencia en el sentido de que (...) **el artículo 133 constitucional no concede facultades a las autoridades ordinarias para ejercer el control difuso de la constitucionalidad, criterio que dio lugar a inconvenientes prácticos en lo relativo a la aplicación por autoridades ordinarias de la jurisprudencia de la Suprema Corte que decreta la inconstitucionalidad de una norma general, para el efecto de omitir su aplicación.**

V. Sistemas de control constitucional

Los sistemas de control constitucional se clasifican según el maestro Burgoa en:

- Por la naturaleza del órgano encargado del control constitucional
- Conforme al número de órganos que lo ejercen, y
- Por la orientación de la interpretación constitucional que requieren.

El control constitucional según la naturaleza del órgano que lo ejerce

A) Control constitucional por: a) órganos político; y, b) órgano jurisdiccional.

Conforme al órgano encargado del control constitucional, encontramos dos sistemas: el control por órgano *político* o por órgano *jurisdiccional*. Ambos poseen diferencias que los oponen, aunque en realidad las características de cada uno de ellos pueden mezclarse en la realidad, volviendo flexible la distinción que enseguida apuntaremos.

a) El control constitucional por **órgano político**:

- o La tutela del orden constitucional se encomienda a alguno de los tres poderes políticos tradicionales o a un órgano especial distinto de ellos.
- o La denuncia de inconstitucionalidad compete a un órgano estatal o a un conjunto de funcionarios.

c) Ante el órgano de control no se realiza un procedimiento contencioso, pues no se plantea la inconstitucionalidad de algún acto como una *litis*.

- d) Las declaraciones de inconstitucionalidad emitidas en él tienen efectos generales o *erga omnes*. Equivale al Consejo de Estado Constitucional.
- b) Por el sistema jurisdiccional:
 - o Se encomienda a un órgano judicial con competencia expresa para determinar la constitucionalidad de diversos actos.
 - o Está legitimado para iniciar el procedimiento correspondiente, el gobernado, a quien perjudica el acto tildado de inconstitucional.
 - o Ante el órgano jurisdiccional se lleva a cabo un auténtico procedimiento contencioso, cuya *litis* versa sobre la constitucionalidad o inconstitucionalidad del acto impugnado.
 - o Los efectos de la resolución dictada en él son relativos, es decir, sólo afectan a las partes que intervinieron en dicho procedimiento. Es el caso de México.

Control constitucional por vías de acción y de excepción.

- a) Por vía de *acción o directa*:

Por vía de acción se realiza a través de la impugnación del acto sancionado por una ley o disposición supuestamente violatoria de la Constitución, dentro de un proceso jurisdiccional previamente establecido por el Poder Judicial, para que se determine su nulidad.

- b) Por vía de *excepción, indirecta o incidental*.

Por vía de acción se realiza a través de la impugnación del acto sancionado por una ley o disposición supuestamente violatoria de la Constitución, dentro de un proceso jurisdiccional previamente establecido por el Poder Judicial, para que se determine su nulidad.

Por vía de excepción se desenvuelve a manera de defensa en un juicio o procedimiento previamente planteado, en el cual alguna de las partes reclama la inconstitucionalidad de una norma y del acto que ésta funda y le resulta perjudicial; la revisión judicial estadounidense es el ejemplo típico de esta forma de control constitucional.

Control constitucional según el número de órganos que lo ejercen.

Puede ser:

1. Concentrado y
2. Difuso.

- 1) El sistema de control constitucional *concentrado* -obra de Hans Kelsen- se distingue por el hecho de que un solo órgano es el competente para examinar una ley o acto, y determinar su conformidad con lo estipulado en la ley fundamental, al cual puede otorgarse la denominación de “tribunal constitucional”, “corte constitucional” u otra similar. Es únicamente este órgano quien tiene facultades para analizar y determinar que una determinada ley o acto contraviene lo dispuesto en la Constitución y privarlo de todo efecto jurídico.
- 2) Por el contrario, el control *difuso* implica que son múltiples los órganos a quienes se les ha encomendado la misión de velar por la eficacia de la Constitución. El control difuso podría manifestarse de diversos modos:
 - a) Otorgando exclusivamente a los órganos jurisdiccionales la facultad de estudiar la constitucionalidad de una ley o acto, y
 - b) Otorgando además dicha facultad a las autoridades administrativas, en relación con su propia actuación y la de sus subalternos a través de los medios de impugnación ordinarios; aunque en general únicamente se entiende por control difuso al primer supuesto.

El control constitucional mexicano es parcialmente de carácter difuso, pues a través del juicio de amparo son diversos los órganos jurisdiccionales que tienen a su cargo la decisión de conflictos sobre la constitucionalidad de algún acto de autoridad; aunque también es parcialmente concentrado, en cuanto corresponde únicamente al Pleno de la Suprema Corte de Justicia de la Nación, el conocimiento de las controversias constitucionales y las acciones de inconstitucionalidad.²⁶

²⁶ *Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos*, Artículo 105. La Suprema Corte de Justicia de la Nación conocerá, en los términos que señale la ley reglamentaria, de los asuntos siguientes:

I. De las controversias constitucionales que, con excepción de las que se refieran a la materia electoral y a lo establecido en el artículo 46 de esta Constitución, se susciten entre:

- a) La Federación y un Estado o el Distrito Federal;
- b) La Federación y un municipio;
- c) El Poder Ejecutivo y el Congreso de la Unión; aquél y cualquiera de las Cámaras de éste o, en su caso, la Comisión Permanente, sean como órganos federales o del Distrito Federal;
- d) Un Estado y otro;
- e) Un Estado y el Distrito Federal;
- f) El Distrito Federal y un municipio;
- g) Dos municipios de diversos Estados;
- h) Dos Poderes de un mismo Estado, sobre la constitucionalidad de sus actos o disposiciones generales;
- i) Un Estado y uno de sus municipios, sobre la constitucionalidad de sus actos o disposiciones generales;
- j) Un Estado y un municipio de otro Estado, sobre la constitucionalidad de sus actos o disposiciones generales; y
- k) Dos órganos de gobierno del Distrito Federal, sobre la constitucionalidad de sus actos o disposiciones generales que las controversias versen sobre disposiciones generales de los Estados o de los municipios impugnadas por la Federación, de los municipios impugnadas por los Estados, o en los casos a que se refieren los incisos c), h) y k) anteriores, y la resolución de la Suprema Corte de Justicia las declare inválidas, dicha resolución tendrá efectos generales cuando hubiera sido aprobada por una mayoría de por lo menos ocho votos. En los demás casos, las resoluciones de la Suprema Corte de Justicia tendrán efectos únicamente respecto de las partes en la controversia.

II. De las acciones de inconstitucionalidad que tengan por objeto plantear la posible contradicción entre una norma de carácter general y esta Constitución.

Las acciones de inconstitucionalidad podrán ejercitarse, dentro de los treinta días naturales siguientes a la fecha de publicación de la norma, por:

- a) El equivalente al treinta y tres por ciento de los integrantes de la Cámara de Diputados del Congreso de la Unión, en contra de leyes federales o del Distrito Federal expedidas por el Congreso de la Unión;
- b) El equivalente al treinta y tres por ciento de los integrantes del Senado, en contra de leyes federales o del Distrito Federal expedidas por el Congreso de la Unión o de tratados internacionales celebrados por el Estado Mexicano.

Por lo anterior, con la expresión “control difuso” nos referiremos a la facultad que tienen todos los órganos jurisdiccionales, en vía de excepción, de estudiar la constitucionalidad de normas generales, especialmente, y omitir su aplicación en un caso concreto o, si se tratase de actos *stricto sensu*, declarar su nulidad.

El control constitucional según la orientación de la interpretación constitucional requerida.

El control de la constitucionalidad se encuentra íntimamente ligado con la interpretación de la ley fundamental, problema complejo que aún no acaba de discutir la doctrina -y probablemente no lo hará-, pues “*el control de constitucionalidad supone realizar un contraste entre una norma legal y otra constitucional, para determinar si la primera (...) es compatible con la segunda*”²⁷ lo que necesariamente entraña determinar el alcance del supuesto normativo de alguna disposición constitucional, mediante la atribución a ésta de un significado específico y claramente delimitado.

De acuerdo con este criterio, clasificamos el control constitucional en: a) Abstracto y b) Concreto. Esta división tiene su origen en la doctrina jurídica alemana.

El control abstracto de la constitucionalidad, obviamente sólo aplicable a normas generales ordinarias, estriba en la mera comparación entre éstas y los preceptos de la Constitución, con el fin de determinar si contravienen o no, las disposiciones contenidas en la norma suprema, con absoluta independencia de su modalidad de aplicación; es decir, en esta clase de control no se estudiará un caso concreto en el cual sea aplicada la norma ordinaria impugnada, cuyos elementos contingentes podrían limitar y determinar la percepción del sentido de las normas constitucional y ordinaria en cuestión, y determinar la decisión de inconstitucionalidad que se busca, pues “*la dialéctica del caso concreto tendrá, por lo general, un juego importante*”.²⁸

El control concreto, por otro lado, implica la existencia de un caso específico de aplicación de una norma general, que afecta a determinados sujetos con diversas particularidades que lo singularizan, y otorgan una perspectiva especial a la forma de aplicar las normas jurídicas en juego.²⁹

²⁷ Op. Cit., p. 79

²⁸ Idem.

²⁹ Idem.

La diferencia entre la interpretación requerida en los señalados tipos de control constitucional, estriba en su orientación. El control abstracto requiere una interpretación orientada por el solo texto de la norma constitucional, en tanto el concentrado una interpretación orientada también por los hechos particulares a estudio, denominadas respectivamente por Jerzy Wróblewski interpretaciones *text-oriented* y *facts-oriented*, y que debido a sus mencionadas discrepancias obtienen diferentes resultados.³⁰

En México la Suprema Corte de Justicia de la Nación es el órgano que se erige como tribunal de control concentrado de la constitución, a partir de la reforma de 1987, y posteriormente en 1994 en donde se ampliaron los supuestos de procedencia y se implementaron otras formas de control de la constitucionalidad:

El Juicio de Amparo, a través de la sentencia se culmina con la actividad jurisdiccional, por el que la Suprema Corte, el Tribunal Colegiado de Circuito o el Juez de Distrito resuelven si se concede, niega o sobresee el amparo solicitado contra el acto reclamado de la autoridad responsable.

Características del Juicio de Amparo:

- o Las sentencias solo amparan a quienes interpusieron el juicio de Amparo (Artículo 76 de la Ley de Amparo)
- o Su efecto es el de restituir al agraviado en el goce de sus garantías individuales. (Artículo 80 de Ley de Amparo)
- o Que la autoridad responsable deje insubsistente el acto reclamado para que resuelva en los términos precisados en la ejecutoria, purgando las violaciones que haya cometido en contra del quejoso.

³⁰ LIFANTE VIDAL, Isabel, *La interpretación jurídica en la teoría del Derecho contemporánea*. Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, 1999, localizado en: http://www.tc.gob.pe/cec/themes/bluemarine/diplomado/tema5_Lifante_vidal_interpretacion.pdf, el 9 de noviembre de 2009, señala: (...) “podemos llamar interpretación sensu largissimo e interpretación sensu largo. La primera -dice Wróblewski- se da cuando se trata de “la comprensión de cualquier objeto en tanto que fenómeno cultural”, mientras que la segunda, más restringida, se predica únicamente de entidades lingüísticas. En esta misma clasificación, Wróblewski introduce una tercera categoría: la interpretación stricto sensu, entendiéndolo por tal “la determinación de un significado de una expresión lingüística cuando existen dudas referentes a ese significado en un caso concreto de comunicación”.

Las sentencias que conceden Amparo son:

- o Definitivas, resuelven el fondo de la litis constitucional planteada.
- o De condena en cuanto que obliga a la autoridad responsable a restituir al agraviado el pleno goce de la garantía violada.
- o Declarativas, cuando establece que el acto reclamado es contrario a la constitución (artículo 107 Constitucional, y 76, 78, 79 y 227 de la Ley de Amparo)

Amparo contra Leyes

La Corte ha establecido el principio de congruencia externa de las sentencias en tanto que éstas deben dictarse en concordancia con la demanda y la contestación de la demanda.

Las Controversias Constitucionales

Controversia Constitucional es el juicio que se promueve en única instancia ante la Suprema Corte de Justicia de la Nación, cuando se suscitan conflictos entre poderes o niveles de gobierno, y lo que en ellas se controvierte es si alguno de ellos afecta a otro en su esfera competencial, contraviniendo con ello a la Constitución Federal

Las resuelve la Suprema Corte de Justicia de la Nación, y sus resoluciones en algunos casos tiene efectos generales, (para todo gobernado siempre) y cuando sean aprobadas por la mayoría de por lo menos ocho votos, sus declaraciones o sentencias son declarativas de invalidez, y en algunos casos sus resoluciones solo tienen efectos respecto de las partes en controversia, es decir solo benefician o perjudican a las partes en conflicto.

Sólo pueden plantearse problemas sobre:

- Invasión de esferas.
- Violaciones a la constitución (careciendo de atribuciones para conocer sobre violaciones indirectas a la Constitución)
- Violaciones de modo fundamental con el acto o la ley reclamados.
- Todo tipo de violaciones a la Constitución.

Las Acciones de Inconstitucionalidad

Acción de Inconstitucionalidad es el procedimiento que se lleva, en única instancia ante la Suprema Corte de Justicia de la Nación, por órganos legislativos minoritarios, partidos políticos con registro federal o estatal, o por el Procurador General de la República. A través de ésta, se denuncia la posible contradicción entre una ley o un tratado internacional por una parte, y la Constitución por la otra, con el objeto de invalidar la ley o el tratado impugnados para que prevalezcan los mandatos constitucionales.

Están reguladas por la fracción II de dicho artículo 105, éstas se interponen cuando tienen por objeto plantear la posible contradicción entre una norma de carácter general y la constitución federal, y sólo las pueden promover.

- a. El 33% de los integrantes de la Cámara de Diputados del Congreso de la Unión, en contra de leyes federales o del Distrito Federal expedidas por el Congreso de la Unión;
- b. El 33% de los integrantes del Senado, en contra de leyes federales o del Distrito Federal expedidas por el Congreso de la Unión o de tratados internacionales celebrados por el Estado Mexicano;
- c. El Procurador General de la República, en contra de leyes de carácter federal, estatal y del Distrito Federal, así como de tratados internacionales celebrados por el Estado Mexicano;
- d. El 33% de los integrantes de alguno de los órganos legislativos estatales, en contra de leyes expedidas por el propio órgano;
- e. El 33% de los integrantes de la Asamblea Legislativa del Distrito Federal, en contra de leyes expedidas por la propia Asamblea; y
- f. Los Partidos Políticos con registro ante el Instituto Federal Electoral, por conducto de sus dirigencias nacionales, en contra de leyes electorales federales o locales; y los partidos políticos con registro estatal, a través de sus dirigencias, exclusivamente en contra de leyes electorales expedidas por el órgano legislativo del Estado que les

otorgó el registro. La única vía para plantear la no conformidad de las leyes electorales a la Constitución es la prevista en este artículo.

g. La Comisión Nacional de los Derechos Humanos, en contra de leyes de carácter federal, estatal y del Distrito Federal, así como de tratados internacionales celebrados por el Ejecutivo Federal y aprobados por el Senado de la República, que vulneren los derechos humanos consagrados en esta Constitución. Asimismo, los organismos de protección de los derechos humanos equivalentes en los estados de la República, en contra de leyes expedidas por las legislaturas locales y la Comisión de Derechos Humanos del Distrito Federal, en contra de leyes emitidas por la Asamblea Legislativa del Distrito Federal.

En estas acciones de inconstitucionalidad, las sentencias de la Suprema Corte sólo pueden declarar la invalidez de las normas impugnadas siempre que fueren aprobadas por una mayoría de cuando menos ocho votos.

A través de éstas se pueden invalidar las normas de carácter general, mediante el voto de 8 ministros, o de remitir en su caso los asuntos que considere convenientes a las salas o a los tribunales colegiados para una mejor impartición de justicia.

El criterio de la Suprema Corte de Justicia de la Nación, es contrario al espíritu del constituyente de 1917, al oponerse a que se realice el control difuso de la Constitución. Y solo pueda llevarse a cabo controles constitucionales por medio del juicio de amparo, la acción de constitucionalidad y la controversia constitucional.

Efectos en las sentencias:³¹

En el Juicio de Amparo:

- o No son derogatorios de la norma determinada inconstitucional, sino que sólo protege al quejoso que impugnó la norma. Pero la norma sigue vigente y aplicable.

³¹ CRUZ QUIRÓZ, Osmar Armando, *"Efectos en las Controversias Constitucionales y Acciones de Inconstitucionalidad"*.

En las Controversias Constitucionales los efectos de las sentencias son:

- o Efectos vinculatorios: cuando versen sobre disposiciones generales de los Estados y Municipios,
- o Efectos generales: Cuando las controversias versen sobre disposiciones generales de los Estados y los Municipios, impugnadas por la Federación.
- o De los Municipios impugnadas por los Estados. Y que la SCJN las declare inválidas. Cuando son votadas por ocho votos.

En las Acciones de Inconstitucionalidad:

- o Efecto *erga omnes* o efectos generales y deberá ser votada por ocho Ministros.
- o Producirá efectos a partir de la fecha que determine la Suprema Corte de Justicia de la Nación.
- o No tendrá efectos retroactivos, salvo en materia penal, en la que regirán los principios generales y disposiciones legales aplicables de esa materia.
- o Declarativos y futuros.
- o Aunque hayan sido declaradas inconstitucionales las normas vigentes, toda vez que se determina la invalidez.

Cabe aclarar que en éste caso se promueven las acciones de inconstitucionalidad por autoridades, ya sea partidos políticos u órganos del Estado, por lo que generalmente se realizan por motivaciones políticas de inconveniencia de una ley que va a afectar a un grupo o una situación en la que se tiene interés político y no jurídico, ante el Poder Judicial de la Federación.

En materia electoral se replanteó de nuevo el problema del control difuso de la constitución, y al respecto el doctor José Ramón Cossío aportó una opinión al respecto cuando era director de la Escuela de Derecho del ITAM, publicó en la revista "Este País," un estudio con el título "El indebido monopolio constitucional-electoral de la Suprema Corte de Justicia,"³² en el que, a manera de conclusión, expuso:

³² citado por GUDIÑO PELAYO, José de Jesús, en "Lo Confuso del control difuso de la Constitución". Ob. Cit.

“(...) el hecho de que el artículo 105 disponga en su fracción II que las acciones de inconstitucionalidad son la única vía para lograr el control de las normas electorales, en modo alguno puede confundirse por la posibilidad de llevar a cabo un control difuso de las mismas. Así, la Corte hubiera resuelto de un modo más acorde con la Constitución si hubiera reiterado que, por un lado, sólo ella puede declarar la inconstitucionalidad de las normas electorales en las partes considerativas y resolutivas de sus fallos y, simultáneamente, que el Tribunal Electoral podía dejar de aplicar las normas electorales estimadas contrarias a la Constitución al apreciar la constitucionalidad de un acto o resolución en la materia, sin declarar la inconstitucionalidad de las primeras en la parte resolutive de sus decisiones. Hoy, sin embargo, lo que tenemos es el acrecentamiento del indebido monopolio de la Suprema Corte de Justicia en la materia constitucional-electoral.”³³

Con motivo de la resolución de la contradicción de tesis número 2/2002 suscitada entre el Pleno de la Corte y la Sala Superior del Tribunal Electoral del Poder Judicial de la Federación, en la que se estableció que el Tribunal Electoral es incompetente para pronunciarse respecto a la constitucionalidad de leyes electorales, por ser una potestad que, conforme al texto constitucional, sólo puede ejercer la Suprema Corte a través de las acciones de inconstitucionalidad. Del artículo 105 cuando dice que: *“La única vía para plantear la no conformidad de las leyes electorales a la Constitución es la prevista en este artículo”*.

Reconoce que el tema cobra vigencia de tiempo en tiempo y es retomado por algunas constituciones estatales que han incluido el control difuso dentro de su normatividad, como: La Constitución de Coahuila, artículo 158, párrafo 3, por reforma publicada en el *Periódico Oficial* del 20 de marzo de 2001; en sentido similar, la Constitución de Veracruz, artículo 624, fracción IV, por reforma publicada en la *Gaceta Oficial* del 3 de febrero de 2000; la diversa de Chiapas, artículo 56, fracción IV, por reforma publicada en el *Periódico Oficial* de 6 de noviembre de 2002.

³³ Citado en *“Lo confuso del control difuso de la constitución”*, GUDIÑO PELAYO, José de Jesús, localizado en: <http://www2.scjn.gob.mx/Ministros/ministrogp/publicaciones/articulos/ccd.pdf>, consultado el 14 de octubre de 2009, [COSSÍO DÍAZ, José Ramón. *“El indebido monopolio constitucional-electoral de la Suprema Corte de Justicia”*, revista *“Este País”*, No. 35, octubre de 2002. p. 39]

VI. Control Difuso sistema norteamericano. Caso Marshal contra Marbury

El control difuso de la Constitución, también denominado control constitucional por vía de 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,⁸ a partir de la sentencia dictada por John Marshall en el caso Marbury vs. Madison³⁴.

El caso Marbury representa y ejemplifica a una de las posibles vías para garantizar la supremacía constitucional “el papel de los jueces ante las leyes inconstitucionales”, y (...) *“la sentencia que se dictó en su momento no se refiere solamente al papel del juez ante la ley inconstitucional, sino que trata sobre todo del lugar de la Constitución frente a la ley y, por vía de consecuencia, frente al resto del ordenamiento jurídico. La Constitución se impone en caso de que haya contradicciones entre su contenido y cualquier otra norma jurídica”*.³⁵

Este caso identifica el sistema norteamericano de control de la constitución, que consiste en el poder otorgado a todos los jueces, con independencia de su jerarquía, para dejar de aplicar las leyes cuando las consideren inconstitucionales, es decir: a este sistema se le llama “Control Difuso de la Constitución”, ya que se extiende a todos los jueces de Los Estados Unidos de Norteamérica.

Sin embargo, el Ministro Gudiño Pelayo sostiene:

“El tema me apasionó desde que cursé la materia “Garantías y Amparo”, que impartía de manera brillante y cautivadora el maestro Jorge Gabriel García Rojas y mi posición al respecto ha ido cambiando con el paso del tiempo. De ser un partidario a ultranza de la procedencia de control difuso en nuestro sistema constitucional, adopté una postura mucho más moderada y cercana –aunque sin coincidir en aspectos sustanciales– con la sustentada por la reciente jurisprudencia en la Corte, porque expongo precisiones, matices y distinciones que no se toman en consideración en las ejecutorias de la Suprema Corte y que, a mi juicio, son imprescindibles para un adecuado planteamiento y solución del problema.

³⁴ CARBONELL Miguel “Marbury versus Madison: en los orígenes de la supremacía constitucional y el control constitucional” localizado en: http://www.iidpc.org/revistas/5/pdf/303_314.pdf, consultado el 14 de octubre de 2009.

³⁵ Idem.

“¿A qué atribuyo este cambio en mis convicciones? Fundamentalmente, a que la reflexión sobre este tópico me ha conducido a una lectura del artículo 133 constitucional que considero más acorde con nuestra tradición jurídica, distinta, por supuesto, de la lectura que podría dársele desde la perspectiva de la tradición del derecho anglo-americano³⁶

“Agrega el Ministro Gudiño en su estudio sobre el control difuso de la constitución, que:

“(…)

“El artículo 133 establece dos principios con claridad: primero, el de la supremacía de la Constitución; y, segundo, el de la primacía del orden federal sobre el local, cuando coincidan en una misma materia. Primacía significa preferencia, no jerarquía, aunque algunos autores, como Eduardo García Maynes, hablan de subordinación del orden local al federal.

“(…)

“Se debe (...) Reconocer que el artículo 133 constitucional establece dos principios distintos, aunque estrechamente vinculados, como lo están todos los contenidos de manera expresa o implícita en la Carta Magna: el de supremacía, referido en forma exclusiva a la Constitución y el de primacía del orden federal sobre el local en las materias en que concurren ambas normatividades, debe constituir el punto de partida para abordar el problema del control difuso en México.

“Confundir ambos principios es lo que ha llevado a distinguidos autores a considerar este precepto, de suyo claro, como confuso y ajeno a nuestra tradición constitucional, cuando lo único que hace es disciplinar las partes al todo que es la Federación o la Unión, como la designa la Constitución”

Al respecto considero que realiza una interpretación ampliada del concepto al entrar al análisis de la supremacía federal sobre la estatal, cuando lo que es materia de análisis es únicamente la supremacía constitucional que se refiere a las normas dentro del orden jurídico. La Constitución establece principios generales bajo los cuales las leyes del orden jurídico deberán ajustarse, como lo son las garantías constitucionales,

³⁶ GUDIÑO PELAYO José de Jesús, “Lo confuso del control difuso de la constitución”, localizado en: <http://www2.scjn.gob.mx/Ministros/ministrogp/publicaciones/articulos/ccd.pdf>, consultado el 4 de octubre de 2009.

los principios fundamentales que deberán imperar dentro de una sociedad. La forma de articular estas normas, en la jerarquía de su aplicación dentro de un sistema federal, es materia de otro artículo de la Constitución que establece la claramente la competencia federal y estatal.

Finalmente señala que:

“(…)

“La primera parte del artículo 133 consagra, como se ha dicho, el principio de supremacía de la Constitución al establecer que todas las leyes (federales y locales) y tratados deben estar conforme a ella. Por otra parte, existe como condición de eficacia para la operación de todo régimen constitucional la presunción de constitucionalidad de todas las normas del sistema, lo contrario haría inviable al sistema jurídico en su totalidad; exigir un certificado de constitucionalidad antes de aplicar cualquier norma jurídica es inimaginable. En consecuencia, podría enunciarse el principio: “Toda norma se presume constitucional hasta que se demuestre lo contrario”.

“Queda, entonces, una última pregunta: ¿Por qué hemos de imitar a los Estados Unidos hasta en sus carencias, cuando, por lo menos en este aspecto, tenemos una Constitución superior a la de ellos?

“¿es posible, en una correcta técnica constitucional, derivar de la interpretación de preceptos aislados medios de control constitucional distintos a los establecidos de manera expresa por el constituyente, siendo que integran todo un sistema de defensa del individuo contra violaciones a la Constitución que afectan su esfera jurídica y entre los que destacadamente se prevé un medio de control de leyes?”

La respuesta que estimo correcta es NO, porque considero que el sistema de control constitucional, en particular el de las leyes, es un sistema cerrado porque establece competencias expresas para dicho control, específicamente en los artículos 103, 107 y 105 constitucionales. De la expresión de que “ (...) *todas las leyes federales y los tratados deban estar de acuerdo con la Constitución (...)*” no puede derivarse una competencia genérica para que todos los jueces estén facultados para no aplicar la ley que les parece inconstitucional, pues para eso se establece, reitero, un sistema de competencias expresas.

¿Pero qué sucede con otros tribunales o autoridades administrativas en el caso del Tribunal Federal de Justicia Fiscal y Administrativa, que tiene una amplia competencia sobre las resoluciones que emite la administración pública en México, y tiene conocimiento en primera instancia de las impugnaciones de los particulares respecto de las resoluciones que se les imponen, y en algunas ocasiones se hacen planteamientos sobre leyes inconstitucionales, o del análisis jurídico que se realiza del asunto, se puede advertir de la inconstitucionalidad de una norma por lo que merece un análisis por separado.

VII. Tribunal Federal de Justicia Fiscal y Administrativa

El 1º de enero de 1937, entró en vigor la Ley de Justicia Fiscal y con ella inician las actividades del entonces Tribunal Fiscal de la Federación, nace con la competencia en materia fiscal; ha evolucionado y cambiado en el tiempo la competencia del Tribunal y los alcances de sus sentencias. En el Diario Oficial de la Federación del 31 de diciembre de 2000, se reforman la Ley Orgánica del Tribunal Fiscal de la Federación y el Código Fiscal de la Federación. Conforme al primer ordenamiento citado, se reformó la denominación de Tribunal Fiscal de la Federación por la de Tribunal Federal de Justicia Fiscal y Administrativa, y además se volvió a reformar la fracción XIII del artículo 11 de esa ley, con el fin de establecer la competencia, no sólo para resolver los juicios en contra de resoluciones que concluyan el recurso de revisión de la Ley Federal de Procedimiento Administrativo, sino también para conocer de las controversias respecto de los actos dictados por las autoridades administrativas, que pongan fin a un procedimiento administrativo, a una instancia o resuelvan un expediente, en los términos de la referida ley procedimental; asimismo se incorporó la competencia para conocer demandas contra *resoluciones negativas fictas* configuradas en las materias que son de la competencia de dicho Tribunal.

El Tribunal ejerce un control de legalidad de las resoluciones administrativas que son sometidas a su deliberación. El control de legalidad se funda en la necesidad de proteger el orden jurídico, con la finalidad de mantener la legalidad de la actividad del Estado.

Su competencia está señalada en el artículo 14 de la Ley Orgánica del Tribunal Federal de Justicia Fiscal y Administrativa.- El Tribunal Federal de Justicia Fiscal y

Administrativa conocerá de los juicios que se promuevan contra las resoluciones definitivas, actos administrativos y procedimientos que se indican³⁷.

³⁷ **I.** Las dictadas por autoridades fiscales federales y organismos fiscales autónomos, en que se determine la existencia de una obligación fiscal, se fije en cantidad líquida o se den las bases para su liquidación;

II. Las que nieguen la devolución de un ingreso de los regulados por el Código Fiscal de la Federación, indebidamente percibido por el Estado o cuya devolución proceda de conformidad con las leyes fiscales;

III. Las que impongan multas por infracción a las normas administrativas federales;

IV. Las que causen un agravio en materia fiscal distinto al que se refieren las fracciones anteriores;

V. Las que nieguen o reduzcan las pensiones y demás prestaciones sociales que concedan las leyes en favor de los miembros del Ejército, de la Fuerza Aérea y de la Armada Nacional o de sus familiares o derechohabientes con cargo a la Dirección de Pensiones Militares o al erario federal, así como las que establezcan obligaciones a cargo de las mismas personas, de acuerdo con las leyes que otorgan dichas prestaciones.

Cuando para fundar su demanda el interesado afirme que le corresponde un mayor número de años de servicio que los reconocidos por la autoridad respectiva, que debió ser retirado con grado superior al que consigne la resolución impugnada o que su situación militar sea diversa de la que le fue reconocida por la Secretaría de la Defensa Nacional o de Marina, según el caso; o cuando se versen cuestiones de jerarquía, antigüedad en el grado o tiempo de servicios militares, las sentencias del Tribunal Federal de Justicia Fiscal y Administrativa sólo tendrán efectos en cuanto a la determinación de la cuantía de la prestación pecuniaria que a los propios militares corresponda, o a las bases para su depuración;

VI. Las que se dicten en materia de pensiones civiles, sea con cargo al erario federal o al Instituto de Seguridad y Servicios Sociales de los Trabajadores del Estado;

VII. Las que se dicten en materia administrativa sobre interpretación y cumplimiento de contratos de obras públicas, adquisiciones, arrendamientos y servicios celebrados por las dependencias y entidades de la Administración Pública Federal;

VIII. Las que nieguen la indemnización o que, por su monto, no satisfagan al reclamante y las que impongan la obligación de resarcir los daños y perjuicios pagados con motivo de la reclamación, en los términos de la Ley Federal de Responsabilidad Patrimonial del Estado o de las leyes administrativas federales que contengan un régimen especial de responsabilidad patrimonial del Estado;

IX. Las que requieran el pago de garantías a favor de la Federación, el Distrito Federal, los Estados o los Municipios, así como de sus entidades paraestatales;

X. Las que traten las materias señaladas en el artículo 94 de la Ley de Comercio Exterior;

Las dictadas por las autoridades administrativas que pongan fin a un procedimiento administrativo, a una instancia o resuelvan un expediente, en los términos de la Ley Federal de Procedimiento Administrativo;

XII. Las que decidan los recursos administrativos en contra de las resoluciones que se indican en las demás fracciones de este artículo;

XIII. Las que se funden en un tratado o acuerdo internacional para evitar la doble tributación o en materia comercial, suscrito por México, o cuando el demandante haga valer como concepto de impugnación que no se haya aplicado en su favor alguno de los referidos tratados o acuerdos;

XIV. Las que se configuren por negativa ficta en las materias señaladas en este artículo, por el transcurso del plazo que señalen el Código Fiscal de la Federación, la Ley Federal de Procedimiento Administrativo o las disposiciones aplicables o, en su defecto, en el plazo de tres meses, así como las que nieguen la expedición de la constancia de haberse configurado la resolución positiva ficta, cuando ésta se encuentre prevista por la ley que rija a dichas materias.

No será aplicable lo dispuesto en el párrafo anterior en todos aquellos casos en los que se pudiere afectar el derecho de un tercero, reconocido en un registro o anotación ante autoridad administrativa, y

XV. Las señaladas en las demás leyes como competencia del Tribunal.

Para los efectos del primer párrafo de este artículo, las resoluciones se considerarán definitivas cuando no admitan recurso administrativo o cuando la interposición de éste sea optativa.

El Tribunal Federal de Justicia Fiscal y Administrativa conocerá de los juicios que promuevan las autoridades para que sean anuladas las resoluciones administrativas favorables a un particular, siempre que dichas resoluciones sean de las materias señaladas en las fracciones anteriores como de su competencia.

El artículo 15. El Tribunal Federal de Justicia Fiscal y Administrativa conocerá de los juicios que se promuevan contra las resoluciones definitivas por las que se impongan sanciones administrativas a los servidores públicos en términos de la Ley Federal de Responsabilidades Administrativas de los Servidores Públicos, así como contra las que decidan los recursos administrativos previstos en dicho ordenamiento.

En el año 2002, se adicionó el artículo 113 de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos para permitir que el Estado responda de los daños que cause a los bienes o derechos de los particulares por motivo de su actividad irregular.

La Ley de Responsabilidad Patrimonial del Estado de 14 de julio de 2002 adicionó el artículo 113 de la Constitución.

Este Tribunal tiene actualmente la posibilidad de anular actos ilegales, reconocer derechos o incluso constituirlos. Es un Tribunal autónomo de plena jurisdicción, puede otorgar la suspensión del acto reclamado.

El Tribunal al ser un tribunal de legalidad, no tiene competencia en resolver impugnaciones de constitucionalidad de las leyes, sin embargo, es la primera instancia jurisdiccional que analiza las impugnaciones que se hacen de las resoluciones administrativas en las que la autoridad aplicó la ley.

El 29 de agosto de 2002, el Pleno de la Suprema Corte de Justicia de la Nación aprobó por unanimidad de diez votos el criterio por el cual resolvió la contradicción de tesis 6/2002, entre las sustentadas por el Primer Tribunal Colegiado en Materia Administrativa del Primer Circuito y los Tribunales Colegiados Tercero y Cuarto en Materia Administrativa del Primer Circuito, Primero del Decimocuarto Circuito y Segundo del Vigésimo Primer Circuito. El rubro y el texto de la mencionada jurisprudencia son los siguientes:

“JURISPRUDENCIA SOBRE INCONSTITUCIONALIDAD DE UNA LEY. EL TRIBUNAL FEDERAL DE JUSTICIA FISCAL Y ADMINISTRATIVA SE ENCUENTRA OBLIGADO A APLICARLA, SIEMPRE QUE SEA PROCEDENTE, AL JUZGAR LA LEGALIDAD DE UN ACTO O RESOLUCIÓN FUNDADOS EN ESA LEY. De acuerdo con lo establecido por los artículos 94, párrafo octavo, de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos y 192 de la Ley de Amparo, que fijan los términos en que será obligatoria la jurisprudencia de la Suprema Corte de Justicia de la Nación, el Tribunal Jurisdiccional referido debe aplicar la jurisprudencia sustentada sobre la inconstitucionalidad de una ley, porque en el último dispositivo citado no se hace ningún distingo sobre su obligatoriedad atendiendo a la materia sobre la que versa; además, si bien es cierto que los tribunales de esa naturaleza carecen de competencia para resolver sobre la constitucionalidad de leyes, también lo es que al aplicar la jurisprudencia sobre esa cuestión se limitan a realizar un estudio de legalidad relativo a si el acto o resolución impugnados respetaron el artículo 16 constitucional, concluyendo en sentido negativo al apreciar que se sustentó en un precepto declarado inconstitucional por jurisprudencia obligatoria de la Suprema Corte, sin que sea aceptable el argumento de que al realizar ese estudio se vulnera el principio de relatividad de las sentencias de amparo, pues éste se limita a señalar que en las mismas no se podrá hacer una declaración general sobre la inconstitucionalidad de la ley o acto que motivare el juicio y que sólo protegerán al individuo que solicitó la protección constitucional, ya que en el supuesto examinado el Tribunal Federal de Justicia Fiscal y Administrativa, al cumplir con la obligación que se le impone de aplicar la jurisprudencia en relación con el caso concreto que resuelve, no invalida la ley ni declara su inaplicabilidad absoluta.

“Por otro lado *la obligatoriedad referida responde al principio de supremacía constitucional establecido en el artículo 133 de la Carta Fundamental*, conforme al cual **no deben subsistir los actos impugnados ante un tribunal cuando se funden en preceptos declarados jurisprudencialmente por la Suprema Corte como contrarios a aquélla**. El criterio aquí sostenido no avala, obviamente, la incorrecta aplicación de la jurisprudencia que declara inconstitucional una ley, de la misma manera que, guardada la debida proporción, una norma legal no se ve afectada por su incorrecta aplicación (*cursivas añadidas*).

Los argumentos que sostienen el criterio de la Suprema Corte de Justicia de la Nación de la tesis anterior de acuerdo con el Considerando Séptimo de la ejecutoria que los contiene, son los siguientes:³⁸

“El actual Tribunal Federal de Justicia Fiscal y Administrativa queda comprendido dentro de los órganos obligados a acatar la jurisprudencia de la Suprema Corte de Justicia de la Nación.

“El artículo 192 de la Ley de Amparo establece la obligatoriedad de la jurisprudencia sin hacer distinción alguna, o sea, en forma general, y que ante ello cabe aplicar el principio de derecho relativo a que donde la ley no distingue no debe hacerse distinción.

“Al aplicarse la jurisprudencia el Juez o Tribunal hacen suyas las razones contenidas en la tesis (...) En este supuesto no se hace un examen del tema debatido y resuelto por la jurisprudencia. Ésta, simplemente se aplica porque es obligatoria, independientemente de que el Juez o tribunal compartan o no sus razonamientos y el sentido de los mismos. Esta conclusión equivale a una imposición de criterio, que aunque es de un superior jerárquico, no significa que haya sido la mejor interpretación, o se adapte al caso en estudio.

“El Magistrado Ponente no estudia el problema de constitucionalidad, pues ello quien lo hizo fue la Suprema Corte al establecer la jurisprudencia (...) No se establece por el tribunal obligado por la jurisprudencia que la ley en que se apoyó el acto impugnado es inconstitucional sino sólo que el referido acto es ilegal por fundarse en un precepto considerado inconstitucional por la Suprema Corte en jurisprudencia que estaba obligada a aplicar, independientemente de que la compartiera o no. Mismo comentario que el anterior.

“No se están dando efectos generales a la determinación de inconstitucionalidad de la ley relativa, impidiendo la aplicación de la ley por parte de las autoridades

³⁸ Análisis realizado en el artículo “El control Difuso de la Constitucionalidad en México. Reflexiones en torno a la tesis P/J. 38/2002, de SÁNCHEZ GIL, Rubén, publicada en: Red de Revistas Científicas de América Latina y el Caribe, España y Portugal Sistema de Información Científica Redalyc localizado en: <http://redalyc.uaemex.mx/redalyc/src/inicio/ArtPdfRed.jsp?iCve=88501107>, consultado el 23 de octubre de 2009.

administrativas encargadas de ejecutarla, pues la aplicación de la jurisprudencia que llevará a la inobservancia del precepto legal será realizada por los tribunales a los que el propio texto constitucional les impone el deber de aplicarla y sólo en los casos concretos sometidos a su jurisdicción. Lo que significa que sólo se sigue una instrucción pero no independencia en su valoración, y sobre todo no se le permite realizar un control difuso de la constitución.

“La interpretación armónica de los anteriores preceptos transcritos [107 fracción II de la Constitución y 76 y 76 bis fracción I de la Ley de Amparo] que consignan, por una parte, el principio de relatividad de las sentencias de amparo (...) y, por la otra, la procedencia en los juicios de amparo de la suplencia de la deficiencia de la queja, en cualquier materia, cuando el acto reclamado se funde en leyes declaradas inconstitucionales por la jurisprudencia de la Suprema Corte de Justicia de la Nación (...) llevan a concluir que el principio de relatividad no se opone en forma alguna a que un tribunal de legalidad, en aplicación de la jurisprudencia que declare la inconstitucionalidad de una ley, determine la nulidad del acto que en ella se funde.

“Una interpretación contraria a la anterior llevaría a sostener que el legislador estableció principios contrapuestos entre sí, que impedirían su aplicación.

“La anulación de un acto en aplicación de una jurisprudencia que declare la inconstitucionalidad de la ley que lo funda [significa] exclusivamente el análisis de legalidad consistente en que dicho acto transgrede el artículo 16 constitucional al encontrarse fundado en una ley que ha sido determinada contraria a la carta magna, haciéndose prevalecer con ello el orden constitucional en términos de lo dispuesto en el artículo 133 de la Constitución Federal

“Lo establecido en la tesis P./J. 38/2002 llegue a admitir que los tribunales ordinarios omitan la aplicación de alguna norma ordinaria, porque ésta resulta inconstitucional según una tesis aislada de la Suprema Corte o de un Tribunal Colegiado, puesto que dicho criterio se funda esencialmente en el carácter vinculante que la jurisprudencia -entendida stricto sensu- tiene respecto de los tribunales señalados en el artículo 192 de la Ley de Amparo.

“Dada la obligatoriedad de la jurisprudencia, los criterios que ésta contiene deben ser aplicados dogmáticamente por los tribunales ordinarios, pues gozan de la presunción juris et de jure de ser conformes a los postulados de la ciencia jurídica.

“Esto no implica el estudio de la inconstitucionalidad de la ley o acto a que se refieren. En cambio, hablando de tesis sin valor jurisprudencial, su aplicación por los tribunales ordinarios no se realiza en forma heterónoma sino autónoma, en virtud de compartir éstos el pensamiento que contienen.

“El Tribunal ordinario tendría que estudiar la supuesta inconstitucionalidad del acto a que dicho precedente aislado se refiere, pues sólo de esta manera el juzgador estaría en condiciones de saber si dicho criterio deriva de una correcta interpretación de la Constitución y de la ley.

“Lo contrario agraviaría la garantía de legalidad establecida en los artículos 14 y 16 constitucionales, al tener la autoridad judicial que fundar y motivar su decisión.

Aunque significa un paso hacia el control difuso, en realidad, no le permite al Tribunal ir más allá de lo que ya estableció la misma Corte en el análisis de la inconstitucionalidad. Por lo que a mi parecer, no se da el control difuso.

VIII. Control de la Constitucionalidad a través de confirmación de criterios de la Administración Pública

Ahora bien, los particulares tienen la opción del Juicio de Amparo para defenderse contra la aplicación de una disposición inconstitucional, pero también han tratado de meter a la autoridad en ese camino generalmente largo para lograrlo, aunque poco duró esta posibilidad como veremos:

Antes de la reforma de 2007, se podía impugnar en amparo indirecto ante juez de distrito, las respuestas recaídas a una confirmación de criterio de parte de la autoridad administrativa, siempre que se tratara del primer acto de aplicación, lo que se hacía en primera instancia, era:

1. Solicitar a la autoridad administrativa, generalmente a la SHCP, la confirmación de un criterio respecto de una ley que se conoce como inconstitucional.

Por supuesto que la autoridad contestaba en sentido contrario, y sobre esa confirmación de criterio se interponía un amparo, para obtener una confirmación de criterio de una ley inconstitucional. Al respecto se han emitido las siguientes jurisprudencias:

“Novena Época
“No. Registro: 173587
“Instancia: Segunda Sala
“Jurisprudencia
“Fuente: Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta
XXV, Enero de 2007
“Materia(s): Administrativa
“Tesis: 2a./J. 2/2007
“Página: 491

“CONSULTA FISCAL. LA RESPUESTA QUE EMITE LA AUTORIDAD, CONSTITUYE UN ACTO DE APLICACIÓN DE LAS DISPOSICIONES LEGALES EN QUE SE FUNDE, SUSCEPTIBLE DE SER IMPUGNADA A TRAVÉS DEL JUICIO DE AMPARO, SIEMPRE QUE SE HAYA PLANTEADO UNA SITUACIÓN REAL Y CONCRETA Y SE TRATE DEL PRIMER ACTO DE APLICACIÓN EN PERJUICIO DEL QUEJOSO. El artículo 34 del Código Fiscal de la Federación establece que las autoridades fiscales sólo están obligadas a contestar las consultas que sobre situaciones reales y concretas les hagan los interesados. Sin embargo, dicho numeral no debe interpretarse en sentido estricto, sino conforme al principio constitucional que establece el artículo 8o. de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos, a fin de salvaguardar el derecho de todo gobernado de que a toda petición debe recaerle un proveído, sin perjuicio de esto último, cuando la autoridad respectiva emite respuesta a una consulta fiscal sobre una situación real y concreta, ésta constituye un acto de aplicación con respecto a los preceptos legales en que se funde, aunque no exista determinación de un crédito fiscal, la cual es susceptible de ser impugnada a través del juicio de amparo, siempre que se trate del primer acto de aplicación en perjuicio del quejoso.

“Amparo en revisión 2755/98. Alberto Saba Raffoul. 27 de octubre de 2000. Unanimidad de cuatro votos. Ausente: Sergio Salvador Aguirre Anguiano. Ponente: Mariano Azuela Güitrón. Secretario: Ernesto Martínez Andreu.

“Amparo directo en revisión 1724/2002. Embotelladora Metropolitana, S.A. de C.V. 21 de febrero de 2003. Cinco votos. Ponente: Juan Díaz Romero. Secretaria: Silvia Elizabeth Morales Quezada.

“Amparo directo en revisión 1287/2003. Mannesmann, S.A. de C.V. (actualmente Sachs Holding, S.A. de C.V.). 23 de enero de 2004. Unanimidad de cuatro votos. Ponente: Genaro David Góngora Pimentel. Secretario: Jorge Luis Revilla de la Torre.

“Amparo directo en revisión 1909/2003. Multiservicios Operativos, S. de R.L. de C.V. 26 de marzo de 2004. Cinco votos. Ponente: Sergio Salvador Aguirre Anguiano. Secretaria: Andrea Zambrana Castañeda.

“Amparo directo en revisión 751/2003. Cigarros la Tabacalera Mexicana, S.A. de C.V. 23 de junio de 2004. Unanimidad de cuatro votos. Ausente: Margarita Beatriz Luna Ramos. Ponente: Genaro David Góngora Pimentel. Secretario: Jorge Luis Revilla de la Torre.

“Tesis de jurisprudencia 2/2007. Aprobada por la Segunda Sala de este Alto Tribunal, en sesión privada del diez de enero de dos mil siete.”

“Novena Época

“No. Registro: 182695

“Instancia: Pleno

“Jurisprudencia

“Fuente: Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta XVIII, Diciembre de 2003

“Materia(s): Constitucional, Administrativa

“Tesis: P./J. 82/2003

“Página: 5

CONSULTA FISCAL. SU RESPUESTA ES APTA PARA ACREDITAR LA OPORTUNIDAD Y EL INTERÉS JURÍDICO EN EL JUICIO DE AMPARO CONTRA LEYES, SI SE TRATA DEL PRIMER ACTO DE APLICACIÓN DE LAS NORMAS EN QUE SE FUNDA Y QUE SE REFIERA A UNA SITUACIÓN REAL Y CONCRETA. La respuesta a una consulta fiscal, realizada en términos del artículo 34 del Código Fiscal de la Federación, cuando se apoya en normas generales cuya constitucionalidad se cuestiona, constituye un acto de aplicación de las disposiciones legales en que se funda, apto para acreditar el interés jurídico en el juicio de amparo, siempre y cuando dicha consulta se refiera a una situación real y concreta, y se trate del primer acto de aplicación de tales disposiciones en perjui-

cio del contribuyente. Esto es, cuando a través del juicio de garantías se plantea la inconstitucionalidad de los artículos en que se funda la respuesta a una consulta fiscal, es necesario demostrar que se trata del primer acto de aplicación de las disposiciones que se tildan de inconstitucionales, y que la mencionada consulta no se refiere a una situación abstracta.

“Contradicción de tesis 7/2002. Entre las sustentadas por la Primera y la Segunda Salas de la Suprema Corte de Justicia de la Nación. 7 de octubre de 2003. Unanimidad de diez votos. Ausente: Juan N. Silva Meza. Ponente: José Vicente Aguinaco Alemán. Secretaria: Claudia Mendoza Polanco.

“El Tribunal Pleno, en su sesión privada celebrada hoy primero de diciembre en curso, aprobó, con el número 82/2003, la tesis jurisprudencial que antecede. México, Distrito Federal, a primero de diciembre de dos mil tres.”

Pero la modificación al código fiscal para el año de 2007, tuvo como consecuencia que en tratándose de confirmaciones de criterio, el amparo indirecto ya no sea procedente en todos los casos, por lo que se comenzaron a emitir jurisprudencias negándolo:

“Novena Época

“No. Registro: 169339

“Instancia: Tribunales Colegiados de Circuito

“Tesis Aislada

“Fuente: Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta XXVIII, Julio de 2008

“Materia(s): Administrativa

“Tesis: I.4o.A.621 A

“Página: 1699

“CONSULTA FISCAL. ES IMPROCEDENTE EL JUICIO DE AMPARO CONTRA LEYES POR FALTA DE INTERÉS JURÍDICO, CUANDO SE SEÑALA COMO PRIMER ACTO DE APLICACIÓN LA RESPUESTA RECAÍDA A AQUELLA (LEGISLACIÓN VIGENTE A PARTIR DEL 1o. DE ENERO DE 2007). Conforme a la jurisprudencia de la Suprema Corte de Justicia de la Nación, para acreditar una afectación al interés jurídico del gobernado que lo legitime para impugnar en amparo una disposición de observancia general con motivo de su primer acto de aplicación, resulta necesario que se compruebe, fehacientemente, que a través de

dicho acto la respectiva hipótesis normativa se concretó expresa o implícitamente en su perjuicio. Por tanto, si en el amparo contra leyes el referido primer acto de aplicación se hace consistir en la respuesta a una consulta fiscal elevada en términos del artículo 34, párrafo cuarto, del Código Fiscal de la Federación, reformado mediante decreto publicado en el Diario Oficial de la Federación el 27 de diciembre de 2006, vigente a partir del 1o. de enero siguiente, de cuyo texto se advierte que las respuestas a las consultas fiscales no son obligatorias para los particulares, lo que por sí solo ocasiona y deja clara la ausencia de un perjuicio actual, real e inminente al gobernado, porque el criterio no lo vincula, de modo que no está obligado a acatar el contenido de la Resolución que pretende combatir, sino que podrá impugnarla a través de los medios de defensa ordinarios establecidos en las disposiciones aplicables, el juicio es improcedente por falta de interés jurídico del quejoso, con fundamento en el artículo 73, fracción V y, por tanto, debe sobreseerse en el juicio en términos del numeral 74, fracción III, ambos de la Ley de Amparo.

“CUARTO TRIBUNAL COLEGIADO EN MATERIA ADMINISTRATIVA DEL PRIMER CIRCUITO.

“Amparo en revisión 145/2008. Geo Monterrey, S.A. de C.V. 28 de mayo de 2008. Unanimidad de votos. Ponente: Miguel Ángel Betancourt Vázquez, secretario de tribunal autorizado por la Comisión de Carrera Judicial del Consejo de la Judicatura Federal para desempeñar las funciones de Magistrado. Secretaria: Yaremy Patricia Penagos Ruiz.”

Sin embargo, antes y después de la reforma, siempre se ha podido combatir la inconstitucionalidad de leyes, pero a través de amparo directo por parte del particular, esto es, que las resoluciones recaídas a una confirmación de criterio son impugnables a través de juicio de amparo indirecto o juicio de nulidad, sin importar que en la sentencia del juicio de nulidad se de el primer o el segundo o el tercer acto de aplicación, ya que es potestativo del quejoso esperar la sentencia para atacar dicha inconstitucionalidad (artículo 158 de la ley de amparo).

“Novena Época

“No. Registro: 181223

“Instancia: Tribunales Colegiados de Circuito

“Tesis Aislada

“Fuente: Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta XX, Julio de 2004

“Materia(s): Común

“Tesis: III.1o.A.52 K

“Página: 1635

“AMPARO DIRECTO. EN LA DEMANDA RESPECTIVA ES POSIBLE PLANTEAR LA INCONSTITUCIONALIDAD DE LEYES O REGLAMENTOS, AUN CUANDO NO SE TRATE DEL PRIMER ACTO DE APLICACIÓN.

De lo previsto en los artículos 21, 22, fracción I y 73, fracción XII, de la Ley de Amparo, se desprende que cuando el quejoso reclama la inconstitucionalidad de una disposición general (ley, tratado internacional, reglamento, etc.), puede ejercer la opción de agotar los recursos o medios ordinarios de defensa previstos en la ley o reglamento y, en caso de ser éstos desfavorables, acudir al juicio de garantías uniinstancial; aunado a ello, el artículo 166, fracción IV, segundo párrafo, de la citada ley permite en dicha instancia constitucional controvertir tal afectación a la Carta Magna, pero únicamente a través de los conceptos de violación (pues es de explorado derecho que esta impugnación no puede constituir parte del acto reclamado, resultando como consecuencia, por obvias razones, que no pueda llamarse a las autoridades que intervienen en el proceso legislativo), por lo que la decisión de otorgar o no la protección instada es respecto de la sentencia y no del precepto en cuestión; en estricta relación con lo anterior, el efecto de la declaración de inconstitucionalidad que ahí se haga, en términos del artículo 80 de la ley de la materia, únicamente tendrá efectos para el acto reclamado, es decir, la sentencia definitiva, resolución que ponga fin al juicio o laudo dictados por tribunales judiciales, administrativos o del trabajo. De ahí que la mecánica que rige tal juicio sea diversa a la del amparo indirecto, pues en el directo podrá controvertirse la inconstitucionalidad de una norma cuantas veces sea aplicada al quejoso, esto es, sin que importe si se trata del primero, segundo o ulterior actos de aplicación, ya que considerar lo contrario sería tanto como denegarle la posibilidad de controvertir el acto reclamado mismo.

“PRIMER TRIBUNAL COLEGIADO EN MATERIA ADMINISTRATIVA DEL TERCER CIRCUITO.

“Amparo directo 391/2003. Luzel, S.A. de C.V. 16 de marzo de 2004. Mayoría de votos. Disidente y Ponente: Jaime C. Ramos Carreón. Secretario: Francisco Javier Elizarrarás Monroy.”

“Véase: Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta, Novena Época, Tomo XV, marzo de 2002, página 420, tesis 2a. XXVII/2002, de rubro: “AMPARO DIRECTO CONTRA LEYES. EN LA DEMANDA RESPECTIVA ES FACTIBLE PLANTEAR LA INCONSTITUCIONALIDAD DE CUALQUIER DISPOSICIÓN DE OBSERVANCIA GENERAL.”

“Novena Época

“No. Registro: 187630

“Instancia: Segunda Sala

“Tesis Aislada

“Fuente: Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta XV, Marzo de 2002

“Materia(s): Común

“Tesis: 2a. XXVII/2002

“Página: 420

“AMPARO DIRECTO CONTRA LEYES. EN LA DEMANDA RESPECTIVA ES FACTIBLE PLANTEAR LA INCONSTITUCIONALIDAD DE CUALQUIER DISPOSICIÓN DE OBSERVANCIA GENERAL. El párrafo segundo de la fracción IV del artículo 166 de la Ley de Amparo, adicionado mediante decreto de veintinueve de diciembre de mil novecientos ochenta y tres, publicado en el Diario Oficial de la Federación el dieciséis de enero de mil novecientos ochenta y cuatro, establecía que ‘Cuando se impugne la sentencia definitiva o laudo por estimarse inconstitucional la ley aplicada, ello será materia únicamente del capítulo de conceptos de violación de la demanda, sin señalar como acto reclamado la ley, y la calificación de ésta por el tribunal de amparo se hará en la parte considerativa de la sentencia.’; posteriormente, mediante el diverso decreto de veintiuno de diciembre de mil novecientos ochenta y siete, publicado en el Diario Oficial de la Federación el cinco de enero de mil novecientos ochenta y ocho, se modificó el referido párrafo, sustituyendo el término ‘ey’ por ‘la ley, el tratado o el reglamento’, en concordancia con la adición de un tercer párrafo al diverso numeral 158, que hace referencia a las cuestiones surgidas dentro del juicio, que no sean de imposible reparación, sobre constitucionalidad de leyes, tratados internacionales o reglamentos, los cuales sólo podrán hacerse valer en el amparo directo que proceda contra la sentencia definitiva, laudo o resolución que ponga fin al juicio; asimismo, en el artículo 114, fracción I, de la propia ley, el legislador modificó la

expresión genérica ‘contra leyes’ y en su lugar hizo referencia no sólo a leyes y reglamentos federales o locales y tratados internacionales, sino incluso a una categoría específica de normas generales, constituida por ‘otros reglamentos, decretos o acuerdos de observancia general’. Ahora bien, de la interpretación teleológica de la exposición de motivos de los numerales citados, se advierte que la finalidad de la reforma aludida fue la de asignar a los Tribunales Colegiados de Circuito el control de la constitucionalidad de los reglamentos autónomos y municipales, por lo que es indudable que al referirse el legislador en los citados artículos 166 y 158, párrafo tercero, a ‘reglamentos’, no tuvo en modo alguno la intención de limitar la posibilidad de impugnar disposiciones de observancia general en amparo directo, a diferencia de lo establecido en el artículo 83, fracción V, de dicha ley, sino que se refirió tanto a los reglamentos expedidos por el presidente de la República o los gobernadores de los Estados, como a la categoría de normas que en el citado numeral 114, fracción I, se integra por ‘otros reglamentos, decretos o acuerdos de observancia general’, por lo que en la demanda de amparo directo sí puede plantearse la inconstitucionalidad de cualquier disposición de observancia general, no sólo de tratados internacionales, leyes o reglamentos federales o locales. Lo anterior es congruente con el sistema de impugnación de actos de la aludida naturaleza, conforme al cual los gobernados pueden optar por controvertir la constitucionalidad de las disposiciones de observancia general con motivo de su primer acto de aplicación acudiendo desde luego al amparo indirecto, o bien, agotar el recurso o medio de defensa legal que proceda contra ese primer acto y, en contra de la resolución que recaiga a éste, en su caso, promover amparo directo planteando tal cuestión.

“Amparo directo en revisión 1661/2001. Consorcio Hotelero Plus, S.A. de C.V. 20 de febrero de 2002. Unanimidad de cuatro votos. Ausente: Mariano Azuela Güitrón. Ponente: Guillermo I. Ortiz Mayagoitia. Secretario: Marco Antonio Cepeda Anaya.”

“Novena Época

“No. Registro: 179123

“Instancia: Primera Sala

“Tesis Aislada

“Fuente: Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta
XXI, Marzo de 2005

“Materia(s): Común

“Tesis: 1a. XVI/2005

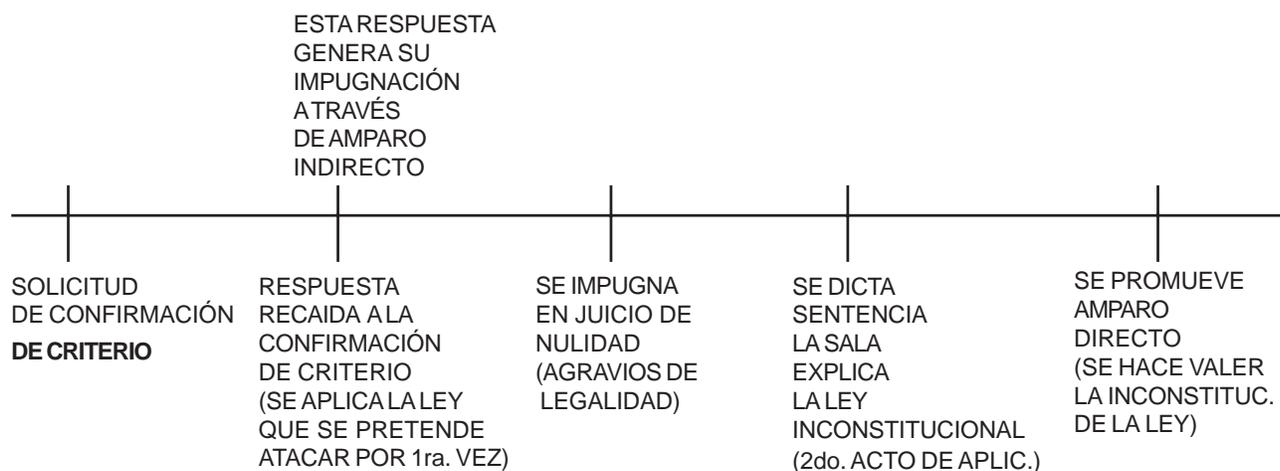
“Página: 212

“AMPARO DIRECTO. ES PROCEDENTE LA IMPUGNACIÓN DE LOS PRECEPTOS APLICADOS EN LA SENTENCIA RECURRIDA, NO OBSTANTE QUE NO SE TRATE DEL PRIMER ACTO DE APLICACIÓN, SI RESPECTO DE LA RESOLUCIÓN EN LA QUE SE APLICARON POR VEZ PRIMERA, SE ACTUALIZÓ UNA VIOLACIÓN PROCESAL CUYO ESTUDIO ES PREFERENTE AL ASPECTO DE CONSTITUCIONALIDAD. La Suprema Corte de Justicia de la Nación ha sostenido que en el amparo directo resultan inoperantes los conceptos de violación enderezados contra la ley aplicada en la sentencia combatida, si el quejoso estuvo legalmente en aptitud de combatir su constitucionalidad en un amparo anterior, ya que en ese supuesto la ley debe considerarse consentida. Sin embargo, dicho criterio no es aplicable cuando en la resolución en que se aplicaron por vez primera los preceptos combatidos se actualizó una violación procesal que resulte de estudio preferente al tema de constitucionalidad, porque para tener por consentida la ley aplicada en el acto reclamado, se requiere que, conforme a las particularidades del caso, el quejoso hubiera podido plantear el tema de constitucionalidad en un amparo anterior y que, en su caso, el Tribunal Colegiado estuviera en aptitud de avocarse al estudio de dicho planteamiento, pues de lo contrario se afectaría a la parte quejosa con base en un aspecto que, de haberse planteado, no hubiera tenido trascendencia jurídica alguna, porque el órgano de control constitucional no hubiese estudiado la inconstitucionalidad referida.

“Amparo directo en revisión 1500/2004. Abraham Trujillo Esteves. 24 de noviembre de 2004. Cinco votos. Ponente: Juan N. Silva Meza. Secretario: Luis Fernando Angulo Jacobo.”

Nota: Sobre el tema tratado existe denuncia de contradicción de tesis 23/2007-PL, en el Tribunal Pleno.

Se ejemplifica el procedimiento que se lleva a cabo de la siguiente manera:



La regla anterior, muestra la forma de impugnación en ambos amparos a una misma respuesta a una confirmación de criterio.

Pero debe señalarse que los efectos de ambos amparos son distintos, ya que:

- En el amparo indirecto la concesión del amparo se da en función de la ley inconstitucional para que jamás se vuelva a aplicar al quejoso (la ley es el acto reclamado).
- En el amparo directo, la concesión del amparo se da en función de una sentencia definitiva, la cual se deja sin efectos por basarse en una ley inconstitucional (el acto reclamado es la sentencia).

En ambos casos, los amparos son un medio de control de la constitucionalidad, promovidos con motivo de una respuesta a una confirmación de criterio.

En las resoluciones de amparo se protege al que lo interpone, por lo que la norma inconstitucional, seguirá vigente.

El problema que se quiere solucionar. Estimo que, el problema se genera no tanto en el momento en que el juez pueda o no decidir si aplica una ley contraria a la constitución, sino en el momento en que se generan las leyes, desde la promulgación de las mismas, sin un previo análisis.

Debemos considerar que si se hizo esta valoración, pero que a pesar de ella, por “conveniencias políticas, financieras ó presupuéstales” se aprueban las leyes sin tomar en cuenta que pueden transgredir el orden jurídico.

Es por ello se hace referencia brevemente al proceso legislativo.

IX. El Proceso Legislativo

El Proceso Legislativo lo lleva a cabo el Poder Legislativo que se encuentra depositado en el Congreso de la Unión dividido en dos cámaras: La de Diputados y la de Senadores.³⁹

No es objeto de este estudio el análisis detallado del proceso legislativo, la integración del poder legislativo, sin embargo, se apuntan los aspectos más importantes para resaltar como se lleva a cabo en términos generales la emisión de leyes.

En primer lugar debemos considerar como ya se apuntó al inicio que:

- Todas las normas jurídicas forman parte de una gran sistema normativo, que cubre diversas escalas en orden vertical (jerarquía de la norma) y horizontal. (de acuerdo con los ámbitos federal, estatal o municipal)
- En México, la norma debe ser escrita y haberse publicado para que tenga vigencia.
- Ninguna norma debe oponerse a la constitución o disponer en forma contraria a otra vigente, en su caso se debe derogar la disposición anterior o contraria a la reforma.
- Toda norma debe encontrar un fundamento para su emisión generalmente se fundamenta en la constitución.
- Cuando la norma superior se refiere tanto a la materia como a la competencia del órgano que emite la norma también se tomará en cuenta.

³⁹ Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos: **Artículo 50**. El poder legislativo de los Estados Unidos Mexicanos se deposita en un Congreso general, que se dividirá en dos Cámaras, una de diputados y otra de senadores.

En el proceso legislativo existen seis etapas:

- *Iniciativa.*⁴⁰ Es una facultad con características a la vez políticas y técnicas. Otorgada normalmente a los poderes Legislativo y Ejecutivo, cualquiera de los dos poderes puede proponer una iniciativa de ley.
- *Discusión.*⁴¹ Es el proceso en el que se delibera, discute y analiza la propuesta de ley por parte de los diputados o senadores según se trate si es la cámara de origen.
- *Aprobación.*⁴² Puede ser total o parcial.
- *Sanción.*⁴³ Aceptación del decreto por parte del Ejecutivo. De no aceptarse, procede el veto.
- *Publicación.* Acto por el cual la norma ya sancionada se da a conocer a quienes deben cumplirla. Se realiza por los órganos oficiales de difusión (En el caso del Congreso De la Unión, por medio del DOF y en el caso de los Estados por medio del Periódico Oficial o Gaceta).
- *Iniciación de la vigencia.* La norma debe tener un criterio de inicio de vigencia. Por lo regular, es al día siguiente de su publicación. O se señala en un transitorio el inicio de la vigencia, que será posterior a su publicación.⁴⁴

⁴⁰ **Artículo 71.** El derecho de iniciar leyes o decretos compete:

I. Al Presidente de la República;

II. A los Diputados y Senadores al Congreso de la Unión; y

III. A las Legislaturas de los Estados.

Las iniciativas presentadas por el Presidente (*Presidente, sic DOF 05-02-1917*) de la República, por las Legislaturas de los Estados o por las Diputaciones de los mismos, pasarán desde luego a comisión. Las que presentaren los diputados o los senadores, se sujetarán a los trámites que designe el Reglamento de Debates.

⁴¹ **Artículo 72.** Todo proyecto de ley o decreto, cuya resolución no sea exclusiva de alguna de las Cámaras, se discutirá sucesivamente en ambas, observándose el Reglamento de Debates sobre la forma, intervalos y modo de proceder en las discusiones y votaciones.

⁴² **A.** Aprobado un proyecto en la Cámara de su origen, pasará para su discusión a la otra. Si ésta lo aprobare, se remitirá al Ejecutivo, quien, si no tuviere observaciones que hacer, lo publicará inmediatamente.

B. Se reputará aprobado por el Poder Ejecutivo, todo proyecto no devuelto con observaciones a la Cámara de su origen, dentro de diez días útiles; a no ser que, corriendo este término hubiere el Congreso cerrado o suspendido sus sesiones, en cuyo caso la devolución deberá hacerse el primer día útil en que el Congreso esté reunido.

⁴³ **C.** El proyecto de ley o decreto desechado en todo o en parte por el Ejecutivo, será devuelto, con sus observaciones, a la Cámara de su origen. Deberá ser discutido de nuevo por ésta, (*sic. DOF 05-02-1917*) y si fuese confirmado por las dos terceras partes del número total de votos, pasará otra vez a la Cámara revisora. Si por esta fuese sancionado por la misma mayoría, el proyecto será ley o decreto y volverá al Ejecutivo para su promulgación.

⁴⁴ Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos: **Artículo 65.** El Congreso se reunirá a partir del 1o. de septiembre de cada año, para celebrar un primer período de sesiones ordinarias y a partir del 1o. de febrero de cada año para celebrar un segundo período de sesiones ordinarias.

En ambos Períodos de Sesiones el Congreso se ocupará del estudio, discusión y votación de las Iniciativas de Ley que se le presenten y de la resolución de los demás asuntos que le correspondan conforme a esta Constitución.

Cuando se veta la ley

El veto es la facultad que tiene el Jefe de Estado para oponerse a una ley o decreto, que el Congreso envía para su promulgación es un acto en el que el Ejecutivo participa en la función legislativa.⁴⁵

Esto forma parte del sistema de contrapesos entre el Poder Ejecutivo y el Poder Legislativo, de este modo, mientras el Presidente puede vetar la legislación, el Congreso de la Unión puede superar ese veto con un voto de dos tercios de ambas cámaras.

Como puede apreciarse se trata de un procedimiento largo, que permite no sólo el análisis y discusión de un ordenamiento legal, sino que tiene una segunda y tercera revisión, por la segunda cámara que la revisa y por el ejecutivo mismo.

Entonces, ¿porqué se emiten leyes contrarias a la constitución?, ¿por falta de cuidado?, ¿inexperiencia?

⁴⁵ **D.** Si algún proyecto de ley o decreto, fuese desechado en su totalidad por la Cámara de revisión, volverá a la de su origen con las observaciones que aquella le hubiese hecho. Si examinado de nuevo fuese aprobado por la mayoría absoluta de los miembros presentes, volverá a la Cámara que lo desechó, la cual lo tomará otra vez en consideración, y si lo aprobare por la misma mayoría, pasará al Ejecutivo para los efectos de la fracción A; pero si lo reprobare, no podrá volver a presentarse en el mismo período de sesiones.

E. Si un proyecto de ley o decreto fuese desechado en parte, o modificado, o adicionado por la Cámara revisora, la nueva discusión de la Cámara de su origen versará únicamente sobre lo desechado o sobre las reformas o adiciones, sin poder alterarse en manera alguna los artículos aprobados. Si las adiciones o reformas hechas por la Cámara revisora fuesen aprobadas por la mayoría absoluta de los votos presentes en la Cámara de su origen, se pasará todo el proyecto al Ejecutivo, para los efectos de la fracción A. Si las adiciones o reformas hechas por la Cámara revisora fueron reprobadas por la mayoría de votos en la Cámara de su origen, volverán a aquella para que tome en consideración las razones de ésta, y si por mayoría absoluta de votos presentes se desecharen en esta segunda revisión dichas adiciones o reformas, el proyecto, en lo que haya sido aprobado por ambas Cámaras, se pasará al Ejecutivo para los efectos de la fracción A. Si la Cámara revisora insistiere, por la mayoría absoluta de votos presentes, en dichas adiciones o reformas, todo el proyecto no volverá a presentarse sino hasta el siguiente período de sesiones, a no ser que ambas Cámaras acuerden, por la mayoría absoluta de sus miembros presentes, que se expida la ley o decreto sólo con los artículos aprobados, y que se reserven los adicionados o reformados para su examen y votación en las sesiones siguientes.

¿Qué debemos entender por Constitución?, ¿Por qué es tan importante este documento?

- **¿Qué es la Constitución?**

Ignacio Burgoa define a la Constitución “*como el ordenamiento jurídico que proclama los principios políticos, sociales, económicos, culturales y humanos que derivan del ser, del modo de ser y del querer ser de un pueblo en su devenir histórico mismo*”.

Si partimos de que un principio significa un conjunto de valores que inspiran las normas escritas que organizan la vida de una sociedad concreta sometida a los poderes de una autoridad, generalmente el Estado.

Los principios sustentan las normas jurídicas, de modo tal que cuando se atiende a la literalidad de la norma, el juez debería inaplicar la norma cuando viola un principio constitucional.

Hamilton, define a la constitución como (...) “*Una Constitución es un hecho fundamental y así debe ser considerada por los jueces. A ellos pertenece, por lo tanto, determinar su significado, así como el de cualquier ley que provenga del cuerpo legislativo (...) debe preferirse a la constitución que a la ley ordinaria, a la intención del pueblo a la intención de sus mandatarios*”.⁴⁶

Partiendo de esa idea la constitución mexicana, determina la forma del Estado, establece la integración y competencia de poderes públicos y otorga las garantías individuales de que goza cada individuo que se encuentra en territorio nacional; además constituye el fundamento de validez de ordenamientos secundarios.

⁴⁶ HAMILTON, Alexander et al., *El Federalista*, 7^a reimp., trad. De Gustavo R. Velasco, México, Fondo de Cultura Económica, 2000, núm LXXVIII, p. 332.

X. Tribunales Constitucionales

En Europa surgieron los Tribunales Constitucionales en Alemania, Italia y España, y es una tendencia la creación de los mismos, en busca de legitimar y sobre todo garantizar la constitucionalidad tanto de autoridades como de leyes⁴⁷.

En Alemania el Tribunal Constitucional Federal es un Tribunal Autónomo e independiente respecto de todos los demás órganos constitucionales, tiene un doble carácter de tribunal y de órgano constitucional que ha sido reiteradamente puesto de relieve por la jurisprudencia del Tribunal Constitucional Alemán.

La noción de órgano constitucional fue implícitamente formulado por Jellinek en 1892, y en forma explícita por Santi Romano en 1898, quien plantea su diferencia frente a los órganos administrativos.

Este concepto tomó relevancia después de la segunda guerra mundial, sobre todo en relación al status del Tribunal Constitucional de la República Federal Alemana, con la finalidad de establecer que los órganos fundamentales del Estado no pueden ser otros que aquellos que reciben directamente de la Constitución su status de competencia.

Una característica fundamental de los órganos constitucionales es justa esa de que son establecidos directamente por la Constitución, la que determina su composición y forma de nombramiento de sus miembros. Uno de sus fines es la distribución de poderes establecidos en la constitución.

La existencia de un Estado constitucional, esta ligado a la existencia de un *estado de derecho*, a el reconocimiento del "deber ser", implícito dentro de un orden constitucional. Estado de Derecho significa la máxima justiciabilidad posible de la Administración.

El Tribunal Constitucional tiene como objetivo garantizar la constitucionalidad tanto del nombramiento de nuevas autoridades como de leyes que deben ajustarse a la jerarquía constitucional.

⁴⁷ GARCÍA PELAYO, Manuel, "El Status del Tribunal Constitucional", localizado en: http://www.cepc.es/rap/Publicaciones/Revistas/6/REDC_001_011.pdf. (consultado el 15 de noviembre de 2009)

A continuación se expone un ejemplo de Tribunal Constitucional como es el caso de España.

Tribunal Constitucional en España⁴⁸

Características

Las características básicas del sistema de justicia constitucional en España, tal y como se consagra en la Constitución y en la Ley Orgánica 2/1979, del Tribunal Constitucional, son las siguientes:

- *Se crea un Tribunal Constitucional como órgano ad hoc, situado fuera del Poder Judicial, configurado como un órgano constitucional y dotado, de una amplia autonomía de organización y presupuesto. Se trata de un órgano que realiza una auténtica función jurisdiccional, de resolución de conflictos de acuerdo a Derecho y en una posición de plena independencia, que se predica tanto del órgano como de cada uno de sus integrantes individualmente considerados.*
- *El Tribunal Constitucional posee lo que se ha denominado el “monopolio de rechazo de las normas con fuerza de ley” puesto que es la única autoridad habilitada para declarar la “inconstitucionalidad” de dicho tipo de normas.*
- *Se le atribuyen también otras competencias, en especial, la resolución de los conflictos constitucionales, tanto de competencias (orden territorial) como de atribuciones (órganos constitucionales), y el recurso de amparo para la protección de los derechos y libertades consagrados en los artículos 14 a 30 de la Constitución.*

⁴⁸ PÉREZ Tremps Pablo, “*Tribunal Constitucional y Poder Judicial*”, (Catedrático de Derecho Constitucional de la Universidad Carlos III de Madrid. Anteriormente fue catedrático en la Universidad de Extremadura. Ha sido Letrado del Tribunal Constitucional y Vocal de la Junta Electoral Central. Ha participado en distintos proyectos de consultoría de fortalecimiento institucional, en especial en países de América Latina). Localizado en: <http://www.falternativas.org/laboratorio/documentos/documentos-de-trabajo/tribunal-constitucional-y-poder-judicial>, consultado el 16 de noviembre de 2009.

- *El monopolio de rechazo de las normas con fuerza de ley no significa que el Tribunal Constitucional sea el único órgano habilitado para aplicar la Constitución; por el contrario, el ordenamiento supone la capacidad y la obligación del conjunto de los jueces y tribunales que forman el Poder Judicial de aplicar la Constitución de forma preferente (art. 5 LOPJ) y de colaborar con el Tribunal Constitucional en el control de las normas con fuerza de ley a través del uso de la cuestión de inconstitucionalidad (art. 163 CE). En consecuencia, la justicia constitucional en España está funcionalmente integrada por el Tribunal Constitucional y por el Poder Judicial.*
- *Entre las competencias más relevantes de los jueces y tribunales en el ejercicio de la jurisdicción constitucional está la defensa que deben llevar a cabo de los Derechos Fundamentales, no sólo en cuanto están a ellos vinculados (artículos 9.1 y 53.1 CE) sino, también, en la medida en que la propia Constitución prevé que son ellos los que deben prestar una tutela “preferente y sumaria” de dichos derechos (artículo 53.2 CE). Esta tutela judicial ordinaria –o “amparo judicial”– es previa, en casi todos los casos, a la que dispensa el Tribunal Constitucional a través del recurso de amparo que posee, por lo tanto, carácter subsidiario.*
- *La concurrencia del Tribunal Constitucional y de los jueces y tribunales ordinarios a la hora de proteger y aplicar la Constitución se organiza técnicamente de manera diversa según los distintos supuestos procesales en los que se concreta esa concurrencia:*
- *Subsidiariedad en el caso de la defensa de los derechos fundamentales, según se ha visto;*
- ***Monopolio del control de constitucionalidad de las normas con fuerza de ley***, en los términos ya señalados; y 3) *auténtica concurrencia competencial en materia de control del reparto de competencias entre Estado y Comunidades Autónomas. En todo caso, el sistema parte de la posición preponderante del Tribunal Constitucional en tanto en cuanto es el “intérprete supremo de la Constitución” (artículo 1.1 LOTC) y órgano jurisdiccional supremo en materia de garantías constitucionales (artículo 123.1 CE a contrario), tal y como viene a confirmar el artículo 5.1*

de la LOPJ al disponer que “la Constitución es la norma suprema del ordenamiento jurídico, y vincula a todos los Jueces y Tribunales, quienes interpretarán y aplicarán las leyes y los reglamentos según los preceptos y principios constitucionales, conforme a la interpretación de los mismos que resulte de las resoluciones dictadas por el Tribunal Constitucional en todo tipo de procesos”.

- La posición del Tribunal Constitucional como órgano situado fuera del Poder Judicial no se manifiesta sólo en su status constitucional y legal sino, también, y como premisa del mismo, en la forma de designación de los Magistrados, que les otorga una legitimidad básicamente parlamentaria: ocho Magistrados son elegidos directamente por las Cámaras –cuatro por el Congreso y cuatro por el Senado–, dos por el Gobierno y dos por el Consejo General del Poder Judicial (art. 159.1 CE).

Justificación

Son complejos los motivos por los que la justicia constitucional se configuró de la forma descrita. Por una parte, el deseo del constituyente de afirmar la juridicidad de la Constitución frente a nuestra tradición histórica abonaba la idea de crear un tribunal constitucional. Las positivas experiencias del papel del Tribunal Constitucional Federal alemán y de la Corte Constitucional italiana para “constitucionalizar” sus ordenamientos tras las experiencias autoritarias nazi y fascista sirvieron como puntos de referencia claros. A ello se unía el prestigio de la experiencia, aunque corta, del Tribunal de Garantías Constitucionales de la II República. Por otra parte, no parecía que el Poder Judicial existente en 1978 fuera adecuado para cumplir esa tarea de “constitucionalización”. Su composición básicamente “franquista” en 1978, la falta de tradición histórica del juez como “juez de la constitución” y las propias características del ordenamiento español como ordenamiento de raíz continental o francesa se sumaron a los referentes de Derecho Comparado para configurar el modelo descrito.

XI. PROPUESTA

En México se ha establecido por la Suprema Corte de Justicia de la Nación, que el control difuso no es tal, pues no procede que otros órganos jurisdiccionales diferentes del Poder Judicial de la Federación puedan abstenerse de aplicar normas que son contrarias a la Constitución.

El control constitucional normalmente es promovido a instancia de parte, lo cual deja un universo de leyes inconstitucionales vigentes dentro del sistema normativo, esto como ya se señaló, daña al sistema jurídico constitucional, y pone en evidencia su falta de integridad constitucional.

La protesta de “*cumplir y hacer cumplir la constitución*”, significa más en la práctica una ceremonia ritual que un compromiso y deber.

Una autoridad administrativa, no puede abstenerse de cumplir o aplicar una ley inconstitucional, ni puede promover por parte del Ejecutivo el mecanismo procesal del amparo contra leyes inconstitucionales, pues la Ley de Amparo no lo permite.

La forma y organización de mando dentro de la Administración Pública, implica que cuando un superior ordena a un inferior firmar un documento fundado en alguna disposición inconstitucional, éste debe firmar o llevar a cabo el procedimiento correspondiente, el negarse implicaría “desobediencia” y en todo caso responsabilidad por no cumplir el mandato, en el entendido de que existe una relación de mando jerárquica.

Y cuando han sido calificadas de inconstitucionales por el Poder Judicial, mediante la jurisprudencia que emite, éstas no son obedecidas por el poder Ejecutivo, ya que no tienen efectos vinculantes hacia él.

No existe mecanismo dentro de la Administración Pública, para que cuando se detecte la existencia de una disposición inconstitucional, se deje de aplicar la ley, ya que el sistema ordena que se aplique la ley vigente, independientemente de su validez constitucional. Ni hay un procedimiento que prevea que se denuncie la existencia de las inconstitucionalidades detectadas, para que la autoridad calificada para ello, entré al estudio de las mismas y las sancione, descartándolas del orden jurídico.

La existencia de leyes inconstitucionales ha provocado una avalancha de amparos contra leyes como es el caso de las leyes fiscales y últimamente vemos el ejemplo que se dio con la derogación de la ley del ISSSTE, que se cuentan por cientos de miles, a mi parecer tal número de impugnaciones de amparo significan mas que una inconformidad en lo individual, es una verdadera protesta social, que advierte la inconstitucionalidad de una ley y sobre todo la inconformidad y descontento social.

Es por ello que considero oportuno plantear la creación de un Tribunal Constitucional, cuya conformación sea plural cuidando el equilibrio de corrientes de pensamiento. Un Tribunal Constitucional independiente del Poder Judicial y del Poder Ejecutivo, que su naturaleza sea la de un órgano autónomo constitucional, que disponga de autonomía y patrimonio propio, cuyo objetivo principal sea además de depurar y regularizar el sistema normativo mexicano. Sancionar y aprobar las leyes que formula el Poder Legislativo antes de que se publiquen.

Éste órgano constitucional desconcentrado, estará integrado por seis académicos de las universidades públicas y universidades privadas, además del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM; por cuatro jueces o magistrados del Poder Judicial de la Federación, y uno propuesto por el poder ejecutivo.

El primer nombramiento sería a propuesta de estos mismos órganos de origen, y posteriormente se erigirían en órgano elector ellos mismos de las ternas que se propongan de cada una de las instituciones mencionadas. Se relevarían de sus cargos cada cuatro años, de dos en dos el total de sus miembros en forma escalonada.

Deberá integrar éste Tribunal Constitucional, un órgano especializado en estudios y análisis, con miembros de formación de carrera especializada, que acreditarán su vigencia con actualización de estudios de postgrado y diversas acreditaciones académicas, con el fin de garantizar el nivel de especialidad y actualización en los temas que deben estudiar.

Deberá quedar ajena la designación de “consejeros”, de los poderes de la unión, con el propósito de mantener su independencia para decidir.

Mi propuesta esta orientada en resolver un problema grave de fondo, que es la constitucionalidad del sistema jurídico mexicano. Con el propósito de fortalecer al Estado con leyes funcionales y sobre todo que no se opongan a la Constitución.

Es necesario un análisis jurídico constitucional, de los ordenamientos que emite el Poder Legislativo.

Es de vital importancia, garantizar a la ciudadanía un orden constitucional, justo y equilibrado, para crear una conciencia del “deber ser del derecho”

Vivimos un momento de crisis en todos los ámbitos, pero el más grave a mi parecer es la crisis del “estado de derecho”, que ha debilitado al Estado.

En opinión del ex Ministro Juventino Castro y Castro, que señala en su libro “*El artículo 105 Constitucional*”, (...) “**una ley que contradice la constitución no es ley**”,⁴⁹ Coincido plenamente con el concepto, el problema radica en que a pesar de no ser ley, en México sigue vigente y se sigue aplicando.

⁴⁹ CASTRO V Juventino, *El artículo 105 constitucional*, Porrúa, México 2004, p.139.

CONCLUSIONES:

1. Existen y se aplican disposiciones y leyes inconstitucionales que contravienen a la constitución.
2. El control difuso de la constitución, sólo es aplicable por el Poder Judicial de la Federación.
3. Los Tribunales Administrativos o de otras instancias, no pueden abstenerse de cumplir una norma inconstitucional. Sólo están obligados a aplicar las jurisprudencias que declaran la inconstitucionalidad de una ley.
4. Las jurisprudencias del poder judicial no tienen efectos vinculatorios con el poder ejecutivo.
5. El presidente de la República, así como los titulares de la Administración Pública, protestan al tomar sus cargos, cumplir y hacer cumplir la Constitución, ésta es sólo una ceremonia que no tiene ninguna relevancia al momento de aplicar la ley.
6. No existe ningún control, sanción o procedimiento dentro del poder ejecutivo, que limite la aplicación de normas inconstitucionales.
7. No hay controles de constitucionalidad de leyes que emite el Poder Legislativo, ni sanción por emitirlos.
8. Una norma o ley inconstitucional, no es ley, sin embargo, en México cobra vida y es vigente.
9. Los controles de constitucionalidad vigentes en México, se realizan por instancia de parte.
10. En el caso del Juicio de Amparo benefician sólo al quejoso, y

11. En las Acciones de Inconstitucionalidad a través de ésta, se denuncia la posible contradicción entre una ley o un tratado internacional por una parte, y la Constitución por la otra, con el objeto de invalidar la ley o el tratado impugnado para que prevalezcan los mandatos constitucionales, los efectos de la sentencia son:
- o Efecto *erga omnes* o efectos generales y deberá ser votada por ocho Ministros
 - o Producirá efectos a partir de la fecha que determine la Suprema Corte de Justicia de la Nación.
 - o No tendrá efectos retroactivos, salvo en materia penal, en la que regirán los principios generales y disposiciones legales aplicables de esa materia
 - o Declarativos y futuros.
 - o Aunque hayan sido declaradas inconstitucionales las normas vigentes, toda vez que se determina la invalidez.
 - o Normalmente se interponen estas acciones de inconstitucionalidad por razones políticas más que jurídicas.
12. En las Controversias constitucionales sus declaraciones o sentencias son declarativas de invalidez y en algunos casos sus resoluciones solo tienen efectos respecto de las partes en controversia, es decir, solo benefician o perjudican a las partes en conflicto.
13. Los controles de constitucionalidad vigentes en México, no resultan del todo eficaces para mantener un orden jurídico constitucional, por lo que es conveniente valorar la creación de un Tribunal Constitucional, como un órgano constitucional autónomo que tenga por objetivo el regularizar, ordenar y depurar el sistema jurídico en México, para fortalecer al Estado.

BIBLIOGRAFÍA

1. BOBBIO, Norberto. *Teoría General del Derecho*, Trad. Eduardo Roza Acuña, Madrid, Debate, 1991.
2. BURGOA, Ignacio, "*Diccionario de Derecho Constitucional Garantías y Amparo*", Porrúa, Octava Edición, 2005.
3. BURGOA Ignacio, "*Derecho Constitucional*", Porrúa, México 2000.
4. CARBONELL, Miguel, "*Estado de derecho: concepto, fundamento y democratización en América Latina*", UNAM, ITAM, Siglo XXI editores.
5. CARPIZO, Jorge, "*El presidencialismo mexicano*", Siglo XXI, México D.F.
6. CARPIZO, Jorge "*Estudios Constitucionales*", México, UNAM en: *La Gran enciclopedia Mexicana*, Instituto de Investigaciones Jurídicas. 1983, (citado en la obra "*Derechos del Pueblo Mexicano, México a través de sus Constituciones*").
7. CARPIZO, Jorge "*Estudios Constitucionales*", México, UNAM en: *La Gran enciclopedia Mexicana*, Instituto de Investigaciones Jurídicas. 1983, (citado en la obra "*Derechos del Pueblo Mexicano, México a través de sus Constituciones*",
8. CASTRO V, Juventino, "*El Artículo 105 Constitucional*" Porrúa, México, 2004.
9. CRUZ QUIRÓZ, Osmar Armando, "*Efectos en las Controversias Constitucionales y Acciones de Inconstitucionalidad*."
10. FERNÁNDEZ RUIZ, Jorge, SANTIAGO Sanchez Javier "*Contencioso Administrativo, culturas y sistemas jurídicos comparados*", UNAM, 2007 IJ Serie Doctrina Jurídica.
11. FIX FIERRO, Héctor, (ed.), *A la puerta de la Ley. El Estado de derecho en México*, México, Cal y Arena, 1994, p.10 citado en el libro de CARBONELL Miguel, "*Estado de derecho: concepto, fundamento y democratización en América Latina*", UNAM, ITAM, Siglo XXI editores.

12. FIX ZAMUDIO, Héctor, Derecho Constitucional Mexicano y Comparado, Porrúa, UNAM, sexta edición, México 2009,
13. FRAGA, Gabino, "Derecho Administrativo", Porrúa, México 2002.
14. HAMILTON, Alexander et al., El Federalista, 7ª reimp., trad. De Gustavo R. Velasco, México, Fondo de Cultura Económica, 2000, núm LXXVIII.
15. HART H.L.A. "Obligación Jurídica y Obligación Moral" Instituto de Investigaciones Filosóficas, UNAM, (versión castellana de Javier Esquivel y Alfonso Ortiz) México, 1977.
16. HAYEK, F.A., *The Road to Serfdom*, Londres, 1944, p54 (citado en el libro de: CARBONELL Miguel, "Estado de derecho: concepto, fundamento y democratización en América Latina", UNAM, ITAM, Siglo XXI editores.
17. KELSEN, Hans, La garantía jurisdiccional de la Constitución (la justicia constitucional), trad. De Rolando Tamayo y Salmorán, México UNAM, Instituto de Investigaciones Jurídicas, serie Ensayos jurídicos, núm. 5, 2001.
18. SERRA ROJAS, Andrés, "Derecho Administrativo", Porrúa, México 2002.

CIBERGRAFÍA

1. CARBONELL, Miguel "*Marbury versus Madison: en los orígenes de la supremacía constitucional y el control constitucional*" localizado en: http://www.iidpc.org/revistas/5/pdf/303_314.pdf, consultado el 4 de octubre de 2009.
2. GUDIÑO PELAYO, José de Jesús, "Lo confuso del control difuso de la constitución", localizado en: <http://www2.scjn.gob.mx/Ministros/ministrogp/publicaciones/articulos/ccd.pdf>, consultado el 4 de octubre de 2009.

3. KELSEN, Hans. *Teoría pura del Derecho*, 2ª edición, trad, Vernengo, Roberto J localizado en: <http://www.bibliojuridica.org/libros/libro.htm?l=1039>, consultado el 11 de noviembre de 2009.

4. LIFANTE VIDAL, Isabel, *La interpretación jurídica en la teoría del Derecho contemporánea*. Centro de Estudios políticos y Constitucionales, 1999. localizado en: http://www.tc.gob.pe/cec/themes/bluemarine/diplomado/tema5_Lifante_vidal_interpretacion.pdf, el 9 de noviembre de 2009.

5. SÁNCHEZ GIL, Rubén, artículo "El control Difuso de la Constitucionalidad en México. Reflexiones en torno a la tesis p/j.38/2002 Red de Revistas Científicas de América Latina y el Caribe, España y Portugal Sistema de Información Científica Redalyc localizado en : <http://redalyc.uaemex.mx/redalyc/src/inicio/ArtPdfRed.jsp?iCve=88501107>, consultado el 23 de octubre de 2009.

ENCICLOPEDIAS

DERECHOS DEL PUEBLO MEXICANO MÉXICO A TRAVÉS DE SUS CONSTITUCIONES. T. XII, artículos 123-136; Cámara de Diputados del H Congreso de la Unión, cuarta edición LII Legislatura 1994, integración y comentarios al articulado, a cargo del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM, pp. 1175-1211.

LEGISLACIÓN

Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos.

Ley Orgánica del Tribunal Federal de Justicia Fiscal y Administrativa (DOF 21-12-2007).

JURISPRUDENCIAS

Novena Época
No. Registro: 173587
Instancia: Segunda Sala
Jurisprudencia
Fuente: Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta XXV, Enero de 2007
Materia(s): Administrativa
Tesis: 2a./J. 2/2007
Página: 491

Novena Época
No. Registro: 182695
Instancia: Pleno
Jurisprudencia
Fuente: Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta XVIII, Diciembre de 2003
Materia(s): Constitucional, Administrativa
Tesis: P./J. 82/2003
Página: 5

Novena Época
No. Registro: 169339
Instancia: Tribunales Colegiados de Circuito
Tesis Aislada
Fuente: Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta XXVIII, Julio de 2008
Materia(s): Administrativa
Tesis: I.4o.A.621 A
Página: 1699

Novena Época
No. Registro: 181223
Instancia: Tribunales Colegiados de Circuito
Tesis Aislada
Fuente: Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta XX, Julio de 2004
Materia(s): Común
Tesis: III.1o.A.52 K
Página: 1635

Novena Época
No. Registro: 187630
Instancia: Segunda Sala
Tesis Aislada
Fuente: Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta
XV, Marzo de 2002
Materia(s): Común
Tesis: 2a. XXVII/2002
Página: 420

Novena Época
No. Registro: 179123
Instancia: Primera Sala
Tesis Aislada
Fuente: Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta XXI,
Marzo de 2005
Materia(s): Común
Tesis: 1a. XVI/2005
Página: 212