

CAPÍTULO CUARTO

LOS JUECES DE CONTROL ¿UN NUEVO MECANISMO DE REGULARIDAD CONSTITUCIONAL EN MÉXICO?

La reforma constitucional publicada en el *Diario Oficial de la Federación* el 18 de junio de 2008 incorporó a nuestro sistema jurídico el sistema acusatorio y oral. El nuevo proceso adversarial pretende que la investigación de los delitos se desarrolle de manera rápida y eficaz, pero con respeto a los derechos de los imputados, de las víctimas y de los ofendidos.

Para lograr este fin, se dispuso en el artículo 16 constitucional la incorporación de jueces de control, para que se ocupen de verificar la actividad del Ministerio Público y la policía en la fase de investigación, y para que presidan las audiencias preliminares del juicio. En ese sentido, el citado artículo establece que:

Los poderes judiciales contarán con jueces de control que resolverán, en forma inmediata, y por cualquier medio, las solicitudes de medidas cautelares, providencias precautorias y técnicas de investigación de la autoridad, que requieran control judicial, garantizando los derechos de los indiciados y de las víctimas u ofendidos. Deberá existir un registro fehaciente de todas las comunicaciones entre jueces y Ministerio Público y demás autoridades competentes.

En la exposición de motivos se aclaró que no se refiere al antiguo juez de instrucción en sustitución de la autoridad persecutora del delito, por lo que la figura de jueces de control es una propuesta de impacto transversal, por estar vinculada a varias modificaciones del artículo 16 de la ley fundamental, pues establece jueces federales y locales denominados “de control”, encargados fundamentalmente de resolver los pedimentos ministeriales de medidas cautelares, providencias precautorias, técnicas de investigación para resolverlos de forma inmediata, para minimizar los riesgos de la demora en la ejecución de la diligencia; ello, con el fin de que tales medidas se resuelvan en forma acelerada y ágil, sin que ello implique dejar de fundar y

motivar concretamente sus resoluciones, que podrán ser comunicadas por cualquier medio fehaciente y contenga los datos requeridos.

También se mencionó que otra atribución del citado juez de control sería conocer las impugnaciones de las resoluciones de reserva, no ejercicio de la acción penal, el desistimiento y la suspensión de la acción penal, para controlar su legalidad, y en todos los casos resguardar los derechos de los imputados, las víctimas y los ofendidos.

Igualmente, se determinó que al no visualizarse a corto plazo la posibilidad de que en cada ciudad haya jueces especializados en materia penal, como para asignar al menos uno a la función de control, otro a la función preparatoria, uno más para los juicios y un último para la ejecución de las sanciones penales, era necesario establecer un marco constitucional flexible, para permitir diversas formas de organización sobre las bases del sistema acusatorio oral, tanto para el fuero federal como para el fuero común, y que por ello este tipo de jueces podrán ser los que sustancien las audiencias del proceso preliminares al juicio, ya que dependerá de la organización que las leyes establezcan, pero también de las cargas laborales y los recursos disponibles en cada lugar.

Conforme a los antecedentes narrados, podemos advertir que la norma constitucional que incorpora a los jueces de control al sistema de administración de justicia penal, en sus ámbitos federal y local, no tiene la claridad que en el caso se requería para identificar su naturaleza y el alcance preciso de sus atributos, dado que

- a) No contempla todas y cada una de las atribuciones que, según la minuta de los congresistas, corresponderán a los jueces de control.
- b) No identifica ninguna clase de instrumento o mecanismo para que los jueces de control garanticen los derechos fundamentales.
- c) No quedó perfilado el sistema de recursos que operará en caso de inconformidad con sus resoluciones.
- d) La alusión que se hace en el artículo 16 constitucional, en torno a que los jueces de control al emitir sus resoluciones sobre medidas cautelares o técnicas de investigación lo hagan “garantizando los derechos de los indiciados y de las víctimas u ofendidos”, proporciona muy poca información para delinear claramente el alcance de la jurisdicción que se asigna como garantes de esos derechos.

No se desconoce que a nivel constitucional sólo deben establecerse las atribuciones fundamentales del órgano creado y dejar su desarrollo a la legislación secundaria para no sobrerregular la Constitución; pero en el caso

de estudio no se indicaron las bases mínimas que permitan establecer el alcance de las atribuciones de los jueces de control.

Esta problemática también fue advertida por los especialistas del Centro de Estudios de Justicia de las Américas (CEJA), quienes en su proyecto de investigación sobre la implementación de la reforma procesal destacaron que:

En el diseño que define la reforma constitucional, se ha hecho referencias a las funciones propias del juez de control y del juez de juicio, como también a las posibles funciones de un Juez de ejecución y la necesidad de discusión del establecimiento de esa figura. Pero este caso involucra algunas otras consideraciones que se han mencionado y que no se encuentran reguladas en forma específica por la reforma constitucional: ¿cuál juez será encargado de resolver las impugnaciones en contra de las decisiones del Juez de control y/o del juez de juicio?

Adicionalmente, en función a que las atribuciones del juez de control serán básicamente, las que hoy desempeña el juzgado encargado de decidir los amparos indirectos, es importante determinar la necesidad de reforma en la tramitación de este recurso (ya sea a partir de la conversión de los jueces que tienen a su cargo el mismo en jueces de control y la limitación del recurso a ámbitos no penales, ya sea diferenciando casos en los que se podrá aun disponer del amparo indirecto en procesos penales).¹¹⁸

En el plano académico o doctrinal, el ministro de la Corte, Sergio A. Valls Hernández, en un interesante artículo publicado en prensa, escribió que:

La función del juez de garantías en el nuevo sistema penal, será tutelar los derechos procesales y garantías fundamentales del imputado, ante la importancia innegable del actuar del Ministerio Público en la fase investigatoria de las conductas criminales; incluso para los más audaces, podría llegar a fungir como un “tribunal constitucional”, aplicando, al proteger los derechos fundamentales, la teoría del control difuso de la constitucionalidad, lo cual nos parece una interpretación un poco excesiva; sin embargo, lo cierto es que la *ratio esendi* de la función del juez de garantías se basa en ejercer un control formal sobre la aplicación del principio de legalidad y uno material, tendente a la protección de derechos fundamentales tomando en cuenta para ello la prevalencia de la Constitución, los estándares internacionales y la propia ley, de modo que todas las consideraciones sobre el Estado social de derecho, los valores superiores, principios y derechos fundamentales que constituyen la

¹¹⁸ Suprema Corte de Justicia de la Nación, *op. cit.*, pp. 118 y 119.

guía de todo sistema político y jurídico, serán tenidas en cuenta para la toma de decisiones que correspondan en el caso.¹¹⁹

El doctor Sergio García Ramírez, en su libro sobre la reforma constitucional penal, dedica el capítulo sexto al juez de control, específicamente a sus atribuciones y etapas procesales. En relación con la función de garantía, García Ramírez destaca que la actuación de control se proyecta sobre medidas cautelares, providencias precautorias y técnicas de investigación; aunque también subraya que el hecho que el juez de control resuelva impugnaciones contra las decisiones del Ministerio Público no podría excluir del conocimiento a los jueces de amparo si tales determinaciones y los propios acuerdos del juez de control vulneran garantías.¹²⁰

Por su parte, Gonzalo Bustamante Hernández, quien ha desempeñado la función de juez de control en el Poder Judicial del Estado de México, al opinar sobre este punto en particular, indicó lo siguiente:

Conforme a la regulación que el juez de control tiene en el Código de Procedimientos Penales del Estado de México, estimo que no es equiparable la función del juez de control, con las de un juez constitucional o de garantías, ya que la mencionada ley adjetiva establece que los jueces de control deberían aplicar el código de procedimientos penales en el estado; lo que representa que el juez de control sea únicamente un juez de legalidad en cuanto a la norma que lo crea, y para el caso de que exista algún precepto inconstitucional o anticonstitucional, no está regulada esa posibilidad de preservar la constitución. Lo anterior lo comento, con independencia que la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos, señale que ante la supremacía constitucional, todas las autoridades deberán de preservar dicha norma federal.¹²¹

En tanto que Luis Ávila Benítez, quien también se ha desempeñado con ese carácter, sobre el mismo cuestionamiento respondió:

La función del juez de control se parece a la de aquellos juzgadores en cuanto tutela las garantías procesales del índole penal de los ciudadanos y sobre todo los actos de molestia que el Ministerio Público pueda inflingirles en la indagación de ciertos hechos delictuosos.

Esto implica que el juez de control se convierte en garante de los derechos de los inculpados y asimismo de las víctimas u ofendidos en la fase de inves-

¹¹⁹ Valls Hernández, Sergio A., “El juez de control en México”, *Milenio*, 9 de diciembre de 2008.

¹²⁰ García Ramírez, Sergio, *op. cit.*, pp. 59 y 60.

¹²¹ Véase cuestionario anexo al final de este trabajo.

tigación penal donde anteriormente no existía injerencia del juez de proceso penal y las inconformidades de los involucrados en una averiguación previa (ahora carpeta de investigación) debían plantearse en vía de amparo.¹²²

Por su lado, el juez de garantía de Oaxaca, Jahaziel Reyes Loaeza, en un artículo consultado en internet sobre el punto que nos ocupa opinó que

La función del juez de garantías en el nuevo procedimiento penal Oaxaqueño, será tutelar los derechos procesales y garantías fundamentales del imputado, precisamente como contrapeso al Ministerio Público en la fase preliminar (investigación); por ende, de alguna manera fungirá como un tribunal constitucional, aplicando la muy cuestionada teoría del control difuso de la constitucionalidad, sin que exista invasión de esferas del Poder Judicial de la Federación, pues no tildará de constitucional o inconstitucional un acto de autoridad, sino únicamente moderará la actuación del fiscal.¹²³

El juez de distrito Germán Martínez Cisneros¹²⁴ publicó un interesante artículo en el que destaca que la existencia del juez de control tiene su justificación, desde una perspectiva doctrinaria, en la necesidad de superar necesidades específicas que tienen que ver más con el desarrollo práctico del sistema de justicia penal garantista que con la esencia misma de la figura del juez en materia penal.

En su opinión, las razones que le dan connotación a este juzgador; esto es, que justifican su existencia, son las siguientes:

- 1) Poner límites a las acciones de los órganos investigadores y de procuración de justicia, a fin de que sus acciones se sujeten a las normas legales, por lo que se dice, en este aspecto, que su función es una suerte de control difuso de la constitucionalidad permitida expresamente por la ley.
- 2) Impedir la formación de prejuicios o influencias perniciosas en el ánimo del juez que en su momento va a decidir en el juicio oral.
- 3) Llevar a cabo los preparativos para que en su oportunidad se desarrolle el juicio oral.
- 4) O bien llevar a cabo los actos o avalar las decisiones de las partes para que, en ciertos casos, aplicando el criterio o principio de oportuni-

¹²² *Idem.*

¹²³ Reyes Loaeza, Jahaziel, *op. cit.*, p. 103.

¹²⁴ Martínez Cisneros, Germán, “El juez de control en México, un modelo para armar”, *Revista del Instituto de la Judicatura Federal*, México, núm. 27, 2009, pp. 173-194.

dad, no haya necesidad de llegar hasta el juicio oral para lograr los objetos restaurativos del modelo acusatorio.

En resumen, no hay plena coincidencia ni claridad sobre la naturaleza o carácter de los jueces de control; específicamente, el debate central es en torno a la función de garantía que les asigna la reforma constitucional.

Para algunos, es cuestionable que puedan ser considerados como órganos de control constitucional, porque en su opinión sólo van a ejercer un control formal sobre la aplicación del principio de legalidad, sin que existan bases sólidas para elevar su función a la de verdaderos órganos de control o defensa constitucional.

En cambio, existe otra corriente, de la que soy partidario, para la cual los jueces de control son verdaderos custodios de garantías, porque ese carácter —aunque no se desprenda claramente del texto constitucional— es connatural a la atribución que el poder reformador les asigna en el sentido de garantizar los derechos fundamentales de los imputados, las víctimas y los ofendidos.

Y esta tendencia es más evidente si se tiene en cuenta que según la exposición de motivos, corresponderá a los jueces de control, resolver sobre las decisiones del Ministerio Público respecto al no ejercicio, o desistimiento de la acción penal, que actualmente son revisadas en vía de amparo, lo que en mi opinión hace patente que el rol que debe asignárseles a los jueces de control no es otro sino el de órganos de regularidad constitucional.

El problema de interpretación que aquí se plantea no tiene un interés simplemente teórico, sino práctico, porque de ello dependerá el correcto diseño del marco jurídico conforme al cual podrán ser impugnadas, en su caso, las resoluciones de los jueces de control, y la articulación de este nuevo control judicial de derechos humanos con el juicio de amparo, que es una de las asignaturas pendientes para el legislador secundario.

Para tratar de esclarecer estas cuestiones, es conveniente examinar en principio cómo han evolucionado los mecanismos de regularidad constitucional en el Estado mexicano y cuáles han sido éstas.

I. MECANISMOS DE REGULARIDAD CONSTITUCIONAL EN MÉXICO

Es de advertirse que a cien años ya de la vigencia de la Constitución de 1917, el control constitucional en nuestro país ha experimentado modificaciones sustanciales, que tienen que ver tanto con el incremento como con la calidad y dispersión de los mecanismos de regularidad constitucional.

Originalmente el texto constitucional contempló solamente cuatro instrumentos de control, a saber:

- a) La facultad de investigación de la Suprema Corte de Justicia de la Nación sobre hechos que implicaran una grave violación de alguna garantía individual o al voto público. Las atribuciones del alto tribunal del país en este segmento se fueron diluyendo con el paso de los años debido a diversos factores sociales y políticos, que motivaron el traspaso de estas facultades en otros órganos como el Tribunal Electoral del Poder Judicial de la Federación, con competencia para resolver cuestiones electorales, y la Comisión Nacional de los Derechos Humanos, a la que mediante la reforma de junio de 2011 se transmitió la potestad de averiguar hechos que puedan constituir violaciones graves de derechos humanos, cuando así lo juzgue conveniente o lo pidiere el Ejecutivo Federal, alguna de las Cámaras del Congreso de la Unión, el gobernador de un estado, el jefe de gobierno del Distrito Federal o las legislaturas de las entidades federativas.
- b) El juicio político o de responsabilidad de los altos funcionarios (previsto ahora en el artículo 110 constitucional), mediante el cual los senadores y diputados del Congreso de la Unión, los ministros de la Suprema Corte de Justicia de la Nación, los consejeros de la judicatura federal, los secretarios de despacho, los diputados de la Asamblea del Distrito Federal, el jefe de gobierno del Distrito Federal, el procurador general de la República, el procurador general de justicia del Distrito Federal, los magistrados de circuito y jueces de distrito, los magistrados y jueces del fuero común del Distrito Federal, los consejeros de la judicatura del Distrito Federal, el consejero presidente, los consejeros electorales, y el secretario ejecutivo del Instituto Federal Electoral, los magistrados del Tribunal Electoral, los directores generales y sus equivalentes de los organismos descentralizados, empresas de participación estatal mayoritaria, sociedades y asociaciones asimiladas a éstas y fideicomisos públicos, pueden ser destituidos e inhabilitados para desempeñar funciones, empleos, cargos o comisiones de cualquier naturaleza en el servicio público, e incluso, luego de la declaración de procedencia realizada por la Cámara de Diputados, ser juzgados penalmente.
- c) El juicio de amparo, establecido en los artículos 103 y 107 de la carta suprema, que originalmente permitía impugnar leyes o actos de autoridad por violación de garantías individuales reconocidas en el texto constitucional, siempre y cuando el quejoso acreditara su interés jurídico, es decir, un derecho subjetivo reconocido por el orden jurídico, pero que

ahora se ha modernizado para aceptar la procedencia del juicio de amparo cuando se produzca la afectación, no sólo del interés jurídico, sino también de un interés legítimo individual o colectivo y para tutelar derechos humanos protegidos por la Constitución mexicana y los instrumentos internacionales en la materia.

- d) Las controversias constitucionales, que originalmente facultaban a la Corte para dirimir conflictos entre dos o más estados, entre los poderes de un mismo estado sobre la constitucionalidad de sus actos y de las contiendas entre federación y uno o más estados, así como aquellas en que la federación fuera parte.

El texto constitucional en vigor admite la procedencia de las controversias constitucionales en los siguientes casos: 1) la Federación y una entidad federativa; 2) la Federación y un municipio; 3) el Poder Ejecutivo y el Congreso de la Unión; aquél y cualquiera de las cámaras de éste o, en su caso, la Comisión Permanente; 4) una entidad federativa y otra; 5) dos municipios de diversos estados; 6) dos poderes de una misma entidad federativa, sobre la constitucionalidad de sus actos o disposiciones generales; 7) un estado y uno de sus municipios, sobre la constitucionalidad de sus actos o disposiciones generales; 8) una entidad federativa y un municipio de otra, o una demarcación territorial de la Ciudad de México, sobre la constitucionalidad de sus actos o disposiciones generales, y 9) dos órganos constitucionales autónomos, y entre uno de éstos y el Poder Ejecutivo de la Unión o el Congreso de la Unión sobre la constitucionalidad de sus actos o disposiciones generales.

Nuevos mecanismos de regularidad constitucional

En la última década del siglo XX se sumaron al texto constitucional nuevos mecanismos para remediar la anormalidad constitucional.

- a) El juicio de revisión constitucional electoral, previsto en el artículo 99, fracción IV, de la Constitución, que permite al Tribunal Electoral del Poder Judicial de la Federación conocer de las impugnaciones de actos o resoluciones definitivos y firmes de las autoridades competentes de las entidades federativas para organizar y calificar los comicios o resolver las controversias que surjan durante los mismos, que puedan resultar determinantes para el desarrollo del proceso respectivo o el resultado final de las elecciones.

- b) La acción de inconstitucionalidad, prevista por el artículo 105, fracción II, de la Constitución, que dota de competencia al Pleno de la Suprema Corte de Justicia de la Nación para analizar, en abstracto, la posible contradicción entre una norma de carácter general y la Constitución, siempre y cuando sea promovida por: 1) el equivalente al 33% de los integrantes de la Cámara de Diputados del Congreso de la Unión, en contra de leyes federales; 2) el equivalente al 33% de los integrantes del Senado, en contra de las leyes federales o de tratados internacionales celebrados por el Estado mexicano; 3) el Ejecutivo Federal, por conducto del consejero jurídico del Gobierno, en contra de normas generales de carácter federal y de las entidades federativas; 4) el equivalente al 33% de los integrantes de alguna de las legislaturas de las entidades federativas en contra de las leyes expedidas por el propio órgano; 5) los partidos políticos con registro ante el Instituto Nacional Electoral, por conducto de sus dirigencias nacionales, en contra de leyes electorales federales o locales; y los partidos políticos con registro en una entidad federativa, a través de sus dirigencias, exclusivamente en contra de leyes electorales expedidas por la legislatura de la entidad federativa que les otorgó el registro; 6) la Comisión Nacional de los Derechos Humanos, en contra de leyes de carácter federal o de las entidades federativas, 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 la Constitución y en los tratados internacionales de los que México sea parte. Asimismo, los organismos de protección de los derechos humanos equivalentes en las entidades federativas, en contra de leyes expedidas por las legislaturas; 7) el organismo garante que establece el artículo 6o. de la Constitución en contra de leyes de carácter federal y local, así como de tratados internacionales celebrados por el Ejecutivo Federal y aprobados por el Senado de la República, que vulneren el derecho al acceso a la información pública y la protección de datos personales. Asimismo, los organismos garantes equivalentes en las entidades federativas, en contra de leyes expedidas por las legislaturas locales, y 8) el fiscal general de la República respecto de leyes federales y de las entidades federativas, en materia penal y procesal penal, así como las relacionadas con el ámbito de sus funciones.
- c) El juicio de protección de los derechos políticos electorales, previsto por el artículo 99, fracción V, de la Constitución, que consiste en resolver las impugnaciones de actos y resoluciones que violen los derechos político-

- electorales de los ciudadanos de votar, ser votado y de afiliación libre y pacífica para tomar parte en los asuntos políticos del país.
- d) La facultad del Tribunal Electoral del Poder Judicial de la Federación para resolver sobre la no aplicación de leyes (en esa materia) contrarias al texto constitucional, prevista en el artículo 99, fracción X, párrafo tercero.
 - e) Los organismos autónomos protectores de los derechos humanos previstos en el artículo 102, apartado B, constitucional, con facultades para conocer de quejas en contra de actos u omisiones de naturaleza administrativa provenientes de cualquier autoridad o servidor público, con excepción de los del Poder Judicial de la Federación, que violen estos derechos.

La Comisión Nacional de los Derechos Humanos y las comisiones locales pueden formular recomendaciones públicas, no vinculatorias, denuncias y quejas ante las autoridades respectivas; pero no serán competentes tratándose de asuntos electorales y jurisdiccionales.

La Comisión Nacional de los Derechos Humanos podrá investigar hechos que constituyan violaciones graves de derechos humanos cuando así lo juzgue conveniente o lo pidiera el Ejecutivo Federal, alguna de las Cámaras del Congreso de la Unión, el gobernador de un estado, el jefe de gobierno del Distrito Federal o las legislaturas de las entidades federativas.

Esta evolución de los mecanismos de regularidad constitucional es el resultado de la dinámica social interna, pero también es producto de la influencia exterior proveniente de recomendaciones de organismos internacionales de protección de los derechos humanos que han solicitado a México ampliar la promoción y protección de los instrumentos protectores de derechos humanos.

Para el ministro de la Suprema Corte de Justicia de la Nación, Arturo Zaldívar Lelo de Larrea, la defensa de la Constitución ha tenido que responder a nuevos retos y se ha visto obligada a ampliar su objeto y sus efectos, ante las cambiantes circunstancias políticas y sociales del siglo XX. En primer término, la defensa de la Constitución se ocupa de la normalidad constitucional; este sector se integra por todos aquellos instrumentos que coadyuvan a que el sistema previsto en la Constitución funcione. Por otra parte, la defensa constitucional regula los instrumentos predominantemente de carácter procesal que permiten lograr la operatividad de las normas fundamentales cuando existe una violación de cualquier tipo respecto de dichas normas.

Así, la defensa constitucional comprende la protección constitucional (normalidad constitucional) y las garantías constitucionales (anormalidad constitucional).

Estas garantías constitucionales, en opinión del ministro Zaldívar Lelo de Larrea, son instrumentos jurídicos predominantemente de carácter procesal, que tienen por objeto lograr la efectividad de las normas fundamentales cuando existe incertidumbre, conflicto o violación de las mismas. La defensa de la Constitución en sentido estricto se identifica con las garantías constitucionales. A este sector, dice el doctor Zaldívar, la doctrina se ha referido indistintamente como justicia constitucional, jurisdicción constitucional y control de la constitucionalidad, que se caracteriza por su carácter evolutivo.¹²⁵

En opinión del doctor Héctor Fix-Zamudio,¹²⁶ la defensa de la Constitución está integrada por todos aquellos instrumentos jurídicos y procesales que se han establecido tanto para conservar la normativa constitucional como para prevenir su violación, reprimir su desconocimiento y, lo que es más importante, lograr el desarrollo y la evolución de las propias disposiciones constitucionales en un doble sentido: desde el punto de vista de la Constitución formal lograr su paulatina adaptación a los cambios de la realidad político-social, y desde el ángulo de la Constitución material su transformación de acuerdo con las normas programáticas de la propia carta fundamental. Para este jurista, la defensa de la Constitución puede escindirse en dos categorías fundamentales: la protección de la Constitución y las llamadas “garantías constitucionales”.

El primer sector, relativo a la protección de la Constitución, está integrado por todos aquellos instrumentos políticos, económicos, sociales y de técnica jurídica que han sido canalizados a través de normas de carácter fundamental e incorporados a los documentos constitucionales, con el propósito de limitar el poder y lograr que sus titulares se sometan a los lineamientos establecidos en la propia Constitución. En este campo, aparecen la división de poderes, la regulación de los recursos económicos y financieros, la institucionalización de los factores sociales: grupos de interés, grupos de poder y partidos políticos, la supremacía constitucional y el procedimiento dificultado de reforma.

Las garantías constitucionales, según este autor, pueden describirse como los instrumentos jurídicos, predominantemente de carácter procesal, que tienen por objeto lograr la efectividad de las normas fundamentales

¹²⁵ Zaldívar Lelo de Larrea, Arturo, “El juicio de amparo y la defensa de la Constitución”, en Cossío, José Ramón y Pérez de Acha, Luis M. (comps.), *La defensa de la Constitución*, México, Fontamara, 1997, pp. 48-50.

¹²⁶ Los conceptos aquí mencionados aparecen en diversas publicaciones del propio autor, y para efectos de consulta he recurrido al libro intitulado *Justicia constitucional, ombudsman y derechos humanos*, México, Comisión Nacional de Derechos Humanos, 1997, pp. 257-302.

cuando existe incertidumbre, conflicto o violación de las referidas normas. En esta categoría se encuentran la jurisdicción constitucional de la libertad, la jurisdicción constitucional orgánica y la jurisdicción constitucional de carácter internacional y comunitario.

De estas últimas tres categorías, la que tiene interés para este trabajo es la denominada “jurisdicción constitucional de la libertad”, que puede definirse, siguiendo al profesor Fix-Zamudio, como aquel conjunto de instrumentos jurídicos y predominantemente procesales dirigidos a la tutela de las normas constitucionales que consagran los derechos fundamentales de la persona humana en su dimensión individual y social.

La expresión de “jurisdicción constitucional de la libertad” fue acuñada por Mauro Cappelletti, en su obra clásica del mismo nombre, publicada originalmente en Milán en 1955.¹²⁷ En esta obra, el maestro italiano analizó el “recurso constitucional” (*Verfassungsbeschwerde*), implementado en esa época en la República Federal de Alemania. Consistía en un medio de reclamo jurisdiccional ante el Tribunal Constitucional Federal, que podía ejercitarse por los ciudadanos particulares para la tutela de sus derechos fundamentales y de algunas otras situaciones subjetivas lesionadas por un acto de cualquier autoridad pública. El legitimado para obrar era todo aquel que se afirmase titular del derecho fundamental que había sido lesionado por actos de la autoridad jurídica. La infracción de la que nace el interés para obrar consistiría, no en un simple peligro de daño futuro, sino en un perjuicio actual, resultante de la negativa de una facultad o de la determinación de un deber en forma contraria a lo dispuesto por los preceptos sobre los derechos fundamentales o de otros derechos que hayan sido equiparados a los primeros. Por virtud del recurso, decía Cappelletti, se abría al individuo la posibilidad de convertirse en la manera más directa en factor activo de la vida del derecho y del Estado, a través del mismo acto en el cual defiende sus intereses supremos, es decir, su libertad.

Para Fix-Zamudio, la jurisdicción constitucional de la libertad se puede subdividir en tres segmentos, que a su vez abarcan igual número de medios jurídicos y procesales para la tutela de los derechos humanos, y que él divide en indirectos, complementarios y específicos.

La jurisdicción constitucional de la libertad se forma con todos los medios que se utilizan para la tutela de los derechos humanos consagrados en los documentos constitucionales. Estos instrumentos protectores se subdivi-

¹²⁷ Cappelletti, Mauro, *La giurisdizione costituzionale delle libertà*, Milán, Giuffrè, 1955. Hay traducción al castellano de Héctor Fix-Zamudio: *La jurisdicción constitucional de la libertad*, México, UNAM, 1961.

den, a su vez, en tres categorías: los indirectos, es decir aquellos que están dirigidos a la tutela de los derechos ordinarios, pero que a falta o en apoyo a los específicos también funcionan para realizar los derechos fundamentales, tales como el proceso ordinario y la justicia administrativa. Un segundo sector se refiere a la represión de las violaciones consumadas de los derechos humanos por parte de los órganos del poder, y los podemos calificar de medios complementarios, entre los cuales se pueden señalar el juicio político de los altos funcionarios y la responsabilidad patrimonial del Estado. Finalmente, los medios específicos son aquellos establecidos para la tutela directa de los derechos fundamentales de los gobernados, pues implican la existencia de procedimientos sencillos y breves para la reparación de las infracciones a los propios derechos, restituyendo a los afectados en el goce de los mismos.

En este sector, Fix-Zamudio identifica un conjunto de instrumentos que cumplen la función de la tutela directa de los derechos humanos, como el *habeas corpus*; el juicio de amparo regulado por los ordenamientos de varios países latinoamericanos y por la legislación española, incluyendo al mandato de *segurança*; el control judicial de la constitucionalidad de las leyes, cuando afectan los derechos subjetivos de los reclamantes, y algunos medios de impugnación específicos del derecho europeo continental (recurso constitucional). Fix-Zamudio agrega en esta clasificación al *ombudsman*, de origen escandinavo, aunque este último no puede considerarse como instrumento procesal en sentido estricto.

El profesor español José Luis Cascajo Castro se ha ocupado también de la denominada jurisdicción constitucional de la libertad.

Este autor explica que si bien el principal objeto de la justicia constitucional viene representado por el control de constitucionalidad de las leyes, no se puede reducir su ámbito a dicha función, bajo la pena de ignorar otras estimables manifestaciones, tales como tutela de los derechos fundamentales frente a cualquier disposición de los poderes públicos, resolución de los conflictos de atribuciones entre los poderes del Estado, enjuiciamiento de las actividades ilícitas de los titulares de órganos constitucionales (la llamada justicia política), control sobre la legitimidad constitucional de los partidos políticos, además de posibles funciones contencioso-electorales o meramente declarativas.

Cascajo Castro, a título de presupuestos conceptuales, aclara que hay que distinguir diversas ópticas desde las que se puede contemplar la jurisdicción constitucional. Por una parte, como jurisdicción que tutela la regularidad constitucional del ejercicio o actividad de determinados órganos

constitucionales con un carácter fundamentalmente objetivo. Y, por otra, como jurisdicción que pretende actuar y hacer valer las situaciones jurídicas subjetivas del ciudadano, previamente constitucionalizadas, que redundan también en una tutela y garantía de la norma constitucional, pero que presenta fundamentalmente un carácter subjetivo en cuanto pretende satisfacer dichas situaciones jurídicas subjetivas que la Constitución imputa y atribuye a los individuos.¹²⁸

Joaquín Brage Camazano¹²⁹ realiza un análisis profundo de la jurisdicción constitucional de la libertad, y enfatiza que es altamente conveniente arbitrar procedimientos específicos para prevenir o, en su caso, reparar la violación de los derechos fundamentales, debiendo caracterizarse estos procedimientos por la rapidez, la brevedad y la efectividad, y ello al margen de si en ese país hay un tribunal constitucional.

Este autor nos recuerda que los derechos valen lo que valen sus garantías. Se comprende la necesidad de habilitar tales garantías para que el ejercicio de los derechos y libertades fundamentales se torne real y efectivo, para que cualquier ciudadano pueda resistir por medios jurídico-procesales frente a terceros particulares (directa o indirectamente), frente a la administración, frente a los mismos jueces, e incluso frente al mismo soberano legislador cuando se ejecute o trate de ejecutar una actividad, o se deje de hacerlo cuando se debía ejecutar, con vulneración de los propios derechos fundamentales tutelados por la Constitución, obteniendo asimismo, en su caso, la restitución al *statu quo ante* previo a la violación del derecho o la correspondiente reparación por la lesión producida.

En opinión de este investigador español, es viable atribuir a los jueces ordinarios, o a algunos de ellos, la competencia para conocer de estos instrumentos procesales específicos de tutela de los derechos fundamentales. Si así sucede, el autor sugiere que se otorgue, además, una competencia unificadora y orientadora básica al tribunal constitucional y/o al tribunal supremo correspondientes, a fin de evitar una aplicación inaceptablemente desigual dentro del Estado, y ello incluso en los Estados federales o descentralizados, porque estos derechos han de considerarse precisamente como expresión formal de unas convicciones ético-jurídicas comunes.

En este sentido, la jurisdicción constitucional de la libertad no queda integrada sólo por el tribunal constitucional en los países donde exista, sino

¹²⁸ Cascajo Castro, José Luis, *La jurisdicción constitucional de la libertad*, 1975, consultado en http://www.cepc.es/rap/Publicaciones/Revistas/2/REP_199_153.pdf.

¹²⁹ Brage Camazano, Joaquín, *La jurisdicción constitucional de la libertad*, México, Porrúa, 2005, pp. 17, 18, 28, 41, 42 y 53-55.

también por todos y cada uno de los tribunales que, en su caso, tengan competencia para conocer de los procesos constitucionales específicos para la tutela de los derechos fundamentales.

Estas últimas notas nos llevan directamente a indagar lo siguiente: qué es lo que ha dicho nuestro máximo tribunal acerca del control judicial de la Constitución.

II. LA INTERPRETACIÓN DE LA SUPREMA CORTE SOBRE EL CONTROL JUDICIAL DE LA CONSTITUCIÓN

El máximo tribunal del país había sostenido por varios años el criterio de que el control judicial de la Constitución residía exclusivamente en el Poder Judicial de la Federación.

En ese sentido se emitió una tesis de jurisprudencia sobre el alcance que debía darse a la segunda parte del artículo 133 constitucional, que establecía: “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”.

Los ministros del alto tribunal del país, al pronunciarse sobre esa norma constitucional, concluyeron que era inadmisibles sostener que con fundamento en lo dispuesto en el artículo 133 de la Constitución general de la República los jueces del orden común puedan abstenerse de aplicar las leyes locales, con base en el argumento de que éstas son violatorias de la ley suprema, porque aun cuando en principio la redacción del artículo 133 constitucional sugiere esa posibilidad, lo cierto es que la postura sustentada hasta la fecha por la Corte ha sido en el sentido opuesto, teniendo en cuenta una interpretación sistemática del mismo precepto y los principios que informan la Constitución.

Estas ideas quedaron recogidas en la tesis de jurisprudencia que a continuación se transcribe:

CONTROL JUDICIAL DE LA CONSTITUCIÓN. ES ATRIBUCIÓN EXCLUSIVA DEL PODER JUDICIAL DE LA FEDERACIÓN. La supremacía constitucional se configura como un principio consustancial del sistema jurídico-político mexicano, que descansa en la expresión primaria de la soberanía en la expedición de la Constitución, y que por ello coloca a ésta por encima de todas las leyes y de todas las autoridades, de ahí que las actuaciones de éstas deben ajustarse estrictamente a las disposiciones de aquélla. En este sentido, más que una facultad, la supremacía constitu-

cional impone a toda autoridad el deber de ajustar a los preceptos fundamentales, los actos desplegados en ejercicio de sus atribuciones. Por tanto, si bien es cierto que los tres Poderes de la Unión deben observar la Ley Suprema, no puede afirmarse que por esta razón, las autoridades puedan, por sí y ante sí, en el ejercicio de funciones materialmente jurisdiccionales, examinar la constitucionalidad de sus propios actos o de los ajenos, toda vez que, al respecto, la propia Constitución consagra, en sus artículos 103 y 107, un medio de defensa expreso, por vía de acción, como es el juicio de amparo y lo encomienda, en exclusiva, al Poder Judicial de la Federación, sentando las bases de su procedencia y tramitación.¹³⁰

Asimismo, la Segunda Sala de la Suprema Corte de Justicia de la Nación, al resolver una contradicción de tesis surgida entre tribunales colegiados especializados en la materia administrativa, estableció jurisprudencia, en el sentido de que el Tribunal Federal de Justicia Fiscal y Administrativa carece de competencia para pronunciarse sobre vicios de constitucionalidad que se atribuyan a una regla general administrativa.¹³¹

En esta resolución, la Segunda Sala aludió al tema del control difuso, bajo las siguientes líneas:

- La constitucionalidad o validez de una regla general administrativa, dada su especial naturaleza, se puede analizar al tenor de lo dispuesto en la Constitución o bien confrontando su texto con lo dispuesto en un ordenamiento inferior a esa norma fundamental.
- Entonces, abordar el estudio de constitucionalidad o validez de una regla general administrativa puede implicar un estudio propiamente dicho de constitucionalidad, donde la posible trasgresión a la norma fundamental será directa, o bien un análisis de legalidad, en donde

¹³⁰ Tesis: P./J. 73/99, *Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta*, Novena Época, t. X, agosto de 1999, p. 18.

¹³¹ La ejecutoria sobre esta contradicción de tesis es consultable en el *Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta*, Novena Época, t. XX, septiembre de 2004, p. 110, de la cual derivaron las tesis 2a./J. 109/2004 y 2a./J. 108/2004, de rubros: “CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO. EL TRIBUNAL FEDERAL DE JUSTICIA FISCAL Y ADMINISTRATIVA CARECE DE COMPETENCIA PARA PRONUNCIARSE SOBRE LOS VICIOS DE CONSTITUCIONALIDAD QUE EN LA DEMANDA RESPECTIVA SE ATRIBUYAN A UNA REGLA GENERAL ADMINISTRATIVA”, “CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO. EL TRIBUNAL FEDERAL DE JUSTICIA FISCAL Y ADMINISTRATIVA DEBE PRONUNCIARSE SOBRE LOS VICIOS DE LEGALIDAD QUE EN LA DEMANDA RESPECTIVA SE ATRIBUYAN A LAS REGLAS GENERALES ADMINISTRATIVAS APLICADAS EN PERJUICIO DEL ACTOR EN LA RESOLUCIÓN DEFINITIVA IMPUGNADA EN FORMA DESTACADA”.

la posible violación constitucional se dará en vía de consecuencia, en forma indirecta.

- El control de la constitucionalidad directa constituye una facultad reservada a los órganos del Poder Judicial de la Federación; por ejemplo, si se planteara que lo dispuesto en una regla general administrativa vulnera las garantías de audiencia o de seguridad jurídica, o bien el principio de legalidad tributaria, caso en el cual el Tribunal Fiscal de ninguna manera podría realizar un estudio de tal naturaleza, ya que ello implicaría dotarlo de auténticas facultades de control difuso, y esto no está permitido en el sistema constitucional de México.
- El Tribunal Fiscal sí puede llevar a cabo el control indirecto de la constitucionalidad de una regla general administrativa, entendido como un mero control de legalidad, en el que debe limitarse a verificar si la autoridad facultada para emitir la disposición de observancia general se apegó fielmente a lo previsto en el acto formalmente legislativo o formalmente reglamentario que la habilitó para expedir actos de esa naturaleza, lo que de ninguna manera conlleva ejercer un control de constitucionalidad.

Estos criterios jurisprudenciales se habían mantenido incólumes durante varios años, pero en los meses de junio y julio de 2011 se presentaron dos hechos sobresalientes que llevaron a la Suprema Corte de Justicia a la modificación del criterio sobre el control difuso de constitucionalidad y a la admisión del llamado control de convencionalidad.

El 10 de junio de 2011 se publicó en el *Diario Oficial de la Federación* el decreto que modificó la denominación del capítulo I del título primero y reformó diversos artículos de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos. El artículo 1o. constitucional se reformó para reconocer que en los Estados Unidos Mexicanos todas las personas gozarán de los derechos humanos reconocidos en la Constitución y en los tratados internacionales de los que el Estado mexicano sea parte; además, señala que las normas relativas a los derechos humanos se interpretarán de conformidad con la Constitución y con los tratados internacionales de la materia favoreciendo en todo tiempo a las personas la protección más amplia, y que es obligación de todas las autoridades promover, respetar, proteger y garantizar los derechos humanos.

Mientras que en julio de 2011 la Suprema Corte de Justicia de la Nación realizó una nueva interpretación al artículo 133 constitucional en relación con los nuevos contenidos normativos del vigente artículo 1o. constitucional, a partir del expediente varios 912/2010, sobre el cumplimiento

de la sentencia de la Corte Interamericana en el caso Radilla Pacheco *vs.* Estados Unidos Mexicanos, cuya discusión pública tuvo lugar los días 4, 5, 7, 11, 12 y 14 de julio de 2011; el engrose respectivo fue publicado en el *Diario Oficial de la Federación* del 4 de octubre de 2011.

La Corte Interamericana de Derechos Humanos, en el expediente de Rosendo Radilla, estableció que:

En relación con las prácticas judiciales, este Tribunal ha establecido en su jurisprudencia que es consciente que los jueces y tribunales internos están sujetos al imperio de la ley y, por ello, están obligados a aplicar las disposiciones vigentes en el ordenamiento jurídico. Pero cuando un Estado ha ratificado un tratado internacional como la Convención Americana, sus jueces, como parte del aparato del Estado, también están sometidos a ella, lo que les obliga a velar porque los efectos de las disposiciones de la Convención no se vean mermados por la aplicación de leyes contrarias a su objeto y fin, que desde un inicio carecen de efectos jurídicos. En otras palabras, el Poder Judicial debe ejercer un “control de convencionalidad” *ex officio* entre las normas internas y la Convención Americana, evidentemente en el marco de sus respectivas competencias y de las regulaciones procesales correspondientes. En esta tarea, el Poder Judicial debe tener en cuenta no solamente el tratado, sino también la interpretación que del mismo ha hecho la Corte Interamericana, intérprete última de la Convención Americana.

El Pleno de la Suprema Corte de Justicia de la Nación, al atender el contenido de esta sentencia, determinó que el control de convencionalidad debe ser ejercido por todos los órganos que tengan funciones materialmente jurisdiccionales, dado que se tiene la obligación constitucional de interpretar siempre los tratados de la manera más benéfica para la persona.

Para la mayoría de los ministros, el control de convencionalidad es acorde con el contenido del artículo 1o. constitucional, y en consecuencia dicho control se debe realizar por todos los jueces del Estado mexicano de acuerdo con la propia Constitución, no declarando de manera general la inconstitucionalidad de leyes, sino desaplicando al caso concreto aquella norma que es contraria a la propia Constitución o a los tratados internacionales de derechos humanos, para lo que fue aprobado un modelo de control de convencionalidad y constitucionalidad.

Estas consideraciones quedaron plasmadas, entre otros, en los criterios que a continuación se transcriben:

CONTROL DE CONVENCIONALIDAD EX OFFICIO EN UN MODELO DE CONTROL DIFUSO DE CONSTITUCIONALIDAD. De conformidad con lo previsto

en el artículo 1o. de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos, todas las autoridades del país, dentro del ámbito de sus competencias, se encuentran obligadas a velar no sólo por los derechos humanos contenidos en la Constitución Federal, sino también por aquellos contenidos en los instrumentos internacionales celebrados por el Estado Mexicano, adoptando la interpretación más favorable al derecho humano de que se trate, lo que se conoce en la doctrina como principio pro persona. Estos mandatos contenidos en el artículo 1o. constitucional, reformado mediante Decreto publicado en el *Diario Oficial de la Federación* de 10 de junio de 2011, deben interpretarse junto con lo establecido por el diverso 133 para determinar el marco dentro del que debe realizarse el control de convencionalidad *ex officio* en materia de derechos humanos a cargo del Poder Judicial, el que deberá adecuarse al modelo de control de constitucionalidad existente en nuestro país. Es en la función jurisdiccional, como está indicado en la última parte del artículo 133 en relación con el artículo 1o. constitucionales, en donde los jueces están obligados a preferir los derechos humanos contenidos en la Constitución y en los tratados internacionales, aun a pesar de las disposiciones en contrario que se encuentren en cualquier norma inferior. Si bien los jueces no pueden hacer una declaración general sobre la invalidez o expulsar del orden jurídico las normas que consideren contrarias a los derechos humanos contenidos en la Constitución y en los tratados (como sí sucede en las vías de control directas establecidas expresamente en los artículos 103, 105 y 107 de la Constitución), sí están obligados a dejar de aplicar las normas inferiores dando preferencia a las contenidas en la Constitución y en los tratados en la materia.¹³²

CONTROL DE CONSTITUCIONALIDAD Y DE CONVENCIONALIDAD (REFORMA CONSTITUCIONAL DE 10 DE JUNIO DE 2011). Mediante reforma publicada en el *Diario Oficial de la Federación* el 10 de junio de 2011, se modificó el artículo 1o. de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos, rediseñándose la forma en la que los órganos del sistema jurisdiccional mexicano deberán ejercer el control de constitucionalidad. Con anterioridad a la reforma apuntada, de conformidad con el texto del artículo 103, fracción I, de la Constitución Federal, se entendía que el único órgano facultado para ejercer un control de constitucionalidad lo era el Poder Judicial de la Federación, a través de los medios establecidos en el propio precepto; no obstante, en virtud del reformado texto del artículo 1o. constitucional, se da otro tipo de control, ya que se estableció que todas las autoridades del Estado mexicano tienen obligación de respetar, proteger y garantizar los derechos humanos reconocidos en la Constitución y en los tratados internacionales de los que el propio Estado mexicano es parte, lo que también comprende el control de conven-

¹³² Tesis P. LXVII/2011 (9a.), *Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta*, Décima Época, libro III, t. I, diciembre de 2011, p. 535.

cionalidad. Por tanto, se concluye que en el sistema jurídico mexicano actual, los jueces nacionales tanto federales como del orden común, están facultados para emitir pronunciamiento en respeto y garantía de los derechos humanos reconocidos por la Constitución Federal y por los tratados internacionales, con la limitante de que los jueces nacionales, en los casos que se sometan a su consideración distintos de las vías directas de control previstas en la Norma Fundamental, no podrán hacer declaratoria de inconstitucionalidad de normas generales, pues únicamente los órganos integrantes del Poder Judicial de la Federación, actuando como jueces constitucionales, podrán declarar la inconstitucionalidad de una norma por no ser conforme con la Constitución o los tratados internacionales, mientras que las demás autoridades jurisdiccionales del Estado mexicano sólo podrán inaplicar la norma si consideran que no es conforme a la Constitución Federal o a los tratados internacionales en materia de derechos humanos.¹³³

Ampliando las anteriores interpretaciones, la Primera Sala de la Suprema Corte de Justicia de la Nación definió las diferencias entre el control concentrado y el control difuso de constitucionalidad y convencionalidad, como se aprecia a continuación:

CONTROL CONCENTRADO Y DIFUSO DE CONSTITUCIONALIDAD Y CONVENCIONALIDAD. SUS DIFERENCIAS. De los artículos 1o. y 133 de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos, deriva que el control concentrado de constitucionalidad y convencionalidad respecto de normas generales por vía de acción está depositado exclusivamente en los órganos del Poder Judicial de la Federación, quienes deciden en forma terminal y definitiva, por medio del análisis exhaustivo de los argumentos que los quejosos propongan en su demanda o en los casos en que proceda la suplencia de la queja, si una disposición es contraria o no a la Constitución Federal y a los tratados internacionales sobre derechos humanos de los que el Estado Mexicano sea parte. Por su parte, el control difuso que realizan las demás autoridades del país, en el ámbito de su competencia, se ejerce de manera oficiosa, si y sólo si, encuentran sustento para ello, respaldándose en el imperio del cual están investidas para juzgar conforme a la Constitución. Por tanto, el control ordinario que ejercen estas autoridades en su labor cotidiana, es decir, en su competencia específica, se construye a establecer la legalidad del asunto sometido a su consideración con base en los hechos, argumentaciones jurídicas, pruebas y alegatos propuestos por las partes, dando cumplimiento a los derechos fundamentales de audiencia, legalidad, debido proceso y acceso a la justicia. Es aquí donde el juzgador ordinario, al aplicar la norma, puede contrastar, de

¹³³ Tesis 1a./J. 18/2012 (10a.), *Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta*, Décima Época, libro XV, t. I, diciembre de 2012, p. 420.

oficio, entre su contenido y los derechos humanos que reconoce el orden jurídico nacional (esto es, realizar el control difuso) en ejercicio de una competencia genérica, sin que la reflexión que realiza el juez común, forme parte de la disputa entre actor y demandado. En ese sentido, la diferencia total entre los medios de control concentrado y difuso estriba, esencialmente, en que en el primero es decisión del quejoso que el tema de inconstitucionalidad o inconveniencia de la ley forme parte de la litis, al plantearlo expresamente en su demanda de amparo; mientras que en el segundo, ese tema no integra la litis, que se limita a la materia de legalidad (competencia específica); no obstante, por razón de su función, por decisión propia y prescindiendo de todo argumento de las partes, el juzgador puede desaplicar la norma que a su criterio no sea acorde con la Constitución o con los tratados internacionales en materia de derechos humanos.¹³⁴

III. EL MODELO DE CONTROL CONVENCIONAL Y CONSTITUCIONAL PARA TODOS LOS JUECES DEL ESTADO MEXICANO

El tribunal pleno, por mayoría de siete votos, aprobó el modelo de constitucionalidad y convencionalidad propuesto por Cossío Díaz, compuesto por las reglas siguientes:

1. Los jueces del Poder Judicial de la Federación, al conocer de controversias constitucionales, acciones de inconstitucionalidad y de amparo, pueden declarar la invalidez de las normas que contravengan la Constitución federal y/o los tratados internacionales que reconozcan derechos humanos (control concentrado).

En ese sentido, el modelo reafirma la corriente del control concentrado sobre la invalidez de normas, porque se reitera que corresponde únicamente al Poder Judicial de la Federación (en acciones de inconstitucionalidad, controversias constitucionales y en juicios de amparo indirecto), declarar la invalidez de normas generales que contravengan la Constitución y/o los tratados internacionales que reconozcan derechos humanos.

2. Los demás jueces del país, en los asuntos de su competencia, podrán desaplicar las normas que infrinjan la Constitución federal y/o los tratados internacionales que reconozcan derechos humanos, sólo para efectos del caso concreto y sin hacer una declaración de invalidez de las disposiciones (control difuso).¹³⁵

¹³⁴ Tesis 1a. CCLXXXIX/2015 (10a.), *Gaceta del Semanario Judicial de la Federación*, Décima Época, libro 23, t. II, octubre de 2015, p. 1647.

¹³⁵ El ministro Arturo Zaldívar Lelo de Larrea explicó que el control concentrado puede ser también incidental, como el realizado por el Tribunal Electoral del Poder Judicial de la

En este rubro quedan comprendidos todos los jueces del país: menores o de paz, primera instancia, los magistrados de las salas de los tribunales superiores de justicia de los estados, los titulares de los órganos del Poder Judicial de la Federación cuando ejerzan funciones netamente jurisdiccionales, el Tribunal Federal de Justicia Administrativa,¹³⁶ el Tribunal Electoral del Poder Judicial de la Federación, en ejercicio de la atribución que le confiere el artículo 99, fracción X, párrafo segundo, de la Constitución federal.¹³⁷

3. Las autoridades del país que no ejerzan funciones jurisdiccionales deben interpretar los derechos humanos de la manera que más los favorezca, sin que estén facultados para declarar la invalidez de las normas o para desaplicarlas en los casos concretos.

Concluyeron así los ministros de la Corte, porque todas las autoridades en el ámbito de sus competencias tienen la obligación de promover, respetar, proteger y garantizar los derechos humanos reconocidos en la Constitución y en los tratados internacionales de los que el Estado mexicano sea parte.¹³⁸

IV. LOS JUECES DE CONTROL, ¿ÓRGANOS DE REGULARIDAD CONSTITUCIONAL?

Se ha visto que la defensa constitucional en una de sus vertientes está representada por instrumentos generalmente procesales (garantías) que tienen

Federación, que en opinión de este jurista no es difuso, como propone el modelo de Cossío Díaz, y que incluso todo el Poder Judicial de la Federación, en vía de amparo directo, efectúa un control concentrado, pero incidental, porque desaplica para el caso concreto una norma de carácter general. Propuesta que fue aceptada por el ministro Cossío Díaz.

¹³⁶ Sobre el particular, la Segunda Sala de la Suprema Corte de Justicia de la Nación sostuvo la tesis de jurisprudencia 2a./J. 16/2014 (10a.), “CONTROL DIFUSO. SU EJERCICIO EN EL JUICIO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO”, *Gaceta del Semanario Judicial de la Federación*, Décima Época, libro 5, t. I, abril de 2014, p. 984, en la que expresamente estableció que ese tribunal puede ejercer control difuso de constitucionalidad y convencionalidad.

¹³⁷ Este precepto indica lo siguiente: “Sin perjuicio de lo dispuesto por el artículo 105 de esta Constitución, las salas del Tribunal Electoral podrán resolver la no aplicación de leyes sobre la materia electoral contrarias a la presente Constitución. Las resoluciones que se dicten en el ejercicio de esta facultad se limitarán al caso concreto sobre el que verse el juicio...”.

¹³⁸ En ese sentido, el artículo 1o. constitucional reformado en junio de 2011, en su tercer párrafo, expresamente dispone: “Todas las autoridades, en el ámbito de sus competencias, tienen la obligación de promover, respetar, proteger y garantizar los derechos humanos de conformidad con los principios de universalidad, interdependencia, indivisibilidad y progresividad. En consecuencia, el Estado deberá prevenir, investigar, sancionar y reparar las violaciones a los derechos humanos, en los términos que establezca la ley”.

por objeto lograr la eficacia de sus normas, ante su posible desconocimiento o violación.

En el plano de la llamada jurisdicción de la libertad, existen medios jurídicos y procesales que han ido surgiendo para la rápida y eficaz protección a derechos fundamentales de manera directa y generalmente con efectos reparadores.

A nivel doctrinal se ha considerado que al tutelarse derechos subjetivos públicos se tutela a la vez la norma constitucional, y que la consagración y protección de los derechos fundamentales no corresponde en exclusividad a ningún ámbito de gobierno, sino que es una responsabilidad que corresponde a todas las autoridades, como lo reconoce incluso el texto vigente del artículo 1o. constitucional.

Para algunos tratadistas es viable atribuir a jueces ordinarios la competencia para conocer de instrumentos procesales rápidos y sencillos para prevenir o no, en su caso, reparar la violación de los derechos fundamentales.

¿Es éste el caso del nuevo control jurisdiccional asignado a los jueces de control? ¿Es posible considerar a la jurisdicción de los jueces de control, en su función de garantía, como un nuevo instrumento procesal para la defensa de la Constitución?

Para dar respuesta a estas interrogantes hemos elaborado dos posturas claramente contrapuestas.

Primera tesis.

*Los jueces de control no deben ser considerados
como mecanismo de regularidad constitucional*

- a) El constituyente permanente se constrañó a mencionar en el artículo 16 constitucional, que los jueces de control resolverán, en forma inmediata, y por cualquier medio, las solicitudes de medidas cautelares, providencias precautorias y técnicas de investigación de la autoridad, que requieran control judicial, garantizando los derechos de los indiciados y de las víctimas y ofendidos. Mas no dijo expresamente que los jueces de control de los poderes judiciales, federal y locales, iban a erigirse en un nuevo mecanismo de defensa de la Constitución, por lo que no es válido forzar la interpretación del artículo 16 constitucional en el sentido de que la garantía que ofrecerán al resolver sobre medidas cautelares, providencias precautorias y técnicas de investigación sea equivalente a la de un juez constitucional, quien sí tiene facultades concretas para declarar la violación de un derecho fundamental, y para ordenar, en su caso, la restitución del orden constitucional.

- b) Si se revisa la minuta de los congresistas que dio pauta a la incorporación de los jueces de control, puede llegarse a la conclusión de que no fue su intención dar vida a un nuevo instrumento de regularidad constitucional, sino únicamente establecer un control formal de legalidad sobre el proceder del Ministerio Público, incapaz de remplazar al juicio de amparo, que, bajo esa tónica, debe seguir utilizándose en caso de infracción a derechos fundamentales por parte de las autoridades investigadoras de los delitos, e incluso en contra de los propios autos y resoluciones de los jueces de control cuando sea imputable a ellos la vulneración del derecho fundamental.
- c) Esta postura parece estar reforzada con la tesis de jurisprudencia de la Primera Sala de la Suprema Corte de Justicia de la Nación publicada en marzo de 2011, en la que se admite la procedencia del amparo indirecto en contra de las resoluciones de los jueces de control que califiquen la legalidad de las determinaciones del Ministerio Público, sobre el no ejercicio o desistimiento de la acción penal.

ACCIÓN PENAL. MOMENTOS EN QUE PUEDEN IMPUGNARSE EN AMPARO INDIRECTO LAS RESOLUCIONES DEL MINISTERIO PÚBLICO SOBRE EL NO EJERCICIO O DESISTIMIENTO DE AQUÉLLA (INTERPRETACIÓN DEL RÉGIMEN TRANSITORIO DEL DECRETO POR EL QUE SE REFORMAN Y ADICIONAN DIVERSAS DISPOSICIONES DE LA CONSTITUCIÓN GENERAL DE LA REPÚBLICA, PUBLICADO EN EL DIARIO OFICIAL DE LA FEDERACIÓN EL 18 DE JUNIO DE 2008). De los artículos transitorios del citado decreto, se advierte que cuando alguna legislatura no ha establecido el sistema penal acusatorio dentro de la legislación secundaria correspondiente ni ha emitido la declaratoria que señale expresamente que dicho sistema ha sido incorporado en los ordenamientos, o bien, la declaratoria en que se establezca que ya existían ordenamientos preconstitucionales sobre la materia, como estos aspectos condicionan la vigencia de las reformas y adiciones de mérito, al existir una *vacatio legis* que no puede exceder el plazo de ocho años dispuesto para ello, el fundamento para reclamar en amparo indirecto las determinaciones de no ejercicio o desistimiento de la acción penal se encuentra en el artículo 21, cuarto párrafo, de la Constitución General de la República, antes de reformarse, pues esas circunstancias hacen que siga surtiendo efectos. *En cambio, de haberse cumplido las condiciones para la entrada en vigor de las reformas y adiciones constitucionales, la víctima u ofendido debe impugnar las determinaciones referidas ante el juez facultado dentro del sistema acusatorio instaurado, en razón de que la intención del constituyente permanente fue que en el nuevo esquema procesal el órgano jurisdiccional conozca de esas impugnaciones para controlar su legalidad, y que contra la resolución que se emita al respecto, proceda el*

*juicio de garantías conforme al vigente artículo 20, apartado C, fracción VII, de la Ley Fundamental.*¹³⁹

Segunda tesis.

Los jueces de control al ejercer la tutela de los derechos fundamentales de los imputados, las víctimas y los ofendidos deben calificarse como órganos de regularidad constitucional

- a) Es cierto que el constituyente permanente, en el artículo 16 constitucional, no dijo expresamente que los jueces de control ejercerían una especie de regularidad constitucional, mas sí expresó que deben ser garantes de derechos fundamentales de los inculpados el ofendido y la víctima, y tal garantía es constitutiva en sí misma de un instrumento procesal de defensa indirecta de la Constitución.

A esto no se opone que sus propias resoluciones, en ciertos casos (como se verá más adelante), pudieran ser impugnables vía amparo indirecto, porque esa posibilidad no hace desaparecer el rol garantista que primariamente deben desarrollar.

- b) Son jueces creados *ex professo* por el constituyente permanente para garantizar los derechos de los imputados, el ofendido y la víctima, y esas prerrogativas de los intervinientes en el proceso criminal se encuentran consignadas en los apartados B y C del artículo 20 constitucional reformado, que consignan a nivel de la carta fundamental los derechos de toda persona imputada y los de la víctima o del ofendido.

Por tanto, la tutela jurisdiccional de los jueces de control no abarca solamente derechos procesales, sino derechos fundamentales, tales como la libertad, la intimidad, la inviolabilidad del domicilio, y la dignidad humana.

- c) La jurisdicción que directamente otorga la Constitución a los jueces de control —conforme a las ideas del profesor José Luis Cascajo Castro— pretende actuar y hacer valer las situaciones jurídicas subjetivas del ciudadano, previamente constitucionalizadas, que redundan también en tutela y garantía de la norma constitucional, pero que presenta fundamentalmente un carácter subjetivo, en cuanto pretende satisfacer dichas situaciones jurídicas subjetivas que la Constitución imputa y atribuye a los individuos.

¹³⁹ Tesis 1a./J. 118/2010, *Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta*, Primera Sala, Novena Época, t. XXXIII, marzo de 2011, p. 17 (énfasis añadido).

- d) Si la jurisdicción constitucional de la libertad —en definición del doctor Héctor Fix-Zamudio— es el conjunto de instrumentos jurídicos y predominantemente procesales dirigidos a la tutela de las normas constitucionales que consagran derechos fundamentales, es viable incluir en ese esquema a los jueces de control, porque se les faculta para que lleven a cabo la protección de derechos fundamentales consignados en la parte dogmática de la Constitución, con similares características que los del juicio de garantías. Los jueces de control deberán prestar una protección rápida y eficaz a los reclamos de los involucrados en los procesos penales relacionados con injerencias a sus derechos fundamentales.
- e) En el expediente varios 912/2010, formado con motivo del caso Rosendo Radilla, específicamente en su considerando séptimo, el Pleno de la Suprema Corte de Justicia de la Nación, por mayoría de siete votos, arribó a la conclusión de que conforme al nuevo modelo de control de la constitucionalidad todos los jueces del Estado mexicano deben, en los asuntos de su competencia, inaplicar las normas que infrinjan la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos y/o los tratados internacionales de los que el Estado mexicano sea parte, que reconozcan derechos humanos, sólo para efectos del caso concreto y sin hacer una declaración de invalidez de las disposiciones respectivas.¹⁴⁰

Esta nueva interpretación robustece la tesis en torno a que los jueces de control en el nuevo sistema acusatorio deben ser considerados como jueces constitucionales, porque además de las facultades que directamente les concede el artículo 16 constitucional como garantes de derechos fundamentales, al aceptarse el control difuso de constitucionalidad y convencionalidad —que también realizarán estos jueces— podrían, incluso, dejar de aplicar una ley al caso concreto, lo que refuerza su carácter de juez de control de derechos. Asimismo, los jueces de control tienen nuevas atribuciones como consecuencia del actual contenido normativo del artículo 1o. constitucional, especialmente al tener que aplicar la cláusula de “interpretación conforme” como nueva pauta hermenéutica para interpretar normas en materia de derechos humanos, favoreciendo en todo tiempo la protección más amplia.

¹⁴⁰ El tribunal pleno de la Suprema Corte de Justicia de la Nación, en el expediente 22/2011, relativo a la solicitud de modificación de las jurisprudencias sustentadas por ese alto tribunal, publicadas con los números P./J. 73/99 y P./J. 74/99, de rubros: “CONTROL JUDICIAL DE LA CONSTITUCIÓN. ES ATRIBUCIÓN EXCLUSIVA DEL PODER JUDICIAL DE LA FEDERACIÓN” y “CONTROL DIFUSO DE LA CONSTITUCIONALIDAD DE NORMAS GENERALES. NO LO AUTORIZA EL ARTÍCULO 133 DE LA CONSTITUCIÓN”; respectivamente, determinó finalmente que quedan sin efectos las referidas tesis jurisprudenciales.

- f) En la exposición de motivos de la reforma constitucional se estableció que los jueces de control tendrán competencias para conocer de las impugnaciones del ofendido y la víctima en contra de las resoluciones del Ministerio Público sobre no ejercicio y desistimiento de la acción penal; por lo que se puede estimar que al desplegar materialmente la misma función que hoy día realizan los jueces de amparo, el rol que debe asignarse a los jueces de garantías no es otro sino el de órganos de control constitucional, lo que evitaría la duplicidad de funciones que se va a propiciar en el caso de mantenerse la posibilidad de impugnar en amparo indirecto esa clase de asuntos.
- g) Es cierto que la Primera Sala del alto tribunal en noviembre de 2010, al resolver la contradicción de tesis 103/2010, sostuvo el criterio de que en el nuevo sistema acusatorio la víctima u ofendido, luego de impugnar las resoluciones del Ministerio Público sobre el no ejercicio o desistimiento de la acción penal, puede promover amparo contra la resolución del juez de control o de garantías. Mas no debe perderse de vista que esta jurisprudencia se emitió antes de que el alto tribunal del país modificara su criterio sobre el control difuso de constitucionalidad y/o convencionalidad.

Es decir, cuando aún primaba el paradigma de que residía en exclusiva en el Poder Judicial de la Federación la defensa de la Constitución, especialmente a través del juicio de amparo, como instrumento de protección de los derechos humanos.

- h) El juicio amparo ha desarrollado un significativo papel en la defensa de los derechos fundamentales, pero es necesario dar paso a nuevas formas de protección de esos derechos, sobre todo si se traducen en instrumentos específicos de formulación sencilla y expedita para la tutela efectiva de los derechos fundamentales.
- i) De conformidad con el artículo 25 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos:

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

2. Los Estados partes se comprometen a:

a. Garantizar que la autoridad competente prevista por el sistema legal del Estado decidirá sobre los derechos de toda persona que interponga tal recurso;

- b. Desarrollar las posibilidades de recurso judicial.
- c. Garantizar el cumplimiento, por las autoridades competentes, de toda decisión en que se haya estimado procedente el recurso.

En el caso de la jurisdicción de los jueces de control de garantías, la reclamación que pueden formular el imputado, la víctima u ofendido, respecto a la posible afectación a sus derechos, es de tipo incidental, en la medida en que, según esta alternativa, los sujetos legitimados formulan su impugnación ante el juez de control en el curso del proceso de investigación o preparación del juicio en el que se trate de aplicar cualquier acto o determinación del Ministerio Público que represente una injerencia o lesión de sus derechos fundamentales.

La legitimación activa para hacer valer una reclamación ante el juez de control corresponde al imputado, a la víctima u ofendido, por ser ellos los titulares de los derechos fundamentales que pueden verse vulnerados por la actuación del Ministerio Público.

El interés para obrar viene determinado por la lesión o injerencia en sus derechos fundamentales, que debe ser, en líneas generales, personal y directo, como es requerido para la acción de amparo.

El procedimiento seguido es oral, concentrado y directo, con una resolución pronunciada en la propia audiencia, y por tanto de carácter inmediato, con lo que supera en economía procesal al juicio de amparo, que implica por lo general la presentación de una demanda, su radicación, la fijación de una fecha para audiencia y, en algunas ocasiones, el diferimiento de ésta para el dictado de la resolución.

- j) Los jueces de control de las entidades federativas y los jueces de distrito que sean adscritos con ese carácter están ampliamente capacitados para desarrollar la función de verdaderos garantes de derechos fundamentales.¹⁴¹ Se nos hace difícil pensar que sea necesario que la resolución de un

¹⁴¹ Es así porque incentivados por el Poder Judicial de la Federación (que cuenta con el Instituto de la Judicatura Federal) y por organismos internacionales (como la Agencia Española de Cooperación Internacional que colabora con la Comisión Nacional de Tribunales Superiores de Justicia de los Estados Unidos Mexicanos, A. C.), la mayoría de los poderes judiciales locales actualmente cuentan con “escuelas judiciales” o “institutos de formación, capacitación y especialización”, en los que imparten educación judicial mediante cursos, diplomados y estudios de postgrado (especialidades, maestrías y doctorados) sobre diferentes temas relacionados con la administración de justicia, tópicos entre los que destacan aquellos que permitan el eficaz funcionamiento de la reforma al sistema penal mexicano, por lo que, se afirma, los servidores judiciales que se desempeñen como jueces de control contarán con un alto nivel de profesionalización que repercutirá en beneficio de la ciudadanía, y por supuesto en la correcta implementación y desarrollo del nuevo sistema acusatorio.

juez de distrito (que actuó como juez de control) relativa a una decisión del Ministerio Público sobre no ejercicio de la acción penal amerite a su vez, ser pasada bajo el tamiz del juicio de amparo, que sería resuelto por otro juez de distrito con idénticas habilidades.

- k) En la investigación realizada por el Centro de Estudios de Justicia de las Américas se destacó que debido a que las atribuciones del juez de control serán básicamente las que hoy desempeña el juzgado encargado de decidir los amparos indirectos, es importante determinar la necesidad de reforma en la tramitación de este recurso, ya sea a partir de la conversión de los jueces que tienen a su cargo el mismo, en jueces de control y la limitación del recurso a ámbitos no penales.

Para los investigadores de ese centro, uno de los temas a resolver vinculados al amparo es la cuestión de duplicidad de funciones, porque gran parte de las funciones de garantía que el amparo tiene actualmente son en la reforma constitucional las que se regulan para el juez de control, y por ello propusieron a la Suprema Corte y, desde luego, a todos los operadores del sistema, revisar la posibilidad de que éste ocupe el lugar que hoy tiene el juez de amparo indirecto.¹⁴²

- l) Finalmente, si los jueces de control tienen a su cargo garantizar derechos fundamentales del imputado, del ofendido y de la víctima, no deben ser considerados, en todos los casos, infractores de esos derechos, sino en todo caso del control de garantías que les corresponde, por lo que pensamos que no es procedente un juicio de constitucionalidad en contra de sus actos, sino un sistema de recursos que permita, para algunos casos, abrir una segunda instancia que sirva para calificar o supervisar la función de los jueces de control como garantes de derechos, lo que evita ejercer un control constitucional sobre otro control constitucional.

Este punto de vista puede encontrar apoyo en la tesis de jurisprudencia que a continuación se transcribe:

AGRAVIOS INOPERANTES. LO SON LOS QUE SOSTIENEN QUE LOS JUZGADORES DE AMPARO VIOLAN GARANTÍAS INDIVIDUALES, SOLAMENTE EN ESE ASPECTO. Históricamente las garantías individuales se han reputado como aquellos elementos jurídicos que se traducen en medios de salvaguarda de las prerrogativas fundamentales que el ser humano debe tener para el cabal desenvolvimiento de su personalidad frente al poder público. Son derechos públicos subjetivos consignados en favor de todo habitante de la República que dan a sus titulares la potestad de exigirlos jurídicamente a través

¹⁴² Suprema Corte de Justicia de la Nación, *op. cit.*, pp. 119 y 120.

de la verdadera garantía de los derechos públicos fundamentales del hombre que la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos consigna, esto es, la acción constitucional de amparo. Los Jueces de Distrito, al conocer de los distintos juicios de amparo de su competencia, y no de procesos federales, ejercen la función de control constitucional y, en ese caso, dictan determinaciones de cumplimiento obligatorio y obran para hacer cumplir esas determinaciones, según su propio criterio y bajo su propia responsabilidad, por la investidura que les da la ley por lo que, a juicio de las partes, pueden infringir derechos subjetivos públicos de los gobernados. Ahora bien, aun y cuando en contra de sus decisiones procede el recurso de revisión, éste no es un medio de control constitucional autónomo, a través del cual pueda analizarse la violación a garantías individuales, sino que es un procedimiento de segunda instancia que tiende a asegurar un óptimo ejercicio de la función judicial, a través del cual, el tribunal de alzada, con amplias facultades, incluso de sustitución, vuelve a analizar los motivos y fundamentos que el juez de Distrito tomó en cuenta para emitir su fallo, limitándose a los agravios expuestos. Luego, a través del recurso de revisión, técnicamente, no deben analizarse los agravios consistentes en que el juez de Distrito violó garantías individuales al conocer de un juicio de amparo, por la naturaleza del medio de defensa y por la función de control constitucional que el a quo desempeña ya que, si así se hiciera, se trataría extralógicamente al juez del conocimiento como otra autoridad responsable y se desnaturalizaría la única vía establecida para elevar las reclamaciones de inconstitucionalidad de actos, que es el juicio de amparo; es decir, se ejercería un control constitucional sobre otro control constitucional.¹⁴³

El diseño que, en su caso, queda pendiente, es el relativo a la forma en que debe revisarse la función garantista de los jueces de control y la articulación que debe mediar entre sus atribuciones y el juicio de amparo.

V. LA IMPUGNACIÓN DE LOS ACTOS Y DECISIONES DE LOS JUECES DE CONTROL

Atento a lo que dispone el artículo 456 del Código Nacional de Procedimientos Penales, sólo se admitirán los recursos de revocación y apelación en el procedimiento penal, medios de impugnación que se reservan para quien pueda resultar afectado por la resolución judicial y en los casos que expresamente se prevea su procedencia.

¹⁴³ Tesis P./J. 2/97, *Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta*, Novena Época, t. V, enero de 1997, p. 5.

Entre estos medios de impugnación el que tiene importancia para esta obra es el de apelación, previsto en el artículo 467 del Código, que señala que serán apelables las siguientes resoluciones que emita el juez de control:

- I. Las que nieguen el anticipo de prueba;
- II. Las que nieguen la posibilidad de celebrar acuerdos reparatorios o no los ratifiquen;
- III. La negativa o cancelación de orden de aprehensión;
- IV. La negativa de orden de cateo;
- V. Las que se pronuncien sobre las providencias precautorias o medidas cautelares;
- VI. Las que pongan término al procedimiento o lo suspendan;
- VII. El auto que resuelve la vinculación del imputado a proceso;
- VIII. Las que concedan, nieguen o revoquen la suspensión condicional del proceso;
- IX. La negativa de abrir el procedimiento abreviado;
- X. La sentencia definitiva dictada en el procedimiento abreviado, o
- XI. Las que excluyan algún medio de prueba.

Dicho recurso se interpondrá, según el artículo 471 de la mencionada legislación, ante el mismo juez que dictó la resolución, dentro de los tres días siguientes a la notificación de la misma y cinco días si se trata de sentencia definitiva.

En el escrito de interposición del recurso deberá señalarse el domicilio o autorizar el medio para ser notificado; en caso de que el tribunal de alzada que conocerá del recurso tenga su sede en un lugar distinto al del proceso, las partes deberán fijar un nuevo domicilio en la jurisdicción de aquél para recibir notificaciones o el medio para recibirlas; además, deberán expresarse en el mismo escrito los agravios propios del recurso, anexando una copia para el registro y una para las partes; de no cumplir esto último, se requerirá que las copias sean presentadas dentro del término de veinticuatro horas, y en caso de subsistir la omisión, el órgano jurisdiccional las tramitará e impondrá al promovente una multa de diez a 150 días de salario, excepto cuando éste sea el imputado o la víctima u ofendido.

Una vez interpuesto el recurso, el órgano jurisdiccional correrá traslado a las partes para que se pronuncien en un plazo de tres días.

Al interponer el recurso, al contestarlo o al adherirse a él, los interesados podrán manifestar en su escrito su deseo de exponer oralmente alegatos aclaratorios sobre los agravios ante el tribunal de alzada.

Por otra parte, el artículo 258 del citado código señala:

Artículo 258. Notificaciones y control judicial.

Las determinaciones del Ministerio Público sobre la abstención de investigar, el archivo temporal, la aplicación de un criterio de oportunidad y el no ejercicio de la acción penal deberán ser notificadas a la víctima u ofendido quienes las podrán impugnar ante el Juez de control dentro de los diez días posteriores a que sean notificadas de dicha resolución. En estos casos, el Juez de control convocará a una audiencia para decidir en definitiva, citando al efecto a la víctima u ofendido, al Ministerio Público y, en su caso, al imputado y a su Defensor. En caso de que la víctima, el ofendido o sus representantes legales no comparezcan a la audiencia a pesar de haber sido debidamente citados, el Juez de control declarará sin materia la impugnación.

La resolución que el Juez de control dicte en estos casos no admitirá recurso alguno.

En resumen, la legislación procesal consultada nos muestra los recursos ordinarios que en su caso pueden hacerse valer en contra de las resoluciones de los jueces de control (por ejemplo, respecto de medidas cautelares), pero no contempla recursos sobre todos y cada uno de sus actos, lo que abre la posibilidad de que, cuando así proceda, pueda hacerse valer el juicio de garantías cuando la parte interesada considere que persiste algún tipo de infracción a sus derechos fundamentales.

Naturalmente, cuando exista recurso ordinario, éste deberá hacerse valer previamente para respetar la definitividad que rige al juicio de garantías, aunque con las excepciones que la jurisprudencia de la Corte y los tribunales colegiados han impuesto a ese principio respecto a actos privativos de la libertad.

En tanto que las resoluciones de los jueces de control sobre la abstención de investigar, el archivo temporal, la aplicación de un criterio de oportunidad y el no ejercicio de la acción penal por parte del Ministerio Público no admiten recurso ordinario.

En este caso, en nuestra opinión, sus resoluciones deben ser impugnadas a través del recurso de revisión contemplado en la Ley de Amparo, si se tiene en cuenta que en este ámbito de atribuciones los jueces de control vendrán a sustituir a los jueces de amparo; o bien pensar en que se modifique lo que actualmente dispone el Código Nacional de Procedimientos Penales para que sean los tribunales de alzada los que conozcan en revisión de estas resoluciones.

Expuesto lo anterior, enseguida examinaré el diseño que pudiera operar entre la función de garantía que corresponde a los jueces de control y el juicio de amparo.

VI. ARTICULACIÓN ENTRE LA FUNCIÓN DE LOS JUECES DE CONTROL Y EL JUICIO DE AMPARO

Una de las asignaturas pendientes para el legislador ordinario y, subsidiariamente, para el Poder Judicial de la Federación —a través de su jurisprudencia— es la articulación entre la función garantista de los jueces de control y el juicio de amparo indirecto.

El diseño a elaborar debe partir de la base del tipo de rol que en cada caso van a desarrollar los nuevos jueces, y así delimitar los casos en que, excepcionalmente, podrá hacerse valer el juicio de amparo, sin que ello se traduzca en un laberinto para los justiciables o se propicie una duplicidad de funciones en perjuicio de la expeditéz tutelada por el artículo 17 constitucional.

1. *El rol de preparación del juicio oral y el amparo biinstancial*

Si se trata del rol del juez de preparación del juicio oral, la procedencia del juicio de amparo biinstancial podría seguir marchando de la misma forma en que actualmente son impugnables ante los jueces de distrito y/o el superior jerárquico las órdenes de aprehensión o los autos de formal prisión (conforme al nuevo sistema: auto de vinculación a proceso).

Es así, porque en estas dos hipótesis los jueces de control ejercerán una función materialmente jurisdiccional, asimilable a la de un juez de proceso criminal, por lo que sus resoluciones pueden ser impugnadas a través del juicio de amparo, como se hace hoy en día, pero mediante un sistema que imprima celeridad al procedimiento de amparo para no detener más de lo necesario el curso del juicio oral.

2. *La función de garantía y el juicio de amparo indirecto*

El diseño, sin embargo, no es tan sencillo cuando se trata de delimitar los casos en que puede ser procedente el amparo indirecto en contra de actos o decisiones de los jueces de control, en su actuar como jueces de garantías; en la medida en que parece un contrasentido que puedan violar derechos iusfundamentales cuando recae en ellos la tutela jurisdiccional de los mismos.

Los derechos fundamentales constituyen un orden objetivo de valores, que necesariamente deben ser observados por quienes intervienen en un

procedimiento penal, y es precisamente a los jueces de control a quienes corresponde convalidar o autorizar los actos que inciden en el derecho fundamental en juego, y de no hacerlo, es necesario un remedio procesal, que bien puede ser un recurso ordinario, o bien el juicio de amparo.

El problema reside en determinar si al concurrir al amparo deben los jueces de control ser considerados como infractores del derecho fundamental de que se trate.

Recordemos que se ha tratado de justificar que desde la Constitución se previó que los jueces deben resolver de inmediato sobre medidas cautelares, providencias precautorias y técnicas de investigación, garantizando los derechos de los indiciados y de las víctimas u ofendidos. Nuestra postura es que no deben ser encasillados siempre y en todos los casos, como posibles transgresores de derechos humanos, porque ello desnaturaliza la función de garantía que les asignó, en nuestra opinión, el Poder Constituyente Permanente.

Veamos algunos casos con los que se intenta demostrar nuestra posición.

1) *Detención por delito flagrante*. El juez de control deja de cumplir con su función de tutela si legaliza el arresto, a pesar de que no se surtan los supuestos de la flagrancia. Aquí, el juez de control realiza un control *ex post* sobre la legalidad de la detención, que intenta prevenir la promoción de un juicio de amparo.

En esta hipótesis, la infracción al derecho fundamental no le es atribuible al juez de control, sino que surge a partir de que se materializa la ilegal detención, por lo que tal infracción debe ser subsanada, pero sin que sea válido estimar que el juez de control violó algún derecho humano, porque en realidad lo que ocurrió fue que no ejerció adecuadamente su función tutelar.

2) En el caso de la *prisión preventiva*, si el Ministerio Público quiere solicitar la aplicación de esta medida cautelar, y pide una audiencia con ese fin, debe mostrar al juez de control, en presencia de la defensa, por lo menos lo siguiente:

- a) Que existe peligro de que el imputado se sustraiga de la acción de la justicia, se vea amenazada la seguridad de la víctima u ofendido o del testigo, o exista riesgo de obstaculización del procedimiento.
- b) La prisión preventiva es la única medida que puede impedir que esos riesgos se actualicen (principios de proporcionalidad y de mínima intervención).

En este aspecto, si el juez de control autoriza esta medida cautelar pese a la no satisfacción de alguno o algunos de estos requisitos mínimos, su determinación puede ser objeto de recurso ordinario —apelación— o del propio juicio de garantías sin necesidad de agotar algún recurso, porque incide en la libertad personal; pero nuevamente aquí, el juez de control, al autorizar la prisión preventiva, no infringe directamente este derecho; más bien, ha dejado de tutelar adecuadamente el derecho fundamental de la libertad.

3) *Autorización de actos de investigación*. Conforme al artículo 252 del Código Nacional de Procedimientos Penales, los jueces de control pueden autorizar la exhumación de cadáveres; órdenes de cateo; intervención de comunicaciones privadas y correspondencia; toma de muestras de fluido corporal, vello o cabello, extracciones de sangre, cuando la persona requerida, excepto la víctima u ofendido, se niegue a proporcionar la misma, y el reconocimiento o examen físico de una persona cuando ésta se niegue a ser examinada.

En estos casos, el juez de control deberá realizar un control *ex ante* sobre la pertinencia, utilidad y estricta necesidad de cualquiera de esos actos investigatorios tutelando los derechos humanos. Sin embargo, es posible que sus acuerdos sean revisados en un eventual juicio de amparo, ya sea en una acción autónoma o a través de un recurso específico, que en nuestra opinión es posible crear en un sistema híbrido que armonice el sistema penal acusatorio y el juicio de garantías, para evitar la duplicidad de funciones entre jueces de control y jueces de amparo.

La idea de un “doble control” que para algunos es viable, no obstante su aparente bondad, se erige como un retraso a la solución del asunto.

Por su parte, el artículo 278 ter del Código Federal de Procedimientos Penales (abrogado) establecía que en la autorización, el juez federal debía determinar las características de la intervención, sus modalidades y límites; que cuando fuera necesario ampliar a otros sujetos o lugares la intervención, se debía presentar ante el propio juez una nueva solicitud, y que el juez autorizante podía verificar que las intervenciones fueran realizadas en los términos autorizados y, en caso de incumplimiento, decretar su revocación parcial o total.

El artículo 291 del Código Nacional de Procedimientos Penales dispone que cuando en la investigación el Ministerio Público considere necesaria la intervención, el titular de la Procuraduría General de la República, o en quienes éste delegue esta facultad, así como los procuradores de las entidades federativas, podrán solicitar al juez federal de control competente, por

cualquier medio, la autorización para practicar la intervención, expresando el objeto y necesidad de la misma.

La solicitud deberá ser resuelta por la autoridad judicial de manera inmediata, por cualquier medio que garantice su autenticidad, o en audiencia privada con la sola comparecencia del Ministerio Público, en un plazo que no exceda de las seis horas siguientes a que la haya recibido, y que si la resolución se registra por medios diversos al escrito, los puntos resolutive de la autorización deberán transcribirse y entregarse al Ministerio Público, siendo responsables de dicha ejecución los servidores públicos autorizados para ello.

Bajo este panorama, si el juez de control federal, a pesar de tener conocimiento de que se han incumplido las condiciones o términos bajo los cuales autorizó la intervención de una comunicación privada, debe proceder de inmediato a decretar su modificación o revocación parcial o total, pues su actuar en sentido contrario implicaría incumplir el deber de tutela que, como ya se precisó, le fue encomendado por el constituyente permanente.

4) En relación con el *embargo precautorio*, el juez de control podrá aplicar dicha medida cautelar en observancia de lo que disponen los artículos 156 y 157 del Código Nacional de Procedimientos Penales, que manifiestan:

Artículo 156. Proporcionalidad.

El Juez de control, al imponer una o varias de las medidas cautelares previstas en este Código, deberá tomar en consideración los argumentos que las partes ofrezcan o la justificación que el Ministerio Público realice, aplicando el criterio de mínima intervención según las circunstancias particulares de cada persona, en términos de lo dispuesto en el artículo 19 de la Constitución.

Para determinar la idoneidad y proporcionalidad de la medida, se podrá tomar en consideración el análisis de evaluación de riesgo realizado por personal especializado en la materia, de manera objetiva, imparcial y neutral en términos de la legislación aplicable.

En la resolución respectiva, el Juez de control deberá justificar las razones por las que la medida cautelar impuesta es la que resulta menos lesiva para el imputado.

Artículo 157. Imposición de medidas cautelares.

Las solicitudes de medidas cautelares serán resueltas por el Juez de control, en audiencia y con presencia de las partes.

El Juez de control podrá imponer una de las medidas cautelares previstas en este Código, o combinar varias de ellas según resulte adecuado al caso, o imponer una diversa a la solicitada siempre que no sea más grave. Sólo el Ministerio Público podrá solicitar la prisión preventiva, la cual no podrá combinarse con otras medidas cautelares previstas en este Código, salvo el

embargo precautorio o la inmovilización de cuentas y demás valores que se encuentren en el sistema financiero.

En ningún caso el Juez de control está autorizado a aplicar medidas cautelares sin tomar en cuenta el objeto o la finalidad de las mismas ni a aplicar medidas más graves que las previstas en el presente Código.

Tratándose de esta medida, la lesión de derechos fundamentales se produce cuando habiéndose justificado realmente la necesidad del embargo se niega la aplicación de dicha medida cautelar. En esta hipótesis, la víctima o el ofendido estarían facultados para acudir a la vía de amparo para alegar la eventual violación al derecho constitucional sobre la reparación del daño, según el contenido del artículo 20, apartado C, fracción IV, de la Constitución federal.

Como es de advertirse, lo que caracteriza a estos casos es que los jueces de control están legalmente facultados para intervenir en la creación, modificación o extinción del acto de injerencia, pero sin que por ello puedan ser considerados infractores del derecho fundamental en juego, porque su función no hace desaparecer el rol garantista que primariamente deben ejercer.

5) Determinaciones del Ministerio Público sobre la *abstención de investigar, el archivo temporal, la aplicación de un criterio de oportunidad y el no ejercicio de la acción penal*.

De conformidad con lo que al efecto dispone el artículo 258 del Código Nacional de Procedimientos Penales, la víctima o el ofendido del delito están legitimados para impugnar dichas resoluciones ante el juez de control, quien deberá decidir en definitiva su subsistencia o su revocación, decisión que no admite recurso alguno.

En estos casos, el juez de control tiene encomendada la labor de vigilar que las determinaciones de que se trata se hayan realizado con respeto irrestricto de los derechos fundamentales de la víctima u ofendido, y si la deja intocada aun habiéndose violado esa garantía, el juez de garantías incumpliría con su labor tutelar de derechos.

Al no existir recurso ordinario en contra de las determinaciones citadas en este apartado, se presenta la posibilidad de acudir al juicio de amparo, como mecanismo extraordinario de defensa.

En este caso, un juicio de amparo indirecto, que como sabemos consta de dos instancias; la primera se desenvuelve ante un juez de distrito y la segunda, en caso de interponerse el recurso de revisión, ante un tribunal colegiado competente en materia penal.

En mi opinión, basado en la idea de que los jueces de control constituyen un nuevo mecanismo de regularidad constitucional, especialmente cuando

supervisan algunas determinaciones y actos del Ministerio Público, como son las indicadas por el referido artículo 258 del Código Nacional de Procedimientos Penales, propongo que sus resoluciones en este particular sean revisadas directamente por un tribunal colegiado de circuito, utilizando el recurso de revisión, sin necesidad de que sean examinadas por un juez de distrito, para evitar duplicidad de funciones y agilizar la solución del asunto.

En efecto, lo conveniente, según nuestro parecer, es limitar la procedencia del juicio de amparo y privilegiar la jurisdicción garantista que deben asumir nuestros jueces de control.

Lo mismo puede predicarse respecto de sus resoluciones sobre medidas cautelares o técnicas de investigación. En una parte de este libro hemos destacado que los jueces de control al momento de autorizar medidas cautelares o técnicas de investigación, una vez que han verificado que se cumplen los requisitos establecidos en las disposiciones legales para adoptar una medida con injerencias de los derechos fundamentales de una persona, deben constatar el cumplimiento de los fines previstos para estas medidas sirviéndose del principio de proporcionalidad, en un plano de argumentación constitucional. La idea es, que en estos casos, contra la resolución del juez de control o de la sala de apelación, en caso de que se haga valer este último recurso, proceda directamente el recurso de revisión ante el tribunal colegiado de circuito competente, eliminando la instancia que viene desarrollándose ante jueces de distrito de amparo en materia penal.

<i>Ámbito de aplicación</i>	<i>Tipo de control</i>	<i>Procedencia del juicio de amparo</i>
a) Control <i>ex ante</i> y <i>ex post</i> , sobre medidas cautelares, providencias precautorias y técnicas de investigación de la autoridad que requieran control (artículo 16, párrafo décimo cuarto constitucional). b) Control posterior sobre detenciones realizadas por el Ministerio Público (artículo 16, párrafo séptimo constitucional).	PREVENTIVO Intenta limitar o eliminar la procedencia del juicio de amparo contra actos o diligencias surgidos en la investigación del delito.	En casos excepcionales en que subsista alguna violación a derechos fundamentales no remediada por el juez de control o su superior jerárquico.

<i>Ámbito de aplicación</i>	<i>Tipo de control</i>	<i>Procedencia del juicio de amparo</i>
c) Control sobre cualquier medida adicional que implique afectación de derechos fundamentales en la fase de investigación (artículo 16, párrafo décimo cuarto constitucional).		
Control sobre omisiones del Ministerio Público en la investigación de los delitos; resoluciones de reserva; no ejercicio de la acción penal; desistimiento de la acción penal; suspensión del procedimiento cuando no esté satisfecha la reparación del daño, y aplicación del criterio de oportunidad (artículo 20, apartado C, fracción VII, constitucional).	SUSTITUTIVO El juez de control reemplaza las competencias de los jueces de amparo en el conocimiento de estos asuntos.	En estos supuestos, las resoluciones de los jueces de control deben ser impugnadas por medio de los recursos que prevé la Ley de Amparo, y ser del conocimiento, en su caso, de los tribunales colegiados de circuito, como se hace actualmente respecto de las sentencias de los jueces de distrito. También es posible, en los términos precisados, facultar a los tribunales superiores de justicia para revisar la actividad de los jueces de control, dejando abierta la vía para que el particular pueda elegir si hace valer su recurso en la vía local (que naturalmente sería terminal) o bien ante los Tribunales del Poder Judicial de la Federación, si así lo estiman oportuno o conveniente a sus intereses.

Como podemos advertir de este cuadro, los jueces de control —y en su caso un tribunal de alzada— van a ejercer un control *ex ante* y *ex post*, sobre medidas cautelares, providencias precautorias y técnicas de investigación de la autoridad que requieran control; un control posterior sobre detenciones realizadas por el Ministerio Público, y un control sobre cualquier medida

adicional que implique afectación de derechos fundamentales en la fase de investigación (artículo 16 constitucional).

Aquí, el tipo de control asignado a los jueces de control es preventivo, en la medida en que intenta limitar o eliminar la procedencia del juicio de amparo, dado que en su función de garantía los jueces de control no sólo deben concretarse a autorizar la medida cautelar, la providencia precautoria o la técnica de investigación, sino que valiéndose de los principios jurídicos de proporcionalidad y razonabilidad jurídica, deben vigilar que el acto de injerencia o molestia infrinjan o limiten sólo en la medida de lo necesario el derecho fundamental en juego.

Los jueces de control deben asumirse como verdaderos garantes de derechos fundamentales; para ello deberán estar próximos, visibles a los gobernados. Hemos visto también que su función de control no termina al momento de autorizar cualesquiera de esos actos, sino que su control o verificación sobre el Ministerio Público debe ser permanente o continua, a efecto de que, en vista de cualquier reclamación, se pronuncien nuevamente sobre el mantenimiento o cancelación del acto inicialmente autorizado.

Por ser un control inmediato al Ministerio Público, es previsible que los reclamos por infracción a derechos fundamentales sean reparados por el juez de control, y sólo de manera subsidiaria operará el amparo cuando la violación al derecho fundamental no haya quedado reparada ante la potestad de los jueces de control y/o el superior del mismo o cuando los propios acuerdos de los jueces de control lesionen algún derecho fundamental.

Este control puede calificarse como preventivo. En cambio, es de tipo complementario el control que tendrán que ejercer sobre los reclamos por omisiones del Ministerio Público en la investigación de los delitos; resoluciones de reserva; no ejercicio de la acción penal; desistimiento de la acción penal; suspensión del procedimiento cuando no esté satisfecha la reparación del daño, y aplicación del criterio de oportunidad (artículo 20, apartado C, fracción VII, constitucional).

En efecto, el Código de Procedimientos Penales para el Estado de México (abrogado), siguiendo la directriz establecida en la exposición de motivos de la reforma constitucional, en el artículo 150, fracción XIV, contemplaba el derecho de la víctima y el ofendido para impugnar ante el juez de control las omisiones del Ministerio Público en la investigación de los delitos, así como las resoluciones de reserva, no ejercicio y desistimiento de la acción penal. Igualmente, el Código de Procedimientos Penales para el Estado de Chihuahua durante su vigencia dispuso en el artículo 227, que las decisiones del Ministerio Público sobre el archivo temporal, abstenerse de investi-

gar y no ejercicio de la pretensión punitiva u omisiones de la investigación, podían ser impugnados por la víctima u ofendido ante el juez de control.

Se dice lo anterior, porque en este ámbito de control, sus competencias sustituyen a las que actualmente vienen cumpliendo los jueces de distrito en materia de amparo penal, a quienes conforme al contenido de los artículos 50., fracción I, *in fine* y 107, fracción VII de la Ley de Amparo, Reglamentaria de los Artículos 103 y 107 Constitucionales, corresponde conocer en esa vía de las omisiones del Ministerio Público en la investigación de los delitos, las resoluciones de reserva, no ejercicio, desistimiento de la acción penal y suspensión del proceso cuando no esté satisfecha la reparación del daño.

En estas hipótesis, los jueces de control no participan en la creación del acto que puede resultar violatorio de derechos fundamentales, porque las determinaciones del Ministerio Público en esos rubros derivan de sus atribuciones constitucionales como titulares de la acción penal.¹⁴⁴

En estos supuestos, el diseño que propongo, es que las resoluciones de los jueces de control en su función de garantías puedan ser impugnadas mediante el recurso de revisión previsto por la Ley de Amparo, pues de ese modo se adoptaría el mismo sistema recursal que opera actualmente para la impugnación de las sentencias de los jueces de amparo en este tipo de casos, lo que permitiría cierta uniformidad sobre los criterios que deben imperar en materias tan importantes como son las relativas al ejercicio o inejercicio de la acción penal, aplicación de criterios de oportunidad, entre otras.

También sería viable pensar en una jurisdicción concurrente, asignable a los tribunales de alzada, para que si la parte interesada así lo estima conveniente y oportuno a sus intereses, acuda a dichos órganos jurisdiccionales a hacer valer ese recurso, con la condición de que sería terminal, es decir, sin posibilidad de ulterior impugnación. De lo que se trata es facilitar a los gobernados el acceso a la jurisdicción, pero también debe respetarse su derecho de acudir a las instancias federales si encuentran alguna dificultad en la justicia local.¹⁴⁵

¹⁴⁴ Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos: “Artículo 21. La investigación de los delitos corresponde al Ministerio Público y a las policías, las cuales actuarán bajo la conducción y mando de aquél en el ejercicio de esta función. El ejercicio de la acción penal ante los tribunales corresponde al Ministerio Público. La ley determinará los casos en que los particulares podrán ejercer la acción penal ante la autoridad judicial”.

¹⁴⁵ El doctor José María Serna de la Garza se ocupa de examinar el juicio de amparo directo, que actualmente es un recurso imprescindible de los ciudadanos de las entidades federativas para contrarrestar la influencia que personajes poderosos ejercen sobre la justicia estatal. En ese sentido, el autor destaca que el amparo directo ha sido la gran “válvula de escape” que los litigantes locales han tenido para darle la vuelta a una justicia del fuero común

VII. EL JUEZ DE CONTROL Y EL NEOCONSTITUCIONALISMO

1. *¿Qué es el neoconstitucionalismo?*

Para Luigi Ferrajoli,¹⁴⁶ el neoconstitucionalismo significa el cambio de las condiciones de validez de las leyes, dependientes ya no sólo de la forma de su producción, sino también de la coherencia de sus contenidos con los principios constitucionales. La existencia de las normas, que en el paradigma paleoiuspositivista se había disociado de la justicia, explica el autor, se disocia ahora también de la validez, siendo posible que una norma formalmente válida, y por consiguiente vigente, sea sustancialmente inválida por el contraste de su significado con normas constitucionales.

Cambia también, según el propio autor, el estatuto epistemológico de la ciencia jurídica, a la que la posible divergencia entre Constitución y legislación confiere un papel ya no sólo exclusivamente explicativo, sino crítico y proyectivo en relación con su propio objeto.

Asimismo, considera que se altera el papel de la jurisdicción, que es aplicar la ley sólo si es constitucionalmente válida, y cuya interpretación y aplicación son siempre, por esto, también un juicio sobre la ley misma que el juez tiene el deber de censurar como inválida mediante la denuncia de su inconstitucionalidad, cuando no sea posible interpretarla en sentido constitucional.

Concluye el autor en este sentido, explicando que una transformación más, producto del constitucionalismo rígido, la constituye la subordinación de la ley a los principios constitucionales, que equivale a introducir una dimensión sustancial no sólo en las condiciones de validez de las normas, sino también en la naturaleza de la democracia, para la que representa un límite a la vez que la completa. Un límite, porque a los derechos constitucionalmente establecidos corresponden prohibiciones y obligaciones impuestas a los poderes de la mayoría, que de otra forma serían absolutos. Y la completa, porque estas mismas prohibiciones y obligaciones se configuran como otras tantas garantías de los derechos de todos, frente a los abusos de tales poderes, que podrían de otro modo arrollar, junto con los derechos, al propio método democrático.

sometida a poderosas influencias locales. *El sistema federal mexicano. Un análisis jurídico*, México, Porrúa-UNAM, 2009, p. 350.

¹⁴⁶ Carbonell, Miguel *et al.*, *Neoconstitucionalismo(s)*, Madrid, Trotta, 2003, pp. 18 y 19.

Otro importante autor que se ha referido al neoconstitucionalismo es Luis Prieto Sanchís; la tesis de este autor es resumida extraordinariamente por el profesor de la Universidad Externado de Colombia, Carlos Bernal Pulido, en un artículo de este último sobre la refutación y defensa del neoconstitucionalismo.¹⁴⁷ De acuerdo con la síntesis que elabora Bernal Pulido, para Prieto Sanchís el neoconstitucionalismo se caracteriza por la defensa simultánea de las siguientes tesis atinentes a la Constitución y a su interpretación:

- 1) La Constitución es material. Está provista de un “denso contenido sustantivo”, conformado por normas que establecen al poder no sólo “cómo ha de organizarse y adoptar sus decisiones, sino también qué es lo que puede e incluso, a veces, qué es lo que debe decidir”.
- 2) La Constitución es garantizada. Su protección se encomienda a los jueces.
- 3) La Constitución es omnipresente. Los derechos fundamentales tienen una fuerza expansiva que irradia todo el sistema jurídico. Como consecuencia de ello, la Constitución regula plenamente la legislación: “en la constitución de los derechos no hay espacios exentos para el legislador, porque todos los espacios aparecen regulados”.
- 4) La Constitución establece una regulación principialista. En este tipo de regulación “se recogen derechos (y deberes correlativos) sin especificar sus posibles colisiones, ni las condiciones de precedencia de unos sobre otros; o donde se fija objetivos o conductas también sin establecer el umbral mínimo de cumplimiento constitucionalmente obligado”. Por ello, “se produce... una pluralidad de mundos constitucionalmente posibles”. La Constitución es abierta y “habla con muchas voces”, pero el legislador y juez escuchan la misma voz.
- 5) La Constitución se aplica mediante la ponderación. Esta última es una forma de argumentación mediante la cual se construye una jerarquía móvil entre los principios que entran en colisión; es decir, se establece cuál de los principios debe preceder de acuerdo con las circunstancias del caso concreto.
- 6) Esta concepción de la Constitución implica negar la posibilidad de estructurar un “modelo geográfico” de relaciones entre la Constitución y la legislación, en el cual la frontera entre los derechos fundamentales y la ley aparezca claramente delimitada y existan unos límites infranqueables por

¹⁴⁷ Bernal Pulido, Carlos *et al.*, *Neoconstitucionalismo, democracia y derechos fundamentales. Contribuciones a la teoría política y jurídica contemporánea*, México, Porrúa, 2010, pp. 73-75.

el legislador y otras materias en donde este poder se puede mover con libertad. Por ello mismo, un caso es legal o es constitucional.

- 7) Esta concepción de la Constitución implica, más bien, la existencia de un modelo argumentativo de relaciones entre la Constitución y la legislación. “No hay problema jurídico que no pueda ser constitucionalizado y eso significa que debe descartarse la existencia de un mundo político separado o inmune a la influencia constitucional”. El modelo argumentativo no distingue el mundo de la legislación del mundo constitucional, así como tampoco elimina la libertad legislativa de configuración. Solamente la somete a la prohibición de arbitrariedad del artículo 9.3, CE; es decir, impone al legislador el deber de fundamentar todas las restricciones a los derechos fundamentales. En este modelo argumentativo, la relación entre Constitución y legislación no puede estructurarse con base en la división entre materias unas constitucionales y otras legales, sino en “círculos de competencias”.

Para Susanna Pozzolo,¹⁴⁸ el argumento neoconstitucionalista parte del dato positivo de la constitucionalización del *bill of rights*; esto quiere decir, de un catálogo más o menos detallado de derechos fundamentales, y de la justiciabilidad de la carta fundamental por obra de un órgano para ello específicamente predispuesto, por el juez de las leyes. Para esta autora, a partir de tal dato positivo, el neoconstitucionalismo propone un cierto modelo teórico para la explicación y descripción del derecho del Estado constitucional, caracterizado por negar la tesis iuspositivista de la separación entre derecho y moral; así, según explica, el neoconstitucionalismo propone también un modelo axiológico-normativo bajo cuyas líneas debería desarrollarse el derecho real.

En tanto que para el autor argentino Andrés Gil Domínguez,¹⁴⁹ el neoconstitucionalismo se refiere a un cierto modelo de Estado de derecho que define institucionalmente una determinada forma de organización política. Este modelo es tributario de las dos grandes corrientes constitucionales que tradicionalmente han transitado por senderos separados y opuestos; la norteamericana (que estableció una Constitución garantizada sin contenidos normativos) y la europea (que estableció Constituciones con un denso contenido normativo, pero sin garantías).

Al definir al neoconstitucionalismo, este autor engarza ambas corrientes constitucionales, pues explica que, por un lado, la visión norteamericana

¹⁴⁸ Carbonell, Miguel *et al.*, *op. cit.*, p. 188.

¹⁴⁹ Gil Domínguez, Andrés, *Escritos sobre el neoconstitucionalismo*, Buenos Aires, Ediar, 2009, pp. 12 y 13.

contribuye con la idea de supremacía constitucional y su correspondiente garantía jurisdiccional. La Constitución se postula como jurídicamente superior a las demás normas, y su garantía se atribuye al Poder Judicial, considerado como el más neutro respecto de los otros poderes, y que debe mantenerse al margen del debate político.

Por otra parte, Gil Domínguez explica que la corriente europea concibe a la Constitución como un agente que pretende participar de manera directa en las decisiones colectivas mediante el establecimiento de un amplio catálogo de derechos que emergen como cláusulas materiales que necesariamente inciden en el ámbito político.

El neoconstitucionalismo, según expone, conjuga ambos modelos y arroja como consecuencia una Constitución transformadora que pretende condicionar de modo importante las decisiones de la mayoría, donde el protagonismo fundamental ha de seguir correspondiendo al legislador democrático, pero donde indudablemente —puntualiza el autor— la última palabra se encomienda a los jueces. Expuestas las anteriores posturas doctrinarias, podemos formular la siguiente interrogante:

2. *¿Qué tipo de conexión puede hallarse entre las atribuciones del juez de control y el llamado neoconstitucionalismo?*

Conforme a la corriente del neoconstitucionalismo, la Constitución es garantizada, y su protección se encomienda a los jueces. Esta nota que caracteriza al modelo neoconstitucionalista se encuentra recogida en el texto del artículo 1o. constitucional, específicamente en los párrafos segundo y tercero, que indican que todas las normas relativas a los derechos humanos, como es el caso de las que rigen el acceso a la justicia o el debido proceso, deben interpretarse favoreciendo en todo tiempo la protección más amplia a los sujetos de derecho que se someten al orden jurídico del Estado mexicano, y, por otra parte, que todas las autoridades, sin excepción alguna, en ejercicio de sus competencias, tienen la obligación de promover, respetar, proteger y garantizar los derechos humanos; por lo que atendiendo al principio de supremacía constitucional que se consagra en diversas normas de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos, y particularmente en el artículo 133, los jueces del Estado mexicano, al conocer de los asuntos de su competencia, deben hacer prevalecer los derechos humanos reconocidos en esa norma fundamental y en los tratados internacionales de los que el Estado mexicano sea parte, a pesar de las disposiciones en contrario

que puedan preverse en los ordenamientos que les corresponda aplicar para resolver los asuntos de su competencia.

El modelo neoconstitucionalista encuentra aplicación no sólo a nivel de los tribunales constitucionales, sino que se proyecta en general sobre todos los jueces, porque para la solución de controversias constitucionales u ordinarias, todos los jueces del sistema deben tener en cuenta la propia Constitución y los principios constitucionales explícitos o implícitos de la misma.¹⁵⁰

Luego, es admisible que los jueces de control, como custodios de derechos fundamentales, acudan a principios constitucionales, sin limitarse a la aplicación mecánica del derecho, mediante el uso tradicional de la subsunción.

En este trabajo hemos presentado gráficas que demuestran que el nivel de argumentación que deben utilizar los jueces de control es superior al nivel empleado actualmente por los jueces tradicionales. La argumentación fáctica y la argumentación legal deben complementarse con una argumentación de tipo constitucional, ya que el juez de control, una vez que ha verificado que se cumplen los requisitos establecidos en las disposiciones legales para adoptar una medida con injerencia sobre los derechos fundamentales de una persona, debe constatar el cumplimiento de los fines previstos para estas medidas, y es aquí donde adquiere sentido el esquema constitucional aportado por el principio de proporcionalidad.

En ese sentido, Jaime Cárdenas Gracia¹⁵¹ explica que la aplicación del principio de proporcionalidad en la argumentación neoconstitucionalista abandona, desde luego, el puro esquema lógico deductivo, y requiere del juez una racionalidad tanto teleológica como axiológica. Para este jurista, argumentar equivale a justificar; sólo que el neoconstitucionalismo obliga a niveles de mayor justificación. No basta ya acudir a razones exclusivamente formales —competencia del órgano y procedimiento—, sino debe también acudir a contenidos, fines y valores.

En el caso de México, la Suprema Corte de Justicia de la Nación ha reconocido que los principios de proporcionalidad y razonabilidad jurídica se

¹⁵⁰ La Suprema Corte de Justicia de la Nación ha sostenido el criterio de que aunque materialmente las normas constitucionales configuran un cuerpo jurídico coherente y conexo de principios cuya identidad axiológica descansa en ese conjunto de valores, y su aplicación a los casos concretos ocurre a través de la legislación secundaria, ello no merma su condición de fuente de derechos, pudiendo ser invocada como regla aplicable de manera directa si su texto no requiere regulación posterior para definir una situación individual, como se desprende de la tesis 2a. CXXVIII/2010, de la Segunda Sala, visible en la página 1471, t. XXXIII, enero de 2011, Novena Época, del *Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta*, de rubro “CONSTITUCIÓN POLÍTICA DE LOS ESTADOS UNIDOS MEXICANOS. SUPUESTO EN QUE PUEDE SER INVOCADA DIRECTAMENTE POR CUALQUIER JUEZ”.

¹⁵¹ Cárdenas Gracia, Jaime, *La argumentación como derecho*, México, UNAM, 2006, pp. 39-41.

traducen en instrumentos útiles para la solución de conflictos entre principios constitucionales. Con base en ellos, el alto tribunal del país, al analizar la constitucionalidad de normas secundarias que implican restricción de derechos fundamentales, ha sentado precedentes en el sentido de que el juez constitucional, en estos casos, debe comprobar que se satisfagan los siguientes requisitos: que sean admisibles constitucionalmente (finalidad constitucionalmente legítima); que la restricción sea adecuada, idónea, apta, necesaria; es decir, suficiente para alcanzar la finalidad constitucionalmente legítima, de tal forma que no implique una carga desmedida e injustificada para el gobernado respectivo y, por último, debe ser razonable, esto es, que cuanto más intenso sea el límite de la garantía individual, mayor debe ser el peso o jerarquía de las razones constitucionales que justifiquen la intervención.

Aunque en estos casos la Suprema Corte de Justicia analizó la constitucionalidad de actos legislativos, lo que interesa es advertir la forma en que deben ser tratadas las acciones del Estado, que de algún modo regulan o se proyectan sobre derechos fundamentales.

Estas razones también pueden ser invocadas por los jueces de control, a título de justificación o fundamento en sus resoluciones que impliquen alguna injerencia sobre derechos fundamentales de los imputados, las víctimas y los ofendidos. Es así, porque estos jueces de control, al resolver sobre medidas cautelares, providencias precautorias y técnicas de investigación, deben pasar la solicitud del Ministerio Público bajo el tamiz del principio de proporcionalidad, porque toda intervención en los derechos fundamentales debe guardar relación con el significado del derecho intervenido. Desde luego, la utilización del principio de proporcionalidad en estos casos debe contribuir a mejorar la motivación de sus resoluciones, sin llegar al grado de anular el derecho legislado.