



Ius Comitiālis

ISSN: 2594-1356

iuscomitalis@uaemex.mx

Universidad Autónoma del Estado de México
México

AMADOR MAGAÑA, DIEGO ISSAC
El juez constitucional y su rol nomogenético
Ius Comitiālis, vol. 1, núm. 1, 2018, Enero-Junio, pp. 4-20
Universidad Autónoma del Estado de México
México

- Número completo
- Más información del artículo
- Página de la revista en redalyc.org



El juez constitucional y su rol nomogenético

The constitutional judge and his nomogenetic roll

DIEGO ISAAC AMADOR MAGAÑA*

Resumen

Este artículo trata sobre los conflictos constitucionales que han tenido cabida en México durante 1917. Desde entonces, no se explicó de manera clara y suficiente el papel de la Suprema Corte de Justicia de la Nación (SCJN), por el contrario, con la reforma de 1994, misma que realizó un cambio en la estructura de la Corte, ésta ha tomado un papel fundamental en la aceptación del rol nomogenético, en donde suplanta al legislador precario y crea vínculos en la interpretación constitucional para armonizar el diálogo entre gobernado, gobierno y Constitución. El juez constitucional y convencional representa un rol importante en la democracia, así, se puede apreciar en la sentencia de Castañeda Gutman vs. México, donde se amplió el acceso a la justicia como parte de los derechos políticos; en “La última tentación de Cristo” vs. Chile, en la cual el juez interamericano suprimió una norma constitucional y en el caso emblemático del juez constitucional utilizando el rol nomogenético en las revisiones de amparo por parte de la SCJN. Por ello, es necesario revisar la función del juez constitucional dentro de la democracia constitucional a través del uso del rol nomogenético.



Esta obra está bajo licencia Creative Commons Attribution-NonCommercial-ShareAlike 4.0 International (CC BY-NC-SA 4.0)

Palabras clave

Funcionario público, Derecho constitucional, Diálogo, Democracia.

Abstract

The present work tells us about the constitutional conflicts that have taken place in Mexico in 1917. Since its inception, the role of the Supreme Court of Justice of the Nation has not been explained clearly and sufficiently, the SCJN on the contrary with the reform of 1994, which made a change in the structure of the Court, has taken a fundamental role in the acceptance of the nomogenetic role, where it supplants the precarious legislator and creates links within the constitutional interpretation to harmonize the dialogue between the governed, government and constitution. The Constitutional and conventional judge plays an important role in democracy. Thus we could appreciate in the sentence of Castañeda Gutman vs Mexico, where access to justice is expanded as part of political rights, and in the case of “The Last Temptation of Christ” vs Chile, in which the Inter-American judge suppressed a constitutional norm: Another emblematic case where we can appreciate the Constitutional Judge using the nomogenetic role in amparo’s review by the SCJN; this is how we come to the point of seeing the function of the Constitutional Judge within constitutional democracy through the use of the nomogenetic role.

Key words

Civil servants, Constitutional law, Dialogue, Democracy.

LA SCJN EN 1917, ¿CUÁL ERA SU PAPEL?

Es claro que la historia constitucional mexicana no inició en 1917, la tradición constitucional que aún marca nuestro destino data del siglo XIX;¹ sin embargo, la lucha revolucionaria logró atraer cambios constitucionales para México, mismos que se volvieron fundamentales porque buscaban organizar a una nación que venía de un sistema dictatorial.

Tras este movimiento se logró promulgar la Constitución de 1917. Si apreciamos el panorama nacional de corrupción y falibilidad institucional, vemos que solo quedaron recuerdos de errores y de un Estado que trató de dar el siguiente paso hacia uno democrático y constitucional, pero que distó de serlo, si bien trajo estabilidad durante la mitad del siglo XX, la misma no ofrecía -como menciona Ugarte (2012)- mecanismos que sirviesen para la protección efectiva de los derechos de las personas. Dicha Constitución -más que un *corpus iuris* con contenido de derechos humanos- buscaba establecer las atribuciones del Estado, así como las facultades que tenía éste para “otorgar derechos”,² sin mencionar que hablar de derechos tenía una forma ambigua, tal y como lo es el Derecho a la educación, ya que el mismo texto no define cómo debe ser ni cuáles son sus alcances, pero sí menciona cómo tiene que impartirse por medio del Estado, dejando a un lado lo que es la educación en sí misma (Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos, 1917).

La historia constitucional de México proviene de un movimiento social que motivó los cambios para este país. Ahora bien, la Constitución fue un avance para México y el mundo durante el siglo XX al reconocer los derechos sociales con rango constitucional,³ pero, según Oropeza (1998), el constituyente de 1917 no había sido generoso con los derechos humanos establecidos en 1857. No obstante, a ese

¹ El modelo general de control constitucional, el juicio de amparo y la forma de gobierno fueron reflejos locales de la tradición revolucionaria norteamericana. Parte de nuestra Constitución es copia de la Constitución de Virginia (el federalismo, la supremacía de la ley, la organización de la Corte Suprema). Aunado a ello, si tomamos en cuenta la existencia de la Constitución de 1856, veremos que tiene una historia diversa y hasta algunas situaciones accidentales. Véase: Fuentes Catón (2006), quien narra distintas facetas de lo sucedido durante la guerra de reforma y la llegada de Maximiliano a México.

² Antes de la Reforma Constitucional de 2011 se hablaba de que el Estado otorgaba garantías y todos los mexicanos disfrutarían de las mismas, haciendo énfasis en que el término “garantías” se utilizaba antes de la reforma como sinónimo de derechos y no como ahora se le conoce.

³ Recordemos que se suele hablar de una categorización, o mejor dicho, de una jerarquía de las normas, esto atribuido a Hans Kelsen, en virtud de hablarse de un sistema piramidal para la clasificación de la norma jurídica, ya que la norma constitucional tiene el más alto rango, por lo cual existe para ello, un principio de Supremacía Constitucional, principio que explica Arteaga Nava (2014) al referir: “Toda constitución, por el hecho de serlo, goza del atributo de ser suprema. Para poder constituirse requiere estar por encima de toda institución jurídica, es preciso que todo le sea inferior; lo que no lo es, de una u otra forma, es parte de ella. En lo normativo a nada se le reconoce como superior a ésta. Constituye, organiza, faculta, regula actuaciones, limita y prohíbe. Esto va con su naturaleza”.

avance constitucional, denominado Constitución de Weimar en Alemania —hermana de la Constitución de Querétaro— según Horn (1988), y la rusa de 1918, fijaron las condiciones de la nueva relación del proletariado con el poder político.

Por otra parte, la forma eficaz en que se llevaba a cabo la práctica constitucional dejaba entrever que la Constitución de 1917 tuvo valor político más que normativo, que si bien tenía el objetivo de organizar democráticamente y proteger los derechos como ciudadanos, no hizo más que “maquillar” ese autoritarismo militar que México vivía desde antes de 1917, como lo señala Ugarte (2012). En términos prácticos, este documento no cumplió sus objetivos planteados en su momento, porque estaba desapegado de la realidad jurídica que se vivía en ese año, ya que la falta de seguridad social, desigualdad y el desorden que dio origen al caudillismo dejaba a la Constitución como carta de buenos deseos; aunque debemos reconocer que la reforma agraria cardenista fue el único elemento social que edificó los derechos sociales de los campesinos al reconocerles carácter de sujetos. Sin embargo, la contrarreforma agraria de 1992 acabó con el ejido y permitió el desapoderamiento del territorio rural.

Bajo este contexto, es necesario reconocer que antes de la reforma de 1994 la SCJN tenía facultades limitadas frente a los conflictos constitucionales, es decir, no existían acciones de inconstitucionalidad, que permitieran realizar leyes contra la Constitución, pues el único medio de defensa era el amparo, siempre y cuando estuviera fundado y motivado, lo cual dejaba una pobre defensa de la Constitución frente a la autoridad del Legislativo o Ejecutivo, en el mejor de los casos. Tampoco se comprendía dentro de la Constitución y las facultades de la SCJN la controversia constitucional como ahora la conocemos; fue a partir de esa reforma que se restructuraron las funciones de la Corte, permitiéndole tomar un papel determinante en los problemas constitucionales gracias a las acciones y controversias, siendo dinámica en la solución de conflictos políticos, competencias y de otra índole que iniciaban en las cámaras del Congreso de la Unión y esperaban una solución y posicionamiento de la Corte; y es aquí donde inicia el rol nomogenético en sus primeras formas.

En 2017 los cambios constitucionales se han generado a partir de las decisiones internacionales y la entrada de México a un sistema internacional de los derechos humanos, derivado de la reforma de 2011, en donde el texto constitucional cambia y se hace una transición de un Estado que “otorga derechos” a otro que “reconoce derechos”⁴ (Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos, 2017); siendo uno de los avances significativos en pro de los derechos humanos que ha realizado México en casi un siglo. Esto no quiere decir que se ha hecho todo bien, pues después de un siglo de la promulgación podemos hablar de la falta de identidad constitucional, o peor aún, de una anarquía constitucional, ya que el texto parece ser claro, pero durante los juicios constitucionales y sus sentencias deja de serlo.

¿De qué hablamos al referirnos a esa identidad y anarquía constitucional? La identidad constitucional como concepto teórico y normativo implica un entendimiento de las nuevas ideas del derecho constitucional y su estructura, no es un tema que nace de la nada, su origen se da en Europa a través de un tratado internacional, mientras que la doctrina europea y estadounidense por medio de la

⁴ Véase Artículo 1 Constitucional de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos.

interpretación de sentencias y estudios que realizaron autores como Gary Jaffrey Jacobsohn en Estados Unidos o José Luis Martí en Europa, los cuales marcaron las pautas para el estudio de la identidad constitucional.

Con base en lo anterior, primero hablaremos del concepto normativo, éste proviene de la época del tratado de Maastricht, mismo que establecía, como principio rector, la idea de protección a la identidad constitucional de cada Estado, y con el tiempo se reformó a identidad nacional; este concepto, de acuerdo con Saiz Arnaiz y Alcobarro Llivina (2013), establece que dentro del Tratado de Lisboa (ejemplo de una integración constitucional en Europa) podemos encontrar codificada una cláusula de identidad constitucional nacional que es aparejada por las cortes locales y el contenido de sus decisiones; dicha cláusula puede verse reflejada en sentencias, como el caso de Solange I y II; sin embargo, la identidad constitucional se explora desde diversos puntos en la ciencia del Derecho constitucional; tal y como refiere Carnota (2015), es necesario verla no solo como una ciencia, sino como un todo cobijado por la cultura, por ello, es necesario analizarlo desde su entorno doctrinal, partiendo desde diferentes componentes de esta doctrina.

En consecuencia, la identidad constitucional está conformada por diferentes presupuestos, entre ellos: la cultura de un pueblo o de una comunidad, su lengua, su historia y otros factores que intervienen en un Estado; no solo es un núcleo duro, como lo menciona Martí (2013), quien establece que la identidad constitucional se puede desviar en dos variantes, por una lado el cómo se identifica el pueblo con su Constitución —visión político-social— y por otro, la Constitución *per se*, que es el núcleo normativo que cobija la Constitución, pues si afirmamos que es un núcleo duro separado de la identidad del pueblo o viceversa pasaría lo que en el caso particular de México, en donde existe una evolución social, pero no jurídica, pues ésta última quedaría desfasa por las necesidades de la sociedad.

En tal caso, ese “núcleo duro” es evolutivo con la sociedad y pertenece a algo más allá de un *corpus iuris*,⁵ por lo que no debería verse con malicia la idea de reformar la Constitución. Si aplicamos lo anterior al caso mexicano, esto no tendría que ser un problema, pues según Ragone (2012), la reforma constitucional es un instrumento de dos caras, una como mecanismo de modificación y otra como instrumento político, esto con relación a lo que manifiesta Sagües (2016) sobre la “Constitución Viviente”, nos permite afirmar que la reforma es un ejercicio sano para mantener un diálogo democrático⁶ entre el pueblo y la Constitución, quedando en ésta la identidad del pueblo, fortaleciendo y continuando así con la identidad constitucional mexicana.

Ahora bien, la anarquía constitucional en la versión mexicana por primera parte podría aparentar un tinte caótico, dado que —como me he referido a que la identidad constitucional es un núcleo duro evolutivo que cambia con la sociedad y que está compuesto por la identidad de la sociedad, como las normas jurídicas

⁵ Para entender más sobre identidad constitucional véase Jacobsohn (2010).

⁶ Hablar sobre diálogo democrático, no me refiero a una idea que únicamente se debe tomar como decisión democrática aquella por la que se ha votado, pues la justicia constitucional no solo aborda temas relativos a la cuestión electoral y la democracia, sino que la democracia y la justicia constitucional se amalgaman para hablar también de los derechos de las minorías. La democracia y el sistema electoral se compaginan, pero la democracia al igual que el derecho tiene una constante evolución. Véase: Tierney (2014).

contempladas en la Constitución— la anarquía constitucional en México surge porque de 1917 a 2017 las constantes reformas constitucionales, como la educativa, la del sistema de justicia penal, la de derechos humanos, la energética, la de telecomunicaciones y la del sistema político electoral han sido inútiles para armonizar el diálogo constitucional con el democrático.⁷ Es decir, la anarquía constitucional parte de un supuesto de ingobernabilidad de la Constitución, producida por un grupo de personas con autoridad suprema, al que llamamos Estado —como bien dice Wolff (1998)— que tienen la facultad de reformar y legislar con consecuencias para la sociedad, provocando el volver constitucional, “mentiras legislativas”, que solo se quedan plasmadas en papel, pero que en la práctica son de alto costo social, volcándose, en términos de Lassalle (2016), en un pseudoconstitucionalismo donde sobreviene un triunfo del abuso del poder absolutista frente a las necesidades constitucionales y sociales, donde la Constitución —más que un instrumento de gobernabilidad— se convierte en un instrumento para el desgobierno y los fines ajenos a su promulgación. Asimismo, hay que considerar como elemento de la anarquía constitucional el falseamiento de la misma, como lo afirma Sagües (2016), donde se modifican los valores de la Constitución y éstos no son *ad hoc* con la sociedad que gobiernan, y peor aún, con la expedición de leyes que van en contra de esta misma y que no son declaradas inconstitucionales. Son estos aspectos los que nos llevan a decir que la anarquía constitucional es el desgobierno de la propia Constitución y la ruptura de ella con la sociedad, donde la primera es solo un instrumento del uso del poder y no del gobierno.

Es aquí donde los jueces federales, tribunales colegiados y ministros de la SCJN han sabido canalizar situaciones en las que la sociedad exige ser oída y tomada en cuenta, pues la mala planificación de las reformas constitucionales para mantener viva la Constitución vuelve a la misma, un tren de consecuencias negativas para la sociedad, donde los jueces son los ingenieros que tratan de reparar el problema que tuvo origen en la sala de máquinas, es decir, en el Parlamento.

La voz del juez constitucional es protagónica porque será él quien tenga la última palabra en materia de constitucionalidad, en sus pronunciamientos contra leyes y actos de la autoridad. Es el árbitro entre la Constitución y el poder, lo cual resulta de la ineficacia de llevar a la práctica dichas reformas constitucionales, pues de acuerdo con The World Justice Project,⁸ México tiene altos índices de corrupción y baja calificación en los siguientes rubros: orden y seguridad, control del poder del gobierno, derechos fundamentales, justicia civil, justicia criminal, gobierno abierto al ciudadano y regulación forzosa.

En México la realidad constitucional y social son dos temas distanciados, generando así que la Constitución no sea un margen de gobernabilidad, pues al existir factores como la corrupción⁹ permiten que el ordenamiento sea vulnerado con facilidad, aunado a que la ciudadanía se confronta a diario con la autoridad y las decisiones tomadas con el Congreso de la Unión y demás poderes, tal es el caso de

⁷ Véase: Uribe (2015) y De Paz González (2015).

⁸ The World Justice Project es un portal disponible en internet cuya función es año con año informar tanto en su portal como por escrito los avances que realizan los diferentes países, esto en diversas áreas como lo es: corrupción, derechos humanos, apertura del gobierno, entre otros temas, mismo portal que nos permite analizar México, disponible en: <http://data.worldjusticeproject.org/#/groups/MEX>

la Reforma Energética, la Reforma Educativa e incluso la impunidad que genera en ciudadanos el nuevo sistema de justicia penal.¹⁰

Así, la Constitución de 1917 pretendía llevar mecanismos de control constitucional y democracia, empero en 2017 éstos han tratado de mantener el estado constitucional de derecho en orden, ya que los mismos hacen valer la justicia constitucional; en tal sentido, no todo lo realizado en la Constitución de 1917 ha sido un fracaso, aun cuando se necesitan cambios para ejercer un nuevo control que permita el fortalecimiento de la democracia.

MÉXICO EN EL SISTEMA INTERNACIONAL CON LA REFORMA DE 2011

En este apartado hay que limitarse a afirmar que se conoce el principio de convencionalidad, pues sería redundante explicarlo cuando el tema central de este artículo es referirse a la evolución constitucional que ha dado México, a la importancia de las decisiones constitucionales y al cómo la SCJN tiene un peso fundamental al tener un rol nomogenético.¹¹

La reforma del 10 de junio de 2011 tiene que tomar un rumbo material. Dentro de la historia que deviene de la reforma constitucional emerge el papel fundamental de la SCJN en las decisiones constitucionales que intervienen en la protección de los derechos humanos, dando quizá, en un sentido ambicioso, un aspecto de diálogo democrático entre el gobernado, la autoridad y la constitución misma. Por ello, es fundamental el estudio íntegro de las decisiones constitucionales que se emiten, además de analizar cómo otros tribunales garantistas, entre ellos la Corte Interamericana de Derechos Humanos (IDH), han jugado un papel fundamental en la vida constitucional mexicana, pues han creado una última oportunidad para que las necesidades del ciudadano sean escuchadas, siendo entonces el Juez o Ministro a través de la sentencia un portavoz no solo de la Constitución, sino de las demandas del ciudadano ante su gobierno, mismas que permiten que se lleve a cabo una vida democrática, pues recordemos que en la democracia, además de las decisiones de la mayoría, existen también aquellas de la minoría, aunque algunas veces vulneradas y excluidas del juego democrático de la justicia constitucional.

⁹ Como los amañes de sentencias en juzgados de primera instancia, la falta de acción de los Ministerios Públicos que dejan salir a presuntos delincuentes a cambio de dinero, los desvíos de recursos para apoyar campañas políticas, el tráfico de influencias, del cual se han dolido, pues existe una presunción sobre el Poder Judicial y los familiares de funcionarios públicos operando en los juzgados, situaciones que terminan por salir de la esfera de la Constitución y trascienden a un problema social más allá de un problema que pueda resolverse con una sentencia o interpretación de derechos humanos. Estos conflictos son de escala social donde la corrupción diariamente azota a la sociedad.

¹⁰ La reforma energética, por ejemplo, generó descontento a la ciudadanía mexicana, pues desembocó en una consulta popular, de tal modo que se busca revertir la reforma. Véase: Revisión de Constitucionalidad de la Materia de una Consulta Popular 3/2014, derivada de la solicitud formulada por José de Jesús Zambrano Grijalva, representante común de diversos ciudadanos. Versión Taquigráfica del Pleno de la SCJN, 30 de octubre de 2014.

¹¹ Más adelante se expondrá el tema con mayor claridad, por el momento solo se hace una mención.

A continuación se exponen cuatro casos donde podemos apreciar la aplicación en el ámbito nacional y supranacional del rol nomogenético, en los cuales su aplicación práctica conllevó a modificaciones dentro de los ordenamientos internos; dos casos por parte de la SCJN y dos de la Corte Interamericana éstos nos permiten apreciar el sustento empírico de los jueces:

1. El primero proviene de la Corte Interamericana: se puede observar en el caso *Castañeda Gutman vs. México*, esta sentencia con fecha 6 de agosto del 2008 resulta ser un parteaguas en la historia del derecho mexicano, sobre todo en el área de los derechos civiles y políticos.

Si bien el Estado mexicano en la presente sentencia de la Corte Interamericana argumentaba que la solicitud de Castañeda Gutman para participar en el proceso electoral 2006 era extemporánea, la Comisión Interamericana demuestra que existe una violación al derecho de acceso a la justicia por parte de México. La Corte en esta sentencia asume un rol nomogenético para ser el puente dentro del diálogo democrático entre gobernado, gobierno y Constitución, pues solicitaba, mediante su sentencia, que México diera un recurso efectivo para la protección de los derechos políticos electorales, aunque la Comisión explicaba no solo la falta de un recurso efectivo para la protección de derechos políticos, sino también que el tener candidaturas por medio de partidos era violatorio de la convencionalidad. Finalmente, esto fue desestimado por la Corte, pues los derechos políticos para la IDH no son absolutos, lo cual significa que pueden tener restricciones.

Como se observa, la legislación mexicana en materia de derechos políticos (en especial candidaturas independientes, la cual era inexistente en su momento) es desigual y violatoria de preceptos convencionales por falta de un recurso efectivo y sencillo que permitiera la protección de estos derechos (*Castañeda Gutman vs. Estados Unidos Mexicanos*, 2008). En este caso, la Corte sentencia y asume ese rol nomogenético necesario para obligar a México a reformar de manera fundamental su legislación para la adopción de mecanismos efectivos de protección a los derechos políticos.

Es así como la Corte Interamericana, a través de una sentencia condenatoria, toma un papel fundamental, a través del cual crea un vínculo necesario en su sentencia para reforzar el ejercicio democrático mexicano, dando pauta a la protección de los derechos políticos, debido a que no solo se crea un juicio para la defensa de los derechos político electorales, sino que instaura candidaturas independientes en México, siendo esto último voluntario por parte del gobierno para los ciudadanos. Lo anterior representa una armonización dentro de la legislación mexicana y su gobernado, mediante un mecanismo internacional se logra poner de manifiesto este fenómeno.

2. Tal como lo establece Castañeda Hernández (2015), la Contradicción de Tesis 293/2011 resuelta por la SCJN es un caso fundamental, pues se aclara sobre la jerarquía de las normas entre la Constitución y los Tratados Internacionales.

Esta Contradicción de Tesis presenta a México el debate de dos criterios que asumen que los tratados de derechos humanos tienen un nivel jerárquico, donde por un lado se tiene un rango supra-legal, pero infra-constitucional y por otro, un rango constitucional (Castañeda Hernández, 2015). En ese orden de ideas, la SCJN crea

un diálogo democrático al resolver como Tribunal Constitucional, porque suscribe tratados con contenido de derechos humanos, siendo éstos los que México está obligado a respetar y garantizar en su totalidad; sin embargo, el diálogo que presentaba México era restrictivo por la calidad de estos tratos internacionales —actualmente como sabemos los tratados de derechos humanos tienen valor constitucional y se vela por su protección y garantía, salvo casos excepcionales—, donde no se les daba el alcance constitucional bajo pretexto de la supremacía constitucional. No obstante, la Corte en su resolución medió ambas caras para determinar que los tratados tienen valor constitucional en materia de derechos humanos, aunque la corte también afirma restricciones ante el ejercicio de los mismos, mediando lo que el pueblo reclama constitucionalmente y lo que el Estado demanda ante su soberanía constitucional.

3. El caso de la omisión legislativa versa sobre la reforma al artículo 134 de la Constitución, una asociación civil llamada Artículo 19, quienes plantearon que, tras la reforma a la Constitución, el Congreso de la Unión se ha olvidado de emitir la ley derivada de la reforma en la cual se regula el presupuesto federal para evitar la discrecionalidad del Poder Ejecutivo en el gasto del presupuesto federal (SCJN, 2017).

La Corte asumió un rol nomogenético donde se percató de la omisión legislativa y en uso de sus facultades ordenó al Poder Legislativo a que expidiera la ley en cumplimiento del mandato Constitucional; dicha aplicación directa del rol nomogenético por parte de la SCJN marcó una pauta en la historia constitucional mexicana, pues ésta entiende la falta de la ley y al asumir un papel de legislador insertó desde su agenda constitucional un tema omitido en la agenda legislativa para la protección directa de la Constitución, si bien es cierto que en primera instancia el amparo fue desestimado, durante su revisión la SCJN ejerció sus facultades en aras de ser quien custodie la Constitución.

4. “La última tentación de Cristo” vs Chile es uno de los casos donde podemos ver el rol nomogenético interamericano en su máxima expresión, pues tras la censura del filme “La última tentación de Cristo” la Corte IDH se percató de violaciones a la convención americana en los artículos 13 (libertad de expresión y pensamiento), 1.1 y 2 del instrumento internacional.

La Corte IDH analiza que la Constitución chilena en su artículo 19, número 2, establece una prohibición, la cual se traduce en censura. Luego del análisis de los derechos determina que existe una violación a la convencionalidad por parte del Estado Chileno, donde la no adecuación de su derecho interno a la convencionalidad es un quebrantamiento a sus obligaciones positivas; por lo que al asumir su rol nomogenético, la Corte IDH ordena la supresión de una norma constitucional chileno, siendo un efecto legislativo el que tuvo la sentencia, pues logra suprimir la censura en aras de proteger la libertad de expresión y pensamiento (Corte Interamericana de Derechos Humanos caso Chile, 2001).

MÉXICO Y EL ROL NOMOGENÉTICO EN EL ESTADO DEMOCRÁTICO

Hablar del rol nomogenético podría llegar a ser complicado si se une con la idea de democracia constitucional, pues podríamos afirmar que la invasión dentro de las decisiones ciudadanas y/o decisiones realizadas por los Congresos legislativos, a efecto de revisar esas decisiones y cambiarlas por un aspecto que no vulnere derechos humanos, podría suponer un argumento agresivo el que asumen las cortes que violenta la misma democracia.

El rol nomogenético,¹² como tal, puede ser una herramienta dentro de la hermenéutica jurídica y más aún de suma importancia dentro de una democracia constitucional establecida o en proceso. Esta herramienta o técnica permite al juez constitucional tomar un papel importante para tomar decisiones en la vida política y social de un Estado, pues este rol le da la facultad a los Tribunales Constitucionales de asumir una función de legislador y a su vez administrador de la justicia; este rol en México tiene su fundamento constitucional y se ha aplicado a lo largo del tiempo, dándole así al juez constitucional una función más allá de un simple administrador de la ley, quien hace cumplir no solo lo escrito, sino profundizar y hacer una justicia constitucional efectiva encaminada a la democracia constitucional e identidad constitucional de su Estado, pues como dijimos, México entra en una nueva etapa con la reforma de 1994 al traer la acción de inconstitucionalidad y controversia constitucional, reforzándose con la reforma de 2011, la cual permite hacer un análisis más allá de lo técnico jurídico.

En este sentido, el rol nomogenético en México encuentra su fundamento en los artículos 1,¹³ 103,¹⁴ 105 y 107 de la Constitución porque en su conjunto éstos le permiten al juzgador realizar una función como verdadero protector de los derechos fundamentales y de la Constitución, ya que por medio de la acción de inconstitucionalidad, la controversia constitucional y la declaratoria general de inconstitucionalidad, la SCJN realiza un análisis de las leyes votadas por los Congresos (siempre y cuando estas sean demandas, pues la Corte no puede actuar ex officio), generándose en ella una especie de legislador negativo,¹⁵ ya que tiene la facultad de decretar la inconstitucionalidad de alguna norma generada por el Legislativo e

¹² Véase: Sagües (2011).

¹³ El artículo 1 Constitucional en México refiere que todos los ciudadanos gozamos de los derechos humanos y el Estado los reconoce; sin embargo, en este mismo artículo se establece la obligación por parte de las autoridades a respetar, proteger y sobretodo garantizar los derechos humanos encontrados en el constitucionalismo mexicano, recordando que México también se somete a diversos tratados internacionales, lo cual enriquece su constitucionalismo, para leer textualmente el artículo de referencia. Véase: Artículo 1 en Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos, disponible en: http://www.diputados.gob.mx/LeyesBiblio/pdf/1_240217.pdf

¹⁴ El artículo 103 tiene relación directa con los otros dos artículos (105 y 107), porque en su conjunto regulan la acción de inconstitucionalidad, la controversia constitucional y el amparo. Estas tres figuras de protección constitucional son las que se adecuan al ejercer el rol nomogenético, pues son funciones constitucionales que tiene la SCJN.

¹⁵ Al referirme a legislador negativo, hago alusión a la idea de que el Legislador Positivo es aquel que se encuentra en el Congreso/Parlamento, pues él positivista las normas, luego entonces a contrario sensu el decretar su inconstitucionalidad sería una función negativa frente a la función positiva de creación de ley.

incluso en materia de amparo indirecto resolver sobre omisiones legislativas e insertarlas en la agenda política.

Estas funciones ayudan a la democracia e identidad constitucional al mantener la defensa constitucional eficiente dentro de un Estado, creándose así algo más allá que un Estado gobernado por el hombre, un Estado nomocrático,¹⁶ donde sea la misma Constitución la que dé los parámetros para una mejor gobernabilidad.

En México se tiene un sentido de democracia como “el gobierno de las mayorías”, ese sentido primitivo remarca la importancia que tienen los Tribunales constitucionales al hacer valer la protección de la Constitución y los derechos de las minorías, pues como dice Holmes (citado en Curcó Cobos, 2016): “Una Constitución es el remedio institucionalizado contra esa miopía crónica: quita poderes a mayorías temporales en nombre de normas obligatorias. Una Constitución es como un freno, mientras que el electorado es como un caballo desbocado”, esta problemática puede verse en los referéndums, plebiscitos y resultados electorales que no necesariamente gozan de verdadera deliberación democrática. También hay que tomar a conciencia que el ejercicio democrático debe, al igual que las constituciones, mantenerse vivo, es decir, si por un lado tenemos la idea de una Constitución viviente hay que considerar que todo acto jurídico es también un acto político, como lo expresa Sagües (2016), pues existe una relación intrínseca entre constitucionalismo y política y, por tanto una Constitución viviente sería aquella donde se amalgama el texto constitucional, la interpretación constitucional y la identidad constitucional, además de acompañarse con reformas constitucionales eficaces y eficientes que permitan la entrada de nuevos valores constitucionales que evolucionen con la sociedad, a través de esto mantendría la primera parte a salvo (conservar una Constitución vigente).

Por otro lado, una democracia viva implica desde luego brindar mecanismos de participación ciudadana efectivos y eficaces que abran el diálogo democrático, no solo por medio de la Constitución, sino a través de instrumentos políticos como los Referéndums Constitucionales,¹⁷ dado que con éstos se pretende dar una idea de una democracia activa, pero deliberativa, tomando en cuenta el núcleo duro de las constituciones y la identidad constitucional, dado que pensar que solo se puede lograr una decisión democrática votando en ciertos periodos de tiempo (como lo es el caso mexicano que sus ejercicios son limitados, pues versan en únicamente la elección de sus gobernantes en periodos de tres y seis años y, espontáneamente, algún ejercicio de consulta popular, pero estos son raros en la práctica) sería ir en contra del sentimiento popular debido a que el electorado o bien los ciudadanos son los primeros agentes en recibir las normas aprobadas, por ende, admitir mecanismos como el referéndum permite la participación de ese primer agente en la toma de decisiones.

Es necesario tomar en cuenta que los cambios constitucionales, así como las interpretaciones que realiza la Corte Constitucional deben ajustarse a un esquema

¹⁶ Sagües (2016b) establece en “La Interpretación Judicial de la Constitución Nacional a la Constitución Convencionalizada”. Que: “Nomocracia significa, en última instancia, que el gobierno de los hombres ha sido reemplazado por el gobierno de la ley, encabezado, desde luego, por la Constitución”.

¹⁷ Para saber más sobre los Referéndums Constitucionales y cómo ayudan a la democracia véase Tierney (2014).

evolutivo, ya que la norma constitucional tiene una vigencia, es decir, existe una temporalidad de las normas constitucionales. Como se ha dicho, es fundamental adecuar las evoluciones constitucionales a las evoluciones sociales, pues no es factible mantener una constitución en un estado solidificado porque sería afirmar que la sociedad, como tal, no evoluciona a lo largo del tiempo. Por ello, tanto la norma constitucional se vuelve en amalgama de la identidad constitucional, como el juez constitucional debe comprenderla para aplicar correctamente una interpretación en son de diálogo democrático, ya que él es el encargado de llevar la justicia constitucional a su máximo punto, ya que la misma tiene una importancia fundamental dentro de las democracias.

En ese sentido, observamos cómo el papel de juez constitucional dentro de la defensa constitucional y el progreso del Derecho Procesal Constitucional, haciéndose valer de mecanismos como el amparo contra leyes, en el caso de que sea un juez de Distrito o la acción de inconstitucionalidad, cuando se trate de un ministro, tiene valor, pues ambos, con los mecanismos que la Constitución les otorga, deben realizar actividades de interpretación constitucional que haga la defensa efectiva del constitucionalismo, absorbiendo en ellos la función que les da el rol nomogenético para convertirse en legisladores y corregir la plana que los legisladores emiten cuando ésta es contraria a la Constitución.

Lo anterior deriva porque el valor fundamental del juez constitucional en la revisión de las actividades de gobierno (García Laguardia, 2000), como en México lo es la acción de inconstitucionalidad y en su caso la declaratoria general de inconstitucionalidad, como mecanismos de defensa de la constitución, permiten la sana revisión de las actividades del legislador, quien *prima facie*, debe ser el que sostenga un diálogo democrático sano por el ser representante directo de la ciudadanía y quien vela por los intereses del pueblo.

EL JUEZ CONSTITUCIONAL, LA CONSTITUCIÓN Y LA DEMOCRACIA

Como se ha dicho, el papel de un juez constitucional es fundamental en la práctica del diálogo democrático-constitucional, pues éste tiene el poder conferido de realizar interpretaciones sobre la norma constitucional, lo cual le permite tomar una interpretación en pro de la identidad constitucional o en favor de otros aspectos que él mismo considere.

También se ha mencionado el poder que tienen las reformas constitucionales, mismas que se les puede aplicar un control eficiente para la protección de la identidad constitucional; como se ve, la identidad constitucional es primordial para entablar el papel fundamental del juez constitucional, si éste no comprende la identidad de su Estado, por ende es complicado que sus decisiones refieran a ella. Es sabido que ningún tipo de interpretación es imparcial y sería absurdo pensarlo porque, como dice Sagües (2016), al momento de realizar la interpretación constitucional el juzgador se basa en su juicio y conocimientos y realiza un ejercicio de prejuicio sobre el juicio.

Con esta premisa, me permito asumir la misma importancia en el conocimiento del ejercicio de la democracia; si el juez constitucional no logra asimilar la importancia de la democracia en su Estado, de su papel como juzgador y de la identidad constitucional, el ejercicio para ser el vínculo entre ciudadanos, gobierno y Constitución a manera de diálogo democrático fracasaría.

La democracia para Dworkin (2008), como tal –bajo una perspectiva simplista y de idea general– es el gobierno de las mayorías, pero es un concepto un tanto alejado de los derechos fundamentales, derechos humanos, la participación y la representación ciudadana.

Afirmar que la democracia es el gobierno de las mayorías implicaría que solo éstas tienen derechos y obligaciones, y que existe por tanto del desgobierno de las minorías, a las cuales les aplica los mismos derechos y obligaciones. En esta suposición afirmamos que lo que le pasa a “A” le pasa a “B”, pues colindan en el mismo universo que “C”; es decir, lo que le pasa a la mayoría le pasa a la minoría pues conviven en el mismo Estado. Es por ello que el juez constitucional, al momento de resolver, debe tomar en cuenta que en la democracia también participan las minorías.

Debemos subrayar que la influencia de la Constitución en las democracias es de forma directa; el juez constitucional juega un papel fundamental, así como los límites constitucionales que estos dos imponen, ya que, como dice Escobar Martínez (2005):

son entonces los límites constitucionales y entre ellos los límites a la reforma constitucional los que garantizan el mantenimiento de un orden democrático, en la medida en que establecen los mecanismos y procedimientos para que en un determinado momento sean las mayorías de cada época quienes decidan sus compromisos institucionales y por ende sus propios límites de actuación en el marco del ordenamiento jurídico que lo gobierna (p.598).

Sin embargo, pensar solo en las mayorías, como lo he mencionado, dejaría de lado a las minorías, para lo cual estos límites entrarán en acción. En la práctica tenemos un ejemplo reciente de cómo estos límites constitucionales pueden salvar los derechos de las minorías e incluso los derechos de las mayorías por parte de una decisión tomada por una colectividad, como el caso del Brexit, donde la interpretación dada por el Supremo Tribunal Británico encontró los límites en el ejercicio del poder público dejando intacto los derechos de los ciudadanos británicos, aunque se había tomado una decisión democrática, pues la mayoría estaba de acuerdo en salirse con la Unión Europea, provocando así una pérdida de derechos adquiridos por parte de ellos como ciudadanos europeos.¹⁸

Este ejemplo nos hace reflexionar sobre la importancia que tiene el juez constitucional y los límites al poder en protección de los derechos de los ciudadanos, retomando que en una democracia no solo viven las mayorías de cada grupo de ciudadanos, sino un conjunto que se puede sectorizar, lo cual componen las minorías, entre ellas: la comunidad homosexual, los indígenas, los pobres y grupos vulnerables.

Pero no todo es trabajo del juez constitucional, también es importante que el Poder Constituyente tome acciones en la protección de las democracias como principio fundamental de un Estado Constitucional Democrático de Derecho, en la creación de mecanismos de control político y constitucional; como el caso del siste-

¹⁸ Suprema Corte de Justicia del Reino Unido R (on the application of Miller and another) (Respondents) v Secretary of State for Exiting the European Union (Appellant) [2017] UKSC5, 24 de Enero de 2017.

ma norteamericano donde existe el *Impeachment* como herramienta para el control del ejercicio del poder por parte del ejecutivo y otros funcionarios (Bernal, 2007). En México, el control político parece alejarse de nosotros debido a los cerrojos constitucionales hacia éstos por parte de aquellos que tienen el poder; sin embargo, hacia los controles constitucionales que hacen las veces de controles políticos, pues a través del control de las reformas o leyes, es la Corte Suprema quien se encarga de ejercer un juicio sobre esto último.

Ahora bien, como se mencionó, la IDH en México ha jugado un papel fundamental en el control político, ya que la misma gracias a la sentencia; Castañeda Gutman (2007) reafirma la importancia de la actualización en la democracia, de la entrada de nuevos personajes en la vida política y de crear nuevas formas de ejercer los derechos políticos del ciudadano. Sin embargo, aún nos encontramos sin gran avance, pues hasta la fecha solo hemos permitido las candidaturas independientes y los juicios políticos realizados, como el caso de Javier Duarte en el Partido Revolucionario Institucional (PRI), que sirven únicamente para hacer pantalla política y no perder votos durante la jornada electoral, más que para dar solución al conflicto en la vida democrática, con lo cual se crea la política ficción.

Si bien he afirmado que el juez constitucional tiene valor en la vida democrática de un país con el uso del rol nomogenético, no es del todo sano que un país como México dependa de sus jueces constitucionales, dado que el Congreso perdería en gran parte sentido y significado debido a la falta de interés o conocimiento por parte del cuerpo legislativo que no presta atención a la labor que tiene como representante social, lo cual provocaría la necesidad de que sea la SCJN quien tome el papel de estos últimos y a través de la jurisprudencia solucione los conflictos planteados por la sociedad, provocando además de los problemas de identificación de roles dentro de la democracia, una sobre carga de trabajo para el Poder Judicial, no solo tiene que aplicar la ley y el derecho, sino que ahora tiene que realizar un estudio de la ley creada por el Congreso e identificar si se adecua a la Constitución, si es adecuada a la identidad constitucional o, en el peor de los casos, si la misma no dejó afuera a un sector de la población (grupos indígenas, niños, las mujeres, entre otros).

CONCLUSIONES

La vida democrática en un Estado como lo es México necesita un cambio en sus objetivos constitucionales, incluso en sus costumbres dentro del Legislativo, el cual debe amalgamarse para un buen funcionamiento y que permitan un sano ejercicio. No quiere decir que México sea un Estado fallido, pero bien puede mejorar la práctica democrática constitucional; este país ha permitido la existencia del rol nomogenético dentro de su Constitución, lo que a principio de cuentas es sano que exista, pues las leyes no son perfectas y algunas veces necesita de un estudio para que la misma sea o no constitucional.

El problema inicia cuando se tiene un Poder Judicial realizando funciones del Poder Legislativo y provocando situaciones como el de la acción de inconstitucionalidad 26/2016, acción donde la SCJN decidió sobreseer la acción, pues el Congreso del Estado de México en su mayoría había votado la Ley de Seguridad del Estado y al ver su error en dicha ley decidieron –la mayoría del mismo Congreso– dejarle el trabajo a la SCJN. Este tipo de situaciones no benefician la práctica constitucional,

pues es un abuso del uso del rol nomogenético a efecto de liberarse de la carga de trabajo que la Constitución impone al legislador y aprovechar las herramientas que da la misma para liberarse del trabajo. De forma particular, en México se tiene un estigma social negativo sobre los funcionarios dentro del Poder Legislativo y aunado a este tipo de prácticas no solucionan este problema y terminan por fragmentar el diálogo democrático constitucional.

Formas de solucionar esta fragmentación existen al momento de permitir la creación por medio de la Constitución, nuevas figuras de ejercicio democrático, como el Referéndum Constitucional –por mencionarlo como ejemplo idóneo–; este tipo de figuras creadas por el Legislativo ayudarían a solucionar y reparar los daños provocados dentro de este diálogo democrático, amenizando la Constitución con su pueblo y autoridades. Es importante también reestructurar la Constitución, pues después de 100 años no se ha podido solucionar la falta de identidad constitucional mexicana porque aún vivimos pensando en el México de 1917, siendo la naturaleza del hombre evolutiva y aplicando la misma lógica, la sociedad también evoluciona; por ello, se necesita reestructurar la Constitución de tal manera que sea el reflejo de ese “Contrato Social” que se busca, donde el ciudadano sede un tanto su libertad para organizarnos como un Estado, pero éste deberá estar sometido al pueblo.

No es que el rol nomogenético sea malo o el papel del Poder Judicial autoritario, más bien es la falta de entendimiento por parte de los demás sectores de Gobierno que no comprenden la gravedad del problema al estar constantemente reformando y no adecuar la Constitución a la sociedad y querer que sean las leyes las que se adecuen a la Constitución y a los Tratados Internacionales, esto no puede funcionar si la autoridad legislativa no propicia dichos cambios para la vida democrática con lo que no se tenga que depender del Poder Judicial para un diálogo democrático, pues lo idóneo, en el mundo del deber ser, es que el Poder Legislativo tiene que ser el primero en dar pauta a un diálogo democrático sano; mientras que el Ejecutivo sea quien dé las herramientas creadas por el Constituyente permanente y el Judicial vele por el cumplimiento de las mismas y el respeto a los derechos de las personas que participan en este ejercicio.

Todo esto ayuda a que la Constitución, su Estado y sus gobernados sean una sola amalgama que viva en armonía y fluctué en el mismo sentido, permitiendo que estas tres esferas graviten dentro de una órbita de democracia constitucional, entendiéndose ésta como una democracia totalmente participativa, donde también se le dé juego al ciudadano a tomar decisiones constitucionales y se le dote de herramientas más allá del juicio de amparo para poder exigir que se solucionen diversos problemas que existen dentro de un Estado. Así como el mismo Estado por medio de sus pilares (Poder Ejecutivo, Legislativo y Judicial) para encaminar al ciudadano a realizar el fin máximo del Estado y la del hombre (vida digna).

Finalmente, la labor del ciudadano es hacerse camino sin separarse de la vida política de México, pues debido a la falta de formas para abrir la participación en la vida democrática y constitucional solo queda exigir ante los comicios nuestros derechos como ciudadanos, hasta que sea una realidad este cambio; también debe dejarse atrás el secuestro del poder por parte de la autoridad y que se diversifique la forma de participación. No queda más que encontrar nuestra identidad constitucional, la cual no solo quede en una carta de buenos deseos, sino que sea la realidad constitucional para un México progresista.

REFERENCIAS

1. Arteaga Nava, E. (2014). *Derecho Constitucional*. Ciudad de México, México: Oxford University Press.
2. Bernal Pulido, C. (2007). La democracia constitucional como principio constitucional en América Latina. *Cuestiones Constitucionales* (17) julio-diciembre, pp. 31-51.
3. Carnota, W. F. (2015). Apuntes sobre Bio-Constitucionalismo en las bases de la Justicia Contitucional. *Anuario Iberoamericano de Justicia Constitucional* (19), pp. 71-93.
4. Castañeda Hernández, M. (2015). Comentario Jurisprudencial Comentario a la Contradicción de Tesis 293/2011. *Revista del Centro Nacional de Derechos Humanos* (23), pp. 91-114.
5. Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos, [Const.] (5 de febrero de 1917).
6. Corte Interamericana de Derechos Humanos (5 de febrero 2001). Caso La última tentación de Cristo vs. Chile.
7. Corte Interamericana de Derechos Humanos (6 de agosto de 2008). Caso Castañeda Gutman vs. Estados Unidos Mexicanos.
8. Corte Suprema de Justicia, Primera Sala. (15 de Noviembre de 2017) Amparo en Revisión 1359/2015. [MP Arturo Zaldívar Lelo de Larrea].
9. Corte Suprema de Justicia (30 de Octubre de 2014). Revisión de Constitucionalidad de la Materia de una Consulta Popular, 3/2014 [M Luna Ramos].
10. Corte Suprema de Justicia del Reino Unido. (24 de Enero de 2017) R (on the application of Miller and another) (Respondents) v Secretary of State for Exiting the European Union, UKSC 2016/0196.
11. Curcó Cobos, F. (2016). Constitucionalismo y Democracia: Una revisión crítica del argumento contra-epistémico. *Revista de la Teoría y Filosofía del Derecho* (44) abril, pp. 63-97.
12. Dworkin, R. (2008). *La democracia posible*. España: Paidós.
13. Escobar Martínez, L. M. (2005). Las Minorías en la Democracia Constitucional -el caso español-. *Vniversitas*, 54(109), pp. 538-618.
14. Fuentes Catón, A. (2009). *La otra historia de México Juárez y Maximiliano La roca y el ensueño*. México: DIANA.

15. García Laguarda, J. M. (2000). Justicia Constitucional y Defensa de la Democracia Golpe de Estado en Guatemala 1993. *Cuestiones Constitucionales* (2) enero-junio, pp. 475-488.
16. Horn, H. R. (1988). El Constitucionalismo Alemán en las postrimerías del Siglo xx. En *El Constitucionalismo en las Postrimerías del Siglo XX* (pp. 215-264). Ciudad de México, México: iij-unam.
17. Jacobshn, G. J. (2010). *Constitutional Identity*. Massachusetts: Harvard University Press.
18. Lassalle, F. (2016). *Sobre la esencia de la Constitución*. México: Porrúa.
19. Martí, J. L. (2013). Two Different Ideas of Constitutional Identity: Identity of the Constitution v. Identity of the People. En A. Saiz Arnaiz y A. L. Carina. *National Constitutional Identity and European Integration* (pp. 17-35). Cambridge: Intersentia.
20. Oropeza, M. G. (1998). Abusos de las Policías a la Luz del Derecho Constitucional Mexicano y de los Estados Unidos. Los secuestros conducidos por policías de un Estado a otra entidad. Trabajo presentado en el v Congreso Iberoamericano de Derecho Constitucional, Ciudad de México, México.
21. Ragone, S. (2012). *El Control Judicial de la Reforma Constitucional*. México: Porrúa.
22. Sagües, N. P. (2011). Control de constitucionalidad y control de convencionalidad a propósito de la “constitución convencionalizada. Parlamento y Constitución. Anuario (14) pp. 143-152.
23. Sagües, N. P. (2016). *La Constitución bajo tensión*. Querétaro: Instituto de Estudios Constitucionales del Estado de Querétaro.
24. Sagües, N. P. (2016). La interpretación judicial de la constitución de la constitución nacional a la constitución convencionalizada. México: Porrúa.
25. Saiz Arnaiz, A., Alcobarro Llivina, C. (2013). *National Constitutional Identity and European Integration*. Cambridge, Inglaterra: Intersentis.
26. Tierney, S. (2014). *Constitutional Referendums. The Theory and Practice of Republican Deliberation*. Inglaterra: Oxford University Press.
27. Word Justice Project (s.f.). Rule of Law Index. Disponible en: <http://data.worldjusticeproject.org/#/groups/MEX>, consultado el 14 de agosto de 2017
28. Ugarte, P. S. (2012). Camino a la Democracia Constitucional en México. *Isonomía* (36), pp. 189-206.

29. Uribe Arzate, E., De Paz González, I. (2015). The Constitutional permeability principle: guidelines towards a constructive constitutional theory in Mexico. *International Journal of Humanities and Social Sciences* (6), pp. 21-27.
30. Wolff, R. P. (1998). *In Defense of Anarchism*. Los Angeles: University of California Press.