

Universidad Autónoma de Baja California
Facultad de Derecho Tijuana
Maestría en Ciencias Jurídicas



**La identidad constitucional en la interpretación
judicial en México**

**Trabajo terminal que para obtener el grado de Maestro en
Ciencias Jurídicas**

presenta:

Diego Isaac Amador Magaña

**Director:
Dr. Isaac De Paz González**

Tijuana, Baja California

14 de mayo de 2019

Agradecimientos

Cuando una persona decide estudiar un posgrado no se le advierte que el costo del posgrado es también un costo social que marcará por siempre la vida del profesionista. Por ello, es indispensable rodearse de personas que con su calidad humana brindan ese cobijo en las tardes complejas de estudio o las noches de frustración ante las dudas existenciales que puede provocar una tesis de grado.

Es por ello que agradezco a mis padres en primer lugar, por adentrarse conmigo a esta nueva aventura y decisión, por su inquebrantable apoyo en lo largo de este proyecto. También agradecer a mis mentores: Dr. Isaac de Paz González y Dra. María del Refugio quienes desde el 2016 han sembrado en mis inquietudes que ahora se materializan en este trabajo terminal que ellos han dirigido.

Finalmente, agradecer a mis amigos cercanos, a ellos a los que en veces tuve que negarles una salida, no les pude contestar el teléfono o faltar a uno de nuestros compromisos, a esos amigos que desde que inició el viaje llamado Maestría estuvieron conmigo caminando cada paso; a los que llamaba por teléfono cuando me sentía desesperado por no comprender lo que estaba haciendo, a esos que venían a sacarme de mis labores para recordarme que tengo que comer algo, aquellos que me leían o discutían conmigo mi trabajo y me enriquecían con sus ideas, aquellos que también veía cada jueves y viernes de clase y al igual que yo sentían la frustración llegar.

A todos ustedes, mi familia, mis amigos y maestros, gracias. Y como diría Facundo Cabral "...y ser feliz es mi color de identidad" este trabajo es el color de mi identidad. Gracias, totales.

ÍNDICE

| | |
|--|----------|
| Resumen | 6 |
| Introducción..... | 7 |
| Capítulo I. <u>El concepto de identidad constitucional</u> | |
| 1.1 Concepto de constitución..... | 12 |
| 1.2. La identidad constitucional..... | 18 |
| 1.2.1. Origen y evolución del concepto de identidad constitucional..... | 18 |
| 1.2.2. Polimorfismo del concepto de identidad constitucional..... | 22 |
| 1.2.3. Concepto de Identidad Constitucional | 26 |
| 1.3 Cláusula de intangibilidad de la constitución..... | 32 |
| 1.4 La identidad nacional o identidad del pueblo como parte de la identidad constitucional | 36 |
| Capítulo II. <u>La interpretación judicial y la identidad constitucional</u> en el derecho comparado en América | |
| 2.1 Interpretación de la identidad constitucional en el derecho constitucional comparado | 41 |
| 2.2 Casos de la Suprema Corte de Estados Unidos..... | 45 |
| 2.2.1 Caso Brown v. Board of Education | 46 |
| 2.2.2 Caso Lawrence v. Texas | 48 |
| 2.3.3. Caso Baker v. Carr | 49 |
| 2.3. Casos de la Corte Constitucional Colombiana..... | 50 |

| | |
|---|-----|
| 2.3.1 Sentencia T-025/2004..... | 51 |
| 2.4.2. Sentencia T-015/2015..... | 56 |
| 2.4.3 Sentencias T-07/2015 y T-393/2015..... | 60 |
| 2.4. Otro caso sobre identidad constitucional: El caso Zamora Bolaños..... | 63 |
| Capítulo III. La interpretación judicial y la identidad constitucional en el derecho comparado europeo y Sudáfrica | |
| 3.1 El caso de la Corte alemana. El desarrollo de una identidad constitucional preexistente | 67 |
| 3.1.1 Solange I..... | 67 |
| 3.1.2 Caso Solange II | 71 |
| 3.2. Reino Unido y la identidad constitucional..... | 72 |
| 3.2.1 Brexit ¿quién tiene el poder? ¿la corona o el parlamento?..... | 72 |
| 3.3. España en la interpretación de la identidad constitucional a la luz del caso catalán | 74 |
| 3.3.1 El discurso de identidad y el derecho a decidir | 74 |
| 3.3.2 La STC 103/2008 “El derecho a decidir” | 75 |
| 3.3.3 El recurso de inconstitucionalidad y la sentencia 42/2014..... | 77 |
| 3.4 Sudáfrica y su identidad..... | 80 |
| 3.4.1 Caso Zondi | 80 |
| 3.4.2 Caso Makwayane | 82 |
| Capítulo IV. La interpretación judicial y la identidad constitucional en México | |
| 4.1. Los problemas constitucionales de México | 86 |
| 4.2. La identidad constitucional de 1917 | 90 |
| 4.3. La erosión de la identidad constitucional mediante las reformas | 94 |
| 4.3.1 La Reforma energética | 95 |
| 4.3.2 La reforma laboral..... | 100 |

| | |
|--|------------|
| 4.4 El juez constitucional como protector de la identidad constitucional mexicana | 104 |
| 4.4.1 Amparo en revisión 622/2015 | 106 |
| 4.4.2 Amparo en revisión 708/2017 | 108 |
| Capítulo V. El derecho a la educación gratuita y la identidad constitucional: Amparos en Revisión 750/2015 y 306/2016, estudio de caso práctico | |
| 5.1 Amparo en revisión 750/2015 | 110 |
| 5.1.1 Hechos..... | 110 |
| 5.1.2 Argumentos de la Corte | 112 |
| 5.1.3 Análisis de la resolución de la Corte | 115 |
| 5.2 Amparo en revisión 306/2016 | 117 |
| 5.2.1 Hechos..... | 117 |
| 5.2.2 Argumentos de la Corte | 118 |
| 5.2.3 Análisis de la resolución de la Corte | 121 |
| 5.3 Conclusión | 122 |
| Conclusiones..... | 124 |
| Bibliografía..... | 126 |

Resumen

En el presente trabajo terminal se analizó el concepto de identidad constitucional en la interpretación constitucional judicial mexicana. Para ello, se estudió el concepto de constitución por ser materia prima en el estudio de la identidad constitucional. También se analizó el origen y evolución de la identidad constitucional, asimismo su polimorfismo en el estado del arte del concepto. Con ello, se logró establecer los elementos que conforman la identidad constitucional, siendo estos: a) la cláusula de intangibilidad de la constitución y; b) la identidad nacional o identidad del pueblo.

Del análisis de los elementos del concepto de identidad constitucional y una vez formulado un concepto propio se seleccionaron sentencias en América, Europa y Sudáfrica con el fin de analizar la aplicación del concepto a través de sus elementos. De la selección se pudo constatar que en las sentencias emitidas por los diversos Tribunales constitucionales o Cortes Supremas se utilizan estos elementos de forma difusa, permitiendo a los juzgadores salvaguardar la constitución de sus respectivos Estados.

De igual forma, se emprendió el estudio de la identidad constitucional mexicana a través del análisis de la Constitución de 1917 y sus problemas actuales, donde se destaca el problema de las constantes reformas constitucionales que han erosionado la constitución en sus pilares fundamentales (derechos sociales), partiendo de esta problemática se abordó sentencias de amparo resueltas por la Suprema Corte con el mismo eje temático utilizando un ejemplo y un contra ejemplo de interpretación con identidad constitucional.

Finalmente, se estudiaron dos casos prácticos, en donde la Suprema Corte realiza un estudio profundo de la importancia social y constitucional de la educación, siendo estos dos casos paradigmáticos para el estudio de la identidad constitucional mexicana.

Introducción

Planteamiento del problema

La falta de criterios homogéneos en la interpretación judicial ha desarrollado problemas interpretativos en México, pues los diferentes jueces constitucionales, dígase jueces de distrito, magistrados e incluso ministros, han provocado que en diversos asuntos de la misma naturaleza se obtengan resultados muy dispares.

Estos criterios dispares pueden confrontarse con el texto constitucional al grado de cambiar el sentido de la norma constitucional a través de la interpretación. Esto puede perjudicar a los justiciables dada la creación de criterios que no van de acuerdo con el texto constitucional.

Por eso, la doctrina mexicana debe incorporarse a las nuevas tendencias constitucionales, como la identidad constitucional; pues en Alemania, España, Colombia e incluso Estados Unidos, al tomar sus bases constitucionales logran resoluciones que desembocan en un criterio interpretativo que servirá de base a los jueces de menor rango al momento de interpretar cuestiones constitucionales. Esto lleva a entender que la falta de criterios que sirvan de base para los jueces, es decir, la falta de conocimiento de la identidad constitucional, desde su concepto hasta su aplicación atrae problemas serios de interpretación judicial provocando una justicia constitucional inefectiva.

Esta situación de desconocimiento de la identidad y su aplicación en la esfera constitucional puede en un futuro – bajo las mismas circunstancias de falta de criterios uniformes en México – podría caerse en un rol de mutaciones constitucionales a través de jurisprudencia, donde los criterios de Tribunales Colegiados sean tan dispares que se sature la Suprema Corte de Justicia de la Nación de denuncias de Contradicción de Tesis, o bien constantes criterios dispares entre las Salas obstruyendo la función judicial efectiva.

Pregunta de investigación

¿Cómo funciona la identidad constitucional en la interpretación constitucional judicial en México?

Sub-preguntas:

1. ¿Cuál es el concepto de identidad constitucional?
2. ¿Cómo han interpretado los jueces en el continente americano con relación a la identidad constitucional a efecto de salvaguardar la constitución?
3. ¿Cómo han interpretado los jueces en el continente europeo y en Sudáfrica con relación a la identidad constitucional a efecto de salvaguardar la constitución?
4. ¿Cuáles son los elementos de la identidad constitucional mexicana?
5. ¿Qué ha interpretado la SCJN con relación a la identidad constitucional?

Objetivo general

Precisar la función de la identidad constitucional en la interpretación judicial en México.

Objetivos específicos

1. Analizar los rasgos del concepto de identidad constitucional (teórica y empíricamente).
2. Identificar los lineamientos para reconocer la identidad constitucional en la interpretación judicial en América.
3. Identificar los lineamientos para reconocer la identidad constitucional en la interpretación judicial en Europa y Sudáfrica.
4. Identificar los rasgos de la identidad constitucional mexicana
5. Ejemplificar los criterios de interpretación de la SCJN en dos casos concretos.

Justificación

Con base en lo expuesto, la necesidad de conceptualizar la identidad constitucional es fundamental para determinar la amplitud de su aplicación, pues en sentencias se puede encontrar matices de jueces estableciendo de identidad por medio de la defensa de la constitución frente al derecho internacional o inclusive frente a interpretaciones que otros jueces han dado. México aún no se adentra en el tema, incluso en Latinoamérica no se habla de identidad constitucional, sino de soberanía constitucional incluso de una cultura constitucional.

Por lo que es fundamental iniciar el dialogo sobre este tema y más aún conceptualizarlo y encontrar su función en los problemas constitucionales actuales derivados de la interpretación al momento de decidir en una sentencia de carácter constitucional o con contenido constitucional, y no manipular el sentido original de la constitución por medio de las interpretaciones que pueden generar, dado que en desconocimiento de los lineamientos base de la constitución podemos darle otro sentido completamente distinto a la misma.

Por lo anterior, es fundamental el estudio del tema dado que se pretende otorgar herramientas para la identificación del “ser” de la constitución para que los jueces puedan interpretar la misma al momento de decidir cuestiones constitucionales.

Hipótesis de investigación

La identidad constitucional funciona en la interpretación judicial como indicador para que los jueces constitucionales salvaguarden la constitución en sus elementos distintivos.

Sub-hipótesis

1.La identidad constitucional la combinación de los núcleos constitucionales y la identidad de las personas que viven en un Estado, que permiten distinguir el constitucionalismo de un Estado.

2. En América los jueces constitucionales han interpretado con relación a su historia constitucional actualizando el contenido de la constitución a los retos actuales.

3.- En Europa y Sudáfrica los jueces constitucionales han interpretado con relación a su historia constitucional actualizando el contenido de la constitución a los retos actuales.

4.- La identidad constitucional mexicana se compone en esencia de derechos sociales, democracia y multiculturalismo.

5.- La SCJN ha precisado que la identidad constitucional mexicana se debe al multiculturalismo y la ha buscado proteger frente a los cambios en la constitución.

Matriz de Congruencia

| Pregunta | Objetivo | Hipótesis | Tema |
|---|---|---|---|
| Pregunta central: ¿Cómo funciona la identidad constitucional en la interpretación constitucional judicial en México? | Precisar la función de la identidad constitucional en la interpretación judicial en México. | La identidad constitucional funciona en la interpretación judicial como indicador para que los jueces constitucionales salvaguarden la constitución en sus elementos distintivos. | La identidad constitucional en la interpretación judicial en México |
| Sub-pregunta 1: ¿Cuál es el concepto de identidad constitucional? | Objetivo específico 1: Analizar los rasgos del concepto de identidad constitucional (teórica y empíricamente). | Sub-hipótesis 1: La identidad constitucional la combinación de los núcleos constitucionales y la identidad de las personas que viven en un Estado, que permiten distinguir el | El concepto de identidad constitucional |

| | | | |
|---|--|--|--|
| | | constitucionalismo de un Estado. | |
| Sub-pregunta 2: ¿Cómo han interpretado los jueces en el continente americano con relación a la identidad constitucional a efecto de salvaguardar la constitución? | Identificar los lineamientos para reconocer la identidad constitucional en la interpretación judicial en América. | En América los jueces constitucionales han interpretado la constitución con forma a su contexto histórico basado en su tradición constitucional. | Capítulo II: La interpretación judicial y la identidad constitucional en el derecho comparado en América. |
| Sub-pregunta 3: ¿Cómo han interpretado los jueces en el continente europeo y en Sudáfrica con relación a la identidad constitucional a efecto de salvaguardar la constitución? | Identificar los lineamientos para reconocer la identidad constitucional en la interpretación judicial en Europa y Sudáfrica. | En Europa existe una diversidad en cuanto a la interpretación por las diferencias entre los Estados, en Sudáfrica la interpretación constitucional va en caminata a superar la segregación racial. | La interpretación judicial y la identidad constitucional en el derecho comparado europeo y sudafricano |
| ¿Cuáles son los elementos de la identidad constitucional mexicana? | Identificar los rasgos de la identidad constitucional mexicana | La identidad constitucional mexicana se compone en esencia de derechos sociales, democracia y multiculturalismo. | La interpretación judicial y la identidad constitucional en México |
| ¿Qué ha interpretado la SCJN con relación a la identidad constitucional? | Ejemplificar los criterios de interpretación de la SCJN en dos casos concretos. | La SCJN ha precisado que la identidad constitucional mexicana se debe al multiculturalismo y la | El derecho a la educación gratuita y la identidad constitucional: Amparos en Revisión |

| | | | |
|--|--|--|---|
| | | ha buscado proteger frente a los cambios en la constitución. | 750/2015 y 306/2016, estudio de caso práctico |
|--|--|--|---|

Método

La metodología de esta investigación es cualitativa y documental; para su estudio y elaboración se realizaron análisis de diversos documentos teóricos y artículos tratadistas que permitieron desarrollar la base teórica del presente trabajo.

Asimismo se utilizó el método comparativo pues de la lectura de las sentencias a lo largo de los capítulos II, III, IV y V se estudia cómo funciona la identidad constitucional en la interpretación constitucional, de tal suerte que de las sentencias se derivan premisas jurisprudenciales presente trabajo.

También se utilizó el método hermenéutico puesto que su tuvieron que interpretar diversos textos legales que ayudan a comprender la identidad constitucional analizada en el derecho comparado así como el derecho nacional y también en la interpretación de las sentencias seleccionadas.

Finalmente se utilizó el método deductivo dado que el estudio del problema de investigación dado que aborda desde concepto de identidad constitucional para estudiar su aplicación en el campo de la interpretación constitucional.

Por tanto, el Capítulo I denominado “Elementos constitutivos de la identidad constitucional” aborda un estudio teórico sobre la identidad constitucional como el centro de la teoría de la constitución. Se estudia la constitución y su significado y su importancia en el Estado y la ciudadanía, además que de ella devine la identidad constitucional como elemento característico de todo Estado. Se analiza los diversos debates en la palestra del objeto de estudio, como lo es la postura de Rosenfeld y la identidad constitucional a través del estudio del sujeto constitucional, Jacobshon y la importancia de los núcleos duros constitucional.

Esto con el fin de dar premisas sobre el concepto teórico de identidad constitucional, destacando sus elementos presumiblemente característicos dentro de los sistemas jurídicos.

El Capítulo II de nombre La interpretación judicial y la identidad constitucional en el derecho comparado en América versa sobre el estudio de diversas sentencias donde se observa a los jueces constitucionales interpretar de acuerdo con su identidad constitucional. En este capítulo se analizan sentencias como *Brown vs Board of Education*, la cual se observa que el Juez Warren realiza una interpretación de lo que establece la decimocuarta enmienda con el fin de proteger el sistema jurídico americano frente a un problema social. Por otro lado, se tiene a Colombia y su doctrina del estado de cosas inconstitucionales con la cual ha resuelto problemas que el ordenamiento político colombiano está destinado a enfrentar.

Por su parte el Capítulo III versa sobre la interpretación constitucional y la identidad constitucional aplicada a Europa y Sudáfrica. En este capítulo se observa al viejo continente enfrentarse a problemas derivados de su Unión como bloque económico, tal es el caso alemán con Solage I y II o bien el Brexit en Reino Unido. Sin embargo, también se enfrentan cuestiones político-históricas que no se han resuelto y ahora toca a los tribunales enfrentar, tal es el caso de España frente al reto catalán y a Sudáfrica y los problemas derivados de la segregación racial.

Los Capítulos IV y V son la esencia del presente trabajo, en el IV se estudia a México y su identidad constitucional, un estado de cosas que se puede visualizar en a través del estudio directo de la constitución y los reclamos vigentes de la sociedad ante las nuevas reformas constitucionales y como la SCJN ha tenido que jugar un papel fundamental en la conservación de este estado de cosas o bien reivindicar la identidad constitucional mexicana. Por su parte el V es el estudio de dos casos que demuestran los beneficios de interpretar con identidad constitucional en aras de proteger la constitución.

Capítulo I

El concepto de identidad constitucional

Sumario: 1.1 El concepto de Constitución, 1.2. La identidad constitucional 1.2.1. Origen y evolución del concepto de identidad constitucional, 1.2.2. Polimorfismo del concepto de identidad constitucional, 1.2.3. Concepto de Identidad Constitucional, 1.3 Cláusula de intangibilidad de la constitución, 1.4 La identidad nacional o identidad del pueblo como parte de la identidad constitucional

El presente capítulo tiene por objeto determinar el concepto de la identidad constitucional y señalar sus elementos. Por ende, se inicia con el estudio del concepto de constitución en el debate contemporáneo, ya que ha sido complicado establecerlo universalmente y posteriormente el análisis del concepto de identidad constitucional que deviene del estudio de la constitución.

La identidad constitucional es abordada desde diferentes perspectivas que van desde los enfoques sociológicos, políticos, normativos y jurisprudenciales. Ante ello, la identidad constitucional no es ajena al constitucionalismo ni a la política, pues es un término que ha circulado desde la antigüedad para diferenciar a los Estados. Por ejemplo, Aristóteles ya buscaba identificar los diversos estados-nación. Otros ejemplos más actuales son los discursos políticos de la identidad en Cataluña, así como la andanada soberanista del Brexit y su identidad frente al régimen jurídico europeo. Sin embargo, su origen no es suficiente para determinar qué es la identidad constitucional y cuáles son sus elementos, para ello es fundamental el estudio de las diversas tesis que establecen un polimorfismo del concepto, debido a que ahí se podrán encontrar los elementos fundamentales que permitan establecer una dimensión clara de identidad constitucional.

1.1 Concepto de constitución

Para hablar de la identidad constitucional es primordial tomar sus bases y dialogar sobre el concepto de constitución y su desarrollo en el debate contemporáneo, ya que las constituciones a lo largo de la historia han

evolucionado y han perdurado por muchos años. Algunas constituciones, en cambio, se han renovado y en algunos lugares se han creado unas totalmente nuevas. Algunas son escritas – como la de México – y otras no – como la de Gran Bretaña – pero, también se encuentran casos como el de Canadá – una constitución híbrida – parte escrita y parte no.¹ Por lo tanto, un primer enfoque permite decir que el concepto de constitución depende del tipo de norma fundamental que se analice.

Las constituciones han aparecido a lo largo de la historia por los diversos movimientos políticos frente al poder y su abuso. Por ejemplo, el cambio del sistema político de Inglaterra en el que se reconocieron los primeros derechos de los súbditos se originó mediante la Carta Magna de 1215. Otro caso histórico fue la constitución estadounidense de 1787, las normas mexicanas de 1857 y 1917; la de Weimar en 1918 y la de la URSS en el mismo año.

Sin embargo, es en el siglo XVIII y XIX donde el desarrollo constitucional alcanza un avance prometedor a partir de movimientos políticos como la Revolución Francesa y la independencia estadounidense. En Inglaterra y Alemania se construyeron conceptos interesantes como el *Rule of Law* y el *Rechtsstaat*.

Los ingleses buscaban controlar el poder de la corona para someterlo a una ley fundamental basada en los principios del *common law*, donde las cortes tenían un papel fundamental para insertar en la constitución el Estado de Derecho, pues con la norma constitucional obligaban al rey a la obediencia de la ley. En Alemania se apostaba por el positivismo al contemplar el Estado de Derecho en sus constituciones.²

Estos antecedentes obligan a analizar si la constitución es un conjunto de normas jurídicas que organizan al Estado, o si existen en ellas contenidos de otro tipo, ejemplo pueden ser los principios constitucionales, como segundo enfoque del análisis del concepto de constitución (análisis por contenido).

¹Kahana, Tsvi; “Canada” en Fusaro Carlo; Oliver, Dawn; *How Constitution Change A Comparative Study*, Oxford and Portland Oregon, Hart Publishing, 2011, p. 9.

²Cfr. Grote, Rainer “Rule of Law, Rechtsstaat, y Etat de Droit” en *Pensamiento Constitucional Año VIII*, No. 8, 2002, pp. 127-176.

Salazar establece que el sentido más general de constitución es entendido como “un marco normativo orientado a la organización de los poderes del Estado.”³ Navas Alvear afirma que no se puede encontrar una definición que se refiera a sus ámbitos tanto fácticos como normativos, pero sí los matices fundamentales para entender qué es una constitución.⁴

Fusaro y Dawn sostienen que la “*constitución puede significar algo más grande, la norma constitucional no solo son reglas de un Estado en un documento fundamental.*”⁵ Por ejemplo, la constitución estadounidense tuvo una visión más republicana al ser adoptada bajo las ideas de Thomas Jefferson y al entenderla como “Ley del Gobierno”⁶ exclusivamente. Pero, en algunos otros casos, las constituciones se modifican y aceptan ideas derivadas de sus movimientos políticos aspiracionales. Un ejemplo de ello es México, que en 1917 constitucionaliza los derechos sociales derivados de la Revolución; o los casos más recientes de Bolivia (2009) y Ecuador (2008) con sus constituciones aspiracionales.

La constitución regula al ser político (Estado) y a la sociedad, pero también, como establece Carrillo Flores: “...las normas constitucionales son aquellas que definen el carácter democrático o no, federal o unitario del Estado, las facultades o atribuciones de los poderes del mismo, las relaciones entre ellos y los derechos fundamentales de la persona humana, así como las garantías para su protección y salvaguardia”.⁷

³Salazar Ugarte, Pedro; “Capítulo 53 Sobre el Concepto de Constitución”, en Fabra Zamora, Jorge Luis y Spector, Ezequiel; *Enciclopedia de Filosofía y Teoría del Derecho*, vol. 3, Instituto de Investigaciones Jurídicas, México, 2015, p.1930.

⁴ Marco Navas Alvear sostiene que en la teoría constitucional actual existe una complejidad al hablar de la constitución, pues la misma se encuentra en dos apartados, una constitución de facto y concepto normativo, es en este campo de la teoría constitucional que podemos ver que se puede hablar de dos cosas distintas, véase Navas Alvear, Marco; “El valor de una Constitución en el marco del proceso político. Explorando las categorías de Constitución y proceso constituyente” en Bagni, Silvia y otros; *La ciencia del derecho constitucional comparado Estudios en homenaje a Lucio Pegoraro*, Tomo I, Tirant lo Blanch, México, 2017, p. 1131.

⁵Fusaro Carlo; Oliver Dawn; “Changing Constitutions” en Fusaro Carlo; Oliver Dawn; *How Constitution Change A Comparative Study*, Oxford and Portland Oregon, Hart Publishing, 2011, p. 3.

⁶Carbajal, Juan Alberto;

⁷ Carrillo Flores, Antonio; *La Constitución, la Suprema Corte y los Derechos Humanos*, Porrúa, México, 1982, p. 19.

En esta definición de las normas constitucionales, Carrillo agrega más elementos a la constitución, pues habla de un concepto de normas constitucionales las cuales no solo organizan el Estado sino que regulan las relaciones de poder y establecen los mecanismos de su ejercicio y contención.

La iniciativa presentada por el Poder Ejecutivo en 1986 reformaba los artículos 17, 46 y 116 de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos, estableciendo en el decreto de reforma lo siguiente respecto de la constitución:

...contiene el proyecto nacional del pueblo de México, en ella, la nación expresa sus decisiones fundamentales y afirma su voluntad de conservar su identidad como comunidad, como cultura y como historia; conjuga los principios políticos de la independencia, la reforma y la revolución, que recoge lo mejor de nuestra historia y los anhelos de la mayoría; establece las bases que sustentan la historia de un gobierno nacional viable y propone las reformas de relación entre gobierno y sociedad, constitutivas de la democracia.⁸

De acuerdo con esta visión, la constitución no solo es norma, sino contenido cultural e histórico, por lo que la identidad es un sustrato que rebasa lo legal e incorpora el poder como elemento dinámico, siempre teniendo en cuenta el sentir social.

Para Grimm⁹, la constitución tiene dos significados: como “naturaleza del Estado” que se refiere a las condiciones políticas de éste, y como sentido normativo del ejercicio político; no descarta Grimm¹⁰ que el sentido normativo de la constitución ha venido en auge a partir del siglo XVIII de la mano de la Revolución Francesa y el movimiento independentista americano, pero no solo dice que la constitución es una ley fundamental del Estado, sino que afirmara que la constitución cumple su función al unificar a la política y la sociedad, dado que la constitución va describir la identidad del sistema político, a través de ser garante

⁸ Poder Judicial de la Federación “Índice Del Proceso Legislativo Correspondiente A La Reforma Publicada En El Diario Oficial De La Federación el 17 de marzo de 1987” México, 2017 p. 3, disponible en: https://www.sitios.scjn.gob.mx/constitucion1917-2017/sites/default/files/CPEUM_1917_CC/procLeg/111%20-%2017%20MAR%201987.pdf.

⁹ Grimm Dieter; *Constitutionalism Past, Present, and Future*, Inglaterra, Oxford, 2016, p. 3.

¹⁰ *Ídem*.p.17.

social, complementándose con temas económicos, creación de autonomía, libertades.

Bajo las acepciones descritas con antelación, la constitución ha sido mucho más que un compendio normativo que organiza al Estado, pues le da sentido a todo el sistema político y social de un Estado. Por ello, es acertado cuando Grimm afirma que la constitución debe ser normativamente válida, debe constreñir el ejercicio del poder, y debe ser comprensiva incluso para regular poderes más allá de ella (en este aspecto Grimm aborda la cuestión de “*extraconstitutional forces*”) para evitar el abuso del poder; es decir, tiene que beneficiar a todas las personas.

Un ejemplo de esta reconfiguración de la constitución podría ser la constitución mexicana en su artículo primero que reconoce los derechos humanos de todas las personas dentro del territorio mexicano, donde dicha cláusula constitucional ordena el respeto a los derechos humanos a todas las autoridades, es decir, limita el poder y a su vez beneficia a todas las personas.

La constitución tiene que legitimar el poder público político, pero a la vez ser legitimada por los ciudadanos. Grimm¹¹ sostiene que debe contener las reglas del ejercicio político y a su vez prioridad sobre el ejercicio del poder político ya que una legislatura ordinaria no es suficiente para evitar los abusos del poder público-político.

Con lo dicho anteriormente, los conceptos de “ley de gobierno” no contemplan los nuevos debates como lo hacen Grimm, Carlos Fusaro y Dawn Olivier; se puede observar que el concepto de Grimm se enfoca en dos acepciones del término como previamente se analizó, así como también Carlos Fusaro y Dawn Oliver¹² establecen que el concepto de constitución en uno más amplio, no solo son constituciones aquellas que tienen un compendio normativo escrito en ellas, existiéndose a otras que su contenido se amplía en diversas leyes como norma constitucional, la cual debe incluir como lo hacen Israel, Nueva Zelanda y Reino Unido documentos de alto contenido de derechos como el *Bill of Rights* o

¹¹Grimm, Dieter; 2016 p. 22.

¹²Fusaro Carlo, Oliver Dawn; “Changing Constitutions” enFusaro Carlo, Oliver Dawn; *How Constitution Change A Comparative Study*, Oxford and Portland Oregon, Hart Publishing, 2011, p. 3.

como ellos establecen *Charter of Rights* (entiéndase como constitución de derechos).¹³

Estos dos autores también toman en cuenta que la constitución puede tener incluso decisiones judiciales por parte de las Cortes ya que con estos fallos judiciales se logra tener nuevas formas de ver los derechos y reglas políticas. Por lo tanto, esta propuesta de concepto comprende un sentido más amplio lo que es una constitución jurídicamente hablando. Así, es insuficiente pensar en la constitución como un cuerpo normativo con parte orgánica y dogmática sin tomar en cuenta el control político, decisiones judiciales y demás instrumentos que se adhieren a su contenido.

Ahora, se ha presentado un gran problema en el concepto de constitución, pues hay líneas teóricas que sugieren su contradicción. En este sentido, Jacobsohn¹⁴ se pregunta la existencia de la inconstitucionalidad en la constitución. En principio parece ser confuso, pues no sería viable afirmar la inconstitucionalidad de una constitución. Este planteamiento de Jacobsohn deviene desde el núcleo normativo de la constitución, donde puede existir desarmonía entre las normas constitucionales, por las mutaciones que se dan en la constitución que provocan, como diría el maestro Sagües¹⁵, un bastardeo de la constitución.

Una constitución, más allá de ser una ley suprema de un Estado, es un conjunto de directrices que le dan sentido a la vida política, social y económica de los Estados, que involucran leyes orgánicas, derechos fundamentales, decisiones legislativas, convenios internacionales de todo tipo y leyes armonizadas para evitar normas inconstitucionales e inconvenientes que se encuentren en el orden normativo.

Se puede afirmar que se ha separado el concepto de constitución como un conjunto de normas emanadas de un congreso constituyente y se ha entrado a un

¹³ El término Charter, por su traducción se lee carta, sin embargo, se refiere también a las constituciones cuando los autores apuntan que dichos instrumentos como el Bill of Rights debe ser tomado en cuenta como Constitución.

¹⁴ Jacobsohn Gary Jeffrey; *Constitutional Identity*, Harvard University Press; London, 2010, p.34.

¹⁵ Sagües, N. P.; *La Constitución bajo tensión*. Instituto de Estudios Constitucionales del Estado de Querétaro, Querétaro, 2016, pp. 176-177.

nuevo debate sobre el concepto de constitución que no ha sido capaz de coincidir en un concepto universalmente aceptado. Coincido por ello con Nogueira y Cumplido en el sentido de la dificultad de encontrar un concepto unívoco y científico de este vocablo, pero me atrevo a aventurar que ello no es sólo difícil, sino imposible. Como se puede concluir de la lectura de las páginas precedentes, la forma de entender esta polémica palabra está cruzada por las visiones ideológicas y la concepción del derecho de cada quien. Por ello una actitud intelectualmente honesta debe dejar de lado la pretensión de elaborar un concepto unívoco, que reclame validez científica, del vocablo "constitución".¹⁶

Lo que sí se puede afirmar es que las constituciones poseen una esencia o núcleo que debe ser protegido, ya que las decisiones sobre temas constitucionales en sede judicial pueden afectar el contenido constitucional y con ello afectar esa esencia. Bajo estas directrices, es necesario abordar el tema de la identidad constitucional ya que es el centro de toda teoría constitucional como lo afirma Jacobsohn¹⁷, y con ello proponer una forma de proteger la constitución en las decisiones constitucionales y sus interpretaciones tanto legislativas como jurisprudenciales.

1.2. La identidad constitucional

1.2.1. Origen y evolución del concepto de identidad constitucional

La identidad constitucional se puede encontrar en la norma constitucional, – como un núcleo duro o esencial – la jurisprudencia, doctrina y leyes. Alemania, por ejemplo, tiene su núcleo en el artículo 79 (3) de la Ley Fundamental de Bonn¹⁸ que sirve como un freno de mano ante las reformas constitucionales y el abuso del

¹⁶Beca Frej, Juan Pablo. La (Im) Posibilidad de Construir Un Concepto Científico De Constitución, *Ius et Praxis*, Talca, v. 14, n. 2, 2008, pp. 309-330, .

¹⁷ Jacobsohn Gary Jeffrey *Constitutional Identity* Harvard University Press 2010 p. 3

¹⁸Ley Fundamental de Bonn "Artículo 79 (3) No está permitida ninguna modificación de la presente Ley Fundamental que afecte la organización de la Federación en Länder o el principio de la participación de los Länder en la legislación, o los principios enunciados en los artículos 1 y 20"; como se ve existe un núcleo duro dentro de la Constitución Alemana que prohíbe modificación sustancial alguna a la organización política y derechos fundamentales; para Jorge Alejandro Amaya (2017) en "El control de la democracia y de las reformas constitucionales" este tipo de cláusulas nos sirven para delimitar el poder dada la protección a los derechos fundamentales y tal como el caso alemán es bastante práctico que la Constitución sea ese cando entre el poder y los derechos, entre la democracia y el constitucionalismo.

poder. Este precepto nos indica que ni la forma de gobierno, ni los derechos fundamentales estarán sujetos a cambios o reformas constitucionales: son cláusulas intangibles. En Estados Unidos, por ejemplo, la identidad constitucional busca un punto de convergencia entre la interpretación original y la progresiva en la Corte Suprema.¹⁹

Europa también se ha enfrentado a la problemática del concepto. Los elementos normativos se pueden ubicar en el Tratado de Maastricht,²⁰ como pacto europeo donde la identidad de los Estados Parte se diferencia de la identidad de la comunidad europea. Fue en este tratado donde nace el concepto como tal (normativamente hablando), ya que fue en ningún texto normativo se había hecho referencia al término como tal. Sin embargo, la evolución de este cambia las palabras “constitucional” por “nacional” como se puede ver ahora en el Artículo 3 bis del Tratado de Lisboa.

En ese sentido es preciso analizar lo que establece el tratado de Lisboa sobre la identidad constitucional o nacional; la tendencia de la identidad constitucional tiene altos matices de soberanía nacional, es decir, de un nacionalismo pronunciado frente al pluralismo constitucional que tienen los tratados internacionales. El artículo 3 bis del Tratado nos establece lo siguiente:

(...) 2. La Unión respetará la igualdad de los Estados miembros ante los Tratados, así como su identidad nacional, inherente a las estructuras fundamentales políticas y constitucionales de éstos, también en lo referente a la autonomía local y regional. Respetará las funciones esenciales del Estado, especialmente las que tienen por objeto garantizar su integridad territorial, mantener el orden público y salvaguardar la seguridad nacional. En particular, la seguridad nacional seguirá siendo responsabilidad exclusiva de cada Estado miembro (...).

Como se ve, en el artículo 3 bis se describe una “*identidad nacional inherente a las estructuras fundamentales políticas y constitucionales*”, en este punto aparece el concepto de identidad nacional y constitucional, el artículo

¹⁹ Véase por ejemplo el debate contemporáneo en: John O. McGinnis, Michael B. Rappaport, *Originalism and the Good Constitution*, Harvard University Press 2013; otros estudios sugieren una defensa de la facultad judicial para someter al poder. En este sentido Alec Walen; *Judicial review in review: A four-part defense of legal constitutionalism* A review essay on Political Constitutionalism. *Int J ConstLaw* 2009; 7 (2): pp. 329-354.

²⁰ Mendez Mendez, Agustín José; “Una concepción alternativa de Identidad Constitucional en el derecho comunitario: de las excepciones idiosincráticas a la resistencia constitucional colectiva” *Anuario*, 2013, pp.562-580.

funciona como un candado de protección nacionalista que optan los Estados para protegerse y salvaguardar su “identidad”.

A manera de sinónimo se puede observar cómo utilizan la palabra identidad como referencia del principio de soberanía nacional, donde impera el derecho interno sobre el derecho externos, es decir, existe entonces una lucha entre el nacionalismo constitucional frente al pluralismo.

Con el tratado de Ámsterdam se logra una separación de los fundamentos axiológicos y forma de gobierno de la Unión y los Estados Miembros con la obligación de la Unión de respetar la identidad nacional, pues aisló la exigencia del respeto de la identidad nacional e indicó que la Unión Europea y sus miembros deberían compartir semejanza. Empero, mediante el Tratado de Lisboa se introduce esta obligación y se reforma todo lo que había establecido el tratado de Ámsterdam pues ahora ya se habla del respeto a las identidades nacionales en su estructura política y constitucional.²¹

Otra articulación de este concepto es la jurisprudencial. El Tribunal de Justicia de la Unión Europea se ha pronunciado al respecto en el caso *Sayn-Wittgenstein*²² donde la Segunda Sala del Tribunal estableció que: “...en el contexto de la historia constitucional austriaca, la Ley de abolición de la nobleza, como elemento de la identidad nacional, puede ser tomada en cuenta al ponderar los intereses legítimos con el derecho de libre circulación de las personas reconocido por el Derecho de la Unión.”²³

Es así como se puede ver el doble origen del término de identidad constitucional, por una parte, la ley, donde refiere a los Tratados y por otro lado jurisprudencial.

Sin embargo, el concepto de identidad nacional también incluye lo político y sociológico, no puramente lo legislativo como se aprecia en la inclusión del

²¹ *Ídem*. p.64.

²² Segunda Sala, Tribunal de Justicia de la Unión Europea, cuestión prejudicial Asunto C 208/09, 22 de diciembre de 2010.

²³ En esta sentencia se apelaba el uso de títulos de nobleza como parte del apellido con el cual fue registrado la Sra. SaynWittegentein en Alemania al momento de su adopción, sin embargo, al tener nacionalidad austriaca, esta debe regirse por las leyes austriacas y por tanto el título de nobleza que es parte de su apellido no debe ser reconocido en Austria, dado que la Ley de abolición de la nobleza tiene rango constitucional.

Tratado de Lisboa en Europa o lo jurisprudencial como el caso de referencia. Afirma Roberto Toniatti²⁴, que el término identidad constitucional es polisémico porque puede ser objeto de la especulación teórica y de análisis de las ciencias sociales, siendo entonces importante la política y la sociología para la comprensión de la identidad.

Ejemplo puede ser Francia en los 80's ya que se hablaba de identidad nacional como discurso político, otro ejemplo de esto es España donde aborda la identidad nacional, pero haciendo referencia al derecho territorial como en Cataluña y el País Vasco en donde existe un sentido histórico y lingüístico debido a sus características etnográficas²⁵ que los diferencian de Madrid, Sevilla, Toledo, Zaragoza u otras comunidades autónomas

En cuanto a México, se encuentra la peculiaridad que no se ha mencionado nada relativo a la identidad constitucional, pero esto no quiere decir que la identidad constitucional mexicana no existe, pues bien se puede encontrar cláusulas importantes en la constitución mexicana, tal es el caso de los artículos 1, 2, 24, 27, 35 fracción VIII, -en este apartado del artículo 35 constitucional se observa como el constituyente se aseguró que ni el pueblo mexicano mismo podrá decidir sobre temas fundamentales inherentes al Estado Mexicano- 39 y 40.

Todos estos artículos constituyen un núcleo de artículos constitucionales que podrían formar la identidad del Estado Mexicano con forme a su constitución, sin olvidar las garantías constitucionales que se tiene para la defensa de los derechos fundamentales. Sin embargo, el estudio de la identidad constitucional mexicana quedará pendiente para el capítulo IV de este trabajo, donde se estudia el cuerpo normativo y casos de la Suprema Corte de Justicia de la Nación.

²⁴Toniatti, Roberto; "Sovereigntylost, Constitutionalidentityregained" en Saiz Arnaiz, Alejandro; AlcobarroLlivina, Carina, *Nationalconstitutionalidentity and Europeanintegration*, Interentia, Cambridge, p.62, 2013.

²⁵ Pierre, Bon; "La Identidad Nacional o Constitucional, nueva noción jurídica" en Revista Española de Derecho Constitucional, 2014, pp. 167-188.

1.2.2. Polimorfismo del concepto de identidad constitucional

De acuerdo con Dixon,²⁶ el concepto de identidad ha sido dinámico, pues desde la historia personajes como Aristóteles²⁷ ya hablaban de identidad como elemento del Estado; por ejemplo, Aristóteles²⁸ se preguntaba sobre identidad de los Estados y afirmó que esta se construía partiendo de las personas que viven y mueren en el Estado.

Este concepto aristotélico recuerda el concepto de identidad nacional como un extracto meramente político, es decir, como el discurso francés de los ochentas y el que se adjudica la territorialidad catalana y la vasca. De ahí que una primera concepción de la identidad constitucional se identifique con la identidad nacional.

Jacobsohn²⁹ apunta que la identidad constitucional debe estudiarse desde el pasado, afirma que los estudios respecto al futuro de este tema se encuentran ahí (en el pasado), pero no descarta que la identidad constitucional pueda ser modificada, por ello establece su continuidad. Para él³⁰, la constitución es un cuerpo normativo único que personifica una historia y circunstancias únicas, pero la cuestión de la continuidad para explicar la identidad va a referir el tándem de experiencias políticas y culturales que han estado presentes a lo largo de una nación y que forman entonces un núcleo esencial de identidad constitucional.

Para Jacobsohn³¹ es fundamental recalcar lo que ha dicho el juez israelí Aharon Barak respecto a la identidad constitucional, pues el juez refiere a la dignidad humana como base de la constitución para establecer una relación sociedad-estado, y por ello Jacobsohn³² distingue dos conceptos de identidad constitucional, uno referido al texto constitucional y otro a la identidad de la

²⁶Dixon, Rosalinde; "Amending constitutional identity", en Cardozo, *Law Review*, 2012, vol. 33:5, pp. 1847-1858.

²⁷Jacobshon, Gary Jeffrey; *Constitutional Identity*, *The Review of politics*, vol 68, núm.3, 2006, pp.361-397.

²⁸Aristoteles, *Politics*, Book III, p. 112. Disponible en: http://files.libertyfund.org/files/819/0033-02_Bk_SM.pdf

²⁹*Cfr.* Jacobshon, Gary Jeffrey, *Constitutional Identity*, *The Review of politics*, vol 68, núm. 3, 2006, pp. 361-397.

³⁰*Idem.*

³¹Jacobsohn, Gary Jeffrey; *Constitutional Identity*, Harvard University Press, London, 2010, p 282.

³²*Idem.*p.355.

sociedad, pero afirma él, que la estabilidad y orden de la identidad constitucional va a depender de la concurrencia de estos dos conceptos.

Martí³³ sostiene que la noción de identidad constitucional no ha quedado clara, haciéndose varias preguntas al respecto, pues él retoma lo dicho por Rosenfeld cuando establece que la identidad constitucional es un concepto al que no se ha llegado a un acuerdo sobre su significado. Sin embargo, continúa con la expresión de identidad constitucional en dos líneas de pensamiento: identidad de la constitución e identidad del pueblo.

Para Martí, la identidad constitucional se refiere a la identidad de la constitución y la identidad del pueblo regulado por la constitución. La primera, apunta Martí,³⁴ es el núcleo de la constitución, la esencia constitutiva del Estado, en síntesis, es el núcleo duro constitucional que sirve para constituir un Estado, y el segundo aspecto refiere al pueblo que habita en el Estado.

Rosenfeld³⁵ sostiene que la identidad constitucional puede ser construida sobre la base de la igualdad o la individualidad; que se precisa por la interacción entre “*proyecciones de igualdad e imágenes de individualismo*”; que también se puede elaborar por la integración de lo que él llama “casos de negación e identificación en narrativas coherentes y mutuamente consistentes de igualdad e individualidad”, afirmando que la identidad constitucional no es lo mismo que identidad nacional.

Rosenfeld³⁶ argumenta que la construcción de la identidad se aborda desde el aspecto filosófico y psicológico, incluso para estudiarla analiza la figura del sujeto constitucional – *constitutional subject* – y establece que esta figura es ambigua porque no hay una noción clara sobre a qué se refiere con él ya que puede referirse a los creadores de la constitución (poder constituyente), a los que están sometidos al poder de la constitución o bien a su objeto.

³³Martí, José Luis; “Two different ideas of Constitutional Identity: Identity of Constitution v. Identity of the People” en Saiz Arnaiz, Alejandro; Alcoberro Llivina, Carina; *National Constitutional Identity European Integration*, Intersentia, Cambridge, 2013, p.18.

³⁴*Idem*.p.20.

³⁵Rosenfeld, Michel; *The identity of the constitutional subject Selfhood, Citizenship, Culture, and Community*, Routledge, Estados Unidos, 2010, p.p. 27-29.

³⁶*Idem*.pp.18-19.

Para Rosenfeld³⁷ a través del discurso intersubjetivo que emitan los actores reunidos por la norma constitucional. Pero no hay que personalizar, puesto que la identidad no está en los actores (el poder constituyente, los interpretes o aquellos que estén sometidos a su poder), sino en su discurso intersubjetivo emitido por estos actores que encuentran reunidos por la norma constitucional.

Para Rosenfeld,³⁸ el discurso constitucional que permitirá identificar al sujeto constitucional cuenta con tres herramientas:

a) Negación. La cual divide en tres etapas: 1. negación pura, donde el sujeto constitucional afirma ser otra cosa distinta a su pasado preconstitucional o niega ser un producto de su historia, cultura, etnia, 2. recolección de tradiciones preconstitucionales, advierte Rosenfeld que no se trata de un retorno a las tradiciones preconstitucionales, sino que es una etapa selectiva de tradiciones que mejor convengan al constitucionalismo, 3. la proposición de la negación de la negación, refiere que el sujeto constitucional por su voluntad escogió su identidad constitucional sin que mediaran fuerzas externas a ella, negando que la búsqueda de la identidad fuera un trabajo de negación de subjetividad.

b) Metáfora. Rosenfeld escoge esta herramienta discursiva porque considera que puede sustraer similitudes y equivalencias derivadas de la dialéctica entre identidad y otredad. Para él, la metáfora es el equivalente discursivo del concepto de condensación de Freud, donde las similitudes son dibujadas en conjunto para enfatizarlas a expensas de sus diferencias. En el espectro del discurso constitucional la metáfora funciona no solo como retórica sino que contribuye a establecer los puntos cardinales del constitucionalismo. Menciona Rosenfeld que el rango de la función metafórica se extenderá más allá de los derechos de igualdad, ya que la metáfora limita el poder constitucional a realizar clasificaciones entre las personas y realza la identidad constitucional.

c) Metonimia. A diferencia de la metáfora, la metonimia contribuye al contexto. La función metonímica contribuye a la definición de los derechos constitucionales y de la identidad constitucional, ya que se puede usar para

³⁷ *Idem*.p.41.

³⁸ *Idem*.pp. 46-55.

contextualizar mientras que la metáfora apunta a las similitudes en el discurso constitucional, donde podemos delimitar o extender los derechos constitucionales según la circunstancia.

Rosenfeld³⁹ afirma que la identidad se construirá a través de la determinación dentro de los espacios huecos de los discursos forjados por la negación, la metáfora y la metonimia, y esto ocurre a nivel del sujeto constitucional y en general ante cualquier discurso. En suma, se puede decir que Rosenfeld estudia la identidad constitucional de forma atomizada, es decir, analiza el discurso constitucional, el sujeto y culmina con la identidad constitucional.

Por otro lado, surge la idea de la identidad nacional como parte de la identidad constitucional, como un control de constitucionalidad del derecho externo sobre el derecho interno parte de la idea de la Teoría del Control-limite (o como se le conoce en italiano *controlimite*), en esta doctrina italiana se afirma la existencia de principios de supremacía y derechos fundamentales que son inherentes al corpus iuris constitucional del Estado.⁴⁰

Otro ejemplo del concepto es el de Carbajal,⁴¹ pues para él la identidad constitucional deviene de un principio constitucional conocido como Identidad formal y material de la Constitución, lo cual permite la jerarquía de las normas constitucionales estableciendo un sistema de normas constitucionales donde unas tendrán más peso que otras. Como se observa, ahora existe una polémica doctrinal que no permite decir a ciencia cierta a qué se refiere con el tema de la identidad constitucional. Sin embargo, sí se pueden extraer sus elementos para la conformación del concepto.

³⁹ *Ídem.* p.73.

⁴⁰ Para saber más sobre la Teoría del Control Limite véase: Bernardi, Alessandro *Il Controlimiti Primato delle Norme Europee e Difesa del Principi Costituzionali*, Jovene Editore 2017.

⁴¹ *Cfr.* Carbajal, Juan Alberto; *Tratado de derecho constitucional*, Editorial Porrúa, México, 2002, p. 253-256.

1.2.3. Concepto de Identidad Constitucional

Después de ver cómo el concepto de identidad constitucional tiene diversos significados, lo siguiente es analizar los puntos coincidentes y establecer un concepto general.

De acuerdo con la Real Academia de la Lengua Española⁴², la palabra “identidad” tiene varios significados de los cuales resaltamos tres en específico:

a. *“2. f. Conjunto de rasgos propios de un individuo o de una colectividad que los caracteriza frente a los demás.”*

b. *“3. f. Conciencia que una persona tiene de ser ella misma y distinta a las demás.”*

c. *“4. f. Hecho de ser alguien o algo el mismo que se supone o se busca.”*

Como se observa, la palabra identidad se refiere a la distinción entre sujetos, así como es un rasgo existencial como se aprecia en el inciso c al hablar de un concepto metafísico: “el ser”, el cual define a los seres en el espacio y tiempo.

De tal suerte que si la identidad como tal refiere a un “ser” que se identifica entre otros, –metafísicamente hablando– identidad constitucional, analógicamente, por tener el principal componente que es “identidad”, será el “ser constitucional” en una forma metaconstitucional de hablar ya que su origen en parte deviene de la idea de diferenciar un Estado de otro, así como conocer su contenido constitucional.

Las diversas tesis estudiadas en el epígrafe anterior revelan que parte de la identidad es el núcleo duro constitucional, donde se refleja esta suerte de cuestión metaconstitucional pues existe un conjunto de normas o principios preconstitucionales que indican el significado de otras normas.⁴³

Ante la tesis de ser el núcleo duro únicamente, surge una debilidad, pues podrían advertirse efectos que contradigan la constitución, como podrían ser las

⁴² RAE significados de Identidad

⁴³ Poblete Núñez, Manuel; “Introducción al Concepto de Identidad Constitucional y a su Función frente al derecho Supranacional e Internacional de los Derechos de la Persona” *Ius et Praxis*, Vol 14, num 2, 2008, Universidad de Talca, Chile, 2008, p.p. 331-372.

reformas que afecten de manera directa el sentido de la constitución. Incluso teniendo un control de reformas no se garantiza que este núcleo quedará intacto debido al poder del constituyente permanente. Esto quiere decir que el núcleo duro no es garantía de ser la identidad constitucional como tal, puesto que la existencia del constituyente permanente podría dejar sin efectos la identidad existente para formar otra que vaya en contrasentido de la constitución sujeta a reforma.⁴⁴

Jacobsohn⁴⁵ da un ejemplo de estos posibles cambios sustanciales como lo es Turquía donde por una reforma se intentó cambiar toda la identidad del Estado, pues se planteó el cambio de Estado otomano a un republicanismo secular el cual iba contra la identidad constitucional del pueblo turco por afectar su identidad religiosa.

Con este ejemplo podemos apreciar que la tesis primaria que refiere únicamente a los núcleos es insuficiente, pues carece de más elementos que la hagan sostenible ante el debate de una reforma que pueda afectar la vida política de manera sustancial.

Martí⁴⁶ añade a esta crítica que la identidad constitucional entonces quedaría reducida únicamente a identidad legal, lo cual podría confundirse dado que las leyes en sí tienen sus elementos esenciales que las identifican. Martí⁴⁷ agrega el ejemplo del código penal español frente al alemán donde lo único que los distingue son los sujetos a quienes se aplica la ley. Para Martí, el reducir únicamente a identidad legal significa dos cosas: a) que todos los cuerpos normativos tienen un núcleo esencial que les permiten identificarse y; b) que tendremos que afirmar que todas las constituciones son escritas.

Esta crítica resulta cierta, pues reduce el contenido de la constitución a una simple ley que podría llamarse ley de gobierno y ser solo una ley de estructura

⁴⁴Por mencionar un ejemplo, el caso mexicano que constantemente es reformado y no queda claro cuál es su identidad constitucional tras las constantes reformas del poder constituyente permanente y el sentido de la constitución se pierde, como el caso de los artículos 123 y 27 que se estudian en el capítulo IV de este trabajo.

⁴⁵Jacobshn Gary Jeffrey; *Constitutional Identity*, Harvard University Press, London, 2010, p.

⁴⁶Cfr. Martí, José Luis; "Two different ideas of Constitutional Identity: Identity of Constitution v. Identity of the People" en Saiz Arnaiz, Alejandro; Alcobero Llivina, Carina; *National Constitutional Identity European Integration*, Intersentia, Cambridge, 2013, p.23.

⁴⁷Idem.

política, por otro lado, el afirmar que todas las constituciones son escritas entraríamos en un campo donde esta regla no podría afirmarse en Gran Bretaña, por ejemplo.

No se descarta que esta tesis es aplicada en la jurisprudencia alemana donde se protegen cláusulas fundamentales de la constitución sin importar si es objetivamente correcto o no⁴⁸, empero, si tomamos el ejemplo de los códigos penales se asoma una cuestión fundamental, muchos códigos penales suelen ser similares y tener en esencia la misma estructura, es decir, regresando al ejemplo alemán, el código alemán es parecido al español sin diferencias significativas pues ambas protegen el mismo valor esencial. El problema surge cuando la única cosa que los puede diferenciar es la aplicación territorial, lo cual depende estrictamente de los sujetos a quienes se aplica. Esto mismo puede suceder con las constituciones, pues se afirma que su identidad legal es la importante lo cual puede que se parezcan con otras y solo dependa de los sujetos de aplicación.⁴⁹

Y aunque se piense que no podría ser así, hay un ejemplo claro que es la constitución mexicana y la constitución de Weimar, ambas comparten muchas similitudes y solo podrían tener pequeñas diferencias, pero la más significativa recae sobre el lenguaje y el territorio. Si potencializamos el ejemplo anterior de estas dos constituciones al igual que los códigos, no es osadía pensar que todas las constituciones en su identidad legal proyectan la misma idea, estructurar un Estado. Continuando este silogismo observamos que la identidad legal sucumbe ante cuestiones sumamente personales, cultura, historia, idioma, es decir, la identidad de un pueblo.

Por tanto, es indispensable atender a una especie de “bio-constitucionalismo” al proteger aspectos naturales que conforman al constitucionalismo actual, es decir, elementos como la lengua, el territorio y la cultura, todos estos elementos externos que forman una biología constitucional que permiten crear una constitución y un Estado.⁵⁰

⁴⁸ *Ídem.* p.29.

⁴⁹ *Ídem.* p.30.

⁵⁰ Carnota Walter F. “Apuntes sobre Bio-Constitucionalismo” *Anuario Iberoamericano de Justicia Constitucional*, Madrid 2015 pp. 71-93

Carnota⁵¹sostiene que el Derecho Constitucional puede entrecerse como una ciencia cultural. Las constituciones, como elemento del derecho constitucional, necesitan “una adecuada cultura que las nutran y cobije”⁵², por ello ha quedado desacreditada la primera tesis de la identidad constitucional, sin embargo, se puede afirmar que el coto vedado constitucional forma parte de ella.

La tesis de la identidad constitucional como identidad del pueblo y a su vez la tesis aristotélica de identidad nacional apoyada por el discurso político francés tampoco resulta válida para afirmar que únicamente esta puede ser la identidad constitucional.

El argumento se centra en lo siguiente: si se afirma que únicamente es la identidad del pueblo, en un país tan grande y pluricultural como México, se tendrían que diseccionar los estratos sociales para poder establecer una media, luego se tendría que afirmar que la población en su total se identifica con una determinada serie de fundamentos axiológicos, y esta identidad del pueblo sería mutable cada generación que pase, también tendríamos que afirmar que el derecho pasa a un segundo término, porque si una ley se acepta por un determinado número de valores, sea justa o injusta, tendría que ser aceptada sin el mínimo debate. Esto entonces nos llevaría al debate entre el derecho y la moral, y el derecho injusto.

En el debate sobre la moral y el derecho Dworkin postula que “el derecho está efectivamente integrado con la moral”⁵³y esta relación no encuentra separación entre el derecho y la moral, como la tesis de la identidad nacional o identidad del pueblo podría sostener al momento que se pondera valores sociales por encima del derecho sin entender que ambos confluyen en uno solo.

Lo anterior no quiere decir que el derecho sea un sub-apartado de la moral, pues sería afirmar que todo el derecho es moral y cuando exista una contradicción en las normas jurídica no podríamos distinguir cuál es el derecho válido, salvo ejercicio de ponderación donde se niegue una regla moral. Una postura más

⁵¹ Carnota Walter F, *op. cit.*

⁵² Carnota Walter F, *op. cit.*

⁵³ Dworkin, Ronald, *Justicia para erizos*, Fondo de cultura económica, México, 2016, p.502.

moderada de esta situación entre derecho y moral es la de Hart⁵⁴ quien postula la existencia de un contenido mínimo moral que permite una armonía entre derecho, moral y supervivencia de una sociedad.

Pero tampoco se debe dejar de lado la formación de normas, pues como se dijo anteriormente, si la tesis de la identidad como identidad de pueblo se afirma como su único elemento, se tendría que aceptar que la existencia del derecho justo o injusto es lo que el pueblo diga, y esto remite a los estudios de Rawls y los principios de justicia.

Martí⁵⁵ hace referencia a Jacobsohn en el problema de esta tesis, respecto del cambio en la constitución, afirman ambos que al momento de que una sociedad cambie de constitución la identidad entonces del pueblo cambia. Esto puede ser un ejemplo de la constitución mexicana de 1857 a 1917, donde la sociedad cambia la constitución y por ende la sociedad cambia.

Otro gran problema de esta tesis es resaltado por Tushnet⁵⁶ quien refiere al constitucionalismo norteamericano al preguntarse ¿quién es el pueblo? Pues la constitución norteamericana inicia con el enunciado "*We the people*" este enunciado preocupa, pues ¿quiénes son? ¿y por qué son constituidos en la constitución? ¿es lo mismo pueblo que nación? Y este debate hace pensar que entonces el pueblo refiere a nación y no es una identidad del pueblo sino identidad nacional.

Respecto a lo anterior, se refleja la tesis de Rosenfeld y la idea del sujeto constitucional y el discurso constitucional. El problema con esta tesis es que realmente refiere a una cuestión meramente subjetiva y de modelos de creación de constitución donde se tendría que aceptar una tesis contractualista como teoría del derecho para que esta tesis funcione, dado que explica que se escogen las tradiciones a conveniencia para la formulación del discurso.

⁵⁴Hart, H.L.A. *El concepto de derecho*, Buenos Aires, Abeledo-Perrot, 1995, p. 239.

⁵⁵Cfr. Martí, José Luis; "Two different ideas of Constitutional Identity: Identity of Constitution v. Identity of the People" en Saiz Arnaiz, Alejandro, Alcoberro Livina, Carina; *National Constitutional Identity European Integration*, Intersentia, Cambridge, 2013, p.32.

⁵⁶Tushnet, Mark; *How do constitutions constitute constitutional identity?*, Oxford University Press and New York University School of Law, 2010, pp. 671-676.

Por tanto, tendríamos que aceptar que los momentos preconstitucionales se olvidan por completo, o en parte, esto aplicado a México como nación pluricultural no podría ser del todo válido, pues todos tienen una identidad constitucional que deriva de un momento preconstitucional como es la Revolución Mexicana, lo mismo sucede con la constitución de Weimar y de la URSS. Por ende, no se podría afirmar del todo cierto esta postura.

Sin embargo, como la tesis del núcleo esencial, la tesis de la identidad nacional e identidad del pueblo tiene relación fundamental con el concepto de identidad constitucional.

La identidad constitucional entonces es un término mixto, por un lado es una idea que nos remonta a un conjunto de factores que conforman una constitución y que se amalgaman con el factor histórico y lingüístico de un pueblo y por otro un conjunto de normas esenciales que conforman una cláusula de intangibilidad de la constitución.

Estos factores convergen para hacer una constitución democratizada⁵⁷ donde pueblo y gobierno se entienden más allá de un simple cuerpo normativo supremo, sino que será un conjunto de principios, valores, ideas, reclamos, entre otras cosas que mantengan latente la evolución de la sociedad.

La identidad constitucional es la unificación de la cláusula de intangibilidad constitucional con la identidad del pueblo, donde ambas van evolucionando al mismo ritmo, permitiendo la identificación del Estado: pueblo y constitución. Por tanto, los elementos constitutivos del concepto de identidad constitucional son: a) la cláusula de intangibilidad de la constitución y; b) la identidad nacional entendida como identidad de pueblo o ciudadanos que habitan el estado.

Por ende, existe un elemento normativo (a) y un elemento socio-político (b) que configuran la identidad, cuyos elementos se ven estrictamente afectados por las evoluciones jurídicas y sociales. En otras palabras, la identidad constitucional es tan mutable como su pueblo y constitución, empero, siempre dependiendo de

⁵⁷ Con el término democratizada hago referencia a que la Constitución sea el sentir del pueblo que gobierna más allá de solo ser un corpus iuris.

su base fundamental consistente en los derechos humanos, que funcionan como la regla de reconocimiento y la regla de cambio en Hart.⁵⁸

Sin embargo, el siguiente conflicto al que nos enfrentamos es la constitución misma, ¿qué es entonces aquello que conforma la constitución? ¿qué es esa cláusula de intangibilidad? ¿cómo funciona el pueblo en el constitucionalismo?

1.3 Cláusula de intangibilidad de la constitución

Las constituciones *per se* tienen principios que las rigen, tales como el de legalidad, supremacía constitucional, federalismo, por mencionar algunos. Estos deben evolucionar en conjunto con sus poblaciones, pues son el centro de atención de la constitución⁵⁹ y por tanto no pueden despegarse de los cambios sociales que a su vez son cambios constitucionales. Los cambios constitucionales, a manera de reformas e interpretaciones se les ha considerado “mutaciones constitucionales”.⁶⁰

Atendiendo a la mutación por reforma constitucional, es preciso comprender que para los juristas e incluso los políticos “se trata de un instrumento técnico de modificación del instrumento político”,⁶¹ de un cambio en el supremo orden normativo, o como diría V. Angiolini:⁶² “se trata de un cambio en la Carta Constitucional, con la forma y la sustancia preestablecida por ésta”. Lo anterior indica que existe un instrumento que sirve para adoptar nuevas formas en el texto constitucional y que puede cambiarse de manera sustancial.

Es lógico que en esos cambios pudiese lesionarse la identidad constitucional actual, a razón de una reforma total de la constitución, por ello las

⁵⁸ Cfr. Hart, H.L.A. *El concepto de derecho*, traducción de R. Carrió Genero, Abelado Perrot, 3ra edición, Buenos Aires, 2012, pp.113-123.

⁵⁹ Al referirme al “centro de atención de la constitución” hablé de la existencia de núcleos constitucionales que sin ellos la constitución no puede ser entendida como tal.

⁶⁰ Fernández Segado, Francisco; “Las mutaciones jurisprudenciales en la Constitución” en Bagni, Silvia; Figueroa Mejía, Giovanni A.; PavaniGiorgia; *La ciencia del derecho constitucional comparado Estudios en homenaje a Lucio Pegoraro Tomo I*, Tirant lo Blanch, México, 2017, p.p.867-868.

⁶¹ Ragone, Sabrina; *El control judicial de la Reforma Constitucional, Aspectos Teóricos y Comparativos*, Porrúa, México, 2012, p.12.

⁶² V. Angiolini, *Revisione costituzionale*, en *Digesto delle discipline pubblicistiche*, vol. XIII, Turín, Utet, 1997, p.307.

reformas tienen que tener implícito la existencia de núcleo esencial constitucional cuando son reformas parciales.⁶³ Puesto que en las reformas totales se crearía una nueva identidad.

Como primer apunte, es preciso atender que la reforma parcial tiene una diferencia sustancial a la reforma total de la constitución y es porque solo implica una modificación del texto constitucional frente a la modificación completa de la constitución;⁶⁴ a este tipo de reformas completas, donde hay modificaciones profundas de las bases de la constitución, Schmitt⁶⁵ lo consideraba una “supresión de la constitución” donde va implícito también el poder del constituyente, que afectaba a la continuidad de la constitución.

Por otra parte, la mutación por interpretación en los tribunales para resolver conflictos de carácter constitucional evoca distintas problemáticas: la distinción entre principios y reglas, modelos de interpretación constitucional, la labor del juez ante la resolución de conflictos: si debe o no interpretar o aplicar la norma, la composición de la jurisprudencia, por mencionar algunos conflictos. Más adelante en el capítulo 2 abordaré lo referente a la identidad constitucional y la interpretación constitucional, solo menciono algunas cuestiones iniciales del problema de la interpretación puesto que motiva a preguntarse si existe o no una cláusula de intangibilidad en las constituciones, es decir, preguntarse por la existencia de un terreno inviolable en las constituciones.

Este debate ha tenido alusiones a Norberto Bobbio, Luigi Ferrajoli, Garzón Valdez, entre otros. Ferrajoli⁶⁶, cuando explica esta “esfera de lo indivisible” refiere a los apuntes de Michelangelo Bovero exponiendo una distinción de que estos principios nacen de las democracias constitucionales y son impositivos a las mayorías como límites al poder público y al privado, es decir, la “esfera de lo indivisible” es un conglomerado de principios emanados de las democracias constitucionales.

⁶³Cfr. Ragone, Sabrina; *El control judicial de la Reforma Constitucional, Aspectos Teóricos y Comparativos*, Porrúa, México, 2012, p.13.

⁶⁴*Idem.* p.14.

⁶⁵Cfr. Schmitt, Carl; *Teoría de la Constitución*, Alianza Editorial, 2da edición, 1996 p.110.

⁶⁶Ferrajoli, Luigi, La esfera de lo indecible y la división de poderes *Estudios Constitucionales* [en línea] 2008, 6 (Sin mes): [Fecha de consulta: 3 de octubre de 2017] Disponible en: <<http://www.redalyc.org/articulo.oa?id=82060116>> ISSN 0718-0195

Bovero⁶⁷ retoma a Bobbio, cuando sostiene que “*Todas las constituciones liberales se caracterizan por la afirmación de los derechos del hombre y del ciudadano, calificados de «inviolables»*”. Esta cita tomada de Bobbio por Bovero es un primer acercamiento a la existencia de principios que rigen fundamentalmente la constitución y son una especie de núcleo duro indivisible. Tanto Bobbio como Bovero recogen el principio de igualdad entre los ciudadanos para poder establecer el sometimiento de las políticas a la norma colectiva.

Aquí estos dos juristas marcan la pauta, pues el principio de igualdad entre los ciudadanos garantiza la democracia y esta a su vez, los límites al poder político y privado, es decir, se vuelve entonces un principio rector de la constitución y pasa a formar parte de la esfera que no puede ser dividida en la constitución, pues sería atentar contra la praxis jurídico-democrático el discriminar a los ciudadanos. Ferrajoli definiría esto como parte de la esfera de lo no divisible.

Sin embargo, aún queda un tema sobre la mesa, si son los principios rectores de la constitución lo mismo que el núcleo duro constitucional o coto vedado.

Este problema constitucional ha sido resuelto por Caroca Páez y Cabello Osorio⁶⁸ quienes establecen – tras un estudio de los postulados de Ferrajoli, Bobbio y Bovero, sin dejar el aporte de Garzón Valdés – que el núcleo duro de los derechos son los límites a la democracia y por consiguiente límites al poder de la mayoría, es igual a los límites que establece la doctrina del coto vedado o esfera de lo indivisible.

A este debate sobre los núcleos duros constitucionales se adiciona la aportación de Martí⁶⁹ quien afirma que para hablar de identidad constitucional en su primera tesis (núcleo duro) se tiene que atender el núcleo esencial o definición

⁶⁷ Bovero Michelangelo, “Qué no es decidible, cinco regiones del coto vedado” en *Doxa*, núm. 31, Universidad de Alicante, España, 2008, pp. 217-225.

⁶⁸ Caroca Páez, Luis; Sebastián Cabello Osorio, Sebastián; “El coto vedado como fundamento de la desobediencia civil” en *Derecho y Humanidades*, núm. 18, Universidad de Chile, Chile, 2011, p.p. 85-99. Disponible en: <https://derechoyhumanidades.uchile.cl/index.php/RDH/article/view/19465/20625>.

⁶⁹ Martí, José Luis; “Two different ideas of Constitutional Identity: Identity of Constitution v. Identity of the People” en Saiz Arnaiz, Alejandro; Alcobarro Livina, Carina; *National Constitutional Identity European Integration*, Intersentia, Cambridge, 2013, p.23.

de elementos en una constitución, en donde se encuentran cuestiones legales como las normas y principios.

Se llega a la siguiente conclusión: semánticamente los principios rectores de la constitución son la cláusula de lo intangible en una constitución, dado que son estos últimos los que rigen la forma en la que la constitución debe ser interpretada o reformada. Una cuestión fundamental que debe tomarse en cuenta en la vida constitucional es que las constituciones por más generales que sean, escritas o no escritas, ellas mutan conforme cambien los tiempos, ya sea por reformas políticas de diversos movimientos, diversos pensamientos políticos y también por jurisprudencia de los tribunales constitucionales.

Es necesario que las cláusulas constitucionales intangibles funjan como la esencia de una constitución y todas sus demás cláusulas deben dar pautas para cambios paulatinos hacía un mejor futuro, hacia una voluntad social, por tanto, debe existir la posibilidad de innovaciones constitucionales⁷⁰. Deben existir niveles de rigidez para diferenciar estas cláusulas intocables a fin de amalgamar los designios sociales con las necesidades sociales.⁷¹

Bezemek⁷² confirma esta necesidad de tener cláusulas de intangibilidad que doten de estabilidad, pues una constitución “heraclitiana”⁷³ puede significar un Estado cerca de la anarquía y la confusión.

Por ello es fundamental que ante todo proceso que implique una mutación constitucional estas cláusulas funcionen como una barrera de protección constitucional que mantenga la integridad constitucional a salvo de

⁷⁰Fusaro Carlo, Oliver Dawn; “Towards a Theory of Constitutional Change” enFusaro Carlo, Oliver Dawn;*How Constitution Change A Comparative Study*, Oxford and Portland Oregon, Hart Publishing, 2011, p. 431

⁷¹Ídem p.432.

⁷²Bezemek, Christop, “Constitutional Core(S): Amendments, Entrenchments, Eternities and Beyond Prolegomena To A Theory Of Normative Volatility” en *The Journal Jurisprudence*, 2011, p.p. 517-548.

⁷³Bezemek refiere a este término de lo heraclitiano cuando algo es sumamente cambiante, pues para el filósofo griego, las cosas no podían siempre ser las mismas, recordando que para Heráclito un río nunca puede ser el mismo debido a que el agua siempre es cambiante, lo mismo pasa con la constitución, se pierde su identidad si la constitución esta en un constante cambio, por ello el autor insiste en la necesidad de tener estabilidad para no permitir cambios constantes en la constitución. ídem. p.p. 517-518.

contradicciones constitucionales o incluso de mutaciones que dañen la justicia constitucional, esto encaminado por la identidad constitucional de cada Estado.

1.4 La identidad nacional o identidad del pueblo como parte de la identidad constitucional

El segundo elemento de la identidad constitucional que necesita su abordaje es la identidad del pueblo.⁷⁴ El pueblo juega un papel fundamental dentro del Estado y del constitucionalismo derivado de las tensiones que existen entre el poder constituyente o constituido y la soberanía del pueblo.⁷⁵ Papel que puede ejemplificarse en el constitucionalismo estadounidense donde el significado convencional de poder constituyente refiere al poder que tiene el pueblo para modificar la constitución a través de las enmiendas norteamericanas.⁷⁶

El pueblo como elemento del Estado se compone cultura, historia, lenguaje, entre otras. Sin embargo, estos elementos deben permitir la construcción de una línea de pensamiento que se verá plasmada en la constitución. Esa línea de pensamiento social conforma el segundo elemento de la identidad constitucional.

El pueblo juega un papel importante ya que en él se encapsulan las políticas del orden constitucional y los rasgos que darán origen a la identidad constitucional⁷⁷, a través de los modelos de construcción de la constitución. Rosenfeld⁷⁸ distingue modelos de creación de la constitución tales como el modelo basado en la revolución, en la guerra, el modelo británico, entre otros. Un ejemplo de ello es el modelo a base de los movimientos revolucionarios que propone Rosenfeld, donde el movimiento revolucionario al triunfar de manera exitosa se

⁷⁴Para efectos de esta investigación se precisa que identidad nacional debe ser leída como identidad de pueblo, es decir, el término “nación” será el equivalente a “pueblo”, entendido como elemento del Estado.

⁷⁵Griffin M., Stephen; “Constituent Power and Constitutional Change in American Constitutionalism” en Loughlin. Martin; Walker, Nail; *The Paradox of Constitutionalism Constituent Power and Constitutional Form*, Oxford, Estados Unidos, 2008, p. 49.

⁷⁶ Op. cit. Griffin M., Stephen; p. 50.

⁷⁷Ídem.

⁷⁸ Rosenfeld, Michel; *The identity of the constitutional subject Selfhood, Citizenship, Culture, and Community*, Routledge, Estados Unidos, 2010, p.p. 185-210.

deshace de un régimen para autoproclamarse el nuevo poder constituyente del cual emerge un nuevo régimen o hegemonía.⁷⁹

El pueblo es una parte importante de esta hegemonía en construcción porque es quien a través de la revolución que el nuevo poder constituyente, al salir triunfante, tendrá que legitimar su carisma y autoridad para la construcción de una constitución que gobierne para ese pueblo que se levantó en revolución contra un régimen anterior a la nueva hegemonía.⁸⁰ Un ejemplo puede ser la Revolución Francesa donde los vencedores se convirtieron en el poder constituyente que le dio vida a la constitución y su identidad.⁸¹

Otros ejemplos son la existencia de un populismo constitucional, sobre esto, refiere Möllers⁸² que son prácticas democráticas orientadas a las instituciones o los procesos constitucionales independientemente de que estos no sean formalmente parte de ellos. Es decir, evoca una participación democrática en los procesos constitucionales independientemente de que estén o no diseñados para la participación ciudadana.

Continuando con el ejemplo de Alemania y la construcción de la identidad constitucional a través del segundo de sus elementos, se observa que la historia de su pueblo toma un papel fundamental, pues la experiencia nacional de las derrotas de las guerras mundiales hasta la creación de los Länders y el entendimiento de su historia como nación les permitió la creación de una identidad constitucional nueva con base en el federalismo como modelo.⁸³ Y la historia alemana como pueblo se ve plasmada en su núcleo duro constitucional – artículo 79 – y otros artículos como lo es el 21 y 20 de su ley fundamental.⁸⁴

Asimismo, Estados Unidos es un ejemplo del papel del pueblo dentro de su constitucionalismo e identidad constitucional, comenzando por el preámbulo de su constitución al referir a un sujeto plural entendido como “*We the people*”. Para

⁷⁹Idem.

⁸⁰ Op. cit. Rosenfeld, p.p. 188-189.

⁸¹Idem.

⁸²Möller, Christoph; “We are (afraid of) the people”: Constituent Power in German Constitutionalism” en Loughlin. Martin; Walker, Nail; *The Paradox of Constitutionalism Constituent Power and Constitutional Form*, Oxford, Estados Unidos, 2008, p. 87.

⁸³. Möller, Christoph Op. cit, pp. 94-95.

⁸⁴Op. cit. Möller, Christoph, p.96.

Rosenfeld⁸⁵ la expresión “*We the people*” es un constructo proyectado al futuro, con esto refiere que, en primer lugar, en la creación de la constitución norteamericana participaron diferentes personas del pueblo estadounidense en forma de confederaciones, que dieron origen a la federación.

Por otra parte, la expresión “*We the people*” sirve para referenciar la situación actual estadounidense, en donde convergen diferentes tipos de culturas, religiones, al ser país de inmigrantes, de diversidad cultural; también es un reflejo de su pasado pues en sus inicios como una gran unión de confederaciones, Estados Unidos tenía población británica y esclavos africanos conviviendo con nacidos en el territorio estadounidense.

Terney⁸⁶ afirma que el pueblo es un conjunto de ciudadanos con identidades en demostraciones subestatales que se involucran en las políticas constitucionales, como se observa en los ejemplos de Alemania, Francia y Estados Unidos, donde al conformarse en un solo corpus con la misma ciudadanía, llámense alemanes, estadounidenses o franceses, crean una sola identidad de pueblo en la cual participan en la creación de una identidad constitucional.

Se ha visto cómo funciona el pueblo como parte de la identidad constitucional, definir entonces la identidad de pueblo debe entenderse como el conjunto de elementos que constituyen un pueblo como se dijo anteriormente y cada uno de esos elementos pertenece a un estudio antropológico y sociológico. Pero gracias a la historia, se puede observar cuál ha sido la intención y papel de los pueblos en el derecho constitucional y cómo se plasman esos valores que los identifican como un pueblo y darle sentido al segundo elemento de la identidad constitucional.

Se puede concluir que la identidad constitucional es el centro de la teoría constitucional y lo que permite comprender las diferencias entre los Estados, y que sus elementos son la cláusula de intangibilidad y la identidad de pueblo, ambos,

⁸⁵Op. cit. Rosenfeld, Michel, p.p. 158-159.

⁸⁶Terney, Stephen; “*“We the people”*: Constituent Power and Constitutionalism in Plurinational States” en enLoughlin. Martin; Walker, Nail; *The Paradox of Constitutionalism Constituent Power and Constitutional Form*, Oxford, Estados Unidos, 2008, p. 233.

se estudian como casos particulares dependiendo del Estado que se desea estudiar o comparar; se observa también que se va moldeando de acuerdo con los movimientos sociales y mutaciones constitucionales que van surgiendo, dígase mutación por reforma o por interpretación de tribunal.

Por tanto, en el siguiente capítulo se estudia la identidad constitucional por medio de sus dos elementos en la interpretación constitucional para la resolución de conflictos constitucionales planteados ante los tribunales. Esto se realiza a través del estudio de la jurisprudencia de diversos tribunales donde se interpretan cláusulas constitucionales adecuadas a la actualidad que vive un Estado.

Capítulo II

La interpretación judicial y la identidad constitucional en el derecho comparado en América

Sumario: 2.1 Interpretación de la identidad constitucional en el derecho constitucional comparado, 2.2 Casos de la Suprema Corte de Estados Unidos, 2.2.1 Caso Brown v. Board of Education, 2.2.2 Caso Lawrence v. Texas, 2.3.3. Caso Baker v. Carr, 2.3. Casos de la Corte Constitucional Colombiana, 2.3.1 Sentencia T-025/2004, 2.4.2. Sentencia T-015/2015, 2.4.3 Sentencias T-07/2015 y T-393/2015, 2.4. Otro caso sobre identidad constitucional: El caso Zamora Bolaños

La utilidad de la identidad constitucional puede observarse en la jurisprudencia de los distintos tribunales constitucionales, donde el juzgador analiza el entorno de la situación planteada para lograr una efectiva salvaguarda de la constitución. Para comprender su aplicación, es menester saber que el ejercicio interpretativo es mucho más complicado que la simple aplicación automática de la constitución, es la comprensión del problema de fondo y las raíces constitucionales, ir un paso más allá de la intención del legislador actual y llegar al verdadero significado de la constitución. Sin embargo, esa discrecionalidad del juez para poder juzgar debe estar subordinada a la identidad constitucional para proteger la constitución y evitar la creación de jurisprudencia contraria a ella. Las sentencias que se analizarán en este apartado nos permitirán observar como los elementos fundamentales de la identidad constitucional – el coto vedado y la identidad del pueblo – entra en acción en la interpretación constitucional como parámetro para resolver la cuestión constitucional planteada y como la comprensión del contexto social será matiz fundamental en la resolución del tribunal. Se abordarán que permitan acercarse a la identidad constitucional a través de su contenido normativo o interpretación como lo es la visión originalista de Estados Unidos que permite estudiar la constitución desde el punto de vista de los “padres fundadores”. Por otro lado, tenemos a Colombia cuya identidad se ha ido formando conforme a su jurisprudencia y el estado de cosas inconstitucionales, donde las sentencias escogidas permitirán ver este desarrollo de su identidad, así

como las cláusulas constitucionales que se encuentran en su normatividad, como lo es el artículo 2 de su constitución.

2.1 Interpretación de la identidad constitucional en el derecho constitucional comparado

Como se dijo en el capítulo anterior, la identidad constitucional se encuentra en el núcleo duro constitucional y la sociedad, por ende, también se encuentra en la doctrina y jurisprudencia, al ser estos también propios de un Estado. Cada Estado tiene su forma de hacer jurisprudencia, y hay que comprenderla como decisiones racionalmente justificadas, y que el sistema jurídico les atribuye carácter general ya que son construcciones interpretativas.⁸⁷

La jurisprudencia al ser una creación interpretativa provoca discusión sobre el ejercicio interpretativo en cuanto al contenido de dicho ejercicio o bien al fondo de la interpretación. En una línea de pensamiento se puede debatir sobre el ejercicio de interpretar como lo refiere Andaluz Vegacenteno,⁸⁸ quien afirma que la interpretación no es un ejercicio cognoscitivo, más bien es argumentar y justificar la decisión que toma el juez. En otra línea Guastini⁸⁹ explica que la interpretación es un vocablo ambiguo donde puede existir un ejercicio cognoscitivo.

Guastini⁹⁰ señala tres tipos de ambigüedad sobre la interpretación: a) la ambigüedad se ubica en la interpretación de textos, por una parte, consistente en identificar el significado del texto normativo, es decir, el contenido normativo y, por otra, interpretación de hechos donde tenemos que aplicar una norma jurídica al caso concreto; b) ejercicio de interpretación: como acto cognitivo, como acto decisorio y creativo. Como acto cognitivo se refiere a identificar los posibles y diferentes significados de un texto normativo, sin hacer una elección. Como acto decisorio: elegir un significado de los identificados como posibles respuestas interpretativas. Por interpretación creativa establece la creación de un significado

⁸⁷ Andaluz Vegacenteno, Horacio; "Constitución, Derechos Y Jurisprudencia" en *Revista Boliviana de Derecho*, núm. 16, Fundación Iuris Tantum Santa Cruz, Bolivia julio, 2013, pp. 10-41.

⁸⁸ *Idem*.

⁸⁹ Guastini, Riccardo; "El escepticismo ante las reglas replanteado", traducción de Federico José Arena, en *Discusiones*, núm. 11, Biblioteca Virtual Miguel de Cervantes, Alicante, 2012, p.p. 27-57.

⁹⁰ *Idem*.

nuevo entre los significados ya identificados en la interpretación cognitiva; c) de las operaciones jurídicas: pueden ser como atribución de significado normativo o como creación de conceptos jurídicos.

Se observa que la teoría de Guastini se confronta con la de Andaluz Vegacenteno, ya que para Guastini si es un ejercicio de conocimiento mientras que para Andaluz no lo es, pero coinciden en la función más básica del juez, es decir, en la intervención del juzgador.

Cuando se juzga se piensa si el juez debe solo aplicar la norma o interpretar antes de aplicar una norma, o bien, interpretar la norma de acuerdo con los hechos presentados por las partes en juicio. Juzgar entonces se vuelve un ejercicio sumamente complejo.

Un juez automático se limitaría únicamente a la aplicación de la norma de acuerdo con los hechos presentados y se olvidaría del ejercicio interpretativo, adoptaría la doctrina de Montesquieu donde el contenido de las leyes le corresponde al Parlamento y por tanto el juez solo “pronuncia” lo que dice la ley.⁹¹

De acuerdo con Pérez Luño,⁹² el juzgar implica también crear normas derivadas de la exigencia de justicia y elegir significado normativo. Una vez más se observa como el juez crea normas con sus criterios o elige significados.

Una tercera línea de pensamiento es la de Aharon Barak,⁹³ quien refiere que la interpretación tiene un significado complejo, incluso la misma palabra necesita interpretarse, ya que puede ser una actividad de adopción de significado a un texto legal o bien es una actividad de inteligencia donde hay que determinar el mensaje normativo en el texto. Afirma Barak,⁹⁴ que la interpretación no debe reducirse a solo dar significado a la intención del autor del texto.⁹⁵

⁹¹ Pérez Luño, Antonio Enrique, “¿Qué significa juzgar?”, en *Cuadernos de Filosofía del Derecho*, núm. 32, España, 2009, pp. 151-176.

⁹² *Ídem*.

⁹³ Barak, Aharon, *Purposive Interpretation in Law*, Princeton University Press, Reino Unido, 2005, p.3.

⁹⁴ *Ídem*. p.4.

⁹⁵ Barak refiere a “texto” no solo como algo escrito, también refiere al entorno que crea la norma. *Ídem*. p.3.

Otra línea de pensamiento es la plasmada por Juan Vega,⁹⁶ quien manifiesta que el intérprete no viene a descubrir significados, sino que este ya le está dotando de significado al texto materia de interpretación desde el momento en que lo ubica en un contexto político y social.

Se observa que existen puntos de acuerdo y desacuerdo sobre lo que es la interpretación y el papel del intérprete, se puede afirmar que interpretar no refiere a una sola cosa en específico, ya que los autores contrastados no descartan la creación de contenido normativo, y eso sucede en la jurisprudencia, ya que dota de significado a un enunciado normativo o se crea una nueva norma con la interpretación del juez.

Empero, la interpretación constitucional parecer ser algo más delicado, ya que se trataría entonces de darle nuevo significado a la norma constitucional a través del Poder Judicial, sin ningún conceso democrático, a través del carácter contramayoritario del juez.

La interpretación constitucional viene a dar respuestas que la propia constitución no puede ofrecer por sí sola, lo cual obligará al juzgador a interpretar la constitución de acuerdo con el caso presentado,⁹⁷ y esta interpretación tampoco se salva de la discrecionalidad del juez al momento de decidir o crear un significado.

Sin embargo, los núcleos duros constitucionales funcionan de igual manera que la teoría interna de los derechos fundamentales, es decir, descansan sobre la delimitación conceptual en el texto constitucional,⁹⁸ lo cual permite que el juez tenga un parámetro de acción al momento de interpretar cuestiones constitucionales.

La identidad constitucional entonces juega una parte importante en la interpretación constitucional, toda vez que uno de los elementos de la identidad constitucional – la cláusula de intangibilidad constitucional – funciona como

⁹⁶Vega Gómez, Juan, “Seguridad jurídica e Interpretación Constitucional”, en Real Alcalá, J. Alberto, *La maquinaria del derecho en Iberoamérica. Constitución, derechos fundamentales y administración*, Instituto de Investigaciones Jurídicas, UNAM, México, 2016, pp.135-152.

⁹⁷ Rodríguez Alzate, Sergio; “Interpretación constitucional y judicial. Como leer sentencias judiciales” *Prolegómenos. Derechos y Valores*, vol. XIII, núm. 26, Colombia, 2010, pp. 79-98.

⁹⁸ Prieto Sanchís, Luis; *El constitucionalismo de los derechos Ensayos de filosofía jurídica*, Trotta, 2013, Madrid, p. 149.

paramento para interpretación, donde se impondrán límites al poder interpretativo, así como la identidad del pueblo funciona como parámetro de contexto social al momento de resolver.

Esto es porque la interpretación que den los jueces constitucionales debe fungir entorno a una regla de reconocimiento para resolver las dudas que existen en el sistema jurídico que permitan elegir entre normas primarias cuyo valor vinculante es fundamental en el caso en concreto.⁹⁹ Esto quiere decir que en casos constitucionales, la cláusula de intangibilidad funciona como regla de reconocimiento al tener un valor fundamental dentro de otras normas para resolver casos constitucionales concretos.

Es fundamental mencionar que al momento de interpretar los textos constitucionales se debe dotar de sentido contextual por la identidad de pueblo que se fija en el momento en que surge el problema constitucional, esto lleva a comprender que las palabras del texto constitucional no son fijas, sino que se adaptan o evolucionan al contexto de su interpretación dependiendo de esta identidad compuesta por nuevos valores.¹⁰⁰

Lo cual conlleva al juez constitucional a posicionarse en un entendimiento del pueblo como una comunidad moral con valores fijos al momento de interpretar, por lo que, al resolver tendrá que garantizar que las normas sean consistentes con la sociedad como lo haría un juez que funcione de acuerdo a Waluchow.¹⁰¹

Constance Grewe¹⁰² propone que para reconocer la identidad constitucional de un Estado, tenemos que revisar los textos constitucionales y sus jurisprudencias, y al ser una técnica más jurídica que sociológica permite un

⁹⁹ Shapiro, Scott; "What is the rule of recognition (and does it exist)?" en *Public Law & Legal Theory Research Paper Series*, núm 181, Yale Law School, Estados Unidos, 2008, pp. 1-33, disponible en: https://law.yale.edu/system/files/documents/pdf/Faculty/Shapiro_Rule_of_Regulation.pdf

¹⁰⁰ Stevens, Katharina; "Why Constitutional Meaning is not Necessarily Fixed – A Reply to Solum" en *Problema: Anuario de Filosofía y Teoría del Derecho*, núm. 11, Universidad Nacional Autónoma de México, México, enero-diciembre 2017, pp. 177-214.

¹⁰¹ O'Brien, Maggie; "Charter interpretation, judicial review and a community's constitutional morality: responding to Natalie Stoljar on Wil Waluchow" en *Problema: Anuario de Filosofía y Teoría del Derecho*, núm. 9, Universidad Nacional Autónoma de México, México, enero-diciembre 2015, pp. 255-278.

¹⁰² Cfr. Constance Grewe, "Methods of Identification of National Constitutional Identity" en Saiz Arnaiz, Alejandro; Alcobero Llivina, Carina; *National Constitutional Identity and European Integration*, Intersentia, Reino Unido, p.p. 37-48.

estudio práctico y sencillo sobre el constitucionalismo de los diversos Estados. Por tanto, se aplicará dicha metodología al estudiar sentencias el caso *Brown v. Education*, de Estados Unidos, la T-025/04 en Colombia, entre otras sentencias, que permitirán observar como los jueces interpretaron la constitución, esto para comprender si protegieron la identidad constitucional de sus Estados, definieron su identidad ante el problema planteado, o bien se contradice el texto con la interpretación.

2.2 Casos de la Suprema Corte de Estados Unidos

El originalismo es una doctrina interpretativa rotulada así en el constitucionalismo de Estados Unidos. Sus exponentes parten de la premisa de interpretar la constitución tal como la concibieron los *founding fathers*, Madison, Washington, Franklin, Marshall, etc. Sus postulados establecen: a) que los jueces constitucionales interpretan la constitución tal como es concebida en la letra del texto, b) que los jueces no deben interpretar la constitución fuera de los supuestos originalmente planteados, c) en consecuencia, que los jueces constitucionales no pueden crear nuevas pautas de interpretación constitucional, y d) que de esta forma se inhibe el papel de los jueces como legisladores y su rol creativo, actividades que están dirigidas a los legisladores como representantes directos de la voluntad (electoral) popular.¹⁰³

La jurisprudencia norteamericana relevante donde podemos ver la aplicación de esta doctrina en el caso concreto son los casos: *Brown v. Board Of Education*, *Lawrence v. Texas* y *Baker v. Carr*. Las sentencias que se estudian en este apartado permitirán ver como los jueces estadounidenses han protegido la identidad constitucional con sus interpretaciones constitucionales al caso en concreto a través del estudio originalista que realizan sus jueces constitucionales

¹⁰³ El originalismo parte de la idea de “la intención del legislador”, sin embargo, hoy se discute los diversos enfoques del originalismo, entre un “originalismo viejo” y un originalismo actual Cfr. Laise, Luciano D. “La Interpretación de la constitución de los Estados Unidos de América según el originalismo intencionalista método interpretativo, presupuestos semánticos y dificultades”, en *Historia Constitucional*, núm. 18, Universidad de Oviedo, España, 2017, pp. 245-292. También véase a Cavino, Massimo; “Intención Del Legislador y Significado De La Ley Ordinaria En La Jurisprudencia De La Corte Constitucional Italiana” en *Derechos Y Libertades*, Número 21, Época II, junio 2009, pp. 17-55

al momento de resolver las grandes controversias que surgen en la palestra constitucional, así pues se observa como estos jueces son garantes de su identidad.

2.2.1 Caso Brown v. Board of Education

Para hacer un estudio del caso Brown v. Educación, hay que entender, como señala Reva Siegel¹⁰⁴, que sucede en la segunda mitad del Siglo XX, era una época donde la segregación racial aún existía, de tal modo que Brown pretendió acabar con la segregación racial creada por ministerio de ley.

Brown v Education trata sobre un grupo de menores a los que se le niega el derecho a la educación en una escuela para blancos, donde este grupo de menores en compañía de sus representantes acudían a los tribunales para tener derecho a la educación por la segregación racial que existía en ese tiempo, puesto que las leyes lo permitían, además se había adoptado la doctrina de “separados pero iguales” del caso Plessy v. Ferguson.

De acuerdo con esa doctrina, la igualdad se da cuando existen las mismas instituciones para ambas razas, lo cual no implica que deban convivir en las mismas escuelas, esa es la interpretación de la decimocuarta enmienda que se tenía en 1896, misma interpretación que no habría de adoptar el Chief Justice Warren.¹⁰⁵

Para el Chief Justice Warren,¹⁰⁶ la educación si se puede ver afectada para un grupo minoritario a pesar de que las condiciones materiales sean iguales, remitiéndose al caso Sweatt v. Painter, donde la Suprema Corte estableció que una escuela de derecho segregada para negros no tenía las mismas oportunidades educativas que una para blancos, recurriendo a cuestiones intangibles para establecer que no es la misma forma de estudiar derecho en una escuela de blancos que una de negros, de igual manera se basa en la sentencia

¹⁰⁴ Siegel Reva; “El discurso de la igualdad: los valores de anti-subordinación y anti-clasificación en las luchas constitucionales en torno al caso “Brown”, en Post Robert, Siegel Reva; *Constitucionalismo democrático Por una reconciliación entre Constitución y pueblo*, Siglo Veintiuno, 2013. p.173.

¹⁰⁵ Suprema Corte de Estados Unidos de Norteamérica, Caso Brown v. Board of Education, 17 de mayo de 1954, disponible en: <https://supreme.justia.com/cases/federal/us/347/483/case.html>.

¹⁰⁶ *Idem*.

McLaurin v. Oklahoma State Regents, donde establecen que un negro pueda estudiar un posgrado con blancos recurriendo al argumento de que se puede equiparar un negro a un blanco en su forma de discutir puntos de vista, entablar una conversación y discutir con otros estudiantes, llegando a la conclusión de que la segregación por raza violenta la decimocuarta enmienda.

Breyer¹⁰⁷ señala sobre el caso Brown que la Corte al tomar sus decisiones ayuda a crear certidumbre jurídica y conocimiento de la ley a los ciudadanos, clientes, barras de abogados y que abandonar sus criterios genera desconfianza en los justiciables. Sin embargo, aunque la Corte deba aplicar el principio de *stare decisis*, a veces el abandono de los criterios previos resulta ser la respuesta correcta. La Corte también ha señalado que el principio de *stare decisis* aplica en cuestiones legislativas pero no en la norma constitucional, por lo tanto, es correcto el abandono del criterio de Plessy vs Ferguson al no ser legalmente sostenible ni sólido.

Finalmente, se puede hacer dos apuntes con lo que respecta al caso Brown: 1.- La corte estadounidense hace una interpretación de la cláusula de igual protección a las personas sin violentar el principio de *stare decisis*, tomando en cuenta que no puede haber una constitución que distinga entre razas; una interpretación sumamente vanguardista para Estados Unidos donde existía la cultura de la Supremacía Blanca, dejando de lado el discurso de igualdad de Martin Luther King. Este grupo de supremacistas blancos acusaban a la Corte de parcial en favor de un grupo de distinta raza. Sin embargo, la Corte comprende la integración social, entiende cómo debe funcionar el Estado y la Constitución a través de su núcleo duro que impone una cláusula de igualdad que se puede leer desde el inicio de su constitución cuando en ella se lee: “*We the people*” -por su traducción nosotros el pueblo- y es el pueblo quienes conforman parte del Estado.¹⁰⁸

¹⁰⁷Breyer, Stephen; *Cómo hacer funcionar nuestras democracias El punto de vista de un juez*, Fondo de Cultura Económica, México, 2017, p.p. 229-235.

¹⁰⁸SiegelReva; “El discurso de la igualdad: los valores de anti-subordinación y anti-clasificación en las luchas constitucionales en torno al caso “Brown”, en Post Robert, SiegelReve; *Constitucionalismo democrático Por una reconciliación entre Constitución y pueblo*, Siglo Veintiuno, 2013. p.p. 256-257.

2.- El segundo apunte se deriva de la cuestión social que se vive en Estados Unidos. La Constitución prevé una cláusula de igualdad que obliga que todos los ciudadanos sean tratados en las mismas condiciones, existe entonces una problemática mayor; dado que la segregación no solo es racial, como lo manifiesta el actual presidente Trump en sus ataques sociales hacia la comunidad latina sin comprender la existencia de latinos en su país, sino que también es con base en el poder.

Una desigualdad ruda frente a la pobreza, donde los pobres no tienen las mismas condiciones que los ricos, esta también es una forma de segregar; entonces lo que nos hace preguntarnos la cláusula de igualdad norteamericana es las fronteras de la segregación.

2.2.2 Caso Lawrence v. Texas

Otro caso que muestra la identidad constitucional de Estados Unidos como un país libre y democrático que razona sus sentencias a partir de principios constitucionales es el Lawrence v. Texas, de 2003.

Este caso trata de dos homosexuales que fueron criminalizados por su condición homosexual, se ha criminalizado las preferencias sexuales en un acto donde la policía irrumpe en su departamento y los arresta por esta relación, es de comprender que en Texas estaba prohibido este tipo de prácticas.

Se muestra de nuevo una confrontación entre los derechos homosexuales, la igualdad, el debido proceso, el federalismo y las reglas texanas. De tal modo que como estudiamos en el caso anterior, no puede existir segregación por raza, pero no se ha dicho nada en lo correspondiente al género, por lo cual las reglas del Estado de Texas siguen prevaleciendo. Empero, al irrumpir en el hogar sin una orden judicial, permite hacer el estudio del caso desde la óptica del *due process*.

El debido proceso le permite a la Corte realizar el estudio del caso en concreto derivado de los hechos. Establece – la Corte – que su derecho a la libertad parte también del derecho al debido proceso, pues la forma en que se abordó a estas personas no es la forma prevista por la ley, por lo cual no solo se viola la libertad sino el proceso en sí para ser detenidos.

El juez Kennedy apunta: "*El estatuto de Texas no promueve ningún interés legítimo del estado que pueda justificar su intrusión en la vida personal y privada del individuo*", haciendo alusión al respeto a la libertad sexual que tiene cada persona, en ese tenor, se hace un estudio profundo de la cultura no solo en Texas sino en América que permite entonces con base en su Constitución, proteger a dos personas homosexuales.

En esta sentencia se logra apreciar como Estados Unidos respeta el Federalismo ya que permite que Texas tenga su propia legislación sin declararla inconstitucional y a su vez logra resolver una cuestión que parece ser injusta a la luz de los derechos humanos por medio de su propia constitución al resolver en sentido favorable apoyándose en el debido proceso como una de las garantías fundamentales en los Estados Unidos.

2.3.3. Caso Baker v. Carr

El caso Baker vs Carr gira en torno a un grupo de votantes que se ven afectados en sus derechos constitucionales debido a que el estatuto de 1901 se presumía inconstitucional ya que no repartía escaños en la Asamblea General de manera equitativa, lo cual provocaba una degradación en sus votos pues no tomaban en cuenta el crecimiento social, por lo que se les hacía injusto que sus votos solo aportaran 95 escaños en el condado de Tennessee, violando así lo dispuesto por la decimocuarta enmienda.¹⁰⁹

Es cierto que en Tennessee existió un crecimiento demográfico desde 1901 a 1961, sin embargo la Corte toma en cuenta dos aspectos para su fallo, el primero es que los fundamentos invocados no se incluyen en lo que establece el artículo III de la Constitución, y segundo, el asunto se aparta del estándar constitucional federal ya que no es propio para una investigación judicial, por lo que la Corte estableció que el reparto electoral al ser un tema legislativo de constante conflicto, los principios constitucionales no permiten que los recurrentes apelen el estatuto de 1901.¹¹⁰

¹⁰⁹ Suprema Corte de Estados Unidos de Norteamérica, Caso Baker v. Carr, 26 de marzo de 1962, disponible en: <https://supreme.justia.com/cases/federal/us/369/186/case.html>

¹¹⁰ *Idem.*

La corte aquí protegió de manera íntegra los principios constitucionales con los cuales se conforma la democracia estadounidense, donde se permite las diferencias en el sistema de representación, pero que son temas exclusivamente del Poder Legislativo y que la constitución permite esas diferencias, pues son debates parlamentarios y no debates jurisdiccionales.

2.3. Casos de la Corte Constitucional Colombiana

Colombia es un referente en el constitucionalismo latinoamericano, incluso se puede afirmar que se encuentra a la vanguardia en comparación con otros países de Latinoamérica, esto es porque su doctrina constitucional que adoptado es parte de las ideas europeas de “neoconstitucionalismo” e integración de medidas garantistas para la protección de los derechos de los colombianos.¹¹¹

León Gómez¹¹² afirma que: “*En 1991 se adopta una constitución ampliamente influenciada por el constitucionalismo de postguerra (Constitución italiana de 1945, alemana de 1949, española de 1978), se reconoce en algunos aspectos la tradición constitucional local y se adoptan disposiciones de la constitución brasilera de 1988.*” Se observa que la constitución ha integrado nuevos elementos para que su tribunal constitucional opere de manera que proteja mejor la constitución.

Y esto es porque se ve influenciada por el constitucionalismo posguerra de Europa que se ve reflejado en su constitución de 1991.¹¹³ Colombia aprende las grandes lecciones que deja el fascismo y las dictaduras del viejo continente y decide sumarse a las nuevas ideas del constitucionalismo, donde se integran principios morales e ideas europeístas que renueven su constitucionalismo.¹¹⁴

Es entonces que las ideas europeas de control del poder provocan que Colombia se enfoque y preocupe por controlar los desbalances del poder político, al grado de convertir su Poder Judicial en poder político, es decir, darle vida como

¹¹¹ León Gómez, Santiago; “El constitucionalismo colombiano en el siglo XX ¿Modelo de organización o elemento de dominación? en *Historia Constitucional*, núm. 14, España, 2013, p.469.

¹¹² *Ídem.*

¹¹³ *Ídem.*

¹¹⁴ García Jaramillo, Leonardo, *Constitucionalismo Deliberativo Estudio sobre el Ideal Deliberativo de la Democracia y la Dogmática Constitucional del Procedimiento Parlamentario*, 1ra ed. México, Universidad Nacional Autónoma de México Instituto de Investigaciones Jurídicas, 2015, p. 171.

tercer poder en el juego de pesos y contrapesos, donde el Poder Judicial desmonopoliza la creación del derecho y su principio de supremacía constitucional aunado a la tarea de la protección de la constitución han terminado por comprometerse en la teoría del *living constitution*,¹¹⁵ a efecto de traer un balance político y protección a sus ciudadanos.

Colombia forjó entonces en 1991 una constitución que funcionara como instrumento igualitario, garantista e incluyente en los contextos sociales, empero, las condiciones políticas colombianas, donde existen temas de corrupción, impunidad, violencia, pobreza y colombianos en situación de desplazados, han obligado a su constitucionalismo a llegar a un siguiente nivel, a crear la doctrina del estado de cosas inconstitucionales.

El estado de cosas inconstitucionales surge como respuesta jurisprudencial a la necesidad de disminuir la desigualdad social, se crea a partir de la interpretación sistemática de la constitución y de las facultades de la Corte Constitucional para la supervisión del cumplimiento de las sentencias con el fin de proteger los derechos constitucionales colombianos. En esta doctrina jurisprudencial no se juzga un acto del Estado, más bien, se juzga la realidad ya que el test de constitucionalidad va en caminado a la confrontación de la realidad que se vive en Colombia respecto a ciertos conflictos sociales, por poner un ejemplo, la situación de los desplazados, frente a la normatividad, donde la conclusión a la que llegue la Corte Constitucional será saber si la realidad es compatible o no con lo que ordena la constitución.¹¹⁶

A continuación, se examinan diversas sentencias de la Corte Constitucional donde se aplica esta doctrina a efecto de estudiar como Colombia a defendido su identidad constitucional en su desarrollo jurisprudencial.

2.3.1 Sentencia T-025/2004

En la sentencia T-025/2004 encontramos como funciona esta doctrina de protección de la identidad constitución a la que llama estado de cosas

¹¹⁵Ídem.p.172.

¹¹⁶Ídem.p.p. 188-190.

inconstitucionales, en este caso se analiza el derecho de las víctimas de un desplazamiento frente a las obligaciones del Estado.

En Colombia un grupo de personas fueron desplazadas y recibieron ayuda humanitaria, pero esta ayuda no llegó a todos los destinatarios víctimas del desplazamiento, quienes demandaron a la Red de Solidaridad Social, el Departamento Administrativo de la Presidencia de la República, al Ministerio de Hacienda y Crédito Público y a otras autoridades por considerar violados sus derechos de vivienda, salud, educación y ayuda humanitaria.¹¹⁷

La Corte Constitucional en esta sentencia numera las razones que las autoridades demandadas le dan a estas personas desplazadas para no darles el apoyo solicitado, destacando: a) Que la ayuda humanitaria de emergencia sólo se otorga por tres meses y en casos excepcionales puede prorrogarse hasta por otros 3 meses más; b) que el programa de auxilios para vivienda se encuentra suspendido por de presupuesto y hasta en tanto haya presupuesto se atenderán en estricto orden las peticiones; c) la política de auxilios para vivienda fue modificada por el gobierno nacional y transformada en una política de créditos para vivienda de interés social y a raíz de esta modificación deben pedir nueva solicitud pero a otra autoridad; d) la única forma de acceder a la ayuda para restablecimiento económico es presentar un proyecto productivo, a pesar de que la ley prevé otras formas de restablecimiento.¹¹⁸

Asimismo la Corte Constitucional destaca que los jueces que recibieron las acciones de tutela decidieron negar la acción intentado por este grupo de personas a razón de los siguientes puntos:

1. Falta de legitimación en virtud de que la promovente de las acciones no es abogada y los propios accionantes no dieron un poder especial para poder ser representados en juicio¹¹⁹.
2. Improcedencia de la acción de tutela porque la acción de tutela no es el recurso idóneo para alterar las funciones del Estado, además de que la Red

¹¹⁷ Sala Tercera de Revisión, Corte Constitucional de Colombia, 22 de enero de 2004, Bogotá, p.p. 30-31 en su versión descargable, disponible en: <http://www.corteconstitucional.gov.co/relatoria/2004/t-025-04.htm>.

¹¹⁸ *Ídem*. p. 32.

¹¹⁹ *Ídem*. p.p. 33-34

de Solidaridad nunca les negó la ayuda que solicitaban, encima de que el derecho a la vivienda es un derecho de segunda generación que no puede alegarse por vía de la tutela, finalmente, ya se les había reconocido como desplazados y se les había otorgado derechos derivados de su condición por lo que deben atenerse al orden de registro que se les dio en la Red de Solidaridad.¹²⁰

3. Por fallas en la carga probatoria, dado que los accionantes no acreditaron la violación de un derecho fundamental en relación con el derecho a la vivienda.¹²¹
4. No haber ejercido un derecho de petición como lo establece las leyes colombianas, alegar derechos violados cuando los hechos ya son pasados y no recientes.¹²²
5. Por razones de temeridad, dado que las personas desplazadas se beneficiaron de otro núcleo familiar que solicitó el apoyo anteriormente y por estar pendientes las resoluciones de acciones de tutela similares por parte de la Corte Constitucional.¹²³
6. Finalmente, por razones financieras aludiendo a que los peticionarios deben esperar a que el Estado cuente con los recursos suficientes para atenderlos.¹²⁴

La Corte se plantea varias preguntas en el asunto en concreto respecto de violaciones a derechos fundamentales, dado que comprende que se trata de sujetos en extrema necesidad por su condición de desplazados y la necesidad de cubrir sus derechos fundamentales en un mínimo vital, frente a las razones dadas por los jueces.

Una de las preguntas fundamentales entorno al presente caso es sobre la función y utilidad de la acción de tutela frente a las políticas públicas¹²⁵, a manera

¹²⁰*Ídem*.p.34.

¹²¹*Ídem* p.35.

¹²²*Ídem* p.p. 35-36.

¹²³*Ídem* p. 35.

¹²⁴*Ídem* p. 35.

¹²⁵*Ídem* p.37.

de un choque entre autoridades constitucionales frente a derechos constitucionales.

La Sala Tercera de Revisión concluye que existe un estado de cosas inconstitucionales por la situación en la que se encuentran las personas desplazadas, dado que hay una violación sistemática en su derechos fundamentales ya que existe omisión en la atención efectiva de sus derechos de vida digna e igualdad, además de la masividad de asuntos que se han recurrido por la misma situación en la que se encuentran las personas, tal suerte que es el Estado quien está obligado a garantizar la vida digna de estas personas, y como dice la Corte:

Esta violación ha venido ocurriendo de manera masiva, prolongada y reiterada y no es imputable a una única autoridad, sino que obedece a un problema estructural que afecta a toda la política de atención diseñada por el Estado, y a sus distintos componentes, en razón a la insuficiencia de recursos destinados a financiar dicha política y a la precaria capacidad institucional para implementarla

La Corte no solo aborda por qué en el caso concreto existe un estado de cosas inconstitucionales, sino que también establece dos puntos fundamentales que sirven para estudiar el desarrollo jurisprudencial. En resumen la Corte ha dicho que hay *estado de cosas inconstitucionales* cuando: “(1) se presenta una repetida violación de derechos fundamentales de muchas personas - que pueden entonces recurrir a la acción de tutela para obtener la defensa de sus derechos y colmar así los despachos judiciales - y (2) cuando la causa de esa vulneración no es imputable únicamente a la autoridad demandada, sino que reposa en factores estructurales”¹²⁶

Asimismo, refiere que el desarrollo jurisprudencial a lo largo del tiempo ha creado otros puntos más sensibles como lo son las practicas inconstitucionales, las omisiones por parte de la autoridad y fundamentalmente la violación masiva de derechos.

Ante esta situación la Corte concluye que una vez constatado los derechos constitucionales violados frente al estado de cosas inconstitucionales se debe

¹²⁶ Ídem p. 81.

extender los efectos de la acción de tutela para lograr una reparación que vaya acorde a la magnitud de los derechos violados por parte del Estado, toda vez que la Constitución Colombiana establece que el Estado tiene la obligación de “proteger a todas las personas residentes en Colombia, en su vida, honra, bienes, creencias, y demás derechos y libertades, y para asegurar el cumplimiento de los deberes sociales del Estado y de los particulares”¹²⁷, también se establece en la propia constitución que el poder público debe colaborar de manera armónica con los restantes órganos del Estado para la realización de sus fines”¹²⁸.

Finalmente, queda resaltar en esta sentencia que la Corte establece un análisis del Estado Social de Derecho Colombiano frente a los derechos constitucionales en relación con los deberes constitucionales de las autoridades en coordinación con las políticas de atención de los desplazados y el financiamiento para lograr estos objetivos.

Primeramente, en este análisis se establece que el Estado Social de Derecho: *“imprime un sentido, un carácter y unos objetivos específicos a la organización estatal en su conjunto, y que resulta –en consecuencia- vinculante para las autoridades, quienes deberán guiar su actuación hacia el logro de los cometidos particulares propios de tal sistema: la promoción de condiciones de vida dignas para todas las personas, y la solución de las desigualdades reales que se presentan en la sociedad, con miras a instaurar un orden justo”*¹²⁹

Ante esto, podemos apreciar una obligación del Estado Social de corregir la desigualdad social por todos los medios que estimen conducentes, y esta obligación se potencializa pues en el caso concreto nos enfrentamos ante personas que su condición de marginados eleva la necesidad del Estado a igualar la situación socioeconómica en la que habitan para garantizar una vida digna.

También es fundamental apuntar lo que establece la Constitución en la primera parte del artículo segundo de su constitución, pues ahí encontramos cuando dice que los fines esenciales del estado son servir a la comunidad,

¹²⁷ Artículo 2 Constitución colombiana, 1991.

¹²⁸ Artículo 113 Constitución colombiana, 1991.

¹²⁹ Sala Tercera de Revisión, Corte Constitucional de Colombia, 22 de enero de 2004, Bogotá, p.87, en su versión descargable, disponible en: <http://www.corteconstitucional.gov.co/relatoria/2004/t-025-04.htm>.

promover la prosperidad general y garantizar la efectividad de los principios, derechos y deberes consagrados en la constitución, es ahí donde se invoca la identidad constitucional de Colombia como un Estado Social.

Se puede concluir de esta sentencia, que la identidad constitucional colombiana se estudia desde el núcleo de las obligaciones del Estado Social de Derecho y la doctrina del estado de cosas inconstitucionales, esto es porque la constitución establece que la naturaleza y cultura de la sociedad deviene de como se reformo el Estado en 1991, bajo una nueva dimensión de pacificación que no se ha logrado hasta la fecha, pues es de ese año que data la constitución actual, en tal sentido que Colombia se consolidó como un Estado Social cuya función es garantizar la igualdad social y esto se logra, dando cumplimiento a esta cláusula constitucional que establece el artículo 2.

2.4.2. Sentencia T-015/2015

La sentencia T 015/2015 es una acción de tutela contra particulares donde existe una relación de indefensión o subordinación.

Para la Corte es fundamental comprender el término subordinación por lo que acude a su jurisprudencia para establecer el punto de partida para estudiar la sentencia en mención. Con ello va a referir a subordinación como una relación jurídica de dependencia entre las personas.¹³⁰

En esta sentencia, Rafael Aguilar Quijano y otros (en adelante los accionistas) demandan acción de tutela solicitando la protección a los derechos fundamentales de intimidad personal, familiar y buen nombre, a raíz de que Margarita Ariza Aguilar (en adelante la demandada) publicó una cartilla utilizada en un proyecto denominado “Blanco Porcelana”, cuyo proyecto tiene el fin de proponer una reflexión en torno al racismo.¹³¹

La publicación realizada por la demandada menciona nombres propios, fotografías personales y familiares, se relatan momentos íntimos de la familia, tales como la muerte de la madre y la abuela, sin que hubiese mediado

¹³⁰Corte Constitucional de Colombia, 19 de enero de 2015, T-015/15, p. 1, de su versión descargable, disponible en: <http://www.corteconstitucional.gov.co/relatoria/2015/T-015-15.htm>

¹³¹Ídem p. 7.

autorización de su parte. A raíz de la publicación se les vincula a los accionistas con el racismo. Ante tal acusación es la demandada quien replica que el proyecto nació en el marco de la Política Económica en Cultura y Turismo que forma parte del programa denominado “Barranquilla Cultural”, el cual se orienta a “la promoción de los procesos de formación, producción, distribución circulación y consumo de los bienes y servicios culturales, la consolidación del Sistema Distrital de Cultura y la proyección del patrimonio cultural del Distrito”¹³².

La Corte se percata de la existencia de diversos derechos en juego y procede revisar la sentencia de primera instancia donde se ampara a los accionistas en todas sus pretensiones por violaciones a los derechos de intimidad personal, familiar y buen nombre.

La sentencia de primera instancia se divide en siete argumentos que versan de la siguiente manera:

1. – Los accionistas corroboraron su versión de los hechos y se constata con la falta de autorización de publicar los nombres de los accionistas y sus familiares constituyendo una violación a sus derechos.

2. – De la ponderación de derechos de libre expresión frente a la intimidad personal se resalta que para la primera instancia la intimidad personal fue afectada por encima de la libertad de expresión de la demandada, dado que la publicación contiene datos personales que afectan los derechos fundamentales de los accionistas.

3. – La primera instancia estima que, al revisar la obra publicada, efectivamente se exponen datos personales de los accionistas.

4. – Se considera que el derecho a la imagen es un derecho autónomo que puede ser lesionado de manera concurrente e independiente respecto a los derechos de buen nombre, honra e intimidad.

5. – Este quinto argumento reviste que la acción de tutela es el mecanismo ideal para proteger los derechos fundamentales, dado que el proceso penal no tiene las condiciones necesarias para proteger la honra, la imagen y el buen nombre.

¹³²Idem p. 8.

6. – La acción de tutela y sus efectos son únicamente para atender la violación a los derechos fundamentales, la reparación de los daños por las acciones de la demandada es exigible mediante otra acción.

7.- El juez que resolvió ponderó que todos los implicados son igualmente responsables por el grado de participación que tuvieron en la obra y no por sus funciones, es decir, no distingue quienes participan en la obra como editores de quienes solo aportaron material gráfico y ortográfico.¹³³

Asimismo, se impugna esta sentencia elevándolo a la segunda instancia donde las demandadas vuelven a perder el asunto, para lo cual la Corte vuelve a enumerar los argumentos de la sentencia de segunda instancia.¹³⁴

Para ella es importante analizar la cuestión del racismo en Colombia y lo que ha dicho la comunidad internacional, además de analizar los fines del proyecto del cual derivó la publicación, es decir, contextualiza el asunto a resolver para luego hacer un estudio sobre la libertad de expresión consagrada en la constitución de Colombia.

En su jurisprudencia ha establecido que los derechos humanos conforman un bloque de constitucionalidad donde se reconoce la amplia protección a libertad de expresión a la luz del Pacto Internacional de los Derechos Civiles y Políticos y la Convención Americana de Derechos Humanos.¹³⁵

La Corte afirma que de su jurisprudencia se puede hacer un estudio del derecho a la libertad de expresión, pues ellos establecen que la libertad de expresión constituye “una categoría genérica que agrupa un conjunto de derechos y libertades”; para este análisis aborda que en este derecho encontramos la libertad de opinión como “libertad de expresión en sentido estricto” el cual refiere a la libertad de manifestar opiniones e ideas sin limitación de fronteras, y a su vez hace un segundo concepto al hablar de la libertad de expresión como un derecho de libertad de información.

Para la Corte, la dimensión de la libertad de expresión no solo es en el aspecto de difundir opiniones o manifestaciones de cualquier índole, sino también

¹³³Idem.p.p. 30-31.

¹³⁴Idem p.p. 31-36.

¹³⁵Idem p. 55.

el dar información, y en este sentido abre un panorama para ambos derechos en sentido individual y en sentido colectivo.

Para el sentido de individual de la libertad de expresión no solo es el expresarse sin intervención arbitraria sino utilizar cualquier medio para expresar el pensamiento, además abarca esta libertad la forma y tono en que se va a expresar el mensaje. Para la Corte el sentido colectivo deviene de la Corte Interamericana al decir que es un derecho colectivo de recibir la información.¹³⁶

La Corte recalca que para el derecho interamericano si existe una distinción entre la libertad de opinión y la libertad de información, sin embargo, el derecho constitucional colombiano lo asimila como libertad de expresión y esto es a raíz de adoptar la doctrina de Balaguer Callejón y María Luisa¹³⁷ respecto a que toda manifestación de opinión tiene contenido mínimo informativo y a su vez toda información tiene implícita una opinión.

Finalmente, refiere que el artículo 20 de la constitución establece que la libertad de expresión tiene primacía sobre el derecho al buen nombre y la honra, dado que la jurisprudencia colombiana establece que es un Estado democrático y liberal y que la única forma en que se puede afirmar lo contrario es que efectivamente se demuestre que hay una intención de dañar la honra de las personas.¹³⁸

Aunado a lo anterior, recurre a su jurisprudencia donde estipula que los jueces constitucionales están vedados para exigir modificaciones a obras literarias, esto en el entendido de que la libertad de expresión es un derecho sumamente protegido por la nación y la comunidad internacional.

En conclusión, de esta sentencia se puede afirmar que nuevamente la forma en la que está constituido el Estado colombiano como Estado Social de Derecho nos permite ver que la identidad constitucional colombiana se establece

¹³⁶ *Idem* p.p. 56-57.

¹³⁷ Balaguer Callejón, María Luisa. El derecho fundamental al honor, Madrid, Tecnos, 1992, citado en la sentencia SU-1723 de 2000 en la que se negó la tutela interpuesta por el cantante Diomedes Díaz a raíz de la transmisión de una serie de televisión basada en el libro "El Cacique y la Reina", donde se mencionan los hechos que rodearon la muerte de una joven y la investigación penal en la que se vio involucrado el demandante.

¹³⁸ Corte Constitucional de Colombia, 19 de enero de 2015, T-015/15, p. 61, de su versión descargable, disponible en: <http://www.corteconstitucional.gov.co/relatoria/2015/T-015-15.htm>.

en la necesidad social de proteger los derechos fundamentales contenidos en la constitución.

Independientemente que se recurra a la Corte Interamericana para explicar la función de la libertad de expresión en sus dos sentidos y para la Corte, el núcleo duro constitucional prima la libertad de expresión sobre los derechos de honra y buen nombre salvo cuando estos sean intencionalmente dañados.

2.4.3 Sentencias T-07/2015 y T-393/2015

Las sentencias T-07/15 y T-393/15 presentan la particularidad de ser acciones de tutela presentadas contra entidades financieras y aseguradoras.

Ambos casos se relación por los hechos y las prestaciones que exigen, pues encontramos que los accionantes pertenecen al gremio de maestros de escuela pública y por ello necesitan un seguro en caso de muerte o incapacidad parcial o total; las accionantes en sus respectivos casos por motivos de salud quedan incapacitadas para continuar sus labores y quedan fuera de sus respectivos trabajos, por lo que proceden a solicitar el pago del seguro y en ambos se les niega el pago.

En la sentencia T-07/15¹³⁹, se niega la tutela de sus derechos fundamentales, así como el pago del seguro dado que para los jueces de primera instancia y de apelación existen otros mecanismos por los cuales pueda exigir sus derechos.

Mientras que en la T-393/15¹⁴⁰, en la primera instancia le dan la razón respecto que la tutela es el mecanismo adecuado para proteger sus derechos vulnerados en esta ocasión, empero, en la segunda instancia lejos de confirmarse las vulneración a los derechos fundamentales, se hace una modificación a la sentencia de primera instancia respecto a que, si bien la tutela es procedente, esta únicamente procede respecto a su derecho de petición del pago dado que para la reclamación del pago y las objeciones que quiera interponer a dicho pago serán

¹³⁹ Corte Constitucional de Colombia, 15 de enero de 2015, T-07/15, en su versión descargable p.p.4-5, disponible en: <http://www.corteconstitucional.gov.co/relatoria/2015/T-007-15.htm>

¹⁴⁰ Corte Constitucional de Colombia, 30 de junio de 2015, T-393/15, en su versión descargable p.p.8-9, disponible en: <http://www.corteconstitucional.gov.co/relatoria/2015/t-393-15.htm>

por el proceso civil, aunado a lo anterior la segunda instancia estima que no hay vulneración al mínimo vital en razón que es una maestra pensionada.

Estos juicios son llevados a Corte, donde en el primer caso – T-07/15 – la Corte establece que en de acuerdo con el artículo 86 de la constitución colombiana, así como el Decreto 2591 de 1991, la acción de tutela es procedente contra actos de particulares sobre todo cuando estos particulares están en una posición de ventaja frente a otros particulares.¹⁴¹

La Corte en esta sentencia establece dos puntos fundamentales, el primero consistente en que las aseguradoras pueden ser demandadas por acción de tutela en virtud no solo de prestar un servicio público a través de sus fines, sino que por las condiciones de desigualdad que generan estas instituciones frente a los que solicitan su apoyo. El segundo que establece la Corte es respecto al mínimo vital, pues para la Corte este no es una condición cuantitativa, sino más bien una cualitativa.¹⁴²

Sin embargo, la Corte también comprende que es voluntad de las personas decidir con quién contratar, pues apunta la existencia de una libertad de contratación que establece el artículo 333 de la Constitución, pero a su vez, realza la identidad constitucional colombiana como estado social e impone su propia constitución un candado respecto de esa libertad al tenor del artículo 335, donde los hace ver como servidores públicos y que sus procesos deben ser democratizados.¹⁴³

Es precisamente en este caso que la Corte le concede la tutela a la accionista en virtud de ser las instituciones financieras y aseguradoras particulares con funciones de Estado y por ello deben garantizar la protección a los derechos fundamentales independientemente de la libertad de contratación.

Por otro lado, en la T-393/15, si bien ya se le dio tutela por su derecho a la petición la Corte se replantea la pregunta en esta ocasión dado que existe una deuda por parte de la accionista frente a la aseguradora, es así como la Corte

¹⁴¹ Corte Constitucional de Colombia, 15 de enero de 2015, T-07/15, en su versión descargable p.6, disponible en: <http://www.corteconstitucional.gov.co/relatoria/2015/T-007-15.htm>

¹⁴² Ídem p.9.

¹⁴³ Ídem p. 10.

llega a la siguiente pregunta: “¿Una aseguradora vulnera los derechos fundamentales a la vida y al mínimo vital de una deudora de un crédito de libranza, al negarse a pagar la póliza del seguro de vida por el riesgo de invalidez, alegando que ésta había sido reticente al firmar la declaración de asegurabilidad porque la enfermedad que ocasionó la pérdida de capacidad laboral generando la incapacidad total y permanente de la asegurada, fue adquirida con anterioridad a la fecha de celebración del contrato de seguro?”.¹⁴⁴

La Corte como hemos visto, ha establecido que estas instituciones son sujetas a la acción de tutela por la condición en la que se encuentran, sin embargo, la excepción que presenta la aseguradora es lo que llama la atención a la Corte, pues técnicamente es la aseguradora quien acusa de mala fe a la accionista por haber contratado un seguro a sabiendas de su condición.

Para la Corte, el alegar la mala fe de la accionista es completamente improcedente, pues, así como hay buena fe para contratar libremente también la aseguradora puede solicitar los exámenes médicos necesarios para revisar la condición médica de la contratante antes de firmar o durante el contrato antes de la exigencia del pago.¹⁴⁵

Sin embargo, para la Corte no es suficiente el alegar que solo se vulnero el derecho a la petición cuando nos encontramos frente a una persona necesitada, pues su mínimo vital en efecto se encuentra vulnerado pues ella tiene derecho a la vida digna, por lo que amplía el espectro de la tutela para resolver en favor de la accionista por lo que hace a los derechos al mínimo vital y petición.

De estos casos podemos concluir que Colombia cuenta con una identidad constitucional consolidada por las cláusulas constitucionales que fortalecen la concepción de un Estado Social, pero todo esto es derivado también de la historia colombiana que los ha llevado a consolidarse de tal forma. Por lo que Colombia es un gran ejemplo en América Latina de como un Tribunal cuenta con lineamientos bastos constitucionales para proteger al ciudadano y sus derechos fundamentales a raíz de la comprensión de que son un Estado Social de Derecho.

¹⁴⁴ Corte Constitucional de Colombia, 30 de junio de 2015, T-393/15, en su versión descargable p.10, disponible en: <http://www.corteconstitucional.gov.co/relatoria/2015/t-393-15.htm>

¹⁴⁵ Ídem. p.20.

Sin embargo, la doctrina del estado de cosas inconstitucionales tiene una crítica muy precisa, y es que ha convertido a la Corte Constitucional en una especie de legislativo y ejecutivo a contrario de su función principal que es ser protectora de la Constitución. Pero esto tiene su sentido, ya que la Corte ha apelado por la igualdad social que deviene del principio de solidaridad de su Constitución,¹⁴⁶ por lo cual esta pequeña crítica está plenamente justificada, pues la identidad constitucional colombiana se rehace con los continuos litigios que permiten la salvaguarda de los principios fundamentales de su constitución y de su Estado.

2.4. Otro caso sobre identidad constitucional: El caso Zamora Bolaños

Un último caso que permitirá comprender como las Cortes Constitucionales o Tribunales Constitucionales han reivindicado, construido o defendido la identidad constitucional. Esto depende del Estado que se analice, en este se trata del caso Zamora Bolaños en Costa Rica en 2003.

El contexto de esta acción de inconstitucionalidad gira en torno al decreto emitido por el presidente de la República – de Costa Rica – y el Ministro de Relaciones Exteriores, decreto el cual se apoya la intervención armada en el gobierno de Iraq que pretendía hacer Estados Unidos, con esa declaración por medio del decreto mencionado se provoca que Costa Rica forme parte de los países que apoyan la guerra en Iraq.

Pues la antesala de Iraq y Estados Unidos radicaba en la guerra contra el terrorismo, el apoyo de Saddam Hussein y el acopio de “armas de destrucción masiva”,¹⁴⁷ lo cual desencadenó la guerra contra el Estado árabe. En este contexto, Costa Rica pretendía ser uno de los países que acompañarían a Estados Unidos en la agresión contra Irak. Inconforme con esta decisión, un ciudadano decide promover una acción de inconstitucionalidad en contra del

¹⁴⁶ Saravia Caballero, Jackeline; Rodríguez Fernández, Andrea; “Los Desplazados Forzados Internos en el Estado de Cosas Inconstitucional, Un asunto pendiente”; en *Prolegómenos. Derechos y Valores*, vol. XVIII, núm. 35, Universidad Militar Nueva Granada Bogotá, Colombia enero-junio, 2015, pp. 121-134.

¹⁴⁷ Hay que recordar que Estados Unidos tomo acciones de manera deliberada presumiendo que Iraq tenía armas de destrucción masiva, misas que nunca fueron encontradas y que ocasionaron conflictos con los países árabes

decreto del Poder Ejecutivo en el que manifestaba su apoyo militar a EU, porque trastocaba un valor fundante de la Constitución de Costa Rica: la paz y el respeto a la autodeterminación de los pueblos.

Y esta acción – que puede interpretarse como una declaración de guerra de Costa Rica contra Iraq – violenta diversos preceptos constitucionales del pueblo costarricense; se violenta el artículo 140 de la Constitución en su inciso 6) donde se establece la obligación del presidente a mantener la paz en la nación, pero también Zamora Bolaños alega que se viola el principio democrático del estado por contravenir al deseo de paz de la nación, así como la libre autodeterminación¹⁴⁸.

Aunado a lo anterior también se viola los artículos 7 y 149 de la constitución, dado que el artículo 7 establece la obligatoriedad de los convenios firmados por el Estado y el 149 la responsabilidad del presidente y el Ministro de Gobierno en caso de no cumplir con sus obligaciones.

Por primera parte, la Sala Constitucional (en adelante Sala) analiza que en el caso concreto no es fundado decir que se está frente a una declaratoria de guerra por parte del Estado costarricense, pues para la Sala, existe dos puntos interesantes, el primero es que quienes se duelen de este acto son los que promovieron la acción en conjunto con Zamora Bolaños y solamente ellos, lo cual conlleva a establecer que dicha declaración de apoyo a Estados Unidos es, en efecto, una declaración de guerra, para luego del reconocimiento de que es una declaración de guerra decretar su inconstitucionalidad. Y el segundo punto fundamental de la Sala para establecer que no se está frente a una declaración de guerra es la carencia de elementos formales para un acto jurídico de trascendencia jurídica.

En su considerando IV de la sentencia, la Sala de una excelente clase de derecho constitucional al establecer la relación entre los valores constitucionales reconocidos y la sociedad, esto es a razón de dictar:

¹⁴⁸ Sala Constitucional de la Suprema Corte de Justicia de Costa Rica, 8 de septiembre de 2004, Exp: 03-004485-0007-CO, Resultandos párrafo 1.

la existencia de la paz como uno de los valores constitucionales que informan nuestro ordenamiento, claramente distinguible no solo mediante la comprensión sistemática de nuestro texto constitucional, sino también como "constitución viva", según denomina la doctrina aquella particular manera en que el bloque normativo constitucional es entendido y actuado en la realidad por la sociedad.

Asimismo, la Sala, reconoce la paz como un valor constitucional que es parte de la identidad costarricense pues afirma que los valores fundamentales de la sociedad costarricense son, la paz, la democracia, la dignidad humana y el Estado Social de Derecho.¹⁴⁹

Es así como la Sala decide declarar inconstitucional el decreto de apoyo a Estados Unidos a raíz del estudio de la paz como valor constitucional inherente al pueblo costarricense, y que los actos de guerra son contrarios a lo que establece la constitución y al sistema internacional que forma parte con el cuerpo normativo constitucional de Costa Rica de acuerdo con el artículo 7 de la constitución.

El maestro Néstor Pedro¹⁵⁰ realza la importancia de esta sentencia y apunta que los comunicados emitidos por el presidente de Costa Rica violaban lo dispuesto por los artículos 7 y 12 constitucionales. Donde se plantea una cuestión fundamental, la justiciabilidad de las *política lquestions* donde se abordan temas como lo son la paz y la guerra, que se encuentran fuera del escrutinio judicial por ser temas políticos.

Sin embargo, el desarrollo jurisprudencial de Costa Rica permite el examen de constitucionalidad sobre estos temas, ya que la constitución está compuesta por normas y principios como la paz, que sirven de guías para el actuar público, siendo una constitución viva que debe ser "entendida y actuada en la realidad social" ya que la doctrina del *living constitution* afirma que las constituciones no solo son textos normativos; la constitución costarricense permite una interpretación mutativa por adición al artículo 12 constitucional y el principio de paz, los cuales facultan a la Sala para declarar violaciones a la Carta de las Naciones Unidas y declarar inconstitucional los comunicados obligando a la

¹⁴⁹ Ídem, Considerando IV párrafo 1.

¹⁵⁰ Sagües, Néstor Pedro, *La Constitución Bajo Tensión*, Instituto de Estudios Constitucionales de Querétaro, México, 2016, p.p. 175-183.

presidencia a realizar las gestiones para la salida de Costa Rica del grupo de aliados contra el terrorismo.

Del análisis de las diversas sentencias se puede llegar a la conclusión de que la identidad constitucional es inherente a los valores de los pueblos, así como a las normas constitucionales.

Se observa como los núcleos duros constitucionales – como lo es en Colombia – funcionan al dar parámetros a sus jueces constitucionales al resolver una controversia de orden constitucional y con ello proteger los valores fundamentales de su constitución y su pueblo. Otro ejemplo lo hace Estados Unidos al dar una interpretación de la igualdad en sus ciudadanos dejando de lado la segregación racial.

Asimismo, se aprecia como los valores inherentes al pueblo, como lo es la paz, vienen a reforzar el contenido constitucional y dan pautas para resolver cuestiones fundamentales que afectan al ciudadano; ante todo lo anterior, se afirma que la identidad constitucional da, de facto, pautas para armonizar el dialogo constitucional entre constitución, Estado y ciudadanos. También da pautas para que los jueces constitucionales hagan control de constitucionalidad que permita proteger la constitución frente a los cambios constitucionales, o bien se armonice por medio de la interpretación la relación tripartita de constitución, gobierno y pueblo.

Capítulo III

La interpretación judicial y la identidad constitucional en el derecho comparado europeo y Sudáfrica

Sumario: 3.1 El caso de la Corte alemana. El desarrollo de una identidad constitucional preexistente, 3.1.1 Solange I, 3.1.2 Caso Solange II, 3.2. Reino Unido y la identidad constitucional, 3.2.1 Brexit ¿quién tiene el poder? ¿la corona o el parlamento?, 3.3. España en la interpretación de la identidad constitucional a la luz del caso catalán, 3.3.1 El discurso de identidad y el derecho a decidir, 3.3.2 La STC 103/2008 “El derecho a decidir”, 3.3.3 El recurso de inconstitucionalidad y la sentencia 42/2014, 3.4 Sudáfrica y su identidad, 3.4.1 Caso Zondi, 3.4.2 Caso Makwayane

La identidad constitucional no es un tema propio de la América Latina, como se ha dicho a lo largo de este trabajo, en Europa nace el término a raíz de los Tratados de conformación de la Unión Europea. Es así como este capítulo aborda el estudio de la identidad constitucional en Europa y Sudáfrica, en una selección de casos paradigmáticos que van desde la interpretación de las cláusulas constitucionales como lo es en Alemania en los casos Solange I y Solange II, a un estudio profundo del contexto en que se dan los problemas constitucionales planteados como lo es en Reino Unido (Brexit), España (País Vasco y Cataluña) y Sudáfrica. Este capítulo de derecho comparado europeo evidenciará la forma en que los tribunales asumen su identidad constitucional resolviendo conflictos normativos y sociales.

3.1 El caso de la Corte alemana. El desarrollo de una identidad constitucional preexistente

3.1.1 Solange I

La ley Fundamental de Bonn tiene características muy particulares, porque en sus cláusulas constitucionales se refleja su identidad constitucional, como lo son los artículos 1, 79 y 100 que reflejan el núcleo duro constitucional alemán: los derechos fundamentales y el federalismo (respeto a las competencias de los

Lander, del *Bundestag* y del *Bundesrat*). El constitucionalismo alemán sin duda ha generado doctrina bastante rica para lograr la resolución de conflictos constitucionales a través de su Tribunal Constitucional como se aprecia en *Solange I*.

Solange I, por su traducción al inglés “*as long as*”, surge por el tema de la integración de la Unión Europea como bloque comercial en 1974. El fondo versa sobre una empresa de importación y exportación que solicita la anulación de una decisión de una decisión administrativa basada en el reglamento de la Comunidad Económica Europea y jurisprudencia del Tribunal Europeo.

En esta sentencia, el Tribunal Constitucional Federal de Alemania estudia la relación entre el derecho comunitario y el derecho nacional, entorno a la cláusula de intangibilidad del artículo 79 (3) donde se establece la irreformabilidad de los artículos 1 al 20¹⁵¹ así como la división de los *Lander*s.

La constitución alemana tiene una serie de candados que protegen los derechos de los alemanes frente al derecho comunitario, tal es el control concentrado que se observa en el artículo 100 de la Ley Fundamental de Bonn:

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

Como se aprecia, el legislador alemán establece el proceso sobre el cual se realizará control de constitucionalidad, abarcando los *Lands* y la propia federación.

¹⁵¹Los artículos protegidos por el artículo 79 versan sobre el catalogo de derechos fundamentales, que se enlistan de la siguiente manera: Artículo 1 [Protección de la dignidad humana, vinculación de los poderes públicos a los derechos fundamentales]; Art. 2 [Libertad de acción y de la persona]; Art. 3 [Igualdad ante la ley]; Art. 4 [Libertad de creencia, de conciencia y de confesión]; Art. 5 [Libertad de opinión, de los medios de comunicación, artística y científica], Art. 6 [Matrimonio y familia], Art. 7 [Sistema escolar], Art. 8 [Libertad de reunión], Art. 9 [Libertad de asociación], Art. 10 [Secreto epistolar, postal y de telecomunicaciones], Art. 11 [Libertad de circulación y de residencia], Art. 12 [Libertad de profesión, prohibición del trabajo forzoso], Art. 13 [Inviolabilidad del domicilio], Art. 14 [Propiedad, derecho a la herencia y expropiación], Art. 15 [Socialización], Art. 16 [Nacionalidad, extradición], Art. 17 [Derecho de petición], Art. 18 [Privación de los derechos fundamentales], Art. 19 [Restricción de los derechos fundamentales], Art. 20 [Fundamentos del orden estatal, derecho de resistencia], disponible en: <https://www.btg-bestellservice.de/pdf/80206000.pdf>.

El Tribunal Constitucional resuelve en esta sentencia en favor del derecho nacional toda vez que para ellos al no estar integrado en su totalidad el derecho comunitario puede existir violaciones al derecho nacional y esto porque el propio Tribunal Europeo de Justicia establece en su jurisprudencia que el sistema comunitario no forma parte de los sistemas nacionales.

El artículo 24 de la Ley de Bonn, en su numeral 1 establece: "La Federación puede transferir, por vía legislativa, derechos de soberanía a instituciones interestatales", se tiene que ver entonces al sistema comunitario, según la sentencia, como un sistema intergobierno.¹⁵²

En esta transferencia de soberanía por la integración al derecho comunitario, es el propio Tribunal Constitucional quien a través del artículo 24 somete el sistema comunitario al control concentrado del artículo 100 ajustándolo a sus reglas de protección de derechos fundamentales.

La sentencia establece que no es suficiente hablar de primacía pues para ello existe el artículo 25¹⁵³ de la Ley Fundamental, en la cual queda de manifiesto que las reglas de derecho internacional público están en supremacía frente al derecho nacional, pero este crea derechos y obligaciones a todos los territorios de Alemania.

Sin embargo, como establece la sentencia, las reglas de derecho público, al ser constitucionalizadas, no se exceptúan del derecho constitucional obligatorio, es decir, el derecho internacional está sobre las leyes federales, más no sobre el derecho constitucional como tal.¹⁵⁴

¹⁵² El TC alemán establece que: "Considera que el Senado - en la medida compatible con la jurisprudencia del Tribunal Europeo de Justicia - en su jurisprudencia establece que el derecho comunitario no forma parte del sistema jurídico nacional sigue siendo el derecho internacional, pero un sistema judicial independiente es que fluye de una fuente independiente (BverfGE 22, 293 [296]; 31, 145 [173 f.]); para la comunidad no es un estado, especialmente un estado federal, sino "una comunidad propia en el proceso de integración progresiva", una "institución intergubernamental" en el sentido del Artículo 24 (1) de la Ley Básica" Tribunal Constitucional Alemana, Solange I, 29 de Mayo 1974.

¹⁵³ El artículo 25 de la ley fundamental de Bonn establece que: "[Derecho internacional y Derecho federal] Las reglas generales del Derecho internacional público son parte integrante del Derecho federal. Tienen primacía sobre las leyes y crean directamente derechos y obligaciones para los habitantes del territorio federal." Ley fundamental de Bonn, Alemania, disponible en: <https://www.btg-bestellservice.de/pdf/80206000.pdf>

¹⁵⁴ El TC estableció lo siguiente: Así como el artículo 25 de la Ley Fundamental no pone en tela de juicio el derecho internacional, establece que las normas generales de derecho internacional solo

En Solange se reconoce que el Tribunal Europeo protege derechos fundamentales con su jurisprudencia, pero esta protección devine de sus fallos; al tratarse de protección de derechos fundamentales de Alemania se sobrepone el derecho alemán frente al derecho comunitario pues es el derecho constitucional alemán el encargado de proteger estos derechos dado que esta es la tarea del Tribunal Constitucional Alemán y no del Tribunal Europeo como lo dice la constitución alemana.¹⁵⁵

Christian Tomuschat¹⁵⁶ analiza el contenido de Solange I y establece que el Tribunal Constitucional alemán se empoderó para estudiar la afinidad del catálogo de derechos fundamentales de la Constitución alemana comparado con la carencia de un catálogo por parte del derecho comunitario.

Tomuschat¹⁵⁷ se hace la pregunta ¿cómo la Comunidad en 1974 podía concebir la idea de crear a través del parlamento europeo un catálogo de derechos fundamentales a manera de poder constituyente para regir a la Comunidad Europea? Y esta pregunta es legítima pues el Tribunal Federal contrasta esa falta de un catálogo de derechos fundamentales frente al derecho nacional, a la luz del artículo 100 (1) de la Ley Fundamental. En virtud de no haber (en aquel entonces) un catálogo europeo, deberá prevalecer el derecho nacional.

Sin embargo, podemos concluir del estudio de esta sentencia que el Tribunal Federal protege la identidad constitucional de Alemania frente al derecho comunitario europeo de acuerdo con lo que disponen los artículos 24, 25 y 100 de su Constitución.

se aplican a la simple ley federal, y que ningún otro sistema jurídico (extranjero) se pone en tela de juicio si el orden público lo pone fin El Derecho comunitario no se cuestiona si, a modo de excepción, el Derecho comunitario no puede prevalecer sobre el Derecho constitucional obligatorio. Tribunal Constitucional Alemana, Solange I, 29 de Mayo 1974.

¹⁵⁵ El TC estableció: “Los derechos fundamentales pueden garantizarse legalmente en varias ocasiones y, por lo tanto, gozan de una protección judicial múltiple. El Tribunal Europeo sostiene, como su jurisprudencia identifica, también se encarga de la protección de los derechos fundamentales en virtud del derecho comunitario por sus fallos. para proteger los derechos fundamentales garantizados en la Ley Fundamental es, sin embargo, se basa únicamente el Tribunal Constitucional Federal como parte de la facultad que le confiere por las habilidades Ley Fundamental. Esta tarea constitucional no puede llevarlo a otro tribunal.” Véase: Tribunal Constitucional Alemana, Solange I, 29 de Mayo 1974.

¹⁵⁶ Tomuschat, Christian, “The defense of national identity by the German Constitutional Court”, en Saiz Arnaiz, Alejandro; Alcobarro Llivina, Carina; *National Constitutional Identity and European Integration*, Intersentia, Reino Unido, p.p 207-208.

¹⁵⁷ *Ídem*.

3.1.2 Caso Solange II

Solange II parecería ser una especie de retractación por parte del Tribunal Constitucional o bien una retirada de su *stare decisis*, sin embargo, esta sentencia realza la importancia de la protección de derechos fundamentales para los alemanes a pesar de la retirada de su política frente al derecho comunitario.

Derivado de otro conflicto comercial, Solange II se presenta como un estudio de constitucionalidad sobre los derechos fundamentales de los alemanes en correlación con la administración de justicia por parte de la Carta Europea de Justicia. En esencia la sentencia reevalúa la relación entre el derecho interno y el derecho internacional (o derecho comunitario).

Esta sentencia se puede resumir en el siguiente párrafo del Tribunal:

*“In view of this development it is to be ascertained: As long as the European Economic Areas, in particular the administration of justice of the court of law of the communities guarantee an effective protection of the fundamental rights compared with the sovereignty of the communities in general which is from the basic law as an indispensably compulsory basic legal protection basically *gleichzuechten*, particularly as guarantees the being salary of the fundamental rights in general, the Federal Constitutional Court will not exercise his jurisdiction about the applicability of the derived Community Law which is taken up as a legal basis for a behaviour of German courts and authorities in the Highness's area of the Federal Republic of Germany any more and not check this right consequently any more in the graduation of the fundamental rights of the basic law; suitable presentations after article. 100 paragraphs 1 Basic Law are inadmissible therefore.”*

Esto quiere decir que nuevamente la Corte Constitucional de Alemania realiza un estudio de su cláusula 100 de su ley fundamental, la cual exige el control concreto de las normas a efecto de no violentar la constitución. De la interpretación que hace el Tribunal se destaca el párrafo anterior, pues resalta que para él no es admisible la revisión constitucional de las normas y la suspensión de los procesos en términos del artículo 100 ya que lo que realmente importa a la comunidad alemana es la protección a derechos fundamentales.

Esto reafirma la identidad constitucional alemana al reafirmar su compromiso con la protección a los derechos fundamentales de sus ciudadanos frente a cualquier orden normativo, independientemente si este es creado por un acuerdo internacional para Alemania siempre existirá una prioridad de protección e derechos fundamentales para los alemanes frente a sus obligaciones internacionales.

3.2. Reino Unido y la identidad constitucional

3.2.1 Brexit ¿quién tiene el poder? ¿la corona o el parlamento?

El 23 de junio de 2016 en Reino Unido se realiza un referéndum que provoca un shock en todo el mundo y que “hace temblar a la economía mundial”¹⁵⁸ la pregunta era “*Should the United Kingdom remain a member of the European Union or leave the European Union?*”, la cual terminó por resolver que el Reino Unido se iba de la Unión Europea.

Los conflictos políticos y económicos que esto desencadenó termino por llevarse a instancias judiciales para determinar quién podía convocar dicho referéndum y promover la salida del Reino Unido de la Unión.

Para la High Court of Justice existe una distinción entre los poderes del parlamento y los poderes de la corona, es decir, decide llamar poder prerrogativo a las facultades que tiene la corona frente al poder que tiene el parlamento.¹⁵⁹ Esta distinción la realiza para establecer que la corona no tiene poder para realizar un referéndum a efecto de decidir si permanecen o no dentro de la Unión Europea.

La acción que tiene la corona dentro de sus facultades es la de ser notificadora de la decisión parlamentaria de salirse de la Unión Europea. Para la High Court of Justice existen poderes que son únicamente para el parlamento, tal es el caso del Brexit, la decisión sobre los tratados internacionales y su fuerza vinculante le compete al parlamento y no a la corona por ser una cuestión

¹⁵⁸De Paz González, Isaac; Amador Magaña, Diego Isaac; “Referéndums contemporáneos: Deliberación y problemas de su ejercicio en diversos contextos constitucionales” en *Estudios Constitucionales*, vol. 15, núm. 2, Centro de Estudios Constitucionales de Chile, Chile, 2017, pp. 83-122.

¹⁵⁹High Court of Justice Royal Court, 3 de noviembre de 2017, *The Queen on the application and The Secretary of State for Exiting the European Union*. CO/3809/2017 & CO/3281/2017.

constitucional. A pesar de esta decisión, se decide impugnar esta sentencia y que sea resuelta por la Suprema Corte del Reino Unido, quien en su resolución determina confirmar la sentencia de la High Court of Justice.

Los motivos para la Suprema Corte se basan en la naturaleza de las competencias de ambos poderes, para la Corte se estima que solo el parlamento puede tener ver cuestiones constitucionales relacionadas con los tratados internacionales de los cuales Reino Unido sea parte, frente a las facultades que tiene el Primer Ministro derivado del poder prerrogativo otorgado por la corona. En otras palabras, para la Suprema las cuestiones constitucionales son facultades exclusivas del parlamento.

Algunos argumentos importantes a destacar son los siguientes:¹⁶⁰

1.- De acuerdo con el párrafo 40 de la sentencia de la Suprema Corte el Reino Unido no tiene una constitución como código, sino que su ley fundamental se basa en los acuerdos que se han desarrollado a lo largo de la historia del Reino Unido, en su conjunto se conforma de acuerdos, estatutos, decisiones judiciales y escritos académicos, reconociendo al Suprema como una constitución flexible.

2.- Para la Suprema el poder del Ejecutivo bajo el poder prerrogativo de la corona ya ha quedado supeditado al control parlamentario, pues el principio de constitucionalidad indica para el Reino Unido la sumisión del Poder Ejecutivo a un escrutinio del poder parlamentario para evitar actos que puedan interferir con los derechos de las personas y otorga obligaciones al Ejecutivo de observancia a las limitaciones o restricciones que impone el parlamento.

3.- La Suprema Corte británica establece que existen tratados que no son autoejecutables y que un tratado no forma parte de la ley inglesa hasta que no haya pasado por manos de la legislación.

4.- Reitera la Suprema que la eliminación de responsabilidades impuestas por el parlamento al Ejecutivo en uso de su poder prerrogativo implican una anomalía en su sistema constitucional y que por tanto no se puede ir en contra de los derechos estatutarios en el uso de dicho poder.

¹⁶⁰Cfr. Suprema Corte 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 (Appellant)*, judgment, disponible en: <https://www.supremecourt.uk/cases/docs/uksc-2016-0196-judgment.pdf>

5.- Para el máximo tribunal británico es importante comprender el enfoque dualista de los tratados. Por un lado algunos necesitan de la creación de legislación para poder ser aplicables y otros son autoejecutables.

Se observa entonces que la identidad constitucional de Reino Unido se compone por un largo compendio de normas y por su tradición como bloque, donde en una cuestión sobre la división de poderes como es el caso Brexit, se puede observar a la Suprema Corte comprender la existencia del parlamento, los principios constitucionales y su larga trayectoria constitucional como nación que permiten un adecuado control de constitucionalidad sobre actos que pueden dañar por completo el sistema jurídico.

Lo cierto es que actualmente gracias a la determinación de la Suprema la situación del Brexit ha quedado estancada. Por una parte se habla de la existencia de un segundo referéndum convocado esta vez por el órgano legitimado o bien el terminar las negociaciones para la salida, sin embargo, esta última opción es la que se ve más lejana. Esto se debe al gran trabajo que ha realizado la Suprema Corte al establecer en sus decisiones como debe funcionar el control del poder.

3.3. España en la interpretación de la identidad constitucional a la luz del caso catalán

3.3.1 El discurso de identidad y el derecho a decidir

Sobre España y su identidad constitucional se pueden decir un par de cosas, cierto es que su modelo político es único y que su constitución no menciona una cláusula de intangibilidad constitucional o núcleo duro como tal. Empero, hay una situación paradigmática que ha permitido el debate sobre su identidad constitucional y que logra establecer un estudio profundo de España y su identidad. El caso de Cataluña y todo lo que gira en torno a ella reflejado en sentencias y un referéndum por la autodeterminación, incluso presos e imputados por delitos de sedición reflejan quizá los pilares de la identidad constitucional española frente a un gran problema como lo fue el caso catalán.

Para estudiar el caso catalán no basta con saber lo sucedido el 1 de octubre de 2017, se tiene que comprender el contexto y dimensiones de la

problemática. En el capítulo 1 se mencionaba que el discurso de identidad nacional se podía ver reflejado en los catalanes y el País Vasco en sus discursos pro-nacionalistas en favor de su cultura, lenguaje e historia frente a España. No es de olvidar que por ello también se crearon movimientos como la ETA.¹⁶¹

Para Ferreres Comella,¹⁶² en los catalanes hay una idea de que tienen un derecho a decidir al cual también se le puede llamar derecho a la autodeterminación, amparado en su sistema político parecido al federalismo. Define el autor este derecho a decidir como un apelativo de los ciudadanos a tomar conciencia y decisión sobre las políticas, pero este derecho es llevado más allá, se aboca por la opción de la determinación de su permanencia en España como decisión política.

Este derecho o idea que se tiene sobre su autodeterminación se ha vertido en juicios ante el Tribunal Constitucional Español (en adelante TCE), las sentencias clave que permitirán dilucidar esta situación constitucional serán la STC 103/2008, STC 42/2014 y el recurso de inconstitucionalidad 8912/2010

Las sentencias mencionadas en el epígrafe anterior se interrelacionan respecto al derecho que se tiene de convocar a referéndum para tomar una decisión política. La primera de ellas (STC 103/2008) refiere al proceso de paz en el País Vasco y la consulta ciudadana, sentencia que servirá para estudiar el problema catalán a la luz de la jurisprudencia del TCE.

3.3.2 La STC 103/2008 “El derecho a decidir”

La primera sentencia del TCE sobre el derecho a decidir devine del conflicto constitucional entre el País Vasco y el gobierno español. El Parlamento Vasco había aprobado una ley que facultaba al Lehendakari¹⁶³ a realizar una consulta en

¹⁶¹ Si hay algo que se puede atribuir a los actos terroristas de ETA es lo que menciona Pablo Iglesias, que a pesar del odio generalizado que provocó los ataques terroristas de ETA se generó un conceso sobre las políticas antiterroristas y los excesos que en ella existía, más cuando un Eurodiputado de Podemos en Estrasburgo tuvo que denunciar las prácticas de tortura derivado de estas políticas, las cuales estaban validadas por la audiencia nacional. Siendo un logro rescatabable que existiera un conceso político sobre la situación. Véase Iglesias, Pablo; *Disputar la democracia Política para tiempos de crisis*; Akal, España, p.p.32-38.

¹⁶² FerreresComella, Victor; “Cataluña y el derecho a decidir” en *Teoría de la Realidad Constitucional*, núm. 36, España, 2016, p.p. 461.475.

¹⁶³ Término vasco para denominar al presidente del gobierno en la comunidad del País Vasco.

la cual una de las preguntas refiere a un “acuerdo democrático sobre el ejercicio del derecho a decidir del pueblo vasco”.¹⁶⁴

El Estado por medio del Abogado del Estado alegaba la inconstitucionalidad de la ley por vicios de competencia, consideraba que la entidad autonómica no puede legislar en materia de referéndums. Por otra parte reconoce el Abogado del Estado que existe una violación material al reconocer al pueblo vasco como un nuevo sujeto soberano.¹⁶⁵

Por su parte, el País Vasco alega que existe una competencia implícita autonómica que permite la consulta popular no referendaría como lo hace la ley creada por el Parlamento Vasco, por lo que hace a la violación material refiere que la consulta pretende un estado de conocimiento de la opinión pública que no viene a ocasionar un conflicto con el orden público constitucional ni anticipar consecuencias jurídicas.

El TCE estima necesario analizar la naturaleza del referéndum para determinar la competencia legislativa, por lo que establece que el referéndum es un instrumento de participación directa regulado por la constitución y para los ciudadanos, es exclusivo para el ejercicio de la participación política y se ejerce a través de los representantes y que excepcionalmente puede ser ejercida directamente por el pueblo.

Afirma el TCE que el referéndum es una especie de consulta popular y que el sistema democrático español es un sistema representativo que tiene su soberanía en las Cortes Generales y voluntades autonómicas en los respectivos Parlamentos de las Comunidades Autónomas de España, en tal sentido los mecanismos de participación ciudadana están restringidos en los términos que indica la constitución española. El TCE establece que la democracia constitucional española garantiza la participación ciudadana en la vida política a través de la elección de sus representantes en las Cortes Generales, Parlamentos y Ayuntamientos.

¹⁶⁴ Tribunal Constitucional Español, STC 103/2008, 11 de septiembre de 2008, disponible en: https://www.boe.es/diario_boe/txt.php?id=BOE-T-2008-16292 y http://www.te.gob.mx/ccje/Archivos/Dr.Castella/6%20sentencia_del_tribunal_constitucional_103_2008.pdf

¹⁶⁵ *Idem.*

Por tanto, el objeto de la ley vasca a la luz del criterio constitucional del TCE resulta ser un referéndum sobre del cual no hay un título competencial que lo ampare, ni mucho menos en potestades implícitas que derivan del principio democrático, por lo que es competencia exclusiva del Estado y no de las comunidades.

Por lo que hace al derecho a decidir el TCE se concreta en dos argumentos: el primero versa sobre que la constitución española es un instrumento donde caben las distintas opciones políticas. Esto permite visualizar que el TCE comprende que la identidad constitucional española esgrima en el reconocimiento de las diferencias entre sus comunidades donde no permite un derecho a decidir cómo auto-determinarse puesto que la constitución será el instrumento que los une a todos ellos como Estado. El segundo argumento versa sobre la cuestión de un nuevo sujeto soberano que sería en este caso el pueblo vasco, en relación con el argumento anterior, para España el pueblo es el único y no se divide.

Por ende, termina por declarar la inconstitucionalidad de la ley vasca. El TCE en esta sentencia precisa de manera clara la identidad de la constitución española así como la composición social y comprende las diversidades sociales.

3.3.3 El recurso de inconstitucionalidad y la sentencia 42/2014

La sentencia sobre el caso del País Vasco se volvió una especie de sentencia molde para determinar los derechos democráticos de los españoles y tratar temas que intervengan con un derecho a la autodeterminación. Cataluña ha tenido conflictos con España respecto a este derecho, incluso el 1 de octubre de 2017 promovieron un referéndum de autodeterminación por conducto del ex presidente de la *Generalitat* Carles Puigdemont, a pesar de la ilegalidad de dicho referéndum.¹⁶⁶ Sin embargo, este problema no se desato el 1 de octubre, ya había

¹⁶⁶ De Paz González, Isaac; Amador Magaña, Diego Isaac; “Referéndums contemporáneos: Deliberación y problemas de su ejercicio en diversos contextos constitucionales” en *Estudios Constitucionales*, vol. 15, núm. 2, Centro de Estudios Constitucionales de Chile, Chile, 2017, pp. 83-122.

intervenido el TCE anteriormente en Cataluña y sus referéndums, tal es el caso de la sentencia que resuelve el recurso de inconstitucionalidad 8912-2010.

El recurso de inconstitucionalidad 8912-2010 narra sobre la impugnación que se realiza a la Ley 4/2010 de Parlamento de Cataluña. Esta ley regula las consultas populares vía referéndum, lo cual motiva al Abogado del Estado en representación del Presidente del Gobierno a impugnarla por falta de competencia para regular dicha materia.¹⁶⁷

La impugnación constitucional se basa en que la Ley 4/2010 crea dos figuras nuevas: a) las consultas en el ámbito de políticas trascendentales en Cataluña y b) el referéndum en el ámbito municipal.

Para el TCE la impugnación en esencia es un conflicto competencial que su jurisprudencia y doctrina ya han resuelto, puesto que no ha sido la primera vez que se pronuncian sobre la Ley Orgánica que regula las modalidades de los referéndums y la Constitución de España. El TCE reconoce que en los Estados Federales y Regionales existen competencias para la regulación de dichas consultas populares o referéndums.

Sin embargo, resalta que en España dicha competencia es única para el Estado. Esto refiere a que solo España puede promover y regular los referéndums y a la Comunidad Autónoma le corresponde la aplicación de la norma, es decir, aplicar los referéndums. Por tanto, al interpretar el artículo 122 de la constitución, el TCE destaca que no se permite la creación de nuevas figuras de referéndum y mucho menos que sea una Comunidad Autónoma quien lo regule.

Se observa que el TCE reitera que su identidad constitucional contiene facultades exclusivas a España y que no pueden deslindarse a otras comunidades, es decir, que la forma en que lleva España su democracia y su vida política es en unión como Estado y no en sectores. Empero, esto no basto en Cataluña para un nuevo intento de referéndum.¹⁶⁸

¹⁶⁷Tribunal Constitucional Español, Recurso de inconstitucionalidad 8912-2010, 10 de mayo de 2017, disponible en:https://www.tribunalconstitucional.es/NotasDePrensaDocumentos/NP_2017_025/2010-8912%20STC.pdf

¹⁶⁸*Ídem.*

En 25 de marzo de 2014 el TCE tuvo que volver a pronunciarse sobre cuestiones políticas de Cataluña, en esta ocasión sobre la declaración de soberanía y el derecho a decidir que ellos se habían atribuido.

La sentencia STC 42/2014 recae sobre la impugnación formulada por el Abogado del Estado sobre la Resolución 5/X del Parlamento de Cataluña, en esta resolución parlamentaria se aprueba el derecho a decidir del pueblo catalán y una autoproclamación de soberanía.¹⁶⁹ Para el TCE es importante distinguir entre si es meramente un acto político o bien un acto con implicaciones jurídicas. Ya que para el TCE reconoce que su función es dentro de los actos jurídicos y no propiamente políticos.

En esta ocasión el TCE acepta que la Resolución 5/X tiene efectos jurídicos ya que es una declaración de soberanía que permite al pueblo catalán tomar decisiones como si este fuera un cuarto poder que tiene facultades por encima de la autonomía que la propia Constitución de España les reconoce como comunidad autónoma.¹⁷⁰ Para el TCE esta declaración de soberanía es similar a la sentencia 103/2008, puesto que el TCE declara que la constitución reconoce la soberanía en el pueblo español como una unión de donde devienen los poderes públicos políticos, por lo cual conformar un cuarto poder o dotar de soberanía a una parte del pueblo es ir en contra de la constitución.

Por tanto, para el TCE no se puede dotar de facultades a una Comunidad Autónoma para que ellos decidan su autodeterminación política, ya que eso en la propia constitución no existe. Por lo cual el TCE decide declarar la cláusula de soberanía de la Resolución 5/X como inconstitucional y declarar la nulidad de la existencia del derecho a decidir del pueblo catalán al no existir este derecho como tal en la constitución.

Sin embargo, se decide ir en contra de la identidad constitucional interpretada por el TCE y se promulga el referéndum de autodeterminación el 1 de octubre de 2017. El 17 de octubre de 2017 el TCE se pronuncia sobre el referéndum de autodeterminación catalán estimando que la Ley 19/2017 – la cual

¹⁶⁹Tribunal Constitucional Español, STC 42/2014, 10 de abril de 2014, disponible en: https://www.boe.es/diario_boe/txt.php?id=BOE-A-2014-3885

¹⁷⁰*Idem.*

es promulgada por el Parlamento catalán para llevar acabo el referéndum – es inconstitucional a todas luces por ir en contra de los principios constitucionales de España. Incluso el TCE determina que esta acción que deriva de la Ley que faculta al Parlamento a realizar dicho referéndum puede encuadrarse como una “infracción constitucional” al desacatar el mandato constitucional y su fuerza coercitiva.

En consecuencia, el TCE determina por anular completamente la ley por violentar la constitución. Es así como el TCE logra con su jurisprudencia establecer los criterios con los cuales se puede estudiar su identidad constitucional, ya que el TCE en estas sentencias ha determinado los principios fundamentales de lo que constituye a España como nación y cuáles son sus pilares constitucionales.

3.4 Sudáfrica y su identidad

3.4.1 Caso Zondi

El caso Zondi se desarrolla en torno a un conflicto entre particulares derivado de una mujer negra que ha quedado viuda y su nivel de pobreza solamente le alcanza para vivir de su ganado que le da comida y ventas, esta mujer negra de apellido Zondi reside en el ganado del señor Cook, quien le demanda el desalojo del ganado o de lo contrario se tendrá que confiscar. Donde la Corte tiene que analizar si la ley conocida como KwaZulu-Natal – en adelante Ordenanza – limita injustificadamente el derecho al acceso a la justicia, el derecho a la igualdad, derecho a la acción administrativa entre otros.¹⁷¹

Esta Ordenanza nace a raíz de las políticas de segregación racial, en un momento histórico muy complejo para la comunidad negra en Sudáfrica, donde estas políticas se caracterizaban por negarle tierras a los negros. Este conflicto histórico ha escalado tanto que los africanos negros han utilizado la invasión de tierras como un recurso para recuperar tierras que consideran como históricamente de ellos y por tanto consideran que confiscar su ganado es

¹⁷¹ Corte Constitucional de Sudáfrica, 15 de octubre de 2004, Case CCT 73/03, disponible en: <http://www.saflii.org/za/cases/ZACC/2004/19.pdf>

ilegítimo. Por su parte los granjeros blancos ven esta acción como un atentado a sus tierras que han obtenido legalmente y por ende confiscar el ganado de los africanos negros es su única garantía de mantener sus terrenos a salvo.¹⁷²

La Ordenanza promueve un esquema en el cual se resolverán estos conflictos entre ganaderos y granjeros. Sin embargo, la Corte se cuestiona si este esquema viola o no el derecho al acceso a las cortes. Para la Corte dicho esquema da ventajas al terrateniente de tal suerte que no le permite al propietario del ganado una protección judicial efectiva, es decir, dicho esquema permite al terrateniente confiscar y vender el ganado para asegurar su pago por los daños y gastos por la incautación del ganado que se encontraba en su tierra.

La Corte establece que el efecto del esquema propuesto por la legislación es dejar fuera a la Corte del escrutinio de un asunto de orden público e histórico que deviene de la época colonial y hacerlo ver como una cuestión agraria ordinaria. Empero, para la Corte es una cuestión que recuerda la amarga exclusión social y desposesión de tierras, también el esquema no toma en cuenta que a los ganaderos que solamente pueden vivir de su ganado, por tanto asegura la Corte que el efecto de este esquema es remover de los tribunales los grandes conflictos derivados de los problemas de la tierra. Por tanto, el esquema propuesto por la Ordenanza si limita el derecho de acceder a los tribunales, violentando la constitución.

Para la Corte es fundamental observar el derecho al acceso a los tribunales como un derecho pilar para el funcionamiento del Estado de Derecho ya que deviene del principio del *rule of law*, por tanto para que una democracia funcione y el Estado de Derecho funcione es fundamental que los súbditos puedan acceder a los tribunales y sean estos quienes resuelvan los conflictos entre gobierno y súbdito, puesto que entre más complicado sea la cuestión es más importante la tarea del tribunal para ser quien aplique los principios del derecho y haga funcionar el *rule of law*.¹⁷³

¹⁷² *Ídem.*

¹⁷³ *Ídem.*

Sobre el derecho a la igualdad la Corte refiere que la Ordenanza buscaba separar a los blancos de los negros y por tanto el esquema que propone para la resolución de los conflictos de la tierra es discriminatorio y violatorio de la constitución y el Bill of rights.¹⁷⁴

Otro aspecto importante que va contra la Ordenanza es que la misma en su esquema permite confiscar el ganado sin notificar la decisión y esto genera parcialidad en el sistema. La Corte estima que es un derecho fundamental ser notificado para poder oponer excepciones a las decisiones adversas.

Ante estas circunstancias la Corte comprende que la tarea de remediar las problemas de la Ordenanza es una tarea que le corresponde a las legislaturas y no propiamente a las cortes y serán ellos quienes determinen las cuestiones políticas que tengan que considerarse para resolver estos conflictos, por tanto al existir derechos violados la Corte decide darle la razón a Zondi sobre su impugnación contra la aplicación de la Ordenanza y protección de su ganado.

Se observa entonces que la Corte aplica sus conocimientos sobre la historia de su pueblo y su identidad para dar una solución jurídica, ya que comprende los momentos históricos de la creación de diversas leyes y se enfoca en su rol como Corte al resolver y proteger la constitucionalidad de los actos y garantizando una efectiva justicia a justiciables. También la Corte interpreta los principios de su constitución para permitir la resolución efectiva de estos casos, dando su lugar al Legislativo como creador de derecho para que sea él quien termine por resolver estas cuestiones desde el ámbito político.

3.4.2 Caso Makwayane

El caso Makwayane y Mchunu versa sobre la pena de muerte que pretende ejecutarse sobre ellos al ser condenados por cuatro cargos de homicidio, un cargo de tentativa de homicidio y un cargo de robo agravado. El presente asunto fue desestimado por el Tribunal de Apelación quien consideró que las penas eran justas de acuerdo con los delitos cometidos.¹⁷⁵

¹⁷⁴ *Ídem.*

¹⁷⁵ Corte Constitucional de Sudáfrica, 6 de junio 1995, Case No. CCT/3/94, disponible en: <http://www.saflii.org/za/cases/ZACC/1995/3.pdf>

Sin embargo, el Tribunal de Apelación consideró que debía valorarse si era constitucional o no la aplicación de la pena de muerte debido a la prohibición de la Constitución de Sudáfrica la cual entro en vigor en 1993, ya que el caso es anterior a la constitución. Por lo que la tarea de la Corte es pronunciarse sobre la aplicación de la constitución y su prohibición en la pena de muerte.

Para la Corte en este caso es importante revestir la historia de las constituciones o como se fueron formando en los debates parlamentarios para poder interpretar lo que estas quieren establecer en los casos en concretos, cita ejemplos de Estados Unidos, Serbia, Canadá y Alemania, como tribunales constitucionales que en casos complicados de interpretación constitucional hacen referencia a los debates parlamentarios que tuvieron como objeto crear la norma constitucional.

Esta referencia histórica que hace la Corte sobre los debates parlamentarios lo trae a colación ya que la discusión de la pena de muerte y su constitucionalidad fue parte de los debates que dieron origen a la Constitución de Sudáfrica.

Para la Corte si esta cuestión se hubiese presentado después de la entrada en vigor de la constitución sería una cuestión sumamente sencilla, sin embargo, al presentarse tras un nuevo parlamento la constitución toma un significado diferente ante esta situación. Esto es porque la constitución busca reunir a un país que se encontraba separado por la segregación racial, por tanto no es una consecuencia de las funciones de un parlamento, sino una consecuencia de la necesidad social de entrar en una nueva etapa como nación.¹⁷⁶

La Corte estima importante precisar que el estudio de su constitución debe hacerse a la luz del derecho interno y podrá apoyarse en el derecho internacional o la jurisprudencia extranjera pero no están obligados a seguirla, que lo que realmente importa en la cuestión constitucional sudafricana es el entendimiento de su historia constitucional, lenguaje y cultura constitucional.

Esta pequeña reseña permite observar que la Corte se plantea entonces un estudio sobre las limitaciones de los derechos fundamentales a raíz de que la

¹⁷⁶ *Ídem.*

pena de muerte puede ser una forma de limitar el derecho a la vida, lo cual lleva entonces a la Corte a evaluar en el derecho comparado cómo funcionan las limitaciones a los derechos fundamentales.

Después de un estudio exhaustivo la Corte llega a concluir que el derecho a la vida y la dignidad es el derecho más importante entre todos los derechos. Estos derechos deben estar incluidos en todas las acciones del Estado, incluyendo las sentencias penales. Por lo tanto, para la Corte la retribución que genera una pena de muerte no puede tener el mismo peso que los derechos fundamentales reconocidos en la constitución, más cuando la pena de muerte no ha servido como política criminal para atacar los homicidios.

Por tanto, la Corte estima que la pena de muerte a pesar de ser anterior a la constitución es inconstitucional por su incompatibilidad con los derechos reconocidos por la constitución.¹⁷⁷

Estos casos africanos permiten observar que la Corte valida su identidad constitucional en la comprensión de las cláusulas constitucionales a través del tiempo, es decir, su comprensión histórica como una nación que busca dejar atrás la segregación racial y busca mirar a nuevos horizontes con el respeto de los derechos fundamentales, en ambos casos se observa como la Corte estudia los problemas sociales complejos desde esta óptica reforzando la identidad de pueblo y sus núcleos duros constitucionales como un complejo de identidad constitucional en aras de salvaguardar la constitución.

Se puede concluir del estudio de estos casos que la identidad constitucional en los diversos país del mundo se encuentra arraigada a las cuestiones que llevaron a esos Estados a su evolución, tal es el caso de Alemania que es proteccionista y nacionalista, Reino Unido que comprende que la corona tiene que ser sometida al control parlamentario en aras de respetar la democracia constitucional que han construido por siglos, España que comprende que sus diferencias culturales entre diferentes Comunidades Autónomas no debe ser pretexto para separarlos como Estado, sino que debe ser un pretexto para leerse como un Estado unido.

¹⁷⁷ *Ídem.*

Finalmente Sudáfrica que observa el sufrimiento social que tuvo a bien crear una nueva constitución que plantea los nuevos valores de la sociedad y busca en todo momento protegerlos, de eso se trata interpretar con identidad constitucional, reconocer los diferentes aspectos del constitucionalismo global y proteger las constituciones de los abusos de poder.

Capítulo IV

La interpretación judicial y la identidad constitucional en México

Sumario: 4.1. Los problemas Constitucionales de México, 4.2. La identidad constitucional de 1917, 4.3. La erosión de la identidad constitucional mediante las reformas, 4.3.1 La Reforma Energética, 4.3.2. La Reforma Laboral, 4.4 El juez constitucional como protector de la identidad constitucional mexicana, 4.4.1 Amparo en revisión 622/2015, 4.4.2 Amparo en revisión 708/2017

La interpretación constitucional en México es variada por la diversidad de criterios de los intérpretes de distinto nivel, lo que afecta a la identidad constitucional. En México es tratar de descifrar y comprender su cultura, pues han pasado 100 años desde su última constitución, pero existe una gran cantidad de reformas constitucionales. ¿Cuál será la identidad de México? ¿Se encontrará en el pasado? ¿La podemos observar fácilmente o esta erosionada por los cambios constitucionales drásticos? Una nota característica del constitucionalismo mexicano son los derechos sociales, quizá estos últimos sean su identidad, quizá estos han sido reformados y se ha perdido su fuerza en la palestra constitucional mexicana, por tanto, es necesario abordar los problemas constitucionales, reformas y finalmente el papel del juez constitucional mexicano para la protección de la identidad, estudiando un ejemplo y un contraejemplo que nos permita examinar a México y su identidad constitucional. Este capítulo es el núcleo esencial del presente trabajo, aquí se observa todo lo aprendido a lo largo de la investigación aplicado al caso especial de México.

4.1. Los problemas constitucionales de México

El estado del arte mexicano en torno a su constitucionalidad nos advierte su longevidad, su aplicación y su reformabilidad. La constitución vigente trata de una de 100 años de antigüedad, lo cual en primera instancia pone de manifiesto los diversos cambios de una sociedad en un centenar de años; la percepción social que se respira en México es la del caos constitucional ante el umbral de cada

sexenio, un paquete de reformas constitucionales como solución a los problemas del Estado.

También la desigualdad social estructural, la impunidad y la corrupción vienen a abonar este sentimiento de fracaso constitucional en el Estado mexicano. Asimismo, de acuerdo con *The World Justice Project*,¹⁷⁸ podemos observar que México y el *Rule of Law*¹⁷⁹ han tenido diferencias sustanciales que han incrementado estos problemas constitucionales mexicanos.

Lo anterior es dado que el estudio que se hace a nivel global se observa cómo México en los índices de: 1.- Límites al poder del gobierno, 2.- Ausencia de Corrupción, 3.- Gobierno abierto, 4.- Derechos Fundamentales, 5.- Orden y seguridad, 6.- Cumplimiento de los procesos administrativos, 7.- Acceso a la justicia civil, 8.- Acceso a justicia penal, 9.- Justicia Informal, México es un país que reprueba en todos los aspectos, lo cual da un indicador de los problemas en mencionados.¹⁸⁰

Se puede afirmar que no hay una ruta de trabajo constitucional seria para México, solo se plantean reformas para generar un boterismo constitucional¹⁸¹ o en su peor planteamiento, una constitución de papel y no de facto que permita un buen gobierno que sea *ad hoc* a la identidad constitucional mexicana. La distancia entre Derecho y realidad muestra una crisis en la cual se ve involucrada la democracia constitucional.¹⁸²

Ante esta situación de fracaso constitucional, es necesario plantear nuevos retos para constitucionalismo mexicano. El Plan de Desarrollo Nacional serviría para comprender las intenciones que proyecta el gobierno federal, como afirma

¹⁷⁸ *TheWorldJustice Project* es un portal en internet que nos informa cada año como los países dan sus avances 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> fecha de consulta: 7 de mayo de 2018.

¹⁷⁹ Recordemos que hablar de Rule of Law, es hablar del imperio de la ley, la fuerza del derecho sobre las acciones del ser humano.

¹⁸⁰ El promedio que tiene México sobre estos aspectos es de 0.46 puntos, obteniendo en el ranking mundial el puesto 92 de 113 países que participan, así como el puesto 25 de 30 países en la región. Ídem, última consulta 7 de mayo de 2018.

¹⁸¹ De Paz González, Isaac; "Visión crítica de las reformas constitucionales frente al Estado de Derecho" en Cruz Martínez, Enrique; Cruz Martínez, Mario; *Perspectivas de los desafíos del Estado de Derecho en el México del Siglo XXI*, Tirant lo Blanch, México, 2017, p.163.

¹⁸² Ídem. p.p.158-159.

Cruz Martínez¹⁸³, para resolver los problemas de este país derivados de la crisis constitucional. Sin embargo, como lo dice el autor, la perspectiva financiera no avizora tiempos de prosperidad para México.¹⁸⁴ Los planes económicos para México si no logran un desarrollo económico no podrán generar estabilidad para el país, y esto tiene relación directa con las reformas constitucionales de los últimos cinco años, pues han sido denominadas reformas estructurales.¹⁸⁵

Otro aspecto fundamental que abarca los problemas constitucionales mexicanos es la seguridad pública y su relación con el Estado de Derecho (en adelante ED) mexicano, asimismo preguntarnos qué tipo de ED somos ¿un Estado Democrático de Derecho? ¿Estado Social de Derecho?; la constitución expresamente no indica si el Estado mexicano es un ED, ni en sus artículos transitorios; pero eso no quiere decir que no lo sea, para ello basta con una revisión de sus artículos constitucionales, políticas públicas e instituciones para comprenderlo.

Molina Cañizo¹⁸⁶ hace un estudio de estas dos situaciones, donde se aborda la seguridad pública y el ED mexicano, de lo cual ella refiere que el planteamiento de México como un ED es el de un Estado de Derecho Social y Democrático, pero también un Estado Constitucional, dada la fuerza normativa de nuestra constitución.

En fortalecimiento del argumento de la autora, se puede afirmar que una de las visiones históricas por la cual se conoce la constitución de Querétaro de 1917 es el derecho social como aporte, esto permite visualizar que la construcción del ED en México recae sobre la democracia y los derechos sociales.

¹⁸³ Cruz Martínez, Enrique; “El Estado de Derecho desde la perspectiva de las finanzas públicas: Expectativas limitadas a la luz de la austeridad presupuestal” en Cruz Martínez, Enrique; Cruz Martínez, Mario; *Perspectivas de los desafíos del Estado de Derecho en el México del Siglo XXI*, Tirant lo Blanch, México, 2017, p.25.

¹⁸⁴ *Ídem* p.p. 38-39.

¹⁸⁵ Sobre este planteamiento, se toma en consideración que la constitución va de la mano con el proyecto económico que funciona en un Estado. Por tanto, en México el Plan de Desarrollo Nacional avisa los planes económicos que logran un mayor desarrollo en el Estado, su relación con la constitución recae en los proyectos económicos que se quieran implementar y la necesidad de legislar o reformar para llevar a cabo dicho proyecto.

¹⁸⁶ Molina Cañizo, Elena; “La seguridad en el marco del plan Nacional de desarrollo 2013-2018: cómo estamos y a dónde nos dirigimos” en Cruz Martínez, Enrique; Cruz Martínez, Mario; *Perspectivas de los desafíos del Estado de Derecho en el México del Siglo XXI*, Tirant lo Blanch, México, 2017, p.248.

Otro gran conflicto constitucional que se asoma es la participación del derecho internacional en el derecho interno, en razón de que la reforma constitucional de 2011, si bien engrosa una mayor protección al ciudadano ha sido un problema para la autoridad, incluso para la SCJN, porque existe una bipolarización del derecho internacional: por un lado, el sentimiento nacional sobre los derechos humanos en un aspecto negativo frente a los problemas de seguridad pública; por otro lado, la poca aceptación del derecho internacional en la práctica judicial en la aplicación en del derecho interno, es decir, ese pluralismo normativo y sus efectos, como afirma De la Torre Torres:¹⁸⁷ la tradición ultra positivista de nuestra constitución alcanza su punto más álgido cuando positiviza la fuerza vinculante de los tratados internacionales en la constitución, pero son inaplicados.

Este problema del derecho internacional y del derecho interno, o bien, de la globalización jurídica, lo aterriza Contreras Acevedo¹⁸⁸ al afirmar que el problema de la globalización radica en la organización de los Estados nacionales y las políticas internas frente a las políticas internacionales donde la soberanía de los Estados juega un papel muy importante.

El derecho globalizado o derecho internacional, como resultado de la interacción de diversas entidades donde unas pueden ya estar desarrolladas y otras, como México, son entidades en desarrollo¹⁸⁹ es otro de los problemas de choque con el derecho interno. Asimismo, el derecho internacional cuenta con obstáculos por los efectos limitados que tienen las estructuras institucionales que se forman en la comunidad internacional a comparación de un Estado¹⁹⁰, así como las constituciones, la distribución del poder, incluso los intereses e identidades

¹⁸⁷ De la Torre Torres, Rosa María; “El bloque internacional de derechos humanos. Un reto para el constitucionalismo nacional” en Uribe Arzate, Enrique; Flores Martínez, Alejandra; *Retos y desafíos para el Estado Constitucional en la Globalización*, Plaza y Valdés editores, México, 2014, p.261.

¹⁸⁸ Contreras Acevedo, Ramiro; “La inevitable integración de los derechos humanos, como horizonte del derecho constitucional estatal y del nuevo derecho internacional público” en Uribe Arzate, Enrique; Flores Martínez, Alejandra; *Retos y desafíos para el Estado Constitucional en la Globalización*, Plaza y Valdés editores, México, 2014, p.283.

¹⁸⁹ Graziadei, Michele; “Themanyvoices of thelaw in theglobalisedworld: Legal monism, legal pluralism, and the new tasks of comparativelaw” en Bagni, Silvia, Figueroa Mejía, Giovanni A.; Pavani, Giorgia; *La ciencia del derecho constitucional comparado Estudios en homenaje a Lucio Pegoraro Tomo I*, Tirant Lo Blanch, México, 2017, p.p. 289-306.

¹⁹⁰ Cfr. Krisch Nico; *Beyond Constitutionalism*, Oxford University Press, Reino Unido, 2010, p. 263.

tanto en el ámbito nacional como en el internacional son un factor de conflicto en la normatividad constitucional mexicana¹⁹¹, pues México ha entrado a este sistema globalizado de derecho y es parte ahora de estos problemas.

En atención a estas problemáticas es fundamental preguntarse qué ha pasado con la identidad constitucional mexicana, qué ha sido desde 1917, hay identidad constitucional mexicana o se ha erosionado, es posible perder la identidad. Estas preguntas permitirán analizar la situación en la que encontramos hoy el constitucionalismo mexicano; importante es recalcar que el papel que juega la Suprema Corte de Justicia de la Nación (en adelante SCJN) ante estos problemas constitucionales.

4.2. La identidad constitucional de 1917

México, de acuerdo con su constitución tanto político-formal, es un estado federal, pero también no hay que olvidarnos que el contexto en que se forma esta federación precede a la Revolución Mexicana que da pie a la constitución de 1917.

México deviene de un colonialismo que cambia con la independencia a un estado federal, de tal suerte que en 1824 se imita el federalismo norteamericano.¹⁹²

Sin embargo, la historia constitucional mexicana marca un segundo momento fundamental y es la creación de la constitución 1857, a esta constitución le toca la suerte de ser defendida tras la guerra civil mexicana entre liberales y conservadores, que incluso sufre a lo que llama Fuentes Catón¹⁹³ un “auto golpe de Estado” por parte del aquel entonces presidente Ignacio Comonfort. Tras la guerrilla interna y la defensa del Estado mexicano viene el tercer movimiento en la orquesta constitucional mexicana, la Revolución Mexicana.

¹⁹¹ Para comprender más sobre esta problemática del pluralismo y las normas postnacionales y su interacción con las nacionales, léase a Krisch Nico *Beyond Constitutionalism*, Oxford University Press, Reino Unido, 2010.

¹⁹² Izquierdo Muciño, Martha E.; “El nuevo federalismo mexicano” en Uribe Arzate, Enrique; Flores Martínez, Alejandra; *Retos y desafíos para el Estado Constitucional en la Globalización*, Plaza y Valdés editores, México, 2014, p.225.

¹⁹³ Para saber más sobre la historia mexicana durante el periodo del Presidente Juárez y Maximiliano de Habsburgo, y lo que pasó con la Constitución de 1857 léase a Fuentes Catón, A.; *La otra historia de México Juárez y Maximiliano La roca y el ensueño*. México: DIANA. 2009.

La constitución de 1917 ha cumplido 100 años, y por ello es fundamental analizar su realidad frente a un México de muchos cambios, por lo menos desde 1994 hasta la actualidad.¹⁹⁴ Sin embargo, desde sus orígenes ya existían críticas a esta constitución como refiere Ugarte¹⁹⁵ pues “siempre prometió lo que no pudo cumplir” ya que no preveía los mecanismos necesarios para defender los derechos del ser humano, pero Ugarte reconoce que aunque no se protegían bien los derechos humanos si existía un catálogo bastante rico de derechos fundamentales que en aquel entonces se llamaban garantías individuales.

También hay que apuntalar que el presidencialismo ha sido un factor determinante en México como sistema político, ya que es factor característico de América Latina y como tal en México predomina la fuerza del Poder Ejecutivo frente al Legislativo.¹⁹⁶ Esto no permite una verdadera democracia como tal donde el sistema de pesos y contrapesos no es suficiente, aunque en la actualidad se encuentran mecanismos para ejercer control político.

Con lo anterior también es necesario comprender que para 1917 el militarismo era una especie de autoritarismo; esta constitución no hizo más que maquillar esa fuerza descontrolada de la figura presidencial, es decir, no pudo cumplir con lo que prometía de organizar un Estado Democrático como señala Ugarte.¹⁹⁷

Aunque Oropeza¹⁹⁸ sostiene que la constitución del 17 no fue tan generosa con los derechos humanos en comparación con la de 1857; es de reconocer que

¹⁹⁴ Se hace esta referencia de años ya que es en 1994 cuando se hace una reforma estructural en el Poder Judicial de la Federación, en 2008 se cambia el sistema penal, en 2011 se integra la reforma en derechos humanos y con ello una nueva pragmática en la forma en que se concibe el derecho en México, y tras estos últimos 5 años, es decir de 2013 a 2018 el actual gobierno de Enrique Peña Nieto ha concretado reformas estructurales en materia educativa, financiera, telecomunicaciones, energética.

¹⁹⁵ Ugarte S., P.; “Camino a la Democracia Constitucional en México”. en *Isonomía*, núm. 36, Abril de 2012, pp. 189-206.

¹⁹⁶ Bernal Pulido, Carlos; “La democracia como principio constitucional en América Latina”, en *Cuestiones Constitucionales*, Universidad Nacional Autónoma de México, núm. 17, julio-diciembre, 2007, p.p.31-51.

¹⁹⁷ Ugarte, P. S. op. cit.

¹⁹⁸ Oropeza, M. G.; “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, 1998.

esta constitución, como afirma Horn,¹⁹⁹ ha servido de guía para otras constituciones, tales como la de Weimar en 1918, incluso su catálogo de derechos sociales ha servido de manera positiva; un ejemplo es la constitución rusa de 1918 donde el comunismo preponderante de aquella nación establece una relación de poder del proletariado frente a la burguesía, algo que en México no se asomaba como tal, pero si buscaba con relación en su artículo 123 un balance entre las fuerzas del obrero y el patrón.

Esta antesala vislumbra un cuadro de lo que podría ser la identidad constitucional de México en 1917, un México impreciso pero deseoso de cambiar y poner fin a los abusos del poder, aunque no tuviera claro el cómo se haría, lo cual obliga a preguntar si el hiperpresidencialismo es la identidad de esta constitución o la identidad es un proyecto de democratización del poder – en el entendido que busca dejar atrás la dictadura y entrar a una nueva etapa – y protección de los derechos fundamentales del mexicano.

La primera hipótesis de este problema trae consigo una falacia, pues si bien se afirma que la identidad es un hiperpresidencialismo desbocado tendría que aceptarse que en México ningún valor tienen el poder legislativo ni el poder judicial en la toma de decisiones del juego político, pero hay que recordar que son los miembros del poder legislativo quienes vienen a ser un contrapeso cuando se trata de las finanzas públicas al ser ellos quienes aprueban el presupuesto diseñado por el ejecutivo, y el poder judicial controla la constitucionalidad de los actos del ejecutivo.

La segunda hipótesis es la que causa un conflicto en la identidad constitucional. Afirmar que la identidad es un proyecto de democratización del poder y protección de derechos fundamentales del mexicano, como se dijo anteriormente, tiene una relación con el sistema de pesos y contrapesos establecido por la propia constitución, donde el desarrollo constitucional se ve inmerso en las decisiones tomadas por los poderes de la Unión.

¹⁹⁹Horn, H. R. "El Constitucionalismo Alemán en las postrimerías del Siglo XX." en *El Constitucionalismo en las Postrimerías del Siglo XX*. IJ-UNAM, Ciudad de México, México:1988, p.p. 215-264.

Y eso puede causar un conflicto de intereses pues los poderes, como el legislativo, al involucrarse en el juego democrático, entablan negociaciones con su poder reformador de la constitución, es decir, existe una democracia negociativa.²⁰⁰ Las negociaciones de los partidos para las reformas o creación de normas– incluso esta negociación podría ser inter-poderes, es decir, que la propuesta legislativa venga del Ejecutivo y se pacte con el Legislativo para la aprobación de la propuesta – no es del todo malo dado que puede existir un balance sano que permita progresos. Sin embargo, esto puede ser llevado a otros extremos más serios donde se haga uso de la negociación para fines ajenos a derecho.

Y esta situación conlleva a preguntarse si es necesario entonces constitucionalizar estas negociaciones a manera de controlar el poder. Podría entonces preguntarse por la legitimidad de una reforma para añadir la democracia negociativa como parte de la constitución.

Aunque esta problemática parece caótica, el propio sistema de pesos y contrapesos la resuelve, es decir, si constitucionalizamos la democracia negociativa como tal estaríamos creando cláusulas reglamentarias para el juego democrático, lo cual ahora cuando exista un conflicto en este juego será el turno del tercer poder, el judicial, quien venga a defender los principios democráticos constitucionales y los derechos humanos,²⁰¹ al final lo que viene a ser un problema resulta ser una ruta de protección de la identidad constitucional. Y esto se puede ver en México con el amparo contra leyes, la acción de inconstitucionalidad y la controversia constitucional, estos mecanismos logran proteger esta identidad constitucional y sobre todo cuando estos mecanismos son propios de la constitución en los artículos 103, 105 y 107.

Puede afirmarse que la identidad constitucional de 1917 a la fecha es de un Estado que busca democratizarse y proteger derechos humanos, incluso como dice De Paz González cuando habla de los rasgos del constitucionalismo mexicano y afirma que “*uno de los rasgos del constitucionalismo mexicano ha sido*

²⁰⁰ Grimm Dieter; *Constitutionalism Past, Present, and Future*, , Oxford, Inglaterra, 2016, p. 255.

²⁰¹ *Ídem*. p. 267.

*el intento emancipador para lograr la igualdad y la inclusión de grupos vulnerables”.*²⁰²

Y esto es porque desde los Sentimientos a la Nación de Morelos hasta la Constitución de 1917 se ha mantenido esa tradición de igualar las condiciones entre los hombres, democracia, igualdad, justicia y protección a los derechos ha sido lo que ha marcado la identidad constitucional mexicana.

Empero, la visión histórica de nuestra constitución y sus movimientos sociales, además de lo discutido en este apartado, da origen a una posible conclusión sobre la identidad constitucional mexicana; y es que la lucha democrática va aunada a dos principios fundamentales que dieron origen a la constitución: “la tierra es de quien la trabaja”, principio que dio origen al artículo 27 constitucional, y la búsqueda por la igualdad y salarios justos para el trabajador, que es fuente del artículo 123 constitucional.

Por tanto, la democracia, la justicia social, la igualdad, los derechos humanos, todo ese conglomerado puede dar luz a que la identidad constitucional mexicana es la de un Estado Democrático y, a su vez, su base normativa son los derechos sociales.

Sin embargo, aún queda la pregunta más importante ¿las reformas han afectado nuestra identidad?

4.3. La erosión de la identidad constitucional mediante las reformas

Anteriormente en el capítulo I nos referimos a la reforma constitucional como mutación constitucional, cierto es, que la presente tesis aborda la interpretación constitucional como una variante de las mutaciones constitucionales, sin embargo, se debe tomar en cuenta que para hablar de la identidad constitucional mexicana es fundamental hablar de las reformas constitucionales que han cambiado el paradigma constitucional.

²⁰² De Paz González, Isaac; “Perspectiva histórica de la reforma y la teoría constitucional en México ¿Cómo replantear el camino?” en Ferrer Mac-Gregor, Eduardo; Magaña de la Mora, Juan Antonio; Roa Ortiz, Emmanuel; *Derecho Procesal Constitucional en perspectiva histórica A 200 años del Tribunal de Ario Rosales*, Tomo II, Universidad Nacional Autónoma de México Instituto de Investigaciones Jurídicas, México, 2018, p. 118.

Ante esta situación, lo que nos interesa a nosotros es revisar si en efecto, estas mutaciones que han venido en su variante de reformas constitucionales han impactado la identidad constitucional provocando una erosión en ella, cierto es, que también se debe abordar como la SCJN ha interpretado preceptos constitucionales para preservar o erosionar la identidad constitucional.

Por lo que, los dos ejes fundamentales que se van a estudiar en el siguiente epígrafe giran entorno a los puntos más característicos de la constitución de 1917, los derechos agrícolas (art. 27) y los derechos laborales (art. 123). Estos dos aspectos son considerados fundamentales, pues el movimiento de revolución se inició derivado de estas dos premisas, por tanto, no se pretende desestimar las demás reformas constitucionales que a lo largo de la historia constitucional mexicana se han realizado, sino que se pretende hacer un estudio de lo que posiblemente fue nuestra identidad constitucional y el panorama actual.

4.3.1 La Reforma energética

En el artículo 27 constitucional mexicano yace gran parte de la lucha revolucionaria que motivo el origen de la constitución de 1917, para Pacheco²⁰³ la constitución mexicana se cuestionaba la propiedad privada en la configuración de un Estado liberal y se consagró en ella la función social de convertir al gobierno de la república en lo que él llama como “arbitro-supremo” de las relaciones de propiedad y de trabajo.

En su origen este artículo constitucional reivindicaba las tierras a la nación mexicana frente al poder que se tenían las fuerzas extranjeras con Porfirio Díaz, se instaura un principio social en el artículo a razón del movimiento zapatista durante la lucha revolucionaria. Es en 1938 que México vuelve a dar un gran paso respecto de este artículo, pues el gobierno de Lázaro Cárdenas del Río habría decretado la expropiación petrolera y con ello toda una política agrícola en pro de los ciudadanos mexicanos.

²⁰³ Pacheco Rodríguez, Miguel Ángel; *El estado del Estado Social Una culminación pendiente*, Atelier, Barcelona, España, 2017, p.31.

Lázaro Cárdenas se había convertido junto con la Revolución Mexicana en un símbolo de justicia social, que con sus actitudes de gobierno cumplía las demandas nacidas en la revolución, el reparto agrario y el confrontar a los que más tenían, esos que eran catalogados en la época revolucionaria como “imperialistas”.²⁰⁴

Las políticas cardenistas tenían como eje principal la redistribución de las tierras y la apertura de créditos para el sector agrícola, por lo que logro reformas en la Ley de Crédito Agrícola y fundó el Banco Nacional de Crédito Ejidal con 120 millones de pesos de capital.²⁰⁵ Con esta introducción vemos como el Estado Mexicano venía a dar seguimiento a las demandas originadas en la lucha de 1910.

La ruptura con estas políticas de asistencia agraria que eran características de México y su identidad viene de la mano del proyecto neoliberal en 1982, donde inicia la retirada de los fomentos económicos al campo, esta nueva política económica tenía por objeto la modernización del campo, a través del programa PRONAMOCA (Programa Nacional de Modernización del Campo) vigente en 1990 a 1994.²⁰⁶

Un momento histórico dentro del derecho agrario y el artículo 27 constitucional es el sexenio de Carlos Salinas de Gortari. En 1992, Salinas emite el decreto de reforma constitucional al artículo 27. Dicha reforma se inscribe en el contexto histórico de las negociaciones del Tratado de Libre Comercio entre México, Estados Unidos y Canadá, incluso en la iniciativa de reforma enviada al Congreso se entiende el abandono de México revolucionario que dio origen a la

²⁰⁴ Vázquez Mantecón, Verónica “Lázaro Cárdenas en la memoria colectiva” en *Política y Cultura*, núm. 31, Universidad Autónoma Metropolitana Unidad Xochimilco Distrito Federal, México, 2009 p.p. 183-209.

²⁰⁵ Velasco Toro, José; “Reforma agraria y movilización campesina en Veracruz (México) durante el siglo XX” en *Revista del CESLA*, vol. 2, núm. 13, Uniwersytet Warszawski Varsovia, Polonia, 2010, p.p. 579-594.

²⁰⁶ Juárez Sánchez, J. Pedro; Mayoral I Moline, Roser; Ramírez Valverde, Benito; “Impacto de la reforma agraria neoliberal en una región campesina de México. Resultados en el objetivo de potenciar el mercado de tierras” en *Cuadernos Geográficos*, núm. 38, Universidad de Granada, Granada, España, 2006, p.p. 31-44.

reforma agraria desde 1917, para pasar del reparto agrario al apoyo del sector privado como forma de financiar el campo.²⁰⁷

La reforma de Salinas de Gortari tenía como objeto capitalizar el campo, abrir opciones productivas y la protección a la comunidad agrícola, en contra posición se detuvo el reparto agrario ya que no habían tierras para satisfacer las demandas de los campesinos. Sin embargo, la antesala de la reforma de Salinas y la reforma misma contravino una de las razones primordiales del movimiento revolucionario, pues con el diseño de esta reforma se inicia el acceso a las tierras mexicanas a extranjeros nuevamente y más en la franja fronteriza.

Es decir, con Salinas de Gortari y el proyecto económico neoliberal se olvida la identidad constitucional y el reparto agrario que prometía la constitución de 1917 para pasar a un proyecto “modernizador” del campo; por otra parte, Gómez de Silva Cano²⁰⁸ al referenciar a Sergio García Ramírez, afirma que con el fin del reparto agrario se venían abajo los derechos agrarios de ampliación de tierras ejidales, dotación de terrenos, acomodo de ejidos bajo el concepto de centros de población.

Como observamos, el proyecto neoliberal de Salinas iba contrario a lo que era la lucha revolucionaria y la idea del artículo 27 constitucional, pues este frenaba el reparto territorial que el zapatismo promulgó en su lucha. ¿Esto significa que es una derrota de la identidad constitucional o era una necesidad? Particularmente considero que es una derrota, puesto que en 2011 y a raíz de la reforma de derechos humanos, se promulga un decreto que reforma los artículos 4 y 27 de la constitución²⁰⁹, mismos que hablan de la alimentación de los mexicanos y su garantía por parte del Estado y se establece el desarrollo rural sustentable donde el Estado tendrá que garantizar el abasto de los alimentos básicos,²¹⁰ se imprime entonces una nueva lucha sobre las necesidades del campo como parte

²⁰⁷ Gómez de Silva Cano, Jorge J.; *El derecho agrario mexicano Y la Constitucionde 1917*, Instituto de Investigaciones Jurídicas, Universidad Nacional Autónoma de México, México, 2016, p.p. 156-157.

²⁰⁸ Gómez de Silva Cano, Jorge J.; *op. cit.* p.159.

²⁰⁹ DOF. Diario Oficial de la Federación, Decreto por el que se adiciona un párrafo tercero al artículo 4 constitucional recorriéndose el orden los subsecuentes y un segundo párrafo a la fracción XX del artículo 27 constitucional, ambos de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos, 13 de octubre de 2011.

²¹⁰ Gómez de Silva Cano, Jorge J.; *op. cit.* p.159.

de una estructura económica que ahora tiene como reto dar abasto a todos los mexicanos, dejando ya de lado el tema del reparto de tierras como en 1917 se hacía, siendo este último decreto de reforma un intento por recuperar la igualdad que promovía la constitución en el sector agrario.

Llegamos al sexenio actual, el año 2013 viene a dar un cambio drástico al artículo 27 constitucional, ya que en este año existieron dos decretos de reforma, el de fecha 10 de junio de 2013 abordaba el tema de las telecomunicaciones, relacionándose con el artículo 27 para efectos de otorgar concesiones para la explotación privada de recursos necesarios para el uso y aprovechamiento de la radiodifusión o telecomunicaciones por parte de particulares. El de 20 de diciembre del mismo año, tenía por objeto lo que conocemos como reforma energética, darle facultades al Estado para la extracción y explotación del petróleo así como otros hidrocarburos ya sea por el propio Estado o bien por concesiones a particulares.²¹¹

Esta evolución del artículo 27 que permite la concesión a particulares, a la iniciativa privada, que ha olvidado el reparto de las tierras, que ha usado el campo y la propiedad nacional como cualquier bien que puede ser adquirido a razón de que se permite que los extranjeros puedan tomar posición de la “zona económica exclusiva” se convirtieron en los grandes fracasos de la identidad zapatista que se tenía en nuestra constitución.

El artículo 27 como parte de los derechos sociales derivados de una lucha por las tierras a los que los campesinos de la mano de Zapata habían ganado, hoy a 100 años de ese artículo y 108 años de la revolución, ha quedado en el olvido, se establecido una especie de “neoporfiriato” pues las tierras ahora son trabajadas por particulares por concesión del Estado, donde actualmente se puede observar en las calles empresas extranjeras que venden gasolinas a los mexicanos, vemos entonces al Estado responder en favor de capitales extranjeros, constitucionalizando el despojo, es decir, el Estado ahora instrumenta la posibilidad de la acumulación de tierras por desposesión de las mismas,

²¹¹ Gómez de Silva Cano, Jorge J.; *op. cit.* p.160.

acompañada del modelo ideológico neoliberal.²¹² Si bien esto respondería a una necesidad de mejorar la condición económica del país, se tomó entonces una decisión que hizo constitucional actos sumamente inconstitucionales para la identidad constitucional mexicana, pues la sociedad es la que no ha salido beneficiada por estos movimientos constitucionales.

Si bien, la reforma como se planteaba en este último sexenio, como una reforma que resolvería los problemas de concentración de hidrocarburos y modernización, lo cierto es que solo agravo la situación mexicana, ya que no ofrece una salida efectiva a la concentración de los hidrocarburos y aunado a esto no se apuesta por ideas más modernas pues la principal apuesta vuelve a ser los hidrocarburos.²¹³

Se puede concluir entonces que desde los ochentas se ha olvidado la identidad constitucional zapatista que se había obtenido en la constitución de 1917, esto es porque el Estado ha apostado por no defender la soberanía nacional, apoyar el despojo de las tierras y entregarlas como concesiones a empresas extranjeras, donde ya no hay un reparto de las tierras sino que hay prácticas monopólicas por parte del Estado.²¹⁴ Sin embargo, en contraposición a la reforma agraria de salinas en el 92 se construye un movimiento de reivindicación de derechos territoriales de la mano del Ejército Zapatista de Liberación Nacional (EZLN).

El EZLN surge entonces como un movimiento en 1994 que busca defender la modelo campesino agrario que se encontraba en la constitución de 1917 en el artículo 27 originalmente proponía además de exigir los derechos de los pueblos indígenas²¹⁵terminando por consolidar la reforma constitucional de 2001 donde se reconoce los derechos indígenas en el artículo 2 constitucional. Esto permite

²¹²Merchand, Marco A.; "Estado y reforma energética en México." En Problemas del Desarrollo. Revista Latinoamericana de Economía, vol. 46, núm. 183, Universidad Nacional Autónoma de México, México, octubre-diciembre, 2015, pp. 117-139.

²¹³ Aguilera, Manuel; Alejo, Francisco Javier; Navarrete, Jorge Eduardo; Torres, Ramón Carlos; "Contenido y alcance de la reforma energética" en *Economíaunam*, vol. 13, núm. 37, Universidad Nacional Autónoma de México, México, enero-abril, 2016, p.p. 3-44.

²¹⁴Merchand, Marco A.; *op. cit.*p. 129.

²¹⁵Cfr. Schacherreiter, Judith; LeiteGonçalves; Guilherme; "The Zapatista struggle for the right to land: Background, context and strategies" en Fisher-Lescano Andreas; MöllerKolja; *Transnationalism of Social rights*, Intersentia, Reino Unido, 2016, p.p. 265-305.

observar que si bien se ha deformado la identidad constitucional del artículo 27, se realiza la identidad pluricultural de México y reconoce los derechos que tienen los pueblos indígenas en el respeto de sus culturas.

4.3.2 La reforma laboral

Otro gran paradigma de la constitución de 1917 es el derecho de los trabajadores, los derechos que se consiguieron en la justa revolucionaria fueron plasmados en el artículo 123 de la constitución, un artículo que en la actualidad ha sufrido diversas reformas.

En sus orígenes el artículo 123 no distinguía entre apartado A y apartado B, esa distinción sucede hasta la reforma de 1960, donde se diferencia a los trabajadores del Estado de los obreros²¹⁶, es decir, los derechos sociales adquiridos iban para todos los trabajadores. Suele afirmarse que la clase trabajadora se define como la clase obrera, incluso para autores como Miguel T. Águila y Jeffrey Bortz²¹⁷ la constitucionalización de los derechos laborales devienen de la estructura de la clase popular, refiriéndose a la clase trabajadora sin distinguir entre asalariados y obreros.

De acuerdo con Miguel T. Águila y Jeffrey Bortz²¹⁸, existen diversas razones por las cuales se pudo haber constitucionalizado los derechos laborales. La lucha obrera junto con la agraria fueron las expresiones más importantes de la constitución de 1917, puesto que la constitución fue proactiva con los derechos laborales.²¹⁹ Por tanto, no interesa mucho las razones por las cuales se logró el artículo 123, sino que, importa el contenido de los derechos en la constitución como objeto de la lucha de clases.

Los reclamos obreros conllevaron a que el artículo 123 estableciera una jornada máxima, salario mínimo, derechos sindicales, descanso obligatorio,

²¹⁶ Farfán Mendoza, Guillermo; "México. La constitución de 1917 y las reformas a los sistemas de pensiones" en Revista Latinoamericana de Derecho Social Núm. 24, Universidad Nacional Autónoma de México, México, enero-junio de 2017, p.p. 3-37.

²¹⁷ Águila, Marcos T.; Bortz, Jeffrey; "¿Por qué la Constitución de 1917 legisló a favor del trabajo? La evolución de las relaciones laborales en los ferrocarriles mexicanos, 1883-1923" en *Argumentos*, vol. 29, núm. 82, Universidad Autónoma Metropolitana Unidad Xochimilco, México septiembre-diciembre, 2016, p.p. 91-115.

²¹⁸ Op. cit.

²¹⁹ Farfán Mendoza, Guillermo; *op. cit.* p. 5.

condiciones de trabajo estables²²⁰, empero, años atrás, antes de la de la revolución y con un pensamiento divergente, los hermanos Flores Magón en el Programa del Partido Liberal y Manifiesto a la Nación establecían la jornada máxima y el salario mínimo. Lo cual pudo haber influenciado en la lucha obrera para obtener sus derechos en la constitución.

Sin embargo, la actualidad parece una cosa muy ajena a lo que pretendía la constitución de 1917, es decir, mejorar las condiciones laborales en un sentido progresista. Una de las reformas más simbólicas para los trabajadores fue en 1974 donde se instauro las guarderías para los hijos de trabajadores como parte de sus derechos;²²¹ sin embargo, a partir de los 80s con el proyecto económico neoliberal que comienza el desastre progresista.

Afirman Arturo Anguiano Orozco y Rosario Ortiz Magallón²²² que el fracaso económico y la crisis de 1982 provocaron descontrol y desorden en el Estado, sobretudo en sus dirigentes, lo cual conllevó al desorden laboral. Los trabajadores asalariados ahora se disputaban puestos y se abandonó la postura del Estado en materia de concesiones sociales, lo interesante de esta afirmación es que al igual que el artículo 27 los problemas devienen con el cambio de postura económica por parte del Estado.

Los autores afirman que en los ochentas y noventas con Zedillo los trabajadores asalariados fueron perdiendo sus fuentes de trabajo por los cierres de empresas privadas o por reestructuración. En 1995 donde aparece el primer intento por darle un revés a los triunfos del artículo 123, se promovió una iniciativa de reforma que buscaba la privatización del sistema de pensiones de trabajadores, lo cual termino por concretarse pero aplicándose únicamente a los trabajadores que ingresaran al sistema laboral después de la reforma.²²³ Se había perdido entonces el sistema de pensiones público.

²²⁰ Farfán Mendoza, Guillermo; *op. cit.* p.9.

²²¹ Farfán Mendoza, Guillermo; *op. cit.* p. 11.

²²² Anguiano Orozco, Arturo; Ortiz Magallón, Rosario; "Reforma laboral en México: precarización generalizada del trabajo" en *El Cotidiano*, núm. 182 Universidad Autónoma Metropolitana Unidad Azcapotzalco, México, noviembre-diciembre, 2013, p.p. 95-104.

²²³ Anguiano Orozco, Arturo; Ortiz Magallón, Rosario; *op. cit.* p. 101.

Una estocada adicional a los derechos de los trabajadores fue por parte de la Suprema Corte en 2008. La SCJN declaró la validez de las reformas a la ley del ISSSTE (Instituto de Seguridad y Servicios Sociales de los Trabajadores del Estado). Señala De Paz González²²⁴ que la reforma impuso el aumento de las cuotas a los trabajadores y aumento de edad para acceder al sistema de pensiones por jubilación, lo cual vulnera los derechos del trabajador a una vida digna después de trabajar y cotizar para su jubilación, es decir, se complica alcanzar un retiro laboral digno y disfrutar del retiro laboral.

Con Felipe Calderón como presidente en 2010 se inicia un proceso nuevo contra los logros obtenidos en el movimiento revolucionario. Se promueve una iniciativa de reforma que obedecía a los intereses patronales, cuyos ejes fundamentales eran la contratación flexible por parte del patrón, es decir, los outsourcings, fortalecer al patrón frente al trabajador en las relaciones de trabajo y limitar los derechos de huelga de los trabajadores, fracasando en su primer intento pero volviendo a presentar la iniciativa en 2011 con los mismos ejes fundamentales, siendo que en 2012 ya se tenía nueva reforma laboral, donde los derechos laborales se habían mermado.

Con esta reforma se daba un gran revés a la seguridad jurídica que tenían los trabajadores respecto de sus patrones, ahora con un sistema de subcontratación el trabajador tendría más dificultades al momento de exigir el respeto de sus derechos laborales al no existir una certeza de quien es realmente quien contrata los servicios del trabajador.

La Ley Federal del Trabajo sufre modificaciones promovidas por el gobierno de Felipe Calderón como lo es en el artículo 15 de la ley:

1. Texto antes de la reforma: Artículo 15. En las empresas que ejecuten obras o servicios en forma exclusiva o principal para otra, y que no dispongan de elementos propios suficientes de conformidad con lo dispuesto en el Artículo 13, se observarán las normas siguientes:

²²⁴ De Paz González, Isaac; *Constitucionalismo y justiciabilidad de los derechos sociales Estudio comparado internacional y leading cases a través del juicio de amparo en México*, Porrúa, México, 2016, p.p. 397-398.

- I. La empresa beneficiaria será solidariamente responsable de las obligaciones contraídas con los trabajadores; y
 - II. Los trabajadores empleados en la ejecución de las obras o servicios tendrán derecho a disfrutar de condiciones de trabajo proporcionadas a las que disfruten los trabajadores que ejecuten trabajos similares en la empresa beneficiaria. Para determinar la proporción, se tomarán en consideración las diferencias que existan en los salarios mínimos que rijan en el área geográfica de aplicación en que se encuentren instaladas las empresas y las demás circunstancias que puedan influir en las condiciones de trabajo.
2. Texto reformado en 2012: Artículo 15-C. La empresa contratante de los servicios deberá cerciorarse permanentemente que la empresa contratista, cumple con las disposiciones aplicables en materia de seguridad, salud y medio ambiente en el trabajo, respecto de los trabajadores de esta última. Lo anterior, podrá ser cumplido a través de una unidad de verificación debidamente acreditada y aprobada en términos de las disposiciones legales aplicables
- Artículo 15-D. No se permitirá el régimen de subcontratación cuando se transfieran de manera deliberada trabajadores de la contratante a la subcontratista con el fin de disminuir derechos laborales; en este caso, se estará a lo dispuesto por el artículo 1004-C y siguientes de esta Ley.

Como se aprecia, se ha ido olvidando lo que la constitución de 1917 buscaba, otorgar derechos en favor de los trabajadores y los campesinos, quienes fueron pioneros de estos grandes cambios constitucionales. Se ha dejado de lado la identidad de México como Estado Social de Derecho y ha cambiado de manera drástica los dos pilares de la constitución, el artículo 27 y el 123. Puede afirmarse

entonces que la identidad constitucional mexicana a 100 años de su constitución se ha erosionado.

Corresponde ahora analizar el papel de los jueces constitucionales mexicanos, – haciendo énfasis en el papel que juega la SCJN – estudiar si ellos han protegido la identidad constitucional mexicana o bien han contribuido su erosión, o quizá, en el mejor panorama, reparar dichas erosiones a través de la jurisprudencia.

4.4 El juez constitucional como protector de la identidad constitucional mexicana

En el epígrafe anterior se observa como los dos pilares fundamentales de la constitución mexicana han sido erosionados por parte del Poder Legislativo. Es menester comprender que la identidad se encuentra en continua formación dado que es natural que los hechos del pasado ahora en el presente se vean erosionados por los cambios sociopolíticos y a su vez comprender que los derechos sociales no son un absoluto, sino una conquista de la sociedad.

Es aquí donde juega un papel importante el juez constitucional – dígame magistrados, jueces de distrito e incluso los ministros de la SCJN – ya que en el recae los reclamos sociales que han sido judicializados por las vías que indica la constitución (amparo, acción de inconstitucionalidad y controversia constitucional).

El juez constitucional mexicano tiene que fungir entonces como un protector de la identidad constitucional y la democracia, un garante del constitucionalismo y de los valores democráticos que están reconocidos en el texto constitucional pero también en los textos legales constitucionales. Al respecto, el maestro Héctor Fix-Zamudio ha dicho que: *“el control constitucional y el régimen democrático son instrumentos inseparables, que influyen recíprocamente y continuamente ya que ambos se enriquecen y perfeccionan de manera progresiva”*.²²⁵ Se trae a colación esta reflexión del maestro Fix ya que el juez constitucional mexicano cuenta con el

²²⁵Fix-Zamudio, Héctor; “La legitimación democrática del juez constitucional” en Ferrer Mac-Gregor, Eduardo; Molina Suárez, César de Jesús El juez constitucional en el siglo XXI, tomo I, UNAM, Instituto de Investigaciones Jurídicas, Suprema Corte de Justicia de la Nación, México, 2009, p. 167.

control constitucional como única herramienta frente a la labor titánica de amalgamar la identidad constitucional con la democracia y la sociedad, es decir, ser un garante de la identidad constitucional en toda la extensión del término.

Ha esta labor de juez, señala Breyer²²⁶, que la Corte – refiriéndose a la Suprema Corte de los Estados Unidos – tiene que considerar los valores de la constitución que deben ser aplicados de manera flexible puesto que debe considerar los cambios generacionales de sus ciudadanos, posicionarse en los métodos interpretativos y considerar los roles de las instituciones de gobierno.

Como se aprecia, ambos autores comprenden la necesidad del protagonismo del juez en el Estado. En los capítulos 2 y 3 del presente trabajo se aprecia como los jueces con sus interpretaciones son verdaderos protectores de la identidad y el régimen político que conforma su identidad, en el caso mexicano la democracia y los derechos sociales. Por tanto se podría formular una especie de conclusión al decir que el desafío de los jueces es la protección de la identidad constitucional.

La pregunta fundamental es el cómo hará el juez esta labor de protección a la identidad constitucional y más en un México donde se ha erosionado la identidad; para esto es fundamental comprender que el juez constitucional tiene protagonismo en la palestra del Estado pues es quien tiene la última palabra en las decisiones constitucionales derivado de sus pronunciamientos contra actos de autoridad o promulgación de leyes.²²⁷

El juez constitucional mexicano tiene que comprender entonces ante los fallos legislativos impugnados que él debe convertirse en una especie de legislador negativo y acepar su rol nomogenético que le permita resolver los conflictos constitucionales y proteger la identidad.²²⁸ Por tanto, el juez mexicano debe comprender que su constitución de 100 años ha tenido un cambio cultural y

²²⁶ Breyer, Stephen, *Cómo hacer funcionar nuestra democracia El punto de vista de un juez*, Fondo de cultura económica, México, 2017, p.135.

²²⁷ Amador Magaña, Diego Isaac; “El juez constitucional y su rol nomogenético” en *IusComitiãlis*, Año 1 Número 1, Universidad del Estado de México, México, enero-junio 2018, p.p. 4-20.

²²⁸ Amador Magaña, Diego Isaac; *op. cit.* p. 12.

no solo normativo, afirma Sagües²²⁹ que existen los cambios de cultura constitucional, en el aspecto en que se transiciona de una constitución-promesa a una constitución-contrato, donde esta última es reclamable y exigible ante los tribunales.

Por tanto, es correcta la afirmación de Breyer,²³⁰ al sostener que la Corte debe asegurar que las instituciones de gobierno acaten las limitaciones que impone la constitución a sus facultades, en aras de que sean los principios o fines constitucionales, en conjunto con los principios determinen los límites, por ende, los jueces inevitablemente tienen que valorar los casos de acuerdo con los principios. Es así como pueden proteger la identidad y garantizar una salvaguarda de la constitución.

Entendiendo entonces el papel fundamental del juez, es precioso señalar algunos ejemplos temáticos que permitan ver si en México se ha o no protegido la identidad constitucional y con ello salvaguardar el contenido de la constitución o bien deformar el contenido constitucional, esto a través de la interpretación jurídica y estudié dos casos temáticos: los amparo en revisión 622/2015 y 708/2017.

Se decide escoger estos amparos en revisión ya que el primero realiza un análisis sobre derechos culturales derivados de la ley de telecomunicaciones, la cual es reglamentaria del artículo 27 constitucional. Mientras que el segundo versa sobre el sistema de pensiones derivado del artículo 123 constitucional.

4.4.1 Amparo en revisión 622/2015

El amparo en revisión 622/2015, resulta ser un juicio que se promueve al tenor de la impugnación al artículo 230 de la Ley Federal de Telecomunicaciones y Radiodifusión, en el cual se establecía que las emisiones de radio serán en el idioma nacional; vale la pena mencionar que esta ley surge a raíz de las modificaciones al artículo 27 constitucional en materia de telecomunicaciones y explotación de suelo.

²²⁹Sagües, N. P.; *La Constitución bajo tensión*, Instituto de Estudios Constitucionales del Estado de Querétaro, Querétaro, 2016, p. 209.

²³⁰Breyer, Stephen, *op. cit.* p.p. 143-146.

El quejoso en este juicio federal aduce violados sus derechos fundamentales, pues manifiesta que él es indígena, y por tanto, el artículo 230 de la ley impugnada violentaría sus derechos culturales y étnicos. El juez de distrito en materia de amparo decide sobreseer el asunto puesto que para su juicio no había acreditado interés legítimo, es decir, no bastaba manifestar que las actividades culturales del quejoso eran en náhuatl y que al no aportar pruebas no podría concederle el amparo y protección.

Aunado a lo anterior el juez de distrito analiza que no tiene interés para dolerse de las concesiones de uso social indígena, con estos pequeños argumentos vemos como el juez pasa por alto la identidad cultural de México y se apega estrictamente al artículo impugnado para no darle la razón al quejoso.²³¹

La Suprema Corte toma este amparo al ser impugnado y estima lo siguiente: 1) la falta de probidad del juez para realizar diligencias de mejor proveer pues si este dudaba de que el quejoso realizará sus actividades culturales en náhuatl, el juez pudo realizar diligencias para comprobarlo; 2) que el juez de distrito olvida que todos tienen derecho a recibir y transmitir información en los medios de comunicación.

La Corte manifiesta que la constitución mexicana reconoce la pluriculturalidad²³², este punto refiere al artículo 2 de la constitución mexicana donde se establecen los derechos indígenas. En el capítulo 1 de este trabajo, se postula que la identidad constitucional es una unión entre los núcleos duros constitucionales y la identidad social, es decir, el pueblo. México siendo un país pluricultural y cuya identidad son los derechos sociales, es necesario que defienda con base a su identidad, como lo hace la Corte con los derechos indígenas.

Uno de los fragmentos más importantes de esta sentencia se encuentra cuando la SCJN establece lo siguiente:

El reconocimiento a la pluriculturalidad en la Constitución también tuvo entre otros propósitos, la visibilización de la situación de vulnerabilidad que históricamente han sufrido los pueblos indígenas de México. Así, se

²³¹ Suprema Corte de Justicia de la Nación, Amparo en revisión 622/2015, México, versión taquigráfica p.p.1-3.

²³² Idem. p.10.

*enfaticó en el artículo primero, la prohibición de toda forma de discriminación basada en el origen étnico. Para promover una completa y efectiva igualdad para las personas pertenecientes a los pueblos indígenas en todas las áreas, económica, social y cultural, se estableció además, el deber del Estado de adoptar las condiciones necesarias para proteger y promover la cultura de los pueblos indígenas.*²³³

Este fragmento de la sentencia se hace referencia a un estudio de identidad social, pues manifiesta que “...en la Constitución también tuvo entre otros propósitos, la visibilización de la situación de vulnerabilidad que históricamente han sufrido los pueblos indígenas”, en este pequeño enunciado la SCJN comprende su historia social y la obligación del Estado a proteger, como Estado social, la pluriculturalidad.

Finalmente la SCJN termina por declarar inconstitucional dicho artículo y proteger al quejoso, en virtud de que si bien, la Ley Federal de Telecomunicaciones y Radiodifusión regula el uso de suelo para estos fines, no puede pasar por alto que la constitución nunca estableció el idioma español como obligatorio pues históricamente la constitución ha reconocido derechos pluriculturales.

Es este pequeño ejemplo, el que nos permite observar como la SCJN ha realizado interpretaciones pro identidad social como parte de la identidad constitucional, protegiendo a los quejosos de los recovecos legales, aún y cuando estos reglamenten artículos constitucionales.

4.4.2 Amparo en revisión 708/2017

El amparo en revisión 708/2017 es un amparo promovido contra el sistema de pensiones, pues la quejosa consideraba que el aumento a la edad para adquirir una pensión por jubilación es desigualdad ante la ley y discriminatorio; en anteriores ocasiones ya se ha visto a la SCJN defender el sistema de pensiones en contra de los derechos del trabajador.

²³³ Ídem. p.12.

De Paz González²³⁴ ya había advertido esto, cuando escribió que la SCJN en 2008 había validado la constitucionalidad de las reformas a la ley del ISSSTE, donde se establecía el alza a la edad para jubilarse, por tanto no es de extrañarse que primeramente el juez de distrito negará el amparo y en la revisión la SCJN confirmara la negativa de amparo.

En el juicio de amparo el juez de distrito formuló un argumento en torno a que el alza en la edad para jubilarse responde a la crisis económica del Estado y eso impacta en el sistema de pensiones, por tanto se tendría que elevar la edad. La SCJN establece que el incremento gradual de la edad para jubilarse, no es discriminatorio ni afecta la igualdad jurídica.

La Corte considera en su sentencia que la igualdad ante la ley no se traduce en una igualdad absoluta, sino que se debe leer al tenor de no tener que soportar un perjuicio o que se prive de un beneficio²³⁵. Ante este argumento de la Corte, queda decir que el alza en la edad de las pensiones si es una forma de establecer o soportar un perjuicio, asimismo es privar de un beneficio, pues la identidad del artículo 123 era no distinguir a los trabajadores, no clasificarlos, protegerlos y darles accesos a un sistema de pensiones, mismo que ahora el Estado no deja acceder con las alzas a la edad.

Finalmente para justificar su decisión la Corte recurre a un tipo de interpretación originalista, ya que la SCJN soporta su decisión en la exposición de motivos que justifican el alza a la edad, alejándose por mucho de la identidad constitucional y validando la voluntad del legislador sobre una ley federal, declarando la constitucionalidad de la Ley del ISSSTE.

Este contraejemplo permite observar que la SCJN se aleja de la identidad constitucional mexicana respecto al artículo 123, ya que no comprende que la base del trabajo no solo es el salario, sino la vida digna en el retiro; esta acción de elevar la edad de jubilación refleja un tipo de explotación, en virtud del que el

²³⁴ De Paz González, Isaac; *op.cit.* p.p. 397-398.

²³⁵ Suprema Corte de Justicia de la Nación, Amparo en revisión 708/2017, México, versión taquigráfica p.p.10-11. Disponible en: https://www.scjn.gob.mx/sites/default/files/listas/documento_dos/2017-09/A.R.%20708-2017_0.pdf

trabajador no descansaría hasta edades muy avanzadas y apenas tendría tiempo para disfrutar de su pensión por jubilación.

En 1917, se pensaba en ser progresistas con los derechos laborales, estar a la vanguardia para que el trabajador tuviera la mejor calidad de vida posible, se distinguía a los mexicanos por ser un Estado Social, ahora solo queda un recuerdo, pues la reforma valida la explotación del trabajador, los cambios al sistema de pensiones no ayudan a mejorar sus condiciones y peor, la SCJN, la encargada de velar por la constitucionalidad de los actos o bien la protectora de los derechos humanos, la identidad constitucional y salvaguarda de la constitución, no realiza una interpretación de identidad y termina por validar estas acciones.

Capítulo V

El derecho a la educación gratuita y la identidad constitucional: Amparos en Revisión 750/2015 y 306/2016, estudio de caso práctico

Sumario: 5.1 Amparo en revisión 750/2015, 5.1.1 Hechos, 5.1.2 Argumentos de la Corte, 5.1.3 Análisis de la resolución de la Corte, 5.2 Amparo en revisión 306/2016, 5.2.1 Hechos, 5.2.2 Argumentos de la Corte, 5.2.3 Análisis de la resolución de la Corte, 5.3 Conclusión

El presente capítulo es la culminación de lo aprendido a lo largo de este trabajo, es donde se observa la aplicación de la interpretación derivada de un estudio sobre la identidad constitucional que permite a la Primera Sala llegar a una conclusión que salvaguarda de mejor manera la constitución evitando mutaciones constitucionales. Los casos seleccionados involucran el estudio del derecho a la educación confrontado con la educación superior como aspiración a un derecho. La Primera Sala tiene la tarea de delimitar el derecho a la educación, compararlo con el marco normativo internacional y compararlo con el derecho interno a efecto de comprender el espíritu de la constitución mexicana y la identidad de la sociedad mexicana que le permitan dar una interpretación que mejor favorezca la situación jurídica planteada. Este tipo de asuntos permite a los ministros ser quienes reconstruyan la identidad constitucional erosionada, por ende, estas sentencias fueron seleccionadas por la labor que realizan en la Primera Sala tras el estudio del núcleo duro y la función social de la educación.

5.1 Amparo en revisión 750/2015

5.1.1 Hechos

El presente amparo sucede a raíz del decreto publicado el seis de agosto de dos mil diez en el estado de Michoacán de Ocampo. En dicho decreto se reforman y adicionan disposiciones de orden constitucional local, mediante los

cuales se establecía que todo individuo tiene derecho a educación y comprometía constitucionalmente al Estado y sus municipios a impartir educación hasta el nivel superior garantizando el apoyo del Estado en el rubro educativo.²³⁶

Asimismo, en el artículo tercero transitorio, se lee que las obligaciones serán cumplidas de manera gradual y progresiva, para garantizar la educación gratuita hasta el grado de licenciatura, dando cobertura el Estado a los gastos de inscripción.²³⁷

Después del decreto, el gobierno del Estado de Michoacán procede a firmar un convenio con la Universidad Michoacana de San Nicolás de Hidalgo, con el objeto de mejorar las condiciones sociales del Estado, a través de garantizar el derecho a la educación.²³⁸ De igual forma, como se había establecido en el artículo tercero transitorio, en el convenio se afirmaba que el Estado se haría cargo de las cuotas de inscripción a la universidad.

El gobierno de Michoacán para los ciclos escolares de 2012-2013 y 2013-2013 decidió no renovar el convenio que se tenía con la universidad. Por tanto, la universidad tuvo que retomar su sistema de cobro de cuotas de inscripción al ya no existir el convenio que subsidiaba la educación. Ante esto, el Consejo Universitario explicó que al no existir acuerdo de renovación se aplicarían las cuotas semestrales de cuatrocientos veinte pesos.²³⁹

El veintidós de febrero de dos mil catorce, la tesorería del Universidad Michoacana emite un comunicado donde explica que se había firmado un convenio, pero que para dos mil catorce ya no había sido renovado, por tanto, se tendrían que pagar las cuotas de inscripción al semestre. Ante este comunicado, el veintisiete de febrero de ese año se demanda el amparo y protección ante los Juzgados de Distrito en Morelia Michoacán.²⁴⁰

El quejoso reclama la falta “...*previsión presupuestal para el ejercicio fiscal 2014, para continuar con la transferencia de recursos económicos que ya en el*

²³⁶ Primera Sala, Suprema Corte de Justicia de la Nación, Amparo en revisión 750/2015, México, versión taquigráfica p.p.1-2.

²³⁷ *Ídem.* p. 3.

²³⁸ *Ídem.* pp. 6-7.

²³⁹ *Ídem.* pp. 8-9.

²⁴⁰ *Ídem.* pp. 10-11.

*pasado reciente venía realizando, derivado de un ‘convenio de colaboración’ que signó el 11 de agosto de 2010 para implementar la gratuidad de la educación media superior y superior en la Universidad Michoacana de San Nicolás de Hidalgo...*²⁴¹. De igual forma reclamó el oficio que emitió la universidad en el cual se le notifican los cobros que se le realizarían por concepto de inscripción.

En este amparo, se aducen violaciones a los derechos consagrados por el artículo 1 y 16 constitucional, como también el artículo 138 constitucional local de Michoacán y el artículo 13 del Protocolo de San Salvador (Protocolo Adicional a la Convención Americana sobre Derechos Humanos en Materia de Derechos Económicos, Sociales y Culturales). En primera instancia, el juez de distrito determina en su sentencia que es procedente la acción intentada por el quejoso en virtud de la afectación a los derechos que aduce en su demanda.

Sin embargo, se promueve el recurso de revisión en contra de dicha sentencia por parte de la universidad, por lo que una vez admitido el recurso por parte del Tribunal Colegiado, la universidad por conducto de sus representantes solicita a la SCJN utilice la facultad de abstracción para que conozca y resuelva el asunto. En atención a lo solicitado y verificando la Corte la importancia y trascendencia del asunto, decide reasumir su competencia originaria y hacerse cargo del recurso de revisión interpuesto.²⁴²

5.1.2 Argumentos de la Corte

Una vez teniendo en su poder la SCJN el estudio del expediente de amparo, se plantea cuestionamientos fundamentales en torno a este amparo; 1.el referente normativo que dote de contenido al derecho a la educación, 2.la educación gratuita a nivel medio superior y superior como derecho exigible por ser reconocido en una constitución local, 3.el derecho a la educación gratuita reconocida en la constitución local a los niveles antes señalados ¿es derecho absoluto o puede limitarse? Y si puede limitarse ¿se debe fundamentar?²⁴³

²⁴¹ *Ídem*.p. 11.

²⁴² *Ídem*.pp.14-16.

²⁴³ *Ídem*.pp.16-17.

La Primera Sala de la SCJN parte de la vulneración del derecho a la educación reconocido en una constitución local por someterla a un condicionamiento que consiste en pagar una matrícula y la transgresión al principio de progresividad de los derechos humanos. Por tanto, para resolver este asunto la Primera Sala comprende que debe pronunciarse sobre el contenido del derecho a la educación y la autonomía universitaria.²⁴⁴

La Primera Sala llega a la conclusión de que debe abordar los temas de derecho a la educación, autonomía universitaria, y las incongruencias que señala la universidad derivadas de la sentencia de primera instancia en la que solo se refiere a la Universidad Michoacana y no al gobierno del Estado michoacano, esto de acuerdo con lo que manifiesta la universidad a través de su escrito de agravios.²⁴⁵

La Primera Sala, para resolver el contenido normativo del derecho a la educación, hace referencia a la constitución mexicana y diversos tratados internacionales, donde concluye que en esencia el derecho a la educación es para todas las personas. También la Sala distingue entre educación básica y el contenido mínimo del derecho a la educación respecto a la educación superior. Sin embargo, la Sala establece que: “...*las normas sobre derechos humanos, específicamente el artículo 3 constitucional, configuran un contenido mínimo del derecho que el Estado Mexicano está obligado a garantizar con efecto inmediato, contenido que puede y debe ser extendido gradualmente por imperativo derivado del principio de progresividad.*”²⁴⁶

Por tanto, la Sala afirma que las características de la educación básica y su contenido pueden extenderse a la educación superior, tal y como lo hizo en su momento el Estado de Michoacán en su constitución local. La Sala reconoce que en principio la constitución no establece la obligatoriedad de la educación superior, pero si refiere que el sistema constitucional protege de mejor forma que el sistema internacional el derecho a la educación al obligar al Estado a impartir de manera obligatoria y gratuita hasta media superior.

²⁴⁴Ídem.pp.17-18.

²⁴⁵Ídem.p.39.

²⁴⁶Ídem.p.55.

La Sala afirma que si bien, la constitución prevé la educación básica y los términos en los que se debe dar, es porque debe leerse la educación como un bien básico para la autonomía de una persona, con la cual podrá desarrollar su plan de vida en torno al libre desarrollo de la personalidad, y a su vez, formar el criterio científico, fomentar la democracia como forma de vida y el amor a la patria. Para ello se auxilia del artículo 1 constitucional. Sin embargo, la Sala refiere que la educación superior no sigue estos criterios, pues la persona escoge individualmente si accede o no de acuerdo con su plan de vida.

La Sala comprende que a pesar de que el individuo escoge su proyecto de vida y decide o no entrar a la educación superior pero las condiciones económicas que le impiden acceder no son imputables a él. La Sala refiere que no encuentra imposibilidad alguna para no promover la educación gratuita, pues no existe ninguna restricción en la norma constitucional y se estaría acogiendo al principio de desarrollo progresivo de los derechos humanos.

La Sala se pronuncia en torno al desarrollo progresivo, aclarando que su génesis histórica es aplicable a todos los derechos humanos, incluyendo los derechos sociales como la educación que la SCJN reconoce como derecho social a lo largo de su jurisprudencia.²⁴⁷ Asimismo, la Sala reconoce que el Constituyente Permanente establece que el principio de progresividad en los derechos fundamentales es una tarea que implica garantizar todos los derechos humanos.²⁴⁸

La Sala señala que si bien el derecho a la educación no es un derecho absoluto, su carácter relevante recae en el autonomía de la persona, en el funcionamiento de la sociedad como una democracia deliberativa, en la igualdad entre las personas y en el bienestar social en términos generales, por lo que, cualquier limitación a este derecho debe estar plenamente justificada por el Estado a la luz de derechos fundamentales de similar importancia reconocidos por la constitución.²⁴⁹

²⁴⁷ *Ídem*.pp. 76-78.

²⁴⁸ *Ídem*.p. 77.

²⁴⁹ *Ídem*.p. 87.

No se olvida que la Sala también tiene que realizar un pronunciamiento sobre la autonomía universitaria, por lo que la Sala refiere que el artículo 3 constitucional dota a las universidades de autonomía, esta tiene un fin relacionado con el derecho a la educación, se reconoce a las universidades como órganos descentralizados del gobierno, pero sometidos a la norma constitucional y el respeto de los derechos fundamentales.

La Sala sostiene que la autonomía universitaria tiene como finalidad proteger las condiciones en las que se da el derecho a la educación, para que este pueda cumplir con sus objetivos. Por tanto, la autonomía universitaria es una garantía del derecho a la educación en el nivel superior.²⁵⁰

Finalmente la Sala refiere que no puede alegarse la autonomía universitaria como parte del autogobierno que tiene una universidad, pues al ser una garantía debe funcionar como un mecanismo que proteja el derecho y no que lo perjudique, en ese sentido, la Sala decide confirmar la sentencia de amparo y otorgar la protección del derecho a la educación al quejoso, frente a los argumentos de la Universidad Michoacana.

5.1.3 Análisis de la resolución de la Corte

Para el estudio de los argumentos de la Corte sobre el derecho a la educación es fundamental comprender que el derecho a la educación es primeramente un derecho social. Por tanto, la Corte ha resuelto un asunto derivado de un derecho que forma parte de la identidad constitucional.

De Paz²⁵¹ afirma que los derechos sociales surgen como respuesta a la pobreza y a la negociación de los bienes sociales en las crisis económicas. Esta afirmación la podemos ver reflejada en el movimiento revolucionario que dio pie a nuestra constitución de 1917, ya que las grandes protestas eran derivadas de cuestiones económicas.

²⁵⁰ídem.pp. 88-91.

²⁵¹De Paz González, Isaac; *Constitucionalismo y justiciabilidad de los derechos sociales Estudio comparado internacional y leading cases a través del amparo en México*, Porrúa, México, 2016, p.3.

Atendiendo a la historia mexicana es comprensible que ante las condiciones precarias en las que se vivía por el desastre que fue la lucha revolucionaria, derechos tan fundamentales como la educación pasaran también a ser reclamos sociales que a la postre se convirtieran en derechos sociales.

Esta pequeña nota introductoria permite ver la dimensión del derecho a la educación y atender a los argumentos que establece la Corte para conceder este amparo, sobre todo por lo que hace al contenido del derecho y la obligación del Estado y a su vez relacionarlo con la identidad constitucional.

La Corte establece que la educación es un derecho que atiende a la autonomía personal y formar al individuo para que participe en la sociedad democrática. Por una parte, el texto constitucional establece que la educación tiene que fomentar el desarrollo humano y el amor a la patria. Aquí se observa dos cosas que menciona la Corte “autonomía y democracia”.

Este argumento de la Corte se puede estudiar desde el punto de vista de De Paz²⁵², ya que recoge el texto constitucional y afirma que el derecho a la educación es un *derecho clave* porque permite la realización de otros derechos y la participación política.

Y vislumbrar este contenido deja entrever que la Primera Sala ha realizado una interpretación comprendiendo el contenido de la identidad constitucional derivado del estudio de un derecho y la importancia que tiene el régimen democrático, la Primera Sala interpreta de acuerdo con la identidad constitucional donde se abandera la educación como un derecho clave y una forma de lograr el progreso y el desarrollo del individuo para vivir en democracia.

Por tanto, la Primera Sala al conceder el amparo conjuga los núcleos duros constitucionales basados en los derechos sociales – como lo es la educación – con los reclamos sociales – la necesidad de estudiar la universidad – refrendando así la identidad constitucional mexicana. Se observa también como se aplica este criterio interpretando los principios filosóficos de la constitución al caso concreto, es decir, contextualiza el significado de la norma a la realidad que se reclama por medio del amparo.

²⁵² *Ídem.* pp. 352-353.

Al lograr esta conjunción e interpretar conforme a la identidad constitucional se protege la constitución, se establece un criterio que no violenta el contenido esencial de ella y que sirva como molde para futuras interpretaciones a efecto de no provocar una mutación constitucional que fragmente la identidad constitucional respecto de la educación.

5.2 Amparo en revisión 306/2016

5.2.1 Hechos

Al igual que en el estudio del amparo anterior, los hechos versan sobre el convenio entre el gobierno del estado michoacano y la Universidad Michoacana que surge a partir del decreto del gobierno de Michoacán de Ocampo en el que se establece la reforma a la constitución local para efectos de garantizar la gratuidad de la universidad.

De la misma forma que en el amparo anterior revisado en este capítulo, no se vuelve a firmar la renovación del convenio por lo que la universidad decide retomar las cuotas de inscripción. Este acto de retomar las cuotas de inscripción y notificar a los alumnos que se volverá a este régimen a raíz de la falta renovación del convenio es detonante para que el quejoso promoviera amparo indirecto.

El quejoso aduce violaciones a la constitución mexicana en los artículo 1 y 3 constitucional, así como los artículo 1 y 138 correspondientes a la constitucional local del Estado michoacano y violaciones al protocolo 13 del Pacto Internacional de los Derechos Económicos Sociales y Culturales.²⁵³ Radicándose la demanda de amparo bajo la tutela de la Jueza Noveno de Distrito quien determino sobreseer respecto de los actos del Gobierno del Estado²⁵⁴ y conceder el amparo respecto de los actos de la universidad.

La Universidad Michoacana promueve recurso de revisión en contra de la concesión del amparo y este llega a la SCJN, la cual reconoce que el presente asunto es idéntico en cuanto a la sustancia del juicio al amparo en revisión

²⁵³ Primera Sala, Suprema Corte de Justicia de la Nación, Amparo en revisión 306/2016, México, versión taquigráfica p.p.1-8.

²⁵⁴ Del Gobierno del Estado se reclama la falta de previsión en el presupuesto para seguir financiando la educación universitaria. Ídem. p. 7.

750/2015²⁵⁵, por lo cual la Corte reasume su competencia originaria nuevamente y procede a resolver del asunto.

5.2.2 Argumentos de la Corte

La Corte fija la litis de acuerdo con el artículo 74 de la ley de amparo respecto a tres temas: a) el alcance del derecho a la educación, b) si existen o no violaciones a la autonomía universitaria y; c) la incongruencia de resolver sobre los actos de la universidad frente a resolver sobre los actos del gobierno michoacano.²⁵⁶

Para la Corte no existe incongruencia en la resolución emitida por la jueza de distrito, ya que los actos que se le imputan al Gobernador van entrelazados con los actos de la universidad, por tanto, al concederse el amparo por lo que hace al acto que se reclama a la universidad, al mismo tiempo concede por la falta que comete el gobierno al no proveer de recursos a la universidad para solventar las cuotas de inscripción. Bajo este argumento la Corte establece que no existe incongruencia en los términos del inciso c) precisado en el párrafo anterior.²⁵⁷

Dejando el tema de la incongruencia de la sentencia, la Sala prosigue al estudio del alcance normativo del derecho a la educación. Para la Sala, el parámetro normativo del derecho a la educación esgrime en el conjunto de instrumentos nacionales e internacionales. Destacando la Sala los artículos 3 y 4 constitucionales, artículo 13 del Pacto Internacional de Derechos Económicos Sociales y Culturales, el artículo 28 de la Convención sobre los Derechos de los Niños, artículo 26 de la Declaración Universal de Derechos Humanos y el artículo XII de la Declaración Americana de los Derechos y Deberes el Hombre.²⁵⁸

Para la Sala, los artículos citados coinciden en los siguientes puntos:

1. Toda persona es titular del derecho a la educación.

²⁵⁵ Ídem p.7.

²⁵⁶ Ídem. p. 40.

²⁵⁷ Ídem. p. 41-42.

²⁵⁸ Ídem. p. 42.

2. El contenido de la educación básica debe ser orientado a la autonomía y habilitación de la persona titular del derecho como miembro de una sociedad democrática.
3. La educación debe ser obligatoria, gratuita, universal y no discriminatoria, además el Estado debe garantizarlo.
4. Los padres tienen el derecho a elegir la educación de sus hijos.
5. Los particulares pueden impartir educación siempre y cuando se ajusten a estos parámetros.

Pero la Sala no pasa por alto que este contenido es para el derecho a la educación básica y que existe una diferencia entre ella y la educación superior. Sin embargo, la Sala establece que aunque no son lo mismo en contenido esencial, las normas de derechos humanos, por lo que hace al artículo 3 constitucional figura un contenido mínimo que le Estado debe garantizar y ese contenido mínimo debe ser extendido por imperativo del principio de progresividad.²⁵⁹

Por tanto, en atención al principio de progresividad se podría extender la educación gratuita como parte del derecho a la educación básica al derecho a la educación superior. Es decir, por el principio de progresividad se extiende la gratuidad en la educación superior, ya que esto no está prohibido por el ordenamiento constitucional y a su vez es una característica del contenido del derecho a la educación.

La Sala advierte que el contenido del artículo 3 constitucional en conjunto con el artículo 1 constitucional protegen de mejor manera el derecho a la educación que los ordenamientos internacionales, esto es debido a que la constitución mexicana ampara el derecho a la educación hasta el nivel medio superior y que el artículo 1 obliga a todas las autoridades en sus respectivas funciones al respeto y promoción de este derecho.

Para la Sala es preciso entender la educación como un derecho vinculado con los objetivos fundamentales para el sistema constitucional mexicano, por lo que la educación se convierte – en palabras de la SCJN – en un requisito sine qua

²⁵⁹Ídem.p. 48.

non para asegurar y garantizar una sociedad justa y la igualdad en el goce de los derechos fundamentales al crear un acceso equitativo a otros bienes sociales.²⁶⁰

La Sala establece que el derecho a la educación debe estar encaminado a la autonomía personal, pero esto es únicamente en el derecho a la educación básica; la educación superior tiene otro fin, el cual consiste en materializar el plan de vida de la persona que es sujeta a este derecho. Este derecho está conectado concretamente con la realización de objetivos colectivos como lo es el desarrollo científico en una sociedad.²⁶¹

Por tanto, uno de los argumentos centrales de la Sala es que si bien la educación básica cumple con el rol de brindar las herramientas para formar ciudadanos en sociedad, es lógico que el Estado tenga obligaciones para realizar estos fines; como lo es establecer la educación hasta nivel medio superior como obligatoria, gratuita, laica y universal. Sin embargo, la educación superior al estar encaminada a objetivos colectivos y materializar el plan de vida (interés personal) suena lógico que el Estado no haga de la educación superior una obligatoriedad, universalidad y de libertad de enseñanza.²⁶²

Pero esto no significa de acuerdo con la Sala, que no existan condiciones imperativas para la educación superior, tales condiciones radican en la no discriminación, libertad de enseñanza y de discusión; la educación superior tiene el fin de generar y difundir el conocimiento, por tanto existen esas cargas imperativas en torno a ese derecho.

Ante esta situación, el derecho a la educación a nivel superior como una decisión personal tiene que asumir los costos de la decisión de la persona; empero, la pobreza de una persona no es causa suficiente para imputarle una limitación al ejercicio de este derecho, por ende, el Estado está obligado de acuerdo con el principio de progresividad a extender el elemento gratuidad para efectos de poder brindar la posibilidad de ejecutar el plan de vida.²⁶³

²⁶⁰ídem.p.p. 50-52.

²⁶¹ídem. p.55.

²⁶²ídem.p.p. 57-59.

²⁶³ídem.p.60.

En síntesis, si bien el derecho a la educación no es absoluto e infinito porque pueden existir causas que limiten dicho derecho, lo cierto es que a través del principio de progresividad de los derechos humanos que establece el artículo 1 de la constitución mexicana, podemos extender el derecho en su elemento gratuidad para permitir el que el ciudadano acceda a la universidad a efecto de materializar su plan de vida y con ello cumplir con los objetivos fundamentales y colectivos de la sociedad mexicana.

Finalmente la Sala respecto a la autonomía universitaria se limita a establecer que la universidad debe ayudar a cumplir los fines sociales y respetar los derechos fundamentales al no poder alegar la autonomía universitaria como un principio para la restricción de derechos humanos. Por tanto, la Sala confirma la sentencia de la jueza de distrito concediendo el amparo a los quejosos en el presente asunto como se hizo en el amparo 750/2015.

5.2.3 Análisis de la resolución de la Corte

Sin realizar una nota introductoria con el amparo anterior, se abordara netamente el contenido de la sentencia de la Primera Sala y como es que se ve reflejada su interpretación con base en la identidad para salvaguardar la constitución en su contenido esencial.

La Primera sala sostiene en su argumentación que el artículo 3 constitucional establece los principios rectores del derecho a la educación y que esto debe leerse como un contenido mínimo ya que de acuerdo con el artículo 1 y en una lectura conjunta se puede deducir que todos los derechos humanos consagrados en la constitución y los tratados internacionales siguen la suerte del principio de progresividad y al no haber restricción constitucional en ese sentido, el artículo 3 puede extender sus principios progresivamente.

De acuerdo con la Primera Sala el contenido de la constitución mexicana es más garantista que el ordenamiento internacional derivado de que los órganos internacionales solo indican como educación básica hasta nivel secundaria. Este planteamiento que realiza la Corte resulta correcto ya que el constitucionalismo

mexicano establece que el nivel medio superior forma parte de la educación básica.

Pero el argumento más importante recae sobre la cuestión de la función de la educación como derecho, es decir, la Sala comprende el compromiso social que tiene el Estado con el ciudadano y dicta que la educación debe ser encaminada a la autonomía personal y formar personas con principios patrióticos (identidad nacional) y democráticos – recordar que parte de la identidad social de México es la constante lucha por la democracia – para el mejor desarrollo de la sociedad. La Sala observa la necesidad de crear desde la educación mejores personas y por ello es que la constitución impone este derecho.

Por lo que hace a la educación superior, la Sala determina que uno de los principios que se pueden extender es el de gratuidad de la educación por dos motivos: 1.- la pobreza no es una cuestión imputable a las personas y; 2.- la materialización del plan de vida. Estas dos razones de la Primera Sala son la comprensión de la identidad constitucional, por un lado el entendimiento del derecho a la educación y el principio de progresividad como parte del núcleo duro normativo de la constitución y por otro, la comprensión de las necesidades sociales y el amalgamar la identidad social para efectos de dar una interpretación pro identidad constitucional y proteger de mejor manera la constitución evitando una mutación constitucional en sentido negativo.

La Primera Sala al reiterar su criterio sobre la función de la educación en la sociedad, el contenido mínimo de la educación y los principios que giran en torno a ella, permite visualizar que se protegerá el derecho a la educación de acuerdo con la identidad constitucional y con ello da una pauta interpretativa a los demás jueces constitucionales mexicanos para efecto de que al resolver controversias constitucionales que impliquen el derecho a la educación superior gratuita sin provocar una mutación constitucional restrictiva.

5.3 Conclusión

Del estudio de estos casos prácticos se puede concluir que la interpretación mediante la comprensión de la identidad constitucional garantiza la efectiva

protección de la constitución ya que no se generan mutaciones constitucionales en sentido negativo.

Al referirse a mutaciones en sentido negativo se habla de la creación de nuevas normas vía interpretación judicial que vayan contra el sentido de la constitución o bien, validar normas jurídicas que provoquen antinomias en el ordenamiento constitucional.

La SCJN comprende el significado social que tiene la educación y porque es considerado uno de los valores fundamentales socialmente hablando y más aún, atiende a la necesidad social de desarrollar libremente el plan de vida, en el entendido que la tradición mexicana es impulsar a los hijos a una mejor calidad de vida a través del estudio.

Por ende, estos casos prácticos que se interrelacionan no solo brindan las pautas interpretativas para otros jueces constitucionales, sino que vienen a reforzar la hipótesis del presente trabajo. Se vislumbra que la identidad constitución aporta herramientas al interprete constitucional para salvaguardar de mejor manera el contenido de la constitución.

Solo queda esperar que la SCJN siga brindando estas pautas interpretativas o este tipo de análisis con visión de identidad constitucional para evitar la formulación de criterios encontrados que no permitan el acceso a la justicia o bien la validación o formulación de nuevos criterios que lesionen el contenido constitucional. Es aquí en este tipo de asuntos donde la SCJN valida su fuerza como un tercer poder en el juego democrático.

Finalmente, queda agregar que del estudio de estos casos prácticos se observa los beneficios jurídicos y sociales de interpretar a la luz de la identidad constitucional a pesar del reto que implica el conocimiento de las esferas jurídico constitucionales y sociales. Sin embargo, este reto queda superado cuando el máximo tribunal constitucional de México brinda estas pautas interpretativas que forman un criterio de identidad constitucional que permitirá a los jueces constitucionales de menor categoría aplicar dicho criterio y salvaguardar la constitución evitando los criterios encontrados.

Conclusiones

De la investigación que se realizó y de la comparación de sentencias se puede llegar a las siguientes conclusiones que parten en el orden de los capítulos:

1.El concepto de constitución actualmente.- De la investigación se desprende que el concepto de constitución no es universal y depende totalmente de la teoría del derecho que cada Estado tenga para aplicar su derecho. Sin embargo, existen elementos que permiten diferenciar una constitución de otras normas así como de otras constituciones.

2. El concepto de identidad constitucional.- El concepto de identidad constitucional en el derecho no está completamente delimitado, existen diversas teorías de lo que puede ser la identidad constitucional; sin embargo, del estudio de dichas teorías se puede apreciar que el concepto de identidad constitucional se compone de dos elementos: a) el núcleo duro constitucional y; b) la identidad del pueblo. Por tanto, el concepto de identidad constitucional es la unión de estos dos elementos.

3.La identidad constitucional no es permanente.- El establecer que la identidad constitucional de un Estado siempre será la misma resulta desatinado, puesto que el derecho es sumamente cambiante y también lo es la ciudadanía, por tanto, la identidad se construye conforme se construya el derecho y la ciudadanía y es tan cambiante como estos dos factores. Esto quiere decir, que la identidad constitucional es continua.

4. La identidad constitucional sirve como herramienta de interpretación. El comprender la identidad constitucional de un Estado permite a los jueces interpretar de forma en que no se contravenga el contenido de las constituciones, ya que está sumamente apegada a su texto y a los cambios

sociales, interpretar bajo esta idea es una forma de armonizar la norma con el contexto social. Por lo que en las interpretaciones constitucionales los jueces permiten la sana evolución de los textos constitucionales sin alterar su esencia para aplicarlos en el caso en concreto.

5. La identidad constitucional y el panorama mexicano.- Podrá sonar desalentador la premisa de que la identidad constitucional mexicana se ve erosionada por las constantes reformas constitucionales, sin embargo, han sido los jueces constitucionales en el ámbito de sus competencias los que han tratado de dar una interpretación de la identidad constitucional actual frente a una constitución que se pierde en su boterismo constitucional.

6.- La identidad constitucional es una forma de evitar las mutaciones constitucionales por interpretación.- Existen diversas mutaciones constitucionales, sin embargo, en el ámbito de la interpretación dichas mutaciones pueden surgir más rápido que una reforma, por tanto, la identidad constitucional sirve dentro de la interpretación judicial como un muro de contención que no dé cabida al interprete a realizar mutaciones que afecten la constitución y su aplicación al caso en concreto.

Bibliografía

Águila, Marcos T.; Bortz, Jeffrey; “¿Por qué la Constitución de 1917 legisló a favor del trabajo? La evolución de las relaciones laborales en los ferrocarriles mexicanos, 1883-1923” en Argumentos, vol. 29, núm. 82, Universidad Autónoma Metropolitana Unidad Xochimilco, México septiembre-diciembre, 2016.

Aguilera, Manuel; Alejo, Francisco Javier; Navarrete, Jorge Eduardo; Torres, Ramón Carlos; “Contenido y alcance de la reforma energética” en Economía, vol. 13, núm. 37, Universidad Nacional Autónoma de México, México, enero-abril, 2016.

Alec Walen; Judicial review in review: A four-part defense of legal constitutionalism A review essay on Political Constitutionalism. Int J ConstLaw 2009.

Amador Magaña, Diego Isaac; “El juez constitucional y su rol nomogenético” en IusComitiālis, Año 1 Número 1, Universidad del Estado de México, México, enero-junio 2018.

Andaluz Vegacenteno, Horacio; “Constitución, Derechos Y Jurisprudencia” en Revista Boliviana de Derecho, núm. 16, Fundación Iuris Tantum Santa Cruz, Bolivia julio, 2013.

Anguiano Orozco, Arturo; Ortiz Magallón, Rosario; “Reforma laboral en México: precarización generalizada del trabajo” en El Cotidiano, núm. 182 Universidad Autónoma Metropolitana Unidad Azcapotzalco, México, noviembre-diciembre, 2013.

Aristoteles, Politics, Book III, Disponible en: http://files.libertyfund.org/files/819/0033-02_Bk_SM.pdf

Barak, Aharon, Purposive Interpretation in Law, Princeton University Press, Reino Unido, 2005.

Beca Frei, Juan Pablo. La (Im) Posibilidad de Construir Un Concepto Científico De Constitución, Ius et Praxis, Talca, v. 14, n. 2, 2008.

Bernal Pulido, Carlos; “La democracia como principio constitucional en América Latina”, en Cuestiones Constitucionales, Universidad Nacional Autónoma de México, núm. 17, julio-diciembre, 2007.

Bernardi, Alessandro I Controlimiti Primatodelle Norme Europee e difena del Principi Costituzionali, Jovene Editore 2017.

Bezemek, Christop, “Constitutional Core(S): Amendments, Entrenchments, Eternities and Beyond Prolegomena To A Theory Of Normative Volatility” en The Journal Jurisprudence, 2011.

Bovero, Michelangelo, “Prefacio”, Salazar Ugarte, Pedro, La democracia constitucional, Una radiografía teórica, Fondo de Cultura Económica, México, 2013.

Breyer, Stephen, Cómo hacer funcionar nuestra democracia El punto de vista de un juez, Fondo de cultura económica, México, 2017.

Carbajal, Juan Alberto; Tratado de derecho constitucional, Editorial Porrúa, México, 2002.

Carnota Walter F. "Apuntes sobre Bio-Constitucionalismo" Anuario Iberoamericano de Justicia Constitucional, Madrid, 2015.

Caroca Páez, Luis; Sebastián Cabello Osorio, Sebastián; "El coto vedado como fundamento de la desobediencia civil" en Derecho y Humanidades, núm. 18, Universidad de Chile, Chile, 2011. Disponible en: <https://derechoyhumanidades.uchile.cl/index.php/RDH/article/view/19465/20625>.

Carrillo Flores, Antonio; La Constitución, la Suprema Corte y los Derechos Humanos, Porrúa, México, 1982.

Cavino, Massimo; "Intención Del Legislador y Significado De La Ley Ordinaria En La Jurisprudencia De La Corte Constitucional Italiana" en Derechos Y Libertades, Número 21, Época II, junio 2009.

ConstanceGrewe, "Methods of Identification of NationalConstitutionalIdentity" en SaizArnaiz, Alejandro; AlcoberroLlivina, Carina; NationalConstitutionalIdentity and EuropeanIntegration, Intersentia, Reino Unido.

Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos, 1917.

Contreras Acevedo, Ramiro; "La inevitable integración de los derechos humanos, como horizonte del derecho constitucional estatal y del nuevo derecho internacional público" en Uribe Arzate, Enrique; Flores Martínez, Alejandra; Retos y desafíos para el Estado Constitucional en la Globalización, Plaza y Valdés editores, México, 2014.

Corte Constitucional de Colombia, 15 de enero de 2015, T-07/15, en su versión descargable p.p.4-5, disponible en: <http://www.corteconstitucional.gov.co/relatoria/2015/T-007-15.htm>

Corte Constitucional de Colombia, 15 de enero de 2015, T-07/15.

Corte Constitucional de Colombia, 19 de enero de 2015, T-015/15.

Corte Constitucional de Colombia, 30 de junio de 2015, T-393/15.

Cruz Martínez, Enrique; "El Estado de Derecho desde la perspectiva de las finanzas públicas: Expectativas limitadas a la luz de la austeridad presupuestal" en Cruz Martínez, Enrique; Cruz Martínez, Mario; Perspectivas de los desafíos del Estado de Derecho en el México del Siglo XXI, Tirant lo Blanch, México, 2017.

De la Torre Torres, Rosa María; "El bloque internacional de derechos humanos. Un reto para el constitucionalismo nacional" en Uribe Arzate, Enrique; Flores Martínez, Alejandra; Retos y desafíos para el Estado Constitucional en la Globalización, Plaza y Valdés editores, México, 2014.

De Paz González, Isaac; "Visión crítica de las reformas constitucionales frente al Estado de Derecho" en Cruz Martínez, Enrique; Cruz Martínez, Mario; Perspectivas de los desafíos del Estado de Derecho en el México del Siglo XXI, Tirant lo Blanch, México, 2017.

De Paz González, Isaac; "Perspectiva histórica de la reforma y la teoría constitucional en México ¿Cómo replantear el camino?" en Ferrer Mac-Gregor, Eduardo; Magaña de la Mora, Juan Antonio; Roa Ortiz, Emmanuel; Derecho Procesal Constitucional en perspectiva histórica A 200 años del Tribunal de Ario Rosales, Tomo II, Universidad Nacional Autónoma de México Instituto de Investigaciones Jurídicas, México, 2018.

De Paz González, Isaac; Amador Magaña, Diego Isaac; “Referéndums contemporáneos: Deliberación y problemas de su ejercicio en diversos contextos constitucionales” en Estudios Constitucionales, vol. 15, núm. 2, Centro de Estudios Constitucionales de Chile, Chile, 2017.

De Paz González, Isaac; Constitucionalismo y justiciabilidad de los derechos sociales Estudio comparado internacional y leading cases a través del juicio de amparo en México, Porrúa, México, 2016.

Dixon, Rosalinde; “Amending constitutional identity”, en Cardozo Law Review, 2012, vol. 33:5.

DOF. Diario Oficial de la Federación, 13 de octubre de 2011.

Dworkin, Ronald, Justicia para erizos, Fondo de cultura económica, México, 2016.

Farfán Mendoza, Guillermo; “México. La constitución de 1917 y las reformas a los sistemas de pensiones” en Revista Latinoamericana de Derecho Social Núm. 24, Universidad Nacional Autónoma de México, México, enero-junio de 2017.

Fernández Segado, Francisco; “Las mutaciones jurisprudenciales en la Constitución” en Bagni, Silvia; Figueroa Mejía, Giovanni A.; Pavani Giorgia; La ciencia del derecho constitucional comparado Estudios en homenaje a Lucio Pegoraro Tomo I, Tirant lo Blanch, México, 2017.

Ferrajoli, Luigi, La esfera de lo indecible y la división de poderes Estudios Constitucionales [en línea] 2008, 6 (Sin mes): [Fecha de consulta: 3 de octubre de 2017] Disponible en: <<http://www.redalyc.org/articulo.oa?id=82060116>> ISSN 0718-0195

Ferrer Mac-Gregor, Eduardo; “La Corte Interamericana de Derechos Humanos como intérprete constitucional (Dimensión Transnacional del Derecho Procesal Constitucional)” en Biblioteca Jurídica Virtual del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM, México, 2001.

Ferreres Comella, Víctor; “Cataluña y el derecho a decidir” en Teoría de la Realidad Constitucional, núm. 36, España, 2016.

Fix-Zamudio, Héctor; “La legitimación democrática del juez constitucional” en Ferrer Mac-Gregor, Eduardo; Molina Suárez, César de Jesús El juez constitucional en el siglo XXI, tomo I, UNAM, Instituto de Investigaciones Jurídicas, Suprema Corte de Justicia de la Nación, México.

Fuentes Catón, A.; La otra historia de México Juárez y Maximiliano La roca y el ensueño. México: DIANA. 2009.

Fusaro Carlo, Oliver Dawn; “Towards a Theory of Constitutional Change” en Fusaro Carlo, Oliver Dawn; How Constitution Change A Comparative Study, Oxford and Portland Oregon, Hart Publishing, 2011.

García Jaramillo, Leonardo, Constitucionalismo Deliberativo Estudio sobre el Ideal Deliberativo de la Democracia y la Dogmática Constitucional del Procedimiento Parlamentario, 1ra ed. México, Universidad Nacional Autónoma de México Instituto de Investigaciones Jurídicas, 2015.

Gómez de Silva Cano, Jorge J.; El derecho agrario mexicano Y la Constitución de 1917, Instituto de Investigaciones Jurídicas, Universidad Nacional Autónoma de México, México, 2016.

Graziadei, Michele; “The many voices of the law in the globalised world: Legal monism, legal pluralism, and the new tasks of comparative law” en Bagni, Silvia,

Figuerola Mejía, Giovanni A.; Pavani, Giorgia; La ciencia del derecho constitucional comparado Estudios en homenaje a Lucio Pegoraro Tomo I, Tirant Lo Blanch, México, 2017.

Grimm Dieter; Constitutionalism Past, Present, and Future, Inglaterra, Oxford, 2016.

Grote, Rainer "Rule of Law, Rechtsstaat, y Etat de Droit" en Pensamiento Constitucional Año VIII, No. 8, 2002.

Guastini, Riccardo; "El escepticismo ante las reglas replanteado", traducción de Federico José Arena, en Discusiones, núm. 11, Biblioteca Virtual Miguel de Cervantes, Alicante, 2012.

Hart, H.L.A. El concepto de derecho, Abeledo-Perrot, Buenos Aires 1995.

Hart, H.L.A. El concepto de derecho, traducción de R. Carrió Genero, Abeledo Perrot, 3ra edición, Buenos Aires, 2012

Horn, H. R. "El Constitucionalismo Alemán en las postrimerías del Siglo XX." en El Constitucionalismo en las Postrimerías del Siglo XX . IJ-UNAM, Ciudad de México, México:1988.

Iglesias, Pablo; Disputar la democracia Política para tiempos de crisis; Akal, España.

Izquierdo Muciño, Martha E.; "El nuevo federalismo mexicano" en Uribe Arzate, Enrique; Flores Martínez, Alejandra; Retos y desafíos para el Estado Constitucional en la Globalización, Plaza y Valdés editores, México, 2014.

Jacobshon, Gary Jeffrey; Constitutional Identity, The Review of politics, vol 68, núm. 3, 2006..

Jacobsohn Gary Jeffrey; Constitutional Identity, Harvard University Press; London.

Juárez Sánchez, J. Pedro; Mayoral I Moline, Roser; Ramírez Valverde, Benito; "Impacto de la reforma agraria neoliberal en una región campesina de México. Resultados en el objetivo de potenciar el mercado de tierras" en Cuadernos Geográficos, núm. 38, Universidad de Granada, Granada, España, 2006..

Kahana, Tsvi; "Canada" en Fusaro Carlo; Oliver, Dawn; How Constitution Change A Comparative Study, Oxford and Portland Oregon, Hart Publishing, 2011.

Krisch Nico; Beyond Constitutionalism, Oxford University Press, Reino Unido, 2010.

Laise, Luciano D. "La Interpretación de la constitución de los Estados Unidos de América según el originalismo intencionalista método interpretativo, presupuestos semánticos y dificultades", en Historia Constitucional, núm. 18, Universidad de Oviedo, España, 2017.

León Gómez, Santiago; "El constitucionalismo colombiano en el siglo XX ¿Modelo de organización o elemento de dominación? en Historia Constitucional, núm. 14, España, 2013.

Ley fundamental de Bonn, Alemania, disponible en: <https://www.btg-bestellservice.de/pdf/80206000.pdf>

Martí, José Luis; "Two different ideas of Constitutional Identity: Identity of Constitution v. Identity of the People" en Saiz Arnaiz, Alejandro; Alcobarro Livina, Carina; National Constitutional Identity European Integration, Cambridge editorial Intersentia, Cambridge, 2013.

MendezMendez, Agustín José; “Una concepción alternativa de Identidad Constitucional en el derecho comunitario: de las excepciones idiosincráticas a la resistencia constitucional colectiva” Anuario, 2013.

Merchand, Marco A.; “Estado y reforma energética en México.” En Problemas del Desarrollo. Revista Latinoamericana de Economía, vol. 46, núm. 183, Universidad Nacional Autónoma de México, México, octubre-diciembre, 2015.

Molina Cañizo, Elena; “La seguridad en el marco del plan Nacional de desarrollo 2013-2018: cómo estamos y a dónde nos dirigimos” en Cruz Martínez, Enrique; Cruz Martínez, Mario; Perspectivas de los desafíos del Estado de Derecho en el México del Siglo XXI, Tirant lo Blanch, México, 2017, p.248.

Navas Alvear, Marco; “El valor de una Constitución en el marco del proceso político. Explorando las categorías de Constitución y proceso constituyente” en Bagni, Silvia y otros; La ciencia del derecho constitucional comparado Estudios en homenaje a Lucio Pegoraro, Tomo I, Tirant lo Blanch, México, 2017.

O'Brien, Maggie; “Charter interpretation, judicial review and a community's constitutional morality: responding to Natalie Stoljar on Wil Waluchow” en Problema: Anuario de Filosofía y Teoría del Derecho, núm. 9, Universidad Nacional Autónoma de México, México, enero-diciembre 2015.

O. McGinnis, Michael B. Rappaport, Originalism and the Good Constitution, Harvard University Press, 2013.

Oropeza, M. G.; “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, 1998.

Orozco Solano, Victor Eduardo, La fuerza Normativa de la Constitución 1ª ed. Ciudad de México, Editorial Porrúa, 2017.

Pacheco Rodríguez, Miguel Ángel; El estado del Estado Social Una culminación pendiente, Atelier, Barcelona, España, 2017.

Pérez Luño, Antonio Enrique, “¿Qué significa juzgar?”, en Cuadernos de Filosofía del Derecho, núm. 32, España, 2009.

Pierre, Bon; “La Identidad Nacional o Constitucional, nueva noción jurídica” en Revista Española de Derecho Constitucional, 2014.

Poblete Núñez, Manuel; “Introducción al Concepto de Identidad Constitucional y a su Función frente al derecho Supranacional e Internacional de los Derechos de la Persona” Ius et Praxis, Vol 14, num 2, 2008, Universidad de Talca, Chile, 2008.

Poder Judicial de la Federación “Índice Del Proceso Legislativo Correspondiente A La Reforma Publicada En El Diario Oficial De La Federación el 17 de marzo de 1987” México, 2017.

Prieto Sanchís, Luis; El constitucionalismo de los derechos Ensayos de filosofía jurídica, Trotta, 2013, Madrid.

Primera Sala, Suprema Corte de Justicia de la Nación, Amparo en revisión 750/2015, México.

Primera Sala, Suprema Corte de Justicia de la Nación, Amparo en revisión 306/2016, México.

Ragone, Sabrina; El control judicial de la Reforma Constitucional, Aspectos Teóricos y Comparativos, Porrúa, México, 2012.

Rodríguez Alzate, Sergio; "Interpretación constitucional y judicial. Como leer sentencias judiciales" Prolegómenos. Derechos y Valores, vol. XIII, núm. 26, Colombia, 2010.

Rosenfeld, Michel; The identity of the constitutional subject Selfhood, Citizenship, Culture, and Community, Routledge, Estados Unidos, 2010.

Sagües, N. P.; La Constitución bajo tensión, Instituto de Estudios Constitucionales del Estado de Querétaro, Querétaro, 2016.

Sagües, Néstor Pedro, La Constitución Bajo Tensión, Instituto de Estudios Constitucionales de Querétaro, México, 2016, p.p. 175-183.

Sala Constitucional de la Suprema Corte de Justicia de Costa Rica, 8 de septiembre de 2004, Exp: 03-004485-0007-CO.

Sala Tercera de Revisión, Corte Constitucional de Colombia, 22 de enero de 2004, Bogotá.

Sala Tercera de Revisión, Corte Constitucional de Colombia, 22 de enero de 2004, Bogotá.

Salazar Ugarte, Pedro; "Capítulo 53 Sobre el Concepto de Constitución", en Fabra Zamora, Jorge Luis y Spector, Ezequiel; Enciclopedia de Filosofía y Teoría del Derecho, vol. 3, Instituto de Investigaciones Jurídicas, México.

Saravia Caballero, Jackeline; Rodríguez Fernández, Andrea; "Los Desplazados Forzados Internos en el Estado de Cosas Inconstitucional, Un asunto pendiente"; en Prolegómenos. Derechos y Valores, vol. XVIII, núm. 35, Universidad Militar Nueva Granada Bogotá, Colombia enero-junio, 2015.

Schacherreiter, Judith; Leite Gonçalves; Guilherme; "The Zapatista struggle for the right to land: Background, context and strategies" en Fisher-Lescano Andreas; Möller Kolja; Transnationalism of Social rights, Intersentia, Reino Unido, 2016.

Schmitt, Carl; Teoría de la Constitución, Alianza Editorial, 2da edición, 1996.

Segunda Sala, Tribunal de Justicia de la Unión Europea, cuestión prejudicial Asunto C 208/09, 22 de diciembre de 2010.

Shapiro, Scott; "What is the rule of recognition (and does it exist)?" en Public Law & Legal Theory Research Paper Series, núm 181, Yale Law School, Estados Unidos, 2008.

Siegel Reva; "El discurso de la igualdad: los valores de anti-subordinación y anti-clasificación en las luchas constitucionales en torno al caso "Brown", en Post Robert, Siegel Reva; Constitucionalismo democrático Por una reconciliación entre Constitución y pueblo, Siglo Veintiuno, 2013.

Stevens, Katharina; "Why Constitutional Meaning is not Necessarily Fixed – A Reply to Solum" en Problema: Anuario de Filosofía y Teoría del Derecho, núm. 11, Universidad Nacional Autónoma de México, México, enero-diciembre 2017.

Suprema Corte de Estados Unidos de Norteamérica, Caso Baker v. Carr, 26 de marzo de 1962

Suprema Corte de Estados Unidos de Norteamérica, Caso Brown v. Board of Education, 17 de mayo de 1954.

Suprema Corte de Justicia de la Nación, Amparo en revisión 622/2015, México.

Suprema Corte de Justicia de la Nación, Amparo en revisión 708/2017, México.

TheWorldJustice Project disponible en: <http://data.worldjusticeproject.org/#/groups/MEX> fecha de consulta: 7 de mayo de 2018.

Tomuschat, Christian, "The defense of national identity by the German Constitutional Court", en SaizArnaiz, Alejandro; AlcoberroLlivina, Carina; National Constitutional Identity and European Integration, Intersentia, Reino Unido.

Toniatti, Roberto; "Sovereignty lost, Constitutional Identity regained" en SaizArnaiz, Alejandro; AlcoberroLlivina, Carina, Nationalconstitutionalidentity and European integration, Intersentia, Cambridge.

Tribunal Constitucional Alemán, Solange I, 29 de Mayo 1974.

Tribunal Constitucional Español, STC 103/2008, 11 de septiembre de 2008, disponible en: https://www.boe.es/diario_boe/txt.php?id=BOE-T-2008-16292 y http://www.te.gob.mx/ccje/Archivos/Dr.Castella/6%20sentencia_del_tribunal_constitucional_103_2008.pdf

Tushnet, Mark; How do constitutions constitute constitutional identity?, Oxford University Press and New York University School of Law, 2010.

Ugarte S., P.; "Camino a la Democracia Constitucional en México". En Isonomía, núm. 36, Abril de 2012.

V. Angiolini, Revisione costituzionale, en Digesto delle discipline pubblicistiche, vol. XIII, Turín, Utet, 1997.

Vázquez Mantecón, Verónica "Lázaro Cárdenas en la memoria colectiva" en Política y Cultura, núm. 31, Universidad Autónoma Metropolitana Unidad Xochimilco Distrito Federal, México, 2009..

Velasco Toro, José; "Reforma agraria y movilización campesina en Veracruz (México) durante el siglo XX" en Revista del CESLA, vol. 2, núm. 13, Uniwersytet Warszawski Varsovia, Polonia, 2010..

Vega Gómez, Juan, "Seguridad jurídica e Interpretación Constitucional", en Real Alcalá, J. Alberto, La maquinaria del derecho en Iberoamérica. Constitución, derechos fundamentales y administración, Instituto de Investigaciones Jurídicas, UNAM, México, 2016.

Voto Aclaratorio y Concurrente que formula el Ministro Arturo Záldivar Lelo de Larrea. Engrose de la Contradicción de Tesis 293/2011.

Voto Aclaratorio y Concurrente que formula el Ministro Arturo Záldivar Lelo de Larrea. Engrose de la Contradicción de Tesis 293/2011.