



**DOCTORADO INTERINSTITUCIONAL EN DERECHO (DID)**

**UNIVERSIDAD MICHOACANA DE SAN NICOLÁS DE HIDALGO**

**UN MODELO DEMOCRÁTICO DE JUSTICIA  
CONSTITUCIONAL LOCAL**

**Tesis**

Que para obtener el grado de

**DOCTOR EN DERECHO**

Presenta

**PEDRO ANTONIO ENRÍQUEZ SOTO**

*Tutor: Dr. Rafael Luviano González*

**Morelia, Michoacán, julio de 2008.**

# ÍNDICE

ABSTRACT	VI
INTRODUCCIÓN	IX
PROTOCOLO DE INVESTIGACIÓN	XXII

## PRIMERA PARTE La Constitución y su defensa

### I. TEORÍA DE LA CONSTITUCIÓN

1.1. La Constitución	39
1.2. Las ideas de la doctrina en torno de la Constitución	41
1.2.1. Ideas de Carl Schmitt	43
1.2.2. Ideas de Fernando Lassalle	46
1.2.3. Planteamiento de Hans Kelsen	47
1.2.4. La Constitución en la visión de Michel Troper, Ricardo Guastini y Peter Häberle	49
1.3. La Constitución como norma fundante del Estado	53
1.4. El Poder Constituyente	54
1.4.1. Definición	55
1.4.2. Naturaleza del poder constituyente	58
1.4.3. Factores que dan origen a la integración del poder constituyente	59
1.4.4. Límites que enfrenta el poder constituyente en su actuación	62
1.5. Los principios protectores de la Constitución	64
1.5.1. Principio de supremacía constitucional	65
1.5.2. Rigidez constitucional	75
1.5.3. La inviolabilidad constitucional	79

### II. JUSTICIA CONSTITUCIONAL

#### *Enfoque conceptual*

2.1. Consideraciones preliminares.	81
2.2. ¿Qué es la justicia, control, defensa o jurisdicción constitucional?	82
Justicia, control, defensa o jurisdicción constitucional. Precisión conceptual	
2.2.1. Naturaleza jurídica de la justicia, control, defensa o jurisdicción constitucional	87
2.3. Justicia, control, defensa o jurisdicción constitucional ¿para qué?.	89
2.4. Como se protege la Constitución.	92
2.4.1. Formas de control constitucional.	92
2.4.1.1. Formas políticas.	93
2.4.1.2. Formas jurisdiccionales.	99
2.4.2. Los dos modelos clásicos de control constitucional	102
2.4.2.1. Modelo estadounidense judicial review.	103
2.4.2.2. Modelo europeo o concentrado de control de la constitucionalidad	105
2.4.2.3. El control mixto de la constitucionalidad. El fin de la polaridad.	107

## SEGUNDA PARTE

### La objeción contramayoritaria de la justicia constitucional y las entidades federativas

#### I. Régimen constitucional de las entidades federativas

1.1. El federalismo.	109
1.1.1 Elementos del federalismo.	112
1.1.2. El federalismo dual, competitivo y cooperativo	113
1.2. Las entidades federativas en el sistema federal mexicano.	114
1.2.1. Naturaleza jurídica de las entidades federativas.	116
1.3. Fundamentos constitucionales de las entidades federativas.	120
1.4. La Constitución local, norma suprema de la entidad federativa.	126
1.5. La justicia constitucional en las entidades federativas.	133
1.6. Realidad de la justicia constitucional local.	136
1.7. Veracruz	137
1.7.1. Modelo de control constitucional	137
1.7.2. Instrumentos jurisdiccionales de protección constitucional	138
1.7.3. Autoridad jurisdiccional que conoce del proceso	138
1.7.4. Sujetos legitimados para accionar los mecanismos de control Constitucional	139
1.8. Coahuila	140
1.8.1. Modelo de control constitucional	140
1.8.2. Instrumentos jurisdiccionales de protección constitucional	141
1.8.3. Autoridad jurisdiccional que conoce del proceso	141
1.8.4. Sujetos legitimados para accionar los mecanismos de control constitucional	141
1.9. Tlaxcala	142
1.9.1. Modelo de control constitucional	142
1.9.2. Instrumentos jurisdiccionales de protección constitucional	143
1.9.3. Autoridad jurisdiccional que conoce del proceso	143
1.9.4. Sujetos legitimados para accionar los mecanismos de control constitucional	143
1.10. Chiapas	144
1.10.1. Modelo de control constitucional	145
1.10.2. Instrumentos jurisdiccionales de protección constitucional	145
1.10.3. Autoridad jurisdiccional que conoce del proceso	145
1.10.4. Sujetos legitimados para accionar los mecanismos de control Constitucional	146
1.11. Quintana Roo	147
1.11.1. Modelo de control constitucional	147
1.11.2. Instrumentos jurisdiccionales de protección constitucional	147
1.11.3. Autoridad jurisdiccional que conoce del proceso	147
1.11.4. Sujetos legitimados para accionar los mecanismos de control Constitucional	148
1.12. Estado de México	148
1.12.1. Modelo de control constitucional	148
1.12.2. Instrumentos jurisdiccionales de protección constitucional	148
1.12.3. Autoridad jurisdiccional que conoce del proceso	149
1.12.4. Sujetos legitimados para accionar los mecanismos de control constitucional	149
	150

1.13. Guanajuato	150
1.13.1. Modelo de control constitucional	150
1.13.2. Instrumentos jurisdiccionales de protección constitucional	150
1.13.3. Autoridad jurisdiccional que conoce del proceso	151
1.13.4. Sujetos legitimados para accionar los mecanismos de control constitucional	151
1.14. Nuevo León	151
1.14.1. Modelo de control constitucional	
1.14.2. Instrumentos jurisdiccionales de protección constitucional	152
1.14.3. Autoridad jurisdiccional que conoce del proceso	152
1.14.4. Sujetos legitimados para accionar los mecanismos de control Constitucional	152
1.15. Entidades con control parcial de la constitucionalidad.	153
1.16. Confrontación de los sistemas de justicia constitucional local.	154
1.16.1. Modelos de control constitucional	156
1.16.2. Instrumentos jurisdiccionales de protección constitucional	157
1.16.3. Autoridad jurisdiccional que conoce del proceso	158
1.16.4. Sujetos legitimados para accionar los mecanismos de control constitucional	158
1.17. Hacia donde camina la justicia constitucional local en México.	159

## **II. La tensión de la justicia constitucional frente a la democracia**

2.1. Planteamiento del debate	163
2.2. La objeción democrática de la justicia constitucional	165
2.2.1. El origen del debate	165
2.2.2. Algunos tópicos del debate	168
2.3. Algunas soluciones para aminorar el debate	171
2.3.1. Conservadurismo y elitismo	171
2.3.2. Soluciones populistas	175
2.3.3. Soluciones intermedias	177
2.3.4. La Solución radical no populista. Democracia deliberativa	179
2.4. Tipo de Constitución para reducir la objeción antidemocrática de la justicia Constitucional	182
2.4.1. Constitución procedimental	183
2.4.2. Constitución a detalle	186
2.5. Algunas propuestas para reducir la tensión contramayoritaria de la justicia constitucional	190
2.5.1 Presunción de constitucionalidad de la ley	190
2.5.2 La mutabilidad generacional de la Constitución	191
2.5.3. Incorporación de procesos ciudadanos en la aprobación de la ley	194
2.6. A guisa de cierre	195

## **TERCERA PARTE**

### **El modelo de justicia constitucional local mexicano**

#### **I. Justicia constitucional local. Planteamientos para una propuesta**

1.1. Planteamiento del problema	197
1.2. Justicia constitucional local ¿para que?	199

1.2.1. Las características de las Constituciones locales	204
1.3. Elementos para la instauración de la justicia constitucional en las entidades Federativas	213
1.3.1. El contenido de las Constituciones locales	213
1.3.2. Qué debe protegerse de las Constituciones locales	219
1.3.3. Cómo proteger a la Constitución local	220
1.3.4. Quién debe proteger a la Constitución local ¿un órgano fuera o dentro del Poder Judicial?	224

## II. Un modelo Democrático de Justicia Constitucional Local

2.1. Pluralismo democrático, fundamento filosófico de la justicia constitucional	231
2.2. Constitución democrática para una efectiva justicia constitucional	234
2.3. Instrumentos de protección constitucional local	239
2.3.1. Acción de inconstitucionalidad	239
2.3.1.1. Concepto	241
2.3.1.2. Objeto	
2.3.1.3. Efectos de la sentencia	
2.3.1.4. La acción de inconstitucionalidad como control local	
2.3.2. Controversia constitucional	243
2.3.2.1. Concepto	245
2.3.2.2. Objeto	
2.3.2.3. Efectos de la sentencia	
2.3.2.4. La controversia constitucional como control local	
2.3.3. Acción de inconstitucionalidad por omisión	246
2.3.3.1. Concepto	252
2.3.3.2. Objeto	
2.3.3.3. Efectos de la sentencia	
2.3.3.4. La acción de inconstitucionalidad por omisión como instrumento de control local	
2.3.4. Cuestión de constitucionalidad	253
2.3.4.1. Concepto	257
2.3.4.2. Objeto	
2.3.4.3. Efectos de la sentencia	
2.3.4.4. La cuestión de constitucionalidad como instrumento de control local	
2.3.5. Juicio de protección de derechos fundamentales	258
2.4. Modelo de protección constitucional local	263
2.4.1. Modelo americano difuso <i>judicial review</i>	263
2.4.2. Modelo europeo concentrado	265
2.4.3. Un modelo de control constitucional híbrido o mixto de tres vías para las entidades federativas	266
2.5. El órgano jurisdiccional de control	272
2.6. La magistratura constitucional local	283
2.6.1. Características de la magistratura constitucional	285
2.6.1.1. Independencia	285
2.6.1.2. Capacidad profesional	287
2.6.1.3. Inamovilidad	288
2.6.1.4. Renovación periódica	290
2.6.1.5. Inviolabilidad	291
2.6.1.6. Incompatibilidad e independencia económica	292
2.6.1.7. Nombramiento	292
2.7. Las resoluciones de inconstitucionalidad en el modelo de justicia	

constitucional local	295
2.7.1. De las sentencias	295
2.7.2. Reenvío legislativo	298
2.7.3. Amigos de la Curia	299
2.7.4. Bloque de constitucionalidad	302
2.8. La justicia constitucional local frente a la justicia federal; problemas de la doble jurisdicción	304
2.8.1. Breve referencia histórica	304
2.8.2. Inconvenientes de la garantía de legalidad en la doble jurisdicción mexicana	307
2.8.3. Principios de articulación entre la justicia constitucional local y la justicia federal	309
2.8.4. El amparo como instrumento federal para combatir las sentencias dictadas por los tribunales constitucionales locales	311
2.8.4.1. Amparo contra actos emitidos dentro de la controversia constitucional local	313
2.8.4.2. Amparo contra la resolución de la acción de Inconstitucionalidad	314
2.8.4.3. Amparo contra las resoluciones sobre inconstitucionalidad por omisión	314
2.8.4.4. Amparo contra la cuestión de constitucionalidad	315
2.8.4.5. Amparo contra lo resuelto en el juicio local de protección de derechos fundamentales	315
2.8.5. La controversia constitucional federal como instrumento para combatir las sentencias dictadas por los tribunales constitucionales locales	315
2.8.5.1. Controversia constitucional federal, contra lo resuelto en una controversia estatal	316
2.8.5.2. Controversia constitucional contra lo resuelto en una acción local de inconstitucionalidad	317
2.8.5.3. Controversia constitucional federal, contra lo resuelto en la cuestión de constitucionalidad local	317
2.8.5.4. Controversia constitucional federal contra lo resuelto en el juicio de protección de derechos fundamentales	317
2.8.6. La acción de inconstitucionalidad federal como instrumento para combatir las sentencias dictadas por los tribunales constitucionales locales	318
2.9. Medidas para articular la coexistencia entre la justicia constitucional local y la otra justicia constitucional federal	319
2.9.1. La solución a través de la reforma a la Constitución Federal.	320
2.9.2. La solución a través del activismo judicial de la Suprema Corte de Justicia de la Nación	321
<b>CONCLUSIONES</b>	<b>323</b>
<b>FUENTES DE INFORMACION</b>	<b>328</b>

## RESUMEN

Un modelo democrático de justicia constitucional local	A democratic model of constitutional local justice
<p><i>RESUMEN:</i> El estado constitucional contemporáneo en el mundo ha ubicado a las constituciones en el más alto peldaño del universo normativo de cada estado; Kelsen situó a la Constitución en el vértice de la pirámide jurídica. Así, la Constitución, constituye el documento normativo formal y material que cada estado en ejercicio de la soberanía se da para sí, con el objeto de organizarse y cumplir con los fines para los cuales se creó.</p> <p>Con la Constitución se inicia el “deber ser” de un estado, es la primera norma y por lo mismo, no es precedida por otra. En este atributo reside su cualidad constituyente porque una vez establecida se inicia y se desarrolla el orden normativo, crea los órganos de producción normativa y delimita sus competencias.</p> <p>Esta característica constituyente de la Constitución, le da el carácter de <i>suprema</i>, porque de ella emana todo el sistema jurídico secundario que dará existencia y validez a los preceptos generales consagrados en la norma fundante. La supremacía constitucional, deviene de ese carácter constituyente de</p>	<p><i>ABSTRACT:</i> The contemporary constitutional state in the world has located constitutions in the highest stair of the normative universe of each state; Kelsen situated Constitutions in the vertex of the legal pyramid. Therefore, the Constitution constitutes the formal and material normative document that each state in exercise of the sovereignty gives to itself, so that it can organize and fulfill the aims for which it was created.</p> <p>With the Constitution the “must-be” of a state is initiated, it is the first norm, and therefore, it is not preceded by any other. In this attribute resides its constituent quality because once it is established, the normative order is initiated and developed, it creates the normative production bodies and it delimits their competence.</p> <p>This constituent characteristic of the Constitution gives it the character of <i>supreme</i>, because from it all the secondary legal system that shall give existence and validity to the general precepts enshrined in the founding norm stems. The constitutional supremacy derives from that constituent character of the fundamental document, when it gives</p>

<p>la carta fundamental, al dar origen a la generación del sistema jurídico nacional.</p> <p>Sin embargo, el carácter supremo de la Constitución, por sí solo no garantiza la vigencia y respeto de su texto; el poder público en el ejercicio de sus atribuciones puede violentar o trastocar los principios constitucionales, ejecutando actos u omisiones contrarios a ella.</p> <p>La presente investigación tiene por objeto de estudio el sistema de justicia constitucional local en México, que surge a raíz de la promulgación de la Constitución de Veracruz en el año 2000, expandiéndose a varias entidades federativas, como si se tratara de una moda constitucional o imitación de lo moderno, sin la reflexión, análisis y ponderaciones necesarias para lograr su efectividad social y pertinencia en un estado democrático.</p> <p>La aparición de esta nueva ingeniería constitucional en las entidades federativas ha traído nuevos problemas y nuevas tensiones de los poderes públicos estatales, y por si fuera poco, de la justicia local con la justicia federal. Con la presente investigación se pretende abordar la problemática que prevalece en los sistemas de control constitucional de los estados y al mismo tiempo, como aminorar los efectos causados por una</p>	<p>origin to the generation of the national legal system.</p> <p>However, the supreme character of the Constitution does not guarantee the validity and respect of its text by itself; the public power in the exercise of its attributions can violent or alter the constitutional principles, by executing acts or omissions contrary to it.</p> <p>This investigation's object of study is the Local Constitutional Justice System in Mexico, which comes from the enactment of the Constitution de Veracruz in 2000, expanding to several federal entities, as if it is about a constitutional craze or imitation of the modern, with no reflexion, analysis and considerations needed to accomplish its social effectiveness and pertinence in a democratic state.</p> <p>The appearance of this new constitutional engineering in the federal entities has brought new problems and new tensions to the public state powers, and if that were not enough, of the local justice with the federal one. With this investigation it is intended to tackle the problem that prevails in the constitutional control systems of the states, and at the same time, how to decrease the effects caused by a judicial decision that repeals</p>
-------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------	---------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------



decisión judicial que anula los actos dictados por las autoridades democráticas de las entidades federativas.	the acts dictated by the democratic authorities of the federal entities.
---------------------------------------------------------------------------------------------------------------	--------------------------------------------------------------------------

## INTRODUCCIÓN

La presente investigación lleva por título “un modelo democrático de justicia constitucional local”, y pretende resolver algunos de los problemas derivados de la instauración de procedimientos jurisdiccionales de control constitucional en las entidades federativas a partir de su incorporación a los textos constitucionales de los estados. Se trata de un tema actual que infiere un conjunto de cuestionamientos y problemática social, jurídica y política que requiere ser atendida por la comunidad jurídica, con el objeto de crear nuevos conocimientos que abonen a la solución de los problemas de esta institución y coadyuven a perfeccionar el esquema de control jurisdiccional de las constituciones estatales.

### Planteamiento del problema y justificación

El estado constitucional contemporáneo en el mundo ha ubicado a las constituciones en el más alto peldaño del universo normativo de cada estado; Kelsen situó a la Constitución en el vértice de la pirámide jurídica. Así, la Constitución, constituye el documento normativo formal y material que cada estado en ejercicio de la soberanía se da para sí, con el objeto de organizarse y cumplir con los fines para los cuales se creó.

Con la Constitución se inicia el “deber ser” de un estado, es la primera norma y por lo mismo, no es precedida por otra. En este atributo reside su cualidad constituyente porque una vez establecida se inicia y se desarrolla el orden normativo, crea los órganos de producción normativa y delimita sus competencias.<sup>1</sup>

Esta característica constituyente de la Constitución, le da el carácter de *suprema*, porque de ella emana todo el sistema jurídico secundario que dará existencia y validez a los preceptos generales consagrados en la norma fundante.

---

<sup>1</sup> SÁNCHEZ BRINGAS, Enrique, Los derechos humanos en la Constitución y en los Tratados Internacionales, Porrúa, México 2001, pág. 27.

La supremacía constitucional, deviene de ese carácter constituyente de la carta fundamental, al dar origen a la generación del sistema jurídico nacional.

Sin embargo, el carácter supremo de la Constitución, por sí solo no garantiza la vigencia y respeto de su texto; el poder público en el ejercicio de sus atribuciones puede violentar o trastocar los principios constitucionales, ejecutando actos u omisiones contrarios a ella.

La presente investigación tiene por objeto de estudio el sistema de justicia constitucional local en México, que surge a raíz de la promulgación de la Constitución de Veracruz en el año 2000, expandiéndose a varias entidades federativas, como si se tratara de una moda constitucional o imitación de lo moderno, sin la reflexión, análisis y ponderaciones necesarias para lograr su efectividad social y pertinencia en un estado democrático.

La aparición de esta nueva ingeniería constitucional en las entidades federativas ha traído nuevos problemas y nuevas tensiones de los poderes públicos estatales, y por si fuera poco, de la justicia local con la justicia federal. Con la presente investigación se pretende abordar la problemática que prevalece en los sistemas de control constitucional de los estados y al mismo tiempo, como aminorar los efectos causados por una decisión judicial que anula los actos dictados por las autoridades democráticas de las entidades federativas.

Hablar de la justicia constitucional, no es nuevo en México y menos aún en el mundo. Los procedimientos e instituciones de protección de la supremacía constitucional caracterizan al constitucionalismo contemporáneo.

Con la reforma al Poder Judicial Federal de 1994, se inicia una nueva era en el sistema de protección constitucional en México, al crearse medios procesales de defensa de la Constitución de carácter abstracto, distintos a los de vía incidental, que hasta antes de esa fecha habían prevalecido; iniciándose, así, el proceso de consolidación de la Suprema Corte de Justicia como un auténtico tribunal constitucional.

A partir de ello se gesta un importante viraje hacia la revaloración de las cartas constitucionales de los estados, para ser vistas como normas con fuerza vinculante de aplicación directa hacia el gobernado.

Hasta antes del año 2000, las constituciones estatales en México se habían visto como simples exposiciones de principios políticos sin vincular jurídicamente.<sup>2</sup> Las constituciones locales han estado ausentes de instrumentos procesales para la protección y salvaguarda de los principios establecidos en ellas, la realidad histórico-jurídica del constitucionalismo local demuestra la nula actuación de las entidades federativas por instaurar mecanismos de protección que preserven los principios supremos de las cartas locales. Ello ha favorecido la violación constante, sin que nadie pueda exigir con elementos claros la preservación de su texto. La defensa de la Constitución a través de los jueces locales es uno de los temas pendientes del sistema federal mexicano.

A partir del año 2000, se inicia un fenómeno interesante de modificación a los textos constitucionales de algunos estados, creando instrumentos de control constitucional del orden local; Veracruz, primero, seguido de otras entidades constituye el pionero en México de la justicia constitucional local. El principio de supremacía constitucional, es llevado al ámbito del derecho local, con el objeto de articular el sistema normativo de cada estado y sujetarlo a los principios fundamentales consagrados en el orden constitucional respectivo.

En un sistema federal existen dos órdenes normativos, uno federal y otro local; en cada uno de éstos, existe un común denominador, la Constitución. La norma constitucional organiza, estructura y faculta el ejercicio del poder e impone orden y cohesión al sistema jurídico de la federación y de los estados integrantes. La Constitución está presente, entonces, en cada uno de estos sistemas de autoridad, con una característica fundamental, la supremacía.

La propia Constitución federal reconoce la existencia de las constituciones locales como ejes rectores del sistema jurídico interno de cada estado, de ahí que, necesariamente deban existir dos instrumentos de control jurisdiccional de la Constitución, uno en el ámbito federal y otro en lo local, creando así, un sistema mixto, que debe operar en forma coincidente, complementario –no simultáneo- en

---

<sup>2</sup> ASTUDILLO REYES, César I. Ensayos de justicia constitucional en cuatro ordenamientos de México: Veracruz, Coahuila, Tlaxcala y Chiapas. UNAM, México 2004, pág. XXIV.

ambos regímenes, bajo el principio de supremacía constitucional.<sup>3</sup> La misma Constitución federal, en los artículos 40 y 41 constata la presencia de dos sistemas constitucionales y, por ende, la coexistencia de dos sistemas de justicia constitucional. Sin embargo, esta coexistencia de controles jurisdiccionales de la Constitución, está generando serias tensiones entre ambas justicias, que aún, no se han logrado resolver o articular para que puedan coexistir autónomamente y permitan cumplir cabalmente el objetivo de ser garantes de la supremacía constitucional y cuyos problemas se buscan resolver con la presente investigación.

Por otra parte, el proceso de democratización que vive México, derivado de la transformación social en todos sus ámbitos, trae consigo la necesidad de formas distintas de organización jurídica; exige el reconocimiento de nuevos derechos y libertades personales y un reparto de competencias del poder público que garanticen la funcionalidad del estado mexicano. La competencia electoral en los últimos años ha propiciado el cogobierno entre las principales fuerzas políticas del país, consolidando una pluralidad de partidos donde las posibilidades de acceso al poder público son cada vez más competidas; ello, también da origen a nuevas confrontaciones del poder.

Los aires de democracia requieren reglas claras que garanticen el ejercicio de las libertades políticas; el reparto equilibrado de las preferencias electorales ha provocado que el ejercicio del poder se haga vulnerable y se cuestione con una mayor frecuencia, lo que no ocurría en los tiempos del régimen de partido hegemónico del siglo XX generando nuevas tensiones en la democracia. Es ahí, donde destaca el valor invaluable del derecho, que actúa como un instrumento democrático de encuentro y resolución de todo conflicto social, generado por esta dinámica. La justicia constitucional se erige como parte de ese proceso de transformación social.

La justicia constitucional pretende convertirse en árbitro de la democracia, para canalizar los conflictos a soluciones civilizadas por conducto del derecho; aunque, no siempre las decisiones de la justicia constitucional satisfacen a las

---

<sup>3</sup> RIOS, Luis Efrén. en Justicia Constitucional Local, Eduardo Ferrer MacGregor y Rodolfo Vega Hernández, coordinadores. Editorial FUNDAP, México 2003, pág. 317.

decisiones democráticas. El control jurisdiccional de la Constitución, a veces, no ha sido bien visto por los poderes con legitimidad democrática quienes no admiten, aún, que sus decisiones puedan ser revocadas por jueces que no han emanado de la voluntad popular directa. Ello está provocando nuevos enfrentamientos del poder, pero al mismo tiempo, nuevas oportunidades de construir acuerdos y reglas que consoliden el proceso democrático de las entidades federativas; de ahí la pertinencia de los instrumentos garantes del orden constitucional local, de lo contrario el ejercicio de la democracia presentará dificultades ante un sistema jurídico en el que la norma constitucional no se encuentra blindada. El paso hacia ese horizonte se ha iniciado, aún cuando lento el paso se está dando. Ha llegado la hora de judicializar la política y someter sus decisiones a un árbitro constitucional, esa es la misión de la justicia constitucional.

Sin embargo, preocupa que la incorporación de controles constitucionales en los estados, se atribuya más a una moda del constituyente local, que a una verdadera necesidad y conocimiento previo de los gobernados y de la propia autoridad; generando una deformación de las instituciones de defensa constitucional y el fracaso de su efectividad, por consiguiente habría que preguntarse: ¿Cómo lograr, primero, que las entidades federativas entren a esta revaloración de sus constituciones internas?, ¿Cómo hacer compatible dos controles constitucionales, para que ambos, cumplan su objetivo?, ¿Cómo reducir la tensión que provocan las decisiones judiciales que anulan decisiones democráticas?, ¿Qué características deben distinguir a la justicia constitucional en las entidades federativas?

Estas son las principales interrogantes que pretenden encontrar aproximación a su respuesta durante la presente investigación.

## **Hipótesis**

Con tales consideraciones se formula la siguiente hipótesis: “el modelo democrático de control constitucional local debe fundarse en una nueva ingeniería constitucional, que lo haga compatible con el control federal, e integre principios

de contenido democrático, mediante un sistema completo de control de la constitucionalidad, basado en instrumentos jurisdiccionales, accionados por una pluralidad de sujetos y ejercidos por una magistratura que garantice la democracia en el estado.”

### **Apartado metodológico**

La presente investigación se identifica como de *lege ferenda*<sup>4</sup>, porque se dirige a criticar el estado existente de normas que regulan el control constitucional local, y pretende crear un modelo que reemplace, enmiende y complemente el sistema jurisdiccional de protección constitucional. El desarrollo del objeto de investigación, sigue un conjunto de fuentes materiales y metodológicas utilizadas para demostrar la hipótesis, posturas y planteamientos, necesarios para lograr una adecuada argumentación que sustenten cada uno de los razonamientos sostenidos durante la construcción del discurso jurídico.

En efecto, se trata de una investigación de *lege ferenda*, porque pretende dirigir una crítica a la solución normativa vigente, respecto a los problemas derivados de los instrumentos de protección constitucional de las cartas fundamentales de las entidades federativas, y al mismo tiempo proponer la instauración de un conjunto de procedimientos, principios, instituciones y características que sustituyan o constituyan un nuevo modelo de protección constitucional de las constituciones estatales.

Para cumplir con este propósito se ha identificado el universo normativo existente que regula el proceso articulador federal y estatal en materia de instrumentos de protección constitucional, aunado a un proceso de análisis, sistematización, confrontación y refutación de las teorías principales del tópico; a partir de ello, se formula la construcción del discurso crítico del sistema jurídico vigente, identificado los problemas de racionalidad lingüística, sistemática o

---

<sup>4</sup> Christian Curtis, identifica a este tipo de investigaciones como aquellas que están orientadas a proponer reforma o modificaciones al derecho positivo. En Observar la Ley. Ensayos sobre metodología de la investigación jurídica, Trotta. Madrid. 2006. pág. 125.

jurídica, o bien los derivados de la racionalidad, pragmática, o teleológica y finalmente la elaboración de una propuesta normativa que pretende resolver la problemática identificada, mediante el establecimiento de lo que he denominado el modelo democrático de justicia constitucional.

Todo esfuerzo de investigación dogmática, requiere de la utilización de los métodos adecuados para demostrar el objeto de estudio, a través de los principios teóricos y prácticos de una disciplina o ciencia a la que pertenece ese objeto de estudio.

José Reinaldo de Lima Lopes, define al método “como el procedimiento teórico a través del cual se establecen los conceptos y sus relaciones entre si o, dicho de otro modo, el procedimiento a través del cual se construye el objeto teórico. Existe una relación de correspondencia entre el método y el objeto.”<sup>5</sup>

La construcción del conocimiento, inicia con la definición del objeto de estudio a explicar, justificar o enseñar y se consolida con la elaboración de un método que demuestre la validez del conocimiento obtenido; el método constituye la forma o procedimiento a través del cual se obtiene el conocimiento. La validez del conocimiento obtenido dependerá de la posibilidad efectiva de demostrar sus argumentos y razonamientos a partir del método utilizado.

Si el objeto de estudio guarda correspondencia con el método utilizado, conviene determinar con precisión cual es el objeto materia de investigación; así el objeto de estudio se desprende directamente de la pregunta de investigación, la existencia de un fenómeno, su naturaleza, su magnitud, su relación con otros fenómenos ( semejanza, diferencia, concomitancia, correlación), sus causas y sus efectos. En este caso, el objeto se constituye con la existencia de un fenómeno jurídico, social y político, derivado de la necesidad de incorporar a las constituciones estatales procedimientos para garantizar la supremacía del orden constitucional local; el fenómeno tiene una naturaleza política, pero se garantiza por medios de carácter jurisdiccional; las causas y efectos guardan una vinculación directa con el fenómeno porque la falta de instrumentos procesales

---

<sup>5</sup> Ibid pág. 48



que aseguren la supremacía constitucional, provoca incertidumbre e inseguridad jurídica de los gobernados, al no contar con dichos mecanismos para hacer respetar los acuerdos sociales plasmados en la Constitución.

Para la justificación de la hipótesis se utilizan diversos métodos como el filosófico para el análisis de los conceptos y teorías relevantes sobre el objeto de estudio; el método deductivo que permite abordar desde una visión general el objeto de estudio para descubrir conocimientos específicos.

El derecho se integra por un conjunto de construcciones lingüísticas, estructuradas mediante la elaboración del discurso jurídico; por tal motivo se ha hecho uso del análisis del lenguaje, como método lingüístico, para el esclarecimiento conceptual de las teorías relativas al objeto de estudio produciendo conceptos, clasificaciones y soluciones normativas con mayor claridad.

Por otra parte, el objeto de estudio requiere ser abordado desde distintos campos para un mejor análisis del problema y producir un resultado integral, coherente, completo y sistemático, por ello, se hace uso del método sistemático, tanto normativo como doctrinal el cual permite tener una visión de conjunto, generando argumentos que cuestionan las soluciones normativas existentes y al mismo tiempo recomendar un nuevo modelo de justicia constitucional local, que evite incoherencias y permita superar los problemas actuales, en esta materia. Dada la construcción del orden jurídico a través de sistemas normativos, estos pueden resultar entre sí contradictorios y a veces excluyentes, de ahí la importancia de analizar la norma objeto de estudio a partir del sistema al que pertenece, para evitar indeterminación, contradicción o laguna normativa que conduzcan a una premisa falsa o un conocimiento incorrecto. El estudio sistemático se aborda a partir del análisis de sistema jurídico mexicano, partiendo de la Constitución federal, las legislaciones estatales y los precedentes jurisprudenciales que tienen una vinculación directa con el problema. Courtis, destaca la pertinencia del empleo del análisis sistemático por la dogmática. “La tarea dogmática de sistematización constituye una manifestación de este tipo de análisis, en la medida en que pretende una reconstrucción unitaria, completa y

coherente de un conjunto normativo. El análisis sistemático ofrece argumentos tanto para criticar soluciones normativas existentes, como para recomendar soluciones *lege ferenda* que eviten incoherencias o permitan superar lagunas.”<sup>6</sup> Este método permite en la investigación, arribar precisamente a propuestas de *lege ferenda*, porque al utilizar el análisis del sistema normativo, se concluye que existe una laguna lesgialtiva en los sistemas estatales por no considerar procedimientos jurisdiccionales para salvaguardar el principio de supremacía constitucional de las cartas fundamentales, motivando la propuesta de un modelo democrático de justicia constitucional local.

De la misma forma durante la investigación se presentan cuestiones ideológicas que requieren ser abordadas para entender el proceso evolutivo del objeto de estudio; se cuida presentar los argumentos ideológicos con neutralidad, con el propósito de dar cuenta de las distintas corrientes del pensamiento que giran en torno a la justicia constitucional, la visión de la política, la democracia y el poder, como ejes rectores del objeto de estudio; por ende, se hizo necesario la utilización del método ideológico para hacer evidente la concepción de la realidad, las construcciones de la doctrina, la orientación de las decisiones judiciales y poder entender el sentido del problema y su relación con el poder y la política. La investigación no puede retrotraerse al debate ideológico; la posición ideológica se aborda desde el punto de vista social, político, doctrinal y del propio contenido de las normas. Si bien es cierto, el investigador para preservar la neutralidad científica, debe abstenerse de proferir sus concepciones ideológicas, resulta inevitable en el momento de reafirmar postura y formación de la propuesta, recurrir al análisis ideológico<sup>7</sup> como método para dar cuenta de una determinada concepción del mundo; aún más en el campo del derecho, la concepción de la política y del poder. Todo conjunto normativo tiene un alto contenido ideológico; durante el proceso de formación de la ley se debaten principios ideológicos que terminan por traducirse en normas; la creación de instituciones, el otorgamiento de

---

<sup>6</sup> Ibid. Pág. 148

<sup>7</sup> Sobre análisis ideológico del derecho, véase a Christian Courtis, Detrás de la Ley. Lineamientos de análisis ideológico del derecho, en Observar la Ley. Ob. Cit.

derechos o la imposición de deberes expresadas en las normas jurídicas, provienen de la materialización de las ideologías gobernantes que confluyen en los poderes legislativos. Por ende, el análisis ideológico constituye un método necesario para justificar la necesidad de establecer procedimientos que aseguren la vigencia y superioridad de las normas constitucionales, incluso, las conclusiones finales tienen una alta marca ideológica, puesto que se propone la formación de un sistema de justicia constitucional, basado en principios democráticos.

La argumentación histórica tiene un papel relevante en la construcción de la dogmática jurídica; el análisis de la historia permite al investigador comprender el proceso evolutivo de una norma, institución jurídica, el proceso social o bien de la propia doctrina; la historia sirve en este trabajo, como elemento para explicar y sistematizar el objeto de estudio, para desentrañar valores, hechos o decisiones que han influido en la justicia constitucional y, a partir de ello, propiciar el análisis del proceso de evolución que desencadene un nuevo estado de cosas y conocimientos nuevos, que tratan de evitar y superar errores o elementos que de acuerdo con la historia, han demostrado su ineficacia.

Así, se hace uso de la fuente histórica, como un recurso necesario para entender el proceso evolutivo de la justicia constitucional en el mundo, su llegada a México y como ha iniciado un proceso de penetración paulatino en las entidades federativas. De esta forma, se utilizan dos enfoques de la historia del derecho, una social o externa y otra normativa o interna. La historia social del derecho pretende explicar la sucesión de hechos que provocan una alteración o modificación del orden jurídico existente, con el fin de comprender la evolución de la justicia constitucional, como institución jurídica universal. Curtis<sup>8</sup>, reconoce que esta fuente de la investigación, aporta argumentos para desentrañar los valores y los fines incardinados en un conjunto normativo y, por ende, ofrecer pautas para explicarlo y sistematizarlo, y para superar problemas de indeterminación, o bien ofrecer argumentos para demostrar el carácter anacrónico de una norma y proponer su modificación. Por su parte la historia normativa o interna del derecho,

---

<sup>8</sup> Ibid. Pág. 137

refiere un análisis de tipo diacrónico del sistema jurídico, destinado a dar cuenta de las sucesivas modificaciones de normas o de aplicaciones judiciales de las normas.<sup>9</sup> La fuente histórica en sus dos vertientes, adquieren un papel preponderante durante la investigación, porque se recurre a ella en cada apartado con el propósito de comprender el proceso evolutivo de la justicia constitucional, los factores y circunstancias sociales y políticas que le dieron origen; y la evolución normativa de los instrumentos de control constitucional.

Al igual que la historia, el derecho comparado, constituye un método de relevancia importante para comparar el objeto de estudio con otras instituciones análogas, fenómenos o normas creadas por otras sociedades. La comparación como método de estudio, permite, durante la investigación, visualizar dos respuestas diversas ante un problema análogo, e identificar semejanzas y diferencias para el adecuado tratamiento del problema; facilita la comprensión del objeto de estudio, y permite identificar equivalencias funcionales entre sistemas, que venga a constatar la eficacia de un sistema o bien el fracaso de éste, en virtud de los elementos encontrados durante la comparación.

Por otra parte, la fuente jurisprudencial, al considerarse como la interpretación vinculatoria que de la ley han hecho los jueces, constituye un recurso importante de consulta durante la parte de confirmación de la hipótesis y construcción de la propuesta, porque juega un papel de argumento de autoridad, ya sea para apoyar o refutar ideas. La jurisprudencia empleada en la investigación pretende demostrar como los tribunales mexicanos han resuelto los diversos y complejos problemas de la justicia constitucional, la problemática de la doble jurisdicción y la presencia de dos sistemas normativos con mecanismos de control constitucional.

Finalmente, se emplea la fuente doctrinal, como un recurso de fundamental importancia para la construcción del marco conceptual de la tesis. Se incorporan las principales teorías, doctrinas, clasificaciones y categorías creadas por la dogmática constitucional para comprender el escenario circundante de la

---

<sup>9</sup> Id.

problemática de la materia. La utilización de la fuente doctrinal sirve para orientar y definir una postura personal, derivada de la confrontación o confirmación de diversas posiciones teóricas que a lo largo del proceso evolutivo han marcado un posicionamiento de la justicia constitucional, definiendo la propia construcción dogmática de la tesis.

En cuanto a las técnicas utilizadas para demostrar la hipótesis se utilizaron la documental e informática, de donde se obtuvo la información necesaria para la construcción argumentativa de la investigación, recurriendo a recursos bibliográficos, análisis de documentos normativos, resoluciones judiciales, y consulta de fuentes informáticas, aprovechando el universo de información circulante en la red.

## **Estructura**

La fase de demostración de la hipótesis está estructurada en tres apartados, cada uno, a su vez, integrado por dos capítulos. En el primer apartado se esbozan las ideas generales de la dogmática constitucional en torno a la teoría de la Constitución, presentando los principales exponentes de la doctrina constitucional; las características de la norma fundamental, creación, naturaleza jurídica y el conjunto de principios que definen a una norma como suprema. En la segunda sección del mismo apartado se presenta un enfoque conceptual de la justicia constitucional, como instrumento de estudio del derecho procesal constitucional, lo que ha creado una nueva disciplina de la ciencia jurídica cuyo objeto de estudio lo constituye las normas que tienen por objeto establecer los procedimientos para ejercer el control de la constitucionalidad.

La segunda parte de la investigación está dedicada a explicar la naturaleza constitucional de las entidades federativas, su vinculación con el sistema federal y la armonización de dos ordenes normativos que articulan un sistema jurídico nacional. Asimismo, en este apartado se discute uno de los elementos fundamentales de la investigación, el referido a la explicación teórica sobre el carácter antidemocrático de la justicia constitucional y las tensiones que ello

produce con los órganos democráticos, lo cual constituye la antítesis de los instrumentos de control constitucional.

La tercera y última parte, se dedica a la justificación plena de la hipótesis, iniciando por analizar los fundamentos de la justicia constitucional local en México, cuestionando la problemática existente, destacando sus aciertos, y, seguido de ello, se exponen algunos posicionamientos para una adecuada y efectiva justicia constitucional en las entidades federativas, señalando cual debe ser el contenido de las constituciones, que debe protegerse de ellas, como debe protegerse y quien debe ejercer esa protección. Finalmente se incorpora un apartado que lleva el título de este trabajo, en el cual se desarrolla un modelo integral de protección constitucional de los textos supremos locales, pretendiendo, por una parte, resolver los problemas de tensión entre democracia y justicia constitucional, creando un modelo completo de protección, estableciendo las características de la magistratura constitucional y los efectos de las resoluciones en el ejercicio de este control, y por otra parte, se exponen los problemas y se crean soluciones a los conflictos derivados de la doble jurisdicción que prevalece en el estado mexicano.

En suma, en la presente investigación se expone el estado de la cuestión, se dilucidan problemas, se crean soluciones, se disipan dudas y en otros casos se descubren nuevos cuestionamientos, pero al mismo tiempo, se abren nuevos horizontes a conquistar en el apasionante mundo de construir un modelo completo, integral y democrático de justicia constitucional.

## PROTOCOLO DE INVESTIGACION

### PLANTEAMIENTO DEL PROBLEMA

El estudio del control constitucional ha estado presente en diferentes culturas jurídicas del mundo, principalmente en Europa, los estudiosos del tema no se ponen de acuerdo en su denominación, utilizando indistintamente las expresiones de *justicia constitucional*, *control constitucional*, *jurisdicción constitucional*, *defensa constitucional*, *derecho constitucional procesal* y *derecho procesal constitucional*, estableciendo incluso, que estos términos en realidad engloban distintas concepciones en cuanto a su alcance y contenido, lo cual evidencia que nos encontramos ante una nueva disciplina jurídica cuyos cimientos científicos apenas comienzan a dibujarse.<sup>10</sup>

El control de la constitucionalidad de las leyes ha supuesto, en el siglo pasado, una importante, esencial evolución del principio de legalidad: se puede incluso sostener que constituye su corolario natural, desde el momento que pone fin a una línea evolutiva, partiendo de la crítica al Estado absoluto, donde los poderes del soberano eran considerados *legibus soluti*, se ha logrado llegar a la regla según la cual los comportamientos de todos los poderes públicos deben basarse sobre una norma jurídica previa. Consecuentemente, el principio de legalidad, inicialmente entendido específicamente vinculado con las relaciones entre ley y actividad administrativa, representa un límite para el mismo legislador, en el sentido de que las leyes y los actos dotados de fuerza de ley deben resultar conformes o de cualquier forma compatibles con las disposiciones constitucionales.<sup>11</sup>

---

<sup>10</sup> FERRER MAC-GREGOR, Eduardo. Derecho Procesal Constitucional tomo I, Ed. Porrúa. 3ª edición. México 2002, pág. 134.

<sup>11</sup> ROLLA, Giancarlo. Tribunales y Justicia Constitucional. Memoria del VII Congreso Iberoamericano de Derecho Constitucional. Ed. Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM. México 2002, pág. 355-356.

El control constitucional, supone la necesidad de instaurar procedimientos y órganos del estado, previstos en la propia norma fundamental que tengan como encomienda la preservación de la vigencia constitucional; de lo contrario, el texto constitucional estaría constantemente amenazado por la autoridad en el ejercicio del poder público. La Constitución representa para las democracias modernas el instrumento ideológico que define los objetivos fundamentales de la sociedad y al mismo tiempo establece frenos al ejercicio del poder.

Para Kelsen,<sup>12</sup> la Constitución representa la norma suprema fundante de una sociedad, para éste sólo una autoridad competente puede establecer normas válidas, y esa competencia sólo puede basarse en una norma que faculte a imponer normas. A esa norma se encuentran vinculados la autoridad facultada para dictar normas, y los individuos obligados a obedecerlas. Como se indicó, la norma que representa el fundamento de validez de otra norma es, en su respecto, una norma superior; pero la búsqueda del fundamento de validez de una norma no puede proseguir hasta el infinito, como la búsqueda por la causa de un efecto. Tiene que concluir en una norma que supondremos la última, la suprema. Como norma suprema tiene que ser presupuestada, dado que no puede ser impuesta por una autoridad cuya competencia tendría que basarse en una norma aún superior. Su validez no puede derivarse ya de una norma superior, ni puede volver a cuestionarse el fundamento de su validez. Una norma semejante, presupuesta como norma suprema, será designada aquí como una norma fundante básica.

La Constitución es la norma básica que articula el ordenamiento jurídico. De ahí que haciendo un repaso histórico, se puede advertir la importancia del constitucionalismo como oposición al abuso del poder. Hoy, desde Maquiavelo hasta Montesquieu, pasando por los enciclopedistas y los ideólogos de las revoluciones de Francia y de Norteamérica, el ejercicio del poder ha tenido que volverse racional<sup>13</sup>.

---

<sup>12</sup> KELSEN, Hans, Teoría Pura del Derecho, Ed. Porrúa. México 1993. pág. 202.

<sup>13</sup> URIBE ARZATE, Enrique, El Tribunal Constitucional Ed. Universidad Autónoma del Estado de México. México 2002, pág. 23.



El racionalismo en el ejercicio del poder involucra a todos los que lo ejercen, tradicionalmente se ha pensado que el potencial mayor de violaciones a la Constitución, se encuentra en los órganos del estado ejecutores del ordenamiento legal, sin embargo, en la violación constitucional puede incurrir también el órgano legislativo creador de la norma jurídica. Ello ha desatado un debate interesante, centrado fundamentalmente en negar, para algunos, la posibilidad de que exista un órgano autorizado para revisar los actos legislativos que trastocan el orden constitucional. Esta tesis se argumenta en el principio de soberanía popular depositada en las asambleas legislativas, que se asumen como expresión política absoluta, que no admite ninguna derogación del principio de omnipotencia de la ley.

Los opositores a la introducción de sistemas de justicia constitucional subrayan también el riesgo de introducir un freno conservador a la actividad innovadora del Parlamento. Una confianza optimista en la bondad de las opciones legislativas y en la naturaleza reformadora del Parlamento, inducía a considerar un obstáculo a la modernización del sistema, todo límite impuesto desde fuera a la discrecionalidad legislativa. Atribuir a un órgano no representativo la tarea de censurar la actividad normativa del Parlamento, bloqueando decisiones políticas fundamentales asumidas por los representantes directos del cuerpo electoral, equivalía –a juicio de algunos autores- a devaluar el mismo principio de la soberanía popular<sup>14</sup>.

Sin embargo, pese a esta afirmación la experiencia en el mundo ha mostrado que el control constitucional abarca a todos los órganos del poder estatal, independientemente de la naturaleza de su actividad.

Así, han florecido en el siglo pasado y seguramente serán la constante en el presente siglo, los tribunales llamados de control constitucional o tribunales constitucionales, cuya responsabilidad se les ha encomendado, vigilar la vigencia y preservación del orden constitucional.

---

<sup>14</sup> ROLLA, Giancarlo, ob. cit. pág. 359.

Con la aparición de los tribunales constitucionales, se hace necesario el desarrollo de una disciplina del derecho cuyo objeto de estudio sea precisamente el análisis de los procedimientos a que debe sujetarse el tribunal constitucional, para prevalecer la vigencia del orden constitucional.

La disciplina que se ocupa del estudio de los órganos y de las normas procesales que deciden controversias de carácter constitucional es relativamente reciente, pues si bien han existido instrumentos e instituciones de resolución de este tipo de conflictos desde hace bastante tiempo si pensamos en la revisión judicial norteamericana, y de los ordenamientos que se inspiraron en ella, no fue sino hasta los años treinta del siglo XX, cuando surgió la preocupación por su análisis científico, especialmente con motivo de la conocida controversia entre Carl Schmitt y Hans Kelsen sobre el órgano “protector” o “defensor” de la Constitución.

El derecho procesal constitucional se ha venido consolidando en el mundo como la disciplina del derecho que atendiendo a la doctrina procesal centra su estudio en la trilogía estructural del proceso, acción, jurisdicción y el proceso mismo.

En México el Derecho procesal constitucional, ha tenido al final del siglo pasado una efervescencia importante. Ello derivado de la reforma constitucional al Poder Judicial Federal ocurrida en diciembre de 1994; el otorgamiento de facultades de control constitucional a la Suprema Corte de Justicia de la Nación, diferentes a la tradición individualista del amparo, tales como las controversias constitucionales y las acciones de inconstitucionalidad, han constituido a la Suprema Corte de Justicia, no solo como órgano supremo de la pirámide jurisdiccional del país, sino como el órgano máximo de control de la constitucionalidad.

Esta efervescencia alentada por el estudio de las nuevas atribuciones del Poder Judicial Federal, ha propiciado que algunas entidades federativas hayan generado reformas a sus Constituciones locales, para emular a la federación y crear en los estados órganos de control constitucional local; tal es el caso de Veracruz, Tlaxcala y Coahuila, como pioneros, quienes han otorgado a sus

respectivos Tribunales Superiores de Justicia facultades de control constitucional local.

La imitación iniciada por estas entidades federativas es justificable. El tema del control de la constitucionalidad se explica en función de que, en el nivel local, existe un orden normativo, al que se denomina constitución, que es de naturaleza suprema; ello implica, por una parte, que hay un complejo normativo, integrado por leyes, decretos, bandos y acuerdos generales, que es de índole secundaria y derivada; y, por otra, que existen poderes y autoridades locales, que son, por partida doble, constituidos, cuya existencia y actuación está prevista y regulada por ese orden normativo y particulares que están sujetos a lo que él disponga.<sup>15</sup>

La supremacía constitucional local se funda en lo dispuesto por el primer párrafo del artículo 41 de la Constitución Federal:

El pueblo ejerce su soberanía por medio de los Poderes de la Unión, en los casos de la competencia de éstos, y por los de los Estados en lo que toca a sus regímenes interiores, en los términos respectivamente establecidos por la presente Constitución Federal y las particulares de los Estados, las que en ningún caso podrán contravenir las estipulaciones del Pacto Federal.

Si bien es cierto a nivel federal, en los últimos años se ha propiciado un estudio profundo de las normas procesales en materia constitucional y del propio órgano jurisdiccional; en la mayoría de las entidades federativas ha pasado desapercibido el tema, en gran medida los problemas de violación constitucional, se definen por la vía federal (controversias constitucionales), y en el peor de los casos por la vías no jurisdiccionales, (vías políticas).

Por otra parte, México vive un proceso de democratización, con mayor auge a partir del año 2000, que ha evidenciado la debilidad de las reglas del juego democrático, es común ahora, observar la constante confrontación de los distintos órganos del poder público y de los distintos órdenes de gobierno. El cogobierno es una realidad en el país y particularmente en las entidades federativas; hoy las distintas fuerzas políticas consolidan un multipartidismo con posibilidades reales de ser gobierno. Estos aires de democracia traen consigo nuevos problemas,

---

<sup>15</sup> ARTEAGA NAVA, Elisur. Derecho Procesal Constitucional. Tomo III, Ed. Porrúa. 3ª edición. México 2002, pág. 2915.

nuevas formas de convivencia que no necesariamente están resueltas en la Constitución.

Es ahí donde la justicia constitucional adquiere la mayor relevancia, donde el juego democrático es una realidad, porque se erige como el árbitro, cuya encomienda es preservar el orden constitucional construido a partir de la democracia.

La presente investigación pretende construir un modelo de justicia constitucional local que contribuya a blindar la supremacía de las cartas constitucionales de los estados, a partir de una revaloración de los textos estatales como ejes de equilibrio del poder público; al mismo tiempo, considerar alternativas que permitan coexistir a un sistema de controles constitucionales dual, como existe en México, es decir, por un lado el régimen de control de la Constitución federal, y por otra parte, los sistemas de control que cada vez más estados han incorporado en sus constituciones.

En suma se pretende arribar a la creación de un modelo integral de control constitucional para las entidades federativas, que oriente el debate sobre este sistema de protección, no como una moda del constitucionalismo local, como ha venido ocurriendo, sino como un proceso articulador a partir de la Constitución y desde la propia Constitución.

### **Principales interrogantes**

1. La Constitución es la norma fundante básica de todo estado moderno. ¿Puede ser contrariada por el ejercicio del poder, aún cuándo éste se manifieste en forma de ley?.
2. ¿Los actos legislativos pueden ser revisados por otro órgano del estado, cuándo estos trastocan el orden constitucional?.
3. ¿El principio de soberanía popular depositada en los poderes legislativos, puede ser sometido a revisión por órganos jurisdiccionales para verificar si se ajustan a la Constitución?

4. ¿Puede un órgano jurisdiccional censurar la actividad de la autoridad, argumentando que sus decisiones son contrarias al texto constitucional?
5. ¿Es el tribunal constitucional un super-poder del estado, facultado para anular cualquier acto de autoridad que violente la Constitución?
6. ¿Cómo lograr que las entidades federativas inicien un proceso de revaloración de las constituciones locales?
7. ¿Cómo hacer compatible dos controles constitucionales en México, uno federal y otro local, para que ambos cumplan su objetivo?
8. ¿Cómo reducir la tensión que provocan las decisiones judiciales que anulan la voluntad democrática?
9. ¿Cuáles características deben distinguir a la justicia constitucional en las entidades federativas?

## **HIPÓTESIS**

El modelo democrático de control constitucional local debe fundarse en una nueva ingeniería constitucional que lo haga compatible con el control federal, e integre principios de contenido democrático, mediante un sistema completo de control de la constitucionalidad, basado en instrumentos jurisdiccionales, accionados por una pluralidad de sujetos y ejercidos por una magistratura que garantice la democracia en el estado

## **OBJETIVOS**

### **General**

Crear conocimiento jurídico en torno a los instrumentos de control constitucional de las constituciones de los estados, que contribuya a construir un modelo democrático de Constitución y sistemas de protección basados en principios democráticos.

## **Particulares**

- ✓ Generar investigación respecto a los sistemas de control constitucional que existen en las entidades federativas del estado mexicano.
- ✓ Establecer la relación y armonización del sistema dual de justicia constitucional en México.
- ✓ Apuntar los conflictos entre democracia y justicia constitucional.
- ✓ Generar alternativas de solución para reducir la tensión entre democracia y control constitucional.
- ✓ Construir un modelo de Constitución para las entidades federativas.

## **METODOLOGÍA**

Para la justificación de la hipótesis se utilizarán diversos métodos como el filosófico para el análisis de los conceptos y teorías relevantes sobre el objeto de estudio; el método deductivo que permite abordar desde una visión general el objeto de estudio para descubrir conocimientos específicos.

El derecho se integra por un conjunto de construcciones lingüísticas, estructuradas mediante la elaboración del discurso jurídico; se requiere del análisis del lenguaje, como método lingüístico, para el esclarecimiento conceptual de las teorías relativas al objeto de estudio produciendo conceptos, clasificaciones y soluciones normativas con mayor claridad.

El objeto de estudio requiere ser abordado desde distintos campos para un mejor análisis del problema y producir un resultado integral, coherente, completo y sistemático, así el método sistemático, tanto normativo como doctrinal permite tener una visión de conjunto, generando argumentos que cuestionan las soluciones normativas existentes y al mismo tiempo recomendar un nuevo modelo de justicia constitucional local, que evite incoherencias y permita superar los problemas actuales, en esta materia. Dada la construcción del orden jurídico a

través de sistemas normativos, estos pueden resultar entre sí contradictorios y a veces excluyentes, de ahí la importancia de analizar la norma objeto de estudio a partir del sistema al que pertenece, para evitar indeterminación, contradicción o laguna normativa que conduzcan a una premisa falsa o un conocimiento incorrecto.

. La investigación no puede retrotraerse al debate ideológico; la posición ideológica se abordará desde el punto de vista social, político, doctrinal y del propio contenido de las normas. Si bien es cierto, el investigador para preservar la neutralidad científica, debe abstenerse de proferir sus concepciones ideológicas, resulta inevitable en el momento de reafirmar postura y formación de la propuesta, recurrir al análisis ideológico como método para dar cuenta de una determinada concepción del mundo; aún más en el campo del derecho, la concepción de la política y del poder. Todo conjunto normativo tiene un alto contenido ideológico; durante el proceso de formación de la ley se debaten principios ideológicos que terminan por traducirse en normas; la creación de instituciones, el otorgamiento de derechos o la imposición de deberes expresadas en las normas jurídicas, provienen de la materialización de las ideologías gobernantes que confluyen en los poderes legislativos. Por ende, el análisis ideológico constituye un método necesario para justificar la necesidad de establecer procedimientos que aseguren la vigencia y superioridad de las normas constitucionales, incluso, las conclusiones finales tienen una alta marca ideológica, puesto que se propone la formación de un sistema de justicia constitucional, basado en principios democráticos.

La fuente histórica constituye un recurso necesario para entender el proceso evolutivo de la justicia constitucional en el mundo, su llegada a México y como ha iniciado un proceso de penetración paulatino en las entidades federativas. De esta forma, se utilizan dos enfoques de la historia del derecho, una social o externa y otra normativa o interna. La historia social del derecho pretende explicar la sucesión de hechos que provocan una alteración o modificación del orden jurídico existente, con el fin de comprender la evolución de la justicia constitucional, como institución jurídica universal. La fuente histórica en sus dos vertientes, adquieren un papel preponderante durante la investigación, porque se

recurre a ella en cada apartado con el propósito de comprender el proceso evolutivo de la justicia constitucional, los factores y circunstancias sociales y políticas que le dieron origen; y la evolución normativa de los instrumentos de control constitucional.

Al igual que la historia, el derecho comparado, constituye un método de relevancia importante para comparar el objeto de estudio con otras instituciones análogas, fenómenos o normas creadas por otras sociedades. La comparación como método de estudio, permite, durante la investigación, visualizar dos respuestas diversas ante un problema análogo, e identificar semejanzas y diferencias para el adecuado tratamiento del problema; facilita la comprensión del objeto de estudio, y permite identificar equivalencias funcionales entre sistemas, que venga a constatar la eficacia de un sistema o bien el fracaso de éste, en virtud de los elementos encontrados durante la comparación.

Por otra parte, la fuente jurisprudencial, al considerarse como la interpretación vinculatoria que de la ley han hecho los jueces, constituye un recurso importante de consulta durante la parte de confirmación de la hipótesis y construcción de la propuesta, porque juega un papel de argumento de autoridad, ya sea para apoyar o refutar ideas.

Finalmente, se empleará la fuente doctrinal, como un recurso de fundamental importancia para la construcción del marco conceptual de la tesis. Se incorporarán las principales teorías, doctrinas, clasificaciones y categorías creadas por la dogmática constitucional para comprender el escenario circundante de la problemática de la materia. La utilización de la fuente doctrinal sirve para orientar y definir una postura personal, derivada de la confrontación o confirmación de diversas posiciones teóricas que a lo largo del proceso evolutivo han marcado un posicionamiento de la justicia constitucional, definiendo la propia construcción dogmática de la tesis.

En cuanto a las técnicas utilizadas para demostrar la hipótesis se utilizarán la documental e informática, para obtener información necesaria para la construcción argumentativa de la investigación, recurriendo a recursos bibliográficos, análisis de documentos normativos, resoluciones judiciales, y



consulta de fuentes informáticas, aprovechando el universo de información circulante en la red.

## **CAPITULADO**

### **PRIMERA PARTE La Constitución y su defensa**

#### **INTRODUCCION**

#### **I. TEORÍA DE LA CONSTITUCIÓN**

- 1.1. La Constitución
- 1.2. Las ideas de la doctrina en torno de la Constitución
  - 1.2.1. Ideas de Carl Schmitt
  - 1.2.2. Ideas de Fernando Lassalle
  - 1.2.3. Planteamiento de Hans Kelsen
  - 1.2.4. La Constitución en la visión de Michel Troper, Ricardo Guastini y Peter Häberle
- 1.3. La Constitución como norma fundamente del Estado
- 1.4. El Poder Constituyente
  - 1.4.1. Definición
  - 1.4.2. Naturaleza del poder constituyente
  - 1.4.3. Factores que dan origen a la integración del poder constituyente
  - 1.4.4. Limites que enfrenta el poder constituyente en su actuación
- 1.5. Los principios protectores de la Constitución
  - 1.5.1. Principio de supremacía constitucional
  - 1.5.2. Rigidez constitucional
  - 1.5.3. La inviolabilidad constitucional

#### **II. JUSTICIA CONSTITUCIONAL**

##### ***Enfoque conceptual***

- 2.1. Consideraciones preliminares.
- 2.2 ¿Qué es la justicia, control, defensa o jurisdicción constitucional?  
Justicia, control, defensa o jurisdicción constitucional. Precisión conceptual
  - 2.2.1. Naturaleza jurídica de la justicia, control, defensa o jurisdicción constitucional
- 2.3. Justicia, control, defensa o jurisdicción constitucional ¿para qué?.
- 2.4. Como se protege la Constitución.
  - 2.4.1. Formas de control constitucional.
    - 2.4.1.1. Formas políticas.
    - 2.4.1.2. Formas jurisdiccionales.
  - 2.4.2 Los dos modelos clásicos de control constitucional
    - 2.4.2.1. Modelo estadounidense judicial review.
    - 2.4.2.2. Modelo europeo o concentrado de control de la constitucionalidad
    - 2.4.2.3. El control mixto de la constitucionalidad. El fin de la polaridad.

## SEGUNDA PARTE

### La objeción contramayoritaria de la justicia constitucional y las entidades federativas

#### I. Régimen constitucional de las entidades federativas

- 1.1. El federalismo.
  - 1.1.1 Elementos del federalismo.
  - 1.1.2. El federalismo dual, competitivo y cooperativo
- 1.2. Las entidades federativas en el sistema federal mexicano.
  - 1.2.1. Naturaleza jurídica de las entidades federativas.
- 1.3. Fundamentos constitucionales de las entidades federativas.
- 1.4. La Constitución local, norma suprema de la entidad federativa.
- 1.5. La justicia constitucional en las entidades federativas.
- 1.6. Realidad de la justicia constitucional local.
- 1.7. Veracruz
  - 1.7.1. Modelo de control constitucional
  - 1.7.2. Instrumentos jurisdiccionales de protección constitucional
  - 1.7.3. Autoridad jurisdiccional que conoce del proceso
  - 1.7.4. Sujetos legitimados para accionar los mecanismos de control constitucional
- 1.8. Coahuila
  - 1.8.1. Modelo de control constitucional
  - 1.8.2. Instrumentos jurisdiccionales de protección constitucional
  - 1.8.3. Autoridad jurisdiccional que conoce del proceso
  - 1.8.4. Sujetos legitimados para accionar los mecanismos de control constitucional
- 1.9. Tlaxcala
  - 1.9.1. Modelo de control constitucional
  - 1.9.2. Instrumentos jurisdiccionales de protección constitucional
  - 1.9.3. Autoridad jurisdiccional que conoce del proceso
  - 1.9.4. Sujetos legitimados para accionar los mecanismos de control constitucional
- 1.10. Chiapas
  - 1.10.1. Modelo de control constitucional
  - 1.10.2. Instrumentos jurisdiccionales de protección constitucional
  - 1.10.3. Autoridad jurisdiccional que conoce del proceso
  - 1.10.4. Sujetos legitimados para accionar los mecanismos de control constitucional
- 1.11. Quintana Roo
  - 1.11.1. Modelo de control constitucional
  - 1.11.2. Instrumentos jurisdiccionales de protección constitucional
  - 1.11.3. Autoridad jurisdiccional que conoce del proceso
  - 1.11.4. Sujetos legitimados para accionar los mecanismos de control constitucional
- 1.12. Estado de México
  - 1.12.1. Modelo de control constitucional
  - 1.12.2. Instrumentos jurisdiccionales de protección constitucional
  - 1.12.3. Autoridad jurisdiccional que conoce del proceso
  - 1.12.4. Sujetos legitimados para accionar los mecanismos de control constitucional
- 1.13. Guanajuato
  - 1.13.1. Modelo de control constitucional
  - 1.13.2. Instrumentos jurisdiccionales de protección constitucional
  - 1.13.3. Autoridad jurisdiccional que conoce del proceso
  - 1.13.4. Sujetos legitimados para accionar los mecanismos de control constitucional
- 1.14. Nuevo León

- 1.14.1. Modelo de control constitucional
- 1.14.2. Instrumentos jurisdiccionales de protección constitucional
- 1.14.3. Autoridad jurisdiccional que conoce del proceso
- 1.14.4. Sujetos legitimados para accionar los mecanismos de control constitucional
- 1.15. Entidades con control parcial de la constitucionalidad.
- 1.16. Confrontación de los sistemas de justicia constitucional local.
  - 1.16.1. Modelos de control constitucional
  - 1.16.2. Instrumentos jurisdiccionales de protección constitucional
  - 1.16.3. Autoridad jurisdiccional que conoce del proceso
  - 1.16.4. Sujetos legitimados para accionar los mecanismos de control constitucional
- 1.17. Hacia donde camina la justicia constitucional local en México.

## **II. La tensión de la justicia constitucional frente a la democracia**

- 2.1. Planteamiento del debate
- 2.2. La objeción democrática de la justicia constitucional
  - 2.2.1. El origen del debate
  - 2.2.2. Algunos tópicos del debate
- 2.3. Algunas soluciones para aminorar el debate
  - 2.3.1. Conservadurismo y elitismo
  - 2.3.2. Soluciones populistas
  - 2.3.3. Soluciones intermedias
  - 2.3.4. La Solución radical no populista. Democracia deliberativa
- 2.4. Tipo de Constitución para reducir la objeción antidemocrática de la justicia Constitucional
  - 2.4.1. Constitución procedimental
  - 2.4.2. Constitución a detalle
- 2.5. Algunas propuestas para reducir la tensión contramayoritaria de la justicia constitucional
  - 2.5.1 Presunción de constitucionalidad de la ley
  - 2.5.2 La mutabilidad generacional de la Constitución
  - 2.5.3. Incorporación de procesos ciudadanos en la aprobación de la ley
- 2.6. A guisa de cierre

## **TERCERA PARTE**

### **El modelo de justicia constitucional local mexicano**

## **II. Justicia constitucional local. Planteamientos para una propuesta**

- 1.1. Planteamiento del problema
- 1.2. Justicia constitucional local ¿para que?
  - 1.2.1. Las características de las Constituciones locales
- 1.3. Elementos para la instauración de la justicia constitucional en las entidades federativas
  - 1.3.1. El contenido de las Constituciones locales
  - 1.3.2 Qué debe protegerse de las Constituciones locales
  - 1.3.3 Cómo proteger a la Constitución local
  - 1.3.4. Quién debe proteger a la Constitución local ¿un órgano fuera o dentro del Poder Judicial?

## **II. Un modelo Democrático de Justicia Constitucional Local**

- 2.1. Pluralismo democrático, fundamento filosófico de la justicia constitucional
- 2.2. Constitución democrática para una efectiva justicia constitucional
- 2.3. Instrumentos de protección constitucional local
  - 2.3.1. Acción de inconstitucionalidad
    - 2.3.1.1. Concepto
    - 2.3.1.2. Objeto
    - 2.3.1.3. Efectos de la sentencia
    - 2.3.1.4. La acción de inconstitucionalidad como control local
  - 2.3.2. Controversia constitucional
    - 2.3.2.1. Concepto
    - 2.3.2.2. Objeto
    - 2.3.2.3. Efectos de la sentencia
    - 2.3.2.4. La controversia constitucional como control local
  - 2.3.3. Acción de inconstitucionalidad por omisión
    - 2.3.3.1. Concepto
    - 2.3.3.2. Objeto
    - 2.3.3.3. Efectos de la sentencia
    - 2.3.3.4. La acción de inconstitucionalidad por omisión como instrumento de control local
  - 2.3.4. Cuestión de constitucionalidad
    - 2.3.4.1. Concepto
    - 2.3.4.2. Objeto
    - 2.3.4.3. Efectos de la sentencia
    - 2.3.4.4. La cuestión de constitucionalidad como instrumento de control local
  - 2.3.5. Juicio de protección de derechos fundamentales
- 2.4. Modelo de protección constitucional local
  - 2.4.1. Modelo americano difuso *judicial review*
  - 2.4.2. Modelo europeo concentrado
  - 2.4.3. Un modelo de control constitucional híbrido o mixto de tres vías para las entidades federativas
- 2.5. El órgano jurisdiccional de control
- 2.6. La magistratura constitucional local
  - 2.6.1. Características de la magistratura constitucional
    - 2.6.1.1. Independencia
    - 2.6.1.2. Capacidad profesional
    - 2.6.1.3. Inamovilidad
    - 2.6.1.4. Renovación periódica
    - 2.6.1.5. Inviolabilidad
    - 2.6.1.6. Incompatibilidad e independencia económica
    - 2.6.1.7. Nombramiento
- 2.7. Las resoluciones de inconstitucionalidad en el modelo de justicia constitucional local
  - 2.7.1. De las sentencias
  - 2.7.2. Reenvío legislativo
  - 2.7.3. Amigos de la Curia
  - 2.7.4. Bloque de constitucionalidad
- 2.8. La justicia constitucional local frente a la justicia federal; problemas de la doble jurisdicción
  - 2.8.1. Breve referencia histórica
  - 2.8.2. Inconvenientes de la garantía de legalidad en la doble jurisdicción mexicana
  - 2.8.3. Principios de articulación entre la justicia constitucional local y la justicia federal
  - 2.8.4. El amparo como instrumento federal para combatir las sentencias dictadas por los tribunales constitucionales locales
    - 2.8.4.1. Amparo contra actos emitidos dentro de la controversia constitucional local
    - 2.8.4.2. Amparo contra la resolución de la acción de inconstitucionalidad
    - 2.8.4.3. Amparo contra las resoluciones sobre inconstitucionalidad por omisión

- 2.8.4.4. Amparo contra la cuestión de constitucionalidad
- 2.8.4.5. Amparo contra lo resuelto en el juicio local de protección de derechos fundamentales
- 2.8.5. La controversia constitucional federal como instrumento para combatir las sentencias dictadas por los tribunales constitucionales locales
  - 2.8.5.1. Controversia constitucional federal, contra lo resuelto en una controversia estatal
  - 2.8.5.2. Controversia constitucional contra lo resuelto en una acción local de inconstitucionalidad
  - 2.8.5.3. Controversia constitucional federal, contra lo resuelto en la cuestión de constitucionalidad local
  - 2.8.5.4. Controversia constitucional federal contra lo resuelto en el juicio de protección de derechos fundamentales
- 2.8.6. La acción de inconstitucionalidad federal como instrumento para combatir las sentencias dictadas por los tribunales constitucionales locales
- 2.9. Medidas para articular la coexistencia entre la justicia constitucional local y la otra justicia constitucional federal
  - 2.9.1. La solución a través de la reforma a la Constitución Federal.
  - 2.9.2. La solución a través del activismo judicial de la Suprema Corte de Justicia de la Nación

## CONCLUSIONES

## BIBLIOGRAFÍA (Preliminar)

- ARELLANO GARCÍA, Carlos, *Métodos y técnicas de la investigación jurídica*, Porrúa, México 1999.
- ARTEAGA NAVA, Elisur, *Derecho Constitucional*, México, Oxford University Press, 1998.
- , *Derecho Constitucional, Diccionarios Jurídicos Temáticos*, volumen 2, México, Harla, 1997.
- BIDART CAMPOS, Germán, *Teoría general de los derechos humanos*, México, UNAM, 1993.
- BOBBIO, Norberto, *El tiempo de los derechos*, trad. de Rafael de Asís, Madrid, Sistema, 1991.
- , *Las ideologías y el poder en crisis*, Barcelona, Ariel, 1988.
  - , *Igualdad y libertad*, Barcelona, Piados, 1993.
- BRAGE CAMAZANO, Joaquín, *La acción de inconstitucionalidad*, México, UNAM, Instituto de Investigaciones Jurídicas, 2000.
- BURGOA ORIHUELA, Ignacio, *Derecho Constitucional*, México, 6ª Edición Porrúa, 1986.
- , *El Juicio de Amparo*, México, 28ª edición, 1991.
- CAPPELLETTI, Mauro, *La jurisdicción constitucional de la libertad, con referencia a los ordenamientos alemán, suizo y austríaco* (trad. y estudio sobre la jurisdicción constitucional mexicana de Héctor Fix-Zamudio, prólogo de Mariano Azuela), México, Instituto de Derecho Comparado, UNAM, 1961.

- CARBONELL, Miguel, *Constitución, reforma constitucional y fuentes del derecho en México*, 4ª ed., México Porrúa-UNAM, Instituto de Investigaciones Jurídicas, 2001.
- , *Los derechos humanos en la actualidad: una visión desde México*, Bogotá, Universidad Externado Colombia, 2001.
  - , *La Constitución pendiente, agenda mínima de reformas constitucionales*, México, UNAM, Instituto de Investigaciones Jurídicas, 2002.
- CÁRDENAS GRACIA, Jaime, *Transición política y reforma constitucional en México*, México, UNAM, Instituto de Investigaciones Jurídicas, 1994.
- , *“Una Constitución para la democracia”. Propuestas para un nuevo orden constitucional*, México, UNAM, Instituto de Investigaciones Jurídicas, 1996.
  - , *“Hacia una Constitución normativa”, El significado actual del al Constitución*, UNAM, 1998.
- CARPIZO, Jorge, *El presidencialismo mexicano*, 9ª ed., México. Siglo XXI Editores, 1989.
- , *Estudios constitucionales*, 7ª ed., México, Porrúa-UNAM, Instituto de Investigaciones Jurídicas, 2000.
- CONCHA CANTÚ, Hugo A. y CABALLERO, José Antonio, *Diagnóstico sobre la administración de justicia en las entidades federativas*, México, UNAM, Instituto de Investigaciones Jurídicas, 2001.
- COSSIO, José Ramón, *Jurisdicción federal y carrera judicial en México*, México, UNAM, 1996.
- FAVOREAU, Louis, *Los tribunales constitucionales*, trad. de Vicente Villacampa, prólogo de Marc Carrillo, Barcelona, Ariel, 1994.
- FERRER MAC GREGOR, Eduardo (coord.) *Derecho procesal constitucional*, 3ª Ed., México, Porrúa, 2002.
- FIX-FIERRO, Héctor, “La defensa de la constitucionalidad en la reforma judicial de 1994”, *La reforma constitucional en México y Argentina*, México, UNAM, Instituto de Investigaciones Jurídicas, 1996.
- FIX-ZAMUDIO, Héctor, *Ensayos sobre el derecho de amparo*, 2ª ed., México, Porrúa-UNAM, Instituto de Investigaciones Jurídicas, 1999.
- , *Protección jurídica de los derechos humanos. Estudios comparativos*, 2ª ed., México, CNDH, 1999.
  - , *Introducción al estudio de la defensa de la Constitución en el ordenamiento jurídico mexicano*, 2ª ed. México, UNAM, Instituto de Investigaciones Jurídicas, 1998.
- GAMIZ PARRAL, Máximo N., *Derecho constitucional y administrativo de las entidades federativas*, México, UNAM, Instituto de Investigaciones Jurídicas, 2000.
- GONZÁLEZ OROPEZA, Manuel, *La intervención federal en la desaparición de poderes*, 2ª ed., México, Porrúa, 1987.
- , “Una nueva Constitución para México”, en varios autores, *El significado actual de la Constitución*, México, UNAM, Instituto de Investigaciones Jurídicas, 1998.
- KELSEN, Hans, *Teoría pura del derecho*, 8ª ed. México, Porrúa, 1995.

- , *La garantía jurisdiccional de la Constitución (La justicia constitucional)*, trd. de Rolando Tamayo, México, UNAM, Instituto de Investigaciones Jurídicas, 2001.
- MADERO ESTRADA, José Miguel, *El poder legislativo de Nayarit. Estudio constitucional*. México, Gobierno del Estado Nayarit, 1997.
- , *Constitución Política del Estado Libre y Soberano de Nayarit, comentada*, México, Rosas Hermanos, 1993.
  - , *Constitución Política de Nayarit, origen y reformas*, México, Rosas Hermanos, 1996.
- PEREZ DAYÁN, Alberto, *Ley de amparo*, 10ª ed. México, Porrúa, 1999.
- PRIETO, Luis, "Tribunal constitucional y positivismo jurídico", en CARBONELL, Miguel (comp.), *Teoría de la Constitución. Ensayos escogidos*, 2ª ed., México, Porrúa-UNAM, Instituto de Investigaciones Jurídicas, 2002.
- RABASA, Emilio O., *Mexicano ésta es tu Constitución*, 11ª ed. México, Porrúa, 1997.
- SÁNCHEZ BRINGAS, Enrique, *Derecho constitucional*, 2ª ed. México, Porrúa, 1997.
- "Los derechos humanos en la Constitución y en los Tratados Internacionales", Porrúa, México 2001.
- TENA RAMÍREZ, Felipe, *Derecho constitucional mexicano* , 24ª ed. México, Porrúa, 1990.
- , *Leyes fundamentales de México 1808-1997*, 20ª ed. México, Porrúa, 1997.
- URIBE ARZATE, Enrique, *El tribunal constitucional*, México, UAEM, 2002.
- VALADÉS, Diego, *El control del poder*, 2ª ed., México, Porrúa-UNAM, Instituto de Investigaciones Jurídicas, 2000.
- , *Constitución y democracia*, México, Porrúa-UNAM, Instituto de Investigaciones Jurídicas, 2000.
- VALENCIA CARMONA, Salvador, *Derecho constitucional mexicano a fin de siglo*, México, Porrúa, 1995.



## PRIMERA PARTE La Constitución y su defensa

### I. TEORÍA DE LA CONSTITUCIÓN

**Sumario:** 1.1. La Constitución. 1.2. Las ideas de la doctrina en torno de la Constitución. 1.2.1. Ideas de Carl Schmitt. 1.2.2. Ideas de Fernando Lassalle. 1.2.3. Planteamiento de Hans Kelsen. 1.2.4. La Constitución en la visión de Michel Troper, Ricardo Guastini y Peter Häberle. 1.3. La Constitución como norma fundante del Estado. 1.4. El poder constituyente. 1.4.1. Definición. 1.4.2. Naturaleza del poder constituyente. 1.4.3. Factores que dan origen a la integración del poder constituyente. 1.4.4. Límites de la actuación del poder constituyente. 1.5. Los principios protectores de la Constitución. 1.5.1. Principio de supremacía constitucional. 1.5.2. Rigidez constitucional. 1.5.3. La inviolabilidad constitucional.

#### 1.1. La Constitución

La pluralidad de acepciones del término Constitución desata un interesante debate teórico que obliga frecuentemente a adjetivarlo. “El concepto de *Constitución* es uno de los más difíciles y discutidos, abarca múltiples aspectos, no sólo jurídicos, de todo ordenamiento estatal. A título indicativo recordemos que se ha desarrollado una noción deontológica de la Constitución (en cuanto modelo ideal de organización estatal), una noción sociológica-fenomenológica (en cuanto modo de ser del Estado), una noción política (en cuanto organización basada sobre determinados principios de orientación política) y, en fin, particularmente, una noción jurídica. Esta última se identifica con el ordenamiento estatal o, de modo más estricto, con la norma primaria sobre la que se funda tal ordenamiento.<sup>1</sup>”

Así se habla de Constituciones formales en oposición a materiales, reales en oposición a ideales, e incluso se expresan posiciones que definen el concepto Constitución en sentido *lato* o *stricto*. En este camino, la orientación que se pretende dar al presente capítulo es mostrar las principales acepciones del vocablo y los enfoques planteados por Kelsen, Lassalle y Schmitt, entre otros constitucionalistas actuales.

---

<sup>1</sup> DE VERGOTTINI, Giuseppe. Derecho constitucional comparado, trad. Herrera, Claudia. UNAM, México 2004. p. 110.



Sobre el particular Manuel Aragón sostiene:

“La idea de Constitución es mucho más antigua que su concepto. Éste último surge hasta que nace el Estado constitucional a finales del siglo XVIII; en cambio, desde la más remota antigüedad, o al menos desde el mundo griego y romano, puede detectarse la idea de que existen o debe existir en toda comunidad política un conjunto de normas superiores al derecho ordinario, cuyo objeto sería preservar la continuidad de la forma de organización que rige en esa comunidad. Esa idea, presente desde luego en los periodos de esplendor de la democracia ateniense y de la república romana, resurge en la Edad Media como base de la llamada *Constitución estamental* y continúa en la Edad Moderna a través de la noción de *lex fundamentalis*.<sup>2</sup>”

La evolución del concepto a través de la historia puede ubicarse, tratando de hacer una apretada división de las épocas en, Constituciones antiguas, cuyas características responden a flexibilidad, consuetudinaria y prescriptivas<sup>3</sup> y Constituciones modernas que se presentan como algo enteramente nuevo, como lo ha llamado García-Pelayo un concepto *racional-normativo*<sup>4</sup>. A partir de estas nuevas características es cuando puede afirmarse de una genuina y verdadera Constitución. El modelo moderno es representado en el mundo por los Estados francés y Estadounidense, con la promulgación de sus respectivas Constituciones, la primera producto de la revolución de 1789 y la segunda nacida con la independencia de los Estados Unidos en 1787.

“Con el surgimiento de las Constituciones modernas aparecen distintas características a las contenidas en las antiguas, así surgen elementos formales y materiales. Desde el punto de vista formal, se tratará de una *norma fundamental*, escrita y rígida; una *super-ley*, situada por encima del derecho ordinario. Desde el punto de vista material, será una norma que habrá de tener un determinado contenido; la garantía de los derechos y el establecimiento de la división de poderes.<sup>5</sup>”

De esta manera se logró precisar una de las ideas de Constitución que ahora tiene vigencia en el derecho constitucional: el documento fundamental,

---

<sup>2</sup> ARAGÓN, Manuel. *Teoría de la Constitución Ensayos escogidos*, CARBONELL, Miguel, Compilador, 2ª ed. Porrúa. México 2002. p. 109

<sup>3</sup> En este modelo puede ubicarse a la Constitución inglesa.

<sup>4</sup> Ver a ARAGÓN Manuel, Ob. cit.

<sup>5</sup> *Ibíd.* pág. 111

solemne y formal que justifica y determina la diferenciación entre gobernantes y gobernados, y define la organización del Estado.<sup>6</sup>

## 1.2. Las ideas de la doctrina en torno de la Constitución.

Diversas opiniones giran en torno a la idea de Constitución presentadas por la doctrina clásica y moderna del constitucionalismo. Cada posición introduce a la discusión, elementos de distinta índole, los cuales comprenden los ámbitos filosófico, axiológico, político, jurídico, social y hasta los culturales<sup>7</sup>. Existen también quienes tratan de excluir del estudio todo ingrediente no jurídico, asumiendo una posición positivista a ultranza reduciendo el debate solamente al campo jurídico.<sup>8</sup>

Peter Häberle, sostiene sobre el particular: “Constitución quiere decir orden jurídico fundamental del Estado y de la sociedad, es decir, incluye a la sociedad constituida, aunque ciertamente no en el sentido de nociones de identidad, es decir, no sólo es el Estado el constituido (la Constitución no es sólo Constitución *del Estado*). Este concepto amplio de Constitución comprende las estructuras fundamentales de la sociedad plural, como por ejemplo, la relación de los grupos sociales entre sí y de éstos con el ciudadano (¡tolerancia!)<sup>9</sup>”.

El italiano De Vergottini sostiene que el concepto Constitución puede contener dos orientaciones: una restrictiva y otra más amplia. “En el primer caso “la Constitución consiste en aquellas normas que regulan la creación de normas jurídicas generales y, en particular, la creación de leyes formales”, o mejor en la misma norma *fundamental* que se coloca como principio del ordenamiento, en cuanto condiciona las normas sobre la producción de otras normas”<sup>10</sup>. Desde la perspectiva de orientación más amplia, “la Constitución coincide con la estructura

---

<sup>6</sup> SÁNCHEZ BRINGAS, Enrique. Derecho Constitucional. 2ª ed. Porrúa. México 1997. p 127

<sup>7</sup> Como es el caso del jurista alemán Peter Häberle, ver La constitucionalización de Europa trad. Francisco Balaguer Callejón. UNAM, México 2004.

<sup>8</sup> Esta posición es asumida por Rubio Llorente Francisco. La forma del Poder (estudios sobre la Constitución) Centro de estudios constitucionales. Madrid España 1993.

<sup>9</sup> HÄBERLE, Peter. El Estado constitucional, trad. Fix Fierro Héctor. UNAM. México 2001. p 3

<sup>10</sup> DE VERGOTTINI, Ob. Cit. pág. 110

organizadora de un grupo social y, por tanto, en el caso del Estado, también con la organización de su comunidad. Tal organización asumiría carácter jurídico, y no de mero hecho, en cuanto fruto de una autodisciplina social que transforma la *fuera* en *poder*, poder que puede calificarse jurídico, supremo. La Constitución es, pues disciplina del *supremo poder constituido* que se refleja en las diversas entidades a las que todo ordenamiento reconoce la titularidad del poder, variando en concreto de Estado a Estado (según la forma de Estado y de gobierno).<sup>11</sup>

La unanimidad en la característica *fundamental* del concepto, implica que la Constitución es una norma superior, fundante del sistema jurídico de un Estado, cualquiera que sea su forma de organización política. Un Estado cuya estructura normativa no esté fundada en una norma original, creadora de esa estructura, es un Estado que carece de Constitución. “Toda Constitución, si realmente se corresponde con el proceso de poder de la sociedad que rige, contiene normas jurídicas y es, en ese sentido, fuente del derecho.”<sup>12</sup>

De ahí que, cuando se expresa que la Constitución es la norma fundamental del Estado o, como lo expresa Hauriou, el conjunto de reglas más importantes que rigen la organización y funcionamiento del Estado, se esté hablando de Constitución como fuente del derecho, que es uno de los conceptos clásicos de la doctrina.

En su carácter de fuente original de las normas jurídicas, la Constitución establece los principios rectores que servirán de parámetro para la creación y consecuente validez de todos los demás ordenamientos jurídicos del Estado. Por lo tanto, la producción normativa posterior a la Constitución necesariamente atenderá a ese conjunto de principios fundamentales contenidos en el texto constitucional para ser considerados como normas plenamente válidas. El elemento de que la Constitución es fundamental se impone como un instrumento de orden jerárquico de las normas jurídicas, a efecto de evitar, entre otras cosas, la contrariedad de los ordenamientos legales; resulta imposible que un Estado pueda organizar su vida política y social con base en la exclusividad de la

---

<sup>11</sup> Id.

<sup>12</sup> BALAGUER CALLEJÓN, Francisco. Teoría de la Constitución. Ensayos escogidos. Ob. cit. p. 177.

Constitución; para ello requiere de un complejo normativo mayor que de forma específica regule la diversidad social, pero fundado en los principios rectores establecidos en la norma superior: la Constitución.

“Toda Constitución que pueda ser así llamada, es fuente del derecho en el sentido pleno de la expresión, es decir, origen mediato e inmediato de derechos y de obligaciones y no sólo fuente de las fuentes.”<sup>13</sup>

### 1.2.1. Ideas de Carl Schmitt

Las ideas expresadas por la doctrina constitucional en torno del concepto Constitución, en mayor o menor medida tienen una dependencia directa con las formulaciones conceptuales de Schmitt, Lassalle y Kelsen, de ahí deviene la importancia de recurrir al estudio de las aportaciones de ellos para entender las derivaciones posteriores de la doctrina.

Schmitt sostuvo, en su obra *Teoría de la Constitución*, la tesis decisional o decisionista que entiende a la Constitución como “decisión política fundamental del titular del poder constituyente” desde su formalización en un texto.<sup>14</sup> En la concepción decisional, el presupuesto del ordenamiento positivo es la unidad política. En una concepción diversa, habitualmente definida como normativa, el presupuesto está determinado por una norma base.<sup>15</sup>

Al respecto, Schmitt sostuvo:

“Si se quiere llegar a una inteligencia hay que limitar la palabra *Constitución* a Constitución del Estado, es decir, de la unidad política de un pueblo. En esta delimitación puede designarse al Estado mismo, al Estado particular y concreto como unidad política o bien, considerado como una norma especial y concreta de la existencia estatal; entonces significa la situación total de la unidad y ordenación políticas. Pero Constitución, puede significar también un sistema cerrado de normas, y entonces designa una unidad, si, pero no una unidad existiendo en concreto, sino pensada, ideal. En ambos casos el concepto Constitución es absoluto, porque ofrece un todo (verdadero o pensado). Junto a esto, domina hoy una fórmula según la cual se entiende por Constitución una serie de leyes de

---

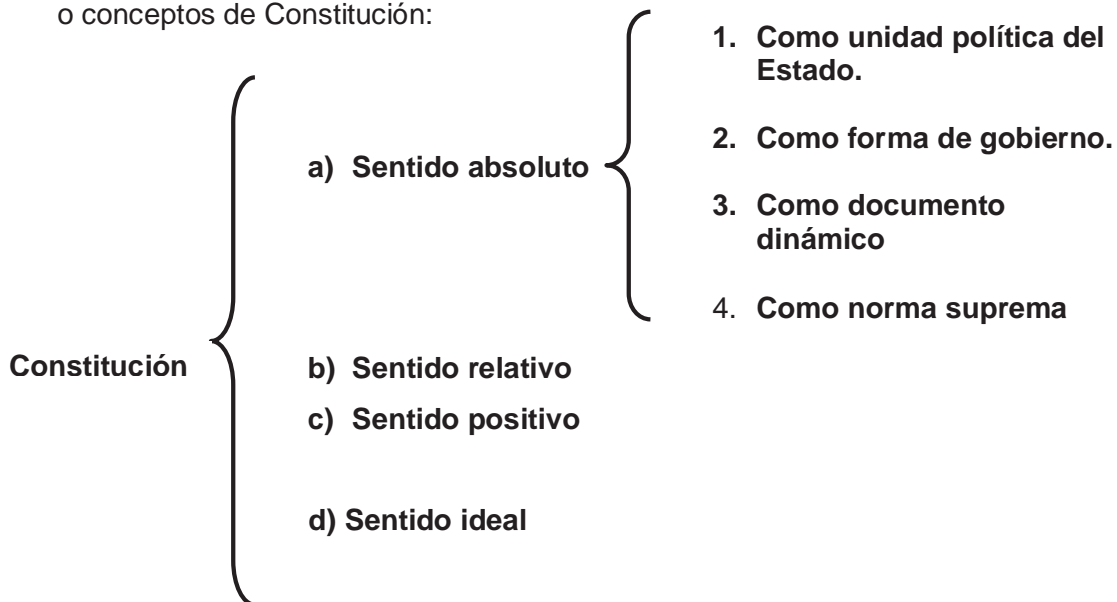
<sup>13</sup> RUBIO LLORENTE, Francisco. Ob. cit. 88.

<sup>14</sup> DE VERGOTTINI. Ob. cit, pág. 116

<sup>15</sup> Ibid. pág. 117

cierto tipo. Constitución y ley constitucional recibirán, según esto, el mismo trato. Así, cada ley constitucional puede aparecer como Constitución. A consecuencia de ello el concepto se hace relativo; ya no afecta a un todo, a una ordenación y a una unidad sino a algunas, varias, o muchas prescripciones legales de cierto tipo".<sup>16</sup>

Para explicar el significado de Constitución Schmitt, identificó cuatro formas o conceptos de Constitución:



a) En sentido absoluto, Schmitt, identifica a la Constitución como una unidad total del Estado que agrupa la unidad política y social, estructura la forma de gobierno del Estado, permite la dinámica social, a efecto de evitar el estaticismo y al mismo tiempo se convierte en ley suprema del Estado.

1. En la primera concepción absoluta, el Estado es Constitución, pues si se suprime ésta, cesa la existencia de aquél; si se aprueba una nueva Constitución surge un nuevo Estado.<sup>17</sup> De esta forma la Constitución cohesiona la unidad política del Estado.

2. La Constitución en sentido absoluto como forma de gobierno implica, para Schmitt que debe ser entendida como el modelo de las formas en que se lleva a cabo el ejercicio del poder. Se refiere, en concreto, a las formas en que la Constitución estructura el ejercicio del poder,

<sup>16</sup> Citado por SÁNCHEZ BRINGAS, Enrique. Ob. cit, pág.106.

<sup>17</sup> CONTRERAS BUSTAMANTE, Raúl. Et el. Teoría de la Constitución, Porrúa México 2003, pág. 55.

con o sin la intervención de los gobernados. De esta manera habrá Constituciones que organicen Estados monárquicos, republicanos, aristocráticos etcétera.

3. Como documento dinámico, la Constitución es una fuerza activa, que permite la movilidad de la sociedad dentro de la unidad política que ésta consagra.
  4. Como norma suprema, para asegurar la unidad política del Estado se requiere dotar a la Constitución con el carácter de ley de leyes.<sup>18</sup>
- b) En sentido relativo, Schmitt considera que el concepto de Constitución es susceptible de relativizarse, o sea, a partir de una totalidad puede ser restringida a una pluralidad de leyes particulares<sup>19</sup>. Ello se traduce en una característica de formalidad que debe contener la Constitución, que va desde la forma de plasmar por escrito el contenido de la Constitución y al mismo tiempo no es creada en cualquier momento, ni por cualquier persona, sino que aparece en una época histórica determinada y es producto de una asamblea con la misión precisa de crearla.
- c) En sentido positivo, la Constitución, según el jurista alemán, es entendida como los principios que trascienden a las normas jurídicas; un conjunto de decisiones políticas fundamentales que se da un pueblo en su organización estatal.<sup>20</sup> La Constitución no es el conjunto de normas jurídicas de un Estado –afirma Schmitt– sino los principios políticos fundamentales que determinan su organización. Son los principios rectores del orden jurídico.
- d) En cuanto al sentido ideal de Constitución, Schmitt afirma que es el producto de la ideología plasmada por los partidos o grupos políticos que participaron en su creación, la cual es aceptada como ideario político por la sociedad mayoritaria.

---

<sup>18</sup> Id

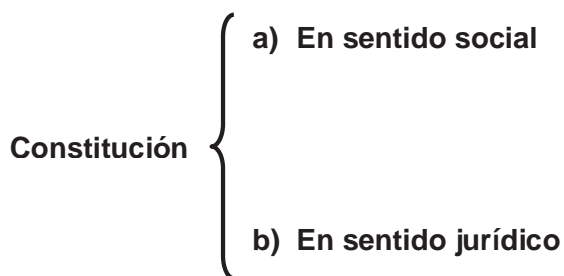
<sup>19</sup> SÁNCHEZ BRINGAS, Enrique, Ob. cit. pág 108

<sup>20</sup> *Ibíd.* pág. 109

## 1.2.2. Ideas de Fernando Lassalle

“Entre las diversas doctrinas destinadas a resaltar la realidad de las relaciones de fuerza en un ordenamiento se puede citar la elaborada por Lassalle, que contraponía la Constitución escrita a la Constitución real y se remonta al modo de las relaciones reales entre las fuerzas sociales. La Constitución real se transforma en Constitución jurídica escrita, pero la que al final prevalece en caso de diferencia es la real, porque son las fuerzas sociales y sus relaciones que en últimas cuentan.<sup>21</sup>”

Lassalle<sup>22</sup> al dictar su conferencia ¿Qué es una Constitución?, en 1862, identificó dos características que la componen:



Las ideas de Lassalle se centran fundamentalmente en que la Constitución es la suma de los factores reales del poder que rigen a un Estado, porque son la pieza que reúne la fuerza efectiva y activa que condiciona a todas las leyes y disposiciones jurídicas de la sociedad. Sin embargo acepta que la Constitución debe tener fuerza de ley, por lo que también debe ser una ley, pero no una más, sino algo superior. “La Constitución es fundamental porque se ubica en un nivel más profundo que cualquier ley; porque actúa y se prolonga en las leyes

<sup>21</sup> DE VERGOTTINI, Giuseppe. Ob. cit. pág. 118.

<sup>22</sup> LASSALLE, Fernando ¿Qué es una Constitución?, 2ª ed. Ediciones y Distribuciones Hispánicas S.A. de C.V., México 1989. p. 32

ordinarias, de las que es fundamento; y por ello, es lo que es y no puede aparecer de manera diferente de lo que es”.<sup>23</sup>

De ahí que, los factores reales de poder del Estado se encuentren representados en una *hoja de papel* y al plasmarse adquieran el carácter jurídico; por tanto, esa norma escrita será efectiva en la medida que exprese la realidad social del Estado; la alteración del orden social traerá aparejada necesariamente una mutación constitucional, pues “cuando la Constitución escrita no corresponde a la Constitución efectiva, se produce un cambio inevitable”<sup>24</sup>, y ello afecta la vigencia de la norma escrita. Y concluye: “la Constitución efectiva de un país sólo existe en las relaciones de fuerza de un país; las Constituciones escritas sólo tienen valor y duración si son la expresión exacta de las relaciones efectivas de fuerza, como se presentan en la sociedad”.<sup>25</sup>

### 1.2.3. Planteamiento de Hans Kelsen

La Constitución se nos presenta en Kelsen “no como la totalidad del ordenamiento, sino como aquella parte de él que lo conecta con la hipótesis de donde deriva su validez y asegura su dinamismo”.<sup>26</sup> Una norma y un sistema jurídico son eficaces en proporción al grado de aceptación que tengan; una norma es válida en la medida en que deriva de una norma superior.

Las ideas de Kelsen son expresadas en sus obras *Teoría Pura del Derecho*<sup>27</sup> y *Teoría General del Derecho y del Estado*, donde identifica a la Constitución desde dos puntos de vista:

---

<sup>23</sup> Ibid. P. 67

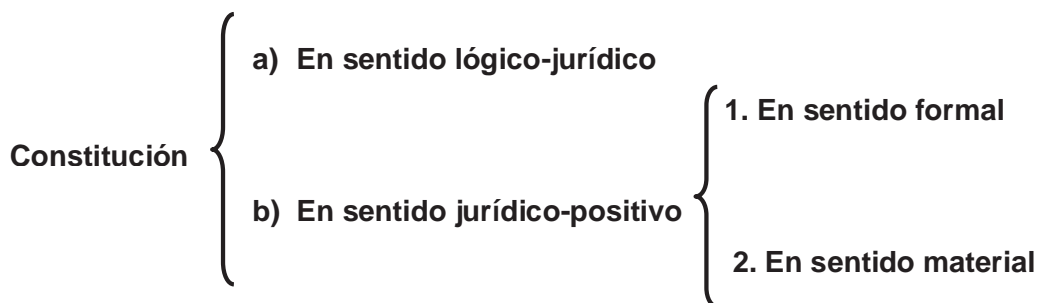
<sup>24</sup> Ibid, p. 78

<sup>25</sup> Id.

<sup>26</sup> RUBIO LLORENTE, Francisco, Ob. Cit. p 81.

<sup>27</sup> KELSEN, Hans, Teoría pura del derecho y teoría general del derecho y del Estado. Trad. De Roberto J. Vernengo 8ª. Ed. Porrúa, México 1995.





- a) La Constitución, en sentido lógico-jurídico, es entendida por Kelsen como la norma fundante básica, cuya existencia, por ser la primera norma del Estado, debe suponerse de forma hipotética; esa norma no es positiva porque es una hipótesis, pero es fundamental porque a partir de ella se inicia la producción normativa del sistema.<sup>28</sup> La validez jurídica de una norma depende de su desprendimiento de una norma mayor o superior; en tal caso no hay mayor problema, puesto que esa dependencia recaerá en último caso en la Constitución; el problema radica en la validez de la primera norma del Estado: la Constitución; la validez de ésta debe suponerse y no tratar de explicarse, porque la Constitución, en sentido lógico-jurídico, consiste en ser el punto de unión de todo el sistema normativo.
- b) Si se considera a la Constitución en sentido jurídico-positivo, debe interpretarse, a su vez, en dos sentidos: uno formal y otro material. La Constitución, en sentido formal, se integra con normas jurídicas escritas o de derecho legislado; el texto constitucional sólo puede ser modificado mediante un procedimiento especial, distinto al procedimiento ordinario de modificación de la legislación común, de tal suerte que dificulte su modificación. En cambio, la Constitución en sentido material debe contener las normas que regulen la producción de normas jurídicas ordinarias de un Estado, los órganos encargados de crear, aplicar y ejecutar tales leyes y los mecanismos de defensa frente a los actos arbitrarios de la autoridad.

---

<sup>28</sup> SÁNCHEZ BRINGAS, Enrique, Ob. Cit. p. 120.

#### **1.2.4. La Constitución en la visión de Michel Troper, Ricardo Guastini y Peter Häberle**

##### **a) Michel Troper**

El jurista francés Michel Troper sostiene dos modelos de Constitución: uno mecanicista y otro normativo. El primero se basa en la doctrina de Montesquieu, de la división de poderes. Según Troper, la concepción mecanicista conduce a plantear, desde el punto de vista de la redacción de las Constituciones, relativas, entre otras, a las posibles conductas de los gobernantes, teniendo en cuenta la organización general del poder y el reparto de las competencias.<sup>29</sup> La fundamentación del mecanicismo se apoya en la idea de la separación de poderes y, por ende, en la diferenciación de competencias de los órganos que ejercen el poder del Estado. Esa separación sólo es posible en el texto constitucional; “si los poderes no están separados, nadie será libre, es decir, nadie estará sometido solamente a las leyes, porque quien ha hecho la ley podrá cambiarla en el momento de aplicarla. Por el contrario, si los poderes están repartidos entre varios, el que ejecuta no podrá modificar la ley de acuerdo a sus caprichos y cada uno permanecerá sometido a la regla que conocía en el momento de actuar y que le permitía, así, medir las consecuencias de su acción o dicho de otra forma, ser libre”<sup>30</sup>. Por otra parte, además del reparto adecuado de las competencias del poder, el mecanicismo de Troper infiere que la norma constitucional debe producir una legislación moderada y una Constitución inviolable.

Legislación moderada en razón de que ésta preserva la libertad, no la libertad política, sino la libertad civil, como autonomía de los individuos, como derecho a actuar dentro de ciertos límites.<sup>31</sup> Esa libertad sólo puede ser

---

<sup>29</sup> TROPER, Michel. Ensayos de Teoría Constitucional. Fontamara, México 2004, p. 111

<sup>30</sup> *Ibid* p. 109

<sup>31</sup> *Id.*

garantizada en la medida en que los individuos tengan los medios legales para oponerse a los actos que traten de limitarla.

Cuando Troper menciona que debe contarse con una Constitución inviolable, está afirmando a la Constitución como norma imposible de ser infringida, no en virtud de la existencia de controles y sanciones, sino porque el reparto de competencias es tal, que si una autoridad intenta violentar la Constitución, es decir, sobrepasar sus competencias, chocaría inmediatamente con otra autoridad, que tendría interés en oponerse a la primera.<sup>32</sup>

En el modelo normativo de Constitución, el jurista francés identifica a la norma constitucional como obligatoria. En tal caso, el ejercicio de las competencias del poder, generadas por el creador de la Constitución, puede verse amenazado por posibles violaciones, de tal suerte que éstas deben ser sancionadas en los términos que establezca la propia norma constitucional; en tal sentido “si la Constitución es una norma superior obligatoria, el establecimiento de controles jurisdiccionales está destinado a sancionar las conductas contrarias y se presenta, pues, como consecuencia de la obligación y de la supremacía de la Constitución. Pero como no hay una norma superior a la Constitución que pueda ser la fuente de la obligación, la supremacía de la Constitución no puede definirse más que como una relación entre esa Constitución y la conducta de los poderes públicos tal que, si esta conducta es contraria a la Constitución, debe ser anulada. Se ve así que no es la supremacía la que conduce al control, sino que más bien es el control el que crea la supremacía de la Constitución”.<sup>33</sup>

Finalmente, Troper asegura que ambos modelos pueden ser transitados de uno a otro, como ha sido el caso de Francia.

---

<sup>32</sup> Ibid, p 110

<sup>33</sup> Ibid, p, 114-115

## b) Ricardo Guastini

Ricardo Guastini, uno de los constitucionalistas italianos más importantes de esta época, respecto al concepto Constitución identifica cuatro significados principales del término Constitución<sup>34</sup>:

- 1) Como ordenamiento político de tipo liberal
- 2) Como conjunto de normas jurídicas, en sentido *fundamental* que caracterizan e identifican todo ordenamiento.
- 3) Como documento normativo que tiene ese nombre; y
- 4) Como el texto particular normativo dotado de ciertas características *formales*, o sea, un peculiar régimen jurídico.

En el primer caso, como ordenamiento político liberal, no obstante que el autor reconoce, que actualmente se encuentra en desuso, afirma que este concepto fue puesto en claro por vez primera en la Declaración de los Derechos del Hombre y el Ciudadano de 1789, cuyo artículo 16 establece: “una sociedad en la que no esté asegurada la garantía de los derechos ni reconocida la división de poderes, no tiene Constitución”. De esta premisa, el adjetivo “constitucional” sólo puede aplicarse a un Estado constitucional si éste satisface dos condiciones: por un lado, que estén garantizados los derechos de los ciudadanos, en relación al Estado y, por otra parte, que los poderes del Estado estén divididos o separados.

Si la Constitución se analiza como conjunto de normas fundamentales, Guastini refiere que éstas solamente pueden tener este carácter si: a) determinan la llamada *forma de Estado*; b) determinan la *forma de gobierno*, y c) regulan la producción normativa.<sup>35</sup>

Cuando se entiende como conjunto de normas fundamentales, la Constitución puede ser llamada *sustancial* o *material*, y así se determinan las normas fundamentales –en uno u otro sentido- de todo ordenamiento jurídico.<sup>36</sup>

---

<sup>34</sup> GUASTINI, Ricardo. Estudios de teoría constitucional, Fontamara, México, 2001, p 29

<sup>35</sup> Ibid p. 32

<sup>36</sup> Ibid p. 33

Al referirse al otro significado del concepto, como particular texto normativo, Guastini aprecia que “la Constitución es una norma con características peculiares y propias distintas a las demás normas; en primer lugar porque la Constitución tiene un nombre propio; en segundo lugar, la Constitución se distingue también por su contenido materialmente constitucional, regularmente la Constitución contiene derechos de los ciudadanos frente al poder político y normas que regulan el ejercicio de los poderes del Estado y una tercer características que hace distinta a la Constitución de otras normas jurídicas, es los destinatarios a quien se dirigen las normas constitucionales, por lo regular éstas normas no se dirigen a los ciudadanos particulares, sino a los órganos constitucionales supremos, como los poderes del Estado”.<sup>37</sup>

### c) Peter Häberle

Resulta interesante el planteamiento del jurista alemán Häberle, en relación a la definición de Constitución, pues para él “debe concebirse como un estadio cultural”<sup>38</sup> incluso va mas allá del término y refiere que el Estado, además de sus tres elementos tradicionales: *pueblo, poder y territorio* contiene un cuarto elemento “la cultura”. Así para éste jurista alemán: la Constitución es, si no ya el *primer* elemento del Estado, una característica esencial. La Constitución es una parte de la cultura y constituye un *cuarto* elemento<sup>39</sup>.

Häberle sostiene que la Constitución se sustenta en una dimensión cultural; el contenido de la norma constitucional no es otra cosa que la expresión de la cultura que prevalece en la sociedad. Cuando en su etapa evolutiva actual el Estado constitucional da efectividad, refina y desarrolla de forma especial su protección de los bienes culturales, lo hace, en suma, al servicio de la identidad cultural.<sup>40</sup>

---

<sup>37</sup> Ibid p. 36

<sup>38</sup> HÄBERLE, Peter. Ob. cit. pág. 5

<sup>39</sup> HÄBERLE, Peter “La constitucionalización en Europa” UNAM, México, 2004, p. 27

<sup>40</sup> HÄBERLE, Peter en “El Estado constitucional”, Ob. cit, p. 5

Finalmente afirma que la Constitución no es sólo un ordenamiento jurídico para los juristas, los que tiene que interpretarla conforme a las antiguas y las nuevas reglas de la profesión, sino que actúa esencialmente también como guía para los no juristas: para el ciudadano la Constitución no es sólo un texto jurídico o un *mecanismo normativo*, sino también expresión de un estadio cultural del pueblo ante sí mismo, espejo de su patrimonio cultural y fundamento de sus esperanzas.<sup>41</sup>

### **1.3. La Constitución como norma fundante del Estado**

La doctrina constitucional caracteriza como elemento principal de la Constitución el hecho de ser *fundamental*; esta característica significa, en un sentido formal, que la norma constitucional es fuente generadora de todo el sistema jurídico de un Estado, al ser la norma que establece el conjunto de derechos de los gobernados frente a los actos del poder, al mismo tiempo que estructura la organización y régimen de competencias de los órganos del poder del Estado; dichas normas establecen principios rectores, sobre los cuales encuentra origen el complejo normativo del Estado.

“La Constitución es la fuente suprema dentro del ordenamiento, que conforma el orden jurídico fundamental del Estado y de la sociedad”.<sup>42</sup>

Independientemente de su forma en cada Estado, sea escrita o consuetudinaria, la Constitución se convierte en el acto jurídico primario que da vida al propio Estado; difícilmente podría hablarse, en la época actual, de la existencia de un Estado sin la presencia de una norma jurídica, independientemente de que pueda llamarse o no Constitución, que estructure la organización política y división de los poderes y al mismo tiempo se enuncie el catálogo mínimo de derechos del gobernado frente al poder. “Por lo tanto la producción de normas jurídicas (iniciando con las que configuran la Constitución) es un elemento común en todos los ordenamientos constitucionales, desde los

---

<sup>41</sup> Id.

<sup>42</sup> BALAGUER CALLEJÓN, Francisco, Ob. cit. p. 194

más simples hasta los más complejos, y esto independientemente de las características de la forma de Estado y de gobierno escogidas, que incide fuertemente sobre el sistema de las fuentes normativas adoptado en concreto”.<sup>43</sup>

Sin pretender participar en un debate ocioso para establecer si fue primero el Estado o la Constitución, resulta convincente la afirmación de que ambos conceptos son inseparables; Estado sin Constitución; escrita o no, difícilmente podría ser considerado como tal. La Constitución es la norma constituyente, reguladora de la validez del sistema jurídico y determinante de las bases organizativas del Estado y de los fenómenos políticos fundamentales de la sociedad.<sup>44</sup> La expedición de una nueva Constitución crea al mismo tiempo un nuevo Estado, por eso, el poder constituyente originario corre parejo, con frecuencia, con la fundación del Estado.<sup>45</sup>

Un ejemplo de la importancia de la Constitución como norma fundante del Estado se encuentra en el artículo 16 de la Declaración francesa de los Derechos del Hombre y el Ciudadano, de 1789, el cual aún prevalece en el preámbulo de la Constitución francesa de 1958, que dispone lo siguiente: “Toda sociedad en la que la garantía de los derechos no esté asegurada, ni determinada la división de poderes no tiene Constitución”.

#### **1.4. El poder constituyente**

La doctrina respecto del poder constituyente es abundante y diversa; en el análisis del tema se aborda su definición, naturaleza, factores que dan origen a su integración y los límites que enfrenta en su actuación. Bajo este contexto se abordará el presente apartado.

---

<sup>43</sup> DE VERGOTTINI, Ob. cit. p. 75

<sup>44</sup> SÁNCHEZ BRINGAS, Enrique, Ob. cit. p. 132

<sup>45</sup> SAGÜES, Néstor Pedro, Teoría de la Constitución, 1ª reimpresión, Aestrea, Argentina, 2004, p 277.

### 1.4.1. Definición

Carl Schmitt, en su obra *Teoría de la Constitución*, definió al poder constituyente “como la voluntad política cuya fuerza o autoridad es capaz de adoptar la concreta decisión de conjunto sobre modo y forma de la propia existencia política, determinando así la existencia de la unidad política de un todo”<sup>46</sup>

Para Schmitt, la existencia del poder constituyente tiene un origen eminentemente político sociológico; es la voluntad política para adoptar una decisión de conjunto que da unidad política al Estado y encuentra su primera expresión en el mecanismo representativo denominado poder constituyente.

Esta tesis es apoyada por la mayoría de quienes han elaborado la doctrina constitucional; de esta forma, Vanossi expresa: “En la acepción del poder constituyente, la palabra *poder* no está referida a las competencias o jurisdicciones del derecho, sino a la potestad en cuanto a fuerza: energía política y fuerza social, como quiera llamarse”.<sup>47</sup> En el mismo sentido se expresa Zagrebelsky, quien sostiene que el poder constituyente “es el poder político absoluto o soberano (es decir, sin límites jurídicos) y concentrado (es decir, no repartido con otros sujetos).<sup>48</sup>

En cambio otros, sin abordar cuestiones ideológicas en la elaboración de este concepto, simplemente afirman que el poder constituyente es el poder de instaurar una primera Constitución.<sup>49</sup>

Algunos más sostienen la idea que el poder constituyente va íntimamente ligado al concepto de soberanía, cuya expresión primaria se materializa por conducto del poder constituyente, el cual la ejerce dotando al Estado de una primera norma jurídica: la Constitución. “La soberanía es el basamento de toda

---

<sup>46</sup> Citado por CARPIZO MAC-GREGOR, Jorge, *Teoría de la Constitución, ensayos escogidos*, Ob. cit. p. 208

<sup>47</sup> VANOSI, Jorge Reinaldo, *Estudios de teoría constitucional* UNAM, México, 2002, p. 241

<sup>48</sup> ZAGREBELSKY Gustavo, *Teoría de la Constitución ensayos escogidos*, trad. De Manuel Ferrer Muñoz Ob. Cit. p. 67.

<sup>49</sup> Cfr. Ricardo Guastini, en *Estudios de teoría constitucional*. Ob. cit.



esta construcción; es la fuerza generadora e integradora del constituyente originario; es el fundamento y fuente de legitimidad de la Constitución”.<sup>50</sup>

A propósito de esta liga insoluble entre soberanía y poder constituyente, Sánchez Vimonte escribió:

“...los conceptos de soberanía y de poder constituyente se identifican y confunden...si contemplamos el problema desde un ángulo de visión francamente republicano y democrático, todo presunto conflicto entre soberanía y libertad o entre soberanía y derechos del hombre, obliga a sustituir la expresión soberanía por poder constituyente, desde que éste es la única verdadera manifestación de aquélla.

Tanto la soberanía como su expresión –poder constituyente- consiste en la voluntad general (Rousseau) o voluntad política (Schmitt) del pueblo. Pero eso sólo ocurre cuando el pueblo lo forman seres humanos libres e iguales, dueños de su voluntad o, si se quiere, de su albedrío, como hombres y como ciudadanos”.<sup>51</sup>

En otra corriente se encuentra Kelsen, para el jurista austriaco, la importancia del acto constituyente no radica en la creación del Estado sino en la creación del orden jurídico, como punto de partida sobre el que descansará la creación de las demás normas jurídicas<sup>52</sup>; en efecto, para Kelsen, la obra creadora del constituyente no forma parte del estudio jurídico; la validez de la Constitución se presupone a partir de una premisa metajurídica, al no encontrar ninguna otra norma superior de donde se desprenda la creación de la Constitución.

Así, independientemente de las ideas políticas o la liga estrecha entre soberanía y poder constituyente; este último es el órgano político electo por los ciudadanos, dotado de fuerza social y política para constituir o reorganizar el Estado, mediante la expedición de la norma suprema: la Constitución.

De lo anterior se identifica al constituyente con los siguientes elementos:

---

<sup>50</sup> URIBE ARZATE, Enrique, El Tribunal constitucional, Universidad Autónoma del Estado de México, México, 2002, p. 30.

<sup>51</sup> Citado por Carpizo, en Teoría de la Constitución, ensayos escogidos ob.cit. p. 213.

<sup>52</sup> Cfr. KELSEN, Hans, en Teoría Pura del Derecho y teoría general del derecho y del Estado, Ob. Cit.

- a) Es un órgano político; no puede ser un órgano jurídico, pues antes de su integración no existen normas jurídicas que regulen su competencia para crear la Constitución. Suponer la existencia de normas jurídicas previas que regulen la formación y actuación del poder constituyente originario, sería tanto como presuponer la violabilidad de la norma suprema; “todas las veces que se adopta una Constitución, el órgano que decide no está vinculado jurídicamente por reglas jurídicas precedentes”.<sup>53</sup>
- b) Es electo por los ciudadanos; esta característica es propia de los Estados democráticos; la Constitución del Estado, a efecto de alcanzar un grado alto de positivización, necesariamente requiere de la participación de la voluntad popular en la integración del poder constituyente; es aquí donde tiene una vinculación estrecha el concepto soberanía.<sup>54</sup> El Estado constitucional democrático de la actualidad se entiende y se vive a partir del poder constituyente del pueblo.<sup>55</sup>
- c) Está dotado de fuerza social y política; la integración del constituyente emana de la voluntad popular, necesariamente convergen en él todas las expresiones o fuerzas sociales, económicas y políticas de la población (sindicatos, empresarios, universidades, campesinos etcétera), que expresan en la Constitución valores, ideologías, historia y proyecto de Estado para el futuro.
- d) La misión del poder constituyente es constituir o reorganizar el Estado, mediante la creación de la Constitución. El nacimiento de un Estado, jurídicamente, sólo es aceptable mediante la expedición de una norma que lo cree. El acto que consuma la creación de un nuevo ente soberano, es la promulgación de su texto constitucional; el constituyente, entonces, tiene la alta misión de crear al Estado. Pero al mismo tiempo, tratándose de Estados ya existentes, la obra del constituyente sigue siendo importante y

---

<sup>53</sup> DE VERGOTTINI, Giussepe, ob. cit, p. 127

<sup>54</sup> No se puede negar que en regímenes absolutistas o anti-democráticos, el poder constituyente no exista, al no ser emanado de la voluntad popular, desde luego que en todo caso ese poder no emana de la expresión popular sino, de la expresión del dictador o del monarca, como ocurrió en la edad media. Sin embargo ahora, este modelo está en franco proceso de desuso.

<sup>55</sup> HÄBERLE, Peter. En El Estado constitucional. Ob. Cit. p. 129

no se contrapone con lo anterior; en tal caso, la misión de éste será reorganizar el Estado existente a partir de una transformación profunda de las relaciones sociales<sup>56</sup>, que obliga a sustituir el orden constitucional por otro; a este fenómeno es denominado por Sagües, nueva *era o ciclo constitucional*.<sup>57</sup> En tal caso el poder constituyente no crea al Estado sólo; lo reorganiza.

#### 1.4.2. Naturaleza del poder constituyente

El origen del poder constituyente se atribuye a la creación de los órdenes constitucionales de Estados Unidos en 1787 y Francia en 1789; antes de esta época no puede hablarse técnicamente del tema.<sup>58</sup>

La teoría constitucional es casi unánime respecto de la naturaleza del poder constituyente, pues señala que no puede encontrarse un fundamento jurídico que le dé vida. Para Schmitt, la Constitución no tiene fundamento de validez en una norma, sino en una decisión política que toma un ser político sobre el modo y la forma del propio ser. Así, el poder constituyente pertenece al mundo del ser, es parte viva de la existencia de la propia comunidad.<sup>59</sup>

Incluso el propio Kelsen, al plantear su tesis sobre la Constitución, sostiene que la primera norma a la que denomina *norma-norma* por no derivar de otra, es la fuente de origen de las demás normas, y a partir de ella se integra el sistema jurídico; la validez de la primera debe suponerse y no tratar de explicarla; basta suponer la validez de la primera norma por no depender de otra y en todo caso – afirma Kelsen- sólo podría explicarse metajurídicamente a través de la historia, la

---

<sup>56</sup> Regularmente ello ocurre a raíz de una revolución que altera las formas de organización social y política del Estado que exige la creación de una nueva Constitución.

<sup>57</sup> SAGÜES, Néstor Pedro. Ob. Cit. p. 277 “Por era constitucional entiende el autor, como al periodo inaugurado por una Constitución que sustancialmente se basa en sí misma, sin depender su validez normativa de otra Constitución previa. En tal caso, la fuente de autoridad jurídica del nuevo documento es independiente. Si estuviera sometida la validez de tal Constitución al cumplimiento de reglas de otra Constitución anterior, el poder constituyente del caso sería derivado y no originario”.

<sup>58</sup> Cfr. Carpizo, Jorge, en Teoría de la Constitución. Ensayos escogidos, op cit. p. 208

<sup>59</sup> Id.

sociología o la ciencia política, pero no del derecho, por corresponder tal situación al mundo del ser y no al del deber ser, al cual le da origen.<sup>60</sup>

Resulta difícil justificar la naturaleza del poder constituyente desde el ángulo jurídico, porque simplemente chocaría con el principio de supremacía constitucional, que más adelante se verá; el poder constituyente es inexistente jurídicamente, como lo afirma Sánchez Bringas.<sup>61</sup>

Así, el poder constituyente no puede ser explicado jurídicamente, porque su obra responde a las fuerzas sociales y políticas de donde emana, y su legitimidad depende de la capacidad que el constituyente haya tenido para plasmar en la Constitución los intereses, ideales, valores o proyectos de la mayoría de los ciudadanos; por el contrario, el grado de validez de la obra del constituyente dependerá de la positivización que ésta alcance, es decir, del reconocimiento que la sociedad haga al someterse a su cumplimiento, y así, la obra del creador de la Constitución alcanza legitimidad democrática.

Es más, hay voces, -como la de Guastini- quien sostiene que “toda modificación constitucional realizada en forma legal –por más que pueda incidir profundamente sobre la Constitución existente- es mera reforma. Toda modificación realizada en forma ilegal –por más marginal que pueda ser ese cambio- es instauración de una nueva Constitución. En suma, la modificación legal de la Constitución es ejercicio del poder constituyente, mientras que su cambio ilegal es ejercido por el poder constituyente originario”.<sup>62</sup>

#### **1.4.3. Factores que dan origen a la integración del poder constituyente**

Vergottini<sup>63</sup> sostiene que existen diversos factores o procedimientos para dar origen a la integración del poder constituyente. Los clasifica en:

- I. Procedimientos formales
  - a) Externos

---

<sup>60</sup>KELSEN, Hans, Ob. cit. p. 202

<sup>61</sup>SÁNCHEZ BRINGAS. Ob. cit, p. 141

<sup>62</sup>GUASTINI. Ob. Cit. p. 43

<sup>63</sup>DE VERGOTTINI. Ob. Cit, p. 126-149

- b) Internos
  - c) Internacionales guiados
  - II. Procedimientos federativos
    - a) Monárquicos
    - b) Democráticos
  - III. Procedimientos de las autocracias contemporáneas; y
  - IV. Procedimiento constituyente provisional
- I. **a).** Procedimientos formales externos; en esta categoría se encuentran los Estados que han integrado poder constituyente a raíz de la pérdida de soberanía o colonias que han adquirido su independencia. Es decir, se presentan cuando las autoridades de un Estado extranjero, o de un organismo internacional, influyen en el proceso de elaboración de la Constitución.<sup>64</sup> Como ejemplos, el autor cita las Constituciones de Japón, de 1946, Alemania, de 1949; o bien Estados de reciente independencia, como Nigeria, 1946; Jamaica, 1962 entre otros.
- b)** Procedimientos formales internos. Estos procedimientos se producen a partir del Estado que pretende darse una nueva Constitución; en este modelo entrarían la mayor parte de Estados independientes y soberanos, que en ejercicio de esa soberanía convocan a la integración del poder constituyente para crear la Constitución.
- c)** Procedimientos formales, internacionalmente guiados; en éstos se introducen fases en las cuales también intervienen órganos de los Estados interesados en la adopción de los nuevos textos constitucionales, mediante acuerdos entre Estados o mediante las organizaciones internacionales; a estos procedimientos

---

<sup>64</sup> SAGÜES, Néstor Pedro, Ob. Cit. p. 274.

Vergottini les denomina *guiados o asistidos*<sup>65</sup>. Como ejemplo de ellos se puede citar a Namibia (1982-1990), Bosnia-Herzegovina (1991-1995) o más recientemente Macedonia (2001).

**II. a)** Procedimientos federativos monárquicos; según el autor, éste es un modelo histórico, cuya característica es que la titularidad del poder constituyente corresponde al rey o monarca.

**II. b)** Procedimientos federativos democráticos; esta forma de integración del poder constituyente obedece a factores democráticos, donde la soberanía corresponde al pueblo que se manifiesta, por medio de asambleas constituyentes, o mediante referéndum.

**III.** Procedimientos de las autocracias contemporáneas; este modelo de integración del poder constituyente corresponde a los Estados autoritarios, mediante el procedimiento de adopción unilateral y el plebiscito constituyente. En el último de éstos, a diferencia del referéndum democrático, la consulta popular es meramente formal; sólo se pide una adhesión al electorado, de tal forma que produce los resultados previstos por el poder autoritario. Ejemplos de ello son las Constituciones de Irán, de 1979; Chile, 1980 entre otras. Por lo que respecta a la adopción unilateral el poder constituyente es detentado por un sector de la población privado de legitimidad popular explícita y es éste quien adopta directamente la decisión constitucional.<sup>66</sup>

**IV.** Procedimiento constituyente provisional; esta forma corresponde principalmente a los casos en los que se transita de una forma de Estado a otra; en tal caso,

---

<sup>65</sup> DE VERGOTTINI, Ob. Cit. p. 132

<sup>66</sup> Ibid. p. 145 “Chile es un caso ejemplar, donde el nuevo orden constitucional transitorio, subsiguiente al golpe de Estado del 1º de septiembre de 1973, fue adoptado mediante una serie de “actos constitucionales” de la Junta de Gobierno en ejercicio del poder constituyente.

preceden a la nueva Constitución hechos y actos encaminados a desarrollar un papel limitado en el tiempo, en cuanto momentos terminales de procedimientos constituyentes con carácter provisional. En estos casos la naturaleza constituyente del acontecimiento se aprecia en la afirmación de una concepción del derecho y del Estado que es inconciliable con la anteriormente vigente que lleva a la introducción de un fundamento diverso sobre la validez del ordenamiento positivo.<sup>67</sup>

#### **1.4.4. Límites de la actuación del poder constituyente**

Antes de abordar los límites que pudiera enfrentar el poder constituyente, es necesario diferenciar entre constituyente originario y derivado; el primero se refiere al poder político con facultades de la soberanía popular para crear la Constitución, mientras que el constituyente derivado se encarga de la reforma o revisión del texto constitucional creado por el constituyente originario<sup>68</sup>

El constituyente originario es ilimitado jurídicamente porque no existe una norma previa que le marque su ámbito de competencia. Sin embargo, esta afirmación habría que verla con detenimiento, para que no se entienda en términos literales.

Se ha expresado en el presente capítulo que el poder constituyente no tiene un fundamento u origen jurídico, sino que su existencia obedece a factores políticos o sociológicos, incluso históricos; pues bien, justamente esos factores que originan la integración del constituyente terminan siendo los límites que encuentra en su misión creadora de la Constitución; es cierto, dichas fronteras son factores extrajurídicos, pero al fin y al cabo acotan la actuación aparentemente ilimitada del constituyente.

---

<sup>67</sup> Ibid. p. 147

<sup>68</sup> Cfr. SAGÜES, Néstor Pedro, Ob. Cit.

A este respecto, Tena Ramírez expresa: "si el fin de toda Constitución consiste en implantar un orden jurídico, su primera y fundamental limitación la tiene en la determinación de establecer, no la anarquía ni el absolutismo, sino precisamente un orden jurídico. De otro modo la Constitución se negaría a sí misma y sería suicida".<sup>69</sup>

La doctrina constitucional identifica como freno a la actividad creadora del constituyente originario los factores extrajurídicos y los límites del derecho externo.

Entre **los límites extrajurídicos** se cuentan los fácticos y los axiológicos; en la primera categoría se encuentran todos los factores políticos, sociales, económicos, religiosos, culturales o cualesquier otros manifestados en las fuerzas reales de organización social que obedecen a una forma de convivencia ya hecha, derivada de la tradición, costumbre o prácticas cotidianas de las relaciones humanas; sin duda éste es uno de los factores más importantes que debe ser observado por el constituyente al momento de crear la Constitución; pues de él depende el grado de aceptación y cumplimiento de la nueva norma constitucional por parte de los gobernados; si la decisión del poder constituyente originario carece de respaldo social, al menos de los poseedores de los mecanismos de coerción, no habrá vigencia del orden constitucional sancionado, y la operación constituyente, originaria o derivada, habrá seguramente fracasado.<sup>70</sup> El constituyente no puede modificar por decreto la forma de organización propia de la sociedad, porque hacerlo produciría con certeza un efecto contrario a la misión del constituyente, que es la de dotar de un orden jurídico al Estado partiendo del reconocimiento de la misma sociedad.

En la categoría de límites extrajurídicos axiológicos existen importantes limitaciones al poder constituyente. Los valores se plasman en doctrinas e ideologías políticas que procuran organizar la sociedad de un modo o de otro, y que naturalmente repercuten en la Constitución, que al fin de cuentas es un instrumento de gobierno.<sup>71</sup> Al integrarse el poder constituyente mediante un

---

<sup>69</sup> TENA RAMÍREZ, Felipe, Derecho constitucional mexicano, 33ª ed. Porrúa, México 2000, p. 27

<sup>70</sup> SAGÜES, Néstor Pedro. Ob. Cit. p. 282

<sup>71</sup> Ibid p. 283



proceso democrático, en él confluye una pluralidad rica en valores e ideologías producto del mosaico multi-ideológico de la sociedad; esa diversidad necesariamente se ve reflejada al momento de crear la Constitución y finalmente termina por legitimar o justificar el contenido axiológico de la norma constitucional. Resulta imposible pensar en una Constitución sin contenido axiológico; aún en los Estados absolutistas se encuentra plasmado un ideario, que si bien puede no ser de la mayoría social, sí refleja un catálogo de valores e ideales a los que aspira una sociedad.

**Límites del derecho externo;** se ha dicho que el poder constituyente no tiene límites jurídicos, por no fundar su actuación en una norma preexistente; sin embargo, existen otros límites de naturaleza jurídica que no son propiamente topes jurídicos del ente soberano interno, sino limitaciones que impone la propia convivencia amónica de la comunidad internacional. El Estado no es una isla en el océano, pertenece a una comunidad de Estados que norman su vida interna por medio de sus respectivas Constituciones y establecen relaciones mutuas de buena vecindad y convivencia pacífica; por ello el poder constituye tiene como límite el reconocimiento de una comunidad internacional, con acotación, a su vez, de su orden normativo a un territorio determinado; el constituyente debe reconocer los derechos fundamentales de los gobernados por los demás Estados y fijar reglas que permitan la *planetización de los Estados*.<sup>72</sup> Esto es, que permitan la movilidad de su población por el planeta.

### 1.5. Los principios protectores de la Constitución

“Es connatural a la formación de la Constitución la predisposición de recursos encaminados a garantizar su observancia y supervivencia. En efecto, aunque pueden variar las justificaciones ideológicas de una Constitución –y por ende, las formas de Estado correspondientes- es cierto que las fuerzas políticas que

---

<sup>72</sup> Concepto citado por Néstor Pedro Sagües, al respecto refiere que: “el fenómeno de la planetización de los Estados o de la federalización de las naciones, como lo llamó Aramburu Menchaca, ha acelerado de tal modo la red normativa internacional, que la supremacía de la Constitución local se encuentra profundamente retocada y deomesticada por el derecho positivo internacional”.

adoptan una Constitución apuntan a asegurar mediante ésta su estabilización con el fin de perpetuarse”.<sup>73</sup>

La obra creadora del constituyente originario pretende erigirse como una norma que se prolongue en el tiempo, capaz de regir a las futuras generaciones, a perpetuidad. Sería un contrasentido que el constituyente pusiera término preciso a la vigencia de la Constitución, porque no tendría elementos medibles reales que le permitieran predecir con certeza en cuanto tiempo la Constitución deja de tener legitimidad o adecuación a la dinámica social; pues hacerlo sólo produciría incertidumbre jurídica. Por ello la Constitución aspira a ser una norma perpetua.

Pero, para garantizar la perpetuidad de la Constitución se requiere la existencia de controles; en primer término, instrumentos jurídicos que aseguren la vigencia perenne de la Constitución –esto es, principios como la supremacía e inviolabilidad constitucional-; segundo, procedimientos que permitan reformar el texto constitucional para adecuarlo a la realidad social cambiante del Estado - previstos en la propia Constitución para su reforma o adición-, y tercero, mecanismos jurisdiccionales o políticos que vigilen el cumplimiento de los anteriores.<sup>74</sup> Precisamente estos controles son los principios protectores de la vigencia y observancia de la Constitución, que a continuación se estudian con más detalle.

### **1.5.1. Principio de supremacía constitucional**

La norma constituyente es el primer mandato del orden jurídico al que deben apegarse las normas constituidas para que sean válidas.<sup>75</sup> Kelsen, en su teoría pura del derecho, atribuye de forma manifiesta la validez del orden normativo a la Constitución como norma fundante básica del sistema jurídico del Estado, afirmación que infiere de forma categórica la supremacía de la Constitución; al respecto expresa:

---

<sup>73</sup> DE VERGOTTINI, Giuseppe. Ob. Cit. p. 187

<sup>74</sup> Estos mecanismos son llamados por la doctrina como instrumentos de control constitucional, también denominados justicia constitucional y que más adelante se tratará con mayor detalle en el presente trabajo.

<sup>75</sup> SÁNCHEZ BRINGAS, Enrique. Ob. Cit. p. 189

“Como se indicó, la norma que representa el fundamento de validez de otra norma es, en su respecto, una norma superior; pero la búsqueda del fundamento de validez de una norma no puede proseguir hasta el infinito, como búsqueda por la causa de un efecto. Tiene que concluir en una norma que supondremos la última, la suprema. Como norma suprema tiene que ser presupuesta, dado que no puede ser impuesta por una autoridad cuya competencia tendría que basarse en una norma aún superior. Su validez no puede derivarse ya de una norma superior, ni puede volver a cuestionarse el fundamento de su validez. Una norma semejante, presupuesta como norma suprema, será designada aquí como norma fundante básica (Grundnorm). Todas las normas cuya validez pueda remitirse a una y misma norma fundante básica, constituyen un sistema de normas, un orden normativo. La norma fundante básica es la fuente común de la validez de todas las normas pertenecientes a uno y el mismo orden. Que una norma determinada pertenezca a un orden determinado se basa en que su último fundamento de validez lo constituye la norma fundante básica de ese orden. Esta norma fundante es la que constituye la unidad de una multiplicidad de normas, en tanto representa el fundamento de la validez de todas las normas que pertenecen a ese orden”.<sup>76</sup>

“*Supremacía* se refiere a la calidad de *suprema*, que por ser emanación de la más alta fuente de autoridad corresponde a la Constitución; en tanto que *primacía* denota el primer lugar que entre todas las leyes ocupa la Constitución”.<sup>77</sup>

La supremacía de la Constitución aparece como un elemento esencial inseparable de la norma básica; se ha sostenido en el presente capítulo que el acto creador del constituyente conlleva por un lado la creación del Estado (o la reorganización, en su caso) y por otra parte, a la creación de la fuente de fuentes de la que se deriva todo el sistema jurídico del Estado. De ahí que la Constitución se instituya como la norma que servirá de fundamento para los demás ordenamientos jurídicos y éstos sostendrán su validez en la medida en que se

---

<sup>76</sup> KELSEN, Hans, Ob. Cit, p. 202.

<sup>77</sup> TENA RAMÍREZ, Felipe. Ob. Cit. p. 11

encuentren conformes al texto constitucional. En tal sentido se afirma la supremacía de la Constitución, porque sólo bajo este principio puede darse unidad y cohesión al sistema jurídico de un Estado<sup>78</sup>.

La supremacía, además de dar fundamento y unidad, otorga validez al sistema normativo del Estado; al mismo tiempo, estratifica el ordenamiento jurídico, lo que la doctrina ha denominado la pirámide kelseniana; el propio autor sostiene: “El orden jurídico no es un sistema de normas de derecho situadas en un mismo plano, ordenadas equivalentemente, sino una construcción escalonada de diversos estratos de normas jurídicas. Su unidad está configurada por la relación resultante de que la validez de una norma, producida conforme a otra, reposa en esa otra norma, cuya producción a su vez está determinada por otra; un regreso que concluye, a la postre, en la norma fundante básica presupuesta. La norma básica, hipotética en ese sentido, es así el fundamento de validez supremo que funda la unidad de esta relación de producción”.<sup>79</sup>

Ante la jerarquización kelseniana del ordenamiento jurídico, la norma constituyente, por emanar de la voluntad popular de las fuerzas políticas<sup>80</sup> existentes en el Estado, provoca la validez posterior de todas las normas jurídicas y actos de autoridad que se originen. Lo anterior significa que la norma constituyente determina la validez en la aplicación de las normas constituidas y, al hacerlo, sienta las bases para lograr su propia validez.<sup>81</sup>

Por otra parte, al erigirse “la Constitución como norma suprema, se convierte en la cúspide de todo el ordenamiento jurídico y hace fluir el principio de legalidad de los poderes públicos, da seguridad jurídica a los actos de autoridad, de constitucionalidad en todas las actuaciones realizadas por los poderes constituidos”.<sup>82</sup>

---

<sup>78</sup> Cfr. SOTO FLORES, Armando. En Teoría de la Constitución, Ob. Cit..

<sup>79</sup> KELSEN, Hans, ob cit. p. 232

<sup>80</sup> Tomando la tesis schmitiana de la naturaleza política del poder constituyente, que ya quedó comentado en el apartado anterior”.

<sup>81</sup> SÁNCHEZ BRINGAS, Enrique. Ob. Cit. p. 190

<sup>82</sup> SOTO FLORES, Armando. Ob. Cit. p. 170

La Constitución es la cúspide, está en el vértice de la pirámide jurídica, y desde ahí determina todo el ordenamiento jurídico, luego hacia los actos de autoridad, bañando a todos de constitucionalidad en su actuación.

Algunos constitucionalistas, como el mexicano Tena Ramírez<sup>83</sup> y el argentino Néstor Pedro Sagües<sup>84</sup>, coinciden al identificar como requisitos esenciales de la supremacía constitucional, que la Constitución será rígida y escrita; y Tena Ramírez agrega uno más: que el poder constituyente sea distinto a los poderes constituidos. La rigidez implica la instauración de procedimientos para reformar la Constitución distintos de los ordinarios para reformar una ley inferior,<sup>85</sup> la rigidez de la Constitución tiene por fin impedir que los poderes constituidos puedan corregirla a su antojo. De hecho, ello importa una suerte de desconfianza hacia los excesos de los poderes constituidos.<sup>86</sup> La escritura de la Constitución, le da certeza y seguridad al texto constitucional; así, la obra constituyente se asegura mediante su materialización en un documento escrito que evita ambigüedades sobre su contenido; por ello la forma escrita de la Constitución garantiza de manera más exacta el cumplimiento de la misma, y se precisa con mayor claridad el fundamento de donde se desprende todo el sistema jurídico del Estado.<sup>87</sup>

En cuanto a la característica que Tena Ramírez identifica como condición necesaria de la supremacía constitucional, referente a que el poder constituyente debe ser diferente a los poderes constituidos, el autor lo explica de la forma siguiente: “Si los órganos de poder reciben su investidura y sus facultades de una fuente superior a ellos mismos, como es la Constitución, eso quiere decir que el autor de la Constitución debe ser distinto y estar por encima de la voluntad

---

<sup>83</sup> TENA RAMÍREZ, Ob. Cit. p. 12

<sup>84</sup> SAGÜES, Néstor Pedro, Ob. Cit. p. 234

<sup>85</sup> En el siguiente apartado se abordará con más detalles el tema de rigidez constitucional.

<sup>86</sup> SAGÜES, Néstor Pedro. Ob. Cit. p. 235

<sup>87</sup> Néstor Pedro Sagües, sostiene que “algunas veces se apunta que hay países sin Constitución escrita, como Inglaterra. Tal aseveración no es exacta, porque parte del derecho constitucional inglés tiene formulación escrita, aunque dispersa (Carta Magna, Petición de Derechos, Acta de hábeas corpus, Acta de Unión)” Ob. Cit, p. 235.

particular de los órganos. La doctrina designa al primero con el nombre de “poder constituyente” y a los segundos los llama “poderes constituidos”.<sup>88</sup>

Y continúa expresando: “Cronológicamente el constituyente precede a los poderes constituidos; cuando aquél ha elaborado su obra, formulando y emitiendo la Constitución, desaparece del escenario jurídico del Estado, para ser sustituido por los órganos creados. Desde el punto de vista de las funciones, la diferencia también es neta: el poder constituyente no gobierna, sino sólo expide la ley en virtud de la cual gobiernan los poderes constituidos; éstos, a su vez, no hacen otra cosa que gobernar en los términos y límites señalados por la ley emanada del constituyente, sin que puedan en su carácter de poderes constituidos alterar en forma alguna la ley que los creó y los dotó de competencia”.<sup>89</sup>

En otro orden, el principio de supremacía de la Constitución trae necesariamente aparejados mecanismos de control constitucional, esto es, instrumentos previstos en la propia Constitución que aseguren el respeto irrestricto a la jerarquización normativa consagrada en la propia norma primaria; a estos mecanismos la doctrina constitucional les ha denominado control de la constitucionalidad o justicia constitucional, entre otras denominaciones semejantes.

La violación al principio de supremacía constitucional puede presentarse de dos formas: a) Que la norma constitucional no alcance plena vigencia en razón de que los poderes constituidos no generen las normas jurídicas que la Constitución ordena crear para hacer efectivo un mandato constitucional<sup>90</sup>, y b) que los actos o normas jurídicas generados por los poderes constituidos estén en franca oposición a los preceptos constitucionales.<sup>91</sup>

---

<sup>88</sup> TENA RAMÍREZ, Ob. Cit. p. 12

<sup>89</sup> Ibid p. 13

<sup>90</sup> Es decir, existe una precaria producción normativa ordenada por la Constitución, o bien el ordenamiento jurídico es deficiente que hace imposible la materialización de los preceptos constitucionales. A este fenómeno jurídico, la doctrina le ha denominado inconstitucionalidad por omisión, y que más adelante en el desarrollo de la presente se tratará.

<sup>91</sup> En tal caso, la violación al principio de supremacía constitucional tendrá que ser combatido dependiendo de la naturaleza del acto violatorio; para el caso de México, puede ser por vía de juicio de amparo, si vulnera derechos individuales del gobernado; o bien por vía de controversia o acción de inconstitucionalidad, cuando se trate de actos vinculados a los órganos del poder público.

En el caso del Estado mexicano, la Constitución establece el principio de supremacía constitucional en el artículo 133, que la letra dice:

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

El precepto anterior consagra de manera expresa el principio de supremacía constitucional y define la jerarquía de las normas jurídicas del ordenamiento jurídico mexicano.<sup>92</sup>

Así, se puede afirmar que la supremacía constitucional es un principio protector de la Constitución en el que la norma primaria se convierte en fuente de fuentes, desprendiéndose así todo el sistema jurídico del Estado, jerarquizando el ordenamiento jurídico con unidad y cohesión, con la Constitución ocupando la cúspide.

Sin embargo, habría que cuestionar el principio de supremacía constitucional en la realidad actual, a la luz de la globalización mundial a la que ningún Estado puede sustraerse. ¿Qué ocurre con la supremacía constitucional frente a las normas del derecho internacional?, ¿cómo entender la supremacía constitucional frente a la integración de Estados soberanos en bloques donde se comparte una legislación común?.

Por una parte se observa un proceso cada vez más acelerado de integración de Estados soberanos en bloques económicos, de colaboración o solidaridad mutua, que formalizan mediante tratados internacionales, sujetando en algunos casos su derecho interno, incluida la Constitución, a las normas producidas por el derecho internacional. En este sentido, el texto constitucional no mantiene el principio de supremacía, pues permitir la posibilidad de que exista una norma superior a la constitucional, automáticamente sujeta a ésta a un plano

---

<sup>92</sup> La interpretación jurídica del artículo 133 constitucional, será materia de estudio de la presente investigación, por tal razón no se considera conveniente en este apartado abundar en mas detalles al respecto.

inferior, quitándole por consiguiente el carácter de suprema.<sup>93</sup> Un ejemplo de los Estados que entran en esta categoría, donde las Constituciones de forma explícita atribuyen superioridad a un tratado internacional respecto de la Constitución, es Holanda, cuya Constitución de 1953, en su artículo 63, disponía que un tratado podía apartarse de los términos de la Constitución, pero en tal caso, la aprobación por las cámaras del poder legislativo debía ser expresa, y contar con la mayoría de los dos tercios de los votos emitidos. La actual Constitución holandesa aprobada en 1983, en su artículo 91, dispone que toda provisión de un tratado opuesto a la Constitución debe ser aprobada por las cámaras de los Estados Generales al menos con los dos tercios de votos a su favor.<sup>94</sup>

Ahora también existen Constituciones que implícitamente reconocen una jerarquía superior a los tratados internacionales respecto de la Constitución, pero sólo para algunos temas específicos; tal es el caso de la Constitución española en su artículo 10, párrafo 2º, la cual puntualiza que “las normas relativas a los derechos fundamentales y a las libertades que la Constitución reconoce, se interpretarán de conformidad con la Declaración Universal de Derechos Humanos y los tratados y acuerdos internacionales sobre las mismas materias ratificados por España”. De acuerdo con esta posibilidad una norma, en su modalidad de tratado internacional, creada con posterioridad a la norma constitucional, que establezca derechos contrarios con la Constitución, automáticamente produce un efecto derogatorio de la norma constitucional, por contradecir ésta el tratado internacional. En esta circunstancia, Vanossi afirma que la Constitución puede ser rígida para adentro del Estado y flexible hacia afuera, atenta a las modificaciones que el derecho internacional y el derecho comunitario pueden introducir en ella.<sup>95</sup>

---

<sup>93</sup> En el caso mexicano no ocurre este fenómeno, la Constitución de conformidad con el artículo 133, citado *supra*, reconoce la jerarquía de los tratados internacionales dándoles el carácter de ley suprema, pero siempre y cuando estén de acuerdo con el texto constitucional. Incluso el pleno de la Suprema Corte de Justicia al emitir la jurisprudencia número LXXXVII/99, visible en el Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta, tomo X, página 46 de noviembre de 1999, reconoció que los tratados internacionales celebrados por México se colocan en un plano jerárquico superior, respecto de las leyes federales; pero inferiores a la Constitución.

<sup>94</sup> SAGÜES, Néstor Pedro. Ob. Cit. p. 390

<sup>95</sup> VANOSSO, Ob. Cit. p. 390



Por otra parte, la supremacía constitucional enfrenta hoy un problema mayor ante la integración de Estados que comparte una legislación común, donde las fronteras territoriales se han abolido y se ha establecido una moneda única; concretamente el caso de la Unión Europea, ¿Dónde queda la supremacía de las Constituciones de los países miembros de la Unión Europea? Sin duda estas nuevas formas de integración estatal hacen que los paradigmas cambien y que los principios dogmáticos de la teoría constitucional se replanteen, ante una realidad distinta.

El 29 de octubre de 2004, los veinticinco<sup>96</sup> Estados integrantes de la Unión Europea aprobaron en Roma, Italia, el tratado por el que se establece una Constitución para Europa, documento que se encuentra en su fase de ratificación, de conformidad con los procedimientos internos de cada Estado miembro.<sup>97</sup>

La Constitución Europea, sin lugar a dudas, pone en crisis a la teoría constitucional y a los modelos construidos en torno al estudio de la Constitución. En principio, el poder constituyente formado para tal efecto tiene características distintas a las que se adoptan internamente para elaborar la norma constitucional de un Estado. Así, el artículo I-1 establece:

“La presente Constitución, nace de la voluntad de los ciudadanos y de los Estados de Europa de constituir un futuro común, crea la Unión Europea, a la que los Estados miembros atribuyen competencias para alcanzar sus objetivos comunes. La Unión coordinará las políticas de los Estados miembros encaminadas a lograr dichos objetivos y ejercerá, de modo comunitario, las competencias que éstos le atribuyan..”

Como se advierte, el constituyente tiene un origen formalmente popular al emanar de forma directa de la voluntad de los ciudadanos, pero materialmente emana de los Estados integrantes de la Unión; pues intervinieron en la formulación de la Constitución los jefes de Estado, y son quienes expiden la misma, por lo que

---

<sup>96</sup> Los Estados que Integran la Unión Europea son, Bélgica, República Checa, Dinamarca, Alemania, Estonia, República Helénica, España, Francia, Irlanda, Italia, Chipre, Letonia, Lituania, Luxemburgo, Hungría, Malta, Países Bajos, Austria, Polonia, Portugal, Eslovenia, Eslovaquia, Finlandia, Suecia y Reino Unido de la Gran Bretaña e Irlanda del Norte.

<sup>97</sup> España el 20 de febrero de 2005, ratificó su adhesión al tratado, mediante referéndum; mientras que el pasado 29 de mayo de 2005, Francia, en referéndum manifestó la no ratificación del tratado constitucional, lo que pone en grave crisis al proceso de constitucionalización europeo, por ser Francia uno de los Estados precursores de la formación de la Unión Europea. Lo mismo ocurre con Holanda, donde mediante referéndum celebrado el 1 de junio de 2005, los ciudadanos se manifestaron por un “no” a la Constitución Europea.

no se eligió ex profeso a un órgano constituyente para la formulación de la norma constitucional, sino que intervinieron los órganos de gobierno formal de cada Estado integrante; por otra parte, la obra constituyente no se concreta a crear la Constitución, sino que crea al mismo tiempo un nuevo Estado, la Unión Europea, a la cual se le atribuyen una serie de competencias en el texto constitucional<sup>98</sup>.

Ahora bien, el principio de supremacía constitucional consagrado en las Constituciones internas de los Estados miembros, prácticamente desaparece con la Constitución Europea, tal y como se desprende de los artículos I-5 y I-6 los que disponen:

**“I-5. Relaciones entre la Unión y los Estados miembros.**

1. La Unión respetará la igualdad de los Estados miembros ante la Constitución, 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.
2. Conforme al principio de cooperación leal, la Unión y los Estados miembros respetarán y asistirán mutuamente en el cumplimiento de las misiones derivadas de la Constitución. Los Estados miembros adoptarán todas las medidas generales o particulares apropiadas para asegurar el cumplimiento de las obligaciones derivadas de la Constitución o resultantes de los actos de las instituciones de la Unión. Los Estados miembros ayudarán a la Unión en el cumplimiento de su misión y se abstendrán de toda medida que pueda poner en peligro la consecución de los objetivos de la Unión”.

**“I-6 Derecho de la Unión**

La Constitución y el Derecho adoptado por las instituciones de la Unión en el ejercicio de las competencias que se le atribuyen a ésta primarán sobre el Derecho de los Estados miembros”

Como se constata de lo anterior, la Constitución Europea se convierte en norma suprema respecto de todo el ordenamiento jurídico nacional de los Estados miembros y los sujeta a adecuar su marco normativo interno a la Constitución Europea y al derecho creado por las instituciones de la Unión, lo que produce

---

<sup>98</sup> El régimen de competencias de la Unión Europea se encuentra previsto en los artículos I-12 a I-18 de la Constitución.

como consecuencia la reordenación de las jerarquías normativas de cada Estado miembro de la Unión Europea.

Ante esta nueva realidad de reorganización de los Estados, jurídicamente, lo que ocurre en el caso de Europa es el nacimiento de un nuevo Estado, porque así lo refiere el propio texto constitucional y, como tal, la formalización del nacimiento de ese nuevo Estado se materializa mediante la expedición de una Constitución, que estructura el poder europeo y da validez al sistema jurídico; a partir de la entrada en vigor de la norma constitucional<sup>99</sup>, los Estados miembros de la Unión Europea habrán de adecuar su derecho nacional a las disposiciones de la Constitución y al derecho producido por las instituciones europeas, de conformidad con el régimen de competencias de éstas; de tal suerte que ello trae aparejada la sujeción de las Constituciones nacionales a la Constitución, ahora suprema, de la Unión Europea, modificando así un principio tradicional: la soberanía interna, como elemento característico de todo Estado independiente, capaz de proveerse su propio régimen jurídico. Ante esta nueva realidad política de los Estados, el principio de supremacía de las Constituciones nacionales desaparece y se traslada a una nueva norma jurídica, también denominada Constitución, emanada del acuerdo de varios Estados nacionales, al crear una norma constitucional, de carácter supremo, frente a la totalidad de la legislación interna.

Queda mucho por discutir y descubrir respecto de estos temas que, sin duda, serán la constante del presente siglo, dada la gran movilidad de los ciudadanos por todo el mundo que los sociólogos le han llamado la globalización, proceso que exige nuevas formas de organización jurídica, porque nadie tiene capacidad para frenar el fenómeno de la globalización mundial. Tal vez el siglo XXI se caracterice por el cosmopolitismo constitucional.<sup>100</sup>

---

<sup>99</sup>De conformidad con el artículo IV-447 de la Constitución Europea, ésta entraría en vigor el 1º de noviembre de 2006, siempre que se hayan depositado todos los instrumentos de ratificación o, en su defecto, el primer día del segundo mes siguiente al del depósito del instrumento de ratificación del último Estado signatario que cumpla dicha formalidad; circunstancia que a la fecha no ha ocurrido.

<sup>100</sup>No obstante los obstáculos que está viviendo el proceso de ratificación de la Constitución Europea, el fenómeno de la globalización, ahora jurídica, es una realidad que no encaja en los modelos tradicionales de ordenación jurídica de ningún Estado nacional del mundo; por ello los próximos años habrán de generarse

### 1.5.2. Rigidez constitucional

Tanto Sagües como Tena Ramírez coinciden en el criterio de que uno de los elementos aparejados a la supremacía constitucional es la rigidez de la Constitución.

James Bryce es el autor de la clasificación de las Constituciones en rígidas y flexibles, la cual se basa en el grado de complejidad del procedimiento de reforma de la Constitución; de acuerdo con esta opinión, si la norma constitucional establece un procedimiento complejo, distinto del proceso legislativo ordinario, para ser reformada o adicionada, se está en la presencia de una Constitución rígida; en cambio, si la Constitución instaure un procedimiento ordinario, igual al proceso legislativo común, para su reforma, se estará ante una Constitución flexible.<sup>101</sup>

Sin embargo, la rigidez constitucional no necesariamente es un presupuesto indisoluble de la supremacía; si bien constituye la mayor o menor dificultad que se establece para que los poderes constituidos, y en especial el legislador, puedan acometer la reforma del texto, representa una cuestión importante desde múltiples perspectivas, pero una Constitución flexible sigue siendo –o puede seguir siendo– una norma suprema que debe ser respetada<sup>102</sup>. En efecto, la rigidez no necesariamente va unida al principio de supremacía, porque ésta última tiene que ver con la imposibilidad jurídica de que la Constitución pueda ser violada; en cambio, la rigidez implica la regulación de un proceso distinto al ordinario para reformar el ordenamiento constitucional. Por tanto, una Constitución flexible puede también ser suprema, porque la supremacía depende de la posibilidad de ser

---

nuevas formas de organización política y jurídica que atiendan a la nueva realidad social. Un tanto la tesis de Lasalle sobre el sentido social de la Constitución cobra total validez en la actualidad.

<sup>101</sup> Ver BRYCE, James. Constituciones flexibles y Constituciones rígidas, Madrid, Instituto de Estudios Políticos.

<sup>102</sup> PRIETO SANCHÍS, Luis, Justicia constitucional y derechos fundamentales, Ed. Trota, Madrid, España 2003, p. 150

violada, no de su proceso de reforma; una cosa es violar la Constitución y otra es reformarla.<sup>103</sup>

“El grado de rigidez de cada texto constitucional concreto se encuentra en relación directa con la mayor o menor dificultad que dispone ese mismo texto para su propia reforma”.<sup>104</sup> La mayoría de las Constituciones del mundo se encuentran dentro de esta clasificación de documentos rígidos; por el contrario, el prototipo de Constitución flexible en el mundo es la de Inglaterra, que consagra un régimen no rígido para su modificación.

Ahora bien, el nivel de rigidez depende de la complejidad que cada texto constitucional instituya como procedimiento para su reforma; así, existen Constituciones *petrificadas*, que de plano no admiten la posibilidad de ser reformadas en ninguno de sus apartados; este modelo es inapropiado e inoperante, pues condena a las generaciones futuras a una inmovilidad constitucional, negando la posibilidad de incorporar a la Constitución los cambios de la sociedad, y con ello redundar en desorden social ante la sujeción perenne a un texto que seguramente al paso del tiempo quedará rebasado por la propia dinámica social.

En otro grado de rigidez se encuentran las normas constitucionales, que instituyen algunos principios fundamentales intocables, por la obra del constituyente permanente -principios tales como la forma de Estado o de gobierno-; en este modelo entran las Constituciones italiana de 1947 y alemana de 1949. Y, por último, las Constituciones que no establecen topes a la actividad reformadora del constituyente, es decir, que no refieren ninguna limitación a preceptos constitucionales para su reforma; en este modelo se incluye la Constitución mexicana de 1917.

La rigidez es, entonces, un principio protector de la vigencia de la Constitución, al establecer un límite a la actividad del legislador ordinario para que

---

<sup>103</sup> GUASTINI, Ricardo. La Constitución como límite a la legislación, en Manuel Carbonell, Teoría de la Constitución, ensayos escogidos. Ob. Cit. p. 239.

<sup>104</sup> CARBONELL, Miguel. La Constitución pendiente, UNAM, México, 2002. p. 29.

no pueda reformar la Constitución mediante el procedimiento común, o bien no la derogue o abrogue en el ejercicio de su producción legislativa.

Mediante la rigidez constitucional se asegura cierta permanencia o perpetuidad de la obra del constituyente originario, al impedir que el ordenamiento constitucional desaparezca por la vía de reforma.

Para evitar el envejecimiento, la Constitución debe prever un procedimiento rígido o flexible que permita su reforma o adición; no hacerlo provocaría el desequilibrio entre la norma y el entorno social imperante en la realidad; porque ¿qué legitimidad tendría la generación que crea o reforma la Constitución para someter o condicionar derechos u obligaciones a las generaciones futuras?, Pretender condenar a las generaciones por venir al inmovilismo constitucional e involución social es ir contra la naturaleza humana de cambio y transformación.<sup>105</sup> Incluso habría que preguntarse ¿hasta dónde vivimos regidos por una Constitución creada por una generación muerta que regula todavía actos de una generación viva, a la que ni siquiera conoció?. Permitir la movilidad constitucional, su actualización y el reconocimiento al dinámica social, pero imponiendo topes a la reforma, es una garantía del Estado democrático.

Paine decía:

“Los derechos del hombre son los derechos de todas las generaciones de los hombres, y nadie puede monopolizarlos. Lo que merece continuar, continuará por su propio mérito, y en ello reside su seguridad, y no en condición alguna con la que se pretenda revestirlo. Cuando un hombre deja sus propiedades a sus herederos, no los vincula con una obligación de que hayan de aceptarlos. ¿Por qué, pues, hemos de hacer lo contrario por lo que respecta a las Constituciones?. Las mejores Constituciones que cabría idear hoy en día de forma coherente con las circunstancias del momento

---

<sup>105</sup> La propia Constitución mexicana de 1917, en su artículo 39 establece: “La soberanía nacional reside esencial y originariamente en el pueblo. Todo poder público dimana del pueblo y se instituye para beneficio de éste. El pueblo tiene en todo tiempo el inalienable derecho de alterar o modificar la forma de su gobierno”.

actual pueden quedar muy lejos de la excelencia que puede brindar el transcurso de unos años”.<sup>106</sup>

No hay que olvidar que la Constitución es una obra humana y como tal no es infalible ni perfecta, por tanto, la obra del poder constituyente, por más que se pretenda erigir como imperecedera e inmóvil en su texto, siempre llegará el tiempo en que ya no sea útil a la sociedad que regula; es por eso que se hace conveniente el establecimiento de un proceso formal que asegure la transformación y actualización del texto constitucional.

Ramón Salas, a propósito de la Constitución de Cádiz, que en su artículo 375 establecía que no podía ser modificada en un plazo de ocho años, contados a partir de la entrada en vigor de la misma, dijo:

“Como los hombres no son infalibles ni sus obras perfectas, siempre, si es posible, debe reservarse un medio para corregirlas; y me parece que no es muy conforme a esta máxima de prudencia el artículo 375... porque creo que esta disposición, cuyo objeto laudable, es sin duda dar a la Ley Fundamental el carácter de estabilidad que debe tener, hace imposible, por lo menos en un siglo, la corrección de cualquiera defecto que la experiencia y el tiempo puedan hacer ver en nuestra Constitución, que, al fin, como obra de hombre, no es absolutamente perfecta”.<sup>107</sup>

Por otra parte, algunos constitucionalistas, identifican a Constituciones con una rigidez “débil” y otras con rigidez “fuerte”<sup>108</sup>. En la primera categoría se ubican las Constituciones en cuya reforma interviene un órgano legislativo distinto del ordinario, o bien el propio poder legislativo constituido, pero con un procedimiento complejo de reforma.<sup>109</sup> En cambio, las Constituciones con rigidez fuerte integran a su proceso de reforma la participación popular del Estado -la figura más común en tal caso, es el referéndum-, controlada por vía jurisdiccional para evitar que la

---

<sup>106</sup> TH. PAINE. Derechos del Hombre. (1791). Citado por Luis Prieto Sanchís. Ob. Cit. p. 140

<sup>107</sup> Citado por Miguel Carbonell, Teoría de la Constitución ensayos escogidos. Ob. Cit. p. 384

<sup>108</sup> Cfr. CARBONELL, Miguel. En La Constitución pendiente. Ob. Cit. p 31.

<sup>109</sup> La Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos, en su artículo 135, establece la integración del poder reformador de la Constitución, el cual se integra por el Poder Legislativo Federal ordinario, quienes deben aprobar las reformas constitucionales con el voto de las dos terceras partes de los presentes en la sesión y por otra parte la aprobación del cincuenta por ciento mas uno de las legislaturas de las entidades federativas

reforma se dé en contraposición al procedimiento señalado por la propia Constitución.

En suma, la rigidez constitucional es una garantía necesaria para preservar la vigencia de la ley fundamental, siempre y cuando garantice la posibilidad de actualizar en cualquier momento el ordenamiento constitucional para adaptarlo a las exigencias de las nuevas generaciones.

### **1.5.3. La inviolabilidad constitucional**

La inviolabilidad constitucional, desde el punto de vista estrictamente jurídico, significa que la Constitución no puede ser violada o infringida;<sup>110</sup> este principio aparece como un respaldo más a los principios de supremacía y rigidez constitucional.

Al constituyente no le bastó declarar la jerarquía superior de la Constitución y establecer un procedimiento rígido de reforma; quiso, además, asegurar que la Ley Fundamental no pueda ser violada o desconocida de su vigencia; al respecto, Burgoa señala:

“Se afirma que la Constitución es “inviolable” porque solo puede ser quebrantada, desconocida o remplazada mediante el ejercicio de dicho poder, cuyo titular es el pueblo, toda vez que no es sino el aspecto teleológico de su soberanía. “*Inviolabilidad*”, por ende, significa la imposibilidad jurídica de que la Constitución sea desconocida, cambiada o sustituida por fuerzas que no emanen del poder constituyente o por grupos o personas que no expresen la voluntad mayoritaria del pueblo”.<sup>111</sup>

El artículo 136 de la Constitución mexicana consagra el principio de inviolabilidad, mediante la siguiente expresión normativa:

“Esta Constitución no perderá su fuerza y vigor, aun cuando por alguna rebelión se interrumpa su observancia. En caso de que por cualquier trastorno público se establezca un gobierno contrario a los principios que ella sanciona, tan luego como el pueblo recobre

---

<sup>110</sup> SÁNCHEZ BRINGAS, Enrique. Ob. Cit. p. 195

<sup>111</sup> BURGOA ORIHUELA, Ignacio. Derecho constitucional mexicano, 9ª ed. Porrúa, México 1994. p. 386



su libertad, se restablecerá su observancia, y con arreglo a ella y a las leyes que en su virtud se hubieren expedido, serán juzgados, así los que hubieren figurado en el gobierno emanado de la rebelión, como los que hubieren cooperado a ésta”.

Respecto de este precepto se ha escrito mucho en el derecho mexicano; Tena Ramírez, por ejemplo, sostiene que el pueblo no tiene derecho, en ningún momento, a la revolución violenta para modificar o alterar el texto constitucional; incluso cualquier otro medio pacífico que no se ajuste al procedimiento previsto en el artículo 135 constitucional no es válido para reformar la ley fundamental. El derecho a la revolución puede tener, en algunos casos, una fundamentación moral, nunca jurídica.<sup>112</sup> Sin embargo ninguna ley fundamental, ni siquiera el contrato social, puede limitar el poder del pueblo.<sup>113</sup> Pero el cambio o transformación de la Constitución es posible por conducto de los propios procedimientos previstos en el ordenamiento fundamental, los cuales permiten a la voluntad popular, como depositaria de la soberanía, alterar o reformar la norma constitucional sin que ésta pierda su fuerza y vigencia en los términos del principio de inviolabilidad.

En tal caso, el propio artículo 39, en relación al 135 de la Constitución mexicana, prevé esa posibilidad jurídica, al establecer procedimientos, por los cuales puede arribarse a la modificación constitucional, sin necesidad de llegar a la vía violenta para adecuar la ley suprema a la voluntad popular.

Asimismo, el principio de inviolabilidad requiere de instrumentos de control que sancionen cualquier incumplimiento, violación o alteración del ordenamiento fundamental, para evitar que la Constitución pierda vigencia. Además de los instrumentos de control para evitar la violación constitucional, en un régimen de reparto adecuado de competencias del poder público, el mejor control se ejerce por los propios órganos del poder, pues si una autoridad intenta violar la Constitución, o rebasar su ámbito de competencias, seguramente entrará en conflicto con otra autoridad, que inmediatamente tendría facultad para oponerse a la primera.

---

<sup>112</sup> TENA RAMÍREZ, Ob. Cit p. 66

<sup>113</sup> PRIETO SANCHÍS, Luis. Ob. Cit. p. 142

## II. JUSTICIA CONSTITUCIONAL

### *Enfoque Conceptual*

**SUMARIO:** 2.1. Consideraciones preliminares. 2.2 ¿Qué es la justicia, control, defensa o jurisdicción constitucional? Justicia, control, defensa o jurisdicción constitucional. Precisión conceptual. 2.2.1. Naturaleza jurídica de la justicia, control, defensa o jurisdicción constitucional. 2.3. Justicia, control, defensa o jurisdicción constitucional ¿para qué?. 2.4. Como se protege la Constitución. 2.4.1. Formas de control constitucional. 2.4.1.1. Formas políticas. 2.4.1.2. Formas jurisdiccionales. 2.4.2 Los dos modelos clásicos de control constitucional. 2.4.2.1. Modelo estadounidense judicial review. 2.4.2.2. Modelo europeo o concentrado de control de la constitucionalidad. 2.4.2.3. El control mixto de la constitucionalidad. El fin de la polaridad.

### **2.1. Consideraciones preliminares**

El presente capítulo tiene por objeto presentar un enfoque conceptual de la justicia constitucional como instrumento de estudio del derecho procesal constitucional. Se plantean tres interrogantes centrales que se pretenden responder con base en el conocimiento doctrinal de lo que se ha dado en llamar justicia constitucional.

Una primera interrogante es: ¿Qué es eso que la doctrina ha denominado justicia, control, defensa o jurisdicción constitucional? conceptos diversos de gran arraigo en la doctrina, los cuales han logrado una utilización indistinta para referirse a los instrumentos de protección de la Constitución.

La segunda pregunta se plantea de la forma siguiente: ¿Para qué sirve la justicia, control, defensa o jurisdicción constitucional? El tercer cuestionamiento se formula así: ¿Cómo se protege la Constitución?

## 2.2. ¿Qué es la justicia, control, defensa o jurisdicción constitucional?

### Justicia, control, defensa o jurisdicción constitucional. Precisión conceptual

Para responder a esta interrogante es necesario identificar el contenido semántico de cada uno de los vocablos para determinar si existe algún punto de confluencia que los relacione entre sí.<sup>114</sup>

El *control* está definido por el Diccionario de la Real Academia Española como: comprobación, inspección, fiscalización, intervención. || Dominio, mando, preponderancia.<sup>115</sup>

Por *defensa*, el mismo libro lo define como: Acción y efecto de defender o defenderse. || Amparo, protección, socorro.<sup>116</sup>

En cuanto al concepto de *justicia*, en su más pura concepción gramatical la Academia la define como: una de las cuatro virtudes cardinales, que inclina a dar a cada uno lo que le corresponde o pertenece. || Derecho, razón, equidad. || Aquello que debe hacerse según derecho o razón<sup>117</sup>.

Por su parte, el concepto jurisdicción, desde el punto semántico Poder o autoridad que tiene alguien para gobernar. || Poder que tienen los jueces y tribunales para juzgar y hacer ejecutar lo juzgado. || Territorio en que un juez ejerce sus facultades de tal. || Autoridad, poder o dominio sobre otro.<sup>118</sup>

Como se advierte de los cuatro conceptos enunciados, la definición literal en cada uno es distinta, pero se puede encontrar un punto de congruencia entre ellos; tal vez ésa es la razón por la que la doctrina constitucional los ha matizado de tal forma como si fuesen sinónimos. La congruencia conceptual de los vocablos radica en que todos, de una u otra forma, expresan, dan la idea de que la Constitución está protegida, de algún modo, blindada por una serie de

---

<sup>114</sup> Sobre el particular, véase a GARCÍA BELAUNDE, Domingo y ESPINOSA-SALDAÑA BARRERA, Eloy en Encuesta sobre derecho procesal constitucional. Porrúa. México 2006.

<sup>115</sup> Microsoft® Encarta® 2006. © 1993-2005 Microsoft Corporation. Reservados todos los derechos.

<sup>116</sup> Id.

<sup>117</sup> Id

<sup>118</sup> Id

instrumentos que aseguran su vigencia y carácter supremo. De tal forma, cuando una parte de la doctrina utiliza el concepto “control constitucional”, está referido el concepto como fiscalización o preponderancia de la Constitución.

Cuando se utiliza la expresión “justicia constitucional”, se pretende asegurar la equidad, razón o actuación conforme al derecho; que deriva de la propia Constitución como norma superior del ordenamiento jurídico. En cambio, al usar “defensa constitucional”, también se infiere una idea de protección, de salvaguarda del texto constitucional. Y, por último, “jurisdicción constitucional” de acuerdo con el concepto gramatical, de la misma forma que las anteriores, se refiere a poder de mando para garantizar el orden, el cual referido al ámbito constitucional, no es otra cosa que el poder de la Constitución para prevalecer por encima de todo el orden jurídico del Estado.

En suma, el punto de encuentro entre los cuatro vocablos, es la idea de protección, seguridad y garantía de la Constitución, como norma suprema del sistema normativo del Estado. Seguramente estos elementos son los que han allanado el camino para que en el plano doctrinal se acepten como sinónimas las cuatro expresiones. Y usar un término u otro no tiene mayor relevancia, si son considerados como sinónimos.

Hecha la aclaración terminológica, sin pretender ahondar en más detalles sobre el indiscriminado uso conceptual de las expresiones anteriores, lo importante es responder la interrogante presentada en este apartado<sup>119</sup>: ¿Qué es?

Domingo García Belaúnde afirma que “la jurisdicción constitucional, tal como la conocemos hoy se remonta en realidad a principios del siglo XVII, cuando el célebre juez Edward Coke, en el caso del doctor Thomas Bonham<sup>120</sup> (1610), afirmó que el derecho natural estaba por encima de las prerrogativas del Rey, sentando así las bases de lo que posteriormente fue el control constitucional de

---

<sup>119</sup> Para los efectos de este trabajo, se usará indistintamente los conceptos control, justicia, defensa o jurisdicción constitucional.

<sup>120</sup> Ver CORWIN, Edward S. The higher law background of American Constitutional Law. Cornell University Press. 1955

las leyes por parte de los jueces”.<sup>121</sup> Tal vez el antecedente más conocido de la doctrina sobre la justicia constitucional, se visualiza en la famosa sentencia del juez Marshall, dictada en el caso *Marbury vs. Madison*<sup>122</sup>; cuya tesis ha adquirido una relevancia universal por dar a la Constitución un carácter supremo y atribuir a los jueces la facultad protectora de tal supremacía.<sup>123</sup>

Sin embargo, la era moderna del control constitucional y, por ende, la de mayor auge en la actualidad, aparece en las primeras dos décadas del siglo XX, al crearse en Austria el primer Tribunal Constitucional, encargado de velar por la supremacía constitucional, fenómeno que arrecia su constante tras la segunda guerra mundial.

Doctrinalmente hablando, el tema de justicia constitucional aparece con cierta importancia al publicarse dos obras significativas en la materia que centraron el debate en este tema: la tesis de Schmitt y la opuesta de Kelsen.<sup>124</sup>

A propósito de esta famosa polémica, Fix Zamudio ha expresado lo siguiente:

“Como fecha de inicio de la revisión más rigurosa de los instrumentos de efectividad de las disposiciones constitucionales podemos señalar la de la famosa polémica entre dos destacados juristas. Por una parte, la aparición del clásico libro de Carl Schmitt (*Der Hüter der Verfassung*, literalmente, El protector de la Constitución), cuya primera edición se publicó en Alemania en 1931, y que fue traducido al español en el mismo año por Manuel Sánchez Sarto con el título *La defensa de la Constitución*. Por la otra, la publicación de la réplica a esta obra por el ilustre fundador de la escuela de Viena, Hans Kelsen, con el título *Wer soll der Hüter der Verfassung sein? (¿Quién debe ser el protector de la Constitución?)*”<sup>125</sup>

Ambas tesis son punto de partida y referencia obligada para el estudio de la justicia constitucional hoy día, dada la relevancia de sus propuestas en cuanto a

---

<sup>121</sup> En FERRER MAC-GREGOR, Eduardo. Derecho Procesal Constitucional Tomo I. Porrúa, México 2002, pág. 199.

<sup>122</sup> Véase CIENFUEGOS SALGADO, David. Compilador *Marbury contra Madison. Una decisión histórica para la justicia constitucional* Editora Laguna, México 2005.

<sup>123</sup> Con esta histórica sentencia nace a la luz del constitucionalismo moderno un sistema de control constitucional que la doctrina le ha llamado sistema americano denominado “*judicial review*” y que más adelante se tratará con mayor detalle.

<sup>124</sup> Sobre las tesis de cada uno de éstos se abordará páginas mas adelante.

<sup>125</sup> FIX-ZAMUDIO, Héctor. Estudio de la Defensa de la Constitución en el ordenamiento jurídico mexicano Porrúa, México 2005. pág. 5

cuál debe ser el órgano que defienda la supremacía constitucional. Corresponde ahora revisar lo que la doctrina ha dicho acerca de la definición de la justicia constitucional.

Rubio Llorente utiliza la expresión jurisdicción constitucional definiéndola como “aquella que enjuicia toda la actividad del poder desde el punto de vista de la Constitución; la que tiene como función asegurar la constitucionalidad del poder”<sup>126</sup>

Por su parte, Gustavo Zagrebelsky se refiere al tema como justicia constitucional, “la cual está formada de hecho por los procedimientos de aplicación de la Constitución para la resolución de los casos controvertidos, aunque no sólo es esto. También, comprende la teoría de la Constitución como norma sustancial. Es más, la justicia constitucional debe ser concebida no como una suma de estos dos elementos, sino como una unión, ya que cada concepción de la Constitución lleva consigo una concepción del procedimiento, como toda concepción del procedimiento, lleva consigo una concepción de Constitución”<sup>127</sup>

Fix Zamudio utiliza, en cambio, el concepto defensa constitucional y afirma que “está integrada por todos aquellos instrumentos jurídicos y procesales que se han establecido tanto para conservar la normatividad constitucional como para prevenir su violación, reprimir su desconocimiento y, lo que es más importante, lograr el desarrollo y la evolución de las propias disposiciones constitucionales en un doble sentido: desde el punto de vista de la Constitución formal, a fin de lograr su paulatina adaptación a los cambios de la realidad político-social, y desde la perspectiva de la Constitución real, su transformación de acuerdo con las normas programáticas de la propia carta fundamental”.<sup>128</sup> Por su parte Arminda Balbuena, utilizando de forma indistinta los vocablos justicia, control o jurisdicción constitucional, la define “como todo procedimiento jurisdiccional destinado a garantizar la supremacía de la Constitución, bien que sea realizado por el Poder

---

<sup>126</sup> RUBIO LLORENTE, Francisco y, JIMÉNEZ CAMPO, Javier Estudios sobre jurisdicción constitucional Mc Graw-Hill, Ciencias Jurídicas, Madrid, 1998. pág. 156.

<sup>127</sup> ZAGREBELSKY, Gustavo. ¿Derecho procesal constitucional? Y otros ensayos de justicia constitucional. Ed. FUNDAp. México, 2004. pág. 17

<sup>128</sup> FIX-ZAMUDIO, Ob. Cit. pág. 10

Judicial en el contexto de su función ordinaria de administración de justicia, o bien por un órgano especializado”.<sup>129</sup>

En otro sentido, Humberto Nogueira Alcalá<sup>130</sup>, tratando de encontrar diferencias entre justicia constitucional y jurisdicción constitucional, formula una serie de argumentaciones buscando diferenciar ambos conceptos. En el primer caso, sostiene que la expresión justicia constitucional alude a dos ideas fundamentales: la primera es en sentido amplio, para referirse a la función desempeñada por el juez ordinario, el órgano legislativo, un órgano especial u otro consistente en confrontar la norma constitucional con otra norma jurídica, determinando un juicio de conformidad o disconformidad de la última norma en relación a la carta fundamental. En sentido estricto, el vocablo justicia constitucional, alude a la actividad desarrollada por un órgano jurisdiccional que actúa como tercero imparcial, confrontando normas jurídicas y actos con la Constitución en sentido formal y material, determinando la posible inconstitucionalidad de dichas normas o actos, así como su inaplicabilidad, anulación o nulidad. En cambio, la jurisdicción constitucional es una forma de justicia constitucional ejercida con la finalidad específica de actuar el derecho de la Constitución como tal, por medio de procedimientos y órganos especializados. Por ende, la jurisdicción constitucional tiene como meta la defensa de la Constitución por medio de una técnica jurídica que desarrolla un juicio lógico de conformidad y resuelve juridificando los conflictos.

Volviendo a la interrogante de que se ocupa el presente apartado, se afirma que la justicia, control, defensa o jurisdicción constitucional son todos los instrumentos jurídicos, de naturaleza jurisdiccional, políticos o de cualquier índole que garantizan la supremacía constitucional, por conducto de los órganos públicos, a los que la propia Constitución ha encomendado su protección.

De lo anterior se desprenden tres elementos:

---

<sup>129</sup> BALBUENA CISNEROS, Arminda. Suprema Corte de Justicia de la Nación y jurisdicción constitucional en México, Universidad de Guanajuato, México 2005. pág. 30

<sup>130</sup> Cfr. NOGUEIRA ALCALÁ, Humberto. La jurisdicción constitucional y los tribunales constitucionales en Sudamérica en la alborada del siglo XXI. Porrúa México 2004. págs. 4 a 6

1. Los instrumentos de control, son todos aquéllos procedimientos, jurisdiccionales, políticos o de cualquier naturaleza que actúan como forma o proceso para denunciar, investigar o sancionar, en su caso; que trae como consecuencia la anulación de un acto u omisión contrario a la Constitución.
2. Por medio de estos instrumentos se asegura la supremacía constitucional, entendida ésta como el elemento fundamental que garantiza un orden jerárquico del sistema normativo del Estado donde la Constitución se erige como la norma que da orden y validez a todo cuanto se refiere a las normas jurídicas dentro de un Estado constitucional.<sup>131</sup>
3. Por último, los instrumentos de protección constitucional son aplicados por los órganos públicos a los cuales la propia Constitución ha encomendado su aplicación. Éstos pueden ser jueces integrados a la estructura del Poder Judicial, o jueces constitucionales autónomos, fuera del órgano jurisdiccional. O bien, órganos de naturaleza política, tal como lo concibió el propio Schmitt en su tesis de la defensa de la Constitución; como puede ser el órgano legislativo o el titular del Poder Ejecutivo. El modelo de quien ejerce el control de la Constitución lo determina la propia norma constitucional.

### **2.2.1. Naturaleza jurídica de la justicia, control, defensa o jurisdicción constitucional**

Los instrumentos de control constitucional, como lo ha referido Mauro Cappelletti, “se han convertido en un fenómeno de alcance universal... este grandioso fenómeno no sólo útil, sino más aún, necesario si se quiere lograr el equilibrio de los poderes estatales y una eficaz salvaguardia de las libertades

---

<sup>131</sup> Respecto del concepto de supremacía constitucional véase el capítulo anterior.



públicas fundamentales”.<sup>132</sup> El control de la supremacía constitucional, supone una noción clara de Constitución; la cual “es siempre el fundamento del Estado, la base del orden jurídico que pretende conocerse, la Constitución es en suma, el asiento fundamental del orden estatal”<sup>133</sup>. Kelsen sostiene que de “esta noción deriva la idea de asegurarle a la Constitución la mayor estabilidad posible, de diferenciar las normas constitucionales de las normas legales, sometiendo la revisión de aquéllas a un procedimiento especial que contiene condiciones más difíciles de reunir”.<sup>134</sup>

Si los instrumentos de control de la supremacía constitucional describen el conjunto de procedimientos, tendientes a asegurar la vigencia constitucional, entonces la naturaleza jurídica de tales instrumentos es de carácter procesal, independientemente que se trate de procedimientos jurisdiccionales o de carácter político. La mayor estabilidad posible de la Constitución, como lo sostiene Kelsen, sólo se hace efectiva si la propia Constitución establece un conjunto de procedimientos que puedan activarse en el momento de ser amenazada la vigencia constitucional. La naturaleza procesal de los instrumentos de control constitucional no tiene nada que ver con la polémica schmitiana o kelseniana sobre quién debe ser el protector de la Constitución; lo que aquí interesa es la naturaleza jurídica de tales instrumentos; es decir, la forma en que éstos se accionan para asegurar la primacía constitucional. Y esa manera de accionar los instrumentos de control sólo se da mediante el ejercicio de una acción procesal que activa al órgano público designado por la Constitución para resolver la controversia en la cual se denuncie una posible violación a la norma constitucional.

---

<sup>132</sup> CAPPELLETTI, Mauro Necesidad y legitimidad de la Justicia Constitucional, en Favoreu L. y otros Tribunales Constitucionales Europeos y Derechos Fundamentales Centro de Estudios Constitucionales. Madrid 1984, pág. 603.

<sup>133</sup> KELSEN, Hans. La Garantía jurisdiccional de la Constitución trad. Rolando Tamayo Salmorán. UNAM, México 2001, pág. 21.

<sup>134</sup> Id.

### 2.3. Justicia, control, defensa o jurisdicción constitucional ¿para qué?

La segunda interrogante es ¿para qué sirve la justicia constitucional, que protege, qué intereses tutela?.

Los instrumentos de control constitucional tienen un objeto muy preciso e indudable: preservar la vigencia de la ley fundamental, unida con otro principio rector de la Constitución: la rigidez constitucional.

En el Estado constitucional, la supremacía constituye el elemento fundamental de la Constitución. Ya que resulta indispensable para que exista el Estado democrático; por conducto de la Constitución se establecen los principios fundamentales en los que se expresa jurídicamente el equilibrio de fuerzas políticas en un momento determinado; es la norma que regula la elaboración de las leyes, de las normas generales en ejecución de las cuales se ejerce la actividad de los órganos estatales, tribunales y autoridades administrativas.

La Constitución es la base fundamental de las normas jurídicas que regulan la conducta recíproca de los miembros de la colectividad estatal, así como aquellas que determinan los órganos necesarios para aplicarlas e imponerlas y la forma como estos órganos habrán de proceder; en suma, la Constitución es el asiento del orden estatal.<sup>135</sup>

Dada la importancia que para el Estado tiene la norma constitucional, resulta imprescindible asegurar su vigencia, colocándola incólume en el vértice de la pirámide para evitar su transgresión; la supremacía tiene, precisamente, ese efecto: poner en lo más alto del orden jurídico a la norma en la que se funda el Estado. “Que la Constitución es una norma suprema significa sólo, y no es poco, que la Constitución no puede ser violada por los poderes públicos”.<sup>136</sup> Pero la violación no sólo puede provenir del poder público, sino también de los entes particulares, y frente a ambos deben existir mecanismos constitucionales, prestos a frenar o sancionar la violación. “La supremacía de la Constitución no tendría ninguna aplicación real si no existieran garantías que la efectivicen frente a los

---

<sup>135</sup> Id.

<sup>136</sup> PRIETO SANCHÍS, Luis. en Justicia Constitucional y derechos fundamentales. Ob. Cit. pág. 149

conflictos constitucionales que se producen al interior de cada sociedad política”<sup>137</sup>.

El principio de supremacía constitucional aparece consagrado en la Constitución de Estados Unidos de 1787, en su artículo 6, cláusula segunda; sin embargo este modelo no consagró de forma expresa el mecanismo para garantizar dicho principio. El problema fue resuelto mediante una interpretación judicial: *el judicial review*, en la clásica sentencia dictada por el Juez Marshall, al resolver la famosa controversia Marbury vs. Madison; en tan sonado litigio Marshall argumentó, referente a la supremacía constitucional, lo siguiente<sup>138</sup>:

“Entre estas alternativas no hay término medio. O bien la Constitución es una ley superior inmodificable por medios ordinarios, o bien queda al nivel de las demás leyes del Congreso y como tales, puede ser alterada según el Legislativo quiera alterarla.

Si el primer extremo de la alternativa es la verdad, entonces un acto legislativo contrario a la Constitución, no es una ley; si el segundo extremo de la alternativa es el verdadero, entonces las Constituciones escritas son intentos absurdos por parte del pueblo, para limitar un poder que por su propia naturaleza es ilimitable. Ciertamente que todos aquellos que han elaborado Constituciones escritas las consideran como la ley fundamental y suprema de la nación y, en consecuencia, la teoría de todo gobierno de esa naturaleza, tiene que ser que una ley del Congreso que repugnara a la Constitución, debe considerarse inexistente. Esta teoría, por su esencia misma, va imbíbida en una Constitución escrita y, en consecuencia, este Tribunal tiene que considerarla como uno de los principios fundamentales de nuestra sociedad...

Si una ley del Legislativo, contraria a la Constitución, es nula, a pesar de dicha nulidad ¿puede obligar a los tribunales a obedecerla y a ponerla en vigor? O, en otras palabras, a pesar de que no es una ley ¿constituye una regla que tiene los mismos efectos que su fuera ley?...

Indudablemente, es de la competencia y del deber del Poder Judicial el declarar cuál es la ley... Si una ley se opone a la Constitución; si tanto la ley como la Constitución pueden aplicarse a determinado caso, en forma que el tribunal tiene que decidir ese caso, ya sea conforme a la ley y sin tomar en cuenta la Constitución, o conforme a la Constitución, haciendo a un lado la ley, el tribunal tiene que determinar cuál de estas reglas en conflicto rige el caso. Esta es la verdadera esencia del deber judicial.

---

<sup>137</sup> NOGUEIRA ALCALÁ. Ob. Cit. pág. 9

<sup>138</sup> Se transcribe solo la parte conducente de la sentencia.

... los tribunales deben tomar en cuenta la Constitución y la Constitución es superior a toda ley ordinaria del Legislativo, luego entonces, la Constitución y no tal ley ordinaria, tiene que regir en aquellos casos en que ambas sería aplicables”.<sup>139</sup>

En efecto, el precedente estadounidense dio la pauta para el nacimiento del control difuso de la constitucionalidad del que se hablará mas adelante. Como se advierte, aun cuando de forma expresa la Constitución de Estados Unidos no estableció el procedimiento formal para garantizar el principio de supremacía constitucional el Poder Judicial asumió tal defensa en ejercicio de la facultad de interpretación constitucional.

“De esta noción deriva la idea de asegurarle a la Constitución la mayor estabilidad posible, de diferenciar las normas constitucionales de las normas legales, sometiendo la revisión de aquéllas a un procedimiento especial que contiene condiciones más difíciles de reunir”.<sup>140</sup> Por ello el principio de supremacía va íntimamente ligado a otro más: la rigidez constitucional.

Este principio infiere la necesidad de diferenciar claramente los preceptos constitucionales de los legales; tal diferenciación es relativa a que la reforma de los preceptos legales debe darse mediante procesos y órganos públicos distintos a los encargados de realizar las reformas constitucionales. El legislador ordinario carece de facultades para derogar o abrogar la Constitución mediante la emisión de leyes secundarias. La rigidez es consecuencia de la supremacía, “en virtud de que si las normas constitucionales se expiden o se modifican de la misma forma que las ordinarias, se menoscaba el principio de supremacía”.<sup>141</sup> En consecuencia, “no hay supremacía sin rigidez, afirma Bayón”<sup>142</sup>. De esta forma, la rigidez como principio protector de la Constitución, desprende la idea de que ésta no puede ser modificada por un procedimiento ordinario, pues su carácter supremo requiere de un procedimiento distinto, más complejo que el utilizado para reformar la legislación ordinaria.

---

<sup>139</sup> CIENFUEGOS, David. Ob. Cit, pág. 24

<sup>140</sup> KELSEN, Hans. En La garantía jurisdiccional de la Constitución Ob. Cit. pág. 22

<sup>141</sup> FIX ZAMUDIO. Ob. Cit. pág. 50

<sup>142</sup> Citado por Luis Prieto Sanchís, ob. Cit. pág. 150.

Precisamente, es para asegurar el respeto a la supremacía y rigidez constitucional que existen instrumentos de control. Sólo de esta forma la Constitución se garantiza a sí misma que permanecerá vigente, por encima de los actos violatorios de la autoridad, y si éstos llegasen a ocurrir se accionarán tales instrumentos, cual si fuesen fusiles arteros que frenarán la violación, dejando a salvo la vigencia suprema de la Constitución. Ésa es la misión que la Constitución ha encomendado a la justicia constitucional, para eso sirve el control constitucional: representa el blindaje que para sí se ha construido la norma suprema, como mecanismo de autoprotección.

El interés tutelado por los instrumentos de control constitucional es la supremacía de la Constitución; de esta forma se asegura la preponderancia de los principios democráticos plasmados por las fuerzas políticas del Estado, los fundamentos del orden legal, organización y competencia del poder público; si esto escapa al manto protector de la justicia constitucional, entonces no hay supremacía y, por consiguiente, no tiene sentido que exista la Constitución.

## **2.4. ¿Como se protege la Constitución?**

En nuestros días puede afirmarse de modo inequívoco que el control jurisdiccional de la constitucionalidad de las leyes se ha convertido, como dice Béguin, en *“une pièce classique de l’arsenal constitutionnel”*.<sup>143</sup>

Corresponde el turno a la tercera interrogante planteada al inicio del presente capítulo: cómo se protege la Constitución; por qué medios o formas se preserva la supremacía constitucional y cuáles son los modelos de control que prevalecen en los sistemas constitucionales.

### **2.4.1. Formas de control constitucional**

---

<sup>143</sup> Citado por FERNÁNDEZ SEGADO, Francisco. Estudios jurídico-constitucionales. UNAM, México 2003, pág. 227.

En cuanto a las formas de control o defensa de la Constitución, la práctica constitucional y la doctrina han identificado dos corrientes, en las que se centra el debate en torno de quién debe ser el defensor de la Constitución, debate que ha permanecido hasta estos días luego de la aparición, en los años treinta del siglo XX, de dos importantes estudios publicados sobre el defensor de la Constitución: Carl Schmitt, con la tesis de control político y su oponente doctrinal Kelsen con la defensa jurisdiccional de la Constitución. Posiciones de las que se da cuenta a continuación.

Por otra parte, autores como Néstor Pedro Sagües consideran que esta clasificación de la doctrina es incorrecta; al respecto ha sostenido: “Si un órgano jurisdiccional puede vigilar la constitucionalidad de las normas, está desarrollando una notoria actividad política (en el sentido de tarea de gobierno, de poder moderador o poder de control de los demás poderes). En resumen, las cortes judiciales o los entes jurisdiccionales que actúan como órganos de control constitucional son, también, órganos políticos”.<sup>144</sup>

#### **2.4.1.1. Formas políticas**

Arminda Balbuena<sup>145</sup> sostiene que las formas políticas o modelos políticos de defensa de la Constitución reciben este nombre porque el control constitucional se confía, precisamente, a un órgano político, que puede ser: 1) el Parlamento; 2) un órgano político especial; o 3) un poder neutro (también llamado moderador o armónico). En cuanto al primero, Balbuena, afirma que cuando el Parlamento es el defensor de la Constitución, la sede legislativa se convierte en juez y parte de sus propias decisiones; y tiene su origen en la más pura expresión jacobina.<sup>146</sup>

El control de la constitucionalidad por conducto de un órgano político especial surge en Francia, como una forma de contrarrestar el abuso del Ejecutivo.

---

<sup>144</sup> SAGÜES, Néstor Pedro. Ob. Cit. pág. 442.

<sup>145</sup> BALBUENA CISNEROS, Ob. Cit. pág. 100

<sup>146</sup> La autora sostiene con relación a esa tradición jacobina, que aparece el mito de la Asamblea, como expresión absoluta de la voluntad general, por lo que, consecuentemente, dicha Asamblea debe ser soberana y como tal, resolver ella misma sobre la constitucionalidad de la leyes que dicta, es decir, no puede haber nada por encima del órgano que es representante de la voluntad popular.

Finalmente, el control político depositado en un poder neutro, se refiere a que el control se deposita en un poder neutral, moderador o armónico que interviene como árbitro para resolver los conflictos entre el Parlamento y el gabinete. Ese poder generalmente se deposita en el rey, monarca o titular del Poder Ejecutivo, los cuales son, según dice la doctrina para justificar este modelo, los depositarios de la soberanía.

Pedro de Vega, sostiene al respecto que “la gran polémica sobre el titular último de la soberanía, monarca o pueblo, la resuelve así el pensamiento liberal doctrinario convirtiendo al monarca, en cuanto poder neutral, en guardián de la Constitución y reservando al pueblo su irrenunciable derecho de sujeto soberano”<sup>147</sup>. En este modelo sustenta Schmitt la tesis del control político del Reich.

En el modelo político se excluye un control judicial de la constitucionalidad; la tesis surgió en Francia, al establecerse en ese país el sistema de control político de las leyes.<sup>148</sup> “La historia constitucional francesa muestra, como destaca Trujillo, una arraigada tradición “*antijudicialista*” que llega hasta nuestros días a pesar de las simpatías con que ha contado en los últimos lustros, en un caracterizado sector doctrinal, la revisión judicial, y no obstante también el influjo generalizado de la versión “*racionalizada*” de este control significada por los modernos tribunales constitucionales, iniciados por el constitucionalismo democrático europeo de entreguerras”.<sup>149</sup> Por consiguiente, la garantía de la Constitución, mediante un órgano político especial nace y se desarrolla en las Constituciones francesas, como consecuencia, sobre todo, del pensamiento de Sieyès.<sup>150</sup>

Mauro Cappelletti<sup>151</sup> identifica tres razones para justificar el control político instaurado en el modelo francés:

- a) Razones históricas, provenientes de subsumir en la confianza sin límites en la voluntad general y el extremado recelo frente a los jueces, fruto este

---

<sup>147</sup> Citado por BALBUENA, Arminda. Ob. Cit. pág. 106

<sup>148</sup> Cfr. FERNÁNDEZ SEGADO, Francisco, ob. Cit. pág. 249

<sup>149</sup> Id

<sup>150</sup> Cfr. BALBUENA, Arminda. Ob. Cit. pág. 101

<sup>151</sup> Citado por FERNÁNDEZ SEGADO, Francisco, ob. Cit. pág. 249

último del recuerdo permanente de las graves interferencias que antes de la Revolución los jueces perpetraron frente a los restantes poderes de un modo verdaderamente arbitrario.

- b) Razones ideológicas. Basta pensar en Montesquieu y su doctrina de la división de poderes, que en su más rígida formulación se consideró de todo punto inconciliable con la posibilidad de interferencia de los jueces en la esfera del Poder Legislativo, visto por lo demás como la manifestación directa de la soberanía popular. Por otra parte, el carácter democrático-radical y asambleísta impreso en las instituciones del periodo revolucionario casa mal con el control judicial.
- c) Razones prácticas. Es un hecho que las instituciones jurídicas tienden a adecuarse a las exigencias mutables de la vida práctica, tal vez con un cierto desfase temporal, de excesivo anticipo o de mucho retraso respecto al desenvolvimiento de las circunstancias. Y la exigencia práctica que prevalece, sentida en la historia francesa de más de un siglo y medio a esta parte, ha sido la de asegurar, especialmente por medio del Consejo de Estado, una tutela contra la ilegalidad y los abusos del Poder Ejecutivo más que contra los excesos del Legislativo.

Luego de estos antecedentes franceses de control político de la constitucionalidad, tiene auge en la doctrina una justificación teórica de garantizar la supremacía de la Constitución; ello se da a raíz de la publicación en Alemania, en 1931, de la obra de Carl Schmitt *Der Hüter der Verfassung*, traducida al español con el título *La Defensa de la Constitución*.<sup>152</sup>

En la obra, Schmitt plantea la tesis del control político de la Constitución alemana, encomendada al Presidente del *Reich*, pues para él ningún tribunal de justicia puede ser el guardián de la Constitución.

---

<sup>152</sup> SCHMITT, Carl. La defensa de la Constitución. Trad. Manuel Sánchez Sarto. 2ª ed. Colección de Ciencias Políticas. Editorial Tecnos. Madrid 1998.



A continuación se apuntarán algunas ideas argumentadas por Schmitt respecto del control político de la Constitución<sup>153</sup>.

El jurista alemán sostiene que la protección judicial de la Constitución no es más que un sector de las instituciones de defensa y garantías instituidas con tal objeto, pero revelaría una superficialidad notoria el hecho de olvidar la limitación extrema que todo lo judicial tiene, y que por encima de esta protección judicial existen muchas clases y métodos de garantizar la Constitución.<sup>154</sup>

Atribuye, la garantía judicial de la Constitución al modelo estadounidense, y recalca: “en términos fundamentales puede decirse que el derecho de control judicial, por sí solo, únicamente en un Estado judicialista que someta la vida pública entera al control de los tribunales ordinarios puede servir de base a un protector de la Constitución, cuando por la Constitución se entiendan preferentemente los derechos fundamentales cívico-políticos, la libertad personal y la libertad privada que han de ser protegidos por los tribunales ordinarios contra el Estado, es decir, contra la legislación, contra el Gobierno y contra los organismos administrativos”.<sup>155</sup>

Y enfatiza “no es exacto decir que el juez que pronuncia el fallo ha negado validez a la ley que dejó de aplicarse; con mayor exactitud pudiera decirse que se trata de una no aplicación de la ley al proceso concreto objeto del fallo, que para las decisiones de otras instancias produce un efecto de precedencia más o menos calculable. Ante todo la justicia queda sujeta a la ley, pero por el hecho de situar la sujeción a la ley constitucional por encima de la sujeción de la ley simple, el poder judicial no se convierte en protector de la Constitución. En un Estado que no es un mero Estado judicial, no es posible que la justicia ejerza semejantes funciones... De lo contrario, cada organismo público y, en fin de cuentas, cada ciudadano podría ser considerado como un eventual protector de la Constitución, circunstancia que en algunas Constituciones se expresa cuando confían la defensa de la Constitución al celo de todos los ciudadanos. Ahora bien, de ahí

---

<sup>153</sup> Los argumentos de Schmitt serán presentados en forma literal, por lo que sólo al final de cada párrafo citado se indicará el número de página de la obra ya citada.

<sup>154</sup> SCHMITT, Ob. Cit. Pág. 41

<sup>155</sup> Ibid. 46.

solamente resulta un derecho general a la desobediencia y, en último término, a la resistencia pasiva y hasta activa, lo que también se ha denominado derecho revolucionario en caso de necesidad. Esta es la razón de que en ciertos tratados sistemáticos, el derecho de resistencia aparezca como una extrema garantía de la Constitución, para cuya protección y defensa debe servir. Sin embargo, la función constitucional del protector de la Constitución radica precisamente en suplir y hacer superfluo este general y eventualísimo derecho a la desobediencia y a la resistencia. Solo entonces puede decirse que existe un protector de la Constitución, conforme al espíritu de las instituciones... esta es la razón sistemática que justifica el hecho de que los tribunales no sean considerados como protectores de la Constitución, aún en el caso de que ejerzan el derecho de control judicial, accesorio y difuso. Ciertamente que, por razón de la garantía establecida para la independencia del Poder Judicial, es acaso menos arriesgado para los tribunales negar obediencia a las leyes y mandatos anticonstitucionales”.<sup>156</sup>

Schmitt advierte un riesgo si los jueces asumen el control de la Constitución; ese riesgo tiene que ver con la consecuencia de que no sería la judicialización de la política, sino una politiquización de la justicia.<sup>157</sup>

Entonces, si no es un órgano judicial el protector de la Constitución, ¿quién debe ser el defensor de la norma constitucional?, al respecto Schmitt sostiene lo siguiente: “las divergencias de opinión y diferencias entre los titulares de los derechos políticos de carácter decisivo o influyente no pueden resolverse, generalmente, en forma judicial, salvo en el caso de que se trate de castigar transgresiones manifiestas de la Constitución. Dichas divergencias o bien son zanjadas por un tercero, situado por encima de los litigantes y revestido de un poder político más excelso –y entonces ya no se trata del defensor de la Constitución, sino del soberano del Estado; o bien son dirimidas o resueltas por un organismo que no es superior, sino coordinado, es decir, por un tercero neutral- y entonces nos hallamos ante un poder neutral, un *pouvoir neutre et intermédiaire*, que no se halla situado por encima, sino al mismo nivel de los restantes poderes

---

<sup>156</sup> Ibid. 56

<sup>157</sup> Ibid.. 57

constitucionales, aunque revestido de especiales atribuciones y provisto de ciertas posibilidades de intervención. Si lo que interesa no es un efecto accesorio ejercido por otras actividades políticas, sino, más bien, organizar una institución, una instancia especial que tenga por objeto garantizar el funcionamiento constitucional de los diversos poderes y la Constitución misma, parece oportuno, en un Estado de derecho que diferencia los poderes, no confiar la misión precipitada a uno de los poderes existentes, porque en tal caso podría tener predominio sobre los demás y sustraerse a su vez a todo control, convirtiéndose como consecuencia en árbitro de la Constitución. Por esta causa es necesario estatuir un poder neutral específico junto a los demás poderes, y enlazarlo equilibrarlo con ellos mediante atribuciones especiales”.<sup>158</sup>

Por tanto, el defensor de la Constitución propuesto por Schmitt debe ser independiente y neutral; esas características, en voz del jurista alemán, sólo se reúnen en el Presidente del Reich, quien “se halla en el centro de todo un sistema –construido sobre fundamentos plebiscitarios- de neutralidad e independencia respecto de los partidos políticos. A él está condicionada la ordenación política del actual Reich alemán, en la misma medida en que las tendencias del sistema pluralista dificultan y aun llegan a hacer imposible un normal funcionamiento del Estado legislativo. Antes de instituir un Tribunal para cuestiones y conflictos de alta política, como protector de la Constitución, antes de gravar y poner en peligro la justicia con estas contaminaciones políticas, mejor sería recordar, en primer término, el contenido positivo de la Constitución de Weimar y de su sistema de preceptos. Según el contenido efectivo de la Constitución de Weimar existe ya un protector de la Constitución, a saber: el Presidente del Reich”.<sup>159</sup>

La tesis de Schmitt se funda, entonces, en la voluntad democrática del pueblo como titular exclusivo de la defensa constitucional, que para el caso alemán, la voluntad popular se deposita, de conformidad con la Constitución de Weimar, en el Presidente del Reich, y es éste quien debe asumir la defensa de la Constitución.

---

<sup>158</sup> Ibid. Pág. 214 y 215

<sup>159</sup> Ibid. Pág. 249.

#### 2.4.1.2. Formas jurisdiccionales

Esta forma de protección constitucional se materializa por conducto de los mecanismos de carácter jurisdiccional, es decir, intervienen jueces facultados por la propia Constitución para garantizar la supremacía. La aparición de la forma jurisdiccional de la constitucionalidad se atribuye, en su modalidad autónoma de control al jurista austriaco Hans Kelsen, quien plasmó su tesis en la Constitución de Austria de 1920; claro está que no se desconoce la protección constitucional que los jueces estadounidenses habían declarado mediante una forma, también jurisdiccional de control, pero de carácter difuso, años antes.

La aparición del control jurisdiccional está íntimamente conectado al pensamiento de Kelsen, quien fue el auténtico mentor de la Constitución Federal, participando como miembro del *Verfassungsgerichtshof*.<sup>160</sup> En suma, podría afirmarse que Kelsen es el padre de los tribunales constitucionales autónomos.

La tesis kelseniana del control constitucional en tribunales autónomos quedó plasmada en su obra *La garantía jurisdiccional de la Constitución*, obra que se ha dado en identificar como la tesis opuesta de Schmitt, por considerar que el control de la Constitución no debe recaer en un órgano político, sino en un órgano de naturaleza jurisdiccional.

A continuación se expresarán algunas ideas de Kelsen, recogidas de la obra antes citada.

“ Sería ingenuidad política contar con que el Parlamento anularía una ley votada por él en razón de que otra instancia la hubiera declarado inconstitucional. El órgano legislativo se considera en la realidad como un libre creador del derecho y no como un órgano de aplicación del derecho vinculado a la Constitución, no obstante que lo está, teóricamente, bien que en una medida relativamente reducida. No es pues el Parlamento mismo con quien puede contarse para realizar la subordinación a la Constitución. Es un órgano diferente a él, independiente de él, y por consiguiente, también de cualquier autoridad estatal, al que es necesario

---

<sup>160</sup> Cfr. FERNÁNDEZ SEGADO, Francisco. Ob.cit. pág. 272

encargar la anulación de los actos inconstitucionales –esto es, a una jurisdicción o tribunal constitucional-”.<sup>161</sup>

Ante esta tesis, el propio Kelsen reconoce algunas objeciones que sus opositores le refutan y argumenta: “ A este sistema se dirigen, habitualmente, ciertas objeciones. La primera, es naturalmente, que tal institución sería incompatible con la soberanía del Parlamento; el argumento se desploma sólo por el hecho de que debe reconocerse, que la Constitución regula el procedimiento de legislación exactamente de la misma manera en que la leyes regulan el procedimiento de los tribunales y el de las autoridades administrativas; que la legislación se encuentra subordinada a la Constitución absolutamente de la misma forma en que lo están a la legislación, la jurisdicción y la administración, y, por tanto, que el postulado de la constitucionalidad de las leyes es, teórica como técnicamente, idéntica por completo al postulado de la legalidad de la jurisdicción y de la administración”.<sup>162</sup>

Acerca de la supuesta violación al principio de separación de poderes Kelsen responde: “Cierto que la anulación de un acto legislativo por un órgano distinto al órgano legislativo constituye una invasión al dominio legislativo, como se dice habitualmente. Pero el carácter problemático de esta argumentación aparece si se considera que el órgano al que se confía la anulación de las leyes inconstitucionales, no ejerce, propiamente, una verdadera función jurisdiccional, aún reciba –por la independencia de sus miembros- la organización de tribunal. Por más que pueda distinguirse, la diferencia entre la función jurisdiccional y la función legislativa, consiste, ante todo, en que ésta crea normas jurídicas generales, en tanto que la otra, no crea sino normas individuales”.<sup>163</sup>

La facultad jurisdiccional de control constitucional otorga, a su vez, al tribunal kelseniano, facultades de legislador negativo; es decir, facultades de anulación de leyes dictadas por el órgano legislativo; al respecto, Kelsen sostiene: “Anular una ley equivale a establecer una norma general, puesto que la anulación

---

<sup>161</sup> KELSSEN, Hans. En La garantía jurisdiccional de la Constitución. Ob cit. pág. 52

<sup>162</sup> Ibid, pág. 53

<sup>163</sup> Id.

de una ley tiene el mismo carácter de generalidad que su confección. No siendo, por así decirlo, más que una confección con signo negativo, la anulación de una ley es, entonces, una función legislativa y el tribunal que tiene el poder de anular las leyes es, por consiguiente, un órgano del Poder Legislativo. Podría, por tanto, interpretarse la anulación por un tribunal ya sea, como una repartición del Poder Legislativo entre dos órganos, o bien, como una invasión al Poder Legislativo... Si quiere mantenerse este principio en la República democrática, de entre sus diferentes significaciones, sólo puede ser tomada en cuenta, razonablemente, aquella que, en lugar de separación de poderes, indica una división de los mismos, es decir, indica un reparto del poder entre diferentes órganos, no tanto para aislarlos recíprocamente, sino para permitir un control recíproco de los unos sobre los otros... Entonces, la institución de la jurisdicción constitucional no está, de ninguna manera, en contradicción con el principio de la separación, sino por el contrario, es una afirmación de éste. La cuestión de saber si el órgano llamado a anular las leyes inconstitucionales puede ser un tribunal se encuentra, por tanto fuera de discusión. Su independencia frente al Parlamento como frente al gobierno es un postulado evidente; puesto que son, precisamente, el Parlamento y el gobierno, los que deben estar, en tanto que órganos participantes del procedimiento legislativo, controlados por la jurisdicción constitucional".<sup>164</sup>

Kelsen, propone también ciertas características de la jurisdicción constitucional, que podrán adoptar las Constituciones; la organización de la jurisdicción constitucional deberá modelarse sobre las particularidades de cada Constitución.<sup>165</sup> Las consideraciones propuestas por Kelsen sobre como estructurar una jurisdicción constitucional, se identifican de la forma siguiente:

- I. El número de miembros del tribunal no debe ser muy elevado, considerando que es sobre cuestiones de derecho a lo que está llamada a pronunciarse, la jurisdicción constitucional; es decir la misión es puramente de interpretación de la Constitución.

---

<sup>164</sup> Ibid. págs, 55 y 56

<sup>165</sup> Véase a FERNÁNDEZ SEGADO, Francisco. Ob. Cit. Pág. 277

- II. En cuanto a la forma de elegir a los jueces constitucionales, propone se dé mediante un procedimiento mixto de designación; esto es, el Parlamento elige a propuesta del gobierno, por medio de la presentación de varios candidatos.
- III. El perfil de los jueces constitucionales cobra una gran relevancia para Kelsen, al sugerir que debe reservarse el espacio para juristas de profesión. El tribunal debe estar reforzado con especialistas eminentes.
- IV. Propone también alejar al órgano de control de toda influencia política proveniente del parlamento o del gobierno, puesto que son precisamente sus actos los que deben ser controlados.
- V. Alejar de toda influencia política a la jurisprudencia.

Como se observa, la opción por un órgano *ad hoc* al que se encarga el control de la constitucionalidad de las leyes, convirtiéndose en supremo intérprete de la Constitución, se justifica ya desde antaño por la especificidad de la hermenéutica constitucional, una actividad, como dice Cappelletti, más próxima a la del legislador y a la del hombre de gobierno que a la de los jueces comunes. Y tal circunstancia hace conveniente atribuir tal función a un órgano diferente de los tribunales ordinarios preexistentes.<sup>166</sup>

En suma, la tesis kelseniana de la protección jurisdiccional de la Constitución, se argumenta, considera a los jueces como órganos especializados, doctos en el conocimiento de la Constitución y por consiguiente, capaces de interpretar la norma fundamental.

#### **2.4.2. Los dos modelos clásicos de control constitucional**

Dentro de las formas jurisdiccionales de control constitucional, se han desarrollado dos grandes modelos de defensa constitucional. Rubio Llorente<sup>167</sup> identifica a dos paradigmas que se utilizan para el análisis comparado de los distintos sistemas

---

<sup>166</sup> Ibid pág. 279.

<sup>167</sup> RUBIO LLORENTE, en Estudios sobre jurisdicción constitucional. Ob cit. pág. 159

reales de la jurisdicción constitucional son el estadounidense y el europeo; el de la *judicial review* y el de la *Verfassungsgerichtsbarkeit*.

El primero, como forma de control difuso, en el que la decisión judicial no anula la ley, no la expulsa del ordenamiento; simplemente la inaplica al caso concreto. Frente a él, el modelo europeo de jurisdicción constitucional concentra en un tribunal único, que actúa como legislador negativo. La ley no es juzgada en relación al caso concreto, sino con motivo de él y, en caso de ser considerada contraria a la Constitución, es anulada.

Aun cuando hoy día, la bipolaridad característica de estos dos sistemas ha venido a menos, la relevancia histórica que revisten son punto de referencia para identificar dos formas que aportaron elementos particulares para ejercer el control de la constitucionalidad.

Fernández Segado sostiene que en la actualidad resulta obsoleta la idea de polaridad entre estos modelos y afirma “la virtualidad didáctica de los adjetivos “difuso” y “concentrado” es grande; de ello no cabe la menor duda. Sin embargo, hoy no se puede decir que retraten la realidad de la institución considerada, por lo que su valor explicativo es bastante dudoso”.<sup>168</sup> Incluso apoyado en Cappelletti, Fernández Segado, enfatiza en que más que una dicotomía, existe una convergencia entre ambos modelos, que está a punto de convertirlos en uno solo.

#### **2.4.2.1. Modelo estadounidense *judicial review***

El modelo difuso o estadounidense, también conocido como incidental; aparece en Estados Unidos, como una derivación de una facultad concedida por la propia Constitución a los jueces del Poder Judicial, consistente en desaplicar leyes contrarias a la Constitución. Este modelo tiene su antecedente más importante en la doctrina de Hamilton expresada en la obra *El Federalista*, en 1788, cuando afirmó que ninguna ley contraria a la Constitución puede ser válida. Negar esto

---

<sup>168</sup> FERBÁNDEZ SEGADO, Francisco. La justicia constitucional ante el siglo XXI: la progresiva convergencia de los sistemas americano y europeo-kelseniano. UNAM . México 2004. pág. 27



sería afirmar que el mandatario es superior al mandante.<sup>169</sup> Sin embargo la muestra más palpable de aplicación de esta teoría aparece con la sentencia dictada por el juez Mashall en el caso Marbury vs. Madison, de la que ya se han hecho los comentarios pertinentes.

En el sistema de control difuso corresponde a todos los jueces independientemente de su posición jerárquica el control de la constitucionalidad. Mauro Cappelletti afirma que “cuando se habla de control difuso de la constitucionalidad, se pretende, significar, como es evidente, que la facultad de control no se concentra en un único órgano judicial, sino por el contrario corresponde, en general, a todos los órganos judiciales de un determinado país”.<sup>170</sup>

Nogueira<sup>171</sup> identifica las características básicas de este modelo de la forma siguiente: a) es un control judicial; porque se practica por jueces y tribunales integrados al Poder Judicial; b) es un control difuso, porque se confiere la defensa constitucional a todos los jueces, independientemente de su jerarquía; c) es un control represivo o reparador, pues se concreta a normas vigentes que integran el ordenamiento jurídico; d) es de carácter concreto, al desarrollarse a partir de una impugnación de un precepto legal que intenta aplicarse en un proceso judicial vigente; e) es por vía de excepción o incidental, la impugnación de inconstitucionalidad se da dentro de un proceso legal para evitar que se aplique una norma tachada de inconstitucional, y f) las sentencias tienen efectos solo inter partes, es decir sólo a las partes dentro del litigio.

Sin embargo, la aplicación de este modelo de control difuso pudiera presentar algunos problemas de incertidumbre jurídica, puesto que al facultarse a todos los jueces a desaplicar leyes con el argumento de ser inconstitucionales, podría dejar en Estado de indefensión a alguna de las partes dentro del litigio, donde el juez haga valer el control constitucional; ello en razón de la interpretación variada que pueden tener los jueces pues lo que para uno es constitucional podría

---

<sup>169</sup> Citado por NOGUEIRA ALCALÁ, Humberto Ob. Cit. pág. 32

<sup>170</sup> Citado por BALBUENA, Arminda. Ob. Cit. pág. 114.

<sup>171</sup> Cfr. NOGUEIRA ALCALÁ. Ob. Cit. pág. 35

no serlo para otro. En el caso de Estados Unidos se salva esta situación al encontrarse vinculados todos los tribunales del país al principio del *stare decisis*, es decir, al principio anglosajón de la obligatoriedad de los precedentes, principio que no existe en los sistemas jurídicos de tradición roma. “Desde el punto de vista de organización jurisdiccional, ello puede explicar por qué el sistema difuso de control de constitucionalidad origina notables dificultades cuando se pretende exportar a Europa”.<sup>172</sup>

El principio *stare decisis* permite al sistema judicial estadounidense, dar orden y unidad a los precedentes judiciales, determinando que los tribunales inferiores queden vinculados por los principios de derecho que emanan de los fallos de los tribunales superiores en los casos análogos que les toque resolver.<sup>173</sup> Ese principio puede, en determinados casos, convertirse en un instrumento para declarar la anulación de una ley con efectos *erga omnes*, puesto que bajo el criterio de que los tribunales inferiores deben sujetarse a los criterios sostenidos en los fallos de los superiores, entonces, cuando una ley ha sido desaplicada por la Corte Suprema de Estados Unidos, automáticamente los tribunales inferiores deben hacer lo mismo en casos similares, en que deba aplicarse esa ley, ya desaplicada por el tribunal supremo.

#### **2.4.2.2. Modelo europeo o concentrado de control de la constitucionalidad**

“Bajo el rótulo “modelo europeo de justicia constitucional” suele englobarse un concreto modo de articular la garantía jurisdiccional de la Constitución, que realizando una peculiar transposición de la revisión judicial de las leyes que se había venido desarrollando y consolidando en Estados Unidos, en el siglo XIX, emerge en Europa a partir de la Primera Guerra Mundial y tiene en las

---

<sup>172</sup> BALBUENA, Arminda. Ob. Cit. pág. 115.

<sup>173</sup> Cfr. a NOGUEIRA, Humberto. Ob. Cit. pág. 36

Constituciones de Weimar de 1919 y austriaca de 1920 sus mejores exponente”.<sup>174</sup>

El modelo de control europeo, también conocido como concentrado, se atribuye, como ya se dijo, a la obra de Hans Kelsen, puesta de manifiesto en su participación en el proceso de creación de la Constitución de Austria de 1920. El modelo tiene como característica principal la concentración del control de constitucionalidad en un solo órgano, comúnmente llamado Tribunal Constitucional, el cual es el facultado para ejercer la defensa constitucional.

Generalmente, el órgano de control en este modelo es un órgano autónomo, fuera de la estructura formal de los poderes constituidos, la razón es, que precisamente son los actos u omisiones de estos poderes los que vigila el Tribunal Constitucional, para que se apeguen a la Constitución. En tal sentido, el control es ejercido por un tribunal, integrado por especialistas, doctos en la materia de interpretación constitucional.

Néstor Pedro Sagües apunta algunos inconvenientes que pueden surgir en relación a que el Tribunal Constitucional pertenezca o no al Poder Judicial; al respecto comenta: “Conviene aclarar que cuando estos tribunales constitucionales (como vulgarmente se los llama) se sitúan fuera del Poder Judicial, se perfilan como órganos extrapoder (una suerte de cuarto poder del Estado), y cuando quedan dentro del Poder Judicial, originan un Poder Judicial multicéfalo, con varias cabezas: al menos, la clásica corte o tribunal supremo y el Tribunal constitucional (en Alemania; esas cortes supremas son más, en función de otras especializaciones o fueros). Los eventuales conflictos de competencias o poderes entre ambos se dilucidan, generalmente, dando prioridad a lo que resuelva el Tribunal Constitucional especializado, como intérprete final de la Constitución”<sup>175</sup>

Los principales elementos que distinguen al modelo europeo son:

a) el control se ejerce por un solo órgano, facultado para garantizar la supremacía constitucional;

---

<sup>174</sup> AGUIAR DE LUQUE, Luis, en La justicia constitucional en la actualidad, LÓPEZ GUERRA, Luis, coord. Corporación Editora Nacional. Perú. 2002. pág. 202.

<sup>175</sup> SAGÜES, Néstor Pedro. Ob. Cit. pág. 448.

b) el control se ejerce de forma abstracta, es decir, el análisis de constitucionalidad de la ley o del acto se ejerce de forma directa, con independencia de los casos concretos;

c) el control se ejerce por vía de acción directa contrario al sistema difuso, en el concentrado no es necesario que el examen de constitucionalidad aparezca previo a la existencia de un litigio, sino que surge con independencia de éste;

d) los efectos de la sentencia son erga omnes, esto es, la resolución dictada por el Tribunal Constitucional en el modelo concentrado tiene efectos generales, cuando se declara la inconstitucionalidad de la ley.

#### **2.4.2.3. El control mixto de la constitucionalidad; el fin de la polaridad.**

“La enorme expansión de la justicia constitucional ha propiciado una mixtura e hibridación de modelos, que se ha unido al proceso preexistente de progresiva convergencia entre los elementos, supuestamente contrapuesto antaño, de los dos tradicionales sistemas de control de la constitucionalidad de los actos de poder”<sup>176</sup>

Sin duda en la actualidad resulta difícil encontrar la forma pura de uno u otro de los modelos de control referidos; la experiencia en el mundo, ha constatado que algunos países han introducido en sus Constituciones modelos mixtos de control de la constitucionalidad.<sup>177</sup> Esto es, han establecido controles difusos y concentrados de control, creando para algunas acciones de control la forma difusa y para otra un modo concentrado.<sup>178</sup>

La muestra más palpable de que la pureza del sistema europeo se ha modificado significativamente, se da con la reforma de 1929 a la Constitución austriaca, donde nace precisamente el modelo, al introducirse un sistema difuso

---

<sup>176</sup> FERNÁNDEZ SEGADO, Francisco, en La justicia constitucional ante el siglo XXI... ob cit. pág. 7

<sup>177</sup> Véase, SAGÜES, Néstor. En Teoría de la Constitución. Ob. Cit. pág. 451

<sup>178</sup> En este modelo puede ubicarse el sistema de control mexicano, puesto que por una parte el control difuso lo ejercen la totalidad de jueces de distrito, al momento de resolver litigios sometidos a su conocimiento. Mientras que, tratándose de controles muy específicos como la controversia y la acción de inconstitucionalidad, le corresponde de forma concentrada a la Suprema Corte de Justicia, resolverlas, en ejercicio de sus facultades de Tribunal Constitucional.

de control, denominado cuestión de inconstitucionalidad o duda de inconstitucionalidad. Mediante este recurso de control constitucional se autoriza a todos los jueces para que, antes de resolver un litigio sometido a su jurisdicción, en el que tengan que aplicar una ley sobre la cual existe presunción de inconstitucionalidad, puedan suspender la resolución, hasta en tanto se somete a examen de constitucionalidad la ley a aplicar, ante el Tribunal Constitucional, con el objeto de que éste decida si ha lugar a aplicar o desaplicar la ley cuya duda presentó el juez ordinario.

Esta figura se encuentra –como afirma Rubio Llorente- en la frontera entre los dos modelos.<sup>179</sup> La cuestión de inconstitucionalidad, ciertamente, hace converger a ambos sistemas y hace un aporte trascendente a la jurisdicción al posibilitar la acción popular del control constitucional, convirtiendo a todos los ciudadanos –como lo afirma Peter Häberle- en guardianes de la Constitución.<sup>180</sup>

---

<sup>179</sup> RUBIO LLORENTE, en Estudios sobre jurisdicción constitucional. Ob. Cit. pág. 165.

<sup>180</sup> HÄBERLE, en El Estado constitucional. Ob. Cit. pág. 286

## SEGUNDA PARTE

### La objeción contramayoritaria de la justicia constitucional y las entidades federativas

#### I. Régimen constitucional de las entidades federativas

Sumario: 1.1. El federalismo. 1.1.1 Elementos del federalismo. 1.1.2. El federalismo dual, competitivo y cooperativo 1.2. Las entidades federativas en el sistema federal mexicano. 1.2.1. Naturaleza jurídica de las entidades federativas. 1.3. Fundamentos constitucionales de las entidades federativas. 1.4. La Constitución local, norma suprema de la entidad federativa. 1.5. La justicia constitucional en las entidades federativas. 1.6. Realidad de la justicia constitucional local. 1.7. Veracruz. 1.8. Coahuila. 1.9. Tlaxcala. 1.10. Chiapas. 1.11. Quintana Roo. 1.12. Estado de México. 1.13. Guanajuato. 1.14. Nuevo León. 1.15. Entidades con control parcial de la constitucionalidad. 1.16. Confrontación de los sistemas de justicia constitucional local. 1.17. Hacia donde camina la justicia constitucional local en México.

#### 1.1. El federalismo

El Estado federal es un modelo de organización jurídico-político, en el que el poder se encuentra repartido en distintos órdenes de autoridad, cuyas facultades se encuentran expresamente enunciadas en la Constitución, a favor de los órganos de poder.

“La concepción institucional del Estado federal se fundamenta en la pluralidad de centros de poder soberanos coordinados entre sí, de tal manera que al gobierno federal, competente respecto de todo el territorio de la federación, se le confiere una cantidad mínima de poderes indispensables para garantizar la unidad política y económica, y a los Estados federados, competentes cada uno en su territorio, se le asignan casi siempre los poderes restantes”<sup>181</sup>

El federalismo como forma de Estado se ubica en un modelo intermedio entre los unitarios y confederados; mientras que el Estado unitario se caracteriza por la concentración homogénea e indivisible del poder y las regiones carecen de autonomía o gobierno propio, en la confederación de Estados, los integrantes

---

<sup>181</sup> CÁRDENAS GRACIA, Jaime F. Una Constitución para la democracia. UNAM, México 1996. p. 195

gozan de soberanía interna y externa, las decisiones tomadas por la confederación no vinculan de forma directa a los gobernados de los Estados confederados, sino que se hace necesario que cada miembro en ejercicio de su soberanía, adopte como propias las decisiones de la confederación.

En cambio, en el Estado federal, los integrantes de la federación pierden su soberanía externa y transfieren determinadas facultades internas a favor de un poder central, denominado poder federal, reservándose para sí todas aquellas facultades no transferidas a la autoridad federal.<sup>182</sup>

Lapradelle sostiene que “el Estado federal es más que una persona de derecho público, es una soberanía y por consiguiente un Estado; cada uno de los Estados miembros se integra al Estado Federal por la totalidad de su territorio; la autoridad del Estado federal comprende a los asuntos exteriores e interiores, no así la confederación, que solo se ocupa de los asuntos exteriores; el Estado federal ejerce directamente la autoridad sobre todos (los Estados miembros); en el Estado federal hay una nacionalidad común; en un Estado federal las asociaciones (entidades asociadas –Estados- ) están unidas, no por un tratado, sino por una Constitución; en el Estado federal ningún Estado miembro puede abandonar el pacto, lo que no sucede con la confederación, en la que los miembros a *le droit de secesión*”<sup>183</sup>

Hesse afirma que “el federalismo, cuyo origen se remonta a la Constitución norteamericana de 1787, designa, como principio político básico, la libre unión de colectividades (por lo general político-regionales) diferenciadas, en principio en pie de igualdad, que deben asociarse de este modo para actuar comunitariamente de forma conjunta”.<sup>184</sup>

El origen del Estado federal se atribuye a los Estados Unidos de América<sup>185</sup>, al erigirse a su nacimiento bajo este modelo, cuya característica principal se basa en

---

<sup>182</sup> Cfr. TENA RAMÍREZ, Felipe. Ob. Cit. p. 112

<sup>183</sup> Citado por ARMENTA LÓPEZ, Leonel Alejandro. La forma federal de Estado, 1ª reimp. UNAM. México 2005. p. 32

<sup>184</sup> Citado por BRAGE CAMAZANO, Joaquin, en El federalismo y el regionalismo como forma estructural del Estado constitucional, HABERLE, Peter. UNAM 2006. Pág. XLVIII

<sup>185</sup> Sin pretender explicar a detalle las características y datos históricos del federalismo estadounidense, se hace referencia solo como forma de entender el federalismo para el caso mexicano.

la forma de distribución de competencias que la Constitución confiere a cada una de las partes integrantes de la federación; esta fórmula se expresa de la forma siguiente: “la federación sólo puede ejercer las atribuciones que le confiere expresamente la Constitución y por exclusión todas aquellas no reservadas a aquella se entiende reservadas a favor de los Estados federados”.

Esta forma de distribución de competencias en el sistema federal puede ser también a la inversa, es decir, cuando la Constitución no reservó expresamente atribuciones a los Estados federados se entienden reservadas a favor de la federación;<sup>186</sup> en este modelo los poderes residuales no corresponden a los Estados integrantes sino a la federación misma, lo que sin duda puede constituir un interesante sistema para transitar de un Estado unitario a otro de tipo federal, a efecto de no romper de tajo con la tradición centralista e iniciar el tránsito hacia el federalismo.

Independientemente del modelo, “el Estado federal, como acertadamente escribió Scheuner, es, gracias a su complicada construcción y a su estrecha vinculación con las cambiantes situaciones históricas, una formación estatal cuya esencia y peculiaridad debe siempre captarse en el caso concreto. Su imagen debe ser construida más bien desde una consideración histórico-pragmática, antes que desde una teoría abstracta”.<sup>187</sup>

En el sistema federal se procura la coexistencia de dos mandos de poder (uno central y otro local), lo que, ya de por sí, presupone un fraccionamiento del mismo poder que se traduce en una autolimitación *per se* prescrita por la Constitución<sup>188</sup>

---

<sup>186</sup> Este sistema de distribución de competencias se le atribuye a Canadá. Cfr. SÁNCHEZ BRINGAS, Enrique. Ob. Cit. p 314

<sup>187</sup> FERNÁNDEZ SEGADO, Francisco. El federalismo en América Latina, Defensa de la Constitución, Garantismo y controles, libro en reconocimiento al Dr. Germán J. Bidart Campos. Editorial Ediar-UNAM, Buenos Aires Argentina, 2003. p. 1167.

<sup>188</sup> Cfr. ARMENTA LÓPEZ, Leonel Alejandro. Ob. Cit. p. 32



### 1.1.1. Elementos del federalismo

Joaquín Brage Camazano<sup>189</sup>, citando a Vergottini y Pérez Royo, identifica los siguientes elementos básicos del federalismo:

- a) Un ordenamiento constitucional federal. El Estado federal existe a partir de una norma fundamental que organiza y estructura cada una de las partes integrantes de la federación, y por ende aplicable a todos los territorios.
- b) Ciudadanía federal. Los integrantes de la población del Estado federal comparten una misma calidad de ciudadanos con relación a la federación. “Gracias a este estatus se convierten en un pueblo, con respecto a sí mismos y frente a otros pueblos”.<sup>190</sup>
- c) Acogen el principio de división de poderes.
- d) Reconocimiento en la Constitución federal de la garantía de la existencia autónoma de los estados. La esencia del federalismo la constituye la unión libre de cada uno de los territorios que integran la federación, de ahí la importancia de reconocer constitucionalmente la existencia de éstos como entidades soberanas.<sup>191</sup>
- e) Subordinación de los ordenamientos de los entes territoriales a la Constitución federal. El orden jurídico federal se estructura y jerarquiza a partir de la norma homogenizadora que es la Constitución, a la que debe sujetarse todo el sistema normativo estatal.
- f) Sistema de distribución de competencias.
- g) Distribución tributaria entre la federación y los Estados miembros.

---

<sup>189</sup> BRAGE CAMAZANO, en El federalismo y el regionalismo como forma estructural del Estado constitucional Ob. Cit. pág. LIII

<sup>190</sup> Id.

<sup>191</sup> Aunque habría que aclarar en torno al concepto “soberanía”, si en estricto sentido debe hablarse de entes soberanos o simplemente de entes autónomos.

- h) Rigidez constitucional federal. Principalmente la participación de los Estados en el proceso de revisión constitucional, además del procedimiento distinto al ordinario para reformar la Constitución.
- i) Inmodificabilidad del principio federal.
- j) Bicameralismo. Los Estados federales son bicamerales; la presencia de dos asambleas legislativas: una que representa a los electores de forma directa y otra que se vincula a la representación de la entidad federada en su carácter de parte integrante de la federación.
- k) Participación de las entidades territoriales en la formación de la voluntad de la federación, a fin de evitar el aislamiento del nivel federal y el estatal.

### **1.1.2. El federalismo dual, competitivo y cooperativo.**

Existe una clásica clasificación del federalismo: el dual, competitivo y cooperativo, que denota en sí mismo las distintas épocas que ha transitado este sistema.

“El federalismo dual, se caracteriza por el hecho de que el Estado federal y los Estados federados están claramente separados, cada uno con sus competencias y responsabilidades claramente definidas y delimitadas en la Constitución, de manera que ambas partes actúan de manera separada y en gran medida independiente; ambas partes son “soberanas”<sup>192</sup>

Este modelo nace en Estados Unidos en el siglo XIX y cuya formulación se le atribuye a Madison. Sin embargo habría que distinguir que no es lo mismo hablar de federalismo dual en Estados Unidos que en Alemania, ya que en el primero se entiende que la federación y los Estados tienen responsabilidades políticas y administrativas separadas y su propia fuente de ingresos, mientras que en Alemania por *dual federalism* se entiende que la federación tiene la competencia

---

<sup>192</sup> HÄBERLE, en El federalismo y el regionalismo como forma estructural del Estado constitucional. Ob. Cit. pág. LXI

para dictar la mayor parte de la legislación y los *Länder* la tienen para ejecutar esas leyes bajo su propia responsabilidad.

Por su parte, el federalismo cooperativo se funda en la idea de la cooperación entre los diversos niveles de gobierno, a fin de brindar una mejor atención a los gobernados; se reduce la tensión, el conflicto y el enfrentamiento constante a cambio de la cooperación.<sup>193</sup> “Hoy el federalismo cooperativo va siendo reemplazado, en los Estados Unidos, por las *“intergovernmental relations”* y en Alemania por el *Politikverflechtung* (interconexión y coordinación política)”<sup>194</sup>

Por último, se habla de federalismo competitivo o de competencia. “Este modelo insiste en la defensa y promoción de los intereses rivales y contrapuestos entre los distintos niveles de gobierno y entre los Estados federados entre sí y ello como medio de asegurar la democracia y de que los diferentes gobierno no atiendan a sus propios intereses, sino a los de los ciudadanos que los votaron”.<sup>195</sup>

Este modelo fomenta la competitividad y eficiencia del Estado federal, pero al mismo tiempo garantiza, desde la Constitución la igualdad competitiva de los Estados, para evitar que los entes potencialmente ricos, consuman a las entidades aún no desarrolladas.<sup>196</sup>

## **1.2. Las entidades federativas en el sistema federal mexicano**

En el caso mexicano la doctrina es uniforme al señalar que el federalismo adoptado por el constituyente de 1824 tiene su origen en el federalismo estadounidense, desde luego, independientemente de los acontecimientos históricos que motivaron su establecimiento y las peculiaridades propias del caso; el sistema federal mexicano ha sido duramente criticado por su forma de

---

<sup>193</sup> Este modelo también se desarrolla en Estados Unidos, a raíz de la gran depresión, cuyo teórico es Morton Grodzins, y se basa en que los poderes, responsabilidades, competencias y funciones no están claramente delimitadas y atribuidas a la federación o a los estados, y los dos niveles de gobierno no trabajan así como enemigos o rivales, sino más bien como socios. Véase a HÄBERLE, en El federalismo y el regionalismo como forma estructural del Estado constitucional Ob. Cit.

<sup>194</sup> Ibid. Pág. LXIII.

<sup>195</sup> Ibid. Pág. LXIV

<sup>196</sup> En Alemania, en los últimos años las reformas constitucionales van orientadas a este tipo de federalismo competitivo.

operación, que terminó convirtiéndolo en un federalismo centralizado, dadas las amplias facultades que los poderes federales se han arrogado para sí en detrimento de las entidades federativas.

Joaquín Brage Camazano, en su estudio preliminar a la obra “El federalismo y el regionalismo como forma estructural del Estado constitucional” de Häberle, expresa:<sup>197</sup>

“No descubrimos ningún “rey desnudo” si decimos que México, al igual que otros varios países de América Latina, aunque formalmente es un Estado federal –es decir, desde un punto vista jurídico formal no cabe duda de que es un país con una estructura territorial de tipo federal-, materialmente y de hecho está todavía bastante lejos de tener un sano federalismo, pues este ha estado aquí aletargado desde hace mucho tiempo, y aún hoy sigue siendo un tanto débil o tenue. En cierto modo, retomando categorías de Loewenstein para clasificar las Constituciones, podría decirse incluso que es un federalismo nominalista, o lo ha sido durante muchos años, al menos; en conocidas palabras de Venustiano Carranza en 1916 a los diputados constituyentes, ha venido siendo una “*promesa vana*”. El federalismo mexicano se ha caracterizado por un alto grado de centralización hasta tal punto que, como dice Serna de la Garza, se da la paradoja de que, siendo México un Estado formalmente federal, nuestro sistema tiene problemas típicos de un Estado unitario”.

La fórmula estadounidense de federalismo se plasmó en el artículo 124 de la Constitución mexicana de 1917,<sup>198</sup> lo cual ha permitido a las autoridades federales, por conducto del Congreso y el monopolio que se ejerció sobre éste por parte del Presidente de la República en los últimos 70 años del siglo XX, atribuirse una gran cantidad de facultades en detrimento de las autoridades locales.

La existencia del federalismo implica la coexistencia de dos órdenes de autoridad: la federal y la local. En México a esa primera autoridad comúnmente se le denomina poderes federales y el segundo orden de autoridad se llama Estados libres y soberanos. Ambos espacios de autoridad deben su origen y competencia a un ordenamiento superior que les da vida: la Constitución.

---

<sup>197</sup> HÄBERLE, Ob. Cit. pág. XLIV.

<sup>198</sup> “Las facultades que no están expresamente concedidas por esta Constitución a los funcionarios federales, se entienden reservadas a los Estados”.

La autonomía local es una de las características primordiales del Estado federal; de esta forma el federalismo encuentra en la autonomía su fortaleza, al permitir que las entidades federativas ejecuten actos de gobierno propios que contribuyan al fortalecimiento de la federación.<sup>199</sup>

En efecto, la autonomía sustituye al concepto de soberanía, cuya pertenencia innata le corresponde en exclusiva al Estado federal; de este modo, la autonomía es a las entidades federativas lo que la soberanía es al Estado federal, porque pueden darse su propia legislación, incluyendo su Constitución, o bien, porque dichas entidades participan en la formación de la voluntad nacional o federal.<sup>200</sup>

En México las entidades federativas han ejercido sus facultades sujetas a la Constitución Federal y a las normas jurídicas internas creadas en el ámbito de su competencia; sin embargo la autonomía local se ha visto disminuida por la centralización del poder político, económico y jurídico ejercido por los órganos del poder federal, que ante la fórmula permitida por el artículo 124 y las constantes reformas al artículo 73 constitucional<sup>201</sup> han logrado disminuir, en perjuicio de los Estados, su ámbito de competencia; la participación de las entidades federativas en el ejercicio de las facultades constitucionales se limita a conformarse con la cada vez más reducida competencia dejada por las autoridades federales en detrimento del ámbito de actuación natural que le corresponde a los entes locales.<sup>202</sup>

### 1.2.1. Naturaleza jurídica de las entidades federativas.

Las entidades federativas del Estado mexicano son personas cuyo origen se encuentra en la Constitución Política federal, instrumento legal que les da vida. La

---

<sup>199</sup> La autonomía local en México se prevé en el artículo 40 constitucional.

<sup>200</sup> Cfr. ARMENTA LÓPEZ, Leonel Alejandro. Ob. Cit. p. 75

<sup>201</sup> Desde 1917 a la fecha el artículo este precepto ha sido reformado en mas de cuarenta veces, aumentando las facultades de las autoridades federales en demérito de los gobiernos locales; reduciéndose con ello el ámbito de competencias de las entidades federativas; fenómeno que también se observa en el ámbito del sistema de justicia que ha reducido a la justicia local, como mera justicia de paso, porque todo termina por resolverse en definitiva en los tribunales federales. Problema que será abordado más adelante.

<sup>202</sup> Los ejemplos son bastos en este sentido, por poner solo uno, tal es el caso del sistema tributario mexicano, donde la recaudación mayor de los impuestos corresponde a la federación

existencia constitucional de las entidades federativas se desprende del artículo 40, que literalmente dice:

“Es voluntad del pueblo mexicano constituirse en una República representativa, democrática, federal, compuesta de Estados libres y soberanos en todo lo concerniente a su régimen interior; pero unidos en una Federación establecida según los principios de esta ley fundamental”.

Los Estados federados mexicanos son, entonces, entes jurídicos con personalidad jurídica propia para ejecutar actos jurídicos derivados de las Constituciones Federal y particular para su régimen interno, al generar con ellos consecuencias de derecho.

Las entidades federativas que integran el Estado federal mexicano, se enuncian en el artículo 43 de la forma siguiente:

“Las partes integrantes de la Federación son los Estados de Aguascalientes, Baja California, Baja California Sur, Campeche, Coahuila, Colima, Chiapas, Chihuahua, Durango, Guanajuato, Guerrero, Hidalgo, Jalisco, México, Michoacán, Morelos, Nayarit, Nuevo León, Oaxaca, Puebla, Querétaro, Quintana Roo, San Luís Potosí, Sinaloa, Sonora, Tabasco, Tamaulipas, Tlaxcala, Veracruz, Yucatán, Zacatecas y el Distrito Federal.

Parece que de la lectura del artículo 40 de la Constitución federal, literalmente habría que aceptar sin discusión la tesis de la soberanía de las entidades federativas, sin embargo, tal interpretación conduciría a afirmar, en estricto sentido, que los Estados federados ejercen funciones soberanas y, por consiguiente, no admiten la existencia de ningún poder superior a su organización interna, lo que llevaría al establecimiento de una confederación y no de una federación.

Existe coincidencia entre la doctrina<sup>203</sup> y en los propios textos constitucionales, al considerar que la soberanía tiene su titularidad original en el pueblo, manifestada mediante el poder constituyente. Sin embargo, una vez que esta voluntad se ha manifestado en la Constitución, el pueblo se desprende de tal titularidad y la traslada a un nuevo detentador de ella: el Estado; para el caso de los Estados federales, la soberanía se ve repartida entre el poder federal y las

---

<sup>203</sup> Cfr. MARTÍ CAITANACHI, Luz del Carmen. Federalismo y regionalismo en SERNA DE LA GARZA, José María. UNAM, México 2002. p. 650.

entidades federativas, pero todas sujetas a la voluntad popular expresada en la Constitución federal.<sup>204</sup>

A este respecto, Tena Ramírez ha sostenido lo siguiente: “la doctrina suele dar el nombre de “*autonomía*” a la competencia de que gozan los Estados miembros para darse su propias normas, culminantemente su Constitución. Trátese de distinguir así dicha competencia de la “*soberanía*”, que, aunque también se expresa en el acto de darse una Constitución, se diferencia de aquélla por un dato de señaladísima importancia. En efecto; mientras la soberanía consiste, según hemos visto, en la autodeterminación plena, nunca dirigida por determinantes jurídicos extrínsecos a la voluntad del soberano, en cambio la autonomía presupone al mismo tiempo una zona de autodeterminación, que es lo propiamente autónomo, y un conjunto de limitaciones y determinaciones jurídicas extrínsecas, que es lo heterónimo. La zona de determinación es impuesta a las Constituciones locales por la Constitución federal”.<sup>205</sup>

En México el propio Poder Judicial de la Federación ha reconocido, en la interpretación del artículo 40, que la soberanía expresada en dicho precepto no es tal, sino más bien debe ser interpretada como autonomía, tal y como lo constató la tesis aislada dictada por el Pleno de la Suprema Corte de Justicia visible en el volumen CXXVII-CXXXII, página 227, del Semanario Judicial de la Federación, Séptima Época, que a la letra dice:

**LEYES LOCALES. EMANAN DEL EJERCICIO DEL PODER SOBERANO DE LOS ESTADOS DE LA UNIÓN.** La Ley Fundamental del país, al consignar la forma de gobierno del pueblo mexicano (artículo 40), señala que ésta es la de una República representativa, democrática, federal, compuesta de Estados libres y soberanos en todo lo concerniente a su régimen interior, pero unidos en una Federación establecida según los principios de la propia Constitución y que, al regular el ejercicio del poder soberano (artículo 41), establece que dicho poder se ejerce por medio de los Poderes de la Unión, en los casos de la competencia de éstos, y por los de los Estados en lo que toca a sus regímenes interiores, en los términos respectivamente establecidos en la propia Carta Magna y las Constituciones particulares de los Estados; postulados éstos que indudablemente consagran la autonomía de las entidades

---

<sup>204</sup> Incluso hay autores que sostiene la tesis de la doble soberanía dividida entre la autoridad central y las entidades locales Cfr. ARMENTA LÓPEZ, Leonel Alejandro. ob. cit. . p. 74.

<sup>205</sup> TENA RAMÍREZ, Ob. Cit. p. 131.

federativas en cuanto a su régimen interno, así como el ejercicio soberano del poder local. Por lo tanto, atentas las razones anteriores, resulta incuestionable que la facultad de las Legislaturas de los Estados para expedir leyes que habrán de regir dentro de sus límites territoriales, emana única y exclusivamente del ejercicio del poder soberano que en cuanto a sus regímenes interiores les es propio; razón por la cual no puede sostenerse válidamente que una ley local encuentre su origen en una delegación de facultades concedida por los Poderes Federales en favor de los Estados, ya que, amén de que constitucionalmente no es posible que los Poderes de la Unión deleguen en favor de los Estados facultades que les son propias - salvo los casos previstos en el artículo 118 de la Carta de Querétaro-, ello se traduciría en una manifiesta contravención del sistema de gobierno y, especialmente, en un evidente atentado a la autonomía de las entidades federativas; atributo que constituye la esencia y la razón de ser del sistema federal.

Amparo en revisión 5261/76. "Gas de Huatusco", S. de R.L. 7 de agosto de 1979. Unanimidad de dieciocho votos. Ponente: Jorge Iñárritu.

“Así pues, el ejercicio de la soberanía popular se agotó al quedar constituida la Federación mexicana y, de ese modo, las entidades federadas que la constituyen, su potestad legislativa y las llamadas Constituciones políticas locales, quedan sometidas a las disposiciones de esa primera Constitución federal, y en tal virtud, la actividad que realicen aquéllas, incluida la de legislar y darse su “Constitución” no constituye un ejercicio de una potestad soberana, la cual se había agotado y quedado en Estado latente, sino ante el ejercicio de una facultad derivada, que aunque implica capacidad de darse un conjunto de normas, ello debe ocurrir dentro de los límites señalados por una norma jerárquicamente superior, en resumen, se trata de un derecho de autonomía de las entidades federativas”<sup>206</sup>

Entonces la característica, primordial de la persona entidad federativa es la autonomía, entendida esta como la facultad concedida por la norma constitucional federal de autogobierno, traducido en la potestad para darse a su vez un régimen de derecho interno, cuyo origen corresponde a la Constitución local o estatal. De ahí que la autonomía aparezca ligada con el reparto de competencias entre el poder federal y los poderes locales.<sup>207</sup>

---

<sup>206</sup> MARTÍ CAITANACHI, Luz del Carmen. Ob. Cit. p. 654.

<sup>207</sup> Cfr. ARMENTA LÓPEZ, Leonel Alejandro. Ob. Cit. p. 77.



Entonces el término soberano “es para enfatizar que tales atribuciones son de exclusiva competencia de los órganos estatales sin revisión o modificación posible por parte de los poderes federales”.<sup>208</sup>

### 1.3. Fundamentos constitucionales de las entidades federativas

Como se ha expresado, las entidades federativas, como entes jurídicos en los que se basa el federalismo, fundan su personalidad en la Constitución federal a la cual sujetan actos u omisiones como expresión fiel del ejercicio de sus facultades. Así, la Constitución nacional dedica en diversos preceptos, atribuciones y responsabilidades a favor de las entidades locales.

Sánchez Bringas<sup>209</sup> clasifica al conjunto de ordenamientos constitucionales relativos a los Estados federados mexicanos en tres grupos: a) los que se refieren a su existencia y autonomía;<sup>210</sup> b) los relativos a las bases de organización<sup>211</sup> y; c) los que regulan su competencia frente a la federación.<sup>212</sup>

Sin pretender abordar el contenido e interpretación de cada uno de esos preceptos, es importante para el objeto del presente estudio el análisis de los artículos 40, 41, 115, 116 y 133.

El artículo 40 constitucional constituye el precepto que funda el Estado mexicano, al emitir la declaratoria del pueblo para constituirse en una República federal, integrada por estados libres y soberanos, con relación a su régimen interior, pero unidos en una federación bajo los principios de cohesión establecidos en la Constitución federal. Así, las entidades federativas, desde el punto de vista formal, participan en la creación del Estado mexicano, al cual quedan sujetos bajo el manto supremo de la norma constitucional federal, a la que no podrán oponer sus actos sino, por el contrario, sujetar éstos a la conformidad del ordenamiento supremo: la Constitución.

<sup>208</sup> GÁMIZ PARRAL, Máximo N. Derecho y Doctrina Estatal, UNAM, México 2000. p. 30

<sup>209</sup> SÁNCHEZ BRINGAS. Ob. Cit. p. 544 y s.

<sup>210</sup> Artículos 40, 41, 43, 44, 45, 46, 48 y 73.

<sup>211</sup> Artículos 115 y 116, 105, 76 V y VI, 102 B, 108, 109, 110, 111, 119 y 120

<sup>212</sup> 124, 55, 73 IX, 101, 117, 118, 131, 18, 27 VIII, 36 IV, 119, 121, 125, 133, 50, 28, 71, 97, 123, 132, 4, 26, 104, 130, 21, 135

Por su parte, el artículo 41 constitucional viene a complementar la formación del Estado mexicano y fortalece la importancia de los miembros federados en ese proceso de formación del Estado federal, al establecer que la soberanía popular se ejerce por los poderes de la unión y por los de las entidades federativas en el ámbito de sus respectivas competencias, facultades éstas que se encuentran establecidas en las Constituciones federal y estatales, pero siempre respetando el ámbito jerárquico de la primera, que establece el llamado Pacto Federal.

La delegación de soberanía popular en los poderes constituidos federal y local se manifiesta en el ejercicio pleno de las atribuciones del ordenamiento jurídico del Estado; debe ser entendido en su concepción de ejercicio del poder soberano popular trasladado en forma democrática a órganos de representación creados por la propia Constitución, que en el ámbito de sus respectivas competencias ejercen el mandato popular, aplicando las normas jurídicas.

Aun cuando el artículo 41 constitucional no refiere expresamente el deber de las entidades federativas de crear su propia Constitución, sí presupone su existencia, al considerarla como fuente normativa de la soberanía popular para el régimen interno de los Estados federados. Es ahí donde radica la autonomía propiamente dicha, en el sentido literal del término, es decir, la autonomía constitucional, pues resulta válido aceptar que si un ente de derecho público es capaz de darse su propia norma constitutiva, resulta lógico que se le considere autónomo.<sup>213</sup>

Ahora, en cuanto al artículo 115 constitucional, el primer párrafo impone a las entidades federativas la forma de organización política y territorial, al establecer lo siguiente:

Los Estados adoptarán, para su régimen interior, la forma de gobierno republicano, representativo, popular, teniendo como base de su división territorial y de su organización política y administrativa el Municipio Libre, conforme a las bases siguientes:...

Este imperativo del Estado federal hacia la forma de organizar el régimen político y territorial de las entidades federativas no violenta de ningún modo el principio de autonomía estatal, pues tiene la finalidad de dar homogeneidad al

---

<sup>213</sup> Cfr. ARMENTA LÓPEZ, Leonel Alejandro. ob. cit. . p. 76.

Estado y unificación en el reparto de las competencias. La regulación que sí debe corresponder al ente federado es la organización administrativa y funcional de los municipios, porque éstos, en el marco del propio artículo 115 constitucional, también constituyen otra esfera de poder con competencia para ejercer funciones jurídicas dentro del federalismo mexicano.<sup>214</sup>

Sin embargo, algunos autores consideran que este fraccionamiento constitucional de las entidades federativas, es inexacta, así Tena Ramírez sostiene:

“Un Estado miembro, en su calidad de tal, no puede fraccionarse en municipios para los efectos de organización interna, tanto porque esta organización es distinta y en cierto modo antagónica a la municipal cuanto porque la descentralización burocrática confiada a los numerosos y variados municipios conduciría al caos. La división territorial de los Estados no tiene por base al municipio, sino a ciertas circunspecciones territoriales mucho mas extensas llamadas distritos o cantones, cuya área se fija por los órganos centrales de acuerdo con las necesidades de la administración. Esa división territorial se utiliza principalmente para finalidades de orden fiscal y electoral y nada tiene que ver con los municipios.

Lo que el precepto quiso instituir, a través de una fórmula imprecisa, fue la libertad del municipio y al mismo tiempo sus vínculos de coordinación con el Estado. Refirámonos a tales dos extremos que la Constitución trata de armonizar, como son la relativa autonomía del municipio y su relativa subordinación al Estado”.<sup>215</sup>

Es cuestionable la posición asumida por el constitucionalista mexicano, al afirmar que la división territorial de los Estados no tiene como base al municipio, sino que solo se refiere a meras formas de organización para atender cuestiones de orden fiscal o electoral. El municipio no sólo es la base de la división territorial de las entidades federativas, sino que constituye la piedra angular del federalismo mexicano; en el municipio encuentra el Estado federal la principal fuente generadora de la soberanía popular, incluso una fuerte corriente doctrinal en México sostiene la tesis que el fortalecimiento del federalismo dependerá de la forma en que sea fortalecido, en primer término, el Municipio; “el nuevo

---

<sup>214</sup> En la reforma al artículo 115 constitucional publicada en el Diario Oficial de la Federación el 23 de diciembre de 1999, se reconoció al Ayuntamiento como órgano de gobierno del Municipio, lo que vino a fortalecer el carácter de un auténtico poder del sistema federal que al igual que los federales y locales ejercen atribuciones y realizan actos de autoridad derivados de las Constituciones federal y local y de las leyes y normas que de ellas emanan.

<sup>215</sup> TENA RAMÍREZ, Ob. Cit. p. 145-146

federalismo debe ser formulado desde el municipio hacia el poder federal de la nación. Debe ser una formulación teórica y práctica de abajo hacia arriba y no de arriba hacia abajo. De nada sirve fortalecer las entidades federativas frente al poder federal, si éstas son fortalecidas para negar o desconocer la diversidad de centros de decisión que encierra el territorio particular, si se niegan las diferencias al interior de los Estados, y se limita la autonomía y potencialidades de los municipios”.<sup>216</sup>

Así, el municipio en nada afecta la integración de las entidades federativas y su relación con el Estado federal; se trata simplemente del reconocimiento de hecho que el Constituyente hizo de una forma de organización política y jurídica preexistente en el Estado mexicano. Su regulación desde el texto constitucional obedece a un criterio de homogeneidad constitucional para evitar la heterogeneidad discrecional en la regulación de los municipios mexicanos, para no dejarla al libre arbitrio de las entidades federativas, como ya ocurrió en México antes de la vigencia de la Constitución de 1917.<sup>217</sup>

Por su parte, el artículo 116 constitucional está consagrado de forma íntegra a las entidades federativas; en el precepto se establecen las bases de organización política y división tripartita del poder público, en los mismos términos que los poderes federales, en los Estados de la República. Esta disposición impone como modelo de estructura del poder estatal el principio de división de poderes en Ejecutivo, Legislativo y Judicial, principio al que quedan sujetos los estados para organizar su poder interior.

La Constitución, en su carácter de norma suprema del Estado federal, instituye los principios fundamentales o rectores que deben ser observados por las entidades federadas con el objeto de homogenizar su organización y estructura interna y al mismo tiempo dar unidad de funcionamiento en todas las entidades federativas.

---

<sup>216</sup> CÁRDENAS GRACIA, Jaime F. Ob. Cit, p. 222

<sup>217</sup> Recuérdese que la Constitución vigente ha sido la primera en dedicar de forma íntegra un precepto constitucional para establecer las bases de organización del Municipio, lo que no ocurrió en su antecesora de 1857, ello trajo a favor de los municipios su resurgimiento y hasta cierto punto el fortalecimiento de sus facultades, aún cuando falta mucho por hacer en esta materia.

El artículo 116 consagra de forma expresa el deber de las entidades federativas de contar con una Constitución interna, en la que se regule el funcionamiento y organización de los poderes locales, sujetos, desde luego a los principios rectores establecidos en la Constitución federal.

Esta previsión de dictar las bases de organización del poder público en las entidades federativas ha sido cuestionada por algunos autores, quienes apoyan su cuestionamiento con el argumento de que tal disposición vulnera el principio de autonomía interna de los entes federados, pues la Constitución federal no debe determinar la organización política interna de los integrantes de la unión, por corresponder exclusivamente a los Estados determinar, en ejercicio de su autonomía, la forma de organización interna.

Fernández Segado ha sostenido que “en Latinoamérica, con excepción de Argentina, las Constituciones federales incorporan normas que van más allá de lo que el principio de homogeneidad debe suponer y exigir en un Estado federal, incidiendo sobre aspectos muy puntuales de la organización de los poderes públicos estatales que, por mor de la vertiente autorganizativa que, entre otros contenidos, entraña el principio de autonomía, debieran de quedar sujetos a la propia capacidad decisoria del Constituyente estatal, con lo que ello entraña una muy seria devaluación del principio de autonomía”<sup>218</sup>

La Constitución de Estados Unidos, por ejemplo, no determina la forma de organización interna de sus Estados integrantes.

Establecer principios rectores de organización del poder público local no representa un atropello a la autonomía estatal; por el contrario, es una manera de garantizar al gobernado un principio de unidad organizativa de todas las entidades federativas de la unión, bajo los mismos criterios y parámetros estructurales del poder público. El propio artículo 116 es claro al expresar que los poderes de los Estados se organizarán conforme a la Constitución de cada uno de ellos, con sujeción a los principios señalados en este precepto.

---

<sup>218</sup> FERNÁNDEZ SEGADO, en Defensa de la Constitución. Garantismo y controles... Ob. Cit. p. 1174

Con esta disposición se otorga plena autonomía a los Estados para que, en sus respectivas Constituciones, puedan crear nuevos órganos de poder interno fuera de los establecidos en los principios rectores señalados en el artículo 116, en virtud del principio de autonomía; no hay impedimento para que el Constituyente local exceda, sin contrariar, a la carta magna, creando órganos internos de conformidad con sus necesidades, atribuirles facultades y consignar las limitaciones pertinentes, siempre que no invada el campo natural propio de los órganos de existencia obligatoria del artículo 116 constitucional.<sup>219</sup>

Con relación al artículo 133 constitucional, reviste importancia para el ámbito estatal y particularmente lo referente a la ubicación jerárquica de las Constituciones locales. Con independencia de lo relevante de este precepto por los principios consagrados en él como la supremacía constitucional y el control difuso de la constitucionalidad<sup>220</sup>, para los efectos de este apartado es de destacar el papel que juegan las Constituciones locales dentro de la pirámide jerárquica del sistema jurídico mexicano.

Esta claro que en el vértice de la pirámide normativa en el sistema mexicano, se encuentra la Constitución federal, luego los tratados internacionales<sup>221</sup>, las leyes federales y posteriormente las Constituciones locales; éstas tendrán el deber de adecuar sus principios y disposiciones a esa estructura superior de normas para no contrariar su jerarquía y evitar la inconstitucionalidad de la norma estatal.

De este precepto se infiere que las Constituciones estatales no sólo están sometidas a la Constitución federal, sino que al mismo tiempo quedan supeditadas a las leyes federales y a los tratados internacionales, normas que no pueden contrariar bajo ninguna circunstancia, so pena de decretarse por el Poder Judicial

---

<sup>219</sup> Cfr. CÁRDENAS GRACIA, Jaime. Constitución Política comentada tomo II 12ª ed. Editorial Porrúa. México 1998. p. 1178.

<sup>220</sup> El principio de control difuso de la Constitución, en el Estado mexicano no existe en la práctica, así lo ha resuelto la Suprema Corte de Justicia de la Nación en la tesis P./J.38/2002, al negar que los jueces locales tengan facultades para ejercer el control de la constitucionalidad, puesto que tal facultad de interpretación y control de la Constitución corresponde en exclusiva a los jueces federales.

<sup>221</sup> La Suprema Corte de Justicia de la Nación emitió la jurisprudencia número LXXVII/99, visible en la página 46 del tomo X, de noviembre de 1999 del Semanario Judicial de la Federación, en la que declaró que los Tratados Internacionales se ubican jerárquicamente por encima de las leyes federales y en un segundo plano de la Constitución federal.

Federal la inconstitucionalidad de esos actos. Sin embargo, ¿hacia el régimen interior de las entidades federativas, las Constituciones locales tienen el carácter de supremas? Ésta pregunta será respondida en el siguiente apartado.

#### 1.4. La Constitución local, norma suprema de la entidad federativa.

Se ha asentado que las entidades federativas son autónomas en su régimen interno y esta autonomía se materializa mediante la facultad de los poderes constituyentes locales para crear el ordenamiento jurídico interno; dentro de ese conjunto de normas jurídicas se encuentra la facultad de crear su propia Constitución; así lo establece, aunque no de forma categórica, la Constitución Federal. La pregunta, entonces, debe formularse así: ¿las Constituciones locales para el régimen interno de los estados tienen el carácter de normas supremas o son simples leyes ordinarias reglamentarias de la legislación federal, como parte de la pirámide jerárquica?.

Primero habrá que dejar en claro qué es la supremacía constitucional. la palabra *supremacía* denota la calidad de suprema, que por ser emanación de la más alta fuente de autoridad corresponde a la Constitución; en tanto, *primacía* indica el primer lugar que entre todas las leyes ocupa la Constitución.<sup>222</sup>

La supremacía de la Constitución aparece como un elemento esencial inseparable de la norma fundante básica; de ahí que la Constitución se instituya como la norma de normas que servirá de fundamento superior para los demás ordenamientos jurídicos y éstos sostendrán su validez en la medida en que se encuentren conforme al texto constitucional. En tal sentido se afirma la supremacía de la Constitución, porque sólo bajo este principio puede darse unidad y cohesión al sistema jurídico de un Estado<sup>223</sup>.

La supremacía, además, de dar fundamento y unidad al sistema normativo del Estado, al mismo tiempo jerarquiza el ordenamiento jurídico, lo que la doctrina ha

---

<sup>222</sup> TENA RAMÍREZ, Felipe. Ob. Cit. p. 11

<sup>223</sup> Cfr. SOTO FLORES, Armando. Teoría de la Constitución”, capítulo 7 Supremacía constitucional. Ob. Cit. págs. 161 ss.

denominado la pirámide kelseniana; el propio autor sostiene: “El orden jurídico no es un sistema de normas de derecho situadas en un mismo plano, ordenadas equivalentemente, sino una construcción escalonada de diversos estratos de normas jurídicas. Su unidad está configurada por la relación resultante de que la validez de una norma, producida conforme a otra, reposa en esa otra norma, cuya producción a su vez está determinada por otra; un regreso que concluye, a la postre, en la norma fundante básica presupuesta. La norma básica hipotética en ese sentido, les es así el fundamento de validez supremo que funda la unidad de esta relación de producción”.<sup>224</sup>

Ante la jerarquización kelseniana del ordenamiento jurídico, la norma constituyente, por emanar de la voluntad popular de las fuerzas políticas existentes en el Estado, provoca la validez posterior de todas las demás normas jurídicas y actos de autoridad que se originen. Significa que la norma constituyente determina la validez en la aplicación de las normas constituidas y, al hacerlo, sienta las bases para lograr su propia validez.<sup>225</sup>

Por otra parte, al erigirse la Constitución como norma suprema, se convierte en la cúspide de todo el ordenamiento jurídico y hace fluir el principio de legalidad de los poderes públicos, da seguridad jurídica de los actos de autoridad y garantiza la constitucionalidad en todas las actuaciones realizadas por los poderes constituidos.<sup>226</sup>

La Constitución es la cúspide, por lo que se encuentra en el vértice de la pirámide jurídica, y desde ahí determina todo el ordenamiento jurídico, los actos de autoridad, bañando así, a todos de constitucionalidad en su actuación.

De lo asentado hasta aquí se puede afirmar que la supremacía constitucional es un principio protector de la Constitución, en el que la norma fundante primaria se convierte en fuente de fuentes, desprendiéndose de ella todo el sistema jurídico del Estado.

---

<sup>224</sup> KELSEN, Hans, en *Teoría pura del derecho*. Ob. Cit. p. 232

<sup>225</sup> SÁNCHEZ BRINGAS, Enrique. Ob. Cit. p. 190

<sup>226</sup> SOTO FLORES, Armando. Ob. Cit. p. 170



Ahora bien, existe en la doctrina constitucional un debate respecto del carácter supremo de las Constituciones locales; algunos afirman esa característica constitucional y otros niegan el carácter supremo de las Constituciones, e incluso van más allá, sosteniendo que técnicamente no pueden ser consideradas Constituciones en sentido estricto.

Uno de los partidarios de la tesis que niega la existencia de Constituciones locales, desde el punto de vista formal, es el mexicano Enrique Sánchez Bringas, quien sostiene:

“La Constitución del Estado, es la norma que determina la validez del orden normativo parcial de la entidad federativa, sin embargo, a pesar de su denominación, técnicamente no es una Constitución. Carece de los atributos de la norma constituyente porque su validez depende de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos, o sea, de que positivice a ésta. Además, conforme a lo dispuesto por el artículo 133 constitucional, las Constituciones de los Estados se encuentran normativamente sometidas a las leyes federales y a los tratados internacionales. En consecuencia, las Constituciones de los Estados no son normas constituyentes, son constituidas porque derivan de la norma básica del Estado federal”.<sup>227</sup>

Por su parte Elisur Arteaga Nava, a propósito del tema, sustenta la tesis contraria argumentando su posición de la forma siguiente:

“Aunque no existe a nivel de la Constitución general norma que así lo disponga, a las cartas estatales, por su propia naturaleza, cuando están de acuerdo con aquella, le es inherente y propia la calidad de supremas: todas las leyes de la entidad, todas las autoridades, los derechos de los particulares que ella establecen, de ellas derivan, de ellas dimanar su mandato y, en fin, todo el sistema normativo a ellas deben su obediencia, a pesar de lo que en contrario pudieran disponer las leyes federales y tratados que no estén de acuerdo con la Constitución general, las leyes, decretos y convenios locales. La calidad de suprema es inherente a una Constitución, sea general o local”.<sup>228</sup>

Expuestos los argumentos corresponde abordar su análisis. Toda Constitución es fuente de fuentes, generadora de todo el sistema jurídico de un Estado. Por medio de la Constitución el Estado nace a la vida jurídica; en ella se determinan las estructuras de poder y las formas en que éste se ejerce pero, al mismo tiempo,

---

<sup>227</sup> SÁNCHEZ BRINGAS, Ob. Cit. p. 564

<sup>228</sup> ARTEAGA NAVA, Elisur. Derecho constitucional. Editorial Oxford University Press, Harla, México 1997. p. 488

la Constitución ordena verticalmente el sistema jurídico. El complejo normativo de un Estado no es un conjunto de normas organizadas horizontalmente y en un mismo plano; por el contrario, se agrupan bajo un esquema escalonado en donde unas dependen de otras hasta formar una estructura piramidal donde el vértice de la pirámide le corresponde a la norma de normas: la Constitución<sup>229</sup>.

Si bien dentro de un Estado federal, las partes integrantes de éste han depositado su soberanía en un poder superior, materializado en la Constitución, la cual se encargará de estructurar todo cuanto a poder y competencia se refiera en el Estado, incluidas las entidades federativas, al mismo tiempo esa norma superior: la Constitución, como se ha dicho, otorga facultades a los Estados federados para que organicen su propio régimen interno y formen su propio orden jurídico estatal, pues, precisamente, ese conjunto de normas jurídicas internas requiere a su vez de un orden jerárquico vertical como ocurre con el sistema federal, porque la producción normativa de los Estados federados obliga a determinar ese orden, para evitar anarquía en el sistema jurídico local.

Así, las entidades federativas, al ejercer su autonomía interna, se convierten en fuente generadora de normas jurídicas y crean, en un primer plano, a la Constitución local, desprendiendo de ahí todo el complejo normativo estatal.

Es verdad que el creador de la Constitución local no es un Constituyente original, como ocurre con el de orden federal; la Constitución estatal es creada por los poderes constituidos, que a su vez son instituidos por la Constitución federal. No obstante, dicha circunstancia no es suficiente para negarle el carácter de Constitución a las cartas locales.

Es verdad también que las Constituciones locales se convierten, en muchos casos, en ley reglamentaria de la Constitución general, pues ésta insta a las cartas locales a reglamentar determinados principios fundamentales consagrados en la federal, pero ello es normal en un Estado federalista, porque el federalismo implica el reparto de competencias entre los dos órdenes que lo integran: la federación y las entidades federativas. Sin embargo, la Constitución general sólo establece

---

<sup>229</sup> Cfr. KELSEN, Hans. Teoría pura del derecho. Ob. Cit.

principios generales a los que se sujetan los Estados, pero no prohíbe a los mismos exceder dichos principios en el ámbito interno, siempre que no contraríen a la norma federal; eso es parte de la autonomía estatal.

Si bien la Constitución general, las leyes federales y los tratados internacionales constituyen el ordenamiento supremo de la unión, en los términos del artículo 133 constitucional, dichas normas atribuyen competencia y deberes que cumplir por parte de las entidades federativas, pero dentro de esas atribuciones se impone a los Estados el deber de constituir su propia legislación interna. Tal facultad de los Estados necesariamente obliga a construir un sistema que ordene la estructura jurídica, haciendo indispensable crear una Constitución interna que homogenice la legislación estatal, para evitar contradicciones e indefinición de la competencia de los órganos de poder local y de sus autoridades.

Por ello las razones fundamentales que justifican la existencia de las Constituciones locales, pueden enunciarse de la forma siguiente:

1. Ordenan jerárquicamente el sistema jurídico estatal;
2. Organizan y estructuran el poder público estatal;
3. Definen el ámbito de competencia de las autoridades locales y, por tanto,
4. Son normas supremas para el régimen interior de los Estados.

El principio de supremacía de las Constituciones locales le es inherente por las premisas anteriores; difícilmente la sola Constitución federal sería capaz de ordenar jerárquicamente el sistema jurídico interno de cada una de las entidades federativas; por tal razón las cartas constitucionales del orden local tienen el carácter de normas supremas en el interior de cada Estado.

En la revisión de los textos constitucionales de las 32 entidades federativas, incluido el Estatuto de Gobierno del Distrito Federal, se advierte que la mitad de éstos consagran expresamente el principio de supremacía constitucional, mientras que la otra mitad no hace referencia al mismo; esta circunstancia de ninguna forma debe ser interpretada en el sentido de negar el carácter de supremas a las Constituciones locales, implícitamente la supremacía aparece en los textos constitucionales. Incluso la tendencia ahora, en varias entidades federativas, ha sido el establecimiento de mecanismos jurisdiccionales protectores del orden

constitucional local, precisamente para garantizar la supremacía de las Constituciones locales, demostrando así el carácter supremo de las cartas constitucionales del orden estatal.

Lo anterior se refleja en el siguiente cuadro:

**Cuadro comparativo de las entidades federativas que establecen el principio de supremacía constitucional en sus Constituciones**

<b>Entidad</b>	<b>Supremacía</b>	<b>Artículo constitucional</b>
Aguascalientes	NO	-
Baja California	NO	-
<b>Baja California Sur</b>	<b>SI</b>	<b>2</b>
Campeche	NO	-
<b>Coahuila</b>	<b>SI</b>	<b>158, 194</b>
<b>Colima</b>	<b>SI</b>	<b>129</b>
<b>Chiapas</b>	<b>SI</b>	<b>56</b>
Chihuahua	NO	-
<b>Durango</b>	<b>SI</b>	<b>124</b>
<b>Distrito Federal</b>	<b>SI</b>	<b>1</b>
<b>Guanajuato</b>	<b>SI</b>	<b>142</b>
Guerrero	NO	-
<b>Hidalgo</b>	<b>SI</b>	<b>2</b>
Jalisco	NO	-
<b>Estado de México</b>	<b>SI</b>	<b>88 bis</b>
Michoacán	NO	-
Morelos	NO	-
Nayarit	NO	-
<b>Nuevo León</b>	<b>SI</b>	<b>153</b>
<b>Oaxaca</b>	<b>SI</b>	<b>2</b>
Puebla	NO	-
Querétaro	NO	-
<b>Quintana Roo</b>	<b>SI</b>	<b>7</b>
San Luís Potosí	NO	-
<b>Sinaloa</b>	<b>SI</b>	<b>158</b>
Sonora	NO	-
Tabasco	NO	-
Tamaulipas	NO	-
<b>Tlaxcala</b>	<b>SI</b>	<b>79</b>
<b>Veracruz</b>	<b>SI</b>	<b>80</b>
Yucatán	NO	-
<b>Zacatecas</b>	<b>SI</b>	<b>166</b>

## 1.5. La justicia constitucional en las entidades federativas

La defensa de la Constitución por conducto de los jueces locales ha sido uno de los temas pendientes del sistema federal mexicano. Si hablar de justicia constitucional en México resulta aún hoy novedoso, a pesar de estar transcurriendo la primer década de instauración, más novedoso puede resultar el tema de justicia constitucional en el orden local.

Hasta antes del año 2000, las Constituciones estatales en México se habían visto como “simples exposiciones de principios políticos que no terminan por vincular jurídicamente”.<sup>230</sup> Las Constituciones locales han estado carentes de instrumentos procesales que aseguren el principio de supremacía constitucional del orden normativo interno de cada entidad federativa; es precisamente a partir del año 2000 cuando se inicia un fenómeno interesante de modificación a los textos constitucionales de algunos Estados, instaurando instrumentos de control constitucional del orden local; Veracruz primero, seguido de cuatro entidades más, constituyen los pioneros en México de la justicia constitucional local.

Una primera interrogante que brota en este tema es la justificación jurídica de la existencia de instrumentos de control del orden constitucional de cada Estado.

Se ha afirmado en el presente estudio que un sistema de Estado federal implica la existencia de dos órdenes de autoridad: una federal y otra local; el ejercicio de autoridad se encuentra delimitado por distintos ordenes normativos, federal y estatal; en cada uno de ellos existe un común denominador: la Constitución. La norma constitucional organiza, estructura y faculta el ejercicio del poder e impone orden y cohesión al ordenamiento jurídico de la federación y de los Estados integrantes. La Constitución está presente, entonces, en cada uno de estos órdenes de autoridad, con una característica fundamental: la supremacía.

---

<sup>230</sup> ASTUDILLO REYES, César I. en Ensayos de justicia constitucional en cuatro ordenamientos de México: Veracruz, Coahuila, Tlaxcala y Chiapas. Ob. Cit. 4, pág. XXIV.

La existencia de esta delimitación del poder sujeto a la norma constitucional obliga a una coexistencia jurisdiccional de protección de la Constitución tanto en el orden federal como en el local. “Tomando como presupuesto la naturaleza federal del Estado mexicano y la consecuente estratificación de ordenamientos dotados de autonomía, es axiomático que exista un sistema integral de defensa de la “*Constitución total*” como la llamó Kelsen y, a la vez, una pluralidad de sistemas para proteger cada ordenamiento dentro de su ámbito de autonomía. Lo anterior provoca que no pueda hablarse de un sistema unitario de justicia constitucional ya que no existe monopolio alguno de control en un solo órgano, administrándose la justicia constitucional a través de un pluralidad de ellos, cada uno bajo una esfera de validez determinada”.<sup>231</sup>

Si la propia Constitución federal reconoce la existencia de las Constituciones locales como ejes rectores del sistema jurídico interno de cada Estado, es dable afirmar la viabilidad de instrumentos de control jurisdiccional que garanticen la supremacía de la norma fundamental en los ámbitos federal y local. “De ahí que en México la defensa de la Constitución por la vía judicial es un modelo mixto, que debe operar en forma coincidente, complementaria –no simultánea- en el régimen federal y estatal bajo el principio de supremacía constitucional”.<sup>232</sup>

Los artículos 40 y 41 de la Constitución federal abren la posibilidad de coexistencia de los dos sistemas de justicia constitucional, pues aunque estos preceptos no son categóricos en relación a la justicia constitucional local, la sola aceptación de una Constitución local, justifica la instauración de instrumentos de control constitucional que aseguren la supremacía de la norma estatal.

No obstante la claridad constitucional de permitir la existencia de las Constituciones estatales, la realidad histórico-jurídica del constitucionalismo local indica la nula actuación de las entidades federativas en la instauración de mecanismos que preserven el principio supremo de la Constitución local.

---

<sup>231</sup> ASTUDILLO REYES, César I. en Derecho constitucional Miguel Carbonell, coordinador. Memoria del Congreso Internacional de Culturas y Sistemas Jurídicos comparados. UNAM, México 2004, pág. 30.

<sup>232</sup> RÍOS, Luís Efrén. En Justicia Constitucional Local, Eduardo Ferrer MacGregor y Rodolfo Vega Hernández, coordinadores. Editorial FUNDAP, México 2003, pág. 317.

Esta evidencia notable de desatención de las representaciones estatales obliga a establecer, desde el ámbito de la Constitución federal, principios rectores sobre los cuales puedan darse los primeros pasos hacia un sistema integral de protección constitucional local.

Héctor Fix Zamudio y José Ramón Cosío han afirmado que: “la función jurisdiccional de nuestra época se encuentra sujeta a una profunda revisión en virtud de su creciente complejidad, ya que lo que se había concebido de manera tradicional como una actividad puramente técnica de resolución de conflictos jurídicos se ha transformado en uno de los servicios públicos esenciales del Estado contemporáneo. En efecto, un conjunto de factores sociales, económicos y culturales ha penetrado en una función que también tiene un sentido político, esto es, con lo relativo a la toma de decisiones esenciales por los órganos del poder, actividad de la que en general estaban excluidos los tribunales”.<sup>233</sup>

El proceso de democratización que vive México, derivado de la transformación social en todos sus ámbitos, lleva consigo la necesidad de nuevas formas de organización jurídica y al mismo tiempo la exigencia de nuevos mecanismos de preservación de derechos personales y un reparto de competencias en el ejercicio del poder que garanticen la funcionalidad del Estado mexicano. Las nuevas formas de competencia electorales en los últimos años ha propiciado el reparto tripartito de las fuerzas políticas, consolidando cada vez más una trilogía de partidos donde las posibilidades de acceso al poder público son más cerradas; ello da origen, también, a nuevas confrontaciones del poder. El ejercicio del poder ante esta realidad se hace más cuestionable y vulnerable frente al reparto equilibrado de las preferencias electorales; de ahí el valor incalculable del derecho como punto de encuentro y resolución de todo conflicto social generado por esta dinámica. La justicia constitucional es parte de ese proceso de transformación social; los aires de democracia requieren reglas claras que garanticen el ejercicio de las libertades políticas.

---

<sup>233</sup> FIX-ZAMUDIO, Héctor y COSSIO, José Ramón. El Poder Judicial en el ordenamiento mexicano. FCE, México 1996, pág 15



César Astudillo sostiene: “Existe una vinculación positiva y negativa entre democracia y justicia constitucional. La primera se evidencia en la medida que la justicia constitucional se considera ya un componente genético de cualquier democracia liberal hasta el punto de que más de uno duda de la configuración de esta última en ausencia de controles sobre la conformidad de las leyes a la Constitución. La segunda porque, históricamente, la incardinación de sistemas de justicia constitucional se ha dado en los lugares con menor *rating* democrático, guiados bajo la intención de que coadyuve a la consolidación del régimen constitucional. La mayoría de las veces comienza por manifestarse la segunda idea, y la primera aparece sólo como consecuencia de un proceso de maduración política”.<sup>234</sup>

Con independencia de lo anterior, la urgencia inmediata en la agenda legislativa estatal en México debe estar orientada a la instauración de instrumentos que garanticen el orden constitucional local, de lo contrario el ejercicio de la democracia presentará serias dificultades ante un sistema jurídico en el que la norma constitucional no se encuentra blindada. El paso hacia ese horizonte se ha iniciado, aun cuando lento: ocho entidades federativas lo han dado.

## **1.6. Realidad estatal de la justicia constitucional local**

El presente apartado tiene por objeto hacer un análisis comparativo de la legislación constitucional de los Estados que han iniciado el camino hacia la garantía de la supremacía de las cartas constitucionales locales. Para tal efecto se ha adoptado un método analítico que pretende comparar el puñado de legislaciones de justicia constitucional local. El análisis por entidad, se abordará de conformidad con el orden cronológico de vigencia.

En primer término se expondrán, de forma general, las características particulares de cada uno de los Estados, tomando como elementos de análisis: 1.

---

<sup>234</sup> ASTUDILLO REYES, en Derecho Constitucional, memoria del congreso internacional de culturas y sistemas jurídicos comparados. Ob. Cit. pág. 32.

el modelo de control, 2. los instrumentos jurisdiccionales de protección constitucional, 3. la autoridad constitucional que conoce del proceso y 4. los sujetos legitimados para operar los mecanismos de control constitucional. En segundo lugar, se compararán los modelos con el objeto de destacar diferencias y coincidencias, a fin de obtener una conclusión general que permita identificar fortalezas y debilidades de la ingeniería constitucional local.

## **1.7. Veracruz**

La Constitución veracruzana es el ordenamiento constitucional más reciente en México; el 3 de febrero de 2000 fue publicada en la Gaceta Oficial del Estado de Veracruz, con el número 53. La nueva Constitución veracruzana introdujo figuras jurídicas de vanguardia, convirtiéndose en pionera de la justicia constitucional local.

### **1.7.1. Modelo de control constitucional**

La doctrina identifica dos modelos de control constitucional atendiendo a la forma en que se ejerce el control, ya sea por vía de acción directa y o por vía de excepción, también llamada incidental. En el primer caso se ejerce como un instrumento de control directo, en el que el planteamiento de inconstitucionalidad se formula ante el tribunal constitucional como una pretensión principal, por vía de demanda directa. En el modelo de control concreto, o por vía incidental, el problema de inconstitucionalidad no aparece como una cuestión principal, sino que surge dentro de un proceso común, en el que al ser resuelto aparece una norma aplicable al caso concreto tachada de inconstitucional, obligando al juzgador a realizar primero el examen de constitucionalidad a la norma, por ser relevante para la decisión final, evitando así la aplicación de una norma considerada inconstitucional.<sup>235</sup>

---

<sup>235</sup> Cfr. SAGÜES, Néstor Pedro, Teoría de la Constitución. Ob. Cit. pág. 476.

El modelo de control constitucional instaurado en Veracruz se muestra mediante un control abstracto o por vía de acción directa, y por un control concreto o por vía de excepción; por una parte se ejerce el control abstracto mediante las acciones de inconstitucionalidad, las controversias constitucionales, la acción por omisión legislativa, el juicio de protección de derechos humanos y el recurso de regularidad constitucional de los actos del ministerio público, y al mismo tiempo se identifica el modelo de control concreto o por vía de excepción, por medio de la cuestión de inconstitucionalidad.

### **1.7.2. Instrumentos jurisdiccionales de protección constitucional**

Los mecanismos de control constitucional en la legislación veracruzana se identifican en el artículo 64 de la Constitución de esa entidad. Los instrumentos de defensa constitucional del orden local son: 1. El juicio de protección de derechos humanos; 2. El recurso de regularidad constitucional de los actos del ministerio público; 3. Las acciones de inconstitucionalidad; 4. Las controversias constitucionales; 5. La acción por omisión legislativa y; 6. La cuestión de inconstitucionalidad.

### **1.7.3. Autoridad constitucional que conoce del proceso**

En principio, la Constitución de Veracruz sigue siendo fiel al sistema de impartición de justicia mexicano, al atribuir la competencia de control constitucional al Poder Judicial del Estado. El control material de la constitucionalidad lo ejerce el Tribunal Superior de Justicia estatal, dividiéndose la competencia de los asuntos en el pleno y en la Sala Constitucional. El pleno conoce del control abstracto de la constitucionalidad, por conducto de las controversias constitucionales, las acciones de inconstitucionalidad y la acción por omisión legislativa, previa

sustanciación del procedimiento que realiza la Sala Constitucional,<sup>236</sup> la cual está integrada por tres magistrados y tiene competencia para resolver los casos de control concreto donde hay una afectación directa al gobernado por actos u omisiones inconstitucionales; tal es el caso del juicio de protección de derechos humanos, el recurso de regularidad constitucional de los actos del ministerio público y la cuestión de inconstitucionalidad.<sup>237</sup>

#### **1.7.4. Sujetos legitimados para accionar los mecanismos de control constitucional**

La legitimación activa corresponde a entes particulares y entes públicos, dependiendo del tipo de acción que se ejerza, sea ésta de naturaleza objetiva o subjetiva. En el primer caso corresponde accionar la justicia constitucional al gobernador del Estado, al Poder Legislativo, a los municipios, cuando se trata de la acción de inconstitucionalidad, controversias constitucionales y acción por omisión legislativa; cuando verse sobre la cuestión de inconstitucionalidad la legitimación recae en todos los jueces y magistrados del Estado.

Tratándose de acciones subjetivas de inconstitucionalidad, éstas son ejercidas por el gobernado que sufre en su esfera jurídica un agravio personal y directo producido por todo acto u omisión realizado por autoridad; en tal supuesto entran el juicio de protección de derechos humanos y el recurso de regularidad constitucional de los actos del ministerio público.<sup>238</sup>

---

<sup>236</sup> Artículos 64 y 65, con relación al 56 de la Constitución del Estado de Veracruz y 38 de la Ley Orgánica del Poder Judicial.

<sup>237</sup> Artículo 45 de la Ley Orgánica del Poder Judicial.

<sup>238</sup> Ver artículo 6 de la Ley de Juicio de Protección de Derechos Humanos del Estado de Veracruz-Llave.

## **1.8. Coahuila**

En el caso del Estado de Coahuila, la Constitución Política de 1918 fue reformada en marzo de 2001<sup>239</sup>, a efecto de otorgar facultades al Tribunal Superior de Justicia para conocer de una serie de procedimientos de carácter constitucional; de este modo los coahuilenses se sumaron a la lista de entidades con procesos de justicia constitucional local.

Coahuila recoge algunos elementos de la legislación veracruzana, sin embargo, existen notables diferencias entre si, de las que se da cuenta de ello en el siguiente análisis.

### **1.8.1. Modelo de control constitucional**

El modelo de control que se ejerce en Coahuila es abstracto, se ejerce por vía de acción directa, al establecerse tres procesos de control constitucional: las acciones de inconstitucionalidad, las controversias constitucionales y el juicio de revisión constitucional.<sup>240</sup>

Agregado a ello, existe un mecanismo de control difuso en vía de excepción, emulando el artículo 133 de la Constitución federal, al facultar a los todos los jueces estatales a desaplicar una ley que consideren contraria a la norma constitucional local<sup>241</sup>. Así, Coahuila establece dos formas de control constitucional una concentrada y otra difusa; la primera para el caso de control abstracto y la segunda como instrumento general que se ejerce por todo órgano jurisdiccional para desaplicar normas consideradas inconstitucionales.

El control difuso de la constitucionalidad se da en vía de excepción o incidental, al facultar a cualquier gobernado, como parte de un proceso jurisdiccional común, para que impugne, ante la misma autoridad que conoce del

---

<sup>239</sup> Véase el decreto 148 por el que se reforman, adicionan, y derogan diversas disposiciones de la Constitución Política del Estado de Coahuila, publicadas en el Periódico Oficial del Gobierno del Estado el 20 de marzo de 2001

<sup>240</sup> Ver artículo 158, fracción I y II de la Constitución de Coahuila.

<sup>241</sup> Id. párrafo tercero de la Constitución de Coahuila.

juicio, la constitucionalidad de la norma que se pretende aplicar para resolver su asunto.

El control difuso de la constitucionalidad es uno de los elementos importantes que aporta el Estado de Coahuila a la justicia constitucional local.

### **1.8.2. Instrumentos jurisdiccionales de protección constitucional**

Se identifican cuatro mecanismos de control constitucional en Coahuila: las acciones de inconstitucionalidad, las controversias constitucionales, el control difuso de la constitucionalidad ejercido por todos los jueces locales y el juicio de revisión constitucional, con el fin de racionalizar la actividad de control de los jueces ordinarios, para armonizar el sistema de interpretaciones constitucionales.<sup>242</sup>

### **1.8.3. Autoridad constitucional que conoce del proceso**

De conformidad con el artículo 158 de la Constitución de Coahuila, el pleno<sup>243</sup> del Tribunal Superior de Justicia conoce de las acciones de inconstitucionalidad, controversias constitucionales y recursos de revisión constitucional. En tanto, el control difuso es ejercido por todos los jueces y magistrados del Estado, al identificar en el conocimiento de los asuntos de su competencia alguna norma considerada inconstitucional.

### **1.8.4. Sujetos legitimados para operar los mecanismos de control constitucional**

De acuerdo con los modelos de control, existe una doble legitimación activa; por un lado el gobernado sujeto a un proceso jurisdiccional principal, interesado en

---

<sup>242</sup> Cfr. ASTUDILLO REYES, César I. en Derecho constitucional. Ob. Cit. pág. 8

<sup>243</sup> El Pleno se integra por 7 magistrados y bastará la presencia de 5 para sesionar, en los términos de la Ley Orgánica del Poder Judicial artículos 6, 7, 8 y 9.

que su controversia se resuelva con base en una norma conforme a la Constitución local, y por otro una legitimación de órganos del Estado facultados para accionar la justicia constitucional local.

En las acciones de inconstitucionalidad, corresponde la facultad al 33 por ciento de los integrantes de los Ayuntamientos o Consejos municipales; 33 por ciento de los integrantes del Poder Legislativo y al Gobernador del Estado. Para el caso de las controversias constitucionales la acción compete ejercerla al Gobernador, al Poder Legislativo y a los municipios del Estado, entre los que se suscite el conflicto constitucional. En cambio, el recurso de revisión constitucional puede promoverlo la parte en el juicio que haya sido afectada por la declaratoria de desaplicación de la norma inconstitucional dictada por el juez que conoce del asunto.

## **1.9. Tlaxcala**

El Estado de Tlaxcala fue el tercero en crear los mecanismos de control constitucional local; la reforma en esta materia a la Constitución, se publicó el 18 de mayo de 2001. La enmienda consagra, en el artículo 79, que el Poder Judicial garantizará la supremacía y el control de la Constitución.

### **1.9.1. Modelo de control constitucional**

El control constitucional en Tlaxcala se ejerce de las formas abstracta y concreta, ambas ejercitadas por medio de una acción directa. “Este modelo se alinea con aquellos que ejercen una jurisdicción concentrada, apareciendo como un sistema unitario que ejerce el monopolio de la justicia constitucional dentro del ordenamiento de referencia. En este sentido, el modelo tlaxcalteca es el que se acerca más a la configuración de la justicia constitucional originalmente pensada por Kelsen”.<sup>244</sup>

---

<sup>244</sup> ASTUDILLO REYES, César I. en Derecho constitucional. Ob. Cit. pág. 10

A diferencia de los modelos de Veracruz y Coahuila, en Tlaxcala no existe un control por vía de excepción.

### **1.9.2. Instrumentos jurisdiccionales de protección constitucional**

La Constitución tlaxcalteca consagra cuatro instrumentos de control constitucional: el juicio de protección constitucional de los derechos fundamentales, las acciones de inconstitucionalidad, las controversias constitucionales y la acción de inconstitucionalidad por omisión.<sup>245</sup>

### **1.9.3. Autoridad constitucional que conoce del proceso**

El pleno del Tribunal Superior de Justicia del Estado de Tlaxcala actúa como tribunal de control constitucional, en los términos del artículo 81. El pleno se integra por 14 magistrados, y es necesaria la presencia de 12 para resolver asuntos de control constitucional.<sup>246</sup> El pleno es el único facultado para sustanciar y resolver todos los procesos de control constitucional.

### **1.9.4. Sujetos legitimados para accionar los mecanismos de control constitucional.**

La legitimación activa para promover el juicio de protección constitucional de los derechos fundamentales corresponde al gobernado que resiente una afectación personal y directa por leyes o actos de autoridad que vulneran los derechos fundamentales consagrados en la Constitución estatal. En las controversias por competencia constitucional, la acción es ejercida por el Poder Legislativo, el Gobernador y los Ayuntamientos o Consejos municipales. Para el caso de las acciones de inconstitucionalidad se encuentran legitimados: el 25 por ciento de los

---

<sup>245</sup> Ver artículo 81 de la Constitución Política de Tlaxcala

<sup>246</sup> Véase artículo 25 de la Ley Orgánica del Poder Judicial y 2 de la Ley de Control Constitucional, ambas del Estado de Tlaxcala.



integrantes del Poder Legislativo, la Comisión de Derechos Humanos, el Procurador General de Justicia, los partidos políticos tratándose de leyes electorales y lo que representa una innovación, la Universidad Autónoma de Tlaxcala. Para el caso de normas emanadas de los Ayuntamientos, la acción corresponde al 25 por ciento de los integrantes del Cabildo que emitió la norma; al Gobernador del Estado; a los diputados cuyo distrito pertenezca al Municipio donde se expidió la norma impugnada; al Procurador de Justicia, a la Comisión de Derechos Humanos y a las universidades públicas del Estado.

En cuanto a la acción de inconstitucionalidad por omisión, la legitimación corresponde, de forma genérica, a las autoridades estatales y municipales, pero al mismo tiempo la fracción IV del artículo 81 de la Constitución tlaxcalteca, legitima a todos los residentes del Estado para activar este instrumento de control, lo que significa una especie de acción popular de inconstitucionalidad.

### **1.10. Chiapas**

El cuarto Estado en instaurar instrumentos de justicia constitucional del orden local fue Chiapas, mediante la reforma a la Constitución publicada en el Periódico Oficial del Estado el 6 de noviembre de 2002.<sup>247</sup> Chiapas, al igual que Veracruz, otorga el control constitucional a todos los jueces locales, pero no mediante el control difuso existente en Coahuila, sino por conducto de la cuestión de inconstitucionalidad.

El 16 de mayo de 2007, se publicó en el Periódico Oficial de esta entidad, la reforma al artículo 49 de la Constitución, que instituye el primer tribunal constitucional estatal de México, como un órgano especializado para ejercer el control de la constitucionalidad chiapaneco.

---

<sup>247</sup> Véase el Decreto número 310 en el Periódico Oficial del Estado de Chiapas.

### **1.10.1. Modelo de control constitucional**

El control constitucional en Chiapas se ejerce en forma abstracta, en vía directa y por vía de excepción. Por medio de la cuestión de inconstitucionalidad el control se otorga a todos los jueces locales, para que en vía incidental planteen, ante el Tribunal Constitucional, alguna duda de constitucionalidad al momento de conocer un proceso jurisdiccional ordinario.

### **1.10.2. Instrumentos jurisdiccionales de protección constitucional**

Chiapas establece cuatro procesos de control constitucional abstracto: las controversias constitucionales, acciones de inconstitucionalidad, acciones por omisión legislativa y cuestiones de inconstitucionalidad. A diferencia de Veracruz y Tlaxcala, en Chiapas no existe el juicio de protección constitucional por violaciones a los derechos fundamentales.

### **1.10.3. Autoridad constitucional que conoce del proceso**

El conocimiento y resolución de los procesos de control constitucional se ejerce por un tribunal constitucional, integrado por tres magistrados, incorporado a la magistratura superior del estado, en los términos de los artículos 49 y 50 de la Constitución chiapaneca.

El tribunal constitucional fue creado recientemente mediante reforma publicada el 16 de mayo de 2007.<sup>248</sup> Así Chiapas se convierte en la primera

---

<sup>248</sup> Artículo 49.- ...

Para el ejercicio de sus atribuciones, el Poder Judicial contará con una Magistratura Superior del Estado, compuesta por un Tribunal Constitucional y Salas Regionales Colegiadas; un Consejo de la Magistratura; un Tribunal de Justicia Electoral y Administrativa; un Tribunal del Trabajo Burocrático; Juzgados de Primera Instancia; Juzgados y Salas Especializadas en Justicia para Adolescentes; Juzgados de Paz y Conciliación; juzgados de Paz y Conciliación Indígena, y Juzgados Municipales; asimismo contará con un Centro de Justicia Alternativa y un Instituto de la Defensoría Social. Las particularidades de su organización y desempeño, serán previstas por un Código de Organización del Poder Judicial y en el Reglamento Interno que al efecto emita cada uno de sus órganos, con base en lo dispuesto en esta Constitución y demás normatividad aplicable.

entidad federativa en crear un tribunal constitucional especializado, al estilo europeo. El control se ejerce de forma concentrada, pero abren la posibilidad para que todos los jueces estatales puedan interponer el juicio de cuestión de inconstitucionalidad, ante la duda sobre la constitucionalidad presentada en el conocimiento de un asunto.

#### **1.10.4. Sujetos legitimados para accionar los mecanismos de control constitucional**

Al no existir el control para la protección de los derechos fundamentales de los gobernados, éstos no están legitimados para accionar la justicia constitucional local; recayendo esta facultad en órganos del poder público. Compete iniciar las acciones de inconstitucionalidad, al Gobernador, 33 por ciento de los integrantes del Congreso Local, al Procurador y el 33 por ciento de los Ayuntamientos. Las controversias constitucionales se inician por conducto del Gobernador, el Poder Legislativo o los municipios del Estado. En el caso de la omisión legislativa la legitimación corresponde al Gobernador, a la tercera parte de los integrantes del Congreso o a la tercera parte de los ayuntamientos.

Por último, en cuanto a la cuestión de inconstitucionalidad, se atribuye la legitimación a todos los jueces y magistrados del Estado.

---

Artículo 50.- La Magistratura Superior del Estado se integra por un Tribunal Constitucional, y el número de salas Regionales Colegiadas por materia y mixtas que determine el Consejo de la Magistratura, de acuerdo con las atribuciones y facultades señaladas en esta Constitución y la Ley respectiva. El Tribunal Constitucional se integra por tres magistrados nombrados por el Congreso del Estado, o la Comisión Permanente en su caso, a propuesta del titular del Poder Ejecutivo, con la aprobación de las dos terceras partes de sus integrantes. La designación se hará dentro de un plazo que no excederá de siete días hábiles respecto de aquel en que fue presentada la propuesta por el titular del Poder Ejecutivo. Si el Congreso no resuelve dentro de dicho plazo, ocupará el cargo de magistrado, la persona que haya sido propuesta por el titular del Ejecutivo del Estado. Los magistrados de Tribunal Constitucional durarán en su encargo nueve años y no podrán ser designados para un siguiente periodo. El Tribunal Constitucional residirá en la capital del Estado; sus atribuciones serán las establecidas en esta Constitución y en la Ley respectiva. Funcionará siempre en Pleno, sus sesiones serán públicas y sus resoluciones deberán ser tomadas por mayoría. El presidente del Tribunal Constitucional lo será también de la Magistratura Superior del Estado, quien será electo cada tres años con posibilidades de reelección hasta por una sola vez y a él corresponderá la administración del Tribunal.

## **1.11. Quintana Roo**

De la misma forma, Quintana Roo que en 2003 reformó su Constitución para establecer mecanismos de control constitucional.<sup>249</sup>

### **1.11.1. Modelo de control constitucional**

El modelo de Quintana Roo, es de control abstracto en vía de ejercicio directa, el cual se resuelve mediante un sistema de control concentrado de justicia constitucional, al facultar de manera exclusiva al pleno del Tribunal Superior de Justicia para resolver estos casos.

El control constitucional se erige –en los términos del artículo 104 de la Constitución de ese Estado- como un medio para mantener la eficacia y vigencia de la Constitución.

### **1.11.2. Instrumentos jurisdiccionales de control constitucional**

Se consagran tres procesos constitucionales: las controversias constitucionales, las acciones de inconstitucionalidad y las acciones por omisiones legislativas. Como en los mismos casos de Coahuila y Chiapas, en Quintana Roo tampoco se estableció el juicio constitucional de protección de derechos fundamentales.

### **1.11.3. Autoridad constitucional que conoce del proceso**

En los términos del artículo 103 de la Constitución, corresponde al Tribunal Superior de Justicia, resolver los procesos de control constitucional. Sin embargo, existe una sala unitaria, denominada Sala Constitucional y Administrativa, con

---

<sup>249</sup> La reforma fue publicada en el Periódico Oficial del Estado el 28 de noviembre de 2003.

facultades para substanciar el procedimiento y formular los proyectos de resoluciones que serán sometidos al pleno.

#### **1.11.4. Sujetos legitimados para accionar los mecanismos de control constitucional**

Compete iniciar las acciones de inconstitucionalidad, cuando menos a la tercera parte de los integrantes del Congreso Local o al Procurador. En las controversias constitucionales la capacidad procesal recae en el Gobernador, el Poder Legislativo y los municipios del Estado. En el caso de la omisión legislativa la legitimación corresponde al Gobernador y a los Ayuntamientos<sup>250</sup>.

### **1.12. Estado de México**

La reforma constitucional en el Estado de México fue publicada el 12 de julio de 2004, y por medio de ella se crean atribuciones de justicia constitucional local.

#### **1.12.1. Modelo de control constitucional**

En este Estado, el modelo de control es abstracto en vía de ejercicio directo y se resuelve mediante un sistema de control concentrado, por conducto de la Sala Constitucional.

El control constitucional se prevé en el artículo 88 bis de la Constitución de ese estado.

#### **1.12.2. Instrumentos jurisdiccionales de control constitucional**

Se establecen dos procesos constitucionales: las controversias constitucionales y las acciones de inconstitucionalidad tienen un control parcial de la Constitución,

---

<sup>250</sup> Véase artículo 105 de la Constitución Política del Estado de Quintana Roo.

porque dejan fuera el juicio de protección de derechos fundamentales, la inconstitucionalidad por omisión y la cuestión de constitucionalidad..

### **1.12.3. Autoridad constitucional que conoce del proceso**

En los términos del artículo 88 bis de la Constitución, corresponde a la Sala Constitucional, dependiente del Tribunal Superior de Justicia, resolver los procesos de control constitucional. Se prevé la existencia del recurso de revisión contra las decisiones dictadas por la Sala, sin embargo, este recurso debe promoverse ante la misma Sala Constitucional; para declarar procedente el recurso se requiere la aprobación por unanimidad de votos.

### **1.12.4. Sujetos legitimados para accionar los mecanismos de control constitucional**

Compete iniciar las acciones de inconstitucionalidad, cuando menos 33 por ciento de los integrantes de la Legislatura; 33 por ciento de los integrantes del Ayuntamiento, y al Gobernador del Estado, o al Comisionado de los Derechos Humanos, respecto a leyes de esa naturaleza. En las controversias constitucionales, la capacidad procesal recae en el Gobernador, el Poder Legislativo y los municipios del Estado.<sup>251</sup>

---

<sup>251</sup> **ARTÍCULO 88 BIS.-** Corresponde a la Sala Constitucional:

I. Garantizar la supremacía y control de esta Constitución; II. Substanciar y resolver los procedimientos en materia de controversias que se deriven de esta Constitución, con excepción de las que se refieran a la materia electoral, surgidos entre: a) El Estado y uno o más Municipios; b) Un Municipio y otro; c) Uno o más Municipios y el Poder Ejecutivo o Legislativo del Estado; d) El Poder Ejecutivo y el Poder Legislativo del Estado. III. Conocer y resolver las acciones de inconstitucionalidad planteadas en contra de leyes, reglamentos estatales o municipales, bandos municipales o decretos de carácter general por considerarse contrarios a esta Constitución, y que sean promovidos dentro de los 45 días naturales siguientes a la fecha de publicación de la norma en el medio oficial correspondiente, por: a) El Gobernador del Estado; b) Cuando menos el treinta y tres por ciento de los miembros de la Legislatura; c) El equivalente al treinta y tres por ciento de los integrantes de un Ayuntamiento del Estado; d) El Comisionado de los Derechos Humanos del Estado de México, en materia de derechos humanos. Las resoluciones dictadas en los procesos a que se refiere este artículo, que declaren la invalidez de disposiciones generales del Poder Ejecutivo, del Poder Legislativo o de los Municipios, tendrán efectos generales cuando sean aprobados cuando menos por cuatro votos de los integrantes de la Sala Constitucional. Las resoluciones que no fueren aprobadas por cuatro de cinco votos, tendrán efectos particulares. Contra la resolución emitida por la Sala Constitucional en primera instancia,

### **1.13. Guanajuato**

El 20 de marzo de 2001 se publicó la reforma al artículo 89 de la Constitución Política del Estado Libre y Soberano de Guanajuato, en la que se instauraron los mecanismos de control constitucional local.

#### **1.13.1. Modelo de control constitucional**

El modelo de control es abstracto en vía de ejercicio directo, se resuelve mediante un sistema de control concentrado, por conducto del pleno del Supremo Tribunal de Justicia de esa entidad.

El control constitucional está previsto en el artículo 89 apartado A, fracción XV, de la Constitución de ese estado.

#### **1.13.2. Instrumentos jurisdiccionales de control constitucional**

Se establecen dos procesos constitucionales: las controversias legales -aquí no se les denomina controversias constitucionales- y, las acciones de inconstitucionalidad; al igual que el Estado de México se ejerce un control parcial de la Constitución.

#### **1.13.3. Autoridad constitucional que conoce del proceso**

En los términos del artículo 89, fracción XV, de la Constitución, corresponde al pleno del Supremo Tribunal de Justicia, resolver los procesos de control constitucional.

---

podrá interponer el recurso de revisión, mismo que será resuelto por la propia Sala, y para su aprobación se requerirá de unanimidad de votos. En caso de que la controversia o acción de inconstitucionalidad verse sobre la constitucionalidad de actos, o presunta violación o contradicción de preceptos constitucionales federales, se estará a lo dispuesto en la Constitución General de la República, así como a la Ley Reglamentaria de las fracciones I y II del artículo 105 de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos.

#### **1.13.4. Sujetos legitimados para accionar los mecanismos de control constitucional**

Compete iniciar las acciones de inconstitucionalidad, cuando menos a la tercera parte de los integrantes del Congreso, contra normas de carácter general, con excepción de las leyes electorales. En el caso de las controversias legales, la capacidad procesal recae en el Gobernador, el Poder Legislativo y los municipios del Estado.<sup>252</sup>

#### **1.14. Nuevo León**

En Nuevo León se prevé el sistema de justicia constitucional en el artículo 95 de la Constitución local.

##### **1.14.1. Modelo de control constitucional**

El modelo de control es abstracto en vía de ejercicio directo; se resuelve mediante un sistema de control concentrado, por conducto del pleno del Tribunal Superior de Justicia de esa entidad.

---

<sup>252</sup> Artículo 89. Las facultades y obligaciones del Pleno del Supremo Tribunal de Justicia son: XV.- *Garantizar la observancia de esta Constitución y además conocer de:* A. Las controversias legales entre: Dos o más Municipios; Uno o más Municipios y el Poder Ejecutivo o Legislativo; y El Poder Ejecutivo y el Legislativo. B. Las acciones de inconstitucionalidad que promueva al menos una tercera parte de los integrantes del Congreso del Estado y que tengan por objeto plantear la posible contradicción entre una norma de carácter general y esta Constitución. Las acciones de inconstitucionalidad sólo podrán ejercitarse, dentro de los treinta días naturales siguientes a la fecha de publicación de la norma. Quedan excluidos los conflictos o acciones de carácter electoral. El procedimiento se substanciará conforme lo disponga la Ley.



### **1.14.2. Instrumentos jurisdiccionales de control constitucional**

Se establecen dos procesos constitucionales: las controversias constitucionales y las acciones de inconstitucionalidad.

### **1.14.3. Autoridad constitucional que conoce del proceso**

En los términos del artículo 95 de la Constitución, corresponde al pleno del Tribunal Superior de Justicia resolver los procesos de control constitucional.

### **1.14.4. Sujetos legitimados para accionar los mecanismos de control constitucional**

Compete iniciar las acciones de inconstitucionalidad a los diputados y regidores de los Ayuntamientos en contra leyes que violen los derechos humanos, o que se hallen en el ámbito de competencia de los órganos públicos. En el caso de las controversias constitucionales, la capacidad procesal recae en el Gobernador, el Poder Legislativo, los municipios del Estado y los órganos públicos estatales.<sup>253</sup>

---

<sup>253</sup> ARTICULO 95.- El tribunal superior de Justicia tendrá jurisdicción plena para conocer y resolver, en los términos que señale la Ley reglamentaria, de los siguientes medios de control de la constitucionalidad local: I.- De la controversia de inconstitucionalidad local, que podrá promover el Estado y municipios, así como los poderes u órganos públicos estatales o municipales, para impugnar actos de autoridad o normas generales que invadan su competencia garantizada por esta Constitución, y que provengan de otro diverso poder u órgano estatal u municipal. El poder Judicial del Estado no podrá ser parte actora ni demandada en estas controversias. II.-De la acción de inconstitucionalidad local para impugnar normas generales expedidas por el Congreso o por cualquier ayuntamiento, que en abstracto violen los derechos fundamentales de las personas emanados de esta Constitución, o violen la distribución de competencias que en esta Constitución se establecen para el Estado y los municipios, o para cualquiera de los poderes u órganos públicos estatales o municipales. Esta acción de inconstitucionalidad podrá ser promovida por los diputados, tratándose de normas generales expedidas por el Congreso del Estado, y por los regidores tratándose de normas generales expedidas por su respectivo ayuntamiento, en los términos que determine la Ley reglamentaria. Esta acción también podrá promoverla el Procurador de Justicia del Estado. Las Sentencias dictadas para resolver una controversia de inconstitucionalidad local o una acción de inconstitucionalidad local, que declaren inconstitucional una norma general, tendrán efectos generales en todo el Estado cuando sean votados por la mayoría calificada que determine la ley reglamentaria, a partir de la fecha en que sean publicadas en el Periódico Oficial del Estado o de la fecha posterior a la publicación que la propia sentencia ordene.

### **1.15. Entidades con control parcial de la constitucionalidad.**

Existe también un buen número de Estados con algunos instrumentos de control que de forma limitada establecen mecanismos de protección constitucional parcial. Tal es el caso de Campeche, que en 2001 incorporó la facultad del pleno del Tribunal Superior de Justicia para resolver los conflictos que se susciten entre: el estado y un municipio; un municipio y otro; un municipio y una sección municipal; una sección municipal y otra; los poderes Ejecutivo y Legislativo del estado; alguno de los anteriores y una entidad paraestatal o paramunicipal; dos entidades paraestatales; dos entidades paramunicipales; o una entidad paraestatal y una paramunicipal. La misma facultad se atribuyó al pleno del Supremo Tribunal de Justicia de Chihuahua, en 1994, para resolver los controversias entre los Ayuntamientos y el Congreso, entre los propios Ayuntamientos, o entre éstos y el Poder Ejecutivo.

Colima incorporó la facultad de resolver conflictos entre los municipios y los poderes Legislativo y Ejecutivo, o entre aquéllos, siempre que no se refieran a límites territoriales, mediante reforma publicada el 30 de septiembre de 2000, facultándose al Supremo Tribunal de Justicia de ese estado para resolver este tipo de conflictos. El 26 de noviembre de 2000 se publicó la reforma a la Constitución de Durango, confiriendo facultades al Tribunal Superior de Justicia para resolver los conflictos que surjan entre los Ayuntamientos y los poderes del estado. Por su parte, el estado de Hidalgo publicó la reforma constitucional el 26 de febrero de 2001, facultando también al Tribunal Superior de Justicia para dirimir los conflictos de carácter judicial que surjan entre los municipios, entre éstos y el Congreso y entre aquéllos y el Ejecutivo estatal.

Oaxaca también ha incorporado -mediante reforma constitucional publicada el 8 de diciembre de 2000- facultades al Tribunal Superior de Justicia para resolver las controversias de carácter contencioso que se susciten entre los municipios, entre sí y entre éstos y los poderes Legislativo y Ejecutivo del estado. Sinaloa, por

su parte, publicó reformas constitucionales el 16 de octubre de 1998, encargando al Supremo Tribunal de Justicia el conocimiento de las controversias de cualquier orden que se susciten entre los poderes del estado, entre uno o más poderes del estado y los Ayuntamientos o entre éstos. En Tabasco también se consagra a favor del Tribunal Superior de Justicia la facultad de resolver los conflictos que surjan entre los municipios y cualquiera de los poderes Legislativo o Ejecutivo, o bien entre los propios municipios. Zacatecas publicó la reforma constitucional en esta materia el 1º de agosto de 2001, atribuyendo al pleno del Tribunal Superior de Justicia para dirimir los conflictos que surjan entre los municipios y los poderes Legislativo y Ejecutivo, o entre aquéllos, siempre que no se refieran a la materia electoral o a conflictos de límites municipales.

Finalmente, Querétaro se convierte en la entidad federativa con la Constitución Política más reciente, promulgada el 31 de marzo de 2008, la cual incorporó instrumentos de control constitucional, tales como los conflictos de competencia de los órganos del poder público y organismos autónomos, atribuyendo la facultad de ejercer el control de la Constitución, al Poder Judicial, facultad prevista en el artículo 29, de la naciente norma local.<sup>254</sup>

### **1.16. Confrontación de los sistemas de justicia constitucional local**

Expuestas las características fundamentales de las distintas legislaciones estatales que consagran instrumentos de control constitucional, se puede hacer una primera afirmación: no hay uniformidad en la forma de regular y aplicar la justicia constitucional local. Si bien es cierto que existen algunas coincidencias

---

<sup>254</sup> El proceso de mutación constitucional de los queretanos merece un estudio por separado, en virtud de las condiciones en que se da la nueva Constitución, además de convertirse en la norma fundamental más corta del país, con solo 40 artículos.

sobre todo en cuanto a los instrumentos de control, existen también marcadas discrepancias en lo referente a la legitimación activa de los sujetos.

Con base en los enunciados característicos de cada entidad federativa, ahora corresponde confrontar los cuatro aspectos utilizados para analizar las legislaciones estatales.

Vergottini sostiene que “la comparación –como método de estudio- además de instrumental para la verificación de las generalizaciones y de servir para otros fines, es un método que permite la adquisición de nuevos conocimientos. En otras palabras: del estudio comparado de ordenamientos o de institutos de distintos ordenamientos surgen elementos indispensables para la ciencia del derecho constitucional”. Y recalca, “la comparación ofrece al investigador la ocasión de efectuar una comprobación de los datos referentes al conocimiento de los ordenamientos examinados”.<sup>255</sup>

El propósito de comparar en el estudio de las instituciones jurídicas no sólo se limita a identificar sus características particulares, sino confrontarlas y arribar a un proceso de análisis lógico que permita construir una síntesis conclusiva, de las que puedan desprenderse elementos críticos para finalmente descubrir un conocimiento nuevo que no existía antes del análisis comparativo.

El primer problema a resolver para comparar las legislaciones estatales en lo relativo a la justicia constitucional, es identificar los criterios de comparación. El propio Vergottini expresa “el primer problema a afrontar es siempre el de comprobar si las variables objeto de contraste son realmente de la misma clase”.<sup>256</sup> “No decimos nada nuevo cuando destacamos que la tarea principal de quien efectúa la comparación es evidenciar las afinidades y diferencias entre instituciones jurídicas, a fin de evitar la importación inoficiosa de estructuras incompatibles con el subsuelo jurídico donde pretenden transplantarse. Pero la relevancia de la comparación no es útil únicamente para la fase de elaboración constitucional sino también para un eventual ejercicio de reelaboración en virtud que sirve de soporte para realizar los ajustes necesarios ahí donde se hayan

---

<sup>255</sup> DE VERGOTTINI, Giuseppe. Ob. Cit, pág. 5.

<sup>256</sup> Ibid pág. 41

detectado fallas dentro de los ejercicios de ingeniería constitucional primigenios”<sup>257</sup>.

En este caso, los datos de identificación para el análisis comparativo, se expresaron en cuatro puntos sobre los cuales versó el estudio particular de cada una de las legislaciones locales; ellos son: 1. el modelo de control, 2. los instrumentos jurisdiccionales de protección constitucional, 3. la autoridad constitucional que conoce del proceso y 4. los sujetos legitimados para accionar los mecanismos de control constitucional. Ahora corresponde identificar sus puntos de coincidencia y los de disenso, para arribar finalmente a un balance concreto de la justicia constitucional local en México.

#### **1.16.1. Modelos de control constitucional**

Veracruz y Chiapas guardan una estrecha similitud en los modelos de control, al ofrecer sus legislaciones un control abstracto en vía de acción principal y directa; y, por otra parte, un control concreto en vía de excepción incidental, al establecer ambos sistemas la figura de la cuestión de inconstitucionalidad. Por su parte, Coahuila contiene algunos de los elementos anteriores, en cuanto al control abstracto, sólo que en esta legislación el control por vía de excepción se da mediante la protección difusa de la constitucionalidad concedida a todos los jueces locales, consistente en la facultad para desaplicar toda norma considerada inconstitucional.

Por su parte Tlaxcala, Quintana Roo, Estado de México, Nuevo León y Guanajuato comparten la categoría de modelos abstractos de control constitucional en vía directa, en los que el órgano controlador se concentra en uno solo, mediante un sistema concentrado unitario, que radica en el pleno del Tribunal Superior de Justicia, desconociendo facultades a cualquier otro órgano jurisdiccional ordinario.

---

<sup>257</sup> ASTUDILLO REYES, César I. en Derecho constitucional. Ob. Cit. pág. 16

### **1.16.2. Instrumentos jurisdiccionales de protección constitucional**

En este sentido, hay una gran disparidad en el número y tipo de instrumentos de control constitucional; mientras Veracruz -el pionero de la justicia constitucional- consagra seis procesos constitucionales, cuatro de ellos de defensa objetiva de la Constitución, en el que intervienen órganos del estado, y dos de defensa subjetiva, referente a la protección de derechos fundamentales que afectan la esfera individual del gobernado, en Coahuila se instauran cuatro procesos: dos de naturaleza abstracta y dos de tipo concreto, como son el control difuso y el juicio de revisión constitucional, derivado de éste. Por su parte, Tlaxcala contiene cuatro instrumentos de control: tres de ellos de origen abstracto y uno de naturaleza subjetiva directa, propio del gobernado mediante el juicio de protección constitucional de derechos fundamentales. En el caso de Chiapas, cuatro procesos de control y Quintana Roo, tres.

Como coincidencia homogénea, en estos Estados se encuentran las acciones de inconstitucionalidad y las controversias constitucionales.

La inconstitucionalidad por omisión aparece regulada en cuatro de las cinco entidades analizadas, con excepción de Coahuila, mientras que el juicio de protección constitucional de derechos fundamentales sólo es recurrente en Veracruz y Tlaxcala. La cuestión de inconstitucionalidad es instrumento de control, exclusivamente en Veracruz y Chiapas. Y como casos únicos de figuras distintas aparecen Veracruz, con el recurso de regularidad constitucional de los actos del ministerio público, y Coahuila, con el sistema de control difuso de la constitucionalidad y su consecuente recurso de revisión constitucional para el efecto de armonizar la interpretación constitucional de los jueces ordinarios ante un órgano superior.

En cambio, la mayoría de los Estados, como se ha advertido, tienen un control parcial de la Constitución al sólo consagrar facultades a los tribunales de justicia para resolver conflictos de competencia de los órganos y poderes públicos locales.

### **1.16.3. Autoridad constitucional que conoce del proceso**

En este tópico de comparación existe un común denominador: el Poder Judicial; a excepción de Chiapas que ha creado un Tribunal Constitucional, en los demás Estados en estudio conocen del control constitucional local por conducto de sus órganos jurisdiccionales ordinarios.

El Tribunal Superior de Justicia es el órgano facultado para resolver en definitiva de los procesos constitucionales en los Estados de Tlaxcala, Veracruz, Coahuila y Quintana Roo. En Chiapas el facultado es el tribunal constitucional, dependiente de la magistratura superior.

Tlaxcala es el típico ejemplo de un modelo de justicia constitucional concentrada, al atribuir de forma única y exclusiva el control a un solo órgano jurisdiccional. En cambio, en Veracruz, además del pleno del Tribunal, funciona una sala constitucional, con facultades para conocer del juicio de protección constitucional de derechos humanos, las cuestiones de inconstitucionalidad y el recurso de regularidad constitucional de los actos del ministerio público. Por su parte, Coahuila, con el control difuso de la constitucionalidad, prácticamente convierte a todos los jueces ordinarios del Estado en garantes de la Constitución, facultados para desaplicar una norma considerada contraria al texto constitucional local.

### **1.16.4. Sujetos legitimados para accionar los mecanismos de control**

Se identifican dos grupos en tal sentido: los órganos del Estado que pueden operar la justicia constitucional, llámense legisladores, gobernador, Procurador, Ayuntamientos, universidades, Comisión de Derechos Humanos y jueces ordinarios; en este grupo se encuentran todos los Estados que accionan el control constitucional, mediante las acciones de inconstitucionalidad, las controversias constitucionales, las cuestiones de inconstitucionalidad o las acciones de inconstitucionalidad por omisión.

Otro grupo corresponde a aquél donde los entes legitimados para accionar la justicia constitucional son los gobernados; en éste destacan las entidades donde existen los juicios de protección constitucional de derechos fundamentales, como Veracruz y Tlaxcala; sin embargo, hay otras acciones constitucionales en las que también el gobernado puede mover la jurisdicción constitucional; tales son los casos de la acción de inconstitucionalidad por omisión en Tlaxcala, o el control difuso en Coahuila; o el recurso de regularidad constitucional de los actos del ministerio público en Veracruz.

### **1.17. Hacia dónde camina la justicia constitucional local en México**

Del recorrido anterior, las evidencias son claras: existe una heterogeneidad en la regulación de las legislaciones estatales sobre el tópico de justicia constitucional, lo cual puede provocar la desnaturalización de los instrumentos de control de la Constitución local y alentar a otros Estados a imitar la tendencia observada en las cinco legislaciones analizadas y por simple moda instaurar, aparentemente, mecanismos de control constitucional en las demás entidades federativas. Sin embargo, es conveniente, desde ahora, empezar a establecer bases firmes de las cuales deben desprenderse las reglas jurídicas en materia de justicia constitucional, a efecto de evitar la disparidad reglamentaria e incongruencia.

Es notorio, que en la medida en que fueron apareciendo instrumentos de control constitucional, desde la primera versión instaurada en Veracruz, las subsecuentes legislaciones continuaron un proceso de deformación de los controles; ello se nota en el simple dato arrojado en el número de procesos constitucionales: mientras Veracruz nació con seis procedimientos, Coahuila le imitó con cuatro y el caso más reciente, Quintana Roo, sólo incluyó tres procedimientos; esta simple evidencia es muestra clara de que, tal vez, la instauración de juicios constitucionales del orden local se ha dado en los últimos casos como mera imitación de los veracruzanos, pero no ha existido un debate claro de la importancia que tiene para la entidad federativa y para la Constitución local contar con mecanismos que garanticen la supremacía constitucional estatal.



Incluso puede observarse que lejos de presentar una innovación, las legislaciones posteriores a la de Veracruz, contienen un demérito: el caso concreto del juicio de protección constitucional, que sólo fue incluido en la legislación tlaxcalteca, pero no en las demás entidades.

¿Qué hacer entonces frente a esta realidad?. ¿Cómo evitar que la incorporación de nuevas legislaciones a los temas de justicia constitucional se haga en demérito de la propia protección constitucional?. No es sencillo apuntar soluciones totales ante la complejidad del asunto; sin embargo existen algunas ideas en la doctrina mexicana que ya anuncian posibles respuestas. César Astudillo Reyes plantea una alternativa que él llama “un espacio de centro”,<sup>258</sup> que no es otra cosa que la solución desde la Constitución federal y afirma: “el paulatino sometimiento y vinculación de los poderes públicos a sus prescripciones –la Constitución-, la dotan de los niveles de coacción suficientes para constreñir a los poderes reformadores locales a voltear hacia ese centro, con el objeto de introducir sistemas de justicia constitucional bajo bases que racionalicen su adopción y reduzcan los márgenes de heterogeneidad entre los modelos en aras de la certeza jurídica. El ejercicio de vertebración apuntado, dado su fin armonizador, no podrá dejar de observar aquellos instrumentos para generar la coordinación y colaboración entre la doble jurisdicción constitucional producida a efecto de evitar tensiones entre sistemas”.<sup>259</sup>

La tesis de Astudillo es acertada; si la pretensión es homogenizar y uniformar los procesos de control constitucional del orden local, la solución es establecer los principios rectores desde la Constitución federal, a los cuales deben someterse todas las representaciones legislativas estatales. Ahora, ¿sobre qué principios rectores debe estructurarse, desde la Constitución federal la justicia local en las entidades federativas? El establecimiento de estos ejes rectores debe hacerse en el propio artículo 116 constitucional, por tratarse del precepto dedicado a estructurar la organización interna de los Estados integrantes de la federación mexicana.

---

<sup>258</sup> Cfr ASTUDILLO REYES. Derecho constitucional Ob cit.

<sup>259</sup> Ibid, pág. 34

A continuación se describen algunas ideas a considerar como principios sobre los que debe versar la homogenización de la justicia constitucional:

- a) *Reconocimiento del principio de supremacía constitucional de las Constituciones locales.* El principio fundamental para la existencia de instrumentos de control constitucional es la supremacía de la Constitución; si la norma no goza de tal atributo, es innecesario pretender preservar su vigencia. Del examen de las legislaciones estatales se pudo dar cuenta que sólo 16 de 32 Constituciones consagran de forma categórica el principio de supremacía constitucional. Desde la Constitución federal debe reconocerse textualmente el principio supremo de las normas constitucionales locales como rectoras y homogenizadoras del orden jurídico estatal.
- b) *Un catálogo mínimo de instrumentos de control constitucional.* En este apartado, la Constitución federal debe determinar cuando menos un listado de procedimientos constitucionales en el orden estatal, en los que se incluyan invariablemente las acciones de inconstitucionalidad, las controversias constitucionales, la acción de inconstitucionalidad por omisión, el juicio de protección constitucional de los derechos fundamentales, la cuestión de inconstitucionalidad y el control difuso de la Constitución.
- c) *Determinar el órgano jurisdiccional de control constitucional.* Esta atribución debe continuar a cargo de los poderes judiciales de los Estados, como órganos del poder local.
- d) *Garantizar la independencia absoluta de los magistrados constitucionales.* El control de la constitucionalidad debe ser ejercido por magistrados dotados de total independencia en el ejercicio de la atribución; de lo contrario, el control será una simulación. La independencia de los magistrados debe incluir un sistema de nombramiento libre de compromisos políticos y garantías en la estabilidad del cargo.
- e) *Consagrar el principio de definitividad de las resoluciones dictadas por el órgano de control constitucional local.* Las resoluciones que dicten los tribunales constitucionales del orden estatal deben gozar del principio de

definitividad, en el que se agote en esta única etapa el conflicto constitucional, siempre y cuando no se haga interpretación o aplicación de la norma constitucional federal. Este principio es vital, porque así se reconocería la autonomía y respeto a la justicia local, evitando con ello que el conflicto vaya a parar a la justicia federal.

- f) *Establecer la posibilidad de surtir competencia a favor de la Suprema Corte de Justicia de la Nación en algunos conflictos constitucionales del orden local.* Debe dejarse abierta la posibilidad de que el tribunal constitucional local pueda turnar el conocimiento de un asunto a la Suprema Corte de Justicia, cuando el conflicto de que se trate ponga en grave riesgo la paz o seguridad de la entidad federativa.
- g) *El control difuso de la Constitución federal a cargo de las tribunales constitucionales locales.* Una forma de hacer efectivo el derecho consagrado en el artículo 133 de la Constitución federal, a favor de los jueces locales, puede consistir en la concesión del control difuso a los tribunales constitucionales locales; con ello se lograría controlar de mejor manera la desaplicación de leyes contrarias al texto constitucional federal, por un solo órgano local y no por todos los jueces locales.
- h) *Es necesaria una reforma integral a las Constituciones locales* para que sean susceptibles de ser defendidas desde el plano de la justicia constitucional, incorporar instrumentos de control sin reformar integralmente las Constituciones, se corre el riesgo de que los controles se conviertan en letra muerta. Las Constituciones locales deben convertirse en normativas y vincular a todos los procesos y formas de organización pública que tengan a los gobernados como punto de confluencia de las diversidades sociales, y con una sola voluntad democrática: la Constitución; de lo contrario de nada servirá el esfuerzo por instaurar sistemas de control constitucional.

## II. LA TENSIÓN DE LA JUSTICIA CONSTITUCIONAL FRENTE A LA DEMOCRACIA

**SUMARIO:** 2.1. *Planteamiento del debate.* 2.2. *La tesis contramayoritaria de la justicia constitucional.* 2.2.1. *El origen del debate.* 2.2.2. *Algunos tópicos del debate.* 2.3. *Algunas soluciones para aminorar el debate.* 2.3.1. *Conservadurismo y elitismo.* 2.3.2. *soluciones populistas.* 2.3.3. *Soluciones intermedias.* 2.3.4. *La Solución radical no populista. Democracia deliberativa.* 2.4. *Tipo de Constitución para reducir la objeción antidemocrática de la justicia constitucional.* 2.4.1. *Constitución procedimental.* 2.4.2. *Constitución a detalle.* 2.5. *Algunas propuestas para reducir la tensión contramayoritaria de la justicia constitucional.* 2.5.1 *Presunción de constitucionalidad de la ley.* 2.5.2 *La mutabilidad generacional de la Constitución.* 2.5.3. *Incorporación de procesos ciudadanos en la aprobación de la ley.* 2.6. *A guisa de cierre.*

### 2.1. Planteamiento del debate

Entre los objetivos fundamentales de la justicia constitucional se encuentra lograr que las leyes emanadas del Poder Legislativo, estén en concordancia con los principios constitucionales.

Precisamente es en el control constitucional de las leyes donde aparece con frecuencia la tensión entre el Poder Legislativo y el órgano de control jurisdiccional de la constitucionalidad. La tensión se centra en la facultad del tribunal constitucional para declarar la invalidez o desaplicación de una ley aprobada por un órgano del Estado democráticamente electo por los ciudadanos; este carácter ha sido calificado como *contramayoritario*, porque se supone es contrario a la voluntad popular manifestada en la asamblea legislativa.

Parece ser entonces, que el control constitucional de las leyes (llamado también legislador negativo), a simple vista es antidemocrático, por contrariar la decisión de las mayorías legislativas que aprueban alguna ley, la cual, luego de someterse al examen constitucional resulta no ser válida.

Al respecto, la doctrina ha esbozado una serie de interrogantes para plantear el problema que representa la dificultad contramayoritaria u objeción democrática de la justicia constitucional: ¿cómo explicar que en una democracia los jueces puedan anular una ley aprobada por una mayoría legislativa, emanada

de la voluntad popular?, ¿cómo justificar que un número reducido de jueces, no elegidos democráticamente, pueda decidir si una ley aprobada democráticamente es o no constitucional?

Por otra parte, debe decirse también que el problema de la objeción democrática a la justicia constitucional tiene implicaciones directas con el carácter perenne del texto constitucional; esto es, ¿cómo justificar que una generación de ciudadanos muertos, creadores del texto constitucional, siga rigiendo las generaciones vivas?, ¿cómo sostener la legitimidad de generaciones muertas, sobre las formas de organización social de las generaciones vivas?, ¿por qué guardar obediencia ciega a quienes construyeron una Constitución muchos años, a veces siglos atrás, que tal vez ya no responda a los nuevos acuerdos sociales de la generación presente?, ¿acaso, entonces, la sociedad presente se rige por una sociedad muerta que prevalece, por encima de las decisiones de la generación viva?

Estas interrogantes no resultan nuevas en el debate de la justicia constitucional, ya que el carácter perenne de los derechos reconocidos constitucionalmente ha estado presente desde su puesta en vigor, el propio Paine afirmó:

“Los derechos del hombre son los derechos de todas las generaciones de los hombres, y nadie puede monopolizarlos. Lo que merece continuar, continuará por su propio mérito, y en ello reside su seguridad, y no en condición de alguna con la que se pretenda revestirlo. Cuando un hombre deja sus propiedades a sus herederos, no los vincula con una obligación de que hayan de aceptarlos. ¿Por qué, pues, hemos de hacer lo contrario por lo que respecta a las Constituciones?. Las mejores Constituciones que cabría idear hoy en día de forma coherente con las circunstancias del momento actual pueden quedar muy lejos de la excelencia que puede brindar el transcurso de unos años”.<sup>260</sup>

La tensión de la justicia constitucional frente a la democracia es un tema presente en la doctrina del debate constitucional, “desde hace varios años, muchos de ellos se dedican a estudiar este problema haciendo referencia a la dificultad contramayoritaria, que aparece en estos casos. Esto es, la dificultad que

---

<sup>260</sup> Citado por PRIETO SANCHÍS, Luis. Justicia constitucional y derechos fundamentales. Ob. cit. pág. 140

surge cuando el órgano con menor legitimidad democrática, dentro de la división de poderes, impone su autoridad sobre los restantes”.<sup>261</sup>

El objetivo de este apartado será mostrar los argumentos de esta objeción democrática de la justicia constitucional, reconociendo, *a priori*, la fortaleza de los razonamientos a favor de esta tesis, pero aportando también algunos elementos que contribuyan a reducir la tensión.

Para cumplir este propósito; se citará con frecuencia a dos autores de habla hispana que han recopilado en sus obras, importantes estudios sobre el conflicto entre la democracia y la justicia constitucional: Roberto Gargarella y Víctor Ferreres Comella.

## **2.2. La objeción democrática de la justicia constitucional**

### **2.2.1. El origen del debate**

El debate entre los principios democráticos y la justicia constitucional tiene su origen principalmente en los Estados Unidos con el surgimiento del control difuso de la Constitución de ese país. Roberto Gargarella<sup>262</sup>, en su libro “La justicia constitucional frente al gobierno”, sostiene que el origen de la revisión judicial de las leyes se da en Estados Unidos en el siglo XVIII, como resultado de las presiones sufridas por las legislaturas por parte de grupos mayoritarios de deudores que enfrentaban juicios por el reclamo de pago de los acreedores originando así un *gran movimiento antijudicial*<sup>263</sup> que se propagó en varios Estados, ya que eran numerosos los deudores en idéntica situación.<sup>264</sup> La petición de los deudores era algo muy común, para nuestros días: obligar a la legislatura a

---

<sup>261</sup> GARGARELLA, Roberto. La justicia frente al gobierno. Sobre el carácter contramayoritario del poder judicial Ed. Ariel. España 1996. pág. 13

<sup>262</sup> Id.

<sup>263</sup> Ibid. pág. 22

<sup>264</sup> Según datos citados por Roberto Gargarella, sólo en el condado de Hampshire entre 1784 y 1786, 2977 pequeños propietarios fueron llevados a juicio por sus acreedores, lo que representó un incremento de muchos más de un 200% en los juicios promovidos en un periodo similar, entre 1770 y 1772. Aún peor, en Worcester, sólo durante 1785 se presentaron 4000 casos de enjuiciamiento. Ibid pág. 21

expedir leyes que autorizara la emisión de papel moneda con la cual pudieran pagar sus deudas, lo cual era rechazado por los acreedores.

Fue tal la magnitud del movimiento antijudicial, como el encabezado por Daniel Shays en Springfield<sup>265</sup>, que obligó a las legislaturas locales a la expedición de leyes que autorizaron el uso del papel moneda como forma de pago de las deudas. El primer Estado fue Pensilvania; incluso el movimiento de deudores llegó a tener tanta fuerza que logró controlar el gobierno del Estado, con Jonathan Hazard como gobernador de Rhode Island.

El éxito de las mayorías deudoras sobre las minorías de acreedores produjo una tensión natural, pues, como lo afirmó el historiador G. Word: “la preocupación mayor provenía de que era la fuerza de la misma ley de los Estados, y no la anarquía o la ausencia de leyes, lo que estaba afectando a las nuevas repúblicas”.<sup>266</sup> Esto es, las mayorías habían logrado su objetivo por medios legítimos, avalados por las propias legislaturas que habían convertido sus reclamos en leyes.

El triunfo de las mayorías, exitosas por haber logrado plasmar sus ideas en textos legislativos, preocupó a varios conservadores, que vieron en las legislaturas una amenaza contra las minorías,<sup>267</sup> las cuales podían ser fácilmente oprimidas si así era acordado por una mayoría frenética. Así, uno de los padres fundadores de Estados Unidos, Alexander Hamilton, denunció la “usurpación del poder de la legislatura, y previno a sus pares ante la posibilidad de ver a los representantes populares constituidos en dictadores perpetuos”, y remarcó: “no hay tiranía más opresiva que aquella emanada de una mayoría victoriosa”.<sup>268</sup>

Ante estas amenazas de los poderes legislativos, visualizadas por los dirigentes estadounidenses, se empezaron a elaborar una serie de ideas con el propósito de limitar el abuso de las mayorías legislativas, argumentando que “en la

---

<sup>265</sup> Ibid, pág 22

<sup>266</sup> Ibid. Ob. Cit. pág. 24

<sup>267</sup> En este caso las minorías, no se trataba de grupos menos favorecidos económicamente, como comúnmente ocurre cuando se habla de minorías vulnerables, sino por el contrario, se trataba de las minorías más ricas norteamericanas, que habían visto poner en riesgo su patrimonio ante el triunfo sobre ellos por parte de los deudores que representaban la mayoría social.

<sup>268</sup> GARGARELLA. Ob. Cit. pág, 25

política existen algunos pocos principios verdaderos que no podían ser percibidos por la ciudadanía común”,<sup>269</sup> en esa dirección se expresó Hamilton, apoyado en las ideas de Locke, en sus célebres publicaciones de El Federalista, quien sostuvo:

“En las disertaciones de cualquier índole hay ciertas verdades primarias, o primeros principios, sobre los cuales se apoyan todos los razonamientos que han de seguir. Estos principios contienen una evidencia interna, que es anterior a toda reflexión o razonamiento, y que se impone al asentimiento de nuestro entendimiento. Donde no se produce ese efecto es porque existe algún desorden o defecto de los órganos perceptivos, o la influencia de algún interés, pasión o prejuicio”.<sup>270</sup>

Por otra parte, se difundió también la tesis de que las mayorías tendían a actuar irracionalmente, pues “tenían una propensión a dejarse seducir por demagogos y politiqueros”.<sup>271</sup> En tal orientación se expresó James Madison; para él: “cuanto mayor es el número de los integrantes de una asamblea, cualquiera sea el carácter de los mismos, mayor es el predominio de la pasión sobre la razón. Luego, cuanto mayor es el número, mayor será la proporción de miembros con información limitada y débiles capacidades”.<sup>272</sup>

Madison advirtió su temor de que las mayorías tiendan a despojar y esclavizar a las minorías, y criticó, como a ninguna otra, la sugerencia de tomar el “interés de la mayoría como el estándar político de lo que está bien y mal”<sup>273</sup>. En sus propias palabras, “cuando una mayoría se encuentra unida por un sentimiento común y tiene la oportunidad, los derechos de la parte minoritaria pasan a estar inseguros”.<sup>274</sup>

La pugna entre mayorías y minorías, obligó a construir un sistema de frenos y contrapesos que limitaran el abuso de unas sobre otras. La construcción del sistema se inclinó por que fuesen los jueces quienes asumieran esa función de

---

<sup>269</sup> Ibid. Pág. 27

<sup>270</sup> HAMILTON, Alexander, MADISON, James y JAY, Jhon. El Federalista. 2ª ed. Trad. Gustavo R. Velasco. , Fondo de Cultura Económica, México 2001, pág. 123

<sup>271</sup> Gargarella. Ob. Cit. pág. 29

<sup>272</sup> MADISON, James, en El federalista. Ob. Cit. pág. 249

<sup>273</sup> Ibid. Pág. 250

<sup>274</sup> Id.



contrapeso y freno a las decisiones de las mayorías legislativas. Así, Madison resaltó el papel que podían cumplir los jueces, tanto como “freno adicional contra la persecución de las medidas injustas y poco sabias (a las que era proclive el Congreso), como para prevenir los seguros avances del legislativo respecto de los otros poderes”.<sup>275</sup>

Sin embargo, Hamilton, en *El Federalista*, número 78, fue quien sostuvo con mayor claridad la importancia de los jueces en el sistema de frenos al Poder Legislativo, exaltando la independencia judicial como “necesaria para proteger la Constitución y los derechos individuales de los efectos de esos malos humores que las artes de hombres intrigantes o la influencia de coyunturas especiales esparcen a veces entre el pueblo”<sup>276</sup> y concibió a la magistratura como un cuerpo intermedio situado entre el pueblo, creador de la Constitución, y la legislatura, responsable de la normativa más cotidiana.

De esta forma quedaron plasmadas las primeras ideas históricas sobre el control constitucional de los actos legislativos, atribuido a un órgano jurisdiccional no democrático, como lo es, en el caso estadounidense, el Poder Judicial.

### **2.2.2. Algunos tópicos del debate**

El régimen constitucional y la democracia política “parecen representar ingredientes irrenunciables de nuestra forma de concebir la organización política y, de hecho, históricamente, parecen alimentarse de una misma filosofía, que es la filosofía liberal basada en los derechos”<sup>277</sup>.

El carácter no democrático de la justicia constitucional es una interrogante que todavía no tiene respuesta clara, y “pende como una guillotina sobre los tribunales constitucionales de nueva creación”,<sup>278</sup> fundamentalmente, la tesis que objeta la

---

<sup>275</sup> Id.

<sup>276</sup> HAMILTON, Alexander, en *El federalista*. Ob. Cit. pág. 332

<sup>277</sup> PRIETO SANCHÍS, en *Justicia constitucional y derechos fundamentales*. Ob. Cit. pág. 137

<sup>278</sup> GROPPi, Tania, *et al*, *La justicia constitucional en Europa*, Ed. Fundap, México 2004, pág. 29.

legitimidad de los tribunales constitucionales se puede resumir en dos argumentos:

1. El aspecto temporal de la Constitución, esto es, los legisladores de la generación presente no tienen por qué sujetarse a legisladores de la generación pasada (muertos), que en su oportunidad plasmaron principios y reglas en una Constitución muchos años, y a veces siglos, atrás.
2. El carácter antidemocrático de los jueces constitucionales, pues “no puede justificarse que en una democracia la decisión de la mayoría parlamentaria acerca de los derechos y las libertades pueda ser invalidada por un juez”.<sup>279</sup>

Estos dos argumentos, y seguramente un puñado más de críticas serias, centran el debate sobre la ilegitimidad democrática del control constitucional de las leyes.

La primera objeción relativa al aspecto temporal de la Constitución pone de relieve el principio de rigidez de la Constitución, como norma suprema, y no la supremacía de la Constitución como regularmente se pretende orientar el debate en este sentido.

Luis Prieto Sanchís hace una separación de ambos aspectos, precisando con claridad que la objeción democrática frente al modelo constitucional “tiene su origen en una asunción, siquiera implícita, de los viejos atributos de la soberanía como poder absoluto, ilimitado e inagotable; pero que asimismo esta forma de pensar en realidad no debe poner en cuestión la supremacía constitucional, sino su rigidez”.<sup>280</sup>

El aspecto temporal de la Constitución, como primer argumento de quienes se oponen a la aplicación de la justicia constitucional, se traduce en un argumento de soberanía popular, es decir, sostener que el texto constitucional no puede vincular con sus reglas a las generaciones presentes y futuras, en razón de que tales reglas fueron construidas por generaciones pasadas, incluso muertas, bajo

---

<sup>279</sup> FERRERES COMELLA, Víctor. Justicia constitucional y democracia. Ed. Centro de Estudios Políticos y Constitucionales. España 1997. pág. 53

<sup>280</sup> PRIETO SANCHÍS, Ob. Cit. pág. 138

circunstancias, valores, costumbres y formas de organización social distintas a las que prevalecen en la época actual.

Algunas de estas ideas fueron reconocidas por textos jurídicos históricos como el Proyecto de Declaración de los Derechos Naturales, Civiles y Políticos del Hombre, de 1793, que en su artículo 33 decía: “Ninguna generación tiene el derecho de someter a sus propias leyes a las generaciones futuras”.

En tal sentido, ¿cómo justificar que el pueblo presente, depositario de la soberanía popular, expresada en la propia Constitución, quede sometido a reglas y principios construidos por una generación, que en determinado momento histórico actuó democráticamente y dictó esas reglas y principios?.

La existencia de una norma suprema que articule el ordenamiento jurídico del Estado resulta imprescindible en una democracia; en esa norma deben expresarse las coincidencias fundamentales de las mayorías, aquellas intemporales, que están fuera de todo debate coyuntural o de época; de lo contrario la democracia simplemente desaparecería; “la ruina de la Constitución se ve inevitablemente acompañada por la ruina de la democracia. Dicho de otro modo, que una cierta idea de Constitución, de norma superior que define y ordena el debate y que establece, entre otras cosas, la propia regla de las mayorías, es consustancial al modelo democrático y que, cuando quiebra aquella, incluso en virtud de una decisión mayoritaria, la propia democracia se resquebraja y, a partir de ese instante, deja de ser un argumento a favor de la legitimidad de la ley; para decirlo con palabras de Haberman, que existe un vínculo interno o normativo entre Constitución y democracia”.<sup>281</sup>

El segundo argumento tiene su base en el carácter antidemocrático de la justicia constitucional, al facultar a los jueces constitucionales para declarar la invalidez de una ley aprobada democráticamente por uno de los poderes con mayor legitimidad: el Poder Legislativo. En este argumento se encierran importantes cuestiones, que no se concretan a debatir si los jueces emanan de la voluntad popular o no, o si sus decisiones recogen la voluntad mayoritaria de la

---

<sup>281</sup> Ibid. pág. 149

ciudadanía, sino que otra parte fundamental es la relativa a la interpretación del texto constitucional confrontada con la ley que se pretende invalidar; esto es, el grado de indeterminación semántica de los preceptos constitucionales hace que los jueces tengan un alto poder discrecional para poder determinar qué ley si es constitucional y cuál no lo es.

Estos son algunos de los problemas fundamentales que se plantean en la objeción antidemocrática de la justicia constitucional por lo que en adelante se expondrán algunos argumentos que aminoren el ejercicio antidemocrático de la justicia constitucional, aunque de entrada adquiere una preponderante relevancia el argumento de Alexander Bickel en su clásica obra "*The Least Dangerous Branch*", quien sostiene:

"No será posible dar plena respuesta a todo lo que se argumenta en contra del control judicial de la ley... Lo único que podemos hacer es llevar el otro platillo de la balanza con argumentos de signo contrario, acerca de las necesidades reales y los modos en que opera efectivamente nuestra sociedad, y, naturalmente, con nuestras porciones de fe y de esperanza. Entonces podremos apreciar hasta dónde se ha movido el fiel de la balanza".<sup>282</sup>

### **2.3. Algunas soluciones para aminorar el debate**

Gargarella, en su obra "*La justicia frente al gobierno*", expone algunas soluciones, ofrecidas por varios pensadores, para justificar la legitimidad democrática de la justicia constitucional, mismas que a continuación se analizan.

#### **2.3.1. Conservadurismo y elitismo.**

Esta corriente se encuentra inspirada en algunas ideas de John Locke, en su tratado sobre el gobierno, sostenía dos argumentos centrales: "primera, que existían ciertas verdades morales cognoscibles por la razón, y segunda, que no

---

<sup>282</sup> Citado por FERRERES COMELLA, Ob. Cit. epígrafe de la obra.

todos estaban capacitados para acceder a tales verdades”.<sup>283</sup> Esta tradición del pensamiento político se basa, de manera fundamental, en la concepción de que las mayorías no siempre actúan con base en la razón, sino por lo regular sus decisiones se ven influenciadas y afectan su grado de objetividad de la realidad; como lo aseguró Burke: “la mayoría de los ciudadanos –guiados por opiniones precipitadas, prejuiciados o poco reflexivas- no alcanzaban a reconocer los mejores medios para defender sus propios intereses objetivos”.<sup>284</sup>

Para ello, según esta corriente, es necesario contar con una élite con facultades para enmendar los errores cometidos por las mayorías; a este respecto, Adam Ferguson sostenía: “la esencia de la libertad política consistía en darle el poder a los que saben, dado que la ciudadanía común debía ser prevenida frente a sus propias torpezas y equivocaciones”.<sup>285</sup>

Estas ideas conservadoras fueron traídas al debate sobre el control constitucional de las leyes, al cuestionarse la facultad de los jueces, que no son elegidos democráticamente, para declarar la invalidez de una ley que ha sido aprobada por el poder democrático de los legisladores.

De esta forma, Hamilton, reconociendo la existencia de dicha contrariedad, adelantó su posición en El Federalista, número 78,<sup>286</sup> con el objeto de contrarrestar la dificultad antidemocrática de la justicia constitucional, y precisa fundamentalmente los siguientes razonamientos:

“En primer lugar, el hecho de que el Poder Judicial tenga la capacidad de negar la validez de una norma legislativa no implica de ningún modo la superioridad de los jueces respecto de los legisladores. Dicha operación tampoco supone poner en cuestión la voluntad soberana del pueblo. Al contrario, la decisión de anular una ley viene a reafirmar, justamente, el peso de la voluntad popular. Ello se debe a que, al anular una ley, el Poder Judicial ratifica la supremacía de la Constitución, que es el documento que más fielmente refleja la voluntad soberana del pueblo. Mi razonamiento no supone de ningún modo la superioridad del Poder Judicial sobre el Legislativo. Sólo significa que el poder del pueblo

---

<sup>283</sup> Ver a Gargarella. Ob. Cit. pág. 49

<sup>284</sup> Id.

<sup>285</sup> Id.

<sup>286</sup> HAMILTON, Alexander, Ob. Cit. pág. 332

es superior a ambos, y que donde la voluntad de la legislatura, declarada en sus leyes, se encuentra en oposición con la del pueblo, declarada en la Constitución, los jueces deberán gobernarse por esta última antes que por las primeras deberán regular sus decisiones por las normas fundamentales antes que por las que no lo son”.<sup>287</sup>

Ante esta posición conservadora y elitista, Gargarella presenta tres razonamientos críticos que cuestionan la argumentación de Hamilton.

1. El primer argumento, denominado histórico, se funda en el razonamiento de “que no es verdad que la Constitución refleje la voluntad popular del pueblo”<sup>288</sup>. Este razonamiento tiene su origen en los procesos de construcción del orden constitucional; los constituyentes, regularmente no representan adecuadamente los intereses ciudadanos; por consiguiente, difícilmente se plasma en la Constitución la verdadera voluntad del pueblo. Sin embargo, el propio Gargarella reconoce que este argumento puede presentar una debilidad de fondo, ante casos en los cuales los procesos constitucionales se han dado mediante un amplio y reconocido consenso popular, que luego pueden echar abajo el razonamiento.
2. El segundo argumento, contra el conservadurismo elitista, expresado por Gargarella, es el razonamiento intemporal; este, tiene que ver con los factores reales prevalecientes al momento histórico de pactar la Constitución, es decir, que durante este proceso la sociedad pactó su forma de organización y construyó los mecanismos del ejercicio del poder plasmándolos en una norma jurídica a la que dotó de supremacía. Sin embargo, este pacto, hecho por una generación legítimamente organizada en un momento histórico determinado, condiciona a las generaciones futuras, e incluso puede llegar a atarlas; ésta es la principal objeción que se hace al carácter antidemocrático de la justicia constitucional; porque no es posible pensar que con el paso del tiempo y el cambio generacional puedan existir nuevos consensos sociales que no necesariamente son iguales a los

---

<sup>287</sup> Id.

<sup>288</sup> Id.

prevalcientes al momento de pactar la Constitución. A este respecto, Prieto Sanchís expresa:

“Así pues, desde esta perspectiva los ciudadanos deben obedecer las leyes como si fueran expresión de la voluntad general, pero de hecho son obra del legislador. A veces, la objeción contramayoritaria parece pasar por alto todo esto, sosteniendo que ninguna Constitución puede limitar al gobierno mayoritario, pero justamente porque se sugiere o se supone que ese gobierno es el pueblo, cuya soberanía se postula de nuevo como absoluta e inagotable; cuando se habla de las generaciones del presente y del futuro cuyo poder de decisión aparece atado por las generaciones del pasado o se trata en realidad de los gobiernos del presente y del futuro; y hay las mismas razones para pensar que esos gobiernos son el pueblo como para sostener que la Constitución es también obra del pueblo”.<sup>289</sup>

Gargarella, finalmente, arremete su crítica con el siguiente argumento:

“Tal vez valga la pena mencionar que los defensores del control judicial de las leyes tienen al menos dos réplicas prontas frente a tal posible objeción. La primera, diría lo siguiente: si es cierto que se cuenta un consenso amplio y profundo ¿Por qué no se reforma la Constitución?. La segunda sería: pues bien, admitimos el posible surgimiento de nuevos consensos amplios y profundos. No obstante, mantenemos nuestra defensa del control judicial de las leyes, solo que ahora les recomendamos a los jueces que, en vez de controlar la validez de las leyes (exclusivamente) a la luz de la voluntad originaria de la ciudadanía, realicen dicho análisis a la luz de todos los acuerdos fundamentales alcanzados por la sociedad a lo largo de su historia”.

3. El tercer razonamiento, se refiere a la interpretación del texto constitucional.<sup>290</sup> Aquí el problema se centra sobre la manera en que interpretan los jueces el texto constitucional. Ante la existencia de vaguedades y principios amplios contenidos en ella, “los jueces hacen mucho mas que efectuar una mera lectura de la Constitución. En algunos

---

<sup>289</sup> PRIETO SANCHIS, Ob. Cit. pág. 147

<sup>290</sup> Mas adelante se profundizará al respecto, sobre el la objeción contramayoritaria, derivada del como esta redactada la Constitución y el como debe ser interpretada por los jueces constitucionales, a fin de evitar el alto poder discrecional de los jueces para decidir sobre la validez de las leyes, frente al examen constitucional.

casos, los jueces incorporan al texto soluciones normativas que no estaban –al menos explícitamente- incorporadas al mismo”.<sup>291</sup> Ante el grado de indeterminación de muchos de los preceptos constitucionales, los jueces tienen en sus sentencias un amplio poder de decisión. “Y es este poder extraordinario, que quedaría concedido a los jueces y no al pueblo, lo que resulta razonablemente cuestionable”.<sup>292</sup>

### 2.3.2. Soluciones populistas

El populismo radical asume una posición contraria al conservadurismo elitista, pues en esta tesis se sostiene “que todas las personas se encuentran igualmente dotadas de razón, y en consecuencia, capacitadas para argumentar en –lo que podrían considerarse- cuestiones morales fundamentales”.<sup>293</sup>

Así, Hart, el filósofo inglés, acuñó el concepto “populismo moral” como aquella visión según la cual la mayoría tiene el derecho moral de dictar de qué modo deben vivir los demás.<sup>294</sup> Sin embargo, el filósofo de mayor influencia sobre las ideas populistas, sin duda lo es Jean-Jacques Rousseau; para él:

*“Típicamente, una decisión correcta es la que surge de la voluntad general del pueblo”.*<sup>295</sup>

De esta forma, Gargarella identifica al populismo como “la expresión mayoritaria, condición necesaria y suficiente para el logro de la imparcialidad”;<sup>296</sup> de tal suerte, “un populista tenderá a apelar a la voz del pueblo en cada ocasión en que deba decidirse un problema moral básico y, además –y esto es lo que resulta preocupante, en todo caso-, considerará que lo que el pueblo diga, en dicha ocasión, será correcto e indiscutible”.<sup>297</sup>

---

<sup>291</sup> Gargarella. Ob. Cit. pág. 56

<sup>292</sup> Ibid. Pág. 57

<sup>293</sup> Ibid. Pág. 81

<sup>294</sup> Ibid pág. 84

<sup>295</sup> Ibid. Pág. 85

<sup>296</sup> Id.

<sup>297</sup> Id.



Ante tales argumentos, en materia de justicia constitucional, los jueces prácticamente no tendrían la facultad de anular leyes, lo que implicaría una subordinación de los jueces al Poder Legislativo. Sostener como premisa a la voluntad mayoritaria como el eje indiscutible de las decisiones implica, sin duda, anular la posibilidad de existencia del control judicial de las leyes, situación que obligaría, por simple lógica, que el control quede en manos de los órganos con representación popular, atendiendo a su naturaleza de toma de decisiones por el consenso mayoritario.

Sin embargo, tampoco esta solución encuentra legitimidad y razón por parte de Gargarella quien objeta categórico con cuatro argumentos.

1. “No es cierto que la voz del pueblo se identifique con las soluciones más justas, ni que las mayorías nunca se equivoquen. Parece inevitable reconocer que las mayorías pueden equivocarse, y que, de hecho, lo hagan muy frecuentemente”.<sup>298</sup> De tal suerte que si las mayorías se equivocan, necesariamente resulta indispensable asegurar un control de las leyes y, por lógica, dicho control no puede descansar en las mayorías cuyas decisiones se pretende limitar. Como lo afirma Ronald Dworkin: “los controles no pueden queda en manos de aquellos mismos que queremos controlar”.<sup>299</sup>
2. Para el populismo, en principio, basta que las mayorías, e incluso en algunos casos sus representantes, hablen (regularmente por conducto del voto), para tener conocimiento de las decisiones correctas que deben ser tomadas. Ello genera desconfianza, afirma Gargarella,<sup>300</sup> porque se pueden tomar decisiones objetables, por sujetos que no dialogan, que no se enfrentan a planes de vida o ideales alternativos y no ponen a prueba sus propias convicciones, los cuales pueden verse tentados a decidir, a partir

---

<sup>298</sup> Ibid. Pág. 100

<sup>299</sup> Id.

<sup>300</sup> Ibid 101

de sus simples prejuicios, de la resignación o el desconocimiento de otras posibilidades alcanzables, lo cual resulta inconveniente.

3. El tercer argumento se sustenta en que, regularmente, las decisiones de una democracia se apoyan en simples mayorías, y no mediante acuerdos unánimemente consensuados. “Un sistema que no es suficientemente flexible y sujeto a cambios resulta propenso a que en él se tomen decisiones más bien imperfectas”.<sup>301</sup>
4. La última y cuarta objeción al populismo se argumenta en el sentido de que una cosa son las decisiones de las mayorías ciudadanas y otras las decisiones tomadas por las mayorías legislativas, las cuales, desde luego, no siempre son concordantes.

Finalmente Gargarella, concluye cuestionando el populismo aseverando lo siguiente:

“No resulta deseable, que sean las propias asambleas legislativas las que centralicen el control sobre lo que ellas mismas deciden hacer, y con mayor motivo cuando las asambleas legislativas no representan sino una versión muy imperfecta del ideal rousseauiano de los acuerdos sociales”.<sup>302</sup>

Sin embargo, tampoco comparte la tesis del control judicial de las leyes y enfatiza:

“Si cuestionamos a las asambleas legislativas por representar sólo un pálido reflejo de la voluntad ciudadana, mucho más debemos criticar al Poder Judicial (en su capacidad para decidir acerca de cuestiones constitucionales básicas), que no se encuentra sujeto a elección ni remoción popular”.<sup>303</sup>

### **2.3.3. Soluciones intermedias**

Gargarella identifica, asimismo, algunas soluciones intermedias, destinadas a mediar entre el conservadurismo y el populismo, pero con el objeto de reconocer la decisión judicial de controlar las leyes y debilitar su carácter antidemocrático.

---

<sup>301</sup> Id.

<sup>302</sup> Id.

<sup>303</sup> Id

A continuación se expresarán algunas de las soluciones intermedias citadas por el autor.

1. **Grupos de presión como respaldo a los sectores menos favorecidos.**

Con esta idea se pretende acercar la ciudadanía al proceso judicial, para lo cual juegan un papel importante los grupos de presión. “La idea que subyace en la mencionada propuesta es la siguiente: normalmente, los sectores menos favorecidos de la sociedad encuentran problemas serios en acceder a la justicia”.<sup>304</sup> Ello implica que la justicia tienda a conocer de asuntos sobre las clases menos favorecidas de la sociedad; regularmente se acusa a la justicia de elitista por no ocuparse de las causas de los desfavorecidos. Para ello, de acuerdo con esta solución, se propone la existencia de organismos ciudadanos que abanderen las demandas ciudadanas y ejerzan presión sobre la justicia.<sup>305</sup>

2. **Introducción de jurados y jueces legos.** La participación de ciudadanos en su calidad de jurados para tomar parte en las decisiones judiciales contribuye a democratizar la justicia, lo cual permite un acercamiento de ambas partes.

3. **Forma de designación de los jueces.** “Muchas de las posibles objeciones a la justicia se vinculan con la falta de jueces verdaderamente probos e independientes. Tales objeciones pueden surgir, sobre todo, a partir de la forma inadecuada en que se designa a los magistrados”.<sup>306</sup> Otra forma de aminorar el carácter antidemocrático de la justicia ha sido la introducción de mecanismos para el nombramiento de los jueces. En algunos casos se hace con la intervención de los órganos democráticos del poder político, como el Senado y el Ejecutivo,<sup>307</sup> en algunos otros van más allá en el afán

---

<sup>304</sup> Ibid. Pag. 105

<sup>305</sup> Ejemplo de ellos en México, son el movimiento de deudores de la banca, conocido como “El barzón” surgido a raíz de la crisis económica de 1994, que abanderó un grupo social y ejerció una serie de acciones antijudiciales; frente a los procesos instaurados en su contra.

<sup>306</sup> Gargarella. Ob. Cit. pag. 111

<sup>307</sup> Es el caso de los Ministros de la Suprema Corte de Justicia de la Nación de México.

de democratizar la justicia, como en lugares de Estados Unidos, donde los jueces son electos popularmente.

4. ***El Tribunal como legislador negativo***. Esta tendencia, consiste en dotar al tribunal constitucional con facultades para decidir no sólo con criterios técnicos, sino también tomen en consideración factores propios de la vida política y social de las comunidades en cuestión.<sup>308</sup>

Al igual que lo hace con las anteriores soluciones, ésta tampoco satisface a Gargarella, sosteniendo que “mientras la justicia siga teniendo la posibilidad de contradecir la voluntad de las mayorías en todo tipo de cuestiones y conserve el derecho de pronunciar la última palabra, tendremos que seguir hablando de las tensiones entre la justicia y la democracia”.<sup>309</sup>

#### **2.3.4. La solución radical no populista: Democracia deliberativa.**

La tesis de la solución radical no populista toma como punto de partida que todas las personas son creadas iguales y están igualmente dotadas de razón. Esta postura fue asumida por Jefferson al redactar la Declaración de Independencia de Estados Unidos, quien al redactarla expresó:

“Debe confiarse con seguridad en que las personas van a escuchar testimonios verdaderos y falsos, y van a saber formar el juicio correcto distinguiendo entre ellos”.<sup>310</sup>

Según Gargarella, fundamentalmente, la tradición (genuinamente) radical no asume como obvio que las decisiones imparciales se identifiquen, o resulten definidas, a partir de los acuerdos mayoritarios. “Según la tradición radical no populista, la necesaria preocupación por los derechos de las minorías, así como el abandono de la creencia en la infalibilidad mayoritaria, no deben arrastrarnos, otra vez, hacia el conservadurismo, sino que lo que se requiere es mejorar el proceso de toma de decisiones, sin necesidad de echar por la borda el saludable principio

---

<sup>308</sup> Tal es el caso del Tribunal Constitucional italiano.

<sup>309</sup> GARGARELLA, Ob. Cit. pág. 119

<sup>310</sup> Ibid. pág. 121

de tomar efectivamente en cuenta la opinión de cada uno de los posibles afectados”.<sup>311</sup>

Con respecto a esta tesis, Gargarella inicia por analizar la postura de Bruce Ackerman, quien sostuvo que “en una democracia, el que debe gobernar es el pueblo, y no algún cuerpo de élite como el Poder Judicial”.<sup>312</sup> Ackerman centra su teoría en dos argumentos fundamentales que se deben considerar en una democracia. “En primer lugar, se encuentran las decisiones que toman el conjunto de los ciudadanos; las que llama “decisiones constitucionales”, que se expresan a través del dictado de la Constitución, de sus reformas y de otras decisiones igualmente importantes. En segundo lugar, están las decisiones que toma la ciudadanía a través de su gobierno y que se expresan a través de leyes nacionales o locales”.<sup>313</sup>

Las primeras decisiones referidas por Ackerman son poco frecuentes, pues requieren de condiciones especiales para que surja una nueva ingeniería constitucional o bien procesos de discusión profundas y procedimientos rígidos para la reforma constitucional. Por el contrario, el segundo tipo de decisiones está formado por las más cotidianas; es la actividad diaria de los poderes legislativos, que mediante leyes ordinarias dan respuestas a las demandas ciudadanas. De tal manera que los legisladores, en opinión de Ackerman, no deben contrariar las decisiones de primer nivel, plasmadas en la Constitución; por ello asume una posición “dualista de la democracia”, y justifica la existencia de un órgano destinado a preservar las decisiones fundamentales del pueblo, frente a las decisiones elaboradas por los legisladores en el día a día; y ese órgano no es otro que el Poder Judicial, el cual, ante tales circunstancias, no actuaría antidemocráticamente, sino democráticamente, al manifestarse contra leyes actuales, opuestas a las decisiones fundamentales de primer nivel; esto es, la Constitución.<sup>314</sup>

---

<sup>311</sup> Ibid. pág. 123

<sup>312</sup> Ibid. pág. 133

<sup>313</sup> Id

<sup>314</sup> Ibid. pág. 138

Otra tesis que Gargarella analiza sobre el carácter radical es la tesis de John Hart Ely, autor de la obra “*Democracy and Distrust. A Theory of Judicial Review*”.

John Ely procura en su estudio demostrar la compatibilidad entre la justicia constitucional y la democracia. En tal sentido analiza la función de los jueces en el proceso de revisión constitucional de las leyes, a los cuales atribuye un papel fundamental, pero acotando la posibilidad de que éstos asuman el lugar de los legisladores.

Para Ely, “en una democracia, los representantes son los que deben decidir en todas las cuestiones fundamentales o sustantivas. Son las mayorías, y no un grupo ilustrado de jueces, las que tienen que decidir de que modo quieren responder a las cuestiones valorativas que se les plantean. Los jueces no deben remplazar a los ciudadanos en la resolución de conflictos morales básicos, sino que, en cualquier caso, deben ponerse a su servicio para asegurar que la decisión que se tome sea el resultado de un auténtico proceso de reflexión colectiva”.<sup>315</sup>

Con esta tesis, Ely rescata la tradición radical no populista; por una parte la premisa de la mayoría; y por la otra la posibilidad de que la mayoría pueda fallar; y ante tal caso, es necesario contar con elementos para reparar la falla; fundamentalmente, esta posibilidad Ely la atribuye al ejercicio de la democracia representativa, es decir, al mal uso que los representantes populares pueden hacer de la voluntad popular.

Para apoyar sus ideas, John Ely expone su tesis sobre la democracia deliberativa, y sostiene:

“La concepción deliberativa de la democracia parte de la idea de que un sistema político valioso es aquél que promueve la toma de decisiones imparciales, esto es, decisiones que no resultan sesgadas indebidamente en beneficio de alguna persona o grupo, sino que tratan a todos con igual consideración... la democracia resulta defendible porque favorece, mejor que cualquier otro sistema, la toma de decisiones imparciales”.<sup>316</sup>

---

<sup>315</sup> Ibid. pág. 149

<sup>316</sup> Ibid. Pág. 159

La práctica deliberativa de la democracia ayuda a abrir los canales de comunicación entre los actos de gobierno y la sociedad, porque facilita detectar errores y convicciones que prevalecen en la sociedad, los cuales no siempre son acertadas; facilita el debate y se enriquece; ayuda a eliminar prejuicios para tomar decisiones imparciales.

De ahí que, la justicia constitucional, en la tesis de Ely, se justifica a partir de que es necesaria la existencia de una especie de jueces *outsiders*, que actúen como árbitros en el proceso democrático, a efecto de que puedan hacer prevalecer las decisiones imparciales que interesan a las mayorías, pero protegiendo, al mismo tiempo los derechos de las minorías. En tal sentido, “las funciones de los magistrados, como especialistas en procesos relativamente desinteresados en las polémicas concretas, consistirían, pues, en despejar los canales del cambio político y en facilitar la representación de las minorías”.<sup>317</sup>

Se trata, entonces, de hacer respetar el proceso democrático porque la voluntad de las mayorías no puede ser absoluta e ilimitada; en una democracia deliberativa, como la plantea Ely, caben y deben tomarse en cuenta las minorías; ése es el éxito de la democracia: poder articular decisiones en las que participen todos los involucrados, haciendo respetar los intereses individuales y de todos. Por ende, es ahí donde cobra vigencia la presencia del árbitro que garantice la democracia cuando ésta entre en conflicto de intereses entre la mayoría y las minorías; y ese árbitro no puede ser otro que el juez constitucional.

#### **2.4. Tipo de Constitución para reducir la objeción antidemocrática de la justicia constitucional**

Corresponde ahora analizar algunos elementos que puedan reducir la objeción contramayoritaria de la justicia constitucional; para ello es necesario entrar al estudio de los tipos de Constitución, con el objeto de encontrar un punto medio sobre la forma en que debe estar redactado el texto constitucional para reducir los

---

<sup>317</sup> BALBUENA CISNEROS, Arminda. Ob. Cit. pág. 288.

riesgos de la dificultad antidemocrática del control constitucional de las leyes por parte de los jueces.

Para este apartado será necesario considerar el contenido gramatical de la Constitución y los problemas que representa su interpretación al momento de analizar una ley con presunción de inconstitucionalidad.<sup>318</sup>

Otra de las críticas más fuertes a la legitimidad democrática de la justicia constitucional se refiere a los problemas derivados de la interpretación constitucional a lo que Gargarella llamó la *brecha interpretativa*,<sup>319</sup> es decir, ante la ambigüedad, vaguedad u omisiones del texto constitucional es inevitable la tarea interpretativa, por lo cual “los jueces terminan, silenciosamente, tomando el lugar que debería ocupar la voluntad popular”.<sup>320</sup>

En tal sentido, la pregunta es: ¿Qué tipo de Constitución es mas conveniente, para reducir la brecha interpretativa?

Ferreres Comella busca responder a esta interrogante, y para ello inicia analizando dos tipos de Constitución: la *procedimental* y la de *detalle*, para finalmente exponer, desde su perspectiva, el modelo de Constitución que a su parecer reduce el riesgo contramayoritario de la justicia constitucional.

#### **2.4.1. La Constitución procedimental**

La teoría de la Constitución procedimental es de la autoría de Jhon Ely; la esencia de este modelo radica en que “una Constitución procedimental solo protege los derechos de participación política”,<sup>321</sup> a diferencia de lo que ocurre con una norma constitucional sustantiva, que amplía su protección a todos los derechos esenciales de los gobernados.

---

<sup>318</sup> En el análisis de este apartado, se recurrirá con frecuencia a la obra de Víctor Ferreres Comella, “Justicia constitucional y democracia”, ob.cit.

<sup>319</sup> GARAGARELLA, Ob. Cit. pág. 59

<sup>320</sup> Id.

<sup>321</sup> FERRERES COMELLA, Víctor. Ob. Cit. pág. 54



“Por tanto, en las Constituciones democráticas no deberían incluir un largo catálogo de derechos y libertades que el Parlamento deba respetar y que los jueces deban encargarse de proteger frente a las decisiones del Parlamento”.<sup>322</sup>

En el procedimentalismo se procura constitucionalizar la democracia, a efecto de evitar que las decisiones de las mayorías -en ocasiones irracionales y producto de la pasión social- atenten contra los derechos de las minorías, y de esta forma proteger en sí mismo la democracia. “Y de ello se seguiría que el valor de la democracia justifica su constitucionalización, lo que implicaría el atrincheramiento constitucional no sólo de un mecanismo procedimental sino también de aquellos derechos que cabe considerar como presupuestos de una genuina decisión democrática”.<sup>323</sup>

Según Ely, “la Constitución protege una forma democrática de gobernar, y no una determinada ideología sustantiva, y es la protección de este proceso democrático de gobierno el contenido que debe adscribirse a las cláusulas superabstractas del texto constitucional”<sup>324</sup>. De ahí que la tarea de los jueces constitucionales deba limitarse exclusivamente a determinar si en el proceso de elaboración de la ley, y su contenido mismo, se respetó el proceso político democrático, y observar que no hayan sido excluidas las minorías.

Ely concibe a la democracia ideal como una *representativa*, y esto significa “que los intereses de todas las personas están representados, de modo que las decisiones se toman después de haber considerado con igual cuidado los intereses de unos y de otros”.<sup>325</sup> Por ello los jueces constitucionales deben ocuparse –de acuerdo con este modelo- de que las decisiones plasmadas en la ley ordinaria sean el resultado de contemplar a todas las expresiones sociales destinatarias de la norma, y que tales decisiones sean concordantes, siempre, con los principios democráticos plasmados en la Constitución.

---

<sup>322</sup> Id

<sup>323</sup> BAYÓN, Juan Carlos, en Neoconstitucionalismo coord. Miguel Carbonell, Ed. Trotta. España 2003. pág. 226.

<sup>324</sup> Citado por Ferreres COMella, Ob. Cit. pág. 56

<sup>325</sup> Ibid. Pág. 58

Por tal razón, la Constitución procedimental pretende regular estructuras y procesos generales que aseguren la participación política y el ejercicio del poder, para una adecuada toma de decisiones, en las que se involucren todas las partes implicadas. El modelo procedimental rechaza analizar los derechos sustantivos, por el grado de contrariedad que representan.<sup>326</sup> Sin embargo, ésta es una de las principales críticas que se le hacen al procedimentalismo, por dejar fuera del objeto a los derechos esenciales, por ser, como lo dice su propio nombre, la esencia de toda democracia. La falta de protección de los derechos individuales y no sólo los relativos a la participación política, constituye una de las deficiencias de la Constitución procedimental.

Si bien es cierto que, una Constitución procedimental abierta brinda una mejor movilidad para la toma de decisiones del Parlamento, que una Constitución de contenido cerrado, también es verdad que puede constituir una amenaza para la propia democracia, ante la posibilidad de interpretación constitucional que de suyo les corresponde a los jueces, lo que puede llevar a un verdadero gobierno de los jueces, no democráticos, que impongan sus decisiones cuándo una ley es democrática y cuándo no lo es, y así consolidar la “aristocracia de la toga”.<sup>327</sup> El grado de indeterminación y generalidad de la Constitución procedimental tiene ese riesgo.

En resumen, sostiene Ferreres:

“No puede justificarse que en una democracia la decisión de la mayoría parlamentaria acerca de los derechos y las libertades pueda ser invalidada por un juez. Pero existe una excepción a esta regla general: si la decisión de la mayoría parlamentaria atenta contra los derechos que dan acceso al proceso político, entonces está justificado que el juez pueda invalidar la ley. Ello es así porque el Parlamento goza de legitimidad en la medida en que es un órgano democrático. Si el parlamento erosiona los derechos de participación política a través de los cuales los ciudadanos dan vida al proceso democrático, socava entonces su propia legitimidad democrática, con la consecuencia de que se justifica en esos casos que el juez pueda controlar la ley. Este papel de guardián de la regularidad del proceso

---

<sup>326</sup> No hay que olvidar que el modelo de Constitución procedimental está basado en el estudio que de la Constitución norteamericana, hace John Ely.

<sup>327</sup> Término acuñado por Pedro Cruz Villalón, citado por Ferreres Comella, ob. Cit. pág. 198

político es el único papel que en una democracia debería desempeñar el juez constitucional”.<sup>328</sup>

#### **2.4.2. La Constitución a detalle**

En el otro horizonte se encuentra el modelo de Constitución a detalle; como su nombre lo indica, trata de establecer un texto constitucional específico, en el que se contengan con precisión los acuerdos mayoritarios pactados por los ciudadanos al crear la Constitución, y de esta forma limitar al legislador ordinario a actuar dentro de la voluntad democrática expresada de manera más auténtica en el texto constitucional.

Los partidarios de este modelo advierten sobre los riesgos que representa incluir cláusulas abstractas en la Constitución, dado el grado de indeterminación e imprecisión que esto representa a la hora de aplicar la norma constitucional, o bien al momento en que el juez tiene que hacer el examen de constitucionalidad de una ley.

El propio Kelsen coincide en que el uso, en la redacción de la Constitución, de una terminología imprecisa y frases que reflejan una ideología política no siempre aceptada por todos, genera dificultades a la hora en que el juez constitucional pretende interpretar la Constitución; por ello recomienda evitar este tipo de redacción y argumenta:

“Para evitar un semejante desplazamiento del poder –que la Constitución no quiere y que, políticamente, es completamente contraindicado- del Parlamento a una instancia que les extraña y que puede convertirse en el representante de fuerzas políticas diametralmente distintas de las que se expresan en el Parlamento, la Constitución debe, sobre todo si ella crea un Tribunal Constitucional, abstenerse de ese género de faseología, y si quiere establecer principios relativos al contenido de las leyes, deberá formularlos de una manera tan precisa como sea posible”.<sup>329</sup>

---

<sup>328</sup> FERRERES COMELLA, Ob. Cit. págs. 53, 54

<sup>329</sup> KELSEN, Hans, en La garantía jurisdiccional de la Constitución. Ob. Cit. pag. 81

De esta suerte, los partidarios de la Constitución a detalle recomiendan que los jueces constitucionales se concreten a determinar la validez de una ley en función de las cláusulas específicas contenidas en la Constitución, y no en los principios abstractos de la misma.

El principal argumento a favor de la Constitución a detalle radica en que reduce la discreción judicial al momento de interpretarla o confrontarla con una ley presumiblemente inconstitucional. “La objeción democrática, según este planteamiento, desaparece cuando la ley es invalidada por contradecir una disposición específica de la Constitución”.<sup>330</sup> Este argumento se sostiene en la idea de que la Constitución manifiesta de forma más auténtica la voluntad democrática por haber sido aprobada mediante un procedimiento más deliberativo, en el que participaron agentes que regularmente no lo hacen al aprobarse una ley ordinaria (por ejemplo, los ciudadanos por medio de un referéndum, o bien órganos del Estado que no participan en la elaboración de la ley común, como las legislaturas de los Estados).

A juicio de Ferreres, este argumento es válido pues “cuanto más específicos sean los términos utilizados en la Constitución, en mayor grado se reducirá la indeterminación interpretativa y, por tanto, el margen de discrecionalidad judicial”.<sup>331</sup> En suma, la Constitución de principios abstractos permite un mayor poder discrecional del juez, que la Constitución a detalle.

Sin embargo, no obstante de las bondades que pudiera representar el modelo a detalle, por la reducción del riesgo de discrecionalidad de los jueces, Ferreres identifica algunos argumentos en su contra.

1. Al primer argumento, lo denomina la *tiranía del pasado*. Esta objeción se basa en el argumento de que el Constituyente es un legislador del pasado, y no puede restringir el poder del legislador presente. Si bien es cierto que el proceso de creación de la Constitución es un proceso con mayor legitimidad democrática que la creación de leyes ordinarias y, por ende, éstas deben sujetarse a la norma superior; también, lo es que con el paso

---

<sup>330</sup> FERRERES COMELLA, Ob. Cit. pág. 93

<sup>331</sup> Id.

del tiempo esa legitimidad democrática de la Constitución se va retirando de las condiciones prevalecientes ante una nueva realidad social, que en muchas veces, dista de la realidad que prevalecía al momento de crearse la Constitución. “Puede decirse entonces que, a través de la supremacía de la Constitución, se va haciendo efectiva la tiranía del pasado”.<sup>332</sup> El grado de precisión de la norma constitucional, que para los efectos de interpretación judicial representa una virtud, con el paso del tiempo se convierte en una desventaja, porque entre más precisa sea la norma, mayor será el riesgo de que pierda actualidad y vigencia; por ende, mayor también será la posibilidad de que el legislador ordinario esté tentado a construir normas actuales, pero contrarias a la Constitución.

Por ello, la norma fundamental debe permitir la mutación, para evitar que las generaciones presentes queden ancladas a los principios de sus antepasados, de lo contrario se produce una desigualdad política a favor de las generaciones muertas. “Las decisiones mas específicas de los antepasados deben poder ser revisadas por la mayoría de los miembros actuales de la comunidad, pues son éstos quienes son titulares de los intereses en juego y quienes mejor pueden valorar las circunstancias del presente”.<sup>333</sup> Esta objeción al modelo constitucional a detalle hace voltear hacia el otro horizonte, es decir una Constitución con cláusulas abstractas, que permita la mutación generacional, para evitar “la tiranía de una generación muerta sobre la generación viva”.<sup>334</sup>

2. El segundo argumento contra la Constitución a detalle lo constituyen las dificultades para amparar nuevas dimensiones de la libertad constitucional. Esta objeción, identificada por Ferreres, parte de la premisa de que “cuanto más específicas son las disposiciones, mayor es el riesgo de que no sean exhaustivas”.<sup>335</sup> Las Constituciones a detalle envejecen pronto, y con ello se corre el riesgo de que, ante la especificidad de sus preceptos, se dejen

---

<sup>332</sup> Ibid. Pág. 107

<sup>333</sup> Ibid. Pág. 112

<sup>334</sup> Ibid. Pág. 116

<sup>335</sup> Ibid. Pág. 117

fuera nuevas formas de relaciones sociales que al momento de redactarse la Constitución no eran problemas de esa época, situación que no ocurre con las cláusulas abstractas, las cuales permiten incorporar con más facilidad nuevas relaciones de libertad y dignidad humana, las cuales pueden ir apareciendo, como resultado de la transformación social.<sup>336</sup>

3. Los obstáculos a la integración constitucional de una sociedad plural constituyen la tercer objeción a la Constitución a detalle. La norma de normas tiene entre sus funciones, integrar a la pluralidad de fuerzas e ideologías prevalecientes en la sociedad. En el texto constitucional se plasma ese conjunto de principios, valores y anhelos de la pluralidad social, sin duda la forma más correcta de materializar dichos principios en la Constitución, se logra por medio de cláusulas abstractas, que articulen la pluralidad política de la sociedad, y difícilmente una Constitución a detalle puede articular todos y cada uno de los componentes del pluralismo social. De esta forma, Ferreres es categórico al afirmar: “la abstracción de determinadas cláusulas constitucionales tiene la virtud de permitir la incorporación al texto constitucional de los valores políticos que los distintos grupos apoyan en diverso grado”, y continúa: “en este sentido, las cláusulas más abstractas deben figurar en el texto constitucional como cláusulas de salvaguardia para mantener una constante correlación simbólica entre pluralismo político y pluralismo de valores constitucionales, correlación que contribuye a integrar políticamente a los ciudadanos de una democracia liberal”.<sup>337</sup>

En síntesis, la Constitución a detalle resulta incompleta para los propósitos del control constitucional, puesto que, por una parte representa ventajas al reducir el riesgo de la discrecionalidad judicial pero, por la otra, impide la incorporación de nuevas formas de organización social, lo cual, ante el grado de especificidad de las cláusulas constitucionales, deja atada la generación presente a los principios y

---

<sup>336</sup> Esta postura, se justifica plenamente con el modelo abstracto de Constitución de los Estados Unidos, que más de doscientos años de su creación, aún sigue vigente

<sup>337</sup> FERRERES COMELLA, Ob. Cit. pág. 136

valores construidos por los antepasados al momento de crear el texto constitucional; por ello tal vez sea conveniente construir un modelo híbrido que amalgame abstracción con especificidad, dependiendo del caso concreto de regulación constitucional.

## **2.5. Algunas propuestas para reducir la tensión contramayoritaria de la justicia constitucional**

Aún cuando el carácter contramayoritario de la justicia constitucional resulta irrefutable, es necesario apuntar algunas ideas que reduzcan la tensión, a efecto de hacer más compatible la decisión del juez constitucional con la decisión democrática del Parlamento, al emitir la ley.

A continuación se expresan una serie de propuestas con el objeto de reducir la crítica de ilegitimidad democrática del control constitucional.

### **2.5.1. La presunción de constitucionalidad de la ley.**

Ferrerres Comella, propone, dentro de su modelo de Constitución, para reducir el carácter antidemocrático del control constitucional, establecer el principio de presunción de constitucionalidad de la ley. Este principio “impone a quien sostiene que el texto de una ley es inconstitucional la carga de argumentar convincentemente que se da una incompatibilidad entre la norma que ese texto expresa y el sistema de normas que el texto constitucional expresa”.<sup>338</sup>

Bajo este principio, se busca hacer prevalecer la ley impugnada de inconstitucionalidad hasta en tanto no se demuestre con claridad su contrariedad con la Constitución. Se parte de la premisa de que el legislador ha actuado, al emitir la ley, con estricto apego a la Constitución. En sentido teleológico se diría

---

<sup>338</sup> Ibid. pág. 141.

que el legislador no tuvo la intención de expedir una ley que fuese contraria a la Constitución de donde emanan todos sus actos.

Así, la presunción de constitucionalidad de la ley significa “que el legislador goza de una presunción de constitucionalidad, que en caso de duda, el juez debe decidir a favor de la constitucionalidad de la ley”.<sup>339</sup>

Por ende, los jueces deben realizar una interpretación de las leyes conforme a la Constitución, esto es, lo que Ricardo Guastini denomina *interpretación conforme*, y la define como “aquella que adecua, armoniza la ley con la Constitución (previamente interpretada, se entiende), eligiendo –frente a una doble posibilidad interpretativa- el significado (o sea, la norma) que evite toda contradicción entre la ley y la Constitución”.<sup>340</sup> Lo que se busca con la interpretación conforme es armonizar el texto de la ley con la Constitución, la cual, dependiendo el método de interpretación, puede resultar conforme o contra la Constitución; por ello, partiendo del principio de presunción de constitucionalidad, se opta por no declarar nula la ley, ante la duda de constitucionalidad.

En suma, la presunción de constitucionalidad de la ley requiere de razones y argumentos suficientes en contra de ésta para declarar su inconstitucionalidad; de lo contrario, si los argumentos no son suficientes, no son claros, o cabe la posibilidad de una interpretación compatible con la Constitución, debe prevalecer la constitucionalidad de la ley.

Con la adopción de este principio se reduce el riesgo de que un poder no democrático anule la ley que ha emanado de un poder democrático; y, al mismo tiempo, puede contribuir a limar la objeción contramayoritaria de la justicia constitucional.

### **2.5.2. La mutabilidad generacional de la Constitución**

Como se ha expresado líneas arriba, uno de los argumentos más fuertes en contra de la legitimidad democrática del control constitucional de las leyes radica en que

---

<sup>339</sup> Ibid. Pág. 160

<sup>340</sup> GUASTINI, Ricardo, en Neoconstitucionalismo coord. Miguel Carbonell Ob. Cit. pág. 57



la Constitución no puede condenar a la inmutabilidad social a las generaciones presentes, ya que éstas poseen el derecho irrenunciable de modificar sus reglas, principios y valores, de acuerdo con el consenso incluyente del pluralismo social. Por tanto, resulta inviable y contra natura pretender que los antepasados aten con sus normas a las generaciones venideras.

Paine decía que “cada generación debe tener plena competencia para decidir, sin estar ligada a las decisiones de las generaciones pasadas. Son los intereses de los vivos, y no de los muertos, los que deben protegerse y armonizarse”.<sup>341</sup>

Si bien es cierto, como ya se ha dicho, que el proceso de creación de las normas constitucionales se da bajo un esquema de mayor consenso social y en condiciones de más amplia participación ciudadana (por ejemplo, mediante la aprobación ciudadana de la Constitución, mediante referéndum), con relación a los procesos de elaboración de las leyes ordinarias, en donde sólo participan los representantes populares, que no siempre son portadores de los intereses de las mayorías, también es cierto que, dependiendo del tipo de Constitución, abstracta o a detalle, la norma constitucional tiene un proceso natural de envejecimiento, por razones propias de la evolución social.

La Constitución debe recoger todas las expresiones ideológicas de la pluralidad política prevaleciente en el momento de crearse, y al mismo tiempo aspirar a que dichos acuerdos prevalezcan en el tiempo y se transmitan de generación en generación, pero ello no significa anular la posibilidad de que surjan nuevos acuerdos con el nacimiento de nuevas formas de relación social, que no necesariamente están incorporados en el texto constitucional antiguo.

La Constitución también envejece, y para evitar que muera debe permitirse su propia forma de reproducción y sobrevivencia.

La forma clásica de evitar que la Constitución muera es permitiendo su actualización, mediante procesos de reforma y adición rígidos, que incorporen los pactos presentes que toma la sociedad ante nuevas formas de convivencia social;

---

<sup>341</sup> Citado por Ferreres Comella. Ob. Cit. pág. 108

sin duda este proceso de reforma y actualización resulta políticamente útil, porque así se logra incluir aquellos acuerdos consensuados de los ciudadanos, que no fueron considerados por los creadores de la norma constitucional, al momento de crearla.

Sin embargo, ¿por qué no pensar en una periodicidad de vigencia del texto constitucional, que permita a cada generación reconocer su derecho a construir acuerdos que les sean útiles para la consecución de sus fines? Esto no es una novedad, pues la propia declaración de los derechos del hombre y el ciudadano de la Constitución francesa de 1793 estableció el derecho que el pueblo tiene siempre de revisar su Constitución.

El propio Jefferson sostuvo:

“La tierra pertenece a los vivos, no a los muertos. Los muertos no tienen derechos; no son nada. Las partículas de materia que componían los cuerpos forman parte ahora de los cuerpos de otros animales, vegetales o minerales. Por las leyes de la naturaleza, una generación es a otra como una nación independiente a otra”.<sup>342</sup>

Incluso, basado en las tablas actuariales de Buffon, calculó que cada 18 años y 8 meses se produce un cambio de generación. Por tanto, propuso que cada 19 años se celebraran plebiscitos para que la nueva generación pudiera decidir si acepta o revisa las leyes fundamentales.<sup>343</sup>

En consecuencia, una forma de mantener vivo el espíritu democrático de la Constitución y los actos que de ella emanen puede ser la introducción de principios que permitan la revisión periódica, e incluso la forma de abrogación expresa, de acuerdo con el cambio generacional de la sociedad, con el objeto de incorporar los nuevos acuerdos sociales que se construyen con la evolución de la humanidad.

De otra forma se corre el grave riesgo de que una Constitución a detalle muera, por no considerar la realidad prevaleciente en la actualidad, o bien dejar en manos de la aristocracia de la toga la decisión de expresar cuáles acuerdos tomados en la ley, son constitucionales y cuáles no lo son, para el caso de la

---

<sup>342</sup> Id

<sup>343</sup> Id.

Constitución con cláusulas abstractas, lo que representa una verdadera contrariedad democrática.

### **2.5.3. Incorporación de procesos ciudadanos en la aprobación de la ley.**

Uno de los riesgos de la democracia representativa es que los representantes populares no siempre responden a los intereses legítimos de los ciudadanos. Este hecho pone en entredicho la legitimidad democrática de la ley, porque no obstante que la misma ha sido aprobada por una mayoría parlamentaria, ello no significa que en la ley se recogen los intereses incluyentes de todas las partes destinatarias de la ley.

El Poder Legislativo “debe responsabilizarse ante la sociedad por las decisiones tomadas”,<sup>344</sup> para ello es necesario que el debate parlamentario sobre el proceso de aprobación de una ley se encuentre investido de un dispositivo publicitario, a fin de que los destinatarios de la norma, en principio, se enteren y, ¿por qué no?, participen de un debate extraparlamentario.

Esta tarea requiere que la representación política otorgada por los ciudadanos a los legisladores no es un (salvo conducto) para hacer con ella lo que el interés parlamentario, o a veces el interés partidista impuesto por su dirigencia, determine; por el contrario, la representación política tendrá que aproximarse a la voluntad popular real, de donde emana el mandato, para de esta forma lograr una auténtica legitimación democrática de la ley; de ahí que no sólo es suficiente con darle publicidad al debate durante el proceso de creación de la ley sino que, además de ello, será indispensable someter a referéndum la nueva ley aprobada por el Parlamento cuando ésta toque aspectos de derechos fundamentales.

Sin embargo, esto no significa que el simple hecho de que una ley sea sometida a referéndum, resulte suficiente para que goce de plena

---

<sup>344</sup> Ibid. Pág. 227

constitucionalidad o, en su caso, que no pueda ser invalidada por el órgano de control.

Como se ha expresado líneas arriba, las mayorías populares no siempre toman decisiones razonadas; para ello se requiere, primero, de un proceso de información sobre el tema y, segundo, evitar el riesgo de que en dicho proceso las minorías pueden verse aplastadas por una turba desinformada que puede afectar derechos fundamentales de otros miembros de la sociedad, que no necesariamente sostienen la misma ideología de las mayorías, lo cual puede polarizar aún más la tensión.

No obstante, los inconvenientes de la participación ciudadana en los procesos de aprobación de la ley pueden reducirse en una sociedad informada y altamente culturizada. Para ello será necesario advertir los argumentos a favor y en contra de la ley que se pretende aprobar por referéndum y trasladar el debate intraparlamentario a la calle, para que la sociedad pueda decidir libre e informadamente sobre los nuevos acuerdos que se proponen.

Ante esta utopía de sociedad modelo, no quedaría otra opción al juez constitucional sino reconocer la legitimidad democrática de la ley y recomendar, ante una posible contradicción con el texto constitucional, la modificación de la Constitución, para que se adapte a la evolución social.

## **2.6. A guisa de cierre**

Sin duda que la tesis de la objeción contramayoritaria de la justicia constitucional es irrefutable, y cae como guillotina sobre la cabeza de los tribunales constitucionales. No queda más que aceptar la validez de los argumentos en ese tenor. Sin embargo, habrá que continuar construyendo modelos que encuentren el punto medio entre el carácter perenne de cualquier norma -iniciando, desde luego con la Constitución- y el carácter de movilidad natural de toda sociedad, que no puede verse atada por la inmutabilidad del derecho.

La democracia juega ese papel de equilibrio social, pero al mismo tiempo no puede quedar ajena a la regulación constitucional, porque implicaría la propia

negación de sus principios; el respeto a las reglas de la democracia implica tomar decisiones imparciales, en las que estén tomadas en cuenta todas las partes – tanto las beneficiadas como las afectadas con la decisión-, y es aquí donde se hace necesario el árbitro que imponga el equilibrio, y ese árbitro, por el momento, no puede ser otro que el juez constitucional.

Mientras tanto, continuará la fortaleza de los argumentos de la objeción antidemocrática de la justicia constitucional y seguirá teniendo razón Gargarella, que en el final de su obra “La Justicia Frente al Gobierno”, sostiene:

“Habrá quienes sigan convencidos de que la dificultad *contramayoritaria* es un invento propio de juristas de otras tierras, que nada tienen que ver con la realidad propia de sus propios países. Habrá quienes sigan convencidos de que la discusión pública no ayuda a la imparcialidad, sino que sólo aporta confusión y apasionamiento. Y habrá, también, quienes nieguen cualquier razonabilidad en distinciones como las de moral pública y moral privada... Frente a los que no comparten presupuestos como los que aquí se defienden, sólo caben dos cosas: por un lado, seguir trabajando para convencerlos de que están en un error, y por otro, rogarles que nos persuadan de la plausibilidad de las ideas –contrarias a las nuestras- que ellos sostienen. Nuestros oponentes nos tendrán que convencer, por ejemplo, de que es deseable que jueces no electos por la ciudadanía, ni sujetos a una responsabilidad electoral inmediata, sigan decidiendo cuestiones sustantivas (por ejemplo, decidiendo como se regula el aborto, diciendo si está bien o mal consumir estupefacientes, diciendo cómo se pueden distribuir los recursos sociales, y como no, etc). Nuestros oponentes deberán darnos razones para otorgar al poder judicial la última palabra en materia constitucional, cuando sabemos (particularmente en Latinoamérica) lo permeable que es la magistratura a la presión de los grupos de poder. Nuestros oponentes deberán persuadirnos de que la reflexión individual y asilada de los jueces no garantiza la imparcialidad de un modo más certero que la propia reflexión colectiva. Nuestros oponentes tendrán que hacernos entender que es deseable que el buen ejercicio judicial siga dependiendo del azar de contar con buenos “jueces”. Nuestros oponentes deberán aclararnos estas dudas a menos que –como tantas veces- prefieran simplemente negarse o imponernos sus razones”.<sup>345</sup>

---

<sup>345</sup> GARGARELLA, Ob. Cit. pág. 265.

## **TERCERA PARTE**

### **El modelo de justicia constitucional local mexicano**

#### **I. JUSTICIA CONSTITUCIONAL LOCAL.**

##### **Planteamientos para una propuesta**

**SUMARIO:** 1.1. *Planteamiento del problema.* 1.2. *Justicia constitucional local ¿para que?* 1.2.1. *Las características de las Constituciones locales.* 1.3. *Elementos para la instauración de la justicia constitucional en las entidades federativas.* 1.3.1. *El contenido de las Constituciones locales.* 1.3.2. *Que debe protegerse de las Constituciones locales.* 1.3.3. *Como proteger a la Constitución local.* 1.3.4. *Quien debe proteger a la Constitución local, ¿un órgano fuera o dentro del Poder Judicial?*

#### **1.1. Planteamiento del problema**

A raíz del surgimiento de facultades de control constitucional en el ámbito local, iniciado por el Constituyente veracruzano en el año 2000, las reformas constitucionales producidas en los Congresos estatales con el objeto de incorporar mecanismos de defensa constitucional local han sido diversas ante<sup>346</sup> mecanismos, surgidos aparentemente como una moda constitucional y no como una verdadera necesidad local. La creciente aparición de reformas constitucionales en ese sentido en las entidades federativas representa, sin duda, un avance significativo en el constitucionalismo local, por desafiar el apabullante centralismo jurídico del Estado mexicano vivido desde la vigencia de la Constitución federal de 1917; ahora se hace necesario desarrollar una corriente doctrinal tendiente a comprender estas nuevas instituciones por parte de los actores que intervienen en la sociedad, que oriente su efectiva utilidad para la vida social común, pero también generar el pensamiento jurídico que provea de los instrumentos doctrinales necesarios para la aplicación de la justicia constitucional por parte de las magistraturas locales.

---

<sup>346</sup> Del año 2000 a 2004, han seguido en este sentido a Veracruz, los Estados de Querétaro, Tlaxcala, Coahuila, Guanajuato, Chiapas, Quintana Roo, Nuevo León y Estado de México.

En efecto, “una de las consecuencias del pluralismo que se inició con la reforma federal constitucional de 1997 (sic) y que se incrementó de manera paulatina con los cambios de 1995 y 1996 se tradujo en la atenuación, también pausada, del agobiante centralismo político y jurídico de nuestro régimen federal, transformación que, si bien no ha llegado a establecer un federalismo similar al modelo estadounidense, al menos se advierte una tendencia hacia la descentralización, que se ha traducido en una creciente autonomía de las facultades de las autoridades locales”.<sup>347</sup> Y como ejemplo claro de esa descentralización jurídica local, sin temor a equivocarse, se encuentra la justicia constitucional local, que en el tema ha dado muestras evidentes de cómo el Constituyente estatal ha sido capaz de no quedarse sólo con la emulación de las facultades de control constitucional dadas al Poder Judicial Federal en la reforma de 1994, sino, por el contrario, se ha atrevido a introducir otras formas de protección constitucional que son ya una realidad en muchos países del mundo, y en México están en operación gracias a las Constituciones locales.<sup>348</sup>

La tendencia alentadora de crecimiento en las entidades federativas sobre el tema, demanda ahora detenerse a reflexionar sobre el futuro inmediato de estos mecanismos de control constitucional local; preocupa, como se sostiene líneas arriba, que la creación de los mismos, se atribuya más a una moda del Constituyente local que a una verdadera necesidad y conocimiento previo de los gobernados y la propia autoridad, generando con ello una deformación de las instituciones realmente de defensa constitucional. Fix-Zamudio hace una reflexión al respecto:

“Estamos convencidos de que se ha producido una verdadera tendencia muy dinámica, iniciada en la reforma de la Constitución del Estado de Veracruz en el año 2000, hacia la implantación de los instrumentos o garantías de carácter constitucional en los ordenamientos locales en nuestro país, porque es de esperar que se extiendan a una buena parte de

---

<sup>347</sup> FIX-ZAMUDIO, Héctor. Estudio de la Defensa de la Constitución en el ordenamiento mexicano 2ª edición. Ed. Porrúa. México 2005, pag. 357.

<sup>348</sup> Ejemplo de ello, son la inconstitucionalidad por omisión y la cuestión de constitucionalidad introducida en la Constitución de Veracruz, figuras no incorporadas en la reforma judicial federal de 1994.

las entidades federativas en los próximos años, pero consideramos que este desarrollo debe ser meditado y ponderado cuidadosamente por los organismos legislativos locales, ya que se trata de instrumentos novedosos que deben ser examinados de acuerdo con la experiencia de los que ya se han implantado y según los planteamientos de la doctrina y la jurisprudencia en esta materia”.<sup>349</sup>

Ante esta realidad surge una serie de nuevas interrogantes sobre la conveniencia o no de crear instrumentos de defensa constitucional local; de tal forma, habría que preguntarse: ¿justicia constitucional local, para qué?, ¿la actual redacción de las Constituciones locales es suficiente, y sólo basta agregar una parte relativa a la justicia constitucional?, luego entonces, ¿qué tipo de Constitución debe existir para dar origen a los mecanismos de control constitucional?, ¿cómo debe redactarse la Constitución estatal para ser susceptible de protección por los instrumentos de defensa?, ¿será suficiente la sola protección de los principios de supremacía y rigidez constitucional o deben incluirse otros principios susceptibles de ser protegidos por la justicia constitucional?. En suma la interrogante mayor que engloba a todas es ¿qué características deben distinguir a la justicia constitucional en las entidades federativas?.

Estos son los cuestionamientos que se pretenden desmenuzar para intentar la aportación de algunos elementos de respuesta, procurando homogenizar un modelo de justicia constitucional para las entidades federativas.

## **1.2. Justicia constitucional local, ¿para qué?**

Hablar de justicia constitucional local no es un tema nuevo en el constitucionalismo moderno: Brasil, Argentina y Alemania son ejemplos claros de este sistema de control de la constitucionalidad estatal. Por citar sólo un ejemplo:

---

<sup>349</sup> FIX-ZAMUDIO, en Estudio de la defensa de la constitución en el ordenamiento mexicano. Ob. Cit. pág. 409.



Alemania es un Estado federal, democrático y social, según se define en el artículo 20, párrafo I, de su ley fundamental; la jurisdicción se divide en el poder judicial de la federación y los Länder –es decir los Estados-. Para el caso de la jurisdicción constitucional de los Länder, existen 15 tribunales constitucionales estatales (el único Land sin un tribunal constitucional propio es Schleswig-Holstein), en ellos descansa la responsabilidad de ser guardianes de la Constitución de los Länder, y el objeto de control de estos tribunales son sólo los actos basados en la soberanía de los Länder. Por ello, las jurisdicciones constitucional de la federación y la de los Länder existen una al lado de la otra de forma independiente. El tribunal constitucional federal controla la jurisprudencia de los tribunales constitucionales estatales únicamente en raros casos, en relación al respeto de los derechos procesales fundamentales en los procedimientos y en relación al derecho de igualdad en caso del control de elecciones en un Land.<sup>350</sup> Por ello la justicia constitucional local no es un tema naciente en el constitucionalismo contemporáneo; por el contrario, es una realidad que apenas inicia su gestación en México.

Históricamente las Constituciones locales en el federalismo mexicano han sido concebidas como las antiguas Constituciones europeas del siglo XIX: normas jurídicas de bajo impacto que establecen principios políticos de observación no obligatoria y, peor aún, más que constreñir jurídicamente al poder, éste se sujeta a ella de forma moral y ética.<sup>351</sup>

Esta visión de Constitución que aún prevalece en la mayoría de las entidades federativas se ha venido modificando con la incorporación de elementos que hacen del texto constitucional una Constitución normativa, con fuerza vinculante en todos los actos del poder y las conductas realizadas por los ciudadanos. La misión iniciada por el Estado de Veracruz en el 2000 da luces de que las Constituciones estatales han dejado de ser adornos normativos para

---

<sup>350</sup> Cfr. LÖSIG LÜNEBURG, Norbert. La doble jurisdicción constitucional en Alemania en Derechos Procesal Constitucional, coordinada por Eduardo Ferrer Mac-Gregor. 3ª ed. Editorial Porrúa, México, 2002, pág 3131 y ss.

<sup>351</sup> Cfr. ASTUDILLO REYES, César I. en Ensayos de justicia constitucional en cuatro ordenamientos de México: Veracruz, Coahuila, Tlaxcala y Chiapas. Ob. Cit. p. 310

convertirse en auténticas normas jurídicas, con posibilidad de exigir su cumplimiento por vías jurisdiccionales preexistentes ante autoridades con facultades expresas para hacer cumplir el mandato constitucional. El propio Ricardo Guastini ha sostenido que: “en el constitucionalismo de nuestros días se tiende a pensar que la función de la Constitución es moldear las relaciones sociales. Por consecuencia, también se tiende a pensar que las normas constitucionales –sobre todo los principios generales y las normas programáticas– pueden producir efectos directos y ser aplicados por cualquier juez en ocasión de alguna controversia”.<sup>352</sup>

Es evidente que el letargo constitucional de los Estados en este tema ha obedecido a la primacía del régimen constitucional y político que vivió el país en el siglo pasado, caracterizado por un control cerrado, casi omnipotente, del partido único en el poder y ejercido por el Presidente de la República. Los problemas del país fueron resueltos durante la dominación priísta,<sup>353</sup> por las vías políticas y no por las vías jurisdiccionales, para qué resolver los problemas en los tribunales, si siempre era posible llegar a una composición amigable del conflicto.<sup>354</sup> Esto prevaleció durante 72 años del poder priísta como una normalidad política; “en medio de un sistema de partido casi único, era natural que se privilegiara la resolución política de las desavenencias en vez de la resolución jurisdiccional de los conflictos constitucionales”.<sup>355</sup>

De tal suerte, la Constitución federal y, por ende, las Constituciones locales, se convirtieron en piezas decorativas del sistema político, pero al mismo tiempo ideario del pensamiento del Presidente en turno; es en esta etapa cuando más reformas constitucionales se gestan, plasmando ideologías en las que sólo

---

<sup>352</sup> GUASTINI, Ricardo. En *Neoconstitucionalismo*. Ob. Cit. p. 54

<sup>353</sup> Esta época inicia en 1929 con la conformación del Partido Nacional Revolucionario, ahora Partido Revolucionario Institucional y se extiende hasta diciembre de 2000, fecha en que dejó el poder este partido político.

<sup>354</sup> Como dato estadístico se puede citar el ejemplo de las controversias constitucionales previstas en el artículo 105 de la Constitución federal, que del periodo de 1917 a 1994 –fecha en que se produjo una modificación significativa a este instrumento de control constitucional– se promovieron solo 47 controversias constitucionales, de las cuales solo dos obtuvieron sentencia firme. El dato puede consultarse en el *Cuadro estadístico histórico de asuntos relativos a controversias constitucionales tramitadas entre 1917 y 1994*, México, Suprema Corte de Justicia de la Nación, 2000.

<sup>355</sup> ASTUDILLO REYES, César I. en *Ensayos de justicia constitucional ...*. Ob. Cit. p. 274.

coincidía la clase gobernante en turno, para luego quedar en desuso por el arribo de un nuevo grupo en el poder.<sup>356</sup> El mismo fenómeno se experimentó en las entidades federativas, donde había congresos locales con mayorías absolutas al servicio de los gobernadores, atentos a las órdenes para legislar en el sentido indicado por el titular del Ejecutivo estatal.

Inclusive la propia doctrina constitucional de la época giró en torno a una justificación política y no dogmática respecto del estudio de la Constitución, tal y como lo apunta José Ramón Cossío con la siguiente crítica:

“En efecto, si revisamos, y aquí es importante atender a las condiciones que postulamos, la mayor parte de los escritos de la mayor parte de los autores nacionales (lo cual quiere decir que hay posiciones diversas en un número relativamente reducido de autores), tenemos que el punto de vista político prevaleció sobre el normativo aun cuando, y por la importancia “institucional” de los sostenedores del propio punto de vista político, el mismo haya llegado a ser determinante tanto en el discurso académico como en los pronunciamientos de los órganos del Estado”.<sup>357</sup>

La inercia cambió en la última década del siglo XX; el país inició una profunda transformación de su democracia que fue generando la alternancia política del poder; primero en los gobiernos municipales, luego en los Estados y finalmente, en el año 2000, con el arribo de un partido distinto al gobernante por más de 70 años a la Presidencia de la República. Esa nueva realidad política y democrática de México, en la que el Presidente y los gobernadores de los Estados dejaron de tener el control hegemónico de los Congresos, reveló la necesidad de establecer, ahora sí, instrumentos jurisdiccionales para resolver los conflictos de la pluralidad política –ya no era posible funcionar bajo el esquema de la *amigable composición de los conflictos*–; ello dio pie a la reforma integral al Poder Judicial de la Federación impulsada por el Presidente Ernesto Zedillo, en diciembre de 1994, en la cual se plasmaron nuevas reglas del juego político, privilegiando la solución jurídica y no política a los conflictos sociales.<sup>358</sup>

---

<sup>356</sup> Sobre el particular véase a COSSÍO, José Ramón, Dogmática constitucional y régimen autoritario, 2ª. Edición. Fontamara, México. 2000

<sup>357</sup> *Ibid* p. 44

<sup>358</sup> En esta reforma como es del conocimiento público se establecieron nuevas facultades de control constitucional concedidas a la Suprema Corte de Justicia de la Nación, modificándose la regulación de las controversias constitucionales e incorporando las acciones de inconstitucionalidad.

Las democracias evolucionan en la medida que se permite el pluralismo político como la forma de cohabitación de intereses no siempre coincidentes entre sí; la democracia hace lícito el disenso, a partir de reglas del juego que permiten incorporar a las minorías en la toma de decisiones frente a las mayorías, respetando la opinión contraria: “una sociedad en la que el disenso no esté permitido es una sociedad muerta o condenada a morir”.<sup>359</sup>

El mismo antecedente ha sido interpretado por las entidades federativas, avizorando nuevas formas de pluralismo político, pues el ejercicio del poder compartido -en muchos casos confrontado- hace necesaria la construcción de reglas claras capaces de permitir la cohabitación política sin romper la paz y el orden social y jurídico. De esta forma surgen las primeras normas que recogen la nueva realidad política en algunas entidades federativas: Veracruz, Querétaro, Tlaxcala, Coahuila, Guanajuato, Chiapas, Quintana Roo, Nuevo León y Estado de México.

Esas nuevas reglas del juego no son otras más que las de la justicia constitucional, ahora referida al ámbito local. Con ello las entidades federativas han iniciado un proceso de redefinición de sus cartas constitucionales, abriendo el debate acerca de la importancia que tiene para el ámbito local contar con una Constitución normativizada, útil para resolver problemas, dejando atrás el viejo paradigma de Constituciones ornamentales que vinculaban sólo en el plano moral a los gobernantes, para construir nuevas normas constitucionales con fuerza vinculante y directa en todo cuanto pase dentro del Estado. “No por nada Dominique Rousseau afirma que el control de constitucionalidad es un rasgo característico de un régimen democrático, al igual que la separación de poderes, la independencia del Poder Judicial, la libertad de sufragio, el pluralismo político y el pluralismo de los medios de comunicación”.<sup>360</sup> Ésa es la relevancia de la justicia constitucional, que permite resolver los problemas de la política, juridificando sus soluciones.

---

<sup>359</sup> BOBBIO, Norberto. El futuro de la democracia. Trad. De José F. Fernández Santillan. Fondo de Cultura Económica. 3ª edición. México 2005. pág. 70

<sup>360</sup> Citado por ASTUDILLO REYES, César. En Ensayos de justicia constitucional.... Ob. Cit. p. 272

La justicia constitucional va aparejada del proceso de evolución democrática del Estado; en la medida que las sociedades viven la democracia se hace necesaria la instauración de reglas claras que resuelvan los conflictos de su ejercicio. La permanencia de la democracia depende de la existencia de controles constitucionales que garanticen el juego democrático; no es gratuito que en México estos controles surjan precisamente en el momento en que el país entra en un proceso de transformación democrática. En las dictaduras o en los Estados con control hegemónico del poder se hace innecesaria la justicia constitucional.

Como lo afirma Bobbio, “lo que distingue a un sistema democrático no es solamente el hecho de que tenga sus reglas del juego (todo sistema lo tiene, más o menos claras, más o menos complejas), sino el hecho de que estas reglas sean mucho más elaboradas, a través de siglos de pruebas y contrapruebas, que las reglas de otros sistemas, y hayan sido casi en todas partes, como sucedió en nuestro país, constitucionalizadas”.<sup>361</sup>

Sin embargo, el proceso reformador del constitucionalismo local no ha sido homogéneo en todo el país; apenas se dan los primeros pasos en ese sentido, y en algunos casos la situación es preocupante, por el desamparo total en que se encuentra la mayoría de las Constituciones estatales que a la fecha no cuentan con instrumentos de control constitucional; en esta dirección habría que reflexionar sobre la interrogante planteada al inicio del presente trabajo, para que una justicia constitucional.

### **1.2.1. Las características de las Constituciones locales**

En el capítulo III se indicó que las Constituciones locales no son normas originarias; por el contrario, son normas jurídicas derivadas de la Constitución federal y por el principio de autonomía de las entidades federativas, reconocido por esta norma, están en aptitud legal de expedir Constituciones para organizar y estructurar todo el ordenamiento jurídico interno de cada Estado. Las

---

<sup>361</sup> BOBBIO, Ob. Cit. pág. 74.

Constituciones locales tienen como límites las facultades expresamente reservadas a la federación y no contravenir a la Constitución general. “Partimos de la premisa que la Constitución es el orden jurídico fundamental del Estado y la sociedad; es, en consecuencia, el complejo total de leyes que comprenden los principios y reglas de una comunidad organizada; es la ley fundamental y suprema del Estado, que establece su forma y la de su gobierno; crea, estructura y determina las atribuciones y límites de la autoridad; los derechos y las garantías individuales y sociales; proclama los principios políticos y socioeconómicos sobre los que se basan la organización y teleología estatales; regula sustantivamente y controla adjetivamente el poder público del Estado en beneficio de los gobernados; es la voluntad del ser como origen del deber ser”.<sup>362</sup>

El gran problema de las Constituciones federal y locales radica en la falta de una definición clara de su contenido; difícilmente se puede normativizar una Constitución si no tiene claro que protege la norma máxima, cuáles son los principios ideológicos consensuados democráticamente por los ciudadanos, qué tipo de poder público y qué forma para ejercerse se ha convenido pactar y hasta dónde llega el principio supremo del texto constitutivo del Estado; son sólo algunos de los problemas que las Constituciones del país enfrentan, convirtiendo así a los textos constitucionales en documentos legitimadores de los actos de autoridad. Miguel Carbonell ha sostenido que la Constitución es, sobre todo, una norma jurídica. Este concepto que pareciera una obviedad, sin embargo debe repetirse una y otra vez, porque no siempre ha sido así, y en determinados contextos todavía no lo es. Y no lo ha sido, ni lo es en países como México, en los que en un buen tramo de su historia se ha tenido un “constitucionalismo-ficción”, en la medida en que los textos constitucionales han servido poco más que para los ejercicios retóricos y legitimadores del régimen en turno.<sup>363</sup>

---

<sup>362</sup> LEÓN HERNÁNDEZ, Marco Antonio. En Las aportaciones de las entidades federativas a la reforma del Estado. Cordinada por Máximo N. Gámiz Parral y J. Enrique Rivera Rodríguez, IJ-UNAM, México. 2005, p. 196.

<sup>363</sup> Cfr. CARBONELL, Miguel, compilador. Teoría de la Constitución. Ensayos escogidos, Ob. Cit. . p. X

En ese tenor, César Astudillo<sup>364</sup> ha expresado lo siguiente:

“Existe, o debe existir, desde nuestro punto de vista, una estrecha conexión entre Constitución, justicia constitucional e interpretación constitucional. El problema es que una solución como ésta se facilita cuando el cambio de Constitución, luego de una experiencia antidemocrática, se da a través de un proceso constituyente, apelando a la soberanía del pueblo; se dificulta en vez, cuando ese cambio intenta hacerse por medio de la reforma constitucional, que es la vía elegida por México. Al no estar claro el concepto de Constitución bajo el cual se está operando luego de sus innumerables reformas, es lógico que la misma institución de la justicia constitucional se mueva dentro de los vaivenes constantes en aras de acomodarse al entendimiento de la norma fundamental bajo parámetros exclusivamente temporales.

Una situación como esta se percibe en igual modo a nivel local, ya que al no existir procesos constituyentes que incentiven la transformación constitucional, se intenta cambiar la lectura de la Constitución con base exclusiva en un hecho: la mutación del régimen político. Lo anterior no tendría problema sino fuera por que no está claro todavía que significa, cuales son los contenidos, que presupuestos sostienen o cual es la función de las Constituciones sea la federal o las locales. Es la gran herencia que nos ha dejado el sematicismo constitucional. La doctrina no ha ayudado desafortunadamente a una lectura diversa, aún se considera frágil y sin la influencia que debería ejercer en los asuntos constitucionales.

En suma, el problema que se advierte es que están intentando normativizar disposiciones constitucionales sin que se sepa aún lo que se reconoce como supremo; o algo peor, hemos optado tal vez por hacer vinculante un constitucionalismo ficción, debido a que el sistema ideológico que impulsó el constituyente de Querétaro, con sus fines y valores concretos, hoy no se encuentra en los restos que han quedado incólumes a la impronta que cada gobernante intentaba dejar en el máximo ordenamiento”.

El reto, entonces, es constitucionalizar todo lo que se refiera al ejercicio de las libertades individuales y desarrollo del poder público; los actos dentro del Estado deben darse bajo el manto constitucional; el Estado constitucional requiere para serlo, como lo ha expresado Manuel Aragón, de la constitucionalización de la política; “de ahí la necesidad de *constitucionalizar* el derecho para hacer que la Constitución, “como derecho”, rija”.<sup>365</sup> El mismo Ricardo Guastini ha sostenido, sobre el tema, que se trata de impregnar de constitucionalismo a todo el ordenamiento jurídico, y propone entenderlo como “un proceso de transformación de un ordenamiento al término del cual el ordenamiento en cuestión resulta totalmente *impregnado* por las normas constitucionales. Un ordenamiento jurídico constitucionalizado se caracteriza por una Constitución extremadamente invasora, entrometida (pervasiva, invidente), capaz de condicionar tanto la legislación como

---

<sup>364</sup> ASTUDILLO REYES, en Ensayos de justicia constitucional... Ob. Cit. p. 281

<sup>365</sup> CARBONELL, Miguel, compilador. Teoría de la Constitución, Ensayos escogidos. Ob. Cit. p.118.

la jurisprudencia y el estilo doctrinal, la acción de los actores políticos, así como las relaciones sociales”.<sup>366</sup> La constitucionalización propuesta por el autor no es un proceso bipolar (verdadero o falso), de modo que un ordenamiento pueda estar constitucionalizado o no estarlo en lo absoluto, sino un punto intermedio, en el sentido en que un ordenamiento puede estar más o menos constitucionalizado.<sup>367</sup>

En tal orden, Guastini<sup>368</sup> identifica siete características o condiciones necesarias para sostener que un ordenamiento está “constitucionalizado”: 1. Una Constitución rígida. 2. La garantía jurisdiccional de la Constitución. 3. La fuerza vinculante de la Constitución. 4. La sobreinterpretación de la Constitución. 5. La aplicación directa de las normas constitucionales. 6. la interpretación conforme de las leyes. y 7. La influencia de la Constitución sobre las relaciones políticas.

**a) El primer requisito** implica que la rigidez constitucional debe materializarse en una Constitución escrita y protegida contra la legislación ordinaria. Así, cuando una Constitución rígida está en vigor, es menester distinguir dos niveles jerárquicos de legislación: la legislación ordinaria y la legislación constitucional (o de revisión constitucional). Es evidente que la legislación ordinaria se encuentra subordinada a la legislación constitucional en razón del principio de supremacía constitucional, cuya característica corresponde a todo Estado constitucional de derecho.<sup>369</sup>

**b) La segunda condición** tiene su fundamento en la garantía jurisdiccional de la Constitución. No podría darse la rigidez constitucional, y menos aún la supremacía, si la norma constitucional no contempla instrumentos que aseguren su vigencia y superioridad respecto del ordenamiento jurídico ordinario; el Estado constitucional garantiza el carácter supremo mediante controles diversos que permiten afianzar la supremacía constitucional.

Pueden identificarse dos modelos de control constitucional en el mundo con características bien definidas:

---

<sup>366</sup> GUASTINI, en Neoconstitucionalismo Ob. Cit. p. 49

<sup>367</sup> Ibid, p. 50

<sup>368</sup> GUASTINI, en Estudios de Teoría Constitucional. Ob. Cit. pp. 154 y ss.

<sup>369</sup> Ibid p. 155



- 1) El modelo estadounidense: control *a posteriori* (por vía de excepción) e *in concreto*. Este instrumento de control es ejercido por cada juez en el ámbito de su competencia jurisdiccional. La ley inconstitucional entra en vigor y se aplica mientras no haya sido declarada inconstitucional. La decisión de inconstitucionalidad no produce efectos generales sino sólo para las partes que integran la decisión constitucional.
- 2) Modelo francés: control *a priori* (por vía de acción) e *in abstracto*. Este control lo ejerce de forma concentrada un tribunal constitucional constituido *ex profeso*; mediante este sistema se impide la entrada en vigor de la ley inconstitucional, sin embargo, este tipo de control no siempre asegura una total conformidad de las leyes con la Constitución porque los posibles efectos inconstitucionales de una ley no siempre pueden predecirse antes de su entrada en vigor, sino que se requiere que la misma se aplique a casos concretos para determinar sus efectos.<sup>370</sup>

**c) La tercera condición** referida a la fuerza vinculante de la Constitución, se concreta a sostener que todas las normas constitucionales, sin excepción, son plenamente aplicables y obligan a sus destinatarios. La Constitución es una norma cuyo contenido no podría agotar en totalidad todas y cada una de las relaciones jurídicas susceptibles de generarse; el texto supremo del Estado es una obra finita. Las Constituciones no son más que un manifiesto político cuya concreción es tarea exclusiva del legislador: los tribunales no deben aplicar las normas constitucionales –carentes de cualquier efecto inmediato- sino sólo las normas que se recogen por las leyes.

El Constituyente originario, al momento de culminar su obra, crea, con la Constitución un conjunto de instituciones revestidas de atribuciones y competencias que tienen a su cargo el ejercicio de la función estatal. Como norma esquemática, debido a su supremacía y a su fundamentalidad, la Constitución no puede hacer explícita una serie de contenidos materialmente constitucionales,

---

<sup>370</sup> Id

reduciéndose a determinar las bases sobre las cuales los órganos constituidos habrán de producir una reglamentación concreta y específica.

Las Constituciones, además de definir el catálogo de derechos fundamentales del gobernado y la estructura orgánica del Estado, establecen principios generales que no son susceptibles de aplicación inmediata, pues requieren de una actividad del legislador ordinario para que dichos principios se materialicen a casos concretos; por otra parte, las Constituciones también señalan mandatos programáticos, que de la misma forma no son de aplicación directa, puesto que su objetivización depende de la elaboración de leyes ordinarias, que de forma exclusiva corresponde desarrollar los poderes constituidos en ejercicio de las facultades que la propia Constitución les confiere.<sup>371</sup>

**d) La cuarta condición** es la sobreinterpretación de la Constitución. Tiene que ver con la forma en que es interpretada la norma constitucional. Según el autor en cita, toda Constitución es susceptible de ser interpretada de dos formas: una interpretación literal (o restrictiva) y una interpretación extensiva. El primer caso, se fundaría en la siguiente premisa: “Ninguna Constitución resulta completa”; cualquier Constitución no regula más que una pequeña parte de la vida política y social, por consiguiente queda una amplia parte que no encuentra regulación constitucional. Tomando este modelo, el legislador tiene una amplia libertad de disponer en uno u otro sentido, o simplemente, no disponer nada, lo que lleva a una extensa discrecionalidad legislativa que se sustrae a cualquier control jurisdiccional, por la carencia de parámetros.

Tratándose de una interpretación extensiva, que es el modelo propuesto por Guastini, “la Constitución puede ser interpretada –o, más bien, sobreinterpretada– de manera tal que se le extraigan innumerables norma implícitas, no expresas, idóneas para regular cualquier aspecto de la vida social y política”. De tal suerte que con este método no existirá norma que escape a la legitimidad constitucional; la sobreinterpretación es una condición de constitucionalización.

Y remarca:

---

<sup>371</sup> Ibid, p. 157

“Cuando la Constitución es sobreinterpretada no quedan espacios vacíos de –o sea, “libres” del- derecho constitucional: toda decisión legislativa está prerregulada (quizás aún, minuciosamente regulada) por una o por otra norma constitucional. No existe ley que pueda escapar al control de legitimidad constitucional. En otras palabras no existe espacio para ninguna discrecionalidad legislativa: no hay cuestión de legitimidad constitucional de la cual se pueda decir que sea sólo una *political question*, una cuestión puramente política, ajena al conocimiento del juez de la legitimidad constitucional de las leyes”.<sup>372</sup>

**e) La quinta condición**<sup>373</sup> de constitucionalización propuesta por el italiano Guastini se refiere a la aplicación directa de las normas constitucionales, es decir, la Constitución rige no sólo a las autoridades, sino también las relaciones entre los particulares. La tradición al respecto ha sido en el sentido de que los jueces no deben aplicar más que la ley; la Constitución no es apta para producir efectos en la vida social sino después de haber sido “concretizada” por leyes. Por el contrario, en el constitucionalismo de nuestros días se tiende a pensar que la función de la Constitución es moldear las relaciones sociales. Por consecuencia, también se tiende a pensar que las normas constitucionales –sobre todo los principios generales y las normas programáticas- puedan producir efectos directos y ser aplicadas por cualquier juez en ocasión de alguna controversia. “En México, sin embargo, ambos aspectos todavía no han sido analizados teóricamente ni desarrollados en las sentencias de nuestros jueces”<sup>374</sup>

**f) La interpretación conforme de las leyes** constituye la sexta condición de constitucionalización; ésta se refiere a la técnica de interpretación de la ley, respecto a la Constitución. La interpretación conforme es aquella que adecua y armoniza la ley con la Constitución (previamente interpretada, se entiende), eligiendo –frente a una doble posibilidad interpretativa- el significado (o sea, la norma) que evite toda contradicción entre la ley y la Constitución<sup>375</sup>.

**g)** Por último, la influencia de la Constitución sobre las relaciones políticas forma **la séptima condición de constitucionalización**, propuesta por Guastini. Según el autor, esta influencia no es fácil de precisar, pero se puede resumir en dos posiciones: en el contenido mismo de la Constitución, la postura de los jueces y la

---

<sup>372</sup> *Ibíd* P. 159 y 160

<sup>373</sup> *Ibíd*. P. 160

<sup>374</sup> CARBONELL, Miguel. Los Derechos Fundamentales en México. Porrúa, México 2005. p. 57.

<sup>375</sup> GUASTINI, en Estudios de teoría constitucional Ob. Cit. p. 161

asumida por los órganos constitucionales y los actores políticos. En el primer caso la polémica estriba en la postura que los jueces deben asumir entre respetar la discrecionalidad política del legislador o discutir las decisiones legislativas. En el segundo caso, las normas constitucionales pueden ser más o menos usadas en la argumentación política para justificar sus acciones y decisiones.<sup>376</sup>

Ante la evidencia anterior, es clara la necesidad de replantear el verdadero sentido de las Constituciones, tanto federal como estatales; se requiere, entonces, construir un discurso teórico distinto, ante la nueva forma de convivencia política y democrática que vive el país; un discurso que abone a la construcción de una Constitución susceptible de aplicación directa, capaz de resolver los problemas sociales de los particulares y la propia del poder político dentro de un marco de juridicidad, contrario a la discrecionalidad política. Ésa es ahora la tarea del Estado constitucional, donde la Constitución –como lo afirma Miguel Carbonell<sup>377</sup> -se conciba como una norma aplicable *aquí y ahora*, y no como una recomendación simplemente dirigida a regular un futuro que puede no hacerse nunca presente-.

Entonces, antes de iniciar un proceso de instauración de mecanismos de protección constitucional, en las normas fundamentales estatales, es necesario adecuar de manera íntegra el texto para asegurarse que su contenido realmente incluye a todas las relaciones individuales y públicas que se generan dentro del Estado. Si previamente no se ha consagrado expresamente el principio de orden jerárquico del sistema normativo interno -supremacía constitucional-, significa que la Constitución sigue siendo un instrumento ornamental, que únicamente se voltea a ver cuando se trata de legitimar decisiones del poder. La realidad es clara: sólo la mitad de los textos constitucionales estatales del país<sup>378</sup> consagran de forma expresa el principio de supremacía constitucional, mientras que el resto se olvida que al interior de la entidad federativa el orden jurídico adquiere validez, en la medida que sea conforme con la Constitución.

---

<sup>376</sup> Ibid. P. 163

<sup>377</sup> CARBONELL, en Los derechos fundamentales. Ob. Cit. p. 58

<sup>378</sup> Véase *supra* el capítulo I de la Segunda Parte

Por otro lado, las Constituciones estatales requieren garantizar que el principio de supremacía vaya acompasado, a su vez, del principio de rigidez constitucional, a efecto de asegurar que la Constitución estatal no podrá ser abrogada o derogada por leyes secundarias, sino que para producirse la actualización del texto máximo se requiere de un régimen jurídico especial, diverso del que tienen las leyes, en el sentido de que el procedimiento de reforma de la Constitución es distinto del procedimiento de formación de las leyes.<sup>379</sup>

Asimismo, las Constituciones estatales deben ocuparse también de la consagración de derechos fundamentales contemporáneos, distintos a los ya consagrados en el ámbito federal. Los Estados tienen frente a sí la gran oportunidad de codificar en términos jurídicos la complejidad de situaciones fácticas que se producen cotidianamente y que aún no encuentran límites o senderos por donde transcurrir; las relaciones sociales de la actualidad, cada vez más complejas, han rebasado al derecho mismo, generando con ello arbitrariedad, corrupción e impunidad; han producido, como lo sostiene Luigi Ferrajoli, una crisis del derecho, que corre el riesgo de convertirse en una “crisis de la democracia”. “La falta de elaboración de un sistema de garantías de los derechos sociales equiparable, por su capacidad de regulación y de control, al sistema de las garantías tradicionalmente predisuestas para la propiedad y la libertad, representan, en efecto, no sólo un factor de ineficacia de los derechos, sino el terreno más fecundo para la corrupción y el arbitrio”.<sup>380</sup>

Pero la sola consagración de derechos fundamentales no es suficiente; se requiere la creación de instrumentos jurídicos pertinentes para su efectiva aplicación a favor del gobernado; asegurar su vigencia y positividad significa, como lo sostiene Ferrajoli, que “ninguna mayoría, ni siquiera por unanimidad, puede legítimamente decidir la violación de un derecho de libertad o no decidir la satisfacción de un derecho social”.<sup>381</sup>

---

<sup>379</sup> GUASTINI, Ricardo. Estudios de Teoría Constitucional. Ob. Cit. p. 185.

<sup>380</sup> FERRAJOLI, Luigi. Derechos y garantías. La ley del más débil. 3ª ed. Editorial Trotta. España 2003. p. 16

<sup>381</sup> Ibid. p. 24

Las Constituciones estatales, entonces, deben crear un sólido sistema de justicia constitucional, garante de la plena vigencia constitucional en el plano político y protector de los derechos a favor del gobernado; para ello es necesario instaurar un sistema jurisdiccional fortalecido, independiente y con una visión distinta del juzgador; el papel de los jueces constitucionales debe romper el paradigma positivista de sujeción ciega a la letra de la ley; por el contrario estos juzgadores tendrán sujeción a la ley siempre y cuando sea válida, es decir, coherente con la Constitución.<sup>382</sup>

Sobre el particular, Ferrajoli sostiene:

“En esta sujeción del juez a la Constitución, y, en consecuencia, en su papel de garante de los derechos fundamentales constitucionalmente establecidos, está el principal fundamento actual de la legitimación de la jurisdicción y de la independencia del poder judicial de los demás poderes, legislativo y ejecutivo, aunque sean —o precisamente porque son— poderes de mayoría. Precisamente porque los derechos fundamentales sobre los que se asienta la democracia sustancial están garantizados a todos y a cada uno de manera incondicionada, incluso contra la mayoría, sirven para fundar, mejor que el viejo dogma positivista de la sujeción a la ley, la independencia del poder judicial, que está específicamente concebido para garantía de los mismos... su garantía exige un juez imparcial e independiente, sustraído a cualquier vínculo con los poderes de mayoría y en condiciones de censurar, en su caso, como inválidos o como ilícitos, los actos a través de los cuales aquéllos se ejercen... debe haber un juez independiente que intervenga para reparar las injusticias sufridas para tutelar los derechos de un individuo, aunque la mayoría o incluso los demás en su totalidad se unieran contra él; dispuesto a absolver por falta de pruebas aun cuando la opinión general quisiera la condena, o a condenar, si existen pruebas, aun cuando esa misma opinión demandase la absolución”.<sup>383</sup>

### **1.3. Elementos para la instauración de la justicia constitucional en las entidades federativas**

#### **1.3.1. El contenido de las Constituciones locales**

Antes de que el poder reformador de los Estados tome la decisión de instaurar instrumentos de control constitucional, primero tendrían que reflexionar sobre el contenido actual de los textos constitucionales estatales. De poca utilidad resultaría la creación de controles si previamente no se discute sobre el contenido

---

<sup>382</sup> Sobre el principio de interpretación conforme a la Constitución véase a Víctor Ferreres Comella en Justicia constitucional y democracia Centro de estudios políticos y constitucionales. Madrid. 1997.

<sup>383</sup> FERRAJOLI, Ob. Cit. pp. 26-27

de las instituciones jurídicas que se pretende proteger. Se requiere, entonces, saber qué va a proteger la justicia constitucional, cuáles serán las acciones u omisiones susceptibles de ser sancionadas, y luego evaluar si el contenido normativo actual tiene claras esas conductas; de lo contrario, la instauración de la justicia constitucional local se convertirá en un instrumento de adorno, de nula utilidad, como ya viene sucediendo en algunos Estados que por simple moda han creado mecanismos de protección constitucional.<sup>384</sup>

El contenido general de las Constituciones se condiciona a los fines que cada una señala.<sup>385</sup> La principal preocupación del Constituyente es lograr la legitimidad de la Constitución, pues de ella deriva la posibilidad, jurídicamente tutelada, de imponer su autoridad a todo el ordenamiento.<sup>386</sup> De Vergottini sostiene que la materia típica de las Constituciones comprendería: “la organización esencial del ordenamiento (regulación de los órganos constitucionales y, en particular, los dotados de facultades de dirección y formación, incluidos los criterios de elección de sus titulares); el desarrollo de la ideología fundamental elegida por un ordenamiento (que comporta normas de dirección que también condicionan la elección organizadora); la posición de los sujetos gobernados (tanto individuales como colectivos); las relaciones esenciales entre órganos constitucionales, entre éstos y los gobernados, y entre gobernantes”.<sup>387</sup> Respecto de la extensión del contenido constitucional, el italiano afirma que el carácter extenso o breve de un texto constitucional depende de varias causas, y no simplemente de la decisión técnica de los constituyentes. Sin embargo, recomienda un “rendimiento” de la Constitución, es decir, sería mejor si la Constitución es breve y se limita a delinear sucintamente sólo los institutos fundamentales, confiando su integración a la sucesiva aplicación de los órganos constitucionales. En cambio, cuando la Constitución es demasiado extensa o detallada, se expone más fácilmente a una aplicación defectuosa o incluso, un fin

---

<sup>384</sup> Ejemplos de ello son Tlaxacala que establece un juicio de protección de derechos fundamentales, sin que previamente se halla creado un catálogo de derechos en el texto constitucional, lo cual hace inoperante el sistema de protección en ese rubro.

<sup>385</sup> DE VERGOTTINI, Giuseppe. Ob. Cit. p. 150

<sup>386</sup> Id

<sup>387</sup> Id

rápido.<sup>388</sup> La recomendación, entonces, sería, como lo afirma Néstor Pedro Sagües, evitar la “obesidad constitucional”, porque todo exceso, no es nada positivo. Implica una carga difícil de llevar y, más todavía, de remover. “En una Constitución, lo bueno, si es breve, resulta tres o cuatro veces más bueno”.<sup>389</sup>

De esta forma, el Constituyente local requiere realizar, previamente, una profunda revisión del contenido de su Constitución, con el objeto de hacerla susceptible de protección por conducto del control jurisdiccional.

Para tal efecto, las Constituciones deben contener los siguientes elementos:

- a) *Instaurar expresamente el principio de supremacía constitucional* hacia el interior de la entidad federativa. Dicho principio asegura el orden jerárquico del ordenamiento jurídico estatal; de tal forma, se puede anular una disposición normativa de nivel inferior cuando no sea conforme a la Constitución.
- b) *Decretar el principio de rigidez constitucional*. El control constitucional requiere que los preceptos constitucionales se distingan claramente de los ordenamientos legales; en razón de la forma distinta que cada uno de estos preceptos se dicta o reforma. “La rigidez de la Constitución tiene por fin impedir que los poderes constituidos puedan corregirla a su antojo”.<sup>390</sup>
- c) *Someter todo el sistema normativo estatal al control constitucional*. Todo cuanto suceda bajo el amparo de la Constitución debe ser susceptible de revisión de la constitucionalidad; de esta forma, la existencia de acciones u omisiones contrarias a la Constitución tendrán que ser anuladas por el órgano facultado para ello.
- d) *Establecer un catálogo de derechos fundamentales, distintos a los contenidos en la Constitución federal*. De nula importancia serviría la justicia constitucional si no tiene una vinculación directa con el gobernado; el establecimiento de derechos fundamentales en las Constituciones locales

---

<sup>388</sup> Ibid. P. 152

<sup>389</sup> SAGÜES, Néstor, en Teoría de la Constitución, Ob. Cit. , p. 248

<sup>390</sup> Ibid. P. 235



es un tema pendiente del derecho estatal; la esperanza de importantes sectores de la población, que reclaman hoy el reconocimiento de derechos que aún no han sido plasmados por la Constitución general, radica en la sensibilidad que pudieran tener los Constituyentes locales para plasmar en sus Constituciones derechos nuevos, que se han venido demandando por la diversa y compleja relación que vive hoy la sociedad.<sup>391</sup>

- e) *Una distribución clara del régimen de competencias entre los órganos del poder público estatal.* Una parte fundamental en toda Constitución es la forma en que se distribuye el poder de las autoridades; el ámbito de facultades exclusivas de cada una, como instrumento de control para evitar el abuso del poder. Las Constituciones estatales deben delimitar con precisión el régimen de competencias de las autoridades estatales y municipales, de tal manera que la interrupción de una facultad concedida a una autoridad por parte de otra sea sancionada y anulada por el órgano de control constitucional, de tal suerte que todos los actos de la autoridad queden subordinados en forma directa a la Constitución y sometidos a la posibilidad de su regularidad constitucional, para el caso de no ajustarse a ella.
- f) *Los actos sometidos al control constitucional local deben ser los estrictamente referidos al ámbito de las entidades federativas.* Las Constituciones, por el principio de supremacía constitucional a que están sometidas por la Constitución federal, deben ocuparse estrictamente de la regulación de actos que no están concedidos a favor de los poderes federales; de lo contrario representaría, a su vez, una violación constitucional, pero del ámbito federal, lo cual traería como consecuencia la anulación de los preceptos constitucionales estatales.
- g) *La existencia de un órgano jurisdiccional de control constitucional independiente y autónomo de los órganos sometidos al control.* El control constitucional será posible sólo en la medida en que el órgano jurisdiccional

---

<sup>391</sup> Ejemplo de ello, lo constituye el movimiento social por el reconocimiento a la diversidad sexual, o el de los grupos ecologistas, o las trabajadoras domésticas entre otros.

encargado de vigilar el cumplimiento de la Constitución esté dotado de autonomía e independencia plena, respecto de las autoridades que se someterán al examen de constitucionalidad de sus actos.

- h) *Por último, y no menos importante, una racionalidad lingüística en su escritura.* “La forma escrita tiende a darle certeza y seguridad, puesto que así se evitan (pero no de modo absoluto, desde luego) ambigüedades e incertidumbres sobre la existencia y el contenido de las normas constitucionales primarias”.<sup>392</sup> Con respecto a este punto, como se ha dicho líneas arriba, la concreción del texto es lo recomendable: evitar frases huecas y discursivas que sólo confunden y hacen que la Constitución pierda su eficacia directa. Kelsen, con relación a ello, sostiene lo siguiente: “... la misma Constitución se refiere a estos principios cuando invoca los ideales de equidad, de justicia, de libertad, de igualdad, de moralidad, etcétera, sin precisar, absolutamente, lo que es necesario entender con ello. Si estas fórmulas no recubren nada más que ideología política corriente, de la cual todo orden jurídico se esfuerza por ataviarse, la delegación de equidad, de la libertad, de la igualdad, de la justicia, de la moralidad, etcétera, significa únicamente, a falta de una precisión de estos valores, que el legislador, así como los órganos de ejecución de la ley, están autorizados a llenar, discrecionalmente, el ámbito que les es abandonado por la Constitución y la ley”.<sup>393</sup> Por ello Kelsen considera que esta serie de imprecisiones conceptuales en la redacción constitucional puede jugar un papel extremadamente peligroso. Y remata afirmando: “La concepción de la justicia de la mayoría de los jueces de este tribunal podría estar en oposición completa con la concepción de la mayoría de la población y, por tanto, con la de la mayoría del Parlamento que ha votado la ley. Es obvio que la Constitución no ha querido, al emplear una palabra tan imprecisa y equívoca como al de justicia o cualquiera otra parecida, hacer depender la suerte de toda ley votada por el Parlamento de la buena

---

<sup>392</sup> SAGÜES, Nestor Pedro, en Teoría de la Constitución Ob. Cit. p. 235

<sup>393</sup> KELSEN, Hans, en La Garantía jurisdiccional de la Constitución Ob. Cit. . 79-80

voluntad de un colegio de jueces compuesto de una manera más o menos arbitraria, desde el punto de vista político, como sería el tribunal constitucional. Para evitar semejante desplazamiento del poder –que la Constitución no quiere y que, políticamente, es completamente conraindicado- del Parlamento a una instancia que les extraña y que puede convertirse en el representante de fuerzas políticas diametralmente distintas de las que se expresan en el Parlamento, la Constitución debe, sobre todo si ella crea un Tribunal Constitucional, abstenerse de ese género de fraseología, y si quiere establecer principios relativos al contenido de las leyes, deberá formularlos de una manera tan precisa como sea posible”.<sup>394</sup> De esta forma, la Constitución debe escribirse bajo criterios de racionalidad lingüística, con un uso correcto del lenguaje que exprese lo más claro posible la realidad que pretende regular, pues como lo afirma Klaus Stern: “precisión y claridad aseguran más bien la inviolabilidad y la durabilidad que pueden esperarse de una obra humana”.<sup>395</sup>

En suma, las Constituciones locales deben aspirar a convertirse en normativas,<sup>396</sup> capaces de ser cumplidas por todos sus destinatarios, sin mayor recato que preservar un orden jurídico que la sociedad democráticamente ha legitimado y ha pactado cumplir sin objeciones, porque en ella se encuentran plasmadas todas las voluntades ideológicas de una sociedad diversa. Luis Prieto Sanchís, con referencia a la Constitución normativa sostiene que: “una Constitución normativa significa que, además de regular la organización del poder y las fuentes del derecho –que son dos aspectos de una misma realidad-, genera de modo directo derechos y obligaciones inmediatamente exigibles”.<sup>397</sup> Pero al mismo tiempo, en una Constitución normativa debe establecerse la posibilidad de

---

<sup>394</sup> Ibíd p. 81

<sup>395</sup> Citado por Miguel Carbonell, en El significado actual de la Constitución. IJ-UNAM, México 1998. p. 83.

<sup>396</sup> Karl Lowenstein, define a las Constituciones normativas como aquellas que efectivamente es vivida por los destinatarios y detentadores del poder, para lo cual se requiere de un ambiente nacional favorable a su realización. La Constitución para ser real y efectiva, debe ser observada por todos lo interesados, y tendrá que estar integrada en la sociedad, y ésta, a su vez, en ella. Citado por Jaime Cárdenas Gracia en El significado actual de la Constitución. Ob. Cit. p. 93

<sup>397</sup> PRIETO SANCHÍS en Neoconstitucionalismo. Ob. Cit. p. 128

anular toda alteración que contraste con el texto constitucional; “una Constitución en la que los actos inconstitucionales y en particular las leyes inconstitucionales se mantienen válidos –equivale más o menos, desde un punto de vista estrictamente jurídico, a un deseo sin fuerza obligatoria-“;<sup>398</sup> se requiere, entonces, elaborar un diseño constitucional que favorezca la gobernabilidad democrática y establezca instituciones y mecanismos jurídico-constitucionales sólidos; Constituciones garantistas que no solamente se limiten a la consagración de derechos fundamentales, sino que incluyan mecanismos efectivos para hacerlos exigibles frente a *erga omnes*, en suma el reto de las entidades federativas es construir, una Constitución útil, que permita el desarrollo de las instituciones y de los gobernados, que le sirva a la gente para prevenir y resolver problemas.

### **1.3.2. Qué debe protegerse en la Constitución local**

La respuesta es muy sencilla: la Constitución debe ser protegida en su conjunto. “Una Constitución a la que le falta la garantía de la anulabilidad de los actos inconstitucionales no es plenamente obligatoria”.<sup>399</sup> Así, a las Constituciones debe asegurárseles su supremacía, garantizar que no podrán ser contrariadas por ninguna ley o acto contrapuesto a los principios constitucionales; que no podrán ser reformadas o derogadas por ninguna ley, sino mediante un proceso de reforma más rígido que el utilizado para reformar o derogar la ley común. Proteger también a la Constitución de los ataques contra los derechos fundamentales que la sociedad ha logrado consensuar y puesto como principios rectores de la convivencia civilizada; este valladar de acero infranqueable debe ser total y absoluto, aun en contra de las mayorías; esta forma de protección constitucional representa un verdadero aliado de las minorías para frenar los abusos de las mayorías; “la democracia de la mayoría se hace soportable cuando es ejercida de manera regular”;<sup>400</sup> “esta legitimación no tiene nada que ver con la de la

---

<sup>398</sup> KELSEN, Hans, en La garantía jurisdiccional de la constitución. Ob. Cit. p. 95

<sup>399</sup> Id.

<sup>400</sup> Ibid. P. 99

democracia política, ligada a la representación. No se deriva de la voluntad de la mayoría, de la que asimismo la ley es expresión. Su fundamento es únicamente la intangibilidad de los derechos fundamentales”.<sup>401</sup> La garantía de los derechos no son derogables ni disponibles.<sup>402</sup>

Finalmente, debe protegerse en las Constituciones locales el ejercicio pleno de las facultades y competencias de los órganos del poder; el reparto del poder diseñado por el Constituyente y plasmado en la Constitución obedece a un criterio de equilibrio de fuerzas; como diría Lord Acton: el poder por sí mismo corrompe, y concentrado de forma absoluta, corrompe absolutamente; por ello, el régimen de competencias de las autoridades, una vez definido en la Constitución, debe ajustarse a su ejercicio en los términos ordenados por ella; de esta forma se evita el abuso del poder y la intolerancia de la autoridad, poniendo en riesgo la democracia y la estabilidad social.

### **1.3.3. Cómo proteger a la Constitución local**

Del estudio de las legislaciones locales con justicia constitucional en México se desprende la existencia de diferencias significativas en cuanto a la forma en que se protege el texto constitucional; en el presente apartado se procurará establecer los elementos pertinentes para la protección de la Constitución estatal.

En primer término, habría que preguntarse qué modelo de control es el recomendable: el control concentrado, el difuso, o un modelo mixto.

En realidad resulta difícil encontrar un modelo que siga al pie de la letra las líneas maestras de los modelos originales concretizados por Marshall y Kelsen, por ello, el modelo adecuado es el que responde a las circunstancias particulares del caso; por lo que casi siempre se llega a un modelo híbrido o mixto de control que hace perder la bipolaridad de los sistemas tradicionales. El propio Francisco Fernández Segado ha sostenido que tal polaridad ha desaparecido afirmando que “la enorme expansión de la justicia constitucional ha propiciado una mixtura e

---

<sup>401</sup> FERRAJOLI, Luigi. En Derechos y garantías. La ley del más débil. Ob. Cit. p. 27

<sup>402</sup> Id.

hibridación de modelos, que se ha unido al proceso preexistente de progresiva convergencia entre los elementos, supuestamente contrapuestos antaño, de los dos tradicionales sistemas de control de la constitucionalidad de los actos de poder”.<sup>403</sup>

En ese orden, la experiencia nos dice que un modelo mixto puede ser más efectivo para ejercer el control de la constitucionalidad. De esta manera, lo recomendable para las entidades federativas es instaurar un modelo mixto de control, una especie de *tertium genus*<sup>404</sup>, combinado con elementos concentrados y difusos. En cuanto a la parte de control concentrado, recaerá en un solo órgano jurisdiccional encargado de resolver los conflictos de competencia de los órganos de poder, declarar con efectos generales la inconstitucionalidad de una ley o instar al poder legislativo para crear una ley que le ordena la Constitución (inconstitucionalidad por omisión); incluso, como órgano armonizador de las decisiones tomadas por los jueces, en el ejercicio de facultades de control de la constitucionalidad, una especie de *stare decisis*, que opera en el modelo estadounidense. En cambio, el modelo difuso se aplicará para que todos los jueces ejerzan el control de la constitucionalidad tratándose de la protección de derechos fundamentales, con facultades para desaplicar una ley contraria a la Constitución, o bien denunciar la posible contradicción ante el órgano de control concentrado para que éste le autorice la aplicación o desaplicación, según sea el caso (cuestión de inconstitucionalidad).

En segundo lugar está plantear en qué momento debe actuar el órgano de control de la constitucionalidad tratándose de leyes inconstitucionales, si antes que entre en vigor –control preventivo- o después –control reparador-. En el primer caso, “la norma tiende a eliminarse antes de que ella sea promulgada”,<sup>405</sup> esta

---

<sup>403</sup> FERNANDEZ SEGADO, en La justicia constitucional ante el siglo XXI: la progresiva convergencia de los sistemas americano y europeo-kelseniano. Ob. Cit. pág. 91

<sup>404</sup> Al respecto Pegoraro, visualiza una especie de tercer modelo que denomina *tertium genus*, que comprendería rasgos del sistema americano y del kelseniano, encerrando una mixtura de fórmulas o mecanismos procesales cuyo denominador común consistiría en que el control de constitucionalidad permanece en manos de un órgano centralizado, ubicándose el elemento de difusión en la fase introductoria del proceso, que no en la decisoria. Citado por Fernández Segado. Ibid p. 93

<sup>405</sup> SAGÜES, Nestor Pedro. en Teoría de la Constitución. Ob. Cit. p. 474

forma de control es propia de la justicia constitucional francesa, aunque existen dudas respecto a si auténticamente es un mecanismo de control constitucional o se trata de una parte del proceso legislativo;<sup>406</sup> en esta categoría se encuentra, por ejemplo, el veto del Poder Ejecutivo, cuando se ejerce aduciendo violaciones constitucionales de la ley aprobada por el Congreso y sometida a promulgación.

En el caso del control reparador o a posteriori, el control de la constitucionalidad actúa con posterioridad a la entrada en vigor de la ley, neutralizando sus efectos, por adolecer de constitucionalidad, ya sea con efectos concretos o con efectos *erga omnes*, derogatorios. Sin duda, esta última forma de control es más efectiva que la primera, porque en ocasiones resulta difícil predecir, antes de que entre vigor la ley, si ésta puede estar afectada de constitucionalidad, porque la complejidad de las relaciones jurídicas que pueden producirse en la aplicación de la ley difícilmente hacen anticipar si la ley es o no constitucional.

Ahora surge el tercer elemento a considerar en los instrumentos de control local; el relativo al momento de la vigencia de la ley o del acto de autoridad que se considera violatorio de la Constitución en que debe activarse el control constitucional. Por vía de acción –control abstracto-, o por vía de excepción –control concreto-. En el primero, el control de la constitucionalidad se activa de forma directa, sin necesidad de que aparezca un juicio previo en el que se deba aplicar una ley cuestionada de inconstitucional. “El planteamiento de inconstitucionalidad es formulado aquí como pretensión principal, por vía de demanda, y cuando se radica en sede judicial da lugar a la acción declarativa “pura” de inconstitucionalidad”;<sup>407</sup> tal es el caso de la acción de inconstitucionalidad, los conflictos de competencias de autoridad y la inconstitucionalidad por omisión, entre otras. Por su parte, el control en concreto o por vía de excepción se ejerce en virtud de la existencia previa de un juicio principal, que requiere para resolverse, de la aplicación de una ley presumiblemente inconstitucional; en tal caso, el afectado puede plantear un

---

<sup>406</sup> Cfr. a HERNÁNDEZ VALLE, Rubén. Introducción al Derecho Procesal Constitucional Porrúa. México 2005. p. 23

<sup>407</sup> SAGÜES, Nestor Pedro. Ob. Cit. p. 476

argumento de inconstitucionalidad para evitar que se le aplique esa normatividad; esta acción puede ser presentada por el propio gobernado interesado o bien por el propio juez, al advertir la duda de constitucionalidad. “El control concreto alude a una situación jurídica específica (una causa), en donde alguien está involucrado o afectado, y puede ejercerse por acción directa de inconstitucionalidad o por medio de excepción o defensa (demandado que arguye la inconstitucionalidad de la norma en que funda su pretensión el demandante o actor que reclama algo que una ley a la que reputa inconstitucional se lo deniega)”.<sup>408</sup> Ambas formas de control pueden fácilmente coexistir incluso se complementan, al darse la posibilidad de ejercer todos los actos en que puede aparecer la violación constitucional; por una parte, la acción directa para ejercerse por los órganos del poder, y por otra, la vía de excepción concedida a los gobernados y jueces con motivo de un juicio principal en el que aparece una norma cuya inconstitucionalidad es evidente.

Por otra parte, el control que se ejerza en las Constituciones locales debe ser total, es decir, comprender no solamente los actos violatorios de la Constitución, sino también las omisiones que afecten la constitucionalidad; ello no ocurre en el ámbito federal puesto que el control es parcial, al no considerar una acción para impugnar omisiones inconstitucionales, sin embargo, en el ámbito local, es ya una realidad.

Por último, los efectos de las sentencias dictadas en ejercicio del control constitucional deben tener efectos decisorios, vinculantes hacia los órganos que participan en el proceso. El efecto decisorio de la sentencia puede tener dos vertientes; efectos para el caso concreto y efectos *erga omnes*. Podría pensarse que esta dicotomía es innecesaria porque quedaría subsumida en la distinción fijada en atención a la pluralidad o unicidad de órganos competentes para realizar el control, en forma tal que en el control difuso los efectos serían *inter partes*, y en el control concentrado, *erga omnes*. Esta regla, que desde luego tiende a la

---

<sup>408</sup> Id.



generalidad, se quiebra, sin embargo, en algunos casos, haciendo por ello mismo conveniente esta categorización.<sup>409</sup>

El decisorio con efectos particulares, o para el caso concreto, se aplicaría a aquellas controversias donde el fallo definitivo que decide la inconstitucionalidad de una norma se circunscribe al caso concreto, a las partes en litigio, mas no así a la generalidad. En cambio, en el efecto decisorio *erga omnes*, la decisión de inconstitucionalidad tiene efectos derogatorios, al declarar la inconstitucionalidad del acto o ley de forma general; tal es el caso de algunas controversias constitucionales o de la acción de inconstitucionalidad. Ambos sistemas deben ser incluidos en las Constituciones locales, por la complementariedad de sus efectos, al abarcar todas las situaciones jurídicas que pueden producirse.

#### **1.3.4. ¿Quién debe proteger a la Constitución local: un órgano fuera o dentro del Poder Judicial?**

En este tema el debate es amplio; la experiencia en México en las escalas federal y local nos muestra que el Constituyente no se ha atrevido a crear un órgano especializado autónomo, con facultades de intérprete último de la Constitución como ocurre en la mayoría de los países europeos, -los cuales reproducen el modelo de Tribunal Constitucional kelseniano- y ha otorgado esa facultad a los poderes judiciales. En algunos casos al pleno del máximo tribunal, como la Suprema Corte de Justicia –en el ámbito federal- o en la escala local a una sala constitucional, dentro del Poder Judicial, como es el caso del Estado de México.

A primera vista, la respuesta puede ser muy simple: un órgano de control fuera del Poder Judicial garantiza mayor autonomía y especialización de la materia, pues las decisiones de este poder también pueden ser sometidas a la revisión constitucional del órgano de control; el Poder Judicial no está exento de cometer violaciones constitucionales. Sin embargo, la autonomía del órgano de

---

<sup>409</sup> FERNÁNDEZ SEGADO, en La justicia constitucional ante el siglo XXI.... Ob. Cit. p. 140

control no radica en estar fuera o dentro del Poder Judicial, sino en el grado de especialización de los jueces que asumirán el control de la constitucionalidad.

El juez constitucional ejerce un compromiso con la interpretación de la ley distinta a la mera concepción legalista, ya que interpreta y aplica la ley en la medida en que ésta es conforme con la Constitución, de tal suerte que la obediencia ciega de la ley es sustituida por la obediencia a favor de la Constitución.

En ese tenor, Luigi Ferrajoli<sup>410</sup> ha expuesto lo siguiente:

“En efecto, la sujeción del juez a la ley ya no es, como en el viejo paradigma positivista, sujeción a la letra de la ley, cualquiera que fuere su significado, sino sujeción a la ley en cuanto válida, es decir, coherente con la Constitución. Y en el modelo constitucional-garantista la validez ya no es un dogma asociado a la mera existencia formal de la ley, sino una cualidad contingente de la misma ligada a la coherencia de sus significados con la Constitución, coherencia más o menos opinable y siempre remitida a la valoración del juez. De ello se sigue que la interpretación judicial de la ley es también siempre un juicio sobre la ley misma, que corresponde al juez junto con la responsabilidad de elegir a los únicos significados válidos, o sea, compatibles con las normas constitucionales sustanciales y con los derechos fundamentales establecidos por las mismas. Esto y no otra cosa –dicho sea incidentalmente- es lo que entendíamos hace veinte años con la expresión “jurisprudencia alternativa”... y en torno a la que se han producido tantos equívocos: interpretación de la ley conforme a la Constitución y, cuando el contraste resulta insanable, deber del juez de cuestionar la validez constitucional; y, por tanto, nunca sujeción a la ley de tipo acrítico e incondicionado, sino sujeción ante todo a la Constitución, que impone al juez la crítica de las leyes inválidas a través de su re-interpretación en sentido constitucional y la denuncia de su inconstitucionalidad”.

Difícilmente un juez mexicano, formado en el Poder Judicial, puede asumir el control constitucional, ante la formación positivista y legalista que ha caracterizado a la justicia nacional durante su desarrollo. A los jueces formados en una corriente legalista en los tribunales les cuesta trabajo resolver los problemas desde la perspectiva de la Constitución, pues toda su vida han considerado a la ley como la parte final del derecho. Estos problemas los veía con notoria claridad Cappelletti, “señalando la dificultad de que se otorgase a los jueces

---

<sup>410</sup> FERRAJOLI, en Derechos y garantías.... Ob. Ci. P. 26

ordinarios, que durante toda su vida han madurado dentro de las paredes de los tribunales, atribuciones para interpretar la Constitución debido a que no siempre están en condiciones de dejar su visión tradicional de la ley como norma de donde emanaba todo el derecho, llegado el momento en que la Constitución se ha sobrepuesto a la ley y, en consecuencia, esta debe ser interpretada de conformidad con aquélla”.<sup>411</sup>

El órgano de control debe reunir características totalmente distintas a la jurisdicción de legalidad u ordinaria; en ello juega un papel fundamental el grado de especialización y perfil que debe tener el juez constitucional, los cuales resultan clarísimos, distintos a los que caracterizan a los jueces ordinarios. El mismo Kelsen<sup>412</sup> identificó en su obra *La Garantía Jurisdiccional de la Constitución* el perfil de los integrantes del tribunal constitucional inspirado en las siguientes características:

- II. El número de miembros del tribunal no debe ser muy elevado, considerando que es sobre cuestiones de derecho a lo que está llamada a manifestarse la jurisdicción constitucional; es decir, su misión es puramente de interpretación de la Constitución.
- III. En cuanto a la forma de elegir a los jueces constitucionales, propone que se efectúe mediante un procedimiento mixto de designación; esto es, el Parlamento elige a propuesta del gobierno, por medio de la presentación de varios candidatos.
- IV. El perfil de los jueces constitucionales cobra una gran relevancia para Kelsen, al sugerir que debe reservarse el espacio para juristas de profesión. El tribunal debe estar reforzado con especialistas eminentes.
- V. Propone también alejar al órgano de control de toda influencia política proveniente del Parlamento o del gobierno, pues son precisamente actos de estos actores los que deben ser controlados.
- VI. Alejar de toda influencia política a la jurisprudencia.

---

<sup>411</sup> Citado por ASTUDILLO REYES, en Ensayos de justicia constitucional... Ob. Cit. p. 302

<sup>412</sup> KELSEN, Hans, en La garantía jurisdiccional de la Constitución Ob. Cit. p. 57

Las características anteriores pueden ser aplicadas tanto a un órgano fuera o dentro del Poder Judicial, pues lo importante radica en tener claro que para instaurar un modelo de justicia constitucional se requiere: en primer lugar, asegurar el perfil adecuado de los jueces constitucionales, a fin de evitar que la justicia constitucional quede a la suerte de la simulación. Lo grave sería construir un modelo de justicia constitucional deformado, utópico o, peor aún, un modelo gatopardista, que diga procurar la transformación del orden constitucional pero actuando para que las cosas se mantengan en la misma situación.<sup>413</sup>

Por otra parte, el juez constitucional debe gozar de plena independencia para dictar sus fallos; no hay que olvidar que el juzgador de control de la constitucionalidad revoca leyes dictadas por la mayoría parlamentaria, es decir, asume la función de legislador negativo, actividad que lo coloca en una posición nada cómoda frente a las mayorías parlamentarias, las cuales sienten amenazada su obra legislativa ante el examen de constitucionalidad realizado por el juez de control; por ello la independencia jurisdiccional de los jueces constitucionales es de vital importancia para garantizar la imparcialidad de los fallos.

Luis Diez Picazo<sup>414</sup> identifica tres subespecies de la categoría de la independencia judicial como garantía:

1. *La independencia personal*, que consiste en el conjunto de características derivadas de la situación en que la Constitución coloca al juez, individualmente considerado, y que lo protegen de eventuales presiones ejercidas por los órganos de poder político del Estado.
2. *La independencia colectiva*, que tiene que ver con la protección a la judicatura en su conjunto frente a los demás poderes del Estado.
3. *La independencia interna* que ampara al juez, en su individualidad, frente al resto de la estructura judicial.

---

<sup>413</sup> El término “gatopardismo” deriva de la novela de Lampedusa, II, Gatopardo, uno de cuyos personajes afirma: “Si queremos que todo siga como está es preciso que todo cambie”. Citado por Néstor Pedro Sagües. Ob. Cit. p. 252.

<sup>414</sup> Citado por SANCHEZ-CORDERO, Olga, Magistratura constitucional en México. Elementos de juicio, III-UNAM, México 2005, p. 40

Un juez independiente contagia, pero un juez convencido de que debe serlo, arrastra. Un juez convencido de su independencia es un juez fuerte en sus decisiones, un juez al que no le temblará la mano al resolver un asunto, se trate de quien se trate.<sup>415</sup> Además de las características de independencia de los jueces propuestas por Díez Picazo, habría que agregar que la independencia se traduce también en otras tres vertientes:

1. *Independencia para asegurar la inamovilidad*, es decir, que los jueces constitucionales no puedan ser removidos durante su encargo por ninguna otra circunstancia que las expresamente previstas en la propia Constitución. “La permanencia en el oficio, a salvo del peligro de ceses en el cargo o suspensiones en el desempeño de la función, de carácter arbitrario, sigue constituyendo un instrumento esencial de salvaguarda de la independencia de todos los jueces”<sup>416</sup>
2. *Independencia para asegurar la inviolabilidad*, los jueces constitucionales deben tener garantizado el principio de inviolabilidad, en cuanto a asegurarles que no serán reconvenidos por las opiniones o sentencias dadas en el ejercicio de sus funciones; ello permite actuar con plena libertad y sin temor a reconveniciones del poder público por el sentido de los fallos dictados.
3. *Independencia económica*. Este presupuesto indispensable lo constituye garantizar a los jueces su independencia económica que les asegure una remuneración adecuada, la cual los mantenga alejados de cualquier tentación económica deshonestas, que ponga en riesgo la alta misión encomendada por la Constitución.

En suma, el juez constitucional debe reunir una serie de cualidades personales, profesionales y de Estado que garanticen el ejercicio pleno de su función, pues como afirma la ministra mexicana Olga Sánchez Cordero: “el juez es un hombre que debe tener una excelente formación profesional, técnica y, además, una auténtica formación humanista. Debe ser probo, honesto,

---

<sup>415</sup> Ibid. P. 94

<sup>416</sup> FERNÁNDEZ SEGADO, Francisco, Estudios jurídico-constitucionales, IJ-UNAM, México 2003. p. 408.

independiente y culto, porque su función tiene un indudable carácter intelectual que le obliga a discernir, apreciar, enjuiciar, comprender, analizar, sintetizar y a exponer razonamientos”.<sup>417</sup>

En tales consideraciones, y atendiendo a un espíritu puritano del tribunal constitucional kelseniano, seguramente se concluiría que lo conveniente es crear tribunales de constitucionalidad fuera del Poder Judicial para que sus integrantes ejerzan el control de todos los actos del poder público, incluido el propio Poder Judicial, el cual como ya se dijo, no escapa a la posibilidad de actuar en contra de la Constitución o entrar en conflicto con los otros poderes del Estado –por ejemplo, cuando se refiere al tema del presupuesto que el Congreso asigna al Poder Judicial-; sin embargo, habría que considerar para el caso de México que es necesario, primero, vivir un proceso de arraigo popular de la justicia constitucional -concebida en su nueva modalidad, a partir de la reforma constitucional de 1994-; es necesario que el ciudadano común y la propia autoridad se familiaricen con estos instrumentos de control y sobre todo, se den cuenta de su utilidad práctica, entiendan que es la forma más civilizada y estable de resolver los conflictos de la democracia; por eso, seguramente, en este momento es razonable que el proceso de arraigo se viva dentro una institución ya creada en México, como lo es el Poder Judicial. Esto no significa que éste deba seguir actuando como se ha caracterizado en México, con una postura legalista, técnica y de razonamiento abstracto, que la percepción popular tacha de tortuosa y corrupta, sino, por el contrario, se necesita un Poder Judicial que asuma un activismo en pro de los derechos fundamentales y de la preeminencia de la Constitución, que actúe como órgano controlador de los actos del poder político y árbitro de la democracia; “obviamente, no puede reducirse la idea de la democracia a una simple idea de mayorías, democracia significa también participación; significa libertad y tolerancia. Una justicia razonablemente independiente de los caprichos e intolerancias de las mayorías puede contribuir en gran medida a la democracia; cabe decir lo mismo de una justicia suficientemente activa, dinámica y creadora

---

<sup>417</sup> SÁNCHEZ CORDERO, Ob. Cit. P. 70

para poder asegurar simultáneamente la preservación de un sistema de equilibrio de poderes frente a las ramas políticas, y los adecuados controles frente a esos otros centros de poder no gubernamentales o cuasi-gubernamentales, tan típicos de nuestras sociedades modernas”.<sup>418</sup>

Por ello, seguramente, la tarea en México será, en tanto no adquiere carta de naturalización, la justicia constitucional, fortalecer al Poder Judicial para que asuma la alta misión de ejercer el control de la constitucionalidad, colocándose como eje de equilibrio de los poderes públicos; con ello cobra vida la argumentación de Mauro Cappelletti:

“Resulta muy significativo que Francia, lugar donde nació y se proclamó siempre la doctrina de la separación de poderes, haya emprendido, desde hace algún tiempo, este camino (como otros países europeos continentales): está dejando de lado un sistema de separación rígido, y avanzado hacia la aplicación general de un sistema de controles recíprocos, en el que el crecimiento del Poder Judicial, naturalmente, un instrumento necesario para la realización del equilibrio”.<sup>419</sup>

---

<sup>418</sup> CAPPELLETTI, Mauro y otros en Tribunales constitucionales europeos y derechos fundamentales. Centro de Estudios Constitucionales, Madrid, 1984, p. 633.

<sup>419</sup> Ibid P. 613

## II. UN MODELO DEMOCRÁTICO DE JUSTICIA CONSTITUCIONAL LOCAL

**SUMARIO:** 2.1. Pluralismo democrático, fundamento filosófico de la justicia constitucional. 2.2. Constitución democrática para una efectiva justicia constitucional. 2.3. Instrumentos de protección constitucional local. 2.3.1. Acción de inconstitucionalidad, a) Concepto. b) Objeto. c) Efectos de la sentencia. 2.3.1.1. La acción de inconstitucionalidad como control local. 2.3.2. Controversia constitucional. a) Concepto. b) Objeto. c) Efectos de la sentencia. 2.3.2.1. La controversia constitucional como control local. 2.3.3. Acción de inconstitucionalidad por omisión. a) Concepto. b) Objeto. c) Efectos de la sentencia. 2.3.3.1. La acción de inconstitucionalidad por omisión como instrumento de control local. 2.3.4. Cuestión de constitucionalidad. a) Concepto. b) Objeto. c) Efectos de la sentencia. 2.3.4.1. La Cuestión de constitucionalidad como instrumento de control local. 2.3.5. Juicio de protección de derechos fundamentales. 2.4. Modelo de protección constitucional local. 2.4.1. Modelo americano difuso *judicial review*. 2.4.2. Modelo europeo concentrado. 2.4.3. Un modelo de control constitucional híbrido o mixto de tres vías para las entidades federativas. 2.5. El órgano jurisdiccional de control. 2.6. La magistratura constitucional local. 2.6.1. Características de la magistratura constitucional. 2.6.1.1. Independencia. 2.6.1.2. 2.6.1.3. Capacidad profesional. 2.6.1.4. Inamovilidad. 2.6.1.5. Renovación periódica. 2.6.1.6. Inviolabilidad. 2.6.1.7. Incompatibilidad e independencia económica. 2.6.1.8. Nombramiento. 2.7. Las resoluciones de inconstitucionalidad en el modelo de justicia constitucional local. 2.7.1. De las sentencias. 2.7.2. Reenvío legislativo. 2.7.3. Amigos de la Curia. 2.7.4. Bloque de constitucionalidad. 2.8. La justicia constitucional local frente a la justicia federal. Problemas de la doble jurisdicción. 2.8.1. Breve referencia histórica. 2.8.2. Inconvenientes de la garantía de legalidad en la doble jurisdicción mexicana. 2.8.3. Principios de articulación entre la justicia constitucional local y la justicia federal. 2.8.4. El amparo como instrumento federal para combatir las sentencias dictadas por los tribunales constitucionales locales. 2.8.4.1. Amparo contra actos emitidos dentro de la controversia constitucional local. 2.8.4.2. Amparo contra la resolución de la acción de inconstitucionalidad. 2.8.4.3. Amparo contra las resoluciones sobre inconstitucionalidad por omisión. 2.8.4.4. Amparo contra la cuestión de constitucionalidad. 2.8.4.5. Amparo contra lo resuelto en el juicio de protección de derechos fundamentales local. 2.8.5. La controversia constitucional federal como instrumento para combatir las sentencias dictadas por los tribunales constitucionales locales. 2.8.5.1. Controversia constitucional federal, contra lo resuelto en una controversia estatal. 2.8.5.2. Controversia constitucional contra lo resuelto en una acción de inconstitucionalidad local. 2.8.5.3. Controversia constitucional federal, contra lo resuelto en la cuestión de constitucionalidad local. 2.8.5.4. Controversia constitucional federal, contra lo resuelto en el juicio de protección de derechos fundamentales. 2.8.6. La acción de inconstitucionalidad federal como instrumento para combatir las sentencias dictadas por los tribunales constitucionales locales. 2.9. Medidas para articular la coexistencia entre la justicia constitucional local y la otra justicia constitucional federal. 2.9.1. La solución a través de la reforma a la Constitución Federal. 2.9.2. La solución a través del activismo judicial de la Suprema Corte de Justicia de la Nación.

### 2.1. Pluralismo democrático, fundamento filosófico de la justicia constitucional

El presente apartado tiene por objeto exponer los argumentos que sustentan un modelo de justicia constitucional para las entidades federativas del Estado mexicano; comprende el contenido de las Constituciones, instrumentos



jurisdiccionales de control, y el modelo de justicia, atendiendo al tipo de órgano constitucional que lo ejerce, las características del tribunal con funciones constitucionales, los efectos de las sentencias y, finalmente, los problemas derivados de la doble jurisdicción en el federalismo mexicano.

La democracia ha transitado de una concepción individualista a una pluralista, la cual no tiene ahora un solo centro de poder; es decir, se trata de una sociedad centrífuga donde muchos ejercen el poder -ésta es la idea de la soberanía popular-.<sup>420</sup>

La antigua idea democrática donde el príncipe o soberano era el centro del poder y eje de todo cuanto pasaba en el Estado, fue sustituida por el reparto del poder; primero en todos los ciudadanos (soberanía popular) y después en órganos formales de representación del poder público (los poderes creados por la Constitución para ejercer el gobierno del Estado), para de esta forma arribar a una democracia plural.

La idea del pluralismo democrático trae aparejada mayores libertades ciudadanas, como la posibilidad de los gobernados de participar en los asuntos del orden público de manera libre y espontánea, sumándose a las decisiones mayoritarias o bien disintiendo de ellas, con la misma libertad que lo hacen las mayorías. Al mismo tiempo, el pluralismo trae consigo la posibilidad del disenso, el cual es un elemento fundamental del pluralismo democrático, se expresa como la voluntad contraria de las minorías frente al consenso alcanzado por las mayorías que toman decisiones.

En este sentido, Bobbio sostiene “la democracia es un sistema político que presupone el disenso. Ella requiere únicamente el consenso en un solo punto,

---

<sup>420</sup> Bobbio sostiene que la democracia individualista se funda en tres sucesos principales; a) el contractualismo del siglo XVII y XVIII, que parte de la hipótesis de que antes de la sociedad civil existe el Estado de naturaleza, en el que los soberanos son los individuos libres e iguales, los cuales se ponen de acuerdo para dar vida a un poder común que tiene la función de garantizar la vida y la libertad de estos individuos (además de su propiedad); b) el nacimiento de la economía política, visto al individuo como *homo oeconomicus*, y no el *zon politikon* de la tradición; y c) la filosofía utilitaria, de Bentham a Mill, según la cual el único criterio para fundamentar una ética objetiva y, por tanto, para distinguir el bien del mal sin recurrir a conceptos vagos como “naturaleza o cosas por el estilo, es el de partir de consideraciones de condiciones esencialmente individuales, como el placer y el dolor, y de resolver el problema tradicional del bien común en la suma de los bienes individuales, o de acuerdo con la fórmula de Bentham, en la felicidad del mayor número. Ver Norberto Bobbio, ob. Cit. pág. 29 y 30.

sobre las reglas de la contienda”.<sup>421</sup> Es decir, en una democracia pluralista el ejercicio del poder plural se manifiesta en el consenso alcanzado para la construcción de las reglas del juego que todos se han obligado a respetar, cuyas reglas deben garantizar la libertad de expresar la voluntad contraria.

Este fenómeno no sólo ocurre dentro de la voluntad original de la soberanía manifestada por los ciudadanos; el mismo disenso puede ocurrir dentro de los órganos de poder público, asambleas legislativas con mayorías políticas distintas a la del Poder Ejecutivo; la presencia de los gobiernos divididos hace de la democracia un verdadero pluralismo democrático. Ante esta realidad se hace necesaria la constitucionalización de las reglas del juego, para que a partir del consenso expresado desde la Constitución, se evite la paralización del Estado y se entienda al consenso y al disenso como dos ejes no necesariamente encontrados, sino paralelos, que fortalecen el avance social.

Es ahí donde la Constitución se convierte en el instrumento articulador de la pluralidad democrática y garantiza que cada uno de los componentes del Estado ejerza el rol que la norma fundamental le encomienda para asegurar el ejercicio de las mayorías, respetando a las minorías. Esta tarea encomendada a la Constitución, como lo afirma Friedrich Hayek<sup>422</sup>, “no es más que un recurso para limitar el poder del gobierno”. Y apunta:

“Los ciudadanos de hoy son miopes; tienen poco dominio de sí mismos; son lamentablemente indisciplinados y siempre tienden a sacrificar principios perdurables en aras de placeres y beneficios inmediatos. Una Constitución es el remedio institucionalizado contra esta miopía crónica: quita poderes a mayorías temporales en nombre de normas obligatorias. Una Constitución es como un freno, mientras que el electorado es como un caballo desbocado. Los ciudadanos necesitan una Constitución, así como Ulises necesitó que lo ataran al palo mayor. Si se permitiera a los votantes realizar sus deseos, inevitablemente naufragarían. Al atarse a unas reglas rígidas, pueden evitar tropezarse con sus propios pies”.

---

<sup>421</sup> Ibid pág. 71

<sup>422</sup> Citado por ELSTER Jon, y SLAGSTAD, Rune. Constitucionalismo y democracia. Trad. de Monica Utrilla de Neira Colegio Nacional de Ciencias Políticas y Administración Pública y Fondo de Cultura Económica. México 1999. pág. 218

Este hecho reconocido por Hayek, al advertir la posibilidad de que las reglas constitucionales puedan ser violentadas por fuerzas contrarias a la voluntad general o bien por la propia mayoría, sin observar los procedimientos acordados para la mutación constitucional; hace necesaria la intervención de controles que aseguren la permanencia de la democracia y eviten la involución social.

Los controles constitucionales para asegurar la pluralidad democrática se llaman ahora justicia constitucional; ésta es la esencia del control de la constitucionalidad, garantizar que la sociedad democrática lo siga siendo.

## **2.2. Constitución democrática para una efectiva justicia constitucional**

En el capítulo sobre la tensión de la justicia constitucional con los poderes elegidos mediante procesos democráticos se analizaron dos modelos de Constitución, la procedimental y a detalle, donde se expresaron las características de cada uno, así como sus virtudes y desencuentros, con relación a la forma en que la norma fundamental puede protegerse, dependiendo de la estructura de su contenido.

Ahora corresponde exponer la idea de una Constitución de contenido democrático como modelo ideal para garantizar, por un lado, la convivencia armónica de la sociedad y, por otro, lograr una mayor efectividad en la defensa del orden constitucional.

No basta consagrar que la norma constitucional es suprema y que todo el ordenamiento jurídico del Estado pende de ella, o que los actos de autoridad automáticamente se supeditan a la norma superior; la efectividad de la Constitución depende de su contenido material y de su fundamento filosófico, e incluso del grado de consenso social que se ha logrado constitucionalizar.

Sartori sostiene que “las Constituciones son formas que estructuran y disciplinan los procesos de toma de decisiones de los Estados. Las Constituciones establecen la manera en que se crearan las normas; no deciden, ni deben decidir, qué debe ser establecido por las normas. Es decir, que las Constituciones son, ante todo, procedimientos cuya intención es la de asegurar un ejercicio controlado

del poder. Por tanto, y por el contrario, el contenido de las Constituciones es y debe ser neutral”.<sup>423</sup>

El contenido de una Constitución democrática se funda en la tesis del consenso y el disenso como formas de expresión de la democracia real; la Constitución será democrática en la medida en que garantice que las decisiones sean tomadas por las mayorías con la participación de las minorías; el equilibrio de estas dos fuerzas es la principal tarea del Constituyente al crear la Constitución.<sup>424</sup>

“El gobierno democrático, como toda creación humana, necesita reparación periódica. Hay que asegurar y reafirmar sus requisitos previos; y esto no siempre puede lograrse por medios directamente que suelen ser democráticos. Por ello, el Tribunal recibe facultades constitucionales para ser el guardián de la democracia”.<sup>425</sup>

De esta forma, la Constitución con contenido democrático debe estructurarse a partir de los siguientes elementos:

1. *Reconocimiento de derechos inviolables del individuo.* La Constitución democrática debe asegurar el consenso sobre las reglas del juego democrático. Pero en el caso del reconocimiento de un catálogo mínimo de derechos inviolables de cada gobernado no tiene nada que ver con las reglas del juego; se trata de los elementos básicos en que se funda la sociedad, como mínimos indispensables para alcanzar su desarrollo; la única regla del juego en este sentido es el respeto a su existencia y cumplimiento respectivo. Ni siquiera las mayorías apabullantes pueden trastocar esta esfera de libertades personales. En ese tenor, Bobbio

---

<sup>423</sup> SARTORI, Giovanni. Ingeniería constitucional comparada. Una investigación de estructuras incentivos y resultados. trad. de Roberto Reyes Masón. Fondo de Cultura Económica. México 1994. pág. 217

<sup>424</sup> Sobre el particular Norberto Bobbio ha expresado que “no se puede negar que la prueba de fuego de un régimen democrático está en el tipo de respuesta que dé a los problemas del consenso y disenso, es decir, no se trata de afirmar que la democracia sea un régimen basado en el disenso y no en el consenso; significa que en un régimen que reposa en el consenso no impuesto desde arriba, alguna forma de disenso es inevitable, y que solamente allí donde el disenso es libre de manifestarse, el consenso es real y que, solamente allí donde el consenso es real, el sistema puede llamarse justamente democrático”. Ob. Cit. pág. 72

<sup>425</sup> ELSTER, Jon. Ob. Cit. pág. 219

sostiene: “Cualquiera que sea el fundamento filosófico de estos derechos, ellos son el supuesto necesario del correcto funcionamiento de los mismos mecanismos fundamentalmente procesales que caracterizan un régimen democrático. Las normas constitucionales que atribuyen estos derechos no son propiamente reglas del juego: son reglas preliminares que permiten el desarrollo del juego”.<sup>426</sup> El reconocimiento de los derechos fundamentales de los gobernados constituye el elemento más importante de la Constitución democrática; como se afirmó desde el artículo 16 de la Declaración de Derechos de 1789: “Toda sociedad en la cual la garantía de los derechos no está asegurada, ni la separación de poderes establecida, no tiene Constitución”

2. *Poder público repartido.* Si la democracia de nuestros días tiene como elemento esencial el pluralismo, necesariamente la toma de decisiones del Estado debe ser atribuida a varios órganos para su ejercicio. Ello permite que las decisiones grupales sean tomadas con base en reglas que definen quiénes son los autorizados para tomarlas y cuales son los procedimientos para tomar la decisión.
3. *Régimen de competencias de los órganos de poder público.* La existencia de varios órganos de poder exige la definición del ámbito de competencias que a cada uno corresponde atribuir. La Constitución democrática requiere definir con precisión el ámbito de atribuciones para cada ente de poder; en sí mismo el régimen de competencias implica una forma de control constitucional.
4. *Garantizar el ejercicio de la democracia.* El ejercicio de la democracia requiere garantizar la libre participación de los ciudadanos en la vida pública. El acceso de los ciudadanos a la vida democrática debe estar desprovisto de todo elemento que impida la participación. Ahora bien, en cuanto a la forma de tomar las decisiones ciudadanas que impacten en la vida pública, es necesario definir si esta toma de decisiones debe ser

---

<sup>426</sup> BOBBIO, Ob. Cit. pág. 26

representativa o directa. En este sentido, la experiencia de los regímenes democráticos exitosos orienta la opinión hacia una democracia representativa.<sup>427</sup> Esta forma de tomar decisiones y recoger la voluntad mayoritaria de los gobernados resulta efectiva para la época actual, dado el crecimiento importante de integrantes de la población de un Estado. El sistema de representación, aun cuando es cuestionado por algunos, principalmente por aquellos que sostienen la poca o nula vinculación de los representantes populares con sus representados, sigue siendo una forma práctica y eficiente de tomar las decisiones democráticas.<sup>428</sup> En cambio, las sociedades democráticas también han vuelto a incorporar los elementos de la antigua democracia ateniense de asambleísmo popular, al crearse instrumentos de democracia directa,<sup>429</sup> en la que todos los ciudadanos participan en la toma de decisiones; sin embargo esta forma de llegar a consensos resulta impráctica, en estados poblacionalmente numerosos como los que hoy día existen; “nadie puede imaginar un Estado que pueda ser gobernado mediante el llamado permanente al pueblo”;<sup>430</sup> aunque cabe la posibilidad de integrar algunos de estos procesos de participación directa de los ciudadanos, como lo es el voto popular universal y el propio referéndum, “que es la única institución de la democracia directa que se aplica concreta y efectivamente en la mayor parte de los Estados de democracia avanzada, es un expediente extraordinario para circunstancias excepcionales”.<sup>431</sup>

---

<sup>427</sup> Bobbio entiende por democracia representativa el hecho de que las deliberaciones colectivas que involucran a toda la colectividad, no son tomadas directamente por quienes forman parte de ella, sino por personas elegidas para este fin. Ob. Cit. pág. 52

<sup>428</sup> El problema de la democracia representativa no es que sea malo es sistema, o que los representantes populares, terminan por tomar decisiones atendiendo a su interés particular o de grupo; el problema radica en la forma en que desde la ley debe obligarse al representante popular a actuar en concordancia a los intereses de sus representados; pero preservando el interés superior de la sociedad en general.

<sup>429</sup> Sobre el particular, Bobbio, concibe a la democracia directa, como la forma de participación del ciudadano en primera persona en las deliberaciones que le atañen, es decir, que entre los individuos deliberantes y la deliberación que lo involucra no haya ningún intermediario. Ob. Cit. pág. 59

<sup>430</sup> BOBBIO, Norberto. Ob. Cit. pág. 62.

<sup>431</sup> Id.

5. *Garantizar el sistema de partidos.* Si las condiciones actuales del Estado exigen una democracia representativa como la forma idónea de tomar decisiones colectivas, se hace indispensable que la Constitución garantice un sólido sistema de partidos políticos que promueva la participación de los ciudadanos en los intereses públicos; de nada servirá el pluralismo democrático constitucionalizado si no existen instrumentos mediante los cuales el ciudadano acceda a expresar su voluntad.
6. *Una Constitución mutable.* La Constitución democrática debe permitir, en cualquier momento, su mutación para incorporar nuevos acuerdos sociales que mediante el consenso se requiera llevar al texto fundamental para la mejor convivencia social. Desde luego que la posibilidad de mutabilidad requiere agotar procedimientos preestablecidos y la participación de los órganos de representación facultados para ello; de lo contrario la mutación se convierte en arbitrariedad y quebranto del propio orden constitucional. El propio Thomas Jefferson en la Declaración de Independencia de Estados Unidos, abrazó el principio de mutación constitucional, “es derecho del pueblo alterar o abolir cualquier forma de gobierno que se haya vuelto destructiva de la vida, la libertad y la búsqueda de la felicidad. Ninguna institución, por muy importante que sea, es inalterable; ninguna ley, por muy fundamental que sea, es irrevocable”.<sup>432</sup>

Con estas ideas sobre el contenido de la Constitución democrática puede estructurarse un sistema de protección constitucional que salvaguarde la esencia del texto supremo. Los sistemas de control constitucional, con independencia de su forma específica, tienen su esencia en la protección de los elementos antes mencionados; a partir de ello debe estructurarse el diseño del modelo para proteger la norma fundamental.

---

<sup>432</sup> Citado por ELSTER, Jon. Ob. Cit. pág. 221

### **2.3. Instrumentos de protección constitucional local.**

No existe uniformidad en lo relativo a los instrumentos jurisdiccionales de control local, como se constató en el capítulo relativo al análisis de la justicia constitucional en las entidades federativas del país, pues los mismos dependen, en principio, de la voluntad de incorporación que cada Constituyente haya hecho en las cartas locales los instrumentos para proteger la norma suprema local.

En tal sentido habría que preguntarse: ¿Cuáles son los instrumentos que se requieren para asegurar la supremacía de la ley fundamental local? La respuesta de forma simple, tendría que ser: todos los necesarios para asegurar un control completo de la Constitución, que garanticen la preservación de la voluntad democrática plasmada en el consenso social que se halla materializado en el ordenamiento supremo.

A continuación se exponen los instrumentos de control constitucional que deberían ser incorporados en las Constituciones de los Estados, con el objeto de garantizar su vigencia y supremacía.

#### **2.3.1. Acción de inconstitucionalidad**

##### **a) Concepto**

La acción de inconstitucionalidad<sup>433</sup> es uno de los instrumentos de control más emblemáticos de la justicia constitucional, por cuyo conducto se evita que las mayorías legislativas deroguen o abroguen el texto constitucional mediante la expedición de leyes contrarias a la norma fundamental.<sup>434</sup>

Joaquín Brage Camazano define a la acción de inconstitucionalidad:

---

<sup>433</sup> Para mayor información véase BALAGUER CALLEJÓN, María Luisa. El recurso de inconstitucionalidad. Centro de estudios políticos y constitucionales. Madrid, España 2001

<sup>434</sup> Fix-Zamudio sostiene que la acción abstracta de inconstitucionalidad no tiene precedentes en el modelo Estadounidense, sino en el derecho constitucional europeo, en el cual surgió con objeto de otorgar a las minorías parlamentarias la posibilidad de impugnar ante los organismos de justicia constitucional las disposiciones legislativas aprobadas por la mayoría legislativa, especialmente en Austria, República Federal de Alemania, España, Francia y Portugal. En Estudios de defensa de la constitución... Ob. Cit. pág. 232



“Como el mecanismo o instrumento procesal-constitucional por medio del cual determinadas personas, órganos o fracciones de órganos cumpliendo los requisitos procesales legalmente establecidos (siempre que sean conformes con la Constitución), pueden plantear, de forma directa y principal, ante el órgano judicial de la constitucionalidad de que se trate, si una determinada norma jurídica (y especialmente, las leyes parlamentarias) es o no conforme con la Constitución, dando lugar normalmente, tras la oportuna tramitación procedimental con las debidas garantías, a una sentencia en la que dicho órgano de la constitucionalidad se pronuncia en abstracto y con efectos generales sobre si la norma impugnada es o no compatible con la norma fundamental y, en la hipótesis de que no lo fuere, declara la inconstitucionalidad y consiguiente nulidad de dicha norma, si bien existe la posibilidad de que el órgano de la constitucionalidad dicte alguna de las sentencias intermedias o modalidades atípicas de sentencias”.<sup>435</sup>

En efecto, la acción de inconstitucionalidad es un instrumento de control constitucional abstracto de carácter procesal, que tiene por objeto presentar ante el tribunal constitucional, por conducto de los órganos facultados para ello, una norma general (regularmente una ley) que se presume afectada de inconstitucionalidad, a efecto de que el órgano protector determine si la norma es o no conforme con la Constitución; de confirmarse la hipótesis el efecto será la declaratoria de nulidad de la norma con efectos generales.

De lo anterior se desprenden los siguientes elementos<sup>436</sup>:

1. Es un instrumento de control abstracto. El examen de la constitucionalidad de las leyes se da sin que exista previamente un agravio determinado o interés jurídico específico; basta que el sujeto facultado para operar el mecanismo de control se dé cuenta de la posible contradicción entre una norma general y la Constitución, para que se active el mecanismo. Este procedimiento es contrario a lo que ocurre en el control concreto o por vía de excepción, donde sí es necesario que exista previamente un agravio personal de la norma impugnada para combatir su inconstitucionalidad.<sup>437</sup>

---

<sup>435</sup> BRAGE CAMAZANO, Joaquín. La acción abstracta de inconstitucionalidad. UNAM, México 2005, pág.

2.

<sup>436</sup> Para un análisis completo de la acción de inconstitucionalidad, véase la obra de Brage Camazano, Joaquín. La acción abstracta de inconstitucionalidad. Ob. Cit.

<sup>437</sup> Sistema que opera en los Estados Unidos de Norteamérica, donde el control de la constitucionalidad de las leyes se ejerce en vía de excepción, durante la tramitación de un juicio principal, en el que sobreviene como accesorio la inconstitucionalidad de la ley que se pretende aplicar al caso concreto.

2. La naturaleza jurídica es de carácter estrictamente procesal, al sustanciarse en forma de juicio, mediante formalidades específicas y ante autoridades de carácter jurisdiccional.
3. El objeto de la acción de inconstitucionalidad es someter ante el tribunal constitucional la confronta entre una norma general y la Constitución para determinar si aquella es conforme a ésta.
4. El efecto de la sentencia que declara la inconstitucionalidad de una ley, siempre será la declaratoria de nulidad, con efectos *erga omnes*.

#### **b) Objeto**

La acción de inconstitucionalidad tiene por objeto someter al examen de constitucionalidad a la ley o norma general que se presume inconstitucional; la tarea del tribunal constitucional será comparar la norma inferior con la superior y, de encontrarse contraria, declarar la nulidad de la misma.

#### **c) Efectos de la sentencia**

Es consustancial al carácter abstracto de la acción de inconstitucionalidad el efecto *erga omnes*, que tiene la sentencia en este instrumento de control. El tribunal constitucional declarará la nulidad de la ley impugnada de encontrarse no conforme con la norma fundamental. Los efectos de nulidad puede retrotraerse hacia el pasado o proyectarse hacia el futuro a partir de la declaratoria de nulidad; ello dependerá del tipo o modelo de control en esta materia.

#### **2.3.1.1. La acción de inconstitucionalidad como control local**

Los ordenamientos constitucionales de naturaleza local necesariamente deben incorporar la acción de inconstitucionalidad como instrumento de control; resulta efectiva esta vía para evitar que mayorías legislativas violenten la Constitución. Sin embargo, para que realmente tenga eficacia, habría que partir del principio de

una Constitución normativizada, con fuerza vinculante, como sostiene Ricardo Guastinni,<sup>438</sup> es decir, el Constituyente originario, al momento de culminar su obra, crea con la Constitución un conjunto de instituciones investidas de atribuciones y competencias que tienen a su cargo el ejercicio de la función estatal. Como norma esquemática, debido a su supremacía y fundamentalidad, la Constitución no puede explicitar una serie de contenidos materialmente constitucionales, reduciéndose a determinar las bases sobre las cuales los órganos constituidos habrán de producir una reglamentación concreta y específica.<sup>439</sup>

Las Constituciones, además de definir el catálogo de derechos fundamentales del gobernado y la estructura orgánica del Estado, establecen principios generales que no son susceptibles de aplicación inmediata, sino que requieren de una actividad del legislador ordinario para que dichos principios se materialicen a casos concretos; por otra parte, también contienen mandatos programáticos, que de la misma forma no son de aplicación directa, puesto que su objetivación depende de la elaboración de leyes ordinarias, que de forma exclusiva corresponde desarrollar a los poderes constituidos en ejercicio de las facultades que la propia Constitución les confiere.

Precisamente es mediante la actividad ordinaria del legislador y de los demás órganos del Estado, a quienes la Constitución les encomienda materializar sus principios generales, creando las leyes ordinarias, como se aplica la disposición constitucional a los casos concretos y se genera la fuerza vinculante de la Constitución.

Si la Constitución no contiene este conjunto de principios que genere la articulación del ordenamiento jurídico estatal, difícilmente podrá plantearse una acción de inconstitucionalidad, porque no será posible determinar con precisión cuál es la norma constitucional a la que se contraponen las normas impugnadas.

Una adecuada instauración de la acción de inconstitucionalidad como mecanismo de control constitucional local requiere la reforma integral a los textos

---

<sup>438</sup> GUASTINI, Ricardo, en *Neoconstitucionalismo* Ob. cit

<sup>439</sup> ASTUDILLO REYES, en *Ensayos de justicia constitucional en cuatro ordenamientos de México...* Ob. Cit. pág. 87.

constitucionales locales a efecto de convertirlos en auténticas normas armonizadoras del sistema normativo estatal; si se cumple el propósito de vincular desde la Constitución todo cuanto proceso público ocurra, la acción de inconstitucionalidad es un medio efectivo para garantizar que el consenso de las reglas democráticas plasmadas en la norma fundamental habrán de respetarse.<sup>440</sup>

### 2.3.2. Controversia constitucional

#### a) Concepto

La controversia constitucional es un instrumento de control que ha estado presente en el constitucionalismo nacional desde la Constitución de 1824, en el artículo 137 fracción I, y se conservó hasta la Constitución de 1917;<sup>441</sup> sin embargo, fue hasta la reforma de 1994 al Poder Judicial Federal, cuando se hizo más efectiva como auténtico instrumento de control constitucional.<sup>442</sup>

La controversia constitucional, o conflicto de competencia de los órganos de poder, es una acción de control constitucional de naturaleza procesal que tiene por objeto proteger el ámbito de competencias que la Constitución ha conferido a cada uno de los órganos del poder público; mediante este control, el tribunal constitucional anula actos de autoridad que vulnera la esfera de competencias de otras autoridades, ya sea con efectos generales o bien con efectos *inter partes*.

Del concepto apuntado se desprende:

1. La controversia o conflicto de competencia es una acción de control constitucional de naturaleza procesal. Se tramita y resuelve en forma de

---

<sup>440</sup> Este instrumento de control constitucional está activo en los Estados de Chiapas, Coahuila, Estado de México, Guanajuato, Nuevo León; Quintana Roo, Tabasco, (aunque en este Estado solo procede contra normas generales dictadas por los Ayuntamientos), Tlaxcala y Veracruz.

<sup>441</sup> Para mayores antecedentes históricos véase a FIX-ZAMUDIO, Héctor. Estudio de la Defensa de la Constitución en el ordenamiento mexicano Ob. Cit.

<sup>442</sup> Es de destacarse que durante la etapa de 1917 a 1994, este instrumento de control escasamente fue aplicado, puesto que los conflictos de competencias regularmente fueron resueltos en la vía política; sobre todo cuando se trató de conflicto entre los gobiernos federal o el de un Estado, que terminaba por decidirse mediante la figura de desaparición de poderes.

juicio ante un órgano jurisdiccional facultado para ello: el tribunal constitucional.

2. El objeto es proteger el ámbito de competencias que la Constitución ha reservado a cada autoridad u órgano de poder.
3. La misión del tribunal constitucional radica en confrontar el acto impugnado con lo que dice la Constitución a efecto de encontrarlo conforme o no con ésta.
4. El efecto de la sentencia que encuentra violaciones constitucionales por invasión de competencias, comprenderá la anulación de los actos, ya sea con efectos generales, si se trata de una norma general, o bien con efectos vinculantes entre las partes, cuando el acto afecte exclusivamente su interés jurídico.

La controversia constitucional ha sido incorporada a algunas Constituciones estatales, sobre todo, para resolver conflictos entre autoridades del Estado entre sí o bien con las autoridades municipales, como en los casos de Chihuahua, Hidalgo, Morelos, Querétaro, Sinaloa, Colima, Durango, Oaxaca, Tabasco y Zacatecas,<sup>443</sup> pero sin que se haya desarrollado una evolución importante de su aplicación, porque finalmente ha seguido el mismo fenómeno federal, al menos hasta antes de 1994, de resolver los conflictos de competencias en la vía política.<sup>444</sup>

## **b) Objeto**

El sistema de competencias que el Constituyente ha conferido en la Constitución a cada ente de poder público, evita la arbitrariedad de la autoridad y convierte al poder en un sistema equilibrado de fuerzas. La separación del ámbito competencial de cada autoridad constituye una garantía constitucional, no sólo para las autoridades entre sí, sino que ésta se extiende también a la esfera personal del gobernado. Por tal razón, el objeto de este instrumento de control

---

<sup>443</sup> Dato tomado de CONCHA CANTÚ, Hugo, y CABALLERO JUÁREZ, José Antonio. Diagnóstico sobre la administración de justicia en las entidades federativas. Un estudio institucional sobre la justicia local en México. UNAM. México 2001. pág. 76.

<sup>444</sup> De la misma forma los Estados de Campeche, Guerrero, Guanajuato, Nuevo León y Veracruz

consiste en asegurar que cada parte del poder ejerza sus facultades de la forma en que le fueron conferidas por la Constitución; en caso contrario, entrará el poder controlador a anular dichos actos.

### **c) Efectos de la sentencia**

El efecto de la sentencia de controversia constitucional dependerá del tipo de acto que se impugne; si la impugnación deviene contra una norma general emitida por una autoridad, cuyo contenido material invade el ámbito de actuación de otra, el efecto de la anulación será general.<sup>445</sup>

En cambio, cuando la impugnación se refiera a actos referidos sólo al interés jurídico de las partes, los efectos de la resolución serán *inter partes*.

#### **2.3.2.1. La controversia constitucional como control local**

Igual que con la acción de inconstitucionalidad, las Constituciones locales deben incorporar y regular la controversia constitucional como instrumento de control del ejercicio de facultades de las autoridades estatales y municipales, sobre todo porque ahora el pluralismo político que se vive en las entidades federativas hace necesaria la judicialización de los conflictos; en virtud de que éstos ya no son susceptibles de resolverse mediante el método de “composición amigable”, como ocurrió ataño, con la presencia del partido hegemónico. Ahora, se requiere de instrumentos jurisdiccionales que resuelvan los cada vez mas accidentados conflictos políticos que viven las democracias estatales con la presencia de gobiernos compartidos entre las distintas fuerzas políticas de las entidades.

Además, debe decirse que la estructura de control federal en esta materia, deja excluido de los conflictos de competencias a los estrictamente estatales,

---

<sup>445</sup> Esto ocurre en el ámbito federal, el artículo 105 fracción I de la Constitución establece que cuando el acto impugnado en vía de controversia sea una norma general y la sentencia ha sido aprobada con el voto de ocho ministros, la sentencia tendrá efectos generales

como los derivados entre municipios, o entre éstos y un poder estatal, o los propios organismos autónomos con alguna autoridad estatal o municipal.

### **2.3.3. Acción de inconstitucionalidad por omisión**

El celebre jurista austriaco Hans Kelsen sostuvo que “la violación de la Constitución significa la verificación de un hecho que contradice a la Constitución sea por acción, sea *por omisión*”.<sup>446</sup> No obstante la afirmación anterior, el control constitucional en el mundo y México en la escala federal no es la excepción; se centró específicamente en la defensa de la Constitución respecto de las normas de rango inferior, mediante la acción de inconstitucionalidad; estas disposiciones constituirán una violación al ordenamiento constitucional, cometida en *vía de acción* por el órgano legislativo al crear normas jurídicas contrarias al texto constitucional.

Más que pretender alimentar un debate, entre las posiciones a favor o en contra de la existencia de inconstitucionalidad por omisión; es evidente que la norma jurídica, cualquiera que ésta sea, puede ser violentada por una conducta imputable a una persona, sea por acción o por omisión; la Constitución no escapa a esa posibilidad. Partiendo de esta premisa, resulta lógico que existan mecanismos de control para evitar violaciones por la vía de omisión al texto constitucional; el propio Kelsen sostuvo que una Constitución a la que le falta la garantía de su propia defensa, técnicamente no lo es.

A pesar de la tradición constitucional de establecer mecanismos de control para sancionar o evitar violaciones constitucionales por vía de acción mediante normas jurídicas contrarias a la Constitución, el neoconstitucionalismo<sup>447</sup> de finales del siglo XX y seguramente del presente siglo, ha vuelto los ojos a una vía distinta de posible vulneración de la norma suprema: la inconstitucionalidad por omisión.

---

<sup>446</sup> Citado por ETO CRUZ, Gerardo. Una defensa constitucional: la acción de inconstitucionalidad por omisión. Instrumentos de tutela y justicia constitucional. Memoria del VII Congreso Iberoamericano de Derecho Constitucional. IJ UNAM. México 2002. pp. 166.

<sup>447</sup> Sobre neoconstitucionalismo se recomienda la obra Neoconstitucionalismo(s), Ob. Cit..

El incumplimiento por parte de los poderes del Estado de acciones necesarias para la efectiva vigencia de los derechos consagrados por la Constitución constituye una patología del orden jurídico que reclama pronta respuesta.<sup>448</sup>

El carácter supremo de la Constitución, por sí solo, no garantiza la vigencia y respeto del principio de supremacía constitucional; el poder público, léase poderes Legislativo, Ejecutivo y Judicial, en el ejercicio de sus atribuciones pueden violentar o trastocar el orden constitucional al ejecutar actos u omisiones contrarios a la norma constituyente. De ahí que la propia Constitución establezca mecanismos de autocontrol con la finalidad de preservar la voluntad popular del Estado por conducto de la carta magna.

#### **a) Concepto**

El concepto de omisión inconstitucional es una cuestión en la que hay posiciones diversas, tanto en el terreno del derecho positivo como en el campo de los estudios doctrinales.<sup>449</sup> La doctrina en torno de la acción de inconstitucionalidad ha esbozado diversas conceptualizaciones; algunas apuntan en el sentido de considerar que esta acción deriva de una negación o pasividad exclusivamente del órgano legislativo, mientras que algunos más sostienen que la inconstitucionalidad por omisión no emana únicamente de la conducta inactiva del legislador sino, por el contrario, puede generarse por cualquier órgano del Estado, al que la Constitución le ha encomendado expedir una norma jurídica para hacer efectivo un principio constitucional. En tal sentido se apuntan algunos criterios de diversos autores en torno de la acción de inconstitucionalidad por omisión.<sup>450</sup>

---

<sup>448</sup> SAGÜES, María Sofía. Garantías de control de la inconstitucionalidad por omisión. Derecho Procesal Constitucional. Ferrer MacGregor, Eduardo coordinador. Tomo III, Porrúa, México 2002, pp. 2500.

<sup>449</sup> FERNÁNDEZ RODRÍGUEZ, José Julio. En Instrumentos de Tutela y justicia constitucional... Op.cit. p. 149

<sup>450</sup> Sobre este tema véase CARPIO MARCOS, Edgar y ETO CRUZ, Gerardo. El control de las omisiones inconstitucionales e ilegales en el derecho comparado. Fundap. México 2004. CARBONELL, Miguel. Coordinador En busca de las normas ausentes. Ensayos sobre inconstitucionalidad por omisión. UNAM. México 2003.



Gomes Canothilo estima que las omisiones inconstitucionales derivan del no-cumplimiento de imposiciones constitucionales legislativas en sentido estricto, o sea del no-cumplimiento de normas que, de forma permanente y concreta, vinculan al legislador a adaptar medidas legislativas que se basen en la Constitución. Una omisión legislativa inconstitucional también se verifica cuando el legislador no cumple las órdenes de legislar consagradas en preceptos constitucionales.<sup>451</sup> Por su parte, Francisco Fernández Segado sostiene que la omisión legislativa inconstitucional “es el incumplimiento de mandatos constitucionales permanentes y concretos”.<sup>452</sup>

Jorge Miranda apunta que la omisión se verifica siempre que una norma reguladora, de cierta relación o situación, ha mandado regular cierto acto o actividad en las condiciones que establece y el destinatario no lo hace, en los términos exigidos, no lo hace en tiempo útil, y a ese comportamiento se le siguen consecuencias más o menos adecuadas.<sup>453</sup> Coincidente con lo anterior, Fernández Rodríguez afirma que opera la inconstitucionalidad por omisión legislativa “cuando la falta de desarrollo por parte del Poder Legislativo, durante un tiempo excesivamente largo, de aquellas normas constitucionales de obligatorio y concreto desarrollo, de forma tal que se impide su eficaz aplicación”.<sup>454</sup>

Gómez Puente, en su obra dedicada a la inactividad del legislador, afirmó que la “omisión... no es un simple *no hacer*, sino que consiste en un no hacer algo normativamente determinado. Se requeriría así la presencia de un deber jurídico de legislar respecto del cual la conducta pasiva del legislador resulte jurídicamente incompatible para que ésta pudiera ser calificada de omisión o inactividad legislativa.<sup>455</sup> Eto Cruz, por su parte, sostiene que “la omisión inconstitucional aparece para aquellas normas de carácter programático en las que la inercia del legislador no encarna a dichas prescripciones; en algunos casos puede ser por

---

<sup>451</sup> Citado por IBAGÓN, Mónica Liliana Control jurisdiccional de omisiones legislativas. Instrumentos de tutela y justicia constitucional, Ob. Cit. p. 313

<sup>452</sup> Id.

<sup>453</sup> Ibid, pp. 314

<sup>454</sup> FERNÁNDEZ RODRÍGUEZ, Op. Cit. p. 150.

<sup>455</sup> Citado por IBAGÓN, Mónica Liliana, Ob. Cit. p 314

una actitud dolosa y contumaz del legislador; en otros, por la simple inercia u ocio legislativo.<sup>456</sup>

Néstor Pedro Sagües<sup>457</sup> apunta en un sentido más amplio de la expresión, sin circunscribirse sólo a la omisión legislativa: “la inconstitucionalidad por omisión se produce cuando un órgano del Estado no ejecuta un deber constitucional. Ese encargo constitucional puede ser expreso o tácito. Y sigue: “En rigor de verdad, también puede incurrir en inconstitucionalidad por omisión un particular, si la Constitución le asigna un deber. Lo que ocurre es que careciendo habitualmente los particulares de facultades legisferantes, no podrían incurrir en inconstitucionalidad omisiva en la producción de normas generales”.

Es de advertirse, de los apuntes anteriores, que la doctrina se inclina más por la existencia de una omisión legislativa, descartando la posibilidad de darse la inconstitucionalidad por omisión en su forma general; sin embargo, dicha apreciación resulta equivocada: la omisión constitucional puede generarse por la inactividad de los órganos del Estado (con independencia del Poder Legislativo), cualquiera que éste sea, a quien la Constitución le ha impuesto el deber de realizar una norma jurídica para hacer efectivos los principios generales o las normas programáticas de carácter constitucional. Dicha inactividad del órgano provoca una violación constitucional y hace nugatorio el ejercicio del mandato constitucional, como resultado de la inactividad de la autoridad ordinaria. Cuando la norma infraconstitucional no es creada, impide la aplicación de la Constitución, y ello implica una omisión constitucional en sentido propio.

### **b) Objeto**

En principio, la inconstitucionalidad por omisión deriva de una conducta omisiva por parte de la autoridad a la que se ordena crear determinada norma jurídica para aplicar la Constitución a casos particulares. Ahora, la conducta omisa del órgano

---

<sup>456</sup> ETO CRUZ, Ob. Cit. p 174.

<sup>457</sup> SAGÜES, Néstor Pedro, en Instrumentos de la justicia constitucional frente a la inconstitucionalidad por omisión. Instrumentos de tutela y justicia constitucional, op. Cit. pp. 605.

estatal debe ser reclamada ante el órgano que ejerce el control de la Constitución, en vía de acción, para que éste en ejercicio de la facultad vigilante de la vigencia y supremacía constitucional conmine a la autoridad omisiva a crear la disposición jurídica ordenada por la cláusula constitucional.

De ahí que la inconstitucionalidad por omisión inicia con un *no hacer* y se reclama mediante *un hacer* (acción procesal) ante el órgano de control constitucional.

No toda actitud pasiva u omisiva de un órgano estatal reviste el carácter de omisión inconstitucional susceptible de suplirse mediante el control apropiado. En lo referente a la norma omitida, la doctrina es uniforme al exigir la existencia de un mandato constitucional, ya que el órgano imputado de omisión debe encontrarse obligado a actuar.<sup>458</sup>

El deber de actuar, como lo anotó Néstor Pedro Sagües,<sup>459</sup> puede ser expreso o tácito. Será expreso o explícito, cuando se remite expresamente a la futura actividad del órgano, y será tácito o implícito cuando es la falta de contenido concreto de la norma lo que exige o reclama la tarea del legislador, o su reglamentación posterior.

Por otra parte, la omisión puede ser total o parcial. El primer caso aparece cuando lo hacen las inacciones –ausencia total del reglamentación- de los órganos legislativos o reglamentarios ante un mandato constitucional concreto. La doctrina, como bien señalan Cappelletti, Fernández Segado y Bazán, entre otros autores, considera que también nos encontramos ante una “omisión inconstitucional” en los casos de las “omisiones parciales o relativas”, es decir, “cuando, existiendo la norma legislativa, sus carencias son tales que la convierten en inútil respecto del mandato contemplado por la Constitución”.<sup>460</sup>

### **c) Efectos de la sentencia**

---

<sup>458</sup> SAGÜES, María Sofía. Ob. Cit. p 2509.

<sup>459</sup> SAGÜES, Néstor Pedro, en Instrumentos de la justicia constitucional frente a la inconstitucionalidad por omisión. Instrumentos de tutela y justicia constitucional Ob. Cit. p. 605.

<sup>460</sup> SAGÜES, María Sofía. Ob.cit. p 2513

Los efectos que se producen al emitir la declaratoria de inconstitucionalidad por omisión pueden ser de diversa índole. A continuación se expresan algunos que la doctrina ha identificado como consecuencias que devienen a la declaratoria de inconstitucionalidad.

1. Efecto anoticiador o de recomendación. Consiste en que el órgano de control constitucional, al identificar la omisión, notifica al órgano omitente tal omisión y le recomienda acatar el mandato ordenado en la Constitución. Este efecto resulta poco eficaz por no ser vinculante para el órgano omisivo.
2. Efecto anoticiador vinculante o conminante. En este caso, además de hacer del conocimiento de la omisión al órgano pasivo, se le otorga un plazo para que subsane la omisión.
3. Efecto supletorio o de cobertura. Se produce cuando, no obstante de haber dado un plazo al órgano omiso para subsanar la inconstitucionalidad, éste no cumple; entonces el órgano controlador de la constitucionalidad suple la omisión, dictando las bases o reglas para objetivar el mandato constitucional, mientras se expide la norma correspondiente.<sup>461</sup>
4. Efecto indemnizatorio o de resarcimiento. Ésta es la solución más audaz,<sup>462</sup> efectiva y, sin duda, razonable. En tal caso cuando el órgano controlador no puede suplir la omisión, esta circunstancia se ve como un efecto subsidiario, al transgredir derechos de particulares como consecuencia de la omisión; en tal consideración el órgano de control

---

<sup>461</sup> Tal es el caso de la Constitución del Estado de Veracruz, que faculta al Tribunal Superior de Justicia, para que asuma funciones de naturaleza legislativa, dictando disposiciones generales para hacer efectivo el mandato constitucional, en tanto es expedida la norma por el Poder Legislativo. Este efecto ha sido fuertemente criticado por algunas corrientes de opinión, en el sentido, de que, con tal facultad concedida al órgano controlador, se violenta el principio de división de poderes, dada la invasión por supletoriedad concedida a éste para los casos de incumplimiento renuente del órgano omiso. Líneas abajo se abordará el análisis de éstas opiniones que se oponen a la existencia de mecanismos de control constitucional por omisión.

<sup>462</sup> SAGÜES, Néstor Pedro, en Instrumentos de la justicia constitucional frente a la inconstitucionalidad por omisión. *Instrumentos de tutela y justicia constitucional* Ob. Cit. p.611.

constitucional impone al órgano omiso, el deber de indemnizar o resarcir al agraviado por el perjuicio causado por la omisión. Autores como Néstor Sagües y Bidart Campos se muestran a favor de este tipo de soluciones para los casos en que “la omisión inconstitucional no se reduce a la ausencia de normas legales que presenten desarrollo a las cláusulas constitucionales sino que añade otra, cual es la de crear, organizar y poner en funcionamiento una infraestructura material y humana de recursos para atender a determinadas prestaciones”.<sup>463</sup>

### **2.3.3.1. La acción de inconstitucionalidad por omisión como instrumento de control local**

La acción de inconstitucionalidad por omisión llegó a México por conducto del constitucionalismo local, iniciado por el Estado de Veracruz y seguido por Chiapas, Coahuila,<sup>464</sup> Quintana Roo y Tlaxcala. Este instrumento que no existe en el ámbito federal, constituye una importante aportación del constitucionalismo local a la defensa del orden constitucional.

Su presencia como instrumento de control es importante, no sólo para las Constituciones estatales, sino también para la Constitución federal; que no puede quedar desprotegida ante posibles violaciones constitucionales en vía de omisión.<sup>465</sup>

No debe dejarse al libre arbitrio del legislador si se legisla o no en determinada materia que ordena la propia Constitución; la acción de

---

<sup>463</sup> Citado por SAGÜES, María Sofía, op. Cit. pp.2521

<sup>464</sup> En Coahuila, se consagra la inconstitucionalidad por omisión, derivada del ejercicio del control difuso; siempre que la falta de norma requiera ser colmada o resuelta para garantizar la tutela judicial efectiva. Artículo 65 de la Ley de Justicia Constitucional Local de ese Estado.

<sup>465</sup> Aun cuando la Suprema Corte de Justicia, ha emitido importantes sentencias en vía de controversia constitucional, sobre omisión legislativa, es importante que este instrumento de control quede expresamente consagrado en el texto constitucional. Consúltese la sentencia dictada en la controversia constitucional número 32/2003, promovida por el Municipio de San Pedro Garza García, del Estado de Nuevo León, contra el Poder Legislativo de esa entidad.

inconstitucionalidad por omisión está a llamada a convertirse en el instrumento más eficaz para combatir la pereza legislativa que prevalece en la mayoría de los Congresos del país. Incluso por qué no pensar en la posibilidad de conceder acción popular al ciudadano para que active en este caso el mecanismo de control constitucional, como ya ocurre en Tlaxcala.<sup>466</sup>

El constitucionalismo federal tiene una gran deuda pendiente en este tópico, solo se podrá asegurar un control completo de la supremacía de la Constitución si se garantiza de forma integral su vigencia, protegiéndola de no ser violentada, ni por acción ni por omisión.

#### **2.3.4. Cuestión de constitucionalidad**

Otro de los avances del constitucionalismo estatal en México lo constituye la incorporación del instrumento de control denominado cuestión de inconstitucionalidad, que ha sido incorporado en Veracruz, Chiapas y Coahuila<sup>467</sup>.

Austria, Italia, Alemania, Bélgica, y más tarde España, han sido pioneros de la instauración de la cuestión de inconstitucionalidad.<sup>468</sup> Esta forma de ejercer el control de la constitucionalidad representa una hibridación de los dos modelos históricos de control: “europeo y americano”, mediante el cual, todos los jueces se convierten en auditores de la constitucionalidad de la ley en vía incidental, al momento de resolver una controversia jurídica ordinaria, pero reportando o denunciando la posible inconstitucionalidad de la norma ante un órgano especializado para ello: el tribunal constitucional. Es decir, todos los juzgadores dentro de su actividad ordinaria de interpretar y aplicar la ley, pueden detectar la

---

<sup>466</sup> Véase artículo 81 de la Constitución de Tlaxcala.

<sup>467</sup> Este instrumento de control representa otra de las aportaciones del constitucionalismo local al federal, que aún no ha incorporado la duda de inconstitucionalidad como medio de control. Mecanismo que está demostrando su utilidad práctica e importancia como lo demuestra el caso de Coahuila donde existen importantes sentencias dictadas por el Tribunal Superior de Justicia sobre el particular.

<sup>468</sup> Véase a ASTUDILLO REYES, César. En Ensayos de Justicia constitucional en cuatro ordenamientos de México... Ob. Cit. pág. 88

posible contradicción entre la norma ordinaria y la Constitución, sin embargo, bajo esta modalidad de control no pueden desaplicarla como ocurre en el sistema *judicial review* americano- sino que tendrán que denunciar la duda de inconstitucionalidad ante el órgano concentrado de control constitucional.

Este instrumento de control resulta ser una de las vías más democráticas de los controles constitucionales, porque permite la participación de todos los jueces en la preservación de la supremacía constitucional y, al mismo tiempo, si esto no es suficiente, admite la posibilidad jurídica de que las partes –entiéndase particulares-, en el juicio principal, puedan denunciar ante el propio juez de la causa la contradicción entre la ley a aplicar y la norma fundamental; esto es lo que Häberle denomina la “sociedad abierta de interpretes de la Constitución”, al permitir que todos - jueces y ciudadanos- puedan interpretar la norma constitucional y presenten sus argumentos ante el órgano concentrador de control para que éste decida.

Al respecto, Häberle sostiene:

“En los procesos de la interpretación constitucional están incluidos potencialmente todos los órganos del Estado, todos los poderes públicos, todos los ciudadanos y los grupos. No hay un *numerus clausus* de intérpretes de la Constitución. Hasta ahora, la interpretación constitucional ha sido en exceso, de manera consciente y menos *realiter*, un asunto de una “sociedad cerrada”: la de los interpretes constitucionales jurídicos y de quienes participan formalmente en el proceso constitucional, pero en la realidad es más un asunto de una sociedad abierta, es decir, la de todos los poderes públicos en tanto participen materialmente, porque la interpretación constitucional participa una y otra vez en la Constitución de esta sociedad abierta y es constituida por ésta. Sus criterios serán tan abiertos como pluralista sea la sociedad”.<sup>469</sup>

### **a) Concepto**

Sobre el concepto de la cuestión de inconstitucionalidad, Rubio Llorente apunta:

---

<sup>469</sup> HÄBERLE, en El Estado constitucional. Ob. Cit. pág. 150

“El control de constitucionalidad, lo que en la terminología española llamamos “cuestión de inconstitucionalidad” es una institución que se encuentra realmente en la frontera entre los dos modelos, pero funcionalmente, creo, más cercana al segundo que al primero de ellos. El objeto del litigio es también en ella la constitucionalidad de la ley, e incluso, a pesar de la denominación germánica de control concreto, la constitucionalidad de la ley en abstracto, pues el juicio que el órgano de la jurisdicción constitucional ha de hacer versa también en este caso sobre la norma legal; sobre su validez general, no sobre su aplicación el caso concreto. Pero el planteamiento de la cuestión prejudicial, que en todos los casos hace el juez ordinario, de oficio o a petición de parte, y que en la práctica significa naturalmente que el propio juez considera inconstitucional la norma cuestionada, sí arranca sin embargo de un caso concreto y si tiene por objeto ya, a diferencia de lo que en el recurso abstracto sucede, no el puro enunciado de la ley, sino una interpretación de ella, una norma de la que resultan inmediatamente derechos y obligaciones para las partes del proceso”.<sup>470</sup>

En efecto, la cuestión de inconstitucionalidad es un instrumento de control constitucional concreto, mediante el cual los jueces ordinarios, en el ejercicio de su actividad jurisdiccional, detectan por sí, o a petición de parte, una posible contradicción de la ley a aplicar en relación a la Constitución; debiendo denunciar la antinomia ante el tribunal constitucional, para que éste decida si la ley es o no conforme con la Constitución.

De lo anterior se advierten los elementos siguientes:

1. La cuestión de inconstitucionalidad es un instrumento de control concreto, esto es, a diferencia de la acción de inconstitucionalidad, que tiene una naturaleza abstracta; aquí el problema de inconstitucionalidad de la ley no surge como acción principal, surge en el momento en que el juez ordinario pretende resolver una controversia jurídica con base en una ley presumiblemente inconstitucional. Ello motiva la duda de inconstitucionalidad que se eleva ante el tribunal constitucional.
2. Los accionantes de este control son todos los jueces ordinarios, como sucede en el modelo americano difuso de control, con la única diferencia de que al juez no le está autorizado desaplicar la ley, pues debe presentar la duda de inconstitucionalidad ante el órgano concentrado de control.

---

<sup>470</sup> RUBIO LLORENTE, en Estudios sobre jurisdicción constitucional. Ob. Cit. pág. 165



Además, los gobernados se convierten también en entes potencialmente autorizados para plantear la cuestión ante el propio juez que conoce de la controversia principal.

3. La cuestión de inconstitucionalidad se ejerce en vía incidental; esto es, el planteamiento de inconstitucionalidad surge dentro de un juicio ordinario donde la acción principal no es el problema de constitucionalidad; nace como algo accesorio a la controversia jurídica, dentro de ésta el juez o alguna de las partes cuestiona la constitucionalidad de la norma que se pretende aplicar para resolver el litigio principal, situación que debe ser planteada por el juez ante el tribunal constitucional; por tal razón este mecanismo no tiene un plazo procesal determinado para su ejercicio, como sí lo tiene la acción abstracta de inconstitucionalidad; se presentará en el momento que ocurra la duda de constitucionalidad.
4. La cuestión de inconstitucionalidad es resuelta por un órgano concentrado de control: el tribunal constitucional, como sucede en el modelo europeo. Por ello se afirma que este mecanismo es un híbrido que se mueve entre la frontera del control americano por la posibilidad de que todos los jueces sean auditores de la constitucionalidad de la ley, sin desaplicarla, y entre el europeo, porque corresponde a un órgano concentrado decidir si la ley es o no constitucional.

## **b) Objeto**

El objeto de la cuestión de inconstitucional es evitar la presencia de normas inconstitucionales dentro de la estructura normativa del Estado, autorizando para ello a una pluralidad de sujetos facultados para denunciar la duda de constitucionalidad y con ello remediar la colisión entre leyes y la norma fundamental.

### **c) Efectos de la sentencia**

Al igual que en la acción de inconstitucionalidad, los efectos de la sentencia sobre la cuestión son *erga omnes*, en virtud de que la sentencia ha sido dictada por un órgano de control concentrado, que cierra la duda de constitucionalidad mediante la emisión de una sentencia que tendrá efectos generales.

#### **2.3.4.1. Cuestión de constitucionalidad como instrumento de control local**

Este instrumento de control juega un papel democratizador de la justicia constitucional, porque permite incorporar como accionantes del mismo a todos los gobernados que actúan dentro de un litigio.

La incorporación de la cuestión de inconstitucionalidad en el constitucionalismo mexicano, en los ámbitos federal y local, podría contribuir a la reducción del número de amparos contra leyes,<sup>471</sup> siempre que éstos sean resueltos por un órgano concentrado que examine la duda de inconstitucionalidad y declare, si es procedente, la nulidad de la ley con efectos generales. Quienes podrían estar más autorizados que los jueces y los gobernados en contacto con la ley para denunciar las posibles antinomias con la Constitución, si su contacto es directo y cotidiano en la aplicación de la norma ordinaria. En el caso de los jueces locales, habría que vincularlos al conocimiento de la propia Constitución estatal, para que de esta forma puedan convertirse en auténticos auditores de la constitucionalidad de la ley.<sup>472</sup>

---

<sup>471</sup> Esta medida evitaría que una gran cantidad de juicios ordinarios donde se alega ante los jueces locales, la inconstitucionalidad de la ley que se aplica para resolver estas controversias, tengan que resolverse hasta el amparo; porque son los jueces de distrito la autoridad competente para pronunciarse respecto a la constitucionalidad de las leyes; ello luego de que la Suprema Corte de Justicia, negara la existencia del control difuso en México.

<sup>472</sup> En el estudio realizado por CONCHA CANTÚ, Hugo, FIX-FIERRO, Héctor, FLORES, Julia y VALADÉS, Diego. Cultura de la Constitución en México. Una encuesta de actitudes, percepciones y valores. UNAM, México. 2004, reveló que el 72.6 % de los mexicanos entrevistados conocen poco acerca de la Constitución; mientras que el 20.3% expresó no conocer nada acerca de la norma fundamental y solo el 4.8%

Es importante, además, la incorporación de este sistema de control ahí donde se expide una nueva Constitución, porque de esta forma todos los jueces estarán atentos a examinar la legislación ordinaria que ya existía antes del nuevo texto fundamental, para denunciar casos de posible colisión.

La cuestión de constitucionalidad representa, entonces, uno de los modelos más democráticos del sistema de protección constitucional dado el carácter abierto del universo de accionantes con facultades para denunciar la posible contradicción de la ley con la norma fundamental.

### **2.3.5. Juicio de protección de derechos fundamentales**

Se ha afirmado en la presente investigación que la Constitución estatal debe tener un alto contenido de derechos del gobernado; sin la expresión de este catálogo mínimo de derechos fundamentales, simplemente la Constitución no puede llamarse tal y menos aún ser democrática. Los derechos fundamentales aseguran la dimensión jurídica de la democracia.

Ferrajoli sostiene que “los derechos fundamentales son todos aquellos derechos subjetivos que corresponden universalmente a todos los seres humanos en cuanto dotados del *status* de personas, de ciudadanos o personas con capacidad de obrar; entendiendo por derecho subjetivo cualquier expectativa positiva (de prestaciones) o negativa (de no sufrir lesiones) adscrita a un sujeto por una norma jurídica; y por *status* la condición de un sujeto, prevista asimismo por una norma jurídica positiva, como presupuesto de su idoneidad para ser titular de situaciones jurídicas y/o autor de los actos que son ejercicio de éstas”.<sup>473</sup>

La deuda de las Constituciones estatales es grande en este tema, ya que pocas de ellas han incorporado en su texto un conjunto de derechos

---

manifestó conocerla mucho. Sin duda en esta parte, los jueces de los Estados tienen un enorme reto respecto del conocimiento de sus propias Constituciones estatales.

<sup>473</sup> FERRAJOLI, Luigi. Los fundamentos de los derechos fundamentales. Editorial Trotta. 2ª ed. España 2005. pág. 19

fundamentales propios, distintos a los consagrados en la Constitución federal. La norma fundamental nacional no limita a los Constituyentes locales a incorporar nuevos derechos del gobernado, acordes al reclamo de cada sociedad estatal, parece ser, en este tema, que la tendencia sigue siendo esperar que sea desde el centro federal de donde provenga el reconocimiento.

El reconocimiento de los derechos fundamentales en el sistema federal no es “un orden cerrado, restringido o inmutable”;<sup>474</sup> al contrario, constituye simplemente un conjunto de derechos mínimos indispensables para la convivencia en una sociedad democrática que ante la mutabilidad social estará siempre abierta la posibilidad para ir incorporando nuevos derechos que la sociedad reclame en el futuro.

De esta forma, el sistema de derechos fundamentales en México se construye por mediación de un sistema complementario: por una parte los derechos de aplicación general en todo el Estado mexicano, y por otra aquellos derechos que cada entidad federativa incorpore, producto de la propia idiosincrasia, cultura o necesidades. Es urgente que las Constituciones de las entidades federativas produzcan la incorporación de derechos de los gobernados, a efecto de convertirlas en auténticas Constituciones democráticas normativas, “esto es, que además de regular la organización del poder y las fuentes del Derecho –que son dos aspectos de una misma realidad-, genera de modo directo derechos y obligaciones inmediatamente exigibles”<sup>475</sup> y, por consiguiente, el adecuado instrumento procesal para la protección de los derechos fundamentales de los Estados.

La tendencia estatal se ha iniciado, procurando rescatar el origen del amparo como sistema de control constitucional que nació en el constitucionalismo local; Veracruz,<sup>476</sup> pionero en esta nueva etapa, incorporó el juicio de protección

---

<sup>474</sup> ASTUDILLO REYES, César. Ensayos de Justicia constitucional en cuatro ordenamientos de México. Ob. Cit. pág. 74

<sup>475</sup> PRIETO SANCHÍS, Luis, en Neoconstitucionalismo. Ob. Cit. pág. 128

<sup>476</sup> Además de Veracruz, Chihuahua y Tlaxcala consagran en sus respectivas Constituciones juicios de protección de derechos fundamentales, o también conocidos como amparo local.

de derechos fundamentales como instrumento constitucional. Este hecho ocasionó algunas dudas y sobresaltos de la tradición jurídica mexicana que se alarmaron con el nacimiento de un amparo local; sin embargo, la duda ha sido despejada por la propia Suprema Corte de Justicia,<sup>477</sup> la cual reconoció la facultad de los Estados para incorporar en las cartas locales instrumentos de control constitucional de derechos fundamentales propios y distintos a los del nivel federal. Ello es enteramente justificable; si la Constitución local consagra derechos a favor de los gobernados es justificado que existan instrumentos jurisdiccionales para exigir el cumplimiento.

Es deber del Estado incorporar un apartado de derechos fundamentales que reconozca la esfera de libertades básicas del gobernado, desde la perspectiva individual y como integrante de un grupo social, pero al mismo tiempo debe acompañarse de un sistema jurisdiccional de protección que haga realidad la aplicación y vigencia de tales derechos, como forma de alcanzar su dimensión positiva. De lo contrario, la sola incorporación de estos derechos no garantiza el

---

<sup>477</sup> Tesis aislada; *Semanario Judicial de la Federación*, t. XVI, agosto de 2002, Novena época, Pleno, p. 903. CONTROVERSIA CONSTITUCIONAL. LA FACULTAD OTORGADA A LA SALA CONSTITUCIONAL DEL TRIBUNAL SUPERIOR DE JUSTICIA DEL ESTADO DE VERACRUZ-Llave PARA CONOCER Y RESOLVER EL JUICIO DE PROTECCIÓN DE DERECHOS HUMANOS, PREVISTO EN LA CONSTITUCIÓN POLÍTICA DE ESA ENTIDAD FEDERATIVA, NO INVADIR LA ESFERA DE ATRIBUCIONES DE LOS TRIBUNALES DE LA FEDERACIÓN, PUES AQUEL SE LIMITA A SALVAGUARDAR, EXCLUSIVAMENTE, LOS DERECHOS HUMANOS QUE ESTABLECE EL PROPIO ORDENAMIENTO LOCAL. De la interpretación armónica y sistemática de lo dispuesto en los artículos 4º., párrafo tercero, 56, fracciones I y II, y 64, fracción I de la Constitución Política del Estado de Veracruz-Llave, así como de la exposición de motivos del decreto que aprobó la Ley número 53 mediante la cual aquellos fueron reformados, se desprende que la competencia que la Constitución local le otorga a la Sala Constitucional del Tribunal Superior de Justicia del Estado de Veracruz-Llave, se circunscribe a conocer y resolver el juicio de protección de derechos humanos, pero únicamente por cuanto hace a la salvaguarda de los previstos en la Constitución de aquella entidad federativa, por lo que dicha Sala no cuenta con facultades para pronunciarse sobre violaciones a las garantías individuales que establece la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos. Acorde con lo anterior, se concluye que los preceptos citados no invaden las atribuciones de los tribunales de la federación, en tanto que el instrumento para salvaguardar los derechos humanos que prevé la Constitución local citada, se limita exclusivamente a proteger los derechos humanos que dicha Constitución reserve a los gobernados de esa entidad federativa; mientras que el juicio de amparo, consagrado en los artículos 103 y 107 de la propia Constitución federal, comprende la protección de las garantías individuales establecidas en la parte dogmática del Pacto Federal, de manera que la mencionada Sala Constitucional carece de competencia para resolver sobre el apego de actos de autoridad a la carta magna. Lo anterior se corrobora si se toma en consideración que el instrumento jurídico lo cual difiere del juicio de garantías en cuanto a su finalidad, ya que prevé que la violación de los derechos humanos que expresamente se reservan implicará la sanción correspondiente y, en su caso, la reparación del daño conforme lo dispone el artículo 4º de la propia Constitución estatal, lo que no acontece en el indicado mecanismo federal.

cumplimiento de los mismos. “Para que los derechos se hagan realidad se requiere de potentes instrumentos de control de la constitucionalidad, o, mejor dicho, de un sistema completo de garantía de la Constitución”.<sup>478</sup>

En este rubro, el compromiso de los Estados debe ser completo,<sup>479</sup> es decir, no basta, como se ha dicho, con la sola incorporación de tales derechos y la correspondiente protección constitucional, se requiere, además, el cumplimiento de ciertos deberes constitucionales<sup>480</sup> que, en sí mismos, traen aparejados cada derecho fundamental.

Los derechos fundamentales traen aparejada una serie de deberes que deben ser cumplidos, por una parte, por los propios gobernados y, por la otra, por el Estado. En el primer caso, por ejemplo, cuando se garantiza la obligación de la educación preescolar, primaria y secundaria en el artículo 3º y, a su vez, la obligación de los mexicanos consagrada en el artículo 31, fracción I, ambos de la Constitución federal, de hacer que sus hijos o pupilos concurran a las escuelas públicas o privadas, para obtener educación preescolar, primaria y secundaria; en este caso, el derecho fundamental de recibir educación corresponde a los menores de edad y es correlativo de un deber que debe ser cumplido por los progenitores de éstos para que el derecho sea efectivo. Lo mismo sucede con los deberes constitucionales que el Estado debe cumplir; a cada derecho garantizado en la Constitución debe corresponderle una serie de prestaciones a cargo de la autoridad para que los derechos puedan tener eficacia. Por ejemplo, si se garantiza el derecho a la salud, el Estado tiene que desprender una serie de acciones como la construcción de hospitales, contratación de médicos, medicinas, tareas preventivas, entre otras, para que este derecho tenga eficacia plena.

Como lo afirma Carbonell:

---

<sup>478</sup> CARBONELL, Miguel. Los derechos fundamentales en México. Ob. Cit. pág. 80.

<sup>479</sup> Actualmente los Estados que consagran un capítulo especial sobre derechos fundamentales o garantías individuales, son los de Aguascalientes, Baja California Sur, Campeche, Coahuila, Colima, Chihuahua, Chiapas, Estado de México, Durango, Guanajuato, Guerrero, Hidalgo, Jalisco, Michoacán, Morelos, Oaxaca, Puebla, Querétaro, Quintana Roo, San Luís Potosí, Sinaloa, Sonora, Tabasco, Tamaulipas, Veracruz, Yucatán y Zacatecas.

<sup>480</sup> Véase, CARBONELL, Miguel. Los derechos fundamentales en México. Ob. Cit. pág. 80.

“En este contexto, el Estado asume la tarea de lo que el mismo García Pelayo ha llamado la *procura existencial*, que, entre otras medidas concretas comporta al menos las siguientes: a) el desarrollo de sistemas o el control de sistemas sin los cuales es imposible el despliegue de la vida humana en la civilización de nuestro tiempo; esto puede suponer el control de los poderes privados, las grandes concentraciones de capital, la redistribución de la riqueza, la protección de los consumidores frente a las grandes corporaciones, etc.; b) la seguridad en distintos aspectos vitales, lo que incluye la protección del medio ambiente, la protección frente a contingencias económicas globales, etc.; c) la realización de una serie de prestaciones sociales; la procura de un puesto de trabajo para toda persona que pueda ser capaz de realizarlo, a través de la implementación por el Estado de políticas de pleno empleo; la atención de las personas afectadas por algún tipo de incapacidad o de discapacidad, como desempleados, ancianos, niños, personas con discapacidades mentales etc. la provisión de bienes culturales para todas las personas; el acrecentamiento de prestaciones sociales, sobre todo a través de los sistemas públicos de seguros, y así por el estilo”.<sup>481</sup>

Como se advierte, la constitucionalización de los derechos fundamentales no es tarea fácil para los Constituyentes, dada la alta carga de prestaciones que traen aparejados; sin embargo, en un Estado democrático, la aspiración fundamental del pueblo es generar mejores condiciones de vida, que le produzcan mayores libertades y estadios de bienestar; para ello, como lo refiere el propio Ferrajoli, “depende precisamente de la introducción de adecuadas *garantías primarias*, en forma de obligaciones *ex lege* de tipo universal, correlativas a las derivadas de los derechos sociales, a cargo de la esfera pública, apoyadas, incluso, en vínculos constitucionales de cuotas mínimas de gasto social impuestas a las leyes presupuestarias, que permitirán, además, *garantías secundarias* de control jurisdiccional sobre sus eventuales lagunas o incumplimientos”.<sup>482</sup> Éste es y debe ser el reto de una Constitución democrática.

---

<sup>481</sup> Citado por Miguel Carbonell, en Garantismo estudios sobre el pensamiento jurídico de Luigi Ferrajoli. Ob. Cit. pág.182

<sup>482</sup> CARBONELL, Los fundamentos de los derechos fundamentales. Ob. Cit. 375.

## 2.4. Modelo de protección constitucional local

Corresponde ahora, analizar el modelo de control constitucional que garantice un esquema de control completo de la Constitución local, partiendo de los dos modelos clásicos: “el europeo y el americano”, con el objeto de presentar una propuesta integral de protección constitucional a partir del tipo de control.

En el apartado conducente se analizaron los modelos tradicionales sobre los que se estructura la justicia constitucional en el mundo. “En una caracterización bien conocida, Calamandrei vino a connotar por una serie de binomios contrapuestos a los dos grandes sistemas de control constitucional (o de legitimidad constitucional, en la expresión italiana): el sistema judicial o difuso (*judicial review of Legislation*) y el sistema autónomo o concentrado (la *Verfassungsgerichtsbarkeit kelseniana*)”<sup>483</sup>

### 2.4.1. Modelo americano difuso *judicial review*

El sistema difuso o americano se caracteriza por los siguientes elementos:

1. Es incidental; se ejerce a partir de la existencia de un juicio ordinario previo.
2. La sentencia tiene un carácter concreto; la declaración de inconstitucionalidad tiene un efecto relativo porque sólo aplica a las partes en el juicio principal.
3. Es declarativa; el juez únicamente declara la existencia de inconstitucionalidad y autoriza la desaplicación de la ley al caso concreto *inter partes*, es decir, con efectos *ex tunc*, porque el efecto de la sentencia se retrotrae al inicio del juicio, “lo que significa que sólo será considerada inconstitucional, nula y sin valor en relación con el proceso particular y con

---

<sup>483</sup> Citado por FERNÁNDEZ SEGADO, Francisco. La Justicia constitucional ante el siglo XXI: la progresiva convergencia de los sistemas americano y europeo kelseniano. Ob. Cit. pág. 26



las partes que en él intervinieron, sin que, por la decisión judicial de inaplicación de la norma al caso concreto, se expulse a dicha norma del ordenamiento”;<sup>484</sup> y

4. El control se ejerce por todos los jueces y, por ende, por las partes sujetas a un procedimiento de justicia ordinaria.

Tratando de emparejar estos cuestionamientos gargarelianos, podría afirmarse que el modelo difuso de control constitucional es más democrático que el control concentrado, o mejor dicho, el menos antidemocrático de los sistemas de justicia constitucional,<sup>485</sup> ya que permite la participación de un universo más amplio de la sociedad que vela por el cumplimiento de la Constitución, lo que Häberle denominada “la sociedad abierta de intérpretes de la Constitución”.

Al respecto, Arminda Balbuena sostiene: “existe un cierto consenso doctrinal en que la forma difusa de justicia constitucional es menos problemática desde el punto de vista de su legitimidad democrática y desde el punto de vista de sus capacidad discursiva de insertarse en el marco más amplio de las instituciones participativas del Estado. Justamente, esta mayor democraticidad *a priori* de la justicia difusa aconseja adoptar como hilo conductor de esta exposición lo que se ha denominado la obsesión de la doctrina constitucional norteamericana, el problema de la objeción contramayoritaria. Efectivamente, si la justicia constitucional más democrática no supera el test de democraticidad, poco sentido tiene aplicárselo a la que, de antemano, se sabe que lo es menos”.<sup>486</sup>

---

<sup>484</sup> BALBUENA CISNEROS, Arminda. Ob. Cit. pág. 118

<sup>485</sup> Véase, sobre el particular el estudio realizado por Arminda Balbuena. Suprema Corte de Justicia de la Nación y jurisdicción constitucional en México. Ob. Cit.

<sup>486</sup> Ibid. Pág. 205

#### 2.4.2. Modelo europeo concentrado

Por su parte, el modelo de control concentrado, inspirado en la creación kelseniana<sup>487</sup> de control constitucional se caracteriza por:

1. Corresponde a un único órgano constitucional ejercer el control; de ahí deviene el nombre de justicia concentrada, por el monopolio que ejerce de forma directa el tribunal constitucional.
2. Es un control principal abstracto en vía directa; la acción de inconstitucionalidad de la ley se cuestiona en forma de juicio principal, sin esperar que acontezca una controversia especial que afecte de forma directa el interés jurídico de alguien en lo particular; por ende, es abstracto.
3. El efecto de la sentencia es general; la declaratoria de inconstitucionalidad tiene efectos de anulación de la norma *erga omnes*, provocando que la ley se expulse del sistema normativo estatal.
4. El otro efecto es constitutivo, porque a partir de la anulación de la ley la invalidez opera *ex nunc*, por que produce sus efectos hacia el futuro, respetando los actos producidos durante la vigencia de la ley inconstitucional.

Este modelo ha tenido un arraigo importante en el mundo al ser adoptado como instrumento de justicia constitucional extendiéndose a países de Europa, Asia, África y América que han constituido tribunales constitucionales como órganos concentrados para ejercer la protección de la supremacía constitucional.

---

<sup>487</sup> Recibe el nombre de control europeo, porque fue en Europa donde surgió, después de la primera posguerra, en la Constitución de Austria de 1920; además es en los países europeos donde ha tenido su mayor desarrollo, sobre todo después de la segunda posguerra. También suele llamarse modelo kelseniano, por la influencia determinante que tuvo Kelsen en la formación de las Constituciones de Austria y Checoslovaquia, países que primero introdujeron este modelo de control jurisdiccional de las leyes.

### 2.4.3. Un modelo de control constitucional híbrido o mixto de tres vías para las entidades federativas

Es evidente que los modelos anteriores difícilmente pueden encontrarse en la actualidad como sistemas puros; la justicia constitucional ha evolucionado hacia una hibridación de ambos, por lo que hoy comparten características fundamentales para que funcionen de mejor forma, atendiendo a las necesidades y requerimientos de cada Estado.<sup>488</sup>

Por ello, en el caso de las entidades federativas de México, si hubiera necesidad de preguntarse ¿cuál es el modelo que mejor conviene?, habría que responder, de forma *a priori*, que el mejor es el que prevea un sistema completo de protección constitucional; para tal efecto, habrá que hacer una combinación de elementos del sistema europeo y americano para lograr un justicia constitucional de protección completa.

De hecho, en México, el sistema de justicia constitucional federal opera mediante un control de dos vías; por una parte se aplica un modelo difuso parcial, y por otra un sistema concentrado.

---

<sup>488</sup> Sobre los problemas que hoy representa hablar de sistemas puros de control constitucional, “europeo o americano”, y en todo caso sostener la tesis de la hibridación de los modelos, consúltese a Francisco Fernández Segado, La Justicia constitucional ante el siglo XXI: la progresiva convergencia de los sistemas americano y europeo kelseniano. Ob.cit.

El modelo difuso es parcial en México<sup>489</sup> porque se ejerce por los jueces de distrito, quienes actúan al tenor de las características del control americano, es decir, se inicia el control constitucional de las leyes en vía incidental y de modo concreto, luego de la aparición del cuestionamiento de inconstitucionalidad, derivado de un juicio principal, lo que se denomina “amparo contra leyes”, previsto en los artículos 103 y 107 de la Constitución federal; en tal caso, si la hipótesis de inconstitucionalidad es confirmada, el juez de distrito, por sí, autoriza la desaplicación de la ley, sin generar consecuencias *erga omnes*; sólo da lugar efectos *inter partes*.<sup>490</sup>

De la misma forma funciona en México un sistema de control concentrado ejercido por la Suprema Corte de Justicia de la Nación, para determinados

---

<sup>489</sup> Se afirma parcial el control difuso en México, luego de la desafortunada interpretación que la Suprema Corte de Justicia de la Nación ha dado al artículo 133 de la Constitución Federal que no obstante de enunciar de forma literal el control difuso de las leyes mexicanas, modelo tomado como una copia fiel de la Constitución Norteamericana; la Corte mexicana ha dicho que el sistema de control difuso no existe en México, porque solo los jueces federales del Poder Judicial, pueden ejercer el control de la constitucionalidad; así se lee en las siguientes jurisprudencias. CONTROL DIFUSO DE LA CONSTITUCIONALIDAD DE NORMAS GENERALES. NO LO AUTORIZA EL ARTÍCULO 133 DE LA CONSTITUCIÓN. El texto expreso del artículo 133 de la Constitución Federal previene que "Los Jueces de cada Estado se arreglarán a dicha Constitución, leyes y tratados a pesar de las disposiciones en contrario que pueda haber en las Constituciones o leyes de los Estados".. En dicho sentido literal llegó a pronunciarse la Suprema Corte de Justicia; sin embargo, la postura sustentada con posterioridad por este Alto Tribunal, de manera predominante, ha sido en otro sentido, tomando en cuenta una interpretación sistemática del precepto y los principios que conforman nuestra Constitución. **En efecto, esta Suprema Corte de Justicia de la Nación considera que el artículo 133 constitucional, no es fuente de facultades de control constitucional para las autoridades que ejercen funciones materialmente jurisdiccionales, respecto de actos ajenos, como son las leyes emanadas del propio Congreso, ni de sus propias actuaciones, que les permitan desconocer unos y otros, pues dicho precepto debe ser interpretado a la luz del régimen previsto por la propia Carta Magna para ese efecto.** Novena Época. Instancia: Pleno Fuente: Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta. Tomo: X, Agosto de 1999. Tesis: P./J. 74/99. Página: 5. CONTROL JUDICIAL DE LA CONSTITUCIÓN. ES ATRIBUCIÓN EXCLUSIVA DEL PODER JUDICIAL DE LA FEDERACIÓN. La supremacía constitucional se configura como un principio consustancial del sistema jurídico-político mexicano, que descansa en la expresión primaria de la soberanía en la expedición de la Constitución, y que por ello coloca a ésta por encima de todas las leyes y de todas las autoridades, de ahí que las actuaciones de éstas deben ajustarse estrictamente a las disposiciones de aquélla. En este sentido, más que una facultad, la supremacía constitucional impone a toda autoridad el deber de ajustar a los preceptos fundamentales, los actos desplegados en ejercicio de sus atribuciones. Por tanto, *si bien es cierto que los tres Poderes de la Unión deben observar la Ley Suprema, no puede afirmarse que por esta razón, las autoridades puedan, por sí y ante sí, en el ejercicio de funciones materialmente jurisdiccionales, examinar la constitucionalidad de sus propios actos o de los ajenos, toda vez que, al respecto, la propia Constitución consagra, en sus artículos 103 y 107, un medio de defensa expreso [sic], por vía de acción, como es el juicio de amparo y lo encomienda, en exclusiva, al Poder Judicial de la Federación*, sentando las bases de su procedencia y tramitación. Tesis 73/99,, agosto de 1999. Apéndice al *Semanario Judicial de la Federación 1917-2000*, t. I, materia constitucional, p. 18 Novena época, Jurisprudencia del Pleno.

<sup>490</sup> Este efecto de la sentencia es denominado por la doctrina como relatividad de las sentencias de amparo.

instrumentos de protección constitucional, como la acción de inconstitucionalidad y la controversia constitucional, mecanismos que de forma exclusiva corresponde ejercer a la Corte mexicana.

En las entidades federativas los sistemas de control constitucional funcionan por medio de tres vías; es decir incorporan un control concentrado, un control difuso y un control mixto. Por ejemplo, Campeche, Chiapas, Chihuahua, Coahuila, Colima, Durango, Estado de México, Guerrero, Guanajuato, Hidalgo, Morelos, Nuevo León, Oaxaca, Querétaro, Quintana Roo, Sinaloa, Tabasco, Tlaxcala, Veracruz y Zacatecas<sup>491</sup>, contemplan un sistema concentrado de control al facultar al pleno del Tribunal Superior de Justicia de cada entidad federativa para conocer y resolver respecto a algunos de los instrumentos de control que cada Constitución consagra.<sup>492</sup> Tratándose del control difuso, éste sólo se reconoce en la Constitución de Coahuila,<sup>493</sup> el cual faculta a todos los jueces del Estado para ejercer el control de la constitucionalidad de las leyes; ello representa una verdadera innovación en el constitucionalismo local.

---

<sup>491</sup> Datos obtenidos de FERRER MAC-GREGOR, Eduardo, en La Justicia constitucional en las entidades federativas Coordinadores Manuel González Oropeza y Eduardo Ferrer Mac-Gregor. Porrúa. México 2006. tabla II, pág. 1059.

<sup>492</sup> Cabe destacar que con excepción de los Estados de Chiapas, Coahuila, Estado de México, Nuevo León, Quintana Roo, Tlaxcala y Veracruz, los demás solo consagran algún tipo de control constitucional, regularmente la controversia constitucional; en cambio los antes mencionados tienen un sistema integral o completo de control; como se ha dado cuenta de ello en la presente investigación.

<sup>493</sup> El artículo 158 de la Constitución de ese Estado establece: “La Justicia Constitucional Local se erige dentro del régimen interior del Estado, como un medio de control para mantener la eficacia y la actualización democrática de esta Constitución, bajo el principio de supremacía constitucional. La Justicia Constitucional Local tiene por objeto dirimir de manera definitiva e inatacable los conflictos constitucionales que surjan dentro del ámbito interior del Estado, conforme a este artículo, sin perjuicio de lo previsto en los artículos 41, 99, 103, 105 y 107 de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos. ***Cuando la Autoridad Jurisdiccional considere en su resolución que una norma, es contraria a esta Constitución, con base en lo establecido por el artículo 133 de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos, deberá declarar de oficio su inaplicabilidad para el caso concreto. En este supuesto, el Tribunal superior de Justicia revisará la resolución en los términos que disponga la ley.*** Por su parte la Ley de Justicia Constitucional señala en el artículo 4: “**El control difuso de la constitucionalidad local.** Todo juez podrá declarar de oficio o a petición de parte, la inaplicabilidad de una norma o acto que estime contrario a la Constitución Local. Este control difuso de la constitucionalidad local se ejercerá por el juez dentro de su jurisdicción ordinaria conforme a los procedimientos que le competa resolver de acuerdo con las disposiciones aplicables. Las partes del juicio podrán oponer como excepción, la inconstitucionalidad de la norma o acto, para que el juez declare su inaplicabilidad en el caso concreto”.

La tercera vía de control constitucional local imperante en México resulta de la hibridación de los sistemas difuso y concentrado, la cual da lugar a un sistema mixto de protección constitucional, porque se combinan elementos del concentrado y del difuso, mediante la cuestión de inconstitucionalidad, incorporada en los estados de Chiapas, Coahuila y Veracruz.

La cuestión de inconstitucionalidad como instrumento de control constitucional, representa el fin de la polaridad entre los dos modelos clásicos, mediante éste se incorporan elementos de ambos sistemas: del control difuso se toma la característica de facultar a todos los jueces ejercer el control de constitucionalidad de las leyes al momento de resolver una controversia ordinaria en la que se prenda aplicar una ley afectada de inconstitucionalidad y del control concentrado porque los jueces no pueden resolver el problema de inconstitucionalidad ya que deben enterar al tribunal constitucional para que éste, en exclusiva, determine si la ley es o no conforme con la Constitución. Dice Fernández Segado que existe una opinión doctrinal muy extendida en nuestros días, si es que no casi generalizada, que subraya la existencia de una clara tendencia contingente entre los dos modelos clásicos.<sup>494</sup> El propio Cappelletti sostiene “que el control jurisdiccional de las leyes, en su funcionamiento en el mundo contemporáneo, revela el hundimiento de las antiguas dicotomías, hallándose los dos modelos en vías de llegar a uno solo, en proceso, en definitiva, de unificación”.<sup>495</sup>

Por ende, el sistema de justicia constitucional de las entidades federativas debe sustentarse sobre un modelo híbrido o mixto de control en tres vías, estructurado con los siguientes elementos:

1. **Existencia de un órgano concentrado de control;** que puede recaer en el propio Pleno del Tribunal Superior de Justicia, en una sala constitucional o incluso en un tribunal constitucional autónomo.<sup>496</sup> En todos los sistemas jurisdiccionales con justicia constitucional, con independencia del modelo

---

<sup>494</sup> FERNANDEZ SEGADO, La Justicia constitucional ante el siglo XXI: la progresiva convergencia de los sistemas americano y europeo kelseniano. Ob.cit. pág. 28

<sup>495</sup> Id.

<sup>496</sup> Más adelante se abordará, con mayor amplitud, las características del órgano jurisdiccional de control.

que profesen, tienen un tribunal máximo que actúa con carácter de órgano jurisdiccional de cierre del proceso de revisión constitucional. Además, a este órgano se le faculta para conocer de ciertos mecanismos de control en forma exclusiva, como la acción abstracta de inconstitucionalidad, la controversia constitucional y la cuestión de inconstitucionalidad.

2. **Instituir el control de la constitucionalidad de forma difusa**, para que todos los jueces, sean o no del Poder Judicial, puedan desaplicar una ley dentro de un procedimiento ordinario, siempre que la norma contravenga derechos fundamentales consagrados en la propia Constitución estatal. Es decir, el control difuso estaría acotado a la desaplicación de leyes en una controversia jurisdiccional ordinaria cuando la norma contravenga los derechos fundamentales, mas no así para el caso de colisión con cualquier otro precepto constitucional; para ello debe existir la cuestión de inconstitucionalidad como instrumento complementario.
3. **La tercera vía de control debe darse mediante la mixtura de los dos anteriores**, esto es, conceder la facultad no sólo a los jueces, sino a cualquier autoridad e incluso a los organismos autónomos para que presenten dudas de inconstitucionalidad ante un órgano concentrado de control respecto de las normas generales que vayan a aplicar con motivo del ejercicio de sus facultades, y sobre las cuales se cuestione la conformidad con la Constitución. Con este sistema ampliado de la cuestión de inconstitucionalidad se abre el universo de sujetos legitimados para ejercer la auditoría de las normas generales en concordancia con la norma fundamental. De esta forma, cualquier autoridad, sea de carácter jurisdiccional o de naturaleza administrativa, puede elevar la duda de constitucionalidad ante el órgano concentrado de control, para que sea éste el que determine si la norma en discusión es o no conforme con el ordenamiento supremo. Pero también este instrumento debe abrirse a los gobernados, con motivo de su vinculación con cualquiera de los procesos sean jurisdiccionales o administrativos, en los que se pretende aplicar la ley presumiblemente inconstitucional, puesto que el gobernado, dentro de la

controversia principal, estará facultado para solicitar, por conducto de la autoridad que conoce del procedimiento ordinario, se realice el examen de constitucionalidad de la ley si la considera contraria a la Constitución. Ello constituirá una amplia pluralidad de sujetos vigilantes del control constitucional, generándose círculos pluralistas de participantes en la interpretación constitucional.

El modelo híbrido o mixto de tres vías de control constitucional, contribuye a revertir en cierta medida la objeción contramayoritaria de la justicia constitucional, porque permite ampliar el universo de sujetos legitimados para emprender la auditoría constitucional de las leyes, convierte al gobernado en un ente activo del control constitucional, como lo afirma Häberle “¡En la democracia liberal el ciudadano es intérprete de la Constitución!”.<sup>497</sup> La participación de los ciudadanos en el proceso de interpretación o control constitucional constituye un derecho fundamental, que debe ser garantizado por la propia Constitución.

Este modelo propuesto garantiza un control completo de la Constitución democrática porque en sí mismo es un sistema más democrático que los modelos puros o clásicos de control constitucional; como se ha sostenido, el ejercicio del control no se deja, en exclusiva, a los jueces o a ciertos órganos del poder público, sino que son incorporados otros sectores, como el total de autoridades con facultades para aplicar la ley y los propios ciudadanos vinculados a la aplicación de la norma.

Por otra parte, el sistema híbrido de control abre la posibilidad de activar la justicia constitucional en aquellos casos donde la Constitución sólo faculta a ciertos sujetos para ejercer el control, como la acción de inconstitucionalidad o controversia constitucional, cuyos sujetos legitimados son exclusivamente ciertos órganos del poder público; sin embargo, puede ocurrir, en estos casos, que los sujetos legitimados asuman una conducta de omisión y no activen el mecanismo de control; en cambio, sí podrá hacerlo un conjunto más amplio de controladores

---

<sup>497</sup> HÄBERLE, El Estado constitucional. Ob. Cit. pág. 159



de la Constitución, mediante la pluralidad de acciones constitucionales para evitar la colisión normativa entre la ley y la norma fundamental.

De esta forma se concibe una sociedad abierta de intérpretes de la Constitución que Häberle visualiza como la pluralidad de sujetos legitimados para activar el control constitucional; al respecto puntualiza:

“La relativización de la interpretación jurídica de la Constitución se da en razón de lo siguiente:

- a) El juez constitucional no es el único intérprete en el proceso constitucional: en el procedimiento hay varios participantes, y las formas de participación se amplían.
- b) En el campo previo a la interpretación jurídica de la Constitución por los jueces hay numerosos intérpretes, es decir, potencialmente todas las fuerzas públicas pluralistas. En este sentido se relativiza el concepto participantes en el proceso constitucional, en la medida en que se amplían los círculos de los participantes en la interpretación constitucional. El espacio público pluralista despliega fuerza normativa y el tribunal constitucional debe interpretar más tarde en correspondencia con ese espacio actual.
- c) Muchos círculos problemáticos y ámbitos de la Constitución material no llegan al juez constitucional, por falta de competencia judicial o por ausencia de instancias ante el tribunal. Sin embargo, la Constitución material “vive” también aquí: sin interpretación constitucional por el juez (¡piénsese en los principios de los reglamentos parlamentarios!). Los participantes e intérpretes en sentido amplio desarrollan independientemente un derecho constitucional material. El derecho procesal constitucional no es el único al procedimiento de la interpretación constitucional”.<sup>498</sup>

## 2.5. El órgano jurisdiccional de control

Con respecto al órgano jurisdiccional que debe ejercer la justicia constitucional, el planteamiento oscila en el sentido de valorar si el tribunal debe estar dentro o fuera del Poder Judicial. Este aspecto también tiene una vinculación directa con los modelos clásicos de control constitucional; mientras que en el modelo

---

<sup>498</sup> Ibid. Pág. 159-160

americano difuso el control se ejerce por los propios integrantes del Poder Judicial, en el modelo europeo es ejercido por un tribunal constitucional autónomo,<sup>499</sup> siguiendo las características sugeridas por Kelsen en su tesis sobre la “garantía jurisdiccional de la Constitución”.

En opinión de Domingo García Belaunde,<sup>500</sup> los órganos o magistraturas encargadas de ejercer el control constitucional pueden tener diversas modalidades; por ejemplo:

- a) Magistratura ordinaria, como es el caso típico de Estados Unidos, Brasil y Argentina.
- b) Magistratura ordinaria especializada, como el caso de México, que asume una justicia bifronte, por un lado la justicia ordinaria y al mismo tiempo la justicia constitucional; única en América.
- c) Tribunales constitucionales autónomos que están al margen del Poder Judicial, como España y Perú.
- d) Tribunales constitucionales no autónomos, partes integrantes del Poder Judicial, como los casos de Alemania y Colombia.
- e) Salas constitucionales, que operan al interior de la Corte Suprema y, por ende, dentro del Poder Judicial. Como en Costa Rica y Venezuela.

La tradición estadounidense ha permeado en los países latinoamericanos, al consagrarse a los poderes judiciales la facultad de ejercer el control constitucional.<sup>501</sup> La tradición Estadounidense se impone con el paradigma de considerar al órgano jurisdiccional cúspide del Poder Judicial, (regularmente la Corte Suprema) como el tribunal que actúa en una especie de cierre del círculo jurisdiccional dentro del Estado; por ende, los países de América Latina han incorporado al Poder Judicial la facultad de ejercer el control constitucional; ya sea

---

<sup>499</sup> Sobre los tribunales constitucionales europeos, véase a FAVOREU, Luois, y otros en Tribunales constitucionales europeos y derechos fundamentales. Centro de Estudios Constitucionales. Madrid, España 1984.

<sup>500</sup> GARCÍA BELAUNDE, Ob. Cit. pág. 73

<sup>501</sup> Véase a FERRER MAC-GREGOR, Eduardo. Los tribunales y salas constitucionales en Iberoamérica. México, FUNDAP, 2002., y SAGÜES, Néstor Pedro. El sistema de derechos, magistratura y procesos constitucionales en América Latina. Porrúa. México 2004.

como parte de las atribuciones del pleno de la propia Corte o mediante la creación de salas constitucionales. Países como El Salvador, Costa Rica, Paraguay, Nicaragua y Venezuela encargan la justicia constitucional a una sala constitucional; mientras que en países como México asume el control la Suprema Corte de Justicia de la Nación.

Esta tradición parte del principio de unicidad de jurisdicción, al no quererse desvincular al Poder Judicial de la natural facultad de interpretar y aplicar la ley en sentido amplio, lo que Enzo Cheli denomina la naturaleza “bifronte” del órgano de control constitucional, porque este órgano encierra en sí mismo una doble naturaleza: política y jurídica.<sup>502</sup>

Esta tradición parece estar muy arraigada en el sistema mexicano, porque desde el Poder Judicial federal hasta los poderes judiciales de los estados con justicia constitucional, todos atribuyen la facultad jurisdiccional de ejercer el control a la cúspide jerárquica del Poder Judicial (la Corte en el caso federal, y los tribunales superiores de justicia en los Estados). Seguramente las razones pueden ser variadas y abundantes para justificar tal atribución a favor de los poderes judiciales, sin embargo, habría que reflexionar sobre la posibilidad y conveniencia contraria, es decir, un tribunal constitucional autónomo o al menos una sala constitucional.

En cambio, varios países de América Latina han volteado hacia el modelo europeo de control, mediante la formación de tribunales constitucionales autónomos; tales son los casos de Guatemala, Ecuador, Bolivia, Colombia y Chile, los cuales han considerado en sus Constituciones la existencia de tribunales fuera de la tradicional estructura del Poder Judicial.<sup>503</sup>

Es difícil acabar con la tradición que prevalece en México y particularmente en las entidades federativas, por ello tal vez sea conveniente adoptar una solución salomónica del caso, como sostiene César Astudillo, para no excluir una tradición

---

<sup>502</sup> Citado por ASTUDILLO REYES, César. En La justicia constitucional en las entidades federativas. Ob. Cit. pág. 19

<sup>503</sup> Véase a GARCIA BELAUNDE, Domingo. Ob. cit. pág. 57

formada y fortalecida con el paso de los años, pero enriquecida con la idea de establecer un órgano de naturaleza constitucional al que, en exclusiva, de forma especializada y bajo ciertos márgenes de autonomía, se le confíe la interpretación última del texto constitucional.<sup>504</sup>

No escapan de la tradición judicialista algunos problemas que representa el hecho de ser el propio Poder Judicial el que ejerza el control constitucional, en el caso de México, no tienen respuesta jurídica, al menos como está diseñado el sistema de control constitucional federal. Es decir, ante la naturaleza bifronte del Poder Judicial, al asumir, por una parte, la justicia ordinaria y, por la otra, el control constitucional; el Poder Judicial no escapa de la posibilidad de convertirse a su vez en un órgano que eventualmente puede violentar la Constitución, al momento de ejercer las facultades derivadas de la aplicación de la justicia ordinaria, lo cual lo convierte en un órgano sin control constitucional.

Los ejemplos son variados, por citar uno de ellos, la velada intromisión al régimen político interior de las entidades federativas que ha hecho la Corte respecto de los casos donde se discute la duración y permanencia en el cargo de los magistrados locales. Este precedente surge a raíz del amparo promovido por un Magistrado del Supremo Tribunal de Justicia del Estado de Michoacán Fernando Arreola Vega, el cual reclamó del Gobernador y del Congreso de ese Estado la decisión de removerlo del cargo por haber concluido su periodo. El caso llegó hasta la Suprema Corte de Justicia de la Nación y ésta resolvió conceder el amparo y reinstalar en su cargo al magistrado, además de ordenar el pago de todas las prestaciones que había dejado de percibir desde que fue removido del cargo. Del caso se derivaron una serie de criterios jurisprudenciales como los que a continuación se transcriben:

**MAGISTRADOS DE LOS PODERES JUDICIALES DE LOS ESTADOS. BASES A LAS QUE SE ENCUENTRA SUJETO EL PRINCIPIO DE RATIFICACIÓN DE AQUÉLLOS**

---

<sup>504</sup> ASTUDILLO, en La justicia constitucional en las entidades federativas. Ob. Cit. pág. 20

**CONFORME A LO DISPUESTO EN EL ARTÍCULO 116, FRACCIÓN III, DE LA CONSTITUCIÓN FEDERAL.**

La posibilidad de ratificación de los Magistrados de los Tribunales Superiores de Justicia de los Estados consagrada en el artículo 116, fracción III, penúltimo párrafo, de la Constitución Federal, como condición para obtener la inamovilidad judicial, debe entenderse referida a la actuación del funcionario judicial y no así a la sola voluntad del órgano u órganos a los que las Constituciones Locales otorgan la atribución de decidir sobre tal ratificación, en tanto **este principio ha sido establecido como una de las formas de garantizar la independencia y autonomía judicial, no sólo como un derecho de tales servidores públicos sino, principalmente, como una garantía de la sociedad de contar con servidores idóneos que aseguren una impartición de justicia pronta, completa e imparcial en los términos señalados en el artículo 17 constitucional.** En consecuencia, tal posibilidad se encuentra sujeta a lo siguiente: 1) A la premisa básica de que el cargo de Magistrado no concluye por el solo transcurso del tiempo previsto en las Constituciones Locales para la duración del mismo; 2) A la condición relativa de que el funcionario judicial de que se trate haya cumplido el plazo del cargo establecido en las Constituciones Locales; y 3) A un acto administrativo de orden público de evaluación de la actuación de los Magistrados, que se concreta en la emisión de dictámenes escritos en los que se precisen las causas por las que se considera que aquéllos deben o no ser ratificados, antes de que concluya el periodo de duración del cargo, para no afectar la continuidad en el funcionamiento normal del órgano jurisdiccional y, preferentemente, aplicando reglas fijadas de antemano y que sean del conocimiento público para garantizar que la calificación realizada atienda a criterios objetivos, lo que implica un examen minucioso del desempeño que se haya tenido y, por tanto, un seguimiento de la actuación del Magistrado relativo que conste en el expediente que haya sido abierto con su designación y que se encuentre apoyado con pruebas que permitan constatar la correcta evaluación de su desempeño en la carrera judicial y su comprobación mediante los medios idóneos para ello, como puede serlo la consulta popular, en tanto los requisitos exigidos para la designación, como son la buena reputación y la buena fama en el concepto público tienen plena vigencia para el acto de ratificación y significa la exigencia de que el dictamen que concluya con la ratificación, debe basarse no sólo en la ausencia de conductas negativas por parte del funcionario judicial cuya actuación se evalúe, sino en la alta capacidad y honorabilidad que lo califiquen como la persona de excelencia para seguir ocupando el cargo, dictamen que debe ser emitido siempre, ya sea que se concluya en la ratificación o no del Magistrado, ante el interés de la sociedad de conocer a ciencia cierta, por conducto del órgano u órganos correspondientes, la actuación ética y profesional de los funcionarios judiciales relativos. Novena Época Instancia: Pleno Fuente:

**MAGISTRADOS DE LOS PODERES JUDICIALES DE LOS ESTADOS. LA SEGURIDAD O ESTABILIDAD EN EL EJERCICIO DEL CARGO LA OBTIENEN DESDE EL INICIO DE SU DESEMPEÑO Y NO HASTA QUE SE LOGRA LA INAMOVILIDAD JUDICIAL, AUNQUE CON LA CONDICIÓN DE QUE SE LLEGUEN A DISTINGUIR POR SU DILIGENCIA, EXCELENCIA PROFESIONAL Y HONESTIDAD INVULNERABLE.**

El principio de división de poderes que impone la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos a los Estados, en el primer párrafo del artículo 116, y el de seguridad o estabilidad en el ejercicio del cargo de los Magistrados del Poder Judicial, establecido en su fracción III, como forma de garantizar la independencia judicial, se obtiene desde que se inicia su desempeño y no hasta que se logra la inamovilidad judicial mediante la ratificación, una vez que ha concluido el tiempo de duración del mismo, previsto en la Constitución Local correspondiente, pues la disposición relativa a que las Constituciones Locales deberán establecer el tiempo en que los Magistrados durarán en el ejercicio de su encargo, aunado a la posibilidad de ratificación y a los requisitos de honorabilidad, competencia y antecedentes de quienes sean designados como Magistrados, así como el principio de carrera judicial, consagrado en la propia fracción, relativo al ingreso, formación y permanencia de quienes sirvan a los Poderes Judiciales de los Estados, permite establecer que el ejercicio en el cargo de que se trata no concluye con el solo transcurso del tiempo previsto en las Constituciones Locales para su duración, ante el derecho a la ratificación, puesto que si en el caso concreto el servidor judicial ha demostrado cumplir con su responsabilidad actuando permanentemente con diligencia, excelencia profesional y honestidad invulnerable debe ser ratificado no sólo porque desde su designación había adquirido ese derecho condicionado, sino por el interés de la sociedad de contar con Magistrados de experiencia, honorabilidad y competencia, así como independientes de la voluntad de los gobernantes y dependientes sólo de la ley, lo que de modo fundamental tiende a salvaguardar el artículo constitucional que se interpreta. **Además, considerar que la seguridad y estabilidad en el cargo se obtienen hasta que se logra la inamovilidad judicial sería contradecir la garantía de independencia judicial consagrada en el artículo 17 constitucional como una de las principales garantías de jurisdicción, ya que se propiciaría el fenómeno contrario a la seguridad y permanencia en el cargo que se busca, pues se entendería, indebidamente, que la ratificación de Magistrados es una facultad discrecional del órgano u órganos de gobierno previstos por las Constituciones Locales para ejercerla, propiciándose la actuación arbitraria de nunca reelegir o ratificar Magistrados, con lo que se burlaría**

lo dispuesto en la norma constitucional, pues no habría Magistrados inamovibles y, por lo mismo, absolutamente independientes de la persona o personas que intervinieron en su designación, lo que llevaría también al doble riesgo de que los más altos servidores de los Poderes Judiciales Locales conservaran vínculos opuestos a la autonomía e independencia que deben caracterizarlos, salvaguardando la situación de desempleo que lógicamente tendrían que afrontar, así como que independientemente de reunir o no los requisitos de excelencia aludidos, buscaran la ratificación que, en cierto sentido se consideraría un favor con el grave peligro de disminuir o aniquilar la referida independencia. Con ello, el propósito del Constituyente Permanente se habría burlado con la consecuencia lógica de que los gobernados no llegarían a tener confianza en el sistema de impartición de justicia local. Además, si los órganos encargados, conforme a la Constitución Local, fueron los Poderes Ejecutivo y Legislativo de la entidad, lejos de salvaguardarse la división y equilibrio de poderes se disminuiría al Poder Judicial, al someterlo, a través de ese sofisticado sistema. Jurisprudencia, Novena Época, Instancia: Pleno Fuente: Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta Tomo: XII, Octubre de 2000, Tesis: P./J. 105/2000, Página: 14.

**MAGISTRADOS DE LOS TRIBUNALES SUPERIORES DE JUSTICIA DE LOS ESTADOS. ANTES DE CONCLUIR EL PERIODO POR EL QUE FUERON NOMBRADOS DEBE EMITIRSE UN DICTAMEN DE EVALUACIÓN POR EL ÓRGANO U ÓRGANOS COMPETENTES EN EL QUE SE PRECISEN LAS CAUSAS POR LAS QUE SE CONSIDERA QUE DEBEN O NO SER REELECTOS.**

La interpretación jurídica del artículo 116, fracción III, de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos, a la que deben sujetarse las Constituciones Locales y las leyes secundarias, obliga a establecer que para salvaguardar los principios de excelencia, profesionalismo, independencia y carrera del Poder Judicial de las entidades federativas, antes de concluir el periodo por el que fueron nombrados los Magistrados de los Tribunales Superiores de Justicia de los Estados y con la debida anticipación que garantice la continuidad en el funcionamiento normal del órgano al que se encuentren adscritos, debe emitirse un dictamen de evaluación, debidamente fundado y motivado, en el cual se refleje el conocimiento cierto de la actuación ética y profesional de los juzgadores y permita arribar a la conclusión de si deben o no continuar llevando a cabo las altas labores jurisdiccionales que les fueron encomendadas y, en el último supuesto, si es el caso de nombrar a un nuevo Magistrado que los deba sustituir. Tesis aislada, Novena Época, Instancia: Pleno, Fuente: Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta, Tomo: VII, Abril de 1998 Tesis: P. XXIX/98, Página: 120

En este asunto la Corte ha realizado una incorrecta interpretación del artículo 116, fracción III, de la Constitución federal, que a la letra dice:

III. El Poder Judicial de los Estados se ejercerá por los tribunales que establezcan las Constituciones respectivas.

La independencia de los magistrados y jueces en el ejercicio de sus funciones deberá estar garantizada por las Constituciones y las Leyes Orgánicas de los Estados, las cuales establecerán las condiciones para el ingreso, formación y permanencia de quienes sirvan a los Poderes Judiciales de los Estados.

Los Magistrados integrantes de los Poderes Judiciales Locales, deberán reunir los requisitos señalados por las fracciones I a V del artículo 95 de esta Constitución. No podrán ser Magistrados las personas que hayan ocupado el cargo de Secretario o su equivalente, Procurador de Justicia o Diputado Local, en sus respectivos Estados, durante el año previo al día de la designación.

Los nombramientos de los magistrados y jueces integrantes de los Poderes Judiciales Locales serán hechos preferentemente entre aquellas personas que hayan prestado sus servicios con eficiencia y probidad en la administración de justicia o que lo merezcan por su honorabilidad, competencia y antecedentes en otras ramas de la profesión jurídica.

***Los magistrados durarán en el ejercicio de su encargo el tiempo que señalen las Constituciones Locales, podrán ser reelectos, y si lo fueren, sólo podrán ser privados de sus puestos en los términos que determinen las Constituciones y las Leyes de Responsabilidad de los Servidores Públicos de los Estados.***

Los magistrados y los jueces percibirán una remuneración adecuada e irrenunciable, la cual no podrá ser disminuida durante su encargo.

La intromisión de la Corte en el régimen interior de los estados, en este tema, radica en cuestionar una decisión de naturaleza política que es tomada por los órganos democráticos del Estado, como son el Congreso y el Gobernador, luego de que vence el periodo de encargo de un magistrado local, esto es, si la propia Constitución federal establece que los magistrados durarán en el cargo el tiempo que señalen las Constituciones de cada Estado, "podrán" ser reelectos y si lo fueren se convierten en inamovibles; la facultad de las entidades federativas de integrar los poderes públicos es una potestad soberana de cada Estado que no puede ser alterada en vía de jurisprudencia por el máximo tribunal del país. Los magistrados de los poderes judiciales estatales integran el poder público estatal y, como tales, deben quedar sujetos al régimen renovación periódica como sucede



con los órganos de representación popular.

Si bien es cierto que la Constitución federal posibilita una eventual ratificación, de ninguna forma obliga a que la decisión soberana de los órganos que confluyen a la integración del Poder Judicial tenga que someterse a un proceso de evaluación previa de los magistrados que han concluido el periodo constitucional para el que fueron nombrados, máxime que el párrafo conducente del artículo 116, inicia diciendo *“Los magistrados durarán en el ejercicio de su encargo el tiempo que señalen las Constituciones Locales,”* categóricamente el precepto determina que los magistrados quedan sujetos a un sistema de renovación periódica que permita oxigenar la actividad jurisdiccional de los Estados.

Tal parece que poco interesó a la Suprema Corte de Justicia, porque convirtió el término potestativo “podrán” en un imperativo “deberán”, lo cual ha sentado el precedente para que todos los magistrados estatales, sean o no del Poder Judicial, al vencer el periodo, promuevan amparo para evitar ser removidos del cargo por haberse concluido el periodo para el cual fueron nombrados. La jurisprudencia, en este tema, se ha convertido prácticamente en una norma constitucional y ha elevado a rango de garantía individual el derecho de los magistrados a ser ratificados, lo cual se convierte en un exceso de las facultades constitucionales de la Suprema Corte de Justicia de la Nación.

Este exceso cometido por la Corte mexicana está poniendo en grave riesgo de parálisis judicial a los tribunales estatales, porque es evidente que con las reglas impuestas por la jurisprudencia para que el Congreso realice una evaluación objetiva del desempeño de los magistrados para determinar si ha lugar o no la ratificación, prácticamente resulta imposible contar con elementos objetivos que puedan ser valorados para determinar la no ratificación. Es una realidad que los tribunales de este país no cuentan con criterios de desempeño que midan la productividad, probidad u honorabilidad de los juzgadores mexicanos, produciéndose el alto riesgo de que los tribunales estatales se conviertan en magistraturas vitalicias que puede redundar en un retroceso, en lugar de un avance de la justicia local. “En la práctica, gracias (¿o por culpa?) ya todos los magistrados, buenos y malos indistintamente, se estén convirtiendo en

inamovibles bajo el argumento de que no se les probó un mal desempeño. No se están adquiriendo la inamovilidad porque sean muy buenos jueces, ni por sus aportaciones al sistema de justicia, sino porque nadie ha podido probar que sean malos jueces. El daño a la justicia de lo Estados es mayúsculo”.<sup>505</sup>

El problema de la inamovilidad nada tiene que ver con el asunto de si el magistrado es bueno o malo; se trata de un principio constitucional fundamental del sistema de gobierno del Estado mexicano, el sistema “republicano”, que infiere la necesidad de que el poder público sea renovado periódicamente, y como parte de él van los propios integrantes del Poder Judicial. El criterio adoptado por la Corte es contradictorio con el espíritu de la reforma judicial federal de 1994, que precisamente acabó con los nombramientos vitalicios de los ministros para someterlos a un proceso de renovación periódica escalonada, lo cual permite la oxigenación de criterios y el avance de la justicia.

Ahora bien, debe aclararse que no se está en contra de la inamovilidad, ésta constituye un principio fundamental de la magistratura y una garantía para el juzgador de que no será removido del cargo durante el periodo para el cual fue nombrado, salvo por las causas graves que la propia Constitución señale; pero esa garantía sólo prevalece durante el periodo en que se ejerce el cargo; es como el principio de inviolabilidad de las opiniones que con motivo del cargo se confiere a los legisladores; la contrariedad, pues, no radica en la inamovilidad, reside en el carácter vitalicio que a partir del principio de inamovilidad ha consumado la Corte mediante criterios jurisprudenciales contrarios al régimen interior político y soberano de las entidades federativas.

No se duda de que pueda haber una gran cantidad de magistrados muy buenos que merezcan ser ratificados, pero ello no es argumento sólido para concederles tal beneficio a todos, porque si así fuera, el mismo criterio habría que aplicar a los “buenos” gobernantes de elección popular que deberían, entonces, también ser ratificados en el cargo. El principio democrático del sistema político mexicano se orienta hacia el principio de la “no reelección”.

---

<sup>505</sup> SOLORIO RAMÍREZ, Daniel, en La justicia constitucional en las entidades federativas, Ob. Cit. pág. 590

La decisión, en esta materia, de la Suprema Corte de Justicia de la Nación, sin duda violenta el sistema federal mexicano, convirtiéndose además en una violación constitucional en perjuicio de las entidades federativas; es necesaria una reforma constitucional al respecto para evitar que, en el presente y futuro inmediato, los Estados se llenen de magistrados vitalicios anquilosados, los cuales ante la seguridad en el cargo de por vida, pongan en riesgo de involución judicial a los estados.

Éste es un tema que debe resolverse en el federalismo judicial, porque si la justicia ya es antidemocrática, lo será todavía más si se sigue permitiendo que los magistrados estatales se conviertan en vitalicios; *¡cuidado, el siguiente paso puede ser la tiranía de la toga antidemocrática!*

El ejercicio de facultades creadoras del derecho nacional que ahora tiene conferida la Corte, en casos como el que aquí se apunta, pueden conducir a una justicia constitucional antidemocrática, de desmedido gobierno totalitario de los jueces constitucionales; como afirma Lord Devlin: “Atribuir a la magistratura un papel de élite que se desvía del camino demasiado frecuentado del proceso democrático resulta tentador. Sólo sería un desvío aparente. En realidad, sería un camino que jamás aboca a la carretera principal, sino que conduciría, por muy larga y sinuosa que fuera la vía, al Estado totalitario”.<sup>506</sup>

En ejemplos así se funda el inconveniente de que el órgano jurisdiccional de control no provenga de las cúpulas de los poderes judiciales porque éstos no quedan exentos de cometer violaciones constitucionales.

En otro ejemplo, pero en el mismo sentido de inconvenientes de que sea el Poder Judicial quien ejerza el control constitucional, destaca, ahora en desagravio del órgano judicial de control, la posibilidad de que el Poder Judicial se vea vulnerado en el ámbito de su competencia por los otros dos poderes, sobre todo tratándose del Poder Judicial Federal; es decir, puede ocurrir, por ejemplo, que una decisión del Poder Legislativo, o del Ejecutivo, determinen vulnerar la autonomía presupuestal del Judicial, o, como ya ocurrió con la reforma

---

<sup>506</sup> Citado por Mauro Cappelletti, Tribunales constitucionales europeos y derechos fundamentales Ob. Cit. pág. 621

constitucional de 1994, que descabezó a la cúpula judicial en México, al ordenar la renuncia y liquidación de los ministros que encabezaban la Suprema Corte a esa fecha, no existió un órgano jurisdiccional que ordenara la no vulneración del régimen de competencias del Poder Judicial Federal contenido en la propia Constitución, lo cual colocó al propio Poder Judicial en una situación de desamparo y desprotección constitucional.

No obstante la presencia de más ejemplos que acreditan los inconvenientes de la justicia constitucional ejercida de manera monopólica por los poderes judiciales en México, la tradición jurídica prevalece y, por tanto, tal vez habría que iniciar un proceso paulatino tendiente a lograr la autonomía de los tribunales constitucionales mexicanos; por ello tiene razón Astudillo cuando plantea la solución “salomónica”<sup>507</sup> del caso: el inicio de ese proceso debe transitar del órgano de control dentro del Poder Judicial a un órgano autónomo, primero por el paso de una sala constitucional especializada al interior del pleno de la cúpula jurisdiccional de los poderes judiciales mexicanos.

## **2.6. La magistratura constitucional local**

El fortalecimiento de la Constitución democrática como modelo para las entidades federativas depende en gran medida de las características que se adopten en la formación de la magistratura constitucional.<sup>508</sup> Los principios de independencia, capacidad, inamovilidad, definitividad y perfil de los magistrados constitucionales son elementos que deben ser observados en la integración de los tribunales constitucionales.

A propósito de la integración y perfiles de la magistratura constitucional, Kelsen sostiene “que la organización de la jurisdiccional constitucional deberá moldearse sobre las particularidades de cada una de ellas”<sup>509</sup> y sugiere los siguientes elementos:

---

<sup>507</sup> ASTUDILLO, La justicia constitucional en las entidades federativas, Ob. Cit. pág. 20

<sup>508</sup> Sobre magistratura constitucional véase a SÁNCHEZ-CORDERO DE GARCÍA VILLEGAS, Olga. Magistratura constitucional en México. Ob. Cit.

<sup>509</sup> KELSEN, La garantía jurisdiccional de la Constitución, Ob. Cit. pág. 57

1. El número de miembros no debe ser muy elevado.
2. En la designación de los magistrados constitucionales deben concurrir los dos poderes democráticos Ejecutivo y Legislativo.
3. Debe reservarse un lugar adecuado a los juristas de profesión.
4. Debe excluirse a los miembros del Parlamento o del gobierno, porque son precisamente sus actos los que se van a controlar.
5. Alejar de la jurisprudencia del tribunal toda influencia política.

La tarea que la Constitución asigna a la magistratura constitucional no es cosa menor; requiere, además de la especialización en el conocimiento del Estado, de una serie de elementos externos que aseguren el funcionamiento profesional e independiente, en el ejercicio de la función. La actividad jurisdiccional de la magistratura constitucional tiene un alto contenido de naturaleza política, lo que Schmitt denominó “la judicialización de la política o politización de la justicia”,<sup>510</sup> colocando al tribunal en situación de constante conflicto con los órganos del poder público, en virtud del ámbito de competencias constitucionales para anular los actos y exigir el cumplimiento de la norma fundamental.

“Los tribunales constitucionales no pueden componerse según las normas habituales de los tribunales de justicia ordinarios”,<sup>511</sup> requieren de características y elementos específicos, totalmente distintos a los de la justicia ordinaria; el juez constitucional resuelve controversias con una visión amplia del sistema político del Estado, sin la limitación legalista que asume el juez ordinario.<sup>512</sup> El juez constitucional, en su labor de “legislador negativo”, tiene la alta encomienda de abortar del sistema jurídico a normas generales que sean contrarias a la Constitución; la resolución dictada en cada caso no sólo vincula a las partes de la controversia, sino también a los jueces ordinarios, a los legisladores y al propio poder público, creando situaciones jurídicas nuevas.

Al respecto, Paolo Comanducci argumenta que “en efecto, puesto que el juez

---

<sup>510</sup> SCHMITT, Carl, La defensa de la Constitución. Ob. Cit.

<sup>511</sup> RIVERO, Jean, en Tribunales constitucionales europeos y derechos fundamentales Ob. Cit. pág. 668.

<sup>512</sup> Según la encuesta sobre la Cultura de la Constitución en México, la percepción de los mexicanos encuestados reveló que la justicia en México, tiene una visión legalista el 35.2 %, mientras que el 20.5% consideró que la justicia es garantista; 22.3% considero a la justicia mexicana como una forma de poner orden y el 11.2% la percibe como forma de castigo. Ob. Cit. pág. 22

constitucional debe ponderar principios e intereses, su actividad se sitúa a mitad del camino entre la subsunción del juez ordinario y la decisión política del legislador. En consecuencia la interpretación del juez constitucional se acerca a la llamada interpretación creadora, sin libertad pero también sin fuertes condicionamientos. Sus argumentaciones se sirven de consideraciones “valorativas, finalistas y prudenciales”, por que su actividad se aleja mucho de la representación proporcionada por el positivismo ingenuo de la actividad del juez ordinario”.<sup>513</sup>

Con estas consideraciones habrá que entrar ahora a definir las características de la magistratura constitucional deseable para las entidades federativas.

### **2.6.1. Características de la magistratura constitucional**

Los tribunales constitucionales deben constituirse a partir de características que garanticen el control completo de la Constitución democrática; para ello es necesario establecer un régimen de garantías constitucionales que asegure el ejercicio independiente y coherente del control constitucional.

#### **2.6.1.1. Independencia**

La Constitución debe garantizar la independencia del tribunal constitucional, en relación a todos los órganos de poder público; esta característica es un elemento consustancial de todo juzgador, e infiere la libertad que tiene cada juez para decidir controversias jurídicas con base en la ley y, en este caso, en la Constitución.

La independencia se manifiesta con una doble concepción: por una parte de manera funcional, que refiere a la concepción valorativa de la independencia judicial y, por la otra, la independencia como garantía. En el primer caso se refiere a una regla básica, en virtud de la cual el juez queda sometido, en el ejercicio de

---

<sup>513</sup> COMANDUCCI, Paolo, en Teoría de la Constitución. Ensayos escogidos. Ob.cit. pág. 144

su función, únicamente al conjunto de fuentes del derecho vigentes en el sistema normativo del Estado; para el caso de los jueces constitucionales, a la propia Constitución. En cambio, la concepción de independencia judicial como garantía, infiere la necesidad de asegurar una serie de mecanismos constitucionales para salvaguardar que el juez sólo quede sometido a la Constitución y al sistema integral de fuentes del derecho.<sup>514</sup> En ese tenor, Luz María Díez Picazo ha dicho “la independencia judicial no es sólo una pieza del Estado de derecho para el correcto funcionamiento técnico jurídico de éste, sino que también lo es desde el punto de vista de su legitimación política... La percepción por parte de los ciudadanos de que sus jueces actúan con independencia es una de las circunstancias necesarias para que asuman y aprecien los valores en que se funda el Estado de derecho... no basta que se haga justicia, sino que debe ser vista”.<sup>515</sup> La garantía constitucional de independencia de los tribunales constitucionales constituye uno de los elementos vitales del Estado democrático; por conducto de ella debe evitarse la intromisión de cualquier fuerza ajena a la libertad discrecional del juzgador, de decidir los conflictos jurídicos constitucionales con la sola sujeción a la norma fundamental.<sup>516</sup>

Aunque habría que estar atentos a evitar la antítesis de la independencia judicial, “los jueces tradicionalmente son independientes, y cuanto más lo son, menos responsables son frente a los ciudadanos, o frente a la mayoría de los ciudadanos y de sus representantes”.<sup>517</sup> Para evitar esto, la tesis de la renovación periódica de los magistrados constitucionales, ayuda a aliviar el temor a la desvinculación social de los jueces.

---

<sup>514</sup> SÁNCHEZ-CORDERO DE GARCÍA VILLEGAS, Olga. Ob. Cit. pág. 40

<sup>515</sup> Citada por SÁNCHEZ-CORDERO DE GARCÍA VILLEGAS. Pág. 39

<sup>516</sup> La encuesta sobre Cultura de la Constitución en México, reveló como dato importante que el 53.8% de los encuestados piensan que los jueces mexicanos no son independientes para tomar decisiones; 39.8% considera que son poco independientes y 14% opina que son “nada independientes”. En contraste, solo el 21.% considera que son bastante independientes. Ob. Cit. pág. 39. El problema de los poderes judiciales sobre el tema de independencia, radica también en lograr la independencia interna de los órganos jurisdiccionales de menor jerarquía, que en muchos de los casos se encuentran sometidos al control y poder que se ejerce desde las cúpulas de la judicatura.

<sup>517</sup> CAPPELLETTI, Mauro, en Tribunales constitucionales europeos y derechos fundamentales. Ob. Cit. pág. 620.

### 2.6.1.2. Capacidad profesional

Kelsen sugiere reservar un lugar preferente para los juristas de profesión. El tema de la capacidad profesional de los magistrados constitucionales tiene una conexión lógica con el conjunto de elementos personales y subjetivos que debe reunir el juez constitucional para hacerse merecedor de asumir la alta misión de ser garante de la supremacía constitucional. El juez, en su carácter de ser humano, estará siempre envuelto en una serie de experiencias, ideologías, pasiones, perversiones, principios, orientación política, etcétera. “Por todas estas razones, el juez es un hombre que debe tener una excelente formación profesional, técnica y, además, una auténtica formación humanista. Debe ser probo, honesto, independiente y culto, porque su función tiene un indudable carácter intelectual que lo obliga a discernir, apreciar, enjuiciar, comprender, analizar, sintetizar y a exponer razonamientos”.<sup>518</sup> Además de ello, el juez constitucional debe contar con habilidades que le permitan captar las diferentes aspiraciones de los segmentos de la población para ir confrontándolas en el proceso de interpretación constitucional.

Al juez constitucional se le confía, también, una actividad creadora del derecho; a partir de sus sentencias, ordena la expulsión de leyes del sistema normativo cuando éstas son contrarias a la norma fundamental, pero al mismo tiempo genera nuevas situaciones jurídicas que tienen a su vez el carácter de nuevas normas generales.

Debe ser capaz de encontrar el punto medio entre la evolución social, manifestada en la actividad creadora del derecho por parte del legislador, y los principios generales consagrados en la Constitución, acordados por generaciones anteriores, a efecto de garantizar el Estado democrático.

Por ello no es suficiente la alta preparación académica, se requieren “hombres de Estado”, capaces de entender la transformación social y su vinculación con el proceso democrático plasmado en la Constitución, como lo

---

<sup>518</sup> SÁNCHEZ-CORDERO DE GARCÍA VILLEGAS, Olga. Ob. Cit. pág. 70



afirma el profesor francés Jean Rivero:<sup>519</sup>

“Se admite igualmente que los tribunales constitucionales no pueden estar compuestos exclusivamente por juristas, como tampoco –aunque desagrada a la mayor parte de nosotros- de profesores de Derecho...Es preciso, dado el elemento político que interviene necesariamente en las decisiones que toma todo Tribunal Constitucional, que haya en los tribunales constitucionales hombres que tengan sentido de la vida política, que tengan tras de sí una cierta vida política, e incluso cabe preguntarse si conviene incorporar en estos tribunales a personas más jóvenes que, aportando indudablemente ideas nuevas, carecen de esta experiencia, de esta vida anterior, que confiere, según una opinión bastante generalizada, y por tanto no necesariamente absurda, una cierta forma de sabiduría”.

Y remarca:

“Tribunales compuestos a la vez por juristas y por hombres con cierta experiencia de la vida política, pero tribunales independientes. En este sentido, me parece que también hay un cierto consenso al considerar que lo que importa para alcanzar dicha cualidad no es tanto el modo de nominación de los jueces, como en definitiva su status, un status que garantice su independencia, esto es, asegure la duración del mandato, pero prohíba su renovación. Esta es otra de las razones que me inclinan a pensar que la madurez conviene más a los miembros del Tribunal que un exceso de juventud. Es preciso que los miembros del Tribunal Constitucional no tengan necesidad de interrogarse acerca del puesto, o puestos, que le podrían ser ofrecidos, según haya agradado o desagradado al poder, una vez que haya terminado su permanencia en la jurisdicción constitucional. En suma, pienso que no puede ser una función para jubilados, pero sí una función para jubilarse”.<sup>520</sup>

En suma, la responsabilidad del juez constitucional es grande, por lo que debe asegurarse un perfil adecuado que garantice el cabal cumplimiento de su función.

### **2.6.1.3. Inamovilidad**

El principio de inamovilidad constituye un elemento externo de la función judicial que se traduce en la garantía constitucional concedida a los jueces para evitar que sean removidos del cargo por circunstancias ajenas a las previstas en la propia Constitución.

---

<sup>519</sup> RIVERO, Jean, Tribunales constitucionales europeos y derechos fundamentales. Ob. Cit. pág. 668

<sup>520</sup> Id.

El principio de inamovilidad de la magistratura constitucional requiere someter a los jueces constitucionales a un régimen de responsabilidades precisas dentro de la propia Constitución, a efecto de determinar de forma casuística las causales de procedencia para remover del cargo a cualquier magistrado constitucional que haya violentado los principios de la norma suprema.

Al respecto, la Corte mexicana ha sostenido que la inamovilidad judicial es uno de los aspectos del principio de seguridad o estabilidad en el ejercicio del cargo de magistrado. La inamovilidad así adquirida supone que los magistrados "sólo podrán ser privados de sus puestos en los términos que determinen las Constituciones y Leyes de Responsabilidades de los Servidores Públicos de los Estados", constituye un derecho del funcionario, pues no tiene como objetivo fundamental su protección, y, principalmente, una garantía de la sociedad de contar con magistrados independientes y de excelencia, que realmente hagan efectivos los principios que en materia de administración de justicia consagra la carta magna.

La inamovilidad judicial no es garantía de impunidad, ya que ésta tiene sus límites propios; implica sujeción a la ley y responsabilidad del juzgador por sus actos frente a la ley, de ello deriva que en la legislación local deben establecerse adecuados sistemas de vigilancia de la conducta de los magistrados, así como de responsabilidades administrativas y penales, pues el ejercicio del cargo exige que los requisitos constitucionalmente establecidos para las personas que lo ocupen no sólo se cumplan al momento de su designación y ratificación, sino que deben darse de forma continua y permanente, prevaleciendo mientras se desempeñen en el cargo.<sup>521</sup>

No debe confundirse inamovilidad con permanencia vitalicia en el cargo; la inamovilidad, como se ha visto, constituye exclusivamente el régimen de garantías otorgado a los jueces constitucionales para evitar su remoción durante el periodo de su encargo por causas distintas a las expresamente previstas en la Constitución. De ahí la importancia de asegurar un sistema completo de garantías

---

<sup>521</sup> Véase la jurisprudencia P./J. 106/2000, Semanario Judicial de la Federación, Octubre de 2000. pág. 8

constitucionales a los magistrados para salvaguardar su función durante el ejercicio del cargo.

#### **2.6.1.4. Renovación periódica**

La renovación periódica de la magistratura constitucional debe imperar como elemento fundamental del control local, pues permitirá la incorporación de nuevos criterios que vengan a oxigenar la actividad jurisdiccional, además de evitar que los integrantes del tribunal adquieran compromisos con las autoridades que los nombran o postulan y resten su independencia.

Con la renovación periódica de los integrantes del tribunal constitucional se garantiza también el principio democrático; esto permite a los órganos del poder político que confluyen en la designación de los magistrados constitucionales incorporar nuevas generaciones de jueces que vendrán a revolucionar el pensamiento constitucional. Además, se evita caer en una dictadura totalitaria ejercida desde el poder de los jueces. Siempre será sano que las instituciones públicas transiten por procesos de renovación para mermar el anquilosamiento e involución institucional. Por otra parte, se evita que los integrantes del tribunal constitucional caigan en la tentación de asumir posiciones tendientes a agradar a los órganos sobre los cuales recae la facultad de reelegir a los magistrados constitucionales, lo cual constituye una garantía, también, de independencia judicial.

Sobre el particular, Humberto Nogueira Alcalá sostiene: “La reelección constituye un elemento funcional a los intereses del órgano que puede reelegirlo y condiciona psicológicamente en sus funciones al magistrado que busca mantenerse para el próximo periodo, lo que hace necesario suprimir los sistemas de reelección inmediata, estableciendo su prohibición expresamente en el texto constitucional”.<sup>522</sup>

El proceso de renovación debe ir acompañado de un adecuado sistema de

---

<sup>522</sup> NOGUEIRA ALCALA, Humberto, La jurisdicción constitucional y los tribunales constitucionales de Sudamérica en la alborada del siglo XXI. Porrúa. México 2004, pág. 152.

escalonamiento para evitar que la totalidad de los integrantes del tribunal tengan que dejar el cargo al mismo tiempo, lo que produciría un efecto contrario al principio de continuidad y profesionalismo de la magistratura constitucional. Siempre será recomendable, para los magistrados que se van incorporando, vivir un proceso de aprendizaje de la función al lado de los magistrados ya experimentados, de tal suerte que se produzca un entreveramiento generacional para fortalecer la magistratura constitucional.<sup>523</sup>

Por otra parte, debe considerarse el periodo de duración de la magistratura, de acuerdo con las condiciones de cada entidad federativa; lo recomendable, en tal caso, es que el periodo de duración del cargo trascienda a los periodos constitucionales de renovación de los poderes Legislativo y Ejecutivo, para evitar el control político o el predominio de éstos sobre el tribunal constitucional.

#### **2.6.1.5. Inviolabilidad**

La inviolabilidad constituye también una garantía externa protectora de la función de los integrantes del tribunal constitucional; se manifiesta por medio de la protección que la Constitución consagra a favor de determinados funcionarios del Estado para evitar que sean reconvenidos, perseguidos o reprendidos por las opiniones expresadas en el ejercicio de la función pública.<sup>524</sup> “En algunos países, Italia, por ejemplo, la protección se extiende de manera considerable, pues no sólo se protegen opiniones sino inclusive el sentido de los votos emitidos por los magistrados, en la consecuencia lógica de que sus opiniones jurídicas necesitan transformarse formalmente en votos, según la dinámica bajo la cual opera la función jurisdiccional”.<sup>525</sup>

---

<sup>523</sup> El principio de renovación periódica y escalonada se introdujo en México para el caso de la Suprema Corte de Justicia de la Nación, luego de la reforma constitucional de diciembre de 1994, estableciéndose un periodo de 15 años, para los Ministros sin posibilidad de reelección .

<sup>524</sup> En México el principio de inviolabilidad está reconocido a favor de los diputados y senadores en el artículo 61 de la Constitución federal

<sup>525</sup> ASTUDILLO REYES, César. Ensayos de justicia constitucional en cuatro ordenamientos de México... Ob. Cit. pág. 107

#### **2.6.1.6. Incompatibilidad e independencia económica**

Como una forma de asegurar la independencia, es necesario establecer un régimen de incompatibilidades de los magistrados constitucionales, con el propósito de alejarlos de cualquier influencia o vinculación con los grupos de poder público y privado del Estado; para ello se requiere que los magistrados no provengan de cargos relevantes inmediatos de los poderes Legislativo y Ejecutivo; que se prohíba desempeñar cualquier otro cargo o comisión pública o privada para evitar formas de sujeción a fuerzas externas a la función jurisdiccional.

Por ello, la incompatibilidad va acompañada de una garantía de independencia económica que afirme un régimen salarial decoroso para alejar las tentaciones de la corrupción y permitir la concentración completa en el desempeño de la magistratura constitucional.<sup>526</sup>

#### **2.6.1.7. Nombramiento**

Por último, el sistema de nombramiento de los magistrados constitucionales debe garantizar la participación de los poderes democráticos en la conformación del tribunal constitucional. La intervención de los poderes Legislativo y Ejecutivo en el proceso de nombramiento de los integrantes de la magistratura constitucional, es plenamente justificable porque permite la participación indirecta de los ciudadanos en la formación de un poder del Estado, que no emana de la voluntad popular directa. El tribunal constitucional como órgano del Estado, debe tener una legitimación democrática que emana de los órganos de representación popular.

No es conveniente que los magistrados constitucionales emanen directamente de la voluntad popular, mediante el sufragio universal, en virtud del perfil especializado que se requiere para ejercer la función; mediante la elección

---

<sup>526</sup> En el caso de los funcionarios judiciales del nivel federal el artículo 94 constitucional párrafo noveno señala: La remuneración que perciban por sus servicios los Ministros de la Suprema Corte, los Magistrados de Circuito, los Jueces de Distrito y los Consejeros de la Judicatura Federal, así como los Magistrados Electorales, no podrá ser disminuida durante su encargo.

popular no quedaría garantizado porque, en todo caso, arribaría al cargo no necesariamente el de mejor perfil profesional sino el más carismático que hubiere logrado convencer al electorado.

En este tenor, Roberto Gargarella ha expresado los siguiente:

“Tampoco resulta suficientemente atractiva la idea de democratizar la elección de los jueces, hasta el punto de permitir la elección de los jueces, hasta el punto de permitir su elección directa por la ciudadanía. Esta solución no es atractiva por diversas razones. Primero, porque parte de la errónea, y muy peligrosa, “ilusión” o magia electoral... En este caso, el problema radicaría en pensar que por el solo hecho de haber sido elegido a través del voto directo alguien se convierte en auténtico representante de sus electores. Lo cierto es, sin embargo, que ni las elecciones directas eliminan el tipo de problemas que aquí nos ocupan. Piénsese, simplemente, en el caso de un juez elegido popularmente, digamos, por sus posiciones “proabortistas”. ¿Qué ocurriría si, en todas las restantes cuestiones de relevancia, dicho juez apareciera contradiciendo la voluntad unánime de los ciudadanos? En mi opinión, volveríamos a ver en toda su gravedad el problema del carácter contramayoritario de la justicia: debe ser la ciudadanía, a través de la discusión, y no un cuerpo de elite (elegido de cualquier modo), quien decida como resolver conflictos constitucionales que aparezcan...Con esto quiero decir que la elección directa de los jueces no representa una salida adecuada a los problemas aquí planteados. Mientras la justicia siga teniendo a posibilidad de contradecir la voluntad de las mayorías en todo tipo de cuestiones y conserve el derecho de pronunciar la última palabra, tendremos que seguir hablando de las tensiones entre la justicia y la democracia”.<sup>527</sup>

Así como no es conveniente la elección popular, menos aún lo es la propuesta de quienes pugnan por que el nombramiento de los magistrados salga del propio órgano judicial, o la tendencia que está prevaleciendo en los poderes judiciales de los Estados de nombrarse a sí mismos por conducto de los Consejos de la judicatura, o bien con la participación de las agrupaciones de abogados.<sup>528</sup> Esta corriente parte de una premisa equivocada, al considerar que con ello se fortalece la independencia judicial, pues le quitan la facultad al Gobernador, o incluso a la legislatura, de intervenir en el proceso de nombramiento de los magistrados. La independencia judicial de ninguna manera se ve fortalecida con este tipo de medidas; en cambio sí generan, aún más, una zanja enorme entre los

---

<sup>527</sup> GARAGARELLA, Roberto, Ob. Cit. pág. 118

<sup>528</sup> Esta tendencia se observa, por ejemplo en el Estado de México

juzgadores y los ciudadanos en general, convirtiéndolos en una élite institucional que termina por dañar el sistema democrático del Estado y reafirman el sentido no democrático de la justicia constitucional.

En este tenor, el Consejo de la Magistratura como órgano facultado para designar a los jueces constitucionales, en nada contribuye a legitimar democráticamente la magistratura constitucional, pues como dice Garagarella, no sólo no resuelve los problemas, por el contrario, produce nuevos inconvenientes, como la posibilidad de que se ejerzan presiones de carácter político sobre el Consejo de la Magistratura para designar a determinada persona; se origina un indebido “corporativismo judicial” que termina por confirmar el carácter contramayoritario de los jueces constitucionales.<sup>529</sup>

Para quienes así opinan, habría que recordarles que ahora la dependencia ya no provendrá de los órganos formales del Estado electos democráticamente (ejecutivo y legislativo), ahora, la dependencia cambiará de cancha, la de los propios Consejos o agrupaciones de abogados, sin duda más peligrosa que la primera, porque estos últimos responden solo a sus intereses y no al interés general de la sociedad.

En efecto, como se ha sostenido en la presente investigación, equilibrar la balanza entre justicia constitucional y democracia resulta difícil, dada la naturaleza antidemocrática que en sí misma tiene el control de la constitucionalidad; sin embargo, en el rubro del nombramiento de magistrados constitucionales, la menos cuestionable sigue siendo la intervención directa de los poderes democráticos, Ejecutivo y Legislativo, en la formación del tribunal constitucional. Se trata simplemente de fortalecer las características propuestas anteriormente para garantizar una auténtica independencia de los Magistrados.

---

<sup>529</sup> GARAGARELLA, Roberto. Ob. Cit. pág. 117

## **2.7. Las resoluciones de inconstitucionalidad en el modelo de justicia constitucional local**

El modelo de justicia constitucional local debe orientarse hacia el equilibrio de fuerzas entre el tribunal constitucional y los órganos democráticos del poder público, con el objeto de reducir la objeción antidemocrática que prevalece sobre ésta.

En este apartado se apuntan algunas ideas tendientes a fortalecer el modelo de control constitucional local, en cuanto a los efectos de las sentencias de inconstitucionalidad y de esta forma reducir la objeción contramayoritaria de las resoluciones dictadas por el tribunal constitucional.

### **2.7.1. De las sentencias**

Una forma de reducir el conflicto contramayoritario de la justicia constitucional radica en el carácter interpretativo que se realiza al momento de resolver sobre la inconstitucionalidad de la ley.

Sobre el particular, Ricardo Guastini<sup>530</sup> identifica los siguientes tipos de sentencias:

1. *Interpretativas en sentido estricto*. Son todas las decisiones del tribunal constitucional que no versan directamente sobre una disposición legislativa, es decir, sobre el texto de la ley en cuanto tal; en lugar de ello, sobre una de las normas expresadas por el texto y, por lo tanto, sobre una de sus posibles interpretaciones. Dentro de ellas se ubican dos tipos:
  - a) *Sentencias interpretativas de rechazo*. Se producen frente a una disposición legislativa que admite dos interpretaciones, en la que la primera resulta en una norma inconstitucional, mientras la segunda da lugar a una norma conforme a la Constitución; en tal caso, el tribunal declara que la duda de legitimidad constitucional no está fundada a condición de que la

---

<sup>530</sup> GUASTINI, Ricardo. Neoconstitucionalismo. Ob. Cit. pág. 63 y ss.



disposición en cuestión sea interpretada en el segundo modo, es decir, en el sentido de expresar una norma conforme a la Constitución.

b) *Sentencias interpretativas de aceptación.* Frecuentemente sucede que frente a una disposición legislativa que admite interpretaciones alternativas, una conforme con y la otra disconforme con la Constitución, la interpretación normalmente aceptada por los jueces comunes, sea la segunda, es decir, aquélla de la cual resulta una norma inconstitucional. (A este tipo de interpretación la Corte le denomina “derecho viviente”). La Corte declara que la cuestión de legitimidad constitucional es fundada y que la disposición es inconstitucional. En tal caso, la Corte no anula la ley en cuanto tal, sino solamente una de sus interpretaciones, diciendo que la disposición es inconstitucional en cuanto que sea interpretada de modo inconstitucional, o bien en la parte en la que expresa una norma inconstitucional.

2. *Decisiones manipuladoras.* Son las sentencias en las cuales la Corte no se limita a declarar la inconstitucionalidad, sino que, comportándose como un legislador, modifica directamente el ordenamiento con el objeto de armonizarlo con la Constitución. Sobre el particular se presentan dos tipos:

a) *Sentencias aditivas.* Son aquellas en las cuales el tribunal constitucional declara la ilegitimidad constitucional de una disposición dada, en la parte en que no expresa cierta norma. En este sentido, el tribunal agrega un derecho no conferido en la norma, a favor de una clase de sujetos que tienen la misma calidad de iguales frente a los que sí están contemplados en la norma. Es decir, si una norma consagra un derecho a favor de sujetos de la misma clase A1 pero no a los sujetos de la clase A2, y ambas clases son iguales, por consiguiente, el tribunal modifica esa disposición para que A, y A2 sean tratados de la misma forma. En tal ejemplo, la norma es inconstitucional porque viola el principio de igualdad; por tanto, el tribunal debe declarar la inconstitucionalidad de la parte que no confiere el mismo derecho a los sujetos A2, pero no anula la

que sí confiere el derecho a los sujetos A1; es decir, agrega una nueva norma al ordenamiento, extiende el derecho consagrado a la clase A1 a los sujetos de la clase A2; precisamente por ello se le denomina sentencias aditivas.

b) *Sentencias sustitutivas.* Otra modalidad de las sentencias manipuladoras, son las decisiones sustitutivas que se dan cuando el tribunal constitucional declara la inconstitucionalidad de la ley en la parte en la que expresa cierta norma en lugar de otra, por ejemplo, una disposición confiere cierto poder a un determinado órgano estatal O1, mientras que, según la Constitución, tal poder debe ser conferido a un órgano distinto, O2. Por consecuencia, la disposición es inconstitucional y, por lo tanto, debería ser anulada. En casos de este género, sin embargo, el tribunal no se da por satisfecha con una pura y simple anulación; declara que la norma es inconstitucional en la parte en la que confiere el poder de que se trata al órgano O1, y no al órgano O2. De esta forma, la Corte anula la norma que le ha sido sometida; por otro lado, y al mismo tiempo, introduce una nueva norma en virtud de la cual el poder en cuestión resulta atribuido al órgano O2 y no al órgano O1. Es decir, la norma sometida al tribunal es sustituida por una norma distinta, creada por la propia Corte.

La interpretación constitucional constituye un elemento fundamental que coadyuva a reducir la tensión entre democracia y la justicia constitucional, como se advierte en los casos anteriores; las decisiones del tribunal pueden hacer que prevalezca la ley impugnada tomando en consideración fundamentos que permitan coexistir la parte de la norma impugnada con algunos elementos para hacerla compatible con el texto constitucional.

Aunado a lo anterior habrá que consagrarse una serie de medidas que de la misma forma coadyuven a garantizar la protección de la Constitución democrática de las entidades federativas. Entre esas medidas se cuentan las siguientes:

## 2.7.2. Reenvío Legislativo

Una posibilidad de reducir la objeción contramayoritaria a la justicia constitucional podría darse a partir de la incorporación de medidas como la figura del reenvío legislativo; esta medida tiene su origen en Francia en 1791,<sup>531</sup> y tiene por objeto evitar que el tribunal constitucional tenga la última palabra en lo relativo a la ilegitimidad de las leyes aprobados por el Congreso, con el argumento de la disconformidad constitucional.

En el reenvío legislativo, el tribunal constitucional emite una sentencia estimatoria exhortativa, es decir, a efecto de evitar que el tribunal constitucional actúe como legislador negativo -anulando por sí la ley impugnada-, mediante este tipo de sentencia exhortativa, el tribunal concede un plazo determinado al legislador para abrogar o reformar la ley impugnada.<sup>532</sup>

Desde luego que esta medida debe ir acompañada de una serie de candados que garanticen el cumplimiento por parte del órgano legislativo. Así, la doctrina ha creado la técnica de la *doppia pronuncia*, la cual consiste en que el tribunal advierte al legislador que si dentro del plazo señalado no ejecuta las recomendaciones y directrices para que la norma sea regulada constitucionalmente, se dictará una segunda sentencia para, entonces si, declarar la inconstitucionalidad de la norma impugnada.<sup>533</sup>

De esta forma se asegura el cumplimiento de la sentencia exhortativa y al mismo tiempo se garantiza al Congreso su legitimidad democrática para componer la ley impugnada ante el órgano de control. Este tipo de control funciona actualmente en Alemania y Austria,<sup>534</sup> a través del reenvío se garantiza la facultad originaria del órgano legislativo de emitir la norma, para evitar la actuación del tribunal constitucional como legislador negativo.

El propio Gargarella coincide con esta figura como forma de reducir la

---

<sup>531</sup> Véase a GARGARELLA, Roberto. Ob. Cit. pág. 174

<sup>532</sup> Véase a ESCOBAR FORNOS, Iván. Introducción al derecho procesal constitucional. Porrúa. México 2005. pág. 56

<sup>533</sup> Ibid. Pág. 57

<sup>534</sup> Véase Tribunales constitucionales europeos y derechos fundamentales. Ob. Cit.

objeción que se hace a la justicia constitucional, y expresa: “Aquí la decisión judicial no tiene el carácter real ni aparente de decisión última. Además, en este caso, el Poder Judicial se encarga directamente de instar al Legislativo a que vuelva a reflexionar sobre su decisión, y si así lo fuera, los legisladores entonces se verían incentivados a reagruparse y repensar dicha medida.... En suma el reenvío se presenta como un mecanismo institucional, en principio, idóneo, para satisfacer muchas de las finalidades defendidas en este trabajo: la promoción del diálogo institucional, la protección ante una general falibilidad en la toma de decisiones imparciales; la defensa del principio mayoritario, y la disminución de la actual rigidez del sistema institucional.”<sup>535</sup>

Como se constata, mediante la adopción de medidas como el reenvío legislativo puede establecerse una adecuada correlación de funciones entre el tribunal constitucional y el Congreso, para evitar que la norma sea invalidada por el órgano de control, el cual dicta sólo una sentencia con efectos de advertencia para el legislador, con el propósito que éste en el ejercicio de sus facultades originarias de crear la legislación, sea, quien ponga a tono la ley con la Constitución.

### **2.7.3. Amigos de la Curia**

Piero Calamandrei, en el Elogio de los Jueces sentenció: “No basta que los magistrados conozcan a la perfección las leyes escritas; sería necesario que conocieran perfectamente también la sociedad en que éstas tienen que vivir. El tradicional aforismo *iura novit curia* (la curia conoce las leyes) no tiene valor práctico alguno si no se le agrega éste: *mores novit curia* (la curia conoce las costumbres).<sup>536</sup>

En efecto, el buen juez no se forma con sólo conocer la ley, requiere además de otros elementos que le permitan tener una visión clara del contexto en que la ley va a desplegar su vigencia; el tipo de relaciones jurídicas y los

---

<sup>535</sup> GARGARELLA, Roberto. Ob. Cit. pág. 176

<sup>536</sup> CALAMANDREI, Piero. Elogio de los jueces. Editorial Tribuna. México 1995. pág. 133

problemas sociales que se pretenden resolver con la aplicación de la ley. Estas valoraciones sociológicas, ideológicas y consuetudinarias deben ser hechas por el juez constitucional al momento de realizar el examen de constitucionalidad de la ley impugnada, a efecto de evitar que se produzca un rompimiento de la realidad social con el orden jurídico creado por el legislador. No hay que olvidar que el control constitucional de las leyes tiene como destinatario a un órgano que toma decisiones políticas expresadas en forma de; por tal razón, el tribunal constitucional debe advertir cuáles son las consecuencias políticas que traerá la declaratoria de inconstitucionalidad de una ley.

Resultaría equivocado afirmar que el juez constitucional, por el simple hecho de serlo, tiene todo el bagaje de conocimientos necesarios para poder determinar, en todos los casos, en que se somete a examen de constitucionalidad a una ley, si ésta es o no conforme con la norma fundamental. Existen impugnaciones a leyes sobre materias del conocimiento humano que necesitan, además, del conocimiento de los principios constitucionales y del derecho en general, se requiere de una serie de conocimientos especializados para comprender el contexto integral del problema y así estar en condiciones de decidir sobre la constitucionalidad de la ley.

Partiendo de esta premisa, es necesario incorporar a la actividad jurisdiccional de control a expertos que no pertenecen a la curia, es decir profesionales, académicos e incluso ciudadanos con conocimientos especializados en determina materia del arte, la ciencia o actividad humana en general, para que coadyuven con el tribunal constitucional a entender determinado problema.

Se requiere, entonces, incorporar a especialistas en los diversos temas, cuya materia se refiere la norma impugnada, para que participen en la solución del conflicto de contradicción constitucional de la ley, con el propósito de orientar al juez de control, para que tome una decisión más acertada, valorando desde distintos ángulos las particularidades, condiciones y características del tema sobre el cual versa el conflicto constitucional. Por ejemplo, si la materia de la ley impugnada se refiere a permitir la clonación de células para ser utilizadas en seres

humanos, no hay duda de que sobre el particular se necesita una serie de conocimientos y estudios especializados que seguramente no tendrán los magistrados constitucionales, en razón del perfil profesional de abogados; en tal caso será necesario pedir la opinión de expertos que contribuyan, con argumentos claros y suficientes, para normar de mejor forma el criterio del tribunal y así tomar una decisión correcta.

Los amigos de la curia juegan un papel de orientadores expertos del tribunal constitucional, para apoyarlo en la toma de decisiones integralmente acertadas sobre tópicos que escapan a los conocimientos de los magistrados constitucionales, pero al mismo tiempo representan una medida democratizadora de la justicia constitucional, porque se incorporan ciudadanos al proceso de decisión de anular o no una norma inconstitucional. Las opiniones de los expertos sirven para orientar el criterio del juzgador y permiten mejorar las valoraciones respecto de la constitucionalidad de la ley que se impugna.

Esta medida ha sido ya iniciada por algunos tribunales constitucionales en el mundo, a los que se suma la Suprema Corte de Justicia de la Nación, luego de algunos asuntos, en los que se ha requerido de la opinión de expertos en determinada materia; así ocurrió por ejemplo, con la resolución sobre la acción de inconstitucionalidad en el caso de la Ley Federal de Radio y Televisión y Ley Federal de Telecomunicaciones (conocida irónicamente con el mote de Ley Televisa), aprobadas en marzo de 2006, donde la Corte mexicana aprobó un acuerdo para solicitar la opinión de expertos de la Universidad Nacional Autónoma de México y el Instituto Politécnico Nacional, a fin de resolver el problema de inconstitucionalidad<sup>537</sup>.

Incluso la Corte, el 3 de mayo de 2007, aprobó el acuerdo general número 10/2007, por el que se establecen los lineamientos para la comparecencia de especialistas ante el tribunal pleno. Este documento tiene por objeto fijar los

---

<sup>537</sup> La acción de inconstitucionalidad es la número 26/20006, promovida por Senadores de la Quincuagésima Novena Legislatura del Congreso de la Unión. El 21 de mayo de 2007, los especialistas comparecieron ante el Pleno de la Corte responder a un cuestionario previamente elaborado, sobre cuestiones técnicas derivadas del análisis de la citada acción de inconstitucionalidad. Según el comunicado de prensa emitido por la Dirección de Comunicación Social de la Corte, calificaron el acontecimiento como un hecho sin precedentes en la historia de la Suprema Corte de Justicia de la Nación.

lineamientos que deberán observarse durante la comparecencia de especialistas para el esclarecimiento de conceptos técnicos ante el pleno de la Corte.

Con esta decisión, la Corte incorpora a los amigos de la curia como una fuente importante de colaboración ciudadana en el proceso de revisión de las leyes impugnadas por su presunta inconstitucionalidad, lo cual permitirá emitir resoluciones con una visión integral del contexto en que se discute la inconstitucionalidad.

#### **2.7.4. Bloque de constitucionalidad**

El bloque de constitucionalidad, también conocido como parámetro de constitucionalidad o bloque de normatividad, tiene su origen en Francia, y se refiere al conjunto de leyes que junto a la Constitución determinan la inconstitucionalidad de las leyes.<sup>538</sup>

Este principio parte del presupuesto de que la Constitución no es un documento totalizador, en el que se encuentre contenido todo el conjunto de principios y reglas que rigen la vida de un Estado, sino que además de los preceptos constitucionales existe una serie de normas y principios que, sin aparecer formalmente en el articulado del texto constitucional, son utilizados como parámetros del control de constitucionalidad de las leyes, por cuanto han sido normativamente integrados a la Constitución, por diversas vías y por mandato de la propia Constitución.

Rubio Llorente afirma:

“La Constitución total es, en efecto, simplemente el complejo normativo, el conjunto de normas positivas de rango superior (no un mero supuesto lógico-jurídico) que distribuye territorialmente el poder (especialmente, pero no solo, el poder legislativo) entre unas instancias centrales cuya competencia, objetiva o materialmente limitada, se extiende, sin embargo, en el espacio, a la totalidad de territorio y a otras instancias territoriales, cuya competencia es limitada tanto material como espacialmente. Parece evidente que han de considerarse también integradas en la Constitución total todas aquellas normas que imponen límites al legislador central o territorial, esto es, sobre todo las normas que

---

<sup>538</sup> ESCOBAR FORNOS, Iván. Ob. Cit. pág. 183

consagran derechos fundamentales, pero dejando ahora de lado esta cuestión, lo que importa subrayar es la simple verdad de Perogrullo de que el núcleo esencial de cualquier sistema de división territorial del poder está integrado precisamente por las normas de delimitación competencial.”<sup>539</sup>

Por medio del bloque de constitucionalidad se amplía el espectro de protección de la supremacía constitucional al integrarse a la Constitución aquellas normas que emanan directamente de la norma fundamental pero que no necesariamente forman parte del texto íntegro de ésta, sino que, dada su naturaleza, por referirse a cuestiones como la definición de facultades de los órganos públicos o la consagración de derechos fundamentales, deben ser consideradas como normas de rango constitucional.

En México no se ha desarrollado una doctrina o precedentes judiciales a cerca del bloque de constitucionalidad, no obstante que del artículo 133 constitucional podría deducirse que el principio de jerarquía normativa, en sí mismo, consagra un bloque de constitucionalidad, al considerar como normas supremas a los tratados internacionales celebrados por el Presidente de la República con la aprobación del Senado y a las leyes emanadas del Congreso de la Unión, lo cual constituye el propio bloque de constitucionalidad del sistema mexicano.

Para el caso de las Constituciones estatales, es conveniente la incorporación de un bloque de constitucionalidad local, el cual coadyuvaría a extender una serie de normas secundarias de rango constitucional que podrían ser utilizadas como forma de control de la constitucionalidad de las leyes; así, por ejemplo, algunas Constituciones estatales incorporan como derechos fundamentales a los tratados internacionales celebrados por el Estado mexicano y que no traducen propiamente, de forma expresa, los derechos contenidos en los tratados de forma directa en la Constitución, pero sí lo puedan hacer mediante el

---

<sup>539</sup> RUBIO LLORENTE, Francisco. La forma del poder. (estudios sobre la Constitución). Ob. Cit. pág. 113.



reconocimiento de tales normas a fin de darles el carácter de normas constitucionales.<sup>540</sup>

## **2.8. La justicia constitucional local frente a la justicia federal; problemas de la doble jurisdicción.**

### **2.8.1. Breve referencia histórica**

La estructura constitucional del sistema de justicia mexicano se funda en el principio de la doble jurisdicción, que infiere la existencia dual de la organización judicial: por un lado, la justicia federal, para la aplicación de leyes nacionales y, por otra, las 32 organizaciones judiciales de los Estados para atender, cada una en el ámbito de su competencia, la aplicación de sus respectivos ordenamientos locales.

La doble jurisdicción fue adoptada por el Constituyente de 1824, inspirado en el sistema Estadounidense e “implica la separación entre tribunales locales y los federales, cada uno en su respectiva esfera de aplicación de ordenamientos legales de los Estados y de la Federación, que en los Estados Unidos de América, debido al desarrollo de la revisión judicial, se estableció que un asunto de legislación local sólo podía llevarse a los tribunales federales cuando se planteara una cuestión de inconstitucionalidad”.<sup>541</sup> Sin embargo la carta fundamental de 1824 pretendió que las leyes locales fuesen aplicadas hasta la última instancia por los tribunales locales, tal y como se constata en el artículo 160 de esa Constitución el cual decía: “El poder judicial de cada Estado se ejercerá por los tribunales que establezca o designe la Constitución y todas las causas civiles o criminales que

---

<sup>540</sup> Por ejemplo la Constitución del Estado de Jalisco en el artículo 4º reconocen como derechos de los individuos que se encuentren en el territorio del Estado de Jalisco, los que se enuncian en la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos, así como los contenidos en la Declaración Universal de los Derechos Humanos, proclamada por la Asamblea General de las Naciones Unidas y en los tratados, convenciones o acuerdos internacionales que el Gobierno Federal haya firmado o de los que celebre o forme parte.

<sup>541</sup> FIX-ZAMUDIO, Héctor en El Estado constitucional contemporáneo”. Tomo I, coordinadores Diego Valadés y Miguel Carbonell. IJ-UNAM, México 2006, pág. 251.

pertenezcan al conocimiento de estos tribunales serán fenecidas en ellos hasta la última instancia y ejecución de la última sentencia”.

La Constitución de 1857 ratificó el principio de doble jurisdicción, pero agregando elementos tales como el juicio de amparo y la introducción de lo que hoy todavía es el artículo 14 constitucional, lo cual ha sido uno de los principales problemas que hasta esta época sigue representando la doble jurisdicción.

Sobre el particular Héctor Fix-Zamudio, apunta lo siguiente:

“En dicha Constitución federal de 1857, por lo que respecta a la organización y funciones del Poder Judicial federal y de los Estados, se establecieron dos instituciones básicas: a) el principio de la doble jurisdicción, y b) el juicio de amparo para proteger los derechos humanos básicos (garantías individuales) contra leyes o actos de cualquier autoridad (artículos 101 y 102), cuyo conocimiento atribuyó a los tribunales federales. Sin embargo, la combinación de estas dos instituciones produjo cambios que no estaban previstos en el Constituyente, por medio de la Jurisprudencias de la Suprema Corte, la que aceptó una interpretación indebida del artículo 14 de dicha Constitución, el cual establecía que “Nadie puede ser juzgado ni sentenciado, sino por leyes dadas con anterioridad al hecho y *exactamente* aplicables a él por el tribunal que previamente hubiese establecido la ley”, y como dicho precepto se situaba en el capítulo relativo a las citadas garantías individuales, su infracción debía considerarse como una violación constitucional cuando no se realizaba la aplicación exacta (rigurosa) de las leyes secundarias (control de legalidad), y con ello se inició la confusión entre legalidad y constitucionalidad, que sin bien fue objeto de separación en las reformas de 1988 y 1995, todavía no desaparece por completo. Uno de los aspectos que contribuyó a aceptar esta interpretación fue el hecho de que la carta federal de 1857 no reprodujo, como sí ocurrió con varios preceptos de la Constitución Federal de 1824, el citado artículo 160, que era categórico sobre la competencia de los tribunales locales para aplicar hasta sus últimas instancias, las leyes expedidas por las legislaturas de los Estados”.<sup>542</sup>

El principio de la doble jurisdicción, el juicio de amparo y la facultad de los tribunales federales para ejercer el control de legalidad de los procesos locales, continuó y se ratificó en la Constitución de 1917. El propio Venustiano Carranza, en el discurso de inicio de los trabajos del Constituyente de Querétaro el primero de diciembre de 1916, expresó respecto del tema, lo siguiente:

---

<sup>542</sup> Ibid. Pág. 252

“El pueblo mexicano está ya tan acostumbrado al amparo en los juicios civiles para librarse de las arbitrariedades de los jueces (locales) que el gobierno a mi cargo ha creído que sería no sólo injusto sino impolítico, privarlo ahora de tal recurso, estimando que bastaría limitarlo únicamente a los casos de verdadera y positiva necesidad, como se servirá ver la Cámara en las bases que se proponen para su reglamentación”.

Durante toda esta época el amparo de legalidad se convirtió prácticamente en un juicio de casación federal que terminó por saturar los tribunales federales, haciendo necesario crear en 1951 los tribunales colegiados de circuito como una medida para abatir el rezago y, al mismo tiempo, descargar a la Corte del conocimiento de los amparos dejándole sólo el conocimiento de aquellos de cierta relevancia.

Esta medida es, sin duda, uno de los elementos que han contribuido a generar un avasallamiento de la justicia federal en contra de las decisiones de los órganos jurisdiccionales de los Estados, los cuales se han convertido prácticamente en impartidotes de una justicia de paso, es decir, de mero trámite procesal porque finalmente los asuntos siempre terminan decidiéndose en definitiva en los tribunales federales, los cuales, con el pretexto de examinar el principio de legalidad, incursionan en la revisión integral de los fallos de los jueces locales, y es ahí donde alcanza definitividad el proceso judicial.

“Bajo un contexto tal, la justicia local pasó a representar un trámite formal que inexorablemente había que cubrir para acudir a las instancias federales a solicitar la sentencia firme. El andar de esta práctica provocó, en lógica pura, el debilitamiento de las instancias locales de impartición de justicia y produjo un hecho todavía más grave: paulatinamente la justicia se tornó en privilegio de élite social. Sólo aquellos que contaban con los recursos económicos para acudir al amparo lo hacían y, en consecuencia, aquellos que no estaban en un plano de

igualdad económica se veían en desventaja frente a la justicia, produciéndose el más estrepitoso quebranto del principio de igualdad jurídica.”<sup>543</sup>

### **2.8.2. Inconvenientes de la garantía de legalidad en la doble jurisdicción mexicana**

La justificación constitucional que durante todos estos años ha tenido el Poder Judicial Federal para decidir en última instancia todas las controversias de carácter jurisdiccional de los Estados deriva de la interpretación y aplicación de los artículos 14 y 16 constitucionales, que se han convertido en los preceptos sacramentales invocados en casi todos los amparos promovidos contra los fallos judiciales dictados por los jueces de los Estados.

El artículo 14 expresa en la parte conducente lo siguiente: “Nadie podrá ser privado de la libertad o de sus propiedades, posesiones o derechos, sino mediante juicio seguido ante los tribunales previamente establecidos, en el que se cumplan las formalidades esenciales del procedimiento y conforme a las leyes expedidas con anterioridad al hecho.”

Por su parte el artículo 16 refiere: “Nadie puede ser molestado en su persona, familia, domicilio, papeles o posesiones, sino en virtud de mandamiento escrito de la autoridad competente, que funde y motive la causa legal de procedimiento.”

La garantía de legalidad consagrada en ambos preceptos y su carácter de derecho fundamental permiten vincular a todo acto de autoridad con la posibilidad de ser cuestionado mediante el juicio de amparo, en el cual los tribunales federales se convierten en auténticos tribunales de casación, porque tienen la posibilidad de anular los fallos de los jueces locales aduciendo una violación a la garantía de legalidad estipulada en los preceptos citados. Ello ha derivado prácticamente en el hecho de que los fallos de los juzgadores estatales necesariamente sean sometidos al examen de legalidad por conducto de la justicia

---

<sup>543</sup> ASTUDILLO REYES, César. Ensayos de justicia constitucional en cuatro ordenamientos de México... Ob. Cit. pág. 274.

federal, y por tanto resulta imposible que los asuntos locales alcancen firmeza al interior de cada entidad federativa.

Este fenómeno ha provocado un efecto adverso al federalismo mexicano, otorgándole al sistema judicial un carácter centralizado de justicia, que acota las decisiones de los 32 sistemas judiciales locales mediante la resolución del amparo, permitiendo la injerencia de la justicia federal en el análisis y examen de las leyes y actos jurisdiccionales de las entidades federativas. El centralismo judicial fue advertido desde su inicio por Emilio Rabasa quien anticipó: “Si todos los actos de las autoridades del ramo en los Estados son revisables por los jueces federales, y anulables por éstos, cuando a su modo de ver aquéllos no se ajustan exactamente a las leyes del Estado mismo; si con el criterio vago e incierto de la recta aplicación de las leyes y el cumplimiento de la justicia, la Corte Suprema tiene la facultad para revocar todos los fallos de los jueces locales, la administración de justicia en los Estados es, de hecho, federal, por más que dejen a cargo de aquéllos las primeras instancias de los juicios”.<sup>544</sup>

Incluso podría afirmarse que el control constitucional de legalidad ejercido por la justicia federal ha tenido tal fuerza en México que prácticamente desde la Constitución de 1917 a la fecha desapareció el sistema de protección constitucional local, ante la presencia del amparo legalidad, no obstante de que las entidades federativas son las iniciadoras del sistema de protección constitucional, como ocurrió con el amparo, inicialmente contenido en la Constitución de Yucatán. “En este periodo, todos los controles constitucionales estatales que eran ejercidos ampliamente por las entidades federativas, fueron declinando y desapareciendo por el juicio federal de amparo. Con ello, los Estados no sólo perdieron sus mecanismos de control interno, sino que la importancia de sus Constituciones fue decayendo igualmente y con ello, su soberanía fue perdiendo valor y sentido. Las Constituciones estatales se fueron transformando en meras leyes reglamentarias de la Constitución Federal y las infracciones a los instrumentos constitucionales estatales se federalizaron, haciendo los Estados depender de los tribunales

---

<sup>544</sup> Citado por ASTUDILLO REYES, César, Ensayos de justicia constitucional en cuatro ordenamientos de México... Ob. Cit. Pág. 294

federales la defensa de la soberanía interna reconocida por nuestra Constitución federal. El control constitucional estatal se convirtió en un control de la legalidad a nivel federal”.<sup>545</sup>

Sin embargo, habría que reconocer que al margen de los inconvenientes que en sí misma tiene la garantía de legalidad, sigue siendo una válvula de escape para muchos gobernados de los Estados, donde los poderes judiciales no han alcanzado o consolidado la independencia interna; donde jueces y magistrados siguen actuando por consigna de fuerzas políticas ajenas a la discreción judicial, por lo que el amparo de legalidad representa una verdadera oportunidad para combatir los abusos, excesos o, en ocasiones, incompetencias de los juzgadores estatales. Tal vez, ésta sea la razón sociológica y política que debe admitirse para que continúe prevaleciendo la existencia de una revisión federal respecto a las sentencias dictadas por los jueces de los Estados.

### **2.8.3. Principios de articulación entre la justicia constitucional local y la justicia federal**

El tema de la doble jurisdicción en los Estados federales no es un asunto nuevo ni tampoco de difícil solución; países como Alemania, con sistema federal y con un régimen de justicia dual, donde existe la jurisdicción federal y la de los Länder, una al lado de la otra, de forma independiente, sin problemas significativos. El sistema de justicia alemán descansa sobre la autonomía constitucional de los Länder. “El Tribunal Constitucional Federal controla la jurisprudencia de los Tribunales constitucionales estatales únicamente en raros casos de excepción con relación al respeto de los derechos procesales fundamentales en los procedimientos y con relación al derecho de igualdad en caso del control de elecciones de un Land”.<sup>546</sup> La regla de la doble jurisdicción alemana se basa en el principio de autonomía de los Länder, para producir su

---

<sup>545</sup> GONZÁLEZ OROPEZA, Manuel. La Justicia constitucional en las entidades federativas. Ob. Cit. pág. 392

<sup>546</sup> LÖSING, Norbert. En Justicia constitucional local. Coordinadores Eduardo Ferrer Mac-Gregor y Rodolfo Vega Hernández. Ob. Cit. pág. 298.

propio ordenamiento constitucional y organizar el sistema normativo interno, de tal manera que el Tribunal Constitucional federal, examina los ordenamientos estatales solo a la luz de la Constitución Federal, mientras que los tribunales constitucionales estatales, lo hacen en observancia con lo preceptuado en el sistema constitucional interno. Incluso en la parte interpretativa donde los textos respectivos de la Ley Fundamental y la Constitución del Land coinciden completamente; el problema se resuelve mediante la interpretación autónoma que hace los Tribunales constitucionales del Land, a la luz del conjunto de sus propias disposiciones. “Así, la jurisprudencia del Tribunal Constitucional Federal sobre un derecho fundamental garantizado en la Ley Fundamental y que se encuentra transcrito literalmente en la Constitución de un Land no es vinculante para el Tribunal Constitucional del Land.”<sup>547</sup>

Con la experiencia alemana habría que aprenderle algunas reglas para evitar que la justicia constitucional local se convierta también en una justicia de paso, y por ende, como afirmó Emilio Rabasa en una justicia federal; lo cual no contribuiría a fortalecer el federalismo judicial. Tratándose de justicia constitucional local, deben establecerse mecanismos que impidan la intervención de la justicia federal en los asuntos, en que los tribunales constitucionales actúan soberanamente en su calidad de protectores del orden constitucional estatal, es decir, se trata de establecer principios que permitan consagrar la definitividad de las resoluciones dictadas dentro de los procedimientos de control constitucional local.

A continuación se hará un análisis de los instrumentos de control judicial federal que pudieran injerir en las resoluciones dictadas por los tribunales constitucionales del orden estatal.<sup>548</sup>

---

<sup>547</sup> Id.

<sup>548</sup> Sobre el particular véase a COELLO CETINA, Rafael, en La Justicia constitucional en las entidades federativas. Ob. Cit. págs. 320-338

#### **2.8.4. El amparo como instrumento federal para combatir las sentencias dictadas por tribunales constitucionales locales**

El juicio de amparo constituye uno de los instrumentos de control constitucional de mayor arraigo en México, por conducto de este juicio se combaten los actos u omisiones de las autoridades que trasgreden la esfera jurídica de los gobernados, con el objeto de pedir al órgano de control la restitución en el goce de los derechos violados por la autoridad. El amparo se rige por una serie de principios constitucionales y específicos contenidos en los artículos 103 y 107 de la Constitución federal y en la Ley de Amparo. Los principios de procedencia del amparo se expresan de la forma siguiente:<sup>549</sup>

- a) *Instancia de parte.* Se requiere que el mecanismo de control se active a solicitud del propio gobernado; es decir, no es oficioso; se necesita un interés legítimo para provocar su actividad tuteladora, siempre a petición de parte.
- b) *La existencia de un agravio personal y directo.* Para consolidar el principio anterior, se requiere la existencia de un agravio personal y directo resentido en la esfera jurídica particular del gobernado, que se ve afectado por el acto u omisión de la autoridad responsable de violentar el ámbito de garantías individuales del quejoso.
- c) *Principio de prosecución judicial.* Este principio infiere el carácter procesal de tramitación del juicio de amparo, convirtiéndose éste en un auténtico proceso judicial en el que se agotan las formalidades esenciales de cualquier procedimiento.
- d) *Principio de relatividad de las sentencias.* Conocido también como la fórmula Otero, el principio de relatividad de las sentencias consiste en el carácter concreto de las sentencias dictadas en el amparo, las cuales sólo vinculan a las partes sometidas al proceso judicial de amparo; este

---

<sup>549</sup> Sobre los principios del amparo véase a BURGOA ORIHUELA, Ignacio. El juicio de amparo. 28ª edición. Porrúa. México 1991.



principio es contrario al carácter general de otros instrumentos de control constitucional, como el control abstracto de las leyes.

- e) *Principio de definitividad.* Este principio “supone el agotamiento o ejercicio previo y necesario de todos los recursos que la ley que rige el acto reclamado establece para atacarlo, bien sea modificándolo, confirmándolo o revocándolo, de tal suerte que, existiendo dicho medio ordinario de impugnación, sin que lo interponga el quejoso, el amparo es improcedente.”<sup>550</sup>
- f) *Principio de estricto derecho.* Consiste en que los fallos que aborden la cuestión de constitucionalidad planteada en un juicio de garantías, sólo deben analizar los conceptos de violación expuestos en la demanda respectiva, sin formular consideraciones de inconstitucionalidad de los actos reclamados que no se relacionen con dichos conceptos. Es decir, no le está permitido al juez de amparo suplir las omisiones o insuficiencias incurridas por el quejoso, por tanto, el juez se concretará a estudiar estrictamente las impugnaciones formuladas por este último, salvo en los caos donde la propia ley permita suplir la deficiencia de la queja, como la materia penal y el amparo agrario.

Cabe agregar, además, que el amparo se promueve por dos vías: el amparo indirecto que procede ante los jueces de distrito, contra actos emitidos dentro de un juicio, fuera de él o contra actos en ejecución de sentencia, y el amparo directo, el cual se promueve ante los tribunales colegiados de circuito contra sentencias definitivas o resoluciones de cualquier otra naturaleza que pongan fin al procedimiento.

Partiendo de los anteriores principios, corresponde examinar los casos de procedencia del amparo contra las sentencias dictadas por los tribunales constitucionales locales en asuntos de controversia constitucional, acción de inconstitucionalidad, cuestión de constitucionalidad o el juicio de protección de derechos fundamentales.

---

<sup>550</sup> Ibid. Pág. 282

#### **2.8.4.1. Amparo contra actos emitidos dentro de la controversia constitucional local.**

Habría que diferenciar dos circunstancias en este caso: por un lado, la posibilidad de que gobernados se vean afectados por la decisión dictada por el órgano de control local, respecto a declarar la nulidad de una norma general y, por otra parte, la posibilidad de que los entes públicos materia de la controversia activen la vía de amparo.

En el primer caso, la procedencia e improcedencia del amparo dependería del sentido del fallo dictado con motivo de la controversia constitucional donde se impugna la validez de una norma general. Esto es, suponiendo que la ley impugnada consagra un derecho a favor de determinados sujetos, la cual, luego de ser revisada por el órgano de control local, declara la inconstitucionalidad de la citada norma general. En este caso, este sector de gobernados se verá afectado por la declaratoria de inconstitucionalidad dictada por el tribunal local, lo cual permite la posibilidad de accionar el amparo; sin embargo, la resolución dictada en la controversia constitucional no podría controvertirse en vía de amparo indirecto, toda vez que se trata de una resolución que pone fin al procedimiento, por lo que sobreviene una causal de improcedencia por la vía indirecta. En cuanto a proceder por la vía directa, ante el tribunal colegiado de circuito, debe decirse que los gobernados no forman parte del litigio constitucional de controversia, en consecuencia no existe interés legítimo para comparecer al amparo ante dicho órgano jurisdiccional; en todo caso, si el efecto de la controversia constitucional es derogatorio de la norma impugnada y esto trae como consecuencia la pérdida del derecho consagrado a favor del gobernado en la ley declarada inconstitucional, tendrían que esperar el primer acto de aplicación del acto derogatorio para poderlo controvertir en la vía indirecta. Aunque debe considerarse que la declaratoria de inconstitucionalidad dictada por el órgano de control local se da únicamente en razón de la contrariedad de la norma general con la Constitución estatal.

Por otra parte, en cuanto a la procedencia del amparo promovido por los sujetos (siempre órganos públicos) litigantes en la controversia constitucional; el artículo 9 de la Ley de Amparo faculta a los órganos del Estado para comparecer al amparo, siempre que se afecten los intereses patrimoniales de éstos, hay que tener en cuenta que las controversias constitucionales plantean conflictos de competencias entre distintos órganos de poder público, el cual puede ser de distinta índole y no necesariamente de carácter patrimonial; en todo caso, si la controversia tiene una esencia patrimonial, podría ser susceptible de promoción del amparo; sólo en este caso, más no en los demás.

#### **2.8.4.2. Amparo contra la resolución de la acción de inconstitucionalidad**

En esta hipótesis no es procedente el amparo, porque la resolución del órgano de control local que declara la nulidad de una ley, no trasciende el interés jurídico del posible quejoso; en todo caso, la vía para impugnar la inconstitucionalidad de una ley que afecta el interés jurídico del gobernado sería el amparo contra leyes, en la vía indirecta ante el juez de distrito.

#### **2.8.4.3. Amparo contra las resoluciones sobre inconstitucionalidad por omisión**

Tampoco procede la vía de amparo para impugnar los fallos dictados sobre la inconstitucionalidad por omisión, toda vez que el objeto de este instrumento de control es instar al órgano público omiso a emitir la norma que le ordena la propia Constitución; por ello se vería difícil encontrar a un sujeto con interés legítimo que pudiera oponerse a la orden del tribunal constitucional para que el órgano omiso emitiera la norma ordenada por la norma fundamental. De la misma forma se carece de interés legítimo para la promoción del amparo.

#### **2.8.4.4. Amparo contra la cuestión de constitucionalidad**

Como se ha dicho, la cuestión de constitucionalidad tiene por objeto plantear ante un juez ordinario la posible colisión entre la norma que se pretende aplicar y algún precepto constitucional; de esta forma, el juez ordinario, antes de resolver el asunto, turna la duda ante el tribunal constitucional para que éste decida si la norma es o no conforme a la ley suprema. Lo resuelto por el órgano concentrado de control, sí puede ser materia de amparo, sobre todo por la parte no favorecida por el fallo dictado por el tribunal, principalmente podrá aducir violaciones de legalidad, las cuales hacen asequible la promoción del amparo.

#### **2.8.4.5. Amparo contra lo resuelto en el juicio de protección de derechos fundamentales local**

En el presente caso sí es posible promover amparo contra la sentencia dictada por un juez local, respecto a la resolución en el juicio de protección de los derechos fundamentales, por las mismas razones que en el caso de la cuestión de constitucionalidad, es decir, existe un interés jurídico del particular sometido al juicio de amparo local, admitiendo que éste, en cualquier momento, pueda alegar ante el juez federal la violación al principio de legalidad, abriéndose la puerta para el conocimiento de la justicia federal.

Como se advierte de los casos anteriores, el amparo tendrá cabida contra las resoluciones de los órganos de control local, siempre que subsista un interés particular del gobernado, quien podría argumentar violaciones al principio de legalidad, con lo cual se consiente la intervención de la justicia federal en los asuntos resueltos por los tribunales constitucionales de los Estados.

#### **2.8.5. La controversia constitucional federal como instrumento para combatir las sentencias dictadas por los tribunales constitucionales locales**

De la misma forma que el amparo, habría que distinguir los casos en que la Suprema Corte de Justicia de la Nación tendría competencia para decidir contra lo resuelto en los tribunales constitucionales locales.

#### **2.8.5.1 Controversia constitucional federal, contra lo resuelto en una controversia estatal.**

En este caso, es procedente la controversia constitucional siempre que se hayan planteado no sólo violaciones a la Constitución local sino, al mismo tiempo, infracciones a la Constitución federal; en este caso será procedente promover la controversia federal, incluso, sin agotar la vía local; de hecho, podrá comparecerse directamente ante la Suprema Corte de Justicia de la Nación, como se advierte en la siguiente jurisprudencia:

**“CONTROVERSIA CONSTITUCIONAL. SI LA DEMANDA PLANTEA VIOLACIONES DIRECTAS A LA CONSTITUCIÓN DE LOS ESTADOS UNIDOS MEXICANOS, NO ES NECESARIO AGOTAR LA VÍA PREVISTA EN LA CONSTITUCIÓN POLÍTICA DEL ESTADO (ESTADO DE VERACRUZ LLAVE).** El artículo 19, fracción VI, de la Ley Reglamentaria de las Fracciones I y II del artículo 105 de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos, establece que las controversias constitucionales son improcedentes cuando no se haya agotado la vía legalmente prevista para la solución del conflicto; sin embargo, esta causal de improcedencia no opera, aunque existan otros medios de defensa previstos en las legislaciones locales, cuando en la demanda se invocan violaciones directas a la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos, porque estas cuestiones sólo toca resolverlas a la Suprema Corte de Justicia. Ahora bien, el artículo 56 fracción I, de la Constitución Política del Estado de Veracruz-Llave establece que corresponde al Poder Judicial de esa entidad garantizar la supremacía y control de esta Constitución mediante su interpretación y anular las leyes o decretos contrarios a ella; y los artículos 64 fracción III y 65 fracción I, de mismo ordenamiento dan competencia a la Sala Constitucional del Tribunal Superior de Justicia del Estado para tramitar esas controversias así como para formular los proyectos que el Pleno de dicho Tribunal local resolverá den definitiva. Por lo tanto, los promoventes de la diversa controversia constitucional prevista en la fracción I del artículo 105 constitucional no tienen la carga de agotar previamente aquel medio de defensa local si en la demanda respectiva plantean violaciones inmediatas y directas a la Ley Fundamental. (Novena Época, Pleno,

fuelle: Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta, Tomo XXII, Septiembre de 2005, Tesis P/J. 116/2005, Página 893.”

### **2.8.5.2. Controversia constitucional contra lo resuelto en una acción de inconstitucionalidad local**

Siempre que en un juicio local se haya declarado la inconstitucionalidad de la ley, es posible acudir en vía de controversia constitucional a controvertir el fallo. Es decir, si la ley o el reglamento fue impugnado ante el órgano de control local, el Congreso o el Ayuntamiento respectivo, pueden promover ante la Corte la controversia respectiva. “Dicho en otras palabras, lo que torna procedente una controversia constitucional contra una sentencia dictada por un tribunal, es el hecho de que en el juicio respectivo únicamente se hayan ventilado intereses de los órganos del Estado, no intereses de los gobernados, dado que ese juicio constitucional tiene como finalidad esencial resolver conflictos entre poderes u órganos del Estado. Por ello, este medio de control sí es procedente contra la declaración de invalidez emitida en un medio de control abstracto resuelto por un tribunal constitucional local.”<sup>551</sup>

### **2.8.5.3 Controversia constitucional federal, contra lo resuelto en la cuestión de constitucionalidad local.**

De la misma forma que en el caso de la acción de inconstitucionalidad, la controversia contra lo resuelto en la cuestión de constitucionalidad es procedente, toda vez que la declaratoria de inconstitucionalidad producto de la sentencia de duda constitucional tiene un efecto general y abstracto que trasciende al órgano legislativo que emitió la norma invalidada, por consiguiente, queda legitimado para promover la controversia constitucional desde luego, siempre y cuando se aleguen violaciones a la Constitución federal.

---

<sup>551</sup> COELLO CETINA, Rafael. Ob. Cit. pág. 336

#### **2.8.5.4. Controversia constitucional federal, contra lo resuelto en el juicio de protección de derechos fundamentales**

Resulta impropio, dada la naturaleza de la litis de un juicio de protección de derechos humanos, difícilmente podría darse la procedencia de una controversia constitucional en contra de lo resuelto en un juicio de esa naturaleza, donde por lo regular una de las partes será un gobernado o un órgano del Estado al seno de una relación a la cual acudió desprovisto de imperio.

Como se advierte de todos los casos enunciados, respecto a la procedencia de la controversia constitucional federal como instrumento para impugnar las resoluciones dictadas por los tribunales constitucionales locales, existe una clara injerencia del Poder Judicial Federal ante la susceptibilidad de poder intervenir en casi todos los instrumentos de control constitucional local, por la vía de la controversia constitucional prevista en el artículo 105, fracción I, de la Constitución federal, lo que hace necesaria una reforma constitucional para remediar esta circunstancia.

#### **2.8.6. La acción de inconstitucionalidad federal como instrumento para combatir las sentencias dictadas por los tribunales constitucionales locales**

En virtud de la claridad prevista en el artículo 105, Fracción II, de la Constitución federal, respecto a la procedencia de la acción de inconstitucionalidad, es prácticamente improcedente que por esta vía se puedan impugnar las resoluciones dictadas por los tribunales constitucionales locales. Dado que la acción de inconstitucionalidad federal sólo es procedente contra leyes federales o locales, o tratados internacionales que sean contrarios a la Constitución federal.

## **2.9. Medidas para articular la coexistencia entre la justicia constitucional local y la otra justicia constitucional federal**

Como se advirtió en el análisis anterior, el actual modelo de justicia constitucional local no se encuentra articulado con el régimen de control federal, lo que crea una tensión entre ambos sistemas. Por tanto, se requiere adoptar una serie de medidas constitucionales que permita la coexistencia entre los dos sistemas de justicia constitucional, a fin de evitar que la justicia local se convierta también, como ya lo es la justicia ordinaria, en un instrumento constitucional de paso, pero con el ingrediente, todavía menos favorable, de ser optativa, porque, como se ha visto, en algunos casos ni siquiera es necesario agotar el mecanismo de control interno para poder acudir a la justicia constitucional federal.

En otras palabras, si los medios de control local son de agotamiento optativo antes de acudir a los medios nacionales, si lo resuelto en aquéllos puede revisarse a plenitud al resolver un medio de control nacional y, además, en ellos pueden plantearse las mismas violaciones constitucionales que en los medios nacionales, su eficacia protectora será prácticamente nula, pues sólo darán lugar a establecer una estructura jurisdiccional local a la que se acudirá escasamente y que al tenor de un supuesto fortalecimiento del federalismo únicamente provocará mayores gastos al Estado mexicano y una mayor dilación en la resolución de los conflictos jurídicos.<sup>552</sup>

¿Qué hacer entonces, ante estos problemas? Podrían construirse soluciones en dos vías para lograr la definitividad de las resoluciones de los órganos de control local; la primera mediante una reforma a la Constitución federal, a efecto de establecer un modelo que articule ambos sistemas.

---

<sup>552</sup> Ibid. Pág. 340



### 2.9.1. La solución mediante la reforma a la Constitución federal

Una reforma constitucional en la que se incluya:

1. **Acotar el principio de legalidad, previsto los artículos 14 y 16 constitucionales.** Esto es, que tratándose de las resoluciones dictadas por los tribunales constitucionales locales no proceda el amparo respecto al cual se aduzcan violaciones procesales sobre la garantía de legalidad.
2. **Establecer el principio de autonomía de los tribunales constitucionales locales.** A efecto de dotar de definitividad a los fallos dictados en el ámbito de su competencia por los tribunales constitucionales estatales, partiendo del principio de autonomía de cada estado, para dictar la norma fundamental y el sistema normativo interno y, por consecuencia, la interpretación y aplicación de la norma constitucional y del ordenamiento jurídico propio de cada entidad federativa, corresponda en exclusiva a los tribunales constitucionales locales. De tal suerte que el examen de constitucionalidad de leyes o actos de autoridad de cada Estado se examine exclusivamente a la luz de la Constitución local, en tanto la Suprema Corte de Justicia de la Nación lo haga en exclusiva observancia con la Constitución Federal.
3. **Establecer el principio de jurisprudencia dual.** Cuando exista una controversia en la que se planteen al mismo tiempo violaciones directas a la Constitución federal, así como a la local, deberá emitirse una interpretación autónoma, pues mientras los tribunales constitucionales estatales resolverán lo conducente a las violaciones locales, la Corte se pronunciará solo en lo que concierna a la Constitución federal.
4. **Acotar la intervención del Poder Judicial Federal en los procesos de justicia constitucional local.** Los afanes expansionistas del Poder Judicial Federal, en virtud de la interpretación extensiva de los artículos 14 y 16 de la Constitución federal ha permitido que prácticamente los tribunales federales puedan intervenir en todo proceso del orden local,

produciendo una tensión entre las dos organizaciones judiciales; en este rubro, como afirma César Astudillo, “la justicia constitucional local, por sí sola, representa un equilibrio frente a la otra justicia constitucional;”<sup>553</sup> por ello se requiere acotar la intervención de la justicia federal en los asuntos de justicia constitucional local.

5. **Permitir la concesión de competencias a la Suprema Corte de Justicia en los estados que no cuentan con un sistema integral de protección constitucional.** La reforma constitucional en la materia debe incluir la posibilidad de que los estados puedan conferir competencia a favor de la Corte cuando éstos no contemplen instrumentos de control constitucional. Los sistemas de protección constitucional local deben ser considerados por la Constitución federal como una garantía constitucional a favor de las cartas locales; en su defecto, si los Estados no consagran instrumentos de control local, se genera una violación no sólo a la Constitución estatal, sino también, a la federal; para solucionar este problema, la competencia de control constitucional local tendrá que surtirse a favor de la Corte.<sup>554</sup>

### **2.9.2. La solución por conducto del activismo judicial de la Suprema Corte de Justicia de la Nación**

La otra vía de solución, distinta a la reforma constitucional, puede partir desde el máximo tribunal del estado mexicano, para ello se requiere de un auténtico activismo judicial que contribuya a la generación de criterios jurisprudenciales con

---

<sup>553</sup> ASTUDILLO REYES, *Ensayos de justicia constitucional en cuatro ordenamientos de México...* Ob. Cit. pág. 305

<sup>554</sup> La posibilidad de establecer un sistema de préstamo de órganos o traslado de competencias para el control constitucional, no es algo nuevo; en Alemania, ocurre en el Land de Schleswig-Holstein, en cuyo caso, esta entidad no cuenta con un órgano interno de control constitucional, sino que toma prestado para ese fin al Tribunal Constitucional Federal. Así lo establece el artículo 99 de la ley fundamental de Alemania, “Mediante Ley de Land podrá conferirse al Tribunal Constitucional Federal la competencia para decidir sobre contenciosos constitucionales dentro de dicho Land y a los Tribunales Supremos mencionados en el artículo 95 párrafo 1, decidir en última instancia sobre aquellos asuntos en los que se trate de la aplicación del Derecho de un Land”. LÖSING, Norbert. Ob. Cit. pág. 300

el objeto de ir reconociendo el carácter autónomo de los instrumentos de control constitucional local, es decir, ejercer las facultades en materia de jurisprudencia para determinar el principio de definitividad de las resoluciones dictadas por los tribunales constitucionales de los Estados y con ello terminar de una vez por todas con la tentación de los tribunales federales para intervenir como revisores de las resoluciones de los tribunales estatales. La Corte tiene la oportunidad histórica de sentar una serie de precedentes que ayuden a reafirmar y reconocer la importancia que tiene para el federalismo mexicano contar con instrumentos de control constitucional en cada entidad federativa; parece que ésta puede ser la vía más rápida para adelantar una solución a los problemas de la doble jurisdicción, pero requiere de un alto compromiso con el federalismo y la democracia por parte de los ministros del máximo tribunal y desproveerse, sobre todo, del paradigma que ha prevalecido en la justicia federal, de considerar a los poderes judiciales como menores de edad, como ha ocurrido en muchos casos, particularmente en el precedente que negó el control difuso de la Constitución federal, no obstante la claridad gramatical del artículo 133 constitucional.

## CONCLUSIONES

**PRIMERA:** Se confirma la hipótesis, la justicia constitucional local debe articularse bajo criterios democráticos, compatibles con el sistema de control jurisdiccional previsto en la Constitución federal; garantizando a las constituciones locales un sistema completo de control de la constitucionalidad, basado en instrumentos jurisdiccionales, cuyos titulares sean una pluralidad de sujetos y controlados por una magistratura que garantice la democracia en el estado.

**SEGUNDA:** Con independencia de la forma de Constitución de cada estado, sea escrita o consuetudinaria, la Constitución constituye el acto jurídico primario que crea al estado; plasma el catálogo mínimo de derechos del gobernado, estructura y organiza el poder público y, da validez y existencia al sistema jurídico de un estado.

**TERCERA:** En la Constitución se crean los grandes acuerdos, valores y fines que una sociedad se propone lograr para una época; se origina en un momento histórico determinado y por ende, pretende erigirse como una norma de larga vida; la supremacía, rigidez e inviolabilidad forman el blindaje para cumplir ese propósito.

**CUARTA:** La justicia constitucional tiene como interés tutelado, la supremacía de la Constitución, para asegurar la preponderancia de los principios democráticos, los fundamentos del orden jurídico, la organización del poder público y los derechos fundamentales de los gobernados; si esto escapa a la justicia constitucional, entonces no hay supremacía y por consiguiente no tiene sentido que exista la Constitución.

**QUINTA:** El proceso de protección constitucional en las entidades federativas sigue siendo un tema pendiente en la agenda legislativa local, aún, cuando el

proceso ha sido iniciado por varios estados, siguiendo el ejemplo de Veracruz en el año 2000, la mayoría de éstos, continúan conservando textos constitucionales inamovibles que no vinculan jurídicamente la vida local.

**SEXTA:** Los estados que han incorporado instrumentos de protección constitucional, han generado una heterogeneidad de sistemas, provocando la desnaturalización de dichos instrumentos; y, peor aún, ha alentado la imitación de esta tendencia por más entidades federativas, por simple moda, sin producir una reforma integral a las constituciones para asegurar una protección completa e integral, lo cual puede generar un efecto social adverso al no poder visualizar los gobernados la utilidad práctica de la justicia constitucional.

**SÉPTIMA:** La falta de una definición clara del contenido de las constituciones estatales, hace difícil normativizarla; si no se tiene claro que protege, cuales son los principios ideológicos consensuados democráticamente, que poder público desean ejercer, convierten a las constituciones locales en entes legitimadores de la clase gobernante. Se requiere construir un diseño constitucional que favorezca la gobernabilidad democrática, asegure un sistema garantista que no únicamente consagre derechos del gobernado, sino, al mismo tiempo, instrumente mecanismos efectivos para hacerlos exigibles; el reto es construir constituciones útiles, que permitan el desarrollo de los gobernados y las instituciones, que le sirva a la gente para prevenir y resolver problemas.

**OCTAVA:** Las constituciones locales deben convertirse en constituciones normativas, es decir, que genere de modo directo derechos y obligaciones inmediatamente exigibles, que vinculen todos los procesos de la vida pública y el ámbito de los particulares; para ello, es necesario impulsar una transformación integral que incluya el reconocimiento expreso de la supremacía constitucional local, un catálogo de derechos fundamentales propio de cada estado, asegurar un control jurisdiccional completo de la Constitución, garantizar el ejercicio autónomo de la magistratura constitucional y resolver los problemas de la doble jurisdicción.

El reto es constitucionalizar todos los actos del estado; el estado constitucional requiere, para serlo, de la constitucionalización de la política

**NOVENA:** La justicia constitucional en México como en el mundo, genera tensiones con la democracia, el conflicto es inevitable; sin embargo deben incorporarse instrumentos que reduzcan la tensión. Incorporar principios como la presunción de constitucionalidad de la ley, reconocer la mutabilidad generacional de la Constitución y prever la participación de los ciudadanos en el proceso de aprobación de la ley, al mismo tiempo, hacerlos titulares de la acción para activar los medios de control, contribuirá a reducir la objeción antidemocrática de la justicia constitucional.

**DÉCIMA:** La tesis de la objeción contramayoritaria de la justicia constitucional es irrefutable y cae como guillotina sobre la cabeza de los tribunales constitucionales. No queda de otra, habrá que aceptar la validez de sus argumentos. Sin embargo, la democracia juega ese papel de equilibrio social, pero no escapa de la regulación constitucional, de lo contrario, implicaría la propia negación de sus principios; el respeto a las reglas de la democracia infiere la necesidad de tomar decisiones imparciales, incluyentes, con las mayorías y las minorías disidentes, y hoy, el único árbitro por el momento, no puede ser otro que el juez constitucional.

**DÉCIMA PRIMERA:** Se defiende la tesis de una Constitución con contenido democrático, que reconozca el consenso y disenso como las formas de expresión de la democracia; será democrática, en la medida en que ésta garantiza que las decisiones las tomen las mayorías, con la participación de las minorías; el equilibrio de estas dos fuerzas, lo sostiene el sistema de control constitucional.

**DÉCIMA SEGUNDA:** El sistema de control constitucional debe ser completo y total, que incorpore todos los instrumentos necesarios para asegurarle al sistema democrático, una Constitución que garantice el ejercicio de las libertades públicas y privadas construidas con el consenso social.

**DÉCIMA TERCERA:** Respecto al modelo de control constitucional se propone un modelo híbrido o mixto de tres vías; esto es, la existencia de un órgano concentrado de control que actúe como órgano jurisdiccional de cierre del proceso de revisión constitucional, que constituye el control abstracto; la segunda vía es el control difuso, facultar a todos los jueces locales para desaplicar leyes que contravengan derechos fundamentales consagrados en la Constitución local. Y la tercera vía se genera con la combinación de los anteriores, concediendo no solo a los jueces, sino a cualquier autoridad y gobernado para plantear dudas de constitucionalidad ante el órgano concentrado de control. Este modelo ayuda a aminorar la objeción antidemocrática de la justicia constitucional, porque permite ampliar la auditoria constitucional de las leyes a un universo plural de sujetos legitimados para activarlos; generándose, así, una sociedad abierta de vigilantes de la Constitución.

**DÉCIMA CUARTA:** La magistratura constitucional debe constituirse bajo principios que garanticen el control total de la Constitución democrática; se requieren garantías constitucionales que aseguren a los magistrados la independencia, inamovilidad, inviolabilidad, al mismo tiempo, crear mecanismos de nombramiento para garantizar la capacidad profesional, idoneidad y renovación periódica de los magistrados constitucionales, ello, con el objeto de evitar la involución de la justicia y la tentación, de éstos, de asumir posiciones tendentes a agradar a los órganos del poder, encargados de reelegirlos, lo cual en sí mismo constituye un elemento de la independencia judicial.

**DÉCIMA QUINTA:** Por otra parte, el actual modelo de justicia constitucional local no está articulado con el sistema de control constitucional federal, representando nuevas tensiones. Se requiere adoptar medidas que permitan la coexistencia entre ambos sistemas, a fin de evitar que la justicia constitucional local se convierta, como ya lo es la justicia ordinaria, en una justicia de paso.

**DÉCIMA SEXTA:** Dos alternativas al conflicto, o se pugna por una decisión de centro; reformando la Constitución federal para acotar el principio de legalidad, dotar de autonomía a los tribunales constitucionales locales para que las decisiones tengan plena definitividad, se acota la intervención de la justicia federal en los procesos constitucionales locales y se establece un sistema de jurisprudencia dual, o en su caso, un sistema subsidiario de justicia constitucional a favor del Poder Judicial Federal, en los casos donde no existan instrumentos locales de control. O bien, se pugna por un activismo judicial del tribunal constitucional federal, para que mediante sus resoluciones reconozca la autonomía plena de los tribunales constitucionales locales.



## FUENTES DE CONSULTA

### I. BIBLIOGRAFÍA

- ARMENTA LÓPEZ, Leonel Alejandro. La forma federal de Estado, 1ª reimp. UNAM. México 2005.
- ASTUDILLO REYES, César. Ensayos de Justicia constitucional en cuatro ordenamientos de México: Veracruz, Coahuila, Tlaxcala y Chiapas. IIJ-UNAM. México 2004.
- ATIENZA, Manuel y FERRAJOLI, Luigi. Jurisdicción y argumentación en el Estado constitucional de derecho. IIJ-UNAM. México 2005.
- BALAGUER CALLEJÓN, María Luisa. El recurso de inconstitucionalidad. Centro de estudios políticos y constitucionales. España. 2001.
- BALBUENA CISNEROS, Arminda. Suprema Corte de Justicia de la Nación y jurisdicción constitucional en México. Universidad de Guanajuato. México 2005.
- BARCELÓ ROJAS, Daniel Armando. Introducción al derecho constitucional estatal Estadounidense. IIJ-UNAM. México. 2005.
- BARRGÁN, José y otros. Teoría de la Constitución. Porrúa. México 2003.
- BENÍTEZ TREVIÑO, V. Humberto. "La sala constitucional del Estado de México como expresión del federalismo del siglo XXI". IIJ-UNAM. 2005.
- BOBBIO, Norberto. El futuro de la democracia. Fondo de Cultura Económica. 3ª reimp. México 2005.
- BRAGE CAMAZANO, Joaquín. La acción de inconstitucionalidad. IIJ-UNAM. México 2000.
- BURGOA, Ignacio. El juicio de amparo. 28ª ed. Porrúa. México. 1991.
- CALAMANDREI, Piero. El Elogio de los jueces. Editorial Tribuna. México, sin fecha de edición
- CARBONELL, Miguel. Coordinador Derecho constitucional. Memoria del Congreso Internacional de Culturas y sistemas jurídicos comparados. UNAM, México 2005.
- - Neoconstitucionalismo. Ed. Trotta. España. 2003.
- - Teoría de la Constitución. Ensayos Escogidos. Compilador. Porrúa. México. 2002.
- - Coordinador En busca de las normas ausentes. Ensayo sobre la inconstitucionalidad por omisión. IIJ-UNAM. México. 2003.
- - La Constitución pendiente. Agenda mínima de reformas constitucionales. IIJ-UNAM. México 2002.
- - Los derechos fundamentales en México. Porrúa. México. 2005.
- - y SALAZAR, Pedro. Garantismo. Estudios sobre el pensamiento jurídico de Luigi Ferrajoli. Trotta. España. 2005.

- CÁRDENAS GRACIA, Jaime F. Una Constitución para la democracia. UNAM, México 1996.
- CÁRDENAS GRACIA, Jaime. Constitución Política comentada tomo II. 12ª ed. Editorial Porrúa. México 1998. p. 1178
- CARPIO MARCOS, Edgar y ETO CRUZ, Gerardo. El control de las omisiones inconstitucionales e ilegales en el derecho comparado. Editorial FUNDAp. México 2004.
- CASTELLANOS GOÚT, Milton Emilio. Del Estado de derecho al Estado de justicia. Porrúa. México. 2004.
- CIENFUEGOS SALGADO, David. Compilador Marbury contra MADison. Una decisión histórica para la justicia constitucional. Editora Laguna, México.
- CONCHA CANTÚ, Hugo A., FIX-FIERRO, Héctor, FLORES, Julia, VALADÉS, Diego. Cultura de la Constitución en México. Una encuesta nacional de actitudes, percepciones y valores. IJ-UNAM. México. 2004.
- - y CABALLERO JUÁREZ, José Antonio. Diagnóstico sobre la administración de justicia en las entidades federativas. Un estudio institucional sobre la justicia local en México. IJ-UNAM. México. 2001.
- COSÍO DÍAZ, José Ramón y otros. Compiladores. La Defensa de la Constitución. Fontamara. México. 2003.
- - La teoría constitucional de la Suprema Corte de Justicia. Fontamara. México. 2004.
- - Dogmática constitucional y régimen autoritario. Fontamara. México. 2000.
- DA SILVA, José Alfonso. Aplicabilidad de las normas constitucionales. IJ-UNAM. México. 2003.
- DE CABO MARTÍN, Carlos. Contra el consenso. Estudios sobre el Estado constitucional y el constitucionalismo del Estado social. IJ-UNAM. México 1997.
- DESPOUY, Leandro. Los derechos humanos y los Estados de excepción. IJ-UNAM. México. 1999.
- ELSTER, Jon y SLAGSTAD, Rune. Constitucionalismo y democracia. Trad. Mónica Utrilla de Neira. Colegio Nacional de Ciencias Políticas y Administración Pública, A.C. y Fondo de Cultura Económica. México 1999.
- ESCOBAR FORNOS, Iván. Introducción al derecho procesal constitucional. Porrúa. México 2005.
- ESPÍN TEMPALADO, Eduardo, FERNÁNDEZ FARRERES, Germán y CRUZ VILLALÓN, Pedro. La reforma de la justicia constitucional. Editorial Aranzandi. España. 2006.
- ESTÉVEZ ARAUJO, José Antonio. La Constitución como proceso y la desobediencia civil. Editorial Trotta. España. 19954.
- FAVOREU, Luis, y otros. Tribunales Constitucionales Europeos y derechos fundamentales. Centro de Estudios Constitucionales. Madrid. 1984.
- FERRAJOLI, Luigi. Garantismo. Una discusión sobre derecho y democracia. Trotta. España. 2006.

- - Derechos y garantías. La ley del más débil. Trotta. 3ª ed. España. 2002.
- - Los fundamentos de los derechos fundamentales. Trotta. 2ª ed. España. 2005.
- FERRER MAC-GREGOR, Eduardo. Derecho Procesal Constitucional Tomos I y II. Porrúa, México 2002
  - FERRER MAC-GREGOR, Eduardo, y VEGA HERNÁNDEZ, Rodolfo. Coordinadores. Justicia constitucional local. Editorial FUNDAp. México 2003.
  - Ensayos sobre derechos procesal constitucional. Porrúa. México 2004.
  - Revista iberoamericana de derecho procesal constitucional. Tomo 5. Porrúa. México 2006.
- FERNÁNDEZ SEGADO, Francisco. Estudios jurídico-constitucionales. UNAM, México 2003.
  - La justicia constitucional ante el siglo XXI: la progresiva convergencia de los sistemas americano y europeo-kelseniano. UNAM. México 2004.
- -FERNÁNDEZ SEGADO, Francisco. El federalismo en América Latina. Defensa de la Constitución. Garantismo y controles, libro en reconocimiento al Dr. Germán J. Bidart Campos. Editorial Ediar-UNAM, Buenos Aires Argentina, 2003.
- FERNANDEZ SEPÚLVEDA, Angel. Derecho judicial y justicia constitucional: una aproximación al tema. Ministerio de Justicia, centro de publicaciones. España. 1985.
- FERRERES COMELLA, Víctor. Justicia constitucional y democracia. Centro de estudios políticos y constitucionales. España. 1997.
- FIX ZAMUDIO, Héctor. Estudio de la Defensa de la Constitución en el ordenamiento jurídico mexicano. Porrúa. México 2005.
- - y COSSÍO DÍAZ, Ramón. El poder judicial en el ordenamiento mexicano. Fondo de Cultura Económica. México. 1996.
- FIX-FIERRO, Héctor. Tribunales, justicia y eficiencia. Estudio sociojurídico sobre la racionalidad económica en la función judicial. IJ-UNAM. México. 2006.
- GUASTINI, Ricardo. Estudios de teoría constitucional. Fontamara. México 2003.
- GARCÍA BELAUNDE. Domingo. De la jurisdicción constitucional al derecho procesal constitucional. FUNDAp. México 2004.
- - y ESPINOSA-SALDAÑA BARRERA, Eloy. Encuesta sobre derecho procesal constitucional. Porrúa. México. 2006.
- GARCÍA RAMÍREZ, Sergio. Los derechos humanos y la jurisdicción interamericana. IJ-UNAM. México 2002.
- GÁMIZ PARRAL, Máximo N. Derecho y Doctrina Estatal. UNAM, México 2000.

- GÁMIZ PARRAL, Máximo N. y RIVERA RODRÍGUEZ, J. Enrique. Coordinadores. Las aportaciones de las entidades federativas a la reforma del Estado. UNAM. México 2005.
- GARGARELLA, Roberto. La justicia frente al gobierno. Sobre el carácter contramayoritario del poder judicial. Editorial Ariel. España 1996.
- - Crisis de la representación política. Fontamara. México. 2002.
- GIL RENDÓN, Raymundo, Coordinador. Derecho procesal constitucional. Editorial FUNDAp. México 2004.
- GOZAÍNI, Osvaldo Alfredo. El derecho procesal constitucional y los derechos humanos (vínculos y autonomías). UNAM. México 1995.
- GONZÁLEZ OROPEZA, Manuel y FERRER MAC-GREGOR, Eduardo. Coordinadores. La justicia constitucional en las entidades federativas. Porrúa. México 2006.
- GROPPPI, Tania y otros coordinadores. La justicia constitucional en Europa. FUNDAp. México 2004.
- GUASTINI, Riccardo. Estudios de teoría constitucional. Ed. Fontamara. México. 2003.
- GUDIÑO PELAYO, José de Jesús, VEGA HERNÁNDEZ, José Rodolfo, HERNÁNDEZ PÉREZ, Carlos Eduardo. Controles constitucionales. Editorial FUNDAp. México 2005.
- HÄBERLE, Peter. El Estado constitucional. Trad. De Diego Valades. UNAM. México. 2001.
- - El federalismo y el regionalismo como forma estructural del Estado constitucional. IIJ-UNAM. México. 2006.
- - y HAERMAS Jürgen, FERRAJOLI, Luigi y VITALE, Ermanno. La constitucionalización en Europa. IIJ-UNAM. México. 2004.
- HAMILTON, A, MADISON J, JAY, J. El federalista. Fondo de cultura económica. 2ª reimp. México. 2006.
- HERNÁNDEZ VALLE, Rubén. Introducción al derecho procesal constitucional. Porrúa. México. 2005.
- HESSE, Honrad y HÄBERLE, Peter. Estudios sobre jurisdicción constitucional. (con especial referencia al tribunal constitucional alemán). Porrúa. México 2005.
- KELSEN, Hans. La garantía jurisdiccional de la Constitución. Trad. Rolando Tamayo y Salmorán. UNAM, México 2001.
- - Teoría pura del derecho, 8ª ed. Porrúa, México 1995
- LANDA, César. Teoría del derecho procesal constitucional. Palestra editores. Perú. 2003.
- LIBRO BLANCO DE LA REFORMA JUDICIAL. Poder Judicial de la Federación. México 2006.
- LÓPEZ GUERRA, Luis, coord. La justicia constitucional en la actualidad. Corporación Editora Nacional. Perú. 2002.
- MORALES PAULÍN, Carlos A. Justicia constitucional. Porrúa. México. 2002.

- NOGUEIRA ALCALÁ, Humberto. La jurisdicción constitucional y los tribunales constitucionales de Sudamérica en la alborada del siglo XXI. Porrúa. México 2004.
- PEGORARO, Lucio. Ensayos sobre justicia constitucional, la descentralización y las libertades. Porrúa. México. 2006.
- PRIETO SANCHÍS, Luís, Justicia constitucional y derechos fundamentales. Trotta. Madrid. 2003.
- - Apuntes de teoría del derecho. Trotta. España. 2005.
- RUBIO LLORENTE, Francisco. La forma del poder (estudios sobre la Constitución). Centro de Estudios Constitucionales. Madrid. 1993.
- -y JIMÉNEZ CAMPO, Javier. Estudios sobre jurisdicción constitucional. McGraw-Hill. Madrid 1998.
- SAGÜES, Néstor Pedro. Teoría de la Constitución. Aestrea. Buenos Aires, Argentina. 2004.
- -El sistema de derechos, magistratura y procesos constitucionales en América Latina. Porrúa. México 2004.
- SÁNCHEZ BRINGAS, Enrique. Derecho constitucional. 2ª ed. Porrúa. México 1997.
- SÁNCHEZ-CORDERO DE GARCÍA VILLEGAS, Olga. Magistratura constitucional en México. IJ-UNAM. México. 2005.
- SÁNCHEZ VÁZQUEZ, Rafael. Los principios generales del derecho y los criterios del poder judicial de la federación. Porrúa. México. 2004.
- SARTORI, Giovanni. Ingeniería constitucional comparada. Una investigación de estructuras, incentivos y resultados. Fondo de Cultura Económica. México 1996.
- SCHMITT, Carl. La Defensa de la Constitución. Trad. Manuel Sánchez Sarto. 2ª edición. Colección de Ciencias Políticas. Editorial Tecnos. Madrid. 1998.
- SOSA ARDITI, Enrique A. y JAREN AGÜERO, Luis N. Proceso para la remoción de los magistrados. Editorial Hammurabi. Argentina 2005.
- SOTO FLORES, Armando y otros. Teoría de la Constitución. Porrúa México 2003
- TAMAYO Y SALMORAN, Rolando. Introducción al estudio de la Constitución. 2ª edición. Fontamara. México 2002.
- TENA RAMÍREZ, Felipe. Derecho constitucional mexicano. 33ª edición. Porrúa, México 2000.
- TROPER, Michel. Ensayos de teoría constitucional. Ed. Fontamara. México. 2004
- URIBE ARZATE, Enrique. El tribunal constitucional. Editorial de la Universidad Autónoma del Estado de México. México. 2002.
- VALADÉS, Diego y CARBONELL, Miguel. Coordinadores. El Estado constitucional contemporáneo. Cultura y sistemas comparados Tomos I y II. IJ-UNAM. México 2006.

- - y CARBONELL, Miguel. Coordinadores Constitucionalismo iberoamericano del siglo XXI. IJ-UNAM. México 20054
- - y CARBONELL, Miguel. Coordinadores. El proceso constituyente mexicano. A 150 años de la Constitución de 1857 y 90 de la Constitución de 1917. IJ-UNAM. México. 2007.
- VALLARTA PLATA, José Guillermo. Introducción al estudio del derecho constitucional comparado. POrrúa. México. 2002.
- VANOSSI, Jorge Reinaldo A. Estudios de teoría constitucional. IJ-UNAM. México. 2002.
- VEGA GÓMEZ, Juan y CORZO SOSA, Edgar. Coordinadores. Instrumentos de tutela y justicia constitucional. memoria del VII congreso iberoamericano de derecho constituconal. IJ.UNAM. México 2002.
- - Tribunales y justicia constitucional. Memoria del VII congreso iberoamericano de derecho constitucional. IJ-UNAM. México. 2002.
- VERGOTTINI, Giussepe. Derecho constitucional comparado. Trad. De Herrera Claudia. UNAM. México. 2004.

## II. NORMATIVIDAD

- Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos
- Constitución Política del Estado Libre y Soberano de Aguascalientes
- Constitución Política del Estado Libre y Soberano de Baja California
- Constitución Política del Estado Libre y Soberano de Baja California Sur
- Constitución Política del Estado Libre y Soberano de Campeche
- Constitución Política del Estado Libre y Soberano de Coahuila
- Constitución Política del Estado Libre y Soberano de Colima
- Constitución Política del Estado Libre y Soberano de Chiapas
- Constitución Política del Estado Libre y Soberano de Chihuahua
- Constitución Política del Estado Libre y Soberano de Durango
- Constitución Política del Estado Libre y Soberano de Guanajuato
- Constitución Política del Estado Libre y Soberano de Guerrero
- Constitución Política del Estado Libre y Soberano de Hidalgo
- Constitución Política del Estado Libre y Soberano de Jalisco
- Constitución Política del Estado Libre y Soberano del Estado de México
- Constitución Política del Estado Libre y Soberano de Michoacán
- Constitución Política del Estado Libre y Soberano de Morelos
- Constitución Política del Estado Libre y Soberano de Nayarit
- Constitución Política del Estado Libre y Soberano de Nuevo León
- Constitución Política del Estado Libre y Soberano de Oaxaca
- Constitución Política del Estado Libre y Soberano de Puebla
- Constitución Política del Estado Libre y Soberano de Querétaro
- Constitución Política del Estado Libre y Soberano de Quintana Roo

- Constitución Política del Estado Libre y Soberano de San Luis Potosí
- Constitución Política del Estado Libre y Soberano de Sinaloa
- Constitución Política del Estado Libre y Soberano de Sonora
- Constitución Política del Estado Libre y Soberano de Tabasco
- Constitución Política del Estado Libre y Soberano de Tamaulipas
- Constitución Política del Estado Libre y Soberano de Tlaxacala
- Constitución Política del Estado Libre y Soberano de Veracruz
- Constitución Política del Estado Libre y Soberano de Yucatán
- Constitución Política del Estado Libre y Soberano de Zacatecas
- Estatuto de Gobierno del Distrito Federal

### **III. JURISPRUDENCIA**

- DVD IUS 2007 Jurisprudencia y Tesis Aisladas, junio 1917-junio 2007, Suprema Corte de Justicia de la Nación, México, 2007

### **IV. INFORMÁTICA**

- [www.juridicas.unam.mx](http://www.juridicas.unam.mx)
- [www.cddhcu.gob.mx](http://www.cddhcu.gob.mx)
- <http://sil.gobernacion.gob.mx>
- [www.scjn.gob.mx](http://www.scjn.gob.mx)
- <http://diarioficial.segob.gob.mx>