



# **UNIVERSIDAD NACIONAL AUTÓNOMA DE MÉXICO**



**FACULTAD DE DERECHO  
DIVISIÓN DE ESTUDIOS DE POSGRADO**

**DE DERECHOS POLÍTICOS A GARANTÍAS CONSTITUCIONALES;  
CRECIMIENTO DE LA DEMOCRACIA Y FORTALECIMIENTO DEL  
ESTADO DE DERECHO EN LOS ESTADOS UNIDOS MEXICANOS.**

**TESIS QUE PRESENTA:**

**LUIS OLVERA MONTOYA**

**PARA OBTENER EL GRADO DE**

**MAESTRO EN DERECHO**



Universidad Nacional  
Autónoma de México



**UNAM – Dirección General de Bibliotecas**  
**Tesis Digitales**  
**Restricciones de uso**

**DERECHOS RESERVADOS ©**  
**PROHIBIDA SU REPRODUCCIÓN TOTAL O PARCIAL**

Todo el material contenido en esta tesis esta protegido por la Ley Federal del Derecho de Autor (LFDA) de los Estados Unidos Mexicanos (México).

El uso de imágenes, fragmentos de videos, y demás material que sea objeto de protección de los derechos de autor, será exclusivamente para fines educativos e informativos y deberá citar la fuente donde la obtuvo mencionando el autor o autores. Cualquier uso distinto como el lucro, reproducción, edición o modificación, será perseguido y sancionado por el respectivo titular de los Derechos de Autor.

*Dedico esta tesis a:*

*Mi familia; María Flores Palacios, Luis Fernando y Julia Ventura; por su comprensión, cariño y ternura.*

*Lupe; por su serenidad y leal compañerismo en muchas batallas.*

*El Mtro. Lawrence Flores Ayvar; por su atinada orientación, invaluable tiempo compartido y por honrarme con su confianza.*

## INTRODUCCION

Constitucionalismo y Neo-constitucionalismo, conforman los trabajos teóricos para los estudiosos; realizar un ejercicio académico sobre estos planteamientos sería inconcluso, pues se dejarían sueltos argumentos que a nuestros días, diversos tratadistas han planteado y sin duda seguirán ampliando. Ello es así porque el derecho no se agota en el campo normativo, pero tampoco se ha dicho la última palabra desde la teoría del derecho; ello es prueba del dinamismo de la ciencia del derecho y su constante renovación encaminada sobre todo, a maximizar y potenciar los derechos fundamentales.

El argumento de los derechos fundamentales constituye el eje rector de la investigación; el quehacer del órgano revisor de la Norma Fundamental no se presenta bajo el escudo ilimitado de la fórmula democrática: la regla de las mayorías; por el contrario, frente a los derechos fundamentales se restringe esa autonomía política del ciudadano, es decir, el derecho a decidir, precisamente porque los derechos ocupan un lugar privilegiado en el arquetipo constitucional en un Estado Constitucional de Derecho.

Sin duda, el poder público no puede resistirse a romper el equilibrio que se manifiesta en un modelo constitucional: poder público-libertad política; esta crisis es cuestionada desde diversos enfoques. El que se presenta es uno de ellos y tiene como propósito advertir las implicaciones teóricas y la perspectiva constitucional que subyacen en un modelo que requiere ser evaluado desde estos parámetros para concluir si la salvaguarda y defensa están garantizados.

El trabajo documental tiene por objeto determinar las implicaciones teóricas que subyacen a la luz del artículo 135 de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos, a efecto de preservar la supremacía constitucional y el consecuente principio de rigidez, así como la funcionalidad del control judicial de constitucionalidad para este supuesto. Hecho lo cual, para el examen del precepto constitucional apuntado, se sigue una línea teórica a partir de los derechos fundamentales que estructura el propósito específico del control judicial de constitucionalidad en la revisión del texto constitucional; aterriza el carácter crítico del Derecho junto a la concepción propiamente iusnaturalista.

La interpretación de los argumentos propuestos: 1) teoría de la Constitución, 2) democracia (constitucional) y, 3) poder constituyente y órgano revisor, serán evaluados desde los derechos fundamentales, puesto que la creación de la Constitución, esto es, la positivación de los derechos fundamentales por si solo implica un acto de democracia, pero no resulta ajeno al conocimiento de los derechos naturales que se adscriben a la persona humana; en tanto que los actos posteriores, como el de la revisión de las normas constitucionales – incluso una eventual reforma total o parcial- existe una parte dura –los derechos- donde las mayorías no pueden ni deben decidir, sin embargo, para sostener esa tesis se hace necesario articular de modo teórico todos estos elementos de tal manera que

partiendo de las decisiones políticas fundamentales, la Constitución se salvaguarda y defiende en sus dos pilares: la supremacía constitucional y el consecuente principio de rigidez.

El trabajo consta de cuatro capítulos. Los objetivos del primer capítulo son tres: a) identificar la concepción teórica de la Constitución, a partir de ello, b) armonizar los derechos fundamentales y la democracia con la Constitución, lo cual permite, y, c) determinar la esencia constitucional.

El segundo capítulo tiene como propósito exponer el origen de la Comisión Nacional de Derechos Humanos. Establecer puntos de diferencia entre, derechos humanos y garantías constitucionales, denominadas garantías individuales; considerando que los derechos humanos pertenecen a todas las personas en cuanto tales, por tanto su ámbito de validez es universal. Las garantías individuales son aquellos derechos elementales del hombre, cuando se le considera individualmente, tales derechos están plasmados en la Constitución, y ésta contiene los mecanismos para que se hagan respetar. Los derechos humanos son valores y las normas jurídicas se fundamentan en ellos.

En el tercer capítulo se exponen las reglas básicas para el funcionamiento de un sistema de gobierno democrático. Se plantean las ideas de una democracia funcional, de una práctica del ciudadano en la vida democrática. Se manifiesta que los asuntos públicos cotidianos, los ciudadanos y los ayuntamientos sin excluir la potencial inclusión de las dependencias de los gobiernos estatales y federales en temas locales, constituyen el objeto, los actores y el espacio de la democracia, como ejercicio cotidiano. Se pretende eliminar la idea de que la calidad ciudadana está restringida a un momento electoral o político, o a determinadas instituciones de gobierno. La democracia, en cuanto tarea cotidiana, se convierte en una actitud frente a todo aquello que envuelve a las necesidades colectivas y que se convierten en asuntos públicos.

Finalmente, en el cuarto capítulo se exponen las ideas de control de constitucionalidad y la defensa de la Constitución. El control de la Constitución es un sistema de vigilancia que asegura la observancia de la estructura jurídica. En los medios de control constitucional jurisdiccional se soporta la defensa de la Constitución.

Conforme a la Constitución Federal, existe un sistema de justicia electoral que permite, por un lado, impugnar leyes electorales, vía acción de inconstitucionalidad y, por otro, actos o resoluciones en materia electoral. Dichos medios se armonizan con el juicio de amparo, y con ello, los derechos políticos se consideran garantías constitucionales. Las reformas electorales posteriores a 1996, han concretado gradualmente que desde el texto constitucional se garantice la defensa de los derechos político-electorales del ciudadano, a partir de los artículos 41 y 99 constitucionales, cuyos principios se concretan en la Ley Reglamentaria, la cual prevé el juicio para la protección de los derechos político-electorales del ciudadano.

**DE DERECHOS POLÍTICOS A GARANTÍAS CONSTITUCIONALES; CRECIMIENTO DE LA DEMOCRACIA Y FORTALECIMIENTO DEL ESTADO DE DERECHO EN LOS ESTADOS UNIDOS MEXICANOS.**

**CAPÍTULO I**

**Constitucionalismo y Neoconstitucionalismo..... Págs.**

<b>1.1 Introducción .....</b>	<b>3</b>
<b>1.2 Concepto de Constitución .....</b>	<b>5</b>
<b>1.3 Constitucionalismo .....</b>	<b>33</b>
<b>1.4 Principios Constitucionales .....</b>	<b>34</b>
<b>1.5 Normas Constitucionales .....</b>	<b>38</b>
<b>1.6 Derechos Fundamentales .....</b>	<b>40</b>
<b>1.7 Principio democrático de las mayorías .....</b>	<b>53</b>
<b>1.8 Revisión Constitucional .....</b>	<b>77</b>
<b>1.9 Límites a la revisión constitucional .....</b>	<b>81</b>

**CAPÍTULO II**

**Derechos Humanos**

<b>2.1 Introducción .....</b>	<b>91</b>
<b>2.2 El Ombudsman Mexicano .....</b>	<b>94</b>
<b>2.3 La Creación de la Comisión Nacional de Derechos Humanos .....</b>	<b>95</b>
<b>2.4 La Distinción entre Derechos Humanos y Garantías Individuales ..</b>	<b>99</b>
<b>2.5 Conceptualización de Garantías Individuales .....</b>	<b>103</b>

## **CAPÍTULO III**

### **La Democracia**

<b>3.1 Introducción .....</b>	<b>108</b>
<b>3.2 Formas de Participación Política .....</b>	<b>111</b>
<b>3.3 La Construcción efectiva de la Democracia en el Estado Mexicano ...</b>	<b>116</b>
<b>3.4 Instituciones Garantes de la Democracia .....</b>	<b>119</b>

## **CAPÍTULO IV**

### **Control de la Constitucionalidad**

<b>4.1 Introducción .....</b>	<b>121</b>
<b>4.2 Defensa de la Constitución .....</b>	<b>121</b>
<b>4.3 Sistemas de Control Constitucional .....</b>	<b>128</b>
<b>4.4 Sistemas de Control de Constitucionalidad por Órgano Judicial ....</b>	<b>131</b>
<b>4.5 Jurisdicción Constitucional .....</b>	<b>143</b>

<b>Conclusiones .....</b>	<b>149</b>
---------------------------	------------

<b>Fuentes de Consulta .....</b>	<b>152</b>
----------------------------------	------------

## **CAPÍTULO I.**

### **CONSTITUCIONALISMO Y NEOCONSTITUCIONALISMO.**

#### **1.1 INTRODUCCIÓN.**

Iniciar con la delimitación teórica de la Constitución permite establecer el punto de partida de la investigación; con ello se logra determinar la importancia que en una estructura política adquiere el constitucionalismo y la democracia, como ejes coexistentes e interdependientes que aseguran la autonomía política del ciudadano y la positivación de los derechos humanos a los que se denomina derechos fundamentales.

El primer elemento, esto es, el constitucionalismo se enmarca en sus aspectos básicos: formal, en cuanto se expresa en un documento, o sea la positivación de las decisiones políticas fundamentales y, su aspecto sustancial, que supone la garantía y tutela de los derechos fundamentales.

Para iniciar el encuadre de los derechos fundamentales, este recorrido obliga iniciar con las bases teóricas: constitución histórica y constitucionalismo, así como las manifestaciones metodológicas: neoconstitucionalismo y garantismo (en cierta manera y muy genérica, no pasa desapercibido el activismo judicial).

El desenvolvimiento de la democracia amenaza frecuentemente los derechos fundamentales lo cual se torna en una crisis entre dos tendencias claramente proclives: el juez constitucional y la decisión de las mayorías. Optar por una postura no se defiende de modo sencillo, menos aún cuando se carece de la fundamentación teórica y los argumentos que la sostienen; por ello, en este apartado se muestra una breve radiografía a efecto de matizar las principales tendencias y enfocar los dilemas de la democracia y el control judicial de constitucionalidad frente a los derechos fundamentales.



Finalmente, una posición intermedia se encuentra en el retorno a la soberanía, cuya base es que el tema de la Constitución forme parte de un derecho de la comunidad para decidir.

La investigación tiene por objeto determinar las implicaciones teóricas que subyacen a la luz del artículo 135 constitucional, a efecto de preservar la supremacía constitucional y el consecuente principio de rigidez, así como la funcionalidad del control judicial de constitucionalidad para este supuesto.

Para el examen del precepto constitucional apuntado, se establece una línea teórica a partir de los derechos fundamentales que constituyen el propósito específico del control judicial de constitucionalidad en la revisión del texto constitucional.

De ahí se sigue que la interpretación de los argumentos propuestos: 1) Teoría de la Constitución, 2) democracia (constitucional) y, 3) poder constituyente y órgano revisor, serán evaluados desde los derechos fundamentales, puesto que la creación de la Constitución, esto es, la positivación de los derechos fundamentales por si solo implica un acto de democracia, pero no resulta ajeno al conocimiento de los derechos naturales que se adscriben a la persona humana; en tanto que los actos posteriores, como el de la revisión de las normas constitucionales - incluso una eventual reforma total o parcial- existe una parte dura – los derechos- donde las mayorías no pueden ni deben decidir, sin embargo, para sostener esa tesis se hace necesario articular de modo teórico todos estos elementos de tal manera que partiendo de las decisiones políticas fundamentales, la Constitución se salvaguarda y defiende en sus dos pilares: la supremacía constitucional y el consecuente principio de rigidez.

A partir de lo anterior, en el capítulo que inicia se realiza una radiografía teórica de la Constitución, para precisar la forma en que en este documento político se condensa y engarzan los derechos fundamentales y la democracia, que permitirá entender la justificación teórica y normativista del porqué forman parte de las decisiones políticas

fundamentales y la manera en que puede controlarse cuando un ejercicio democrático pretenda alterar esa esencia constitucional, al menos, desde la óptica de los derechos fundamentales.

## **1.2 CONCEPTO DE CONSTITUCIÓN.**

Constitución y Constitucionalismo corresponden a acepciones de enorme complejidad; su configuración tiene que ver con los matices que a lo largo de la historia produjeron los dos grandes movimientos: la revolución norteamericana y la francesa; de esta manera, la declaración de derechos fue el constructo teórico-normativo que inspiró la reflexión jurídico-filosófica de nuestra época.

En el dualismo anotado, dos elementos determinaron los rasgos que le son definitorios; por un lado, los derechos fundamentales y en el otro extremo a la democracia, que se personifica en el poder constituyente o en el revisor de la Constitución. La historia de los derechos fundamentales aportó los datos que han puesto vid a vid los derechos y la democracia, junto a ellos el significado que hoy en día representa el constitucionalismo al que suele aspirar todo Estado –de Derecho-. El interés se enfoca en los derechos fundamentales, aunque desde luego importa retomar a la democracia, puesto que mediante ella se hace posible la positivación de los derechos.

El primer apartado –y argumento- tiene como propósito presentar el fundamento teórico de la Constitución, enmarcándolo a partir de los derechos fundamentales; pues sólo a través de ellos es posible advertir la esencia y la génesis de la Constitución, los cuales serán materia de grandes luchas sociales en la historia de la humanidad. Por ello, la Constitución que no garantiza los derechos fundamentales en el fondo tampoco es democrática.

El vocablo Constitución del Estado- apareció por vez primera en la cultura política de la Grecia clásica; Platón y Aristóteles, favorecieron los primeros estudios en el siglo IV

A.C., a través de su objeto de estudio, la comunidad política; no obstante, el tema central fue la democracia, estableciendo los cimientos de la forma de gobierno al que la mayor parte de las naciones, en nuestra era, han instaurado.

Fioravanti, expresa al respecto que *“En la búsqueda antigua de la forma de gobierno se expresa la necesidad de unidad y de equilibrio referida indivisiblemente a la sociedad y a sus poderes públicos”*,<sup>1</sup> importa destacar el contexto político en que se hallaba la Grecia de la época, específicamente en Atenas-, a través de sus diversos modos en que se presentó para la humanidad la Constitución y su forma de gobierno: la democracia.

Este contexto admite una notable decadencia de la forma de gobierno en Atenas que da cuenta de los procesos de cambio que a lo largo de su historia dejan en claro las críticas que habrán de gestarse desde el campo filosófico; es ahí donde aparecieron las doctrinas políticas que ilustraron la decadencia de la democracia y la necesidad de unidad del cuerpo político; al lenguaje habrá de agregarse un concepto que cambiará el curso político: Politeía.

El significado de este concepto admite cierta ambigüedad según lo expresa Fioravanti, sin embargo, sostiene:

... Nosotros pensamos, en efecto, que las cosas son más simples de lo que cierta farragosa crítica historiográfica entiende. En pocas palabras, politeía no es más que el instrumento conceptual del que se sirve el pensamiento político del siglo IV para enunciar su problema fundamental: la búsqueda de una forma de gobierno adecuada al presente, tal que refuerce la

---

<sup>1</sup> Fioravanti, Maurizio. Constitución, de la antigüedad a nuestros días, Trotta, Madrid, 2001, pág. 17.

unidad de la polis, amenazada y en crisis desde distintos frentes. En el ámbito de ese pensamiento, esta búsqueda tiene ahora una palabra que la anima, que le permite expresarse, que es precisamente politeía. Con ella se intenta subrayar la necesidad de penetrar en la forma de la unión política, de manera que tome lo que en el fondo caracteriza la polis, lo que la mantiene unida...<sup>2</sup>

Lo anterior, pone de manifiesto la preocupación por mantener la unidad política frente a la decadencia en la forma de gobierno –ateniense-, ello constituyó quizá la parte más trascendental del ideal político de Aristóteles, por el que refutó la democracia, analizó las formas de Constitución y la mejor forma de gobierno; así, en palabras del estagirita, sostiene lo siguiente:

...Sí, en efecto, la ciudad es una comunidad, es decir una comunidad de ciudadanos en forma de gobierno, parecería necesario inferir que cuando dicha forma se ha mudado en otra específicamente distinta, la ciudad no es ya tampoco la misma, al modo que decimos ser distinto el coro que, aunque integrado a menudo por las mismas personas, actúa una ocasión en una comedia y otra en una tragedia. Pues de mismo modo sería diferente toda otra comunidad o un todo compuesto cuando es otra la forma de la composición, como decimos que es diferente la armonía de los mismos sonidos según se emplee el modo dórico o bien el frigio.

Y si esto es así, es manifiesto que la ciudad habrá de decirse la misma atendiendo sobre todo a su constitución, y que podrá llevar el mismo nombre o uno diferente tanto si sus habitantes son los mismos como si son hombres del todo distintos. En cuanto a si la ciudad debe o no solventar sus obligaciones cuando ha mudado de forma de gobierno, es otro asunto...<sup>3</sup>

La progresiva idea de Constitución apareció en Grecia como el medio para someter a juicio a la democracia y no la forma de organización de la estructura política de la ciudad, aún cuando en Aristóteles, ya se observa una marcada tendencia a la división de poderes; ello porque se buscaron, las razones suficientes para consolidar la unidad política producto de la lucha entre mayorías y minorías, entre pobres y ricos y que, esta desencadenada lucha generó la propia decadencia de la democracia, al ser un gobierno

---

<sup>2</sup> Ibidem, pág. 19

<sup>3</sup> Aristóteles. Ética nicomaquea y política, 20ª ed., Porrúa, México, 2004, págs. 264-265.

de todos y por ello en cierta manera, incontrolable; la doctrina de las constituciones ofreció los argumentos que pusieron en duda la práctica de la democracia y sirvió como ideal –Constitución- de límite a la tiranía de las mayorías.

Empero, si lo que se requería era el equilibrio en las fuerzas sociales, es ahí donde se evidenciaba esa necesidad de unidad, más que en indagar la mejor forma de constitución –forma de gobierno-; la democracia retomará su fuente originaria, pero ahora es importante mantener en la justa balanza a las mayorías y las minorías. Así, Aristóteles, sostiene:

...Los términos de constitución y gobierno tienen la misma significación, y puesto que el gobierno es el supremo poder de la ciudad, de necesidad estará en uno, en pocos o en los más. Cuando, por tanto, uno, los pocos o los más gobiernan para el bien público, tendremos necesariamente constituciones rectas, mientras que los gobiernos en interés particular de uno, de los pocos o de la multitud serán desviaciones; ya que, en efecto, no habrá que llamar ciudadanos a los miembros de la ciudad, o si lo son, tendrán que participar del beneficio común. De las formas de gobierno unipersonales solemos llamar monarquía o realeza a la que tiene en mira el bien público; y al gobierno de más de uno, pero pocos, aristocracia (bien sea por ser el gobierno de los mejores, o porque este régimen persigue lo mejor para la ciudad y sus miembros). Cuando, en cambio, es la multitud la que gobierna en vista del interés público, llámese este régimen con el nombre común a todos los gobiernos constitucionales, es decir república o gobierno constitucional (...). De las formas de gobierno mencionadas sus respectivas desviaciones son: de la monarquía, la tiranía; de la aristocracia, la oligarquía, de la república, la democracia...<sup>4</sup>

Esta breve reseña abrió el camino que conduciría a Aristóteles al planteamiento de la constitución ideal, pero destacando lo justo que parecen ser las tres formas: monarquía, aristocracia y república, así como sus tres desviaciones: tiranía, oligarquía y democracia; de este modo, la mayor aportación del estagirita es la configuración de la constitución-ideal-, como se advierte en los siguientes datos:

---

<sup>4</sup> Ibidem, pág. 271.

La constitución, en efecto, es la organización de los poderes en las ciudades, de que manera se distribuyen, y cual debe ser en la ciudad el poder soberano, así como el fin de cada comunidad (...).

Ahora bien, la clase media, más que otra alguna, tiene esta composición, por lo cual la ciudad fundada en dicha clase será la mejor organizada en lo que respecta a los elementos naturales que en nuestro concepto constituyen la ciudad. Y esta clase de ciudadanos es también la que tiene mayor estabilidad en las ciudades, pues ni codician como los pobres los bienes ajenos, ni lo suyo es codiciado por otros como los pobres codician los de los ricos; y así, por no asechar a otros ni ser a su vez objeto de asechanzas, viven una vida exenta de peligros (...).

De lo anterior resulta manifiesto por qué la mayor parte de las constituciones son unas democráticas y otras oligárquicas; lo que se debe al hecho de que en ellas es a menudo exigua la clase media, y cualquiera de las otras dos que predomine- sean los que tienen la propiedad,- sea el pueblo-, desplaza a la clase media y gobierna para sí la república, y así nace la democracia o la oligarquía (...).

Por lo anterior se ha puesto de manifiesto cual es la mejor constitución y por qué causa...<sup>5</sup>

La formulación teórica produjo –según Fioravanti- la política, que se traduce en la forma constitucional que media entre dos polos: democracia y oligarquía y, sumados conforman la constitución ideal; en esa mediación en los polos se sitúa siguiendo a Aristóteles- a la clase media que es capaz de generar un equilibrio entre las fuerzas sociales, pero conformado por ciudadanos que actúan de manera virtuosa a favor de la comunidad.

De lo anterior es claro que, en la doctrina política de Grecia, la constitución se presentó como una forma de (re) estructurar a la comunidad política y generar condiciones de unidad social frente a polos altamente conflictivos; la lucha en las fuerzas sociales propició las condiciones de la democracia, pero también su propia decadencia, porque donde la mayoría resulta incontrolable se vuelve contra sí misma.

---

<sup>5</sup> *Ibidem*, pág. 293 y ss.

Sin embargo, la unidad política no necesariamente conformó todo el objeto del estudio de la constitución; es con Polibio, donde tomó una forma –política- no solo para la unidad social, sino a la estructura política de la comunidad, al poder público; la unidad social fue posible en la medida en que se ejercía el poder y por quienes ejercieron el poder; de esta suerte, “...*si la constitución puede durar mucho es sobre todo gracias al hecho de que cada poder esté bien equilibrado y contrapesado...*”<sup>6</sup>.

La personificación de esta regla ya se observaba con los romanos, en la estructura del poder público y la forma mixta de participación de las fuerzas sociales.

Sobre esta base, la construcción teórica toma una forma, en principio con la *politeía*, seguido de *polítia* y ahora con el *principio de contraposición* - según Fioravanti-; el sentido que tomó la constitución en este pasaje histórico adquirió cada vez mayor importancia para la comunidad política y en específico a la estructura política de la ciudad-Estado; fue con los romanos cuando se presentó de manera concreta el ejercicio del poder, su control, las fuerzas sociales y cuando se puso en práctica las doctrinas políticas, se advirtió una república floreciente, pero al paso del tiempo decadente por los conflictos políticos que habrían de gestar esta circunstancia. De nueva cuenta, la necesidad de (re) plantear la constitución recobra su cause por los forjadores de la democracia, la filosofía griega.

Así, las ideas políticas de Cicerón provocaron ese vuelco al equilibrio entre las fuerzas: ricos y pobres, que ya había sido materia de estudio en la filosofía griega; introduciendo una nueva figura, la *res publica*, sobre el que se cimentó ese nuevo equilibrio en la sociedad articulado –sobre y conforme- en el derecho, de tal suerte que:

|U|na *res publica* fuerte sólo es posible sobre la base de una unión que, bajo la guía del pensamiento político griego, no puede tener un origen unilateral y violento, sino pacífico y consensuado. En concreto, la dimensión del consenso, reclama en el vocabulario político de su

---

<sup>6</sup> Fioravanti, Maurizio, op. Cit., supra, nota 1, pág. 26.

época, la presencia de un empeño colectivo fuerte, duradero en el tiempo, no episódico. Precisamente este empeño es la garantía del hecho de que la res publica no puede ser sometida a voluntades facciosas o parciales: las del tirano o de la restringida clase aristocrática, pero tampoco la del pueblo, empujado por el siempre recurrente peligro de la demagogia...<sup>7</sup>

De esta manera la doctrina política ciceroniana se fundó a partir de un consenso, ésta encontró sustento en el derecho, pero exigió de los ciudadanos un fin común, lo que trajo como consecuencia la unidad de los individuos para alcanzar aquello que es de su mismo interés, la cosa pública. Por tanto el consenso marcó el nuevo prototipo de constitución, que exigía de los ciudadanos actuar en beneficio del interés público, conforme a las reglas morales y jurídicas, capaces de actuar de manera recta y en la concreción del interés colectivo.

En suma, de la constitución de los griegos –polis- y los romanos –res pública- se desprenden los siguientes elementos característicos:

- a) La unidad social;
- b) El equilibrio de las fuerzas sociales;
- c) El equilibrio en el ejercicio del poder por las fuerzas sociales y,
- d) El interés por la cosa pública, que exige de los individuos virtuosos un pacto para beneficio colectivo.

Entrada la Edad media (476-1453 o siglos v al xv d.C.), la noción de Constitución fue el tema que ocupó este gran periodo en la historia de la humanidad, pues existió un elemento de vital importancia: el poder público, que era ejercido por el rey, príncipes, señores, así como su sacralización. Aquí, la separación histórica resultó necesaria, si los hombres virtuosos han quedado en el pasado –Grecia –Roma- entonces en el medievo, el pensamiento político, se tuvo que inspirar en nuevas fuentes para el comportamiento social, sobre todo, de quienes ejercen el poder público.

---

<sup>7</sup> Ibidem, pág. 28.



Fioravanti, sostiene dos argumentos que marcan esta separación:

Podemos formular así una primera característica general de nuestra constitución medieval: la intrínseca limitación de los poderes públicos. No se trata de una limitación establecida por normas positivas generales y escritas que ninguno tenía el poder de elaborar, ni siquiera la voluntad de hacerlo, sino de una limitación de hecho, que toma cuerpo de manera cada vez más consistente a partir del siglo V, después de la caída del edificio político romano (...).

Llegamos así al punto tal vez más crítico, que nos permite sacar a la luz la segunda característica fundamental de la constitución medieval, estrechamente relacionada con la intrínseca limitación de los poderes públicos. Se trata de la concepción de aquel conjunto de relaciones sustancialmente indisponibles por parte de los poderes públicos en los términos de un orden jurídico dado, estructurado por mil vínculos y convenciones, tan concretado en los hechos que provoca la más extrema fragmentación, el más amplio particularismo...<sup>8</sup>

La doctrina política del medievo tuvo su florecimiento en el siglo XI, siendo las corrientes filosóficas del cristianismo quienes aportaron a la construcción teórica de la Constitución en esta época, De esta forma, a diferencia del objeto de conocimiento en los griegos y romanos –la unidad de la comunidad política- la Edad Media no surgió con motivo de la decadencia de una forma particular de gobierno, menos aún en conflictos, primordialmente por las facciones, sino en ocasión de los derechos creados y aplicados al arbitrio del Rey, príncipes o señores –incluso aquellos que han mediado de un pacto-, sin embargo, lo característico en este estadio lo constituye el hecho de que el destinatario de la norma –súbdito- es quien debía cumplirla, no quien la creaba –o reconocía-, porque de suerte es que el Rey, príncipes o señores gozan del principio romano “*princeps legibus solutus*” (el príncipe es liberado de la ley).

En este orden de ideas, en el pensamiento político de Tomás de Aquino, se advierte un dato de particular importancia en la construcción teórica de la Constitución en la Edad Media:

---

<sup>8</sup> Ibidem, págs. 35-36

... Se entiende que el príncipe está eximido de la ley en cuanto al poder coactivo de la misma, pues la ley no tiene fuerza coactiva más que por la autoridad del príncipe, y nadie puede coaccionarse así mismo. Se dice, pues, que el príncipe está exento de la ley, porque nadie puede pronunciar contra él un juicio en caso de que faltare a la ley. Por eso, comentando aquello del Sal 50,6: *Contra ti solo pequé*, etc., dice la Glosa: “No hay nadie que pueda juzgar las acciones del rey”. Pero en cuanto al poder directivo de la ley, el príncipe está sometido a ella por propia voluntad, de acuerdo con lo que se dice en *Extra, de Constitutionibus c. “Cum omnes”*: El que establece una ley para otros debe él mismo someterse a ella...<sup>9</sup>

Sobre la premisa apuntada, el pensamiento político del medievo adquirió un nuevo matiz, es decir, como consecuencia de un orden jurídico dado que pretende en gran medida equilibrar las fuerzas político-sociales, de tal manera que la aplicación de la ley no sea desbordada; de cierto modo existen los pactos o contratos celebrados entre el Rey y los súbditos, en razón del crecimiento en los grupos sociales, primordialmente mercaderes y campesinos.

Con miras a la Constitución, en el contexto del siglo XIII, Tomás de Aquino, apunta: *“Para la buena constitución del poder supremo en una ciudad o nación es preciso mirar a dos cosas: la primera, que todos tengan alguna parte en el ejercicio del poder, pues por ahí se logra mejor la paz del pueblo... La segunda mira a la especie de régimen y a la forma constitucional del poder supremo...”*,<sup>10</sup> esta aproximación pone de relieve a una monarquía moderada, de tal manera que todos participaran de ella, a pesar de la existencia de una cabeza, el Rey, que no puede desconocer las otras formas de participación política: aristocracia y la democracia, por cuanto todos, al menos, emanan de la voluntad popular, lo que justifica, de alguna forma, que se deba a estos.

Singulariza una forma política que sitúa al Rey como el centro, el más esencial y al resto, las partes que conforman la unidad: la comunidad política; siendo las partes y la

---

<sup>9</sup> Aquino Tomás Suma Teológica II, pág 752, consultable en <http://biblioteca.campus.dominicano.org/suma.htm> (05 de febrero de 2008).

<sup>10</sup> Ibidem, pág.864

cabeza de modo indivisible, pues no podía existir uno sin el otro. He aquí la causa de la tensión, la lucha por el orden jurídico, por un lado la reducción de los poderes de un Rey, con una doble dimensión: político-eclesiástico; en el otro, el pueblo que reclamaba precisamente una Constitución, es decir, un diseño jurídico concreto que determinara los derechos de la comunidad, su ámbito de aplicación y su oponibilidad frente al soberano –cobra gran importancia un contrato arquetipo: la Magna Charta-.

Esta fase adquirió vital importancia por cuanto las partes, pretenden no sólo asegurar los derechos, sino formar parte de las decisiones políticas fundamentales; se hizo presente la idea de la representación, entendida como una comunidad política que aspiraba tomar un eje rector al lado del Rey; las aportaciones del parlamentarismo inglés resultaron destacables, pues los contratos o convenios sobre los derechos incluyeron el control mutuo tanto de la comunidad política –representada por el parlamento- como respecto de los poderes del Rey. Esta parte ocupó grandes luchas sociales, aunque con diversos senderos de los ingleses respecto de los franceses.

Lo característico del contexto político de los siglos XIV a XVI, fue la decadencia del modelo mixto de la estructura política, pues el campo mayormente legislativo del Rey permite afianzar su rasgo propio de dominio frente a las demás fuerzas; gradualmente el absolutismo se hizo presente en la época (siglos XVI, XVII, XVIII) y las grandes revoluciones comenzaron a desencadenarse.

Este breve pasaje de la historia enmarcó una teoría de la Constitución que figura como un equilibrio de las fuerzas políticas frente al Rey o monarca, de tal manera que si este emergía de la comunidad, entonces, mutuamente han de tener presente los límites, no podrán desconocerse, pues formando parte de las decisiones políticas todos se legitiman.

Sin embargo, destacó la configuración de la comunidad política que anticipaba una pretendida superioridad frente al Rey o monarca, por cuanto todo poder derivaba y se

legitimaba de la voluntad popular. Pero esta tesis admitía desde luego una en contrario, es decir, que no necesariamente el Rey o monarca tuvo su origen y legitimidad del pueblo pues de aceptarse esa hipótesis, equivaldría a someterse plenamente a los designios de las mayorías, incluso, estar sujeto a la revocación, pues ante todo, el derecho de resistencia, admite ese recurso popular.

Por tanto, la justificación de la superioridad trátase de la comunidad política o del Rey o monarca, ya no descansó sobre la base del reconocimiento de los derechos, de la costumbre o de los pactos sociales; entró en juego el concepto de soberanía, cuya justificación teórica logró la mediación entre los dos polos: comunidad política y el poder público. Fue así como el pensamiento político de los siglos XVII y XVIII, dan lugar al constitucionalismo.

La primera aportación de la soberanía se obtiene en Jean Bodin;<sup>11</sup> para conceptualizarla, comienza con la idea de república, que consiste –según Bodin- en el *recto gobierno de varias familias, y de lo que les es común, con poder soberano; así, define a la soberanía como el poder absoluto y perpetuo de una república*. La nota definitoria en esta tesis se advierte en el origen de la soberanía; de ahí la preocupación de Bodin en distinguir la investidura del rey respecto de las magistraturas; sin darse el calificativo de absoluto y perpetuo el poder del rey, si se encuentra limitado y acotado a la temporalidad, al estar sujeto a la inquietante revocación del mandato por parte de la comunidad. Es por tanto que se otorga un carácter absoluto y perpetuo al ejercicio del poder.

De tal manera que el poder no debe sujetarse a la temporalidad, pues en tal situación está condicionado a la voluntad de quien lo conduce a determinado cargo, por ello, sino es soberano aquel poder que no es perpetuo tampoco es originario; así –Bodin- sostiene que *la palabra perpetuo se ha de entender por la vida de quien tiene el poder*.

---

<sup>11</sup> Bodin, Jean. Los seis libros de la república, Aguilar, España, 1973, pags. 11 y ss.

Ahora, el carácter absoluto del poder fue establecido por Bodin, sobre la insignia de que el soberano no estaba obligado por leyes anteriores ni posteriores; sólo sujeto a la ley divina y la ley natural, de tal manera –dice Bodin- *que es necesario que quienes son soberanos no estén de ningún modo sometidos al imperio de otro y puedan dar ley a los súbditos y evaluar o enmendar las leyes inútiles.*

Culmina el tratamiento de la soberanía ubicando a sus depositarios, de tal manera que –sostiene Bodin- *si la soberanía reside en un solo príncipe, se llamará monarquía, si participa todo el pueblo, estado popular y, cuando es la parte menor del pueblo, estado aristocrático.*

Desde la perspectiva teórica de Hobbes la disgregación de individuos libres no es garantía del Estado fuerte, porque siendo todos libres no son capaces de controlar esa libertad además perjudicial para el Estado; de ahí su formulación conceptual:

Una persona de cuyos actos una gran multitud, por pactos mutuos, realizados entre sí, ha sido instituida por cada uno como autor, al objeto de que pueda utilizar la fortaleza y medios de todos, como juzgue oportuno, para asegurar la paz y defensa común. El titular de esta persona se denomina soberano, y se dice que tiene poder soberano; cada uno de los que le rodean es súbdito suyo.

Se alcanza este poder soberano por dos conductos. Uno por la fuerza natural, como cuando un hombre hace que sus hijos y los hijos de sus hijos le están sometidos, siendo capaz de destruirlos si se niegan a ello; o que por actos de guerra somete sus enemigos a su voluntad, concediéndoles la vida a cambio de esa sumisión. Ocurre el otro procedimiento cuando los hombres se ponen de acuerdo entre sí, para someterse a algún hombre o asamblea de hombres voluntariamente, en la confianza de ser protegidos por ellos contra todos los demás. En este último caso puede hablarse de Estado político, o Estado por institución, y en el primero de Estado por adquisición.<sup>12</sup>

---

<sup>12</sup> Hobbes, Thomas. *Leviatán o la materia, forma y poder de una república eclesiástica y civil*, 2a. ed. FCE, México, 1980, pag. 141.

Lo trasunto deja en claro el argumento de Hobbes encaminado a la tutela del poder absoluto del monarca sobre la base de la disgregación de hombres libres e iguales que constantemente luchan sin que exista una verdadera forma de establecer límites a esa libertad o en fin asegurar los derechos de cada hombre, porque ellos mismos niegan o no reconocen los derechos, por tanto, atribuir la soberanía a los hombres es aumentar esa lucha que no conduce a un fin común es por lo que resulta necesario un Estado soberano ya que *“De esta institución de un Estado derivan todos los derechos y facultades de aquel o de aquellos a quienes se confiere el poder soberano por el consentimiento del pueblo reunido”*<sup>13</sup> y agrega *“quienes acaban de instituir un Estado y quedan, por ello, obligados por el pacto, a considerar como propias las acciones y juicios de uno, no pueden legalmente hacer un nuevo pacto entre sí para obedecer a cualquier otro, en una cosa cualquiera, sin su permiso”*.<sup>14</sup>

En suma, en la concepción hobbesiano los derechos no tenían un lugar en el poder soberano o mejor dicho en el poder estadual en tanto es este quien crea el derecho o dice que es lo que debe serlo por derivar de un acto soberano.

Con Rousseau, la soberanía presentó una contextualización mayor, esto es, la soberanía tomó una mayor proyección en la comunidad política. Así, para el filósofo de ginebra en el *contrato social*,<sup>15</sup> sostiene que el acto de asociación convierte a la persona particular de cada contratante, en un cuerpo normal y colectivo, compuesto de tantos miembros como votos tiene la asamblea, recibiendo por esto, su unidad, vida y voluntad, denominado República o Cuerpo político.

Por tanto, si el acto de asociación implicó la concreción de un derecho del cuerpo, entonces, tal unión posee soberanía que no es atribuible a uno solo de sus componentes sino entendido por la unidad, es así que –Rousseau- le atribuyó la calidad de cuerpo soberano. Como dato característico en el filósofo en referencia es la importancia que adquirió el cuerpo político, como detentador originario de la soberanía,

---

<sup>13</sup> Ibidem pág. 142.

<sup>14</sup> Idem.

<sup>15</sup> Rousseau, Juan Jacobo. El contrato social, UNAM, México, 1978, págs. 22 y ss.

de tal forma que esta condicionante constituyó un instrumento político fundamental que impedía los excesos del gobierno, pues el poder público dependía del cuerpo soberano y, este se encontraba exento de garantizar su actuación, pues siempre lo hará en favor del bien común.

Los fundamentos teóricos apuntados colocaron a la Constitución en un segundo plano respecto de la soberanía; ello tomaba razón dado que la cuestión debatida es el origen mismo del poder público a partir de la noción de la soberanía y su ubicación en el Rey o monarca o bien, la comunidad política; la parte toral fue la forma en que se encontraron en esta noción las bases para el ejercicio del poder público, pues constituyeron su génesis pero también su medida, de alguna manera el soberano era llamado para garantizar un uso moderado del poder, por lo que con el pacto social los hombres pretendían superar el estado de naturaleza en que vivían para entrar a otra en el que se les garantizara la estabilidad social y el respeto a sus bienes. Con puntual síntesis, Salazar Ugarte, sostiene:

... El modelo contractualista se construye sobre la gran dicotomía estado (o sociedad) de naturaleza-estado (o sociedad) civil y contiene algunos elementos característicos: a) el punto de partida del análisis del origen y del fundamento del Estado es el “estado de naturaleza” (que es un estado no político o apolítico); b) entre este “estado de naturaleza” y el “estado civil” o político) existe una relación de contraposición; c) los elementos constitutivos del “estado de naturaleza” son principalmente los individuos singularmente considerados; d) estos individuos, en la sociedad natural, son libres e iguales unos respecto a los otros y son titulares de ciertos derechos (naturales); e) el paso del “estado de naturaleza” al “estado civil” tiene lugar a través de pactos, contratos o convenciones (consecuentemente el “estado civil” es un ente artificial); por lo tanto, f) el principio de legitimidad de la sociedad política es el consenso...<sup>16</sup>

A pesar de la tesis del contractualismo y del estudio de la soberanía como eje rector, ello no daba cuenta de la trascendencia de una norma fundamental; por ello, para asumir el argumento del constitucionalismo y correlacionarse con la postura de la constitución antigua, fue menester (re) plantear el concepto de soberanía –desde su

---

<sup>16</sup> Salazar Ugarte, Pedro. La democracia constitucional. Una radiografía teórica, UNAM-III-FCE, México, 2006, pág.62.

indivisibilidad- de tal manera que el poder público fuera entendido de modo material y que como depositarios de la soberanía se encontraban sujetos a determinados límites; fue así como se hizo presente la idea de equilibrio de los poderes y con ello se configura la doctrina del constitucionalismo que aparece a mediados del siglo XVII.

La tesis de equilibrio (*balance*) –sostiene Fioravanti-<sup>17</sup> fue retomado por Harrington, sobre el argumento de que no existía ninguna república sin una equitativa y razonable distribución de los bienes; tal elemento fue anclado a la propia secuencia de la Constitución mixta característica del medioevo, al tiempo que esa idea de equilibrio se hizo presente en el poder público, sobre la base no solo del control del poder sino con la intención de garantizar los derechos de los gobernados, pues solamente un poder equilibrado es capaz de sopesar la restricción de los derechos.

Lo anterior trajo como consecuencia moderar el propio poder, pues es incuestionable que en la monarquía inglesa se requería disminuir los poderes del monarca e incrementar el papel que el parlamento desarrollaba en la toma de decisiones políticas fundamentales. Empero, en la república no estaba desprovisto el propio control del poder, de tal suerte que el equilibrio de los poderes resultaba imprescindible.

El ejemplo del naciente constitucionalismo inglés sobre la tesis del equilibrio, tuvo como eje rector al parlamento; la justificación política obedeció a la moderación de las atribuciones del monarca, sobre la base de la supremacía del parlamento, con el argumento de la funcionalidad de la idea de la soberanía.

Sin embargo, el equilibrio centrado únicamente en el afán de una pretendida supremacía de un poder sobre otro, en manera alguna contribuía al esquema de equilibrio, pues las luchas entre el monarca y el parlamento dan cuenta de esa gran tensión que por varios años se evidenció entre los ingleses; de hecho, sostiene Bentham, *“la verdadera diferencia entre el gobierno libre y el tiránico no venía dada por la mayor posibilidad de oponer límites al primero en nombre de la constitución, sino por*

---

<sup>17</sup> Fioravanti, Maurizio. Constitución..., op.cit., supra, nota 1, pág. 87.



*el modo de participación en el supremo poder legislativo “de las distintas clases”, por los “frecuentes y fáciles cambios de condición entre gobernantes y gobernados”, por la “responsabilidad de los gobernantes” frente a los electores y al país, por el modo de organizar las libertades políticas más importantes, como la de prensa y asociación”.*<sup>18</sup>

De este modo, los elementos: balance y el equilibrio en el parlamento –Rey o monarca, aristocracia y pueblo- vía representación, permitieron configurar una doctrina del constitucionalismo, ya que aún con la existencia o no de un documento fundamental, aquellos elementos fueron condiciones que impactaron positivamente en la libertad de los gobernados, primordialmente a la comunidad para tomar parte en las decisiones políticas.

No obstante, las crisis políticas que se detonaron en la segunda mitad del siglo XVII y el XVIII, producto del absolutismo, primordialmente en Francia, manifestaron que la lucha por el control del poder, la soberanía y la intervención de la comunidad política serían los temas centrales; por razón de éstos los derechos –naturales y pactados- podrían resultar operantes y funcionales. Todo ello se cristalizó naturalmente, sobre su necesidad en las dos grandes revoluciones que marcaron el nacimiento de los derechos fundamentales y la trascendencia del constitucionalismo.

Las dos grandes revoluciones dejaron en claro una historia postergada de los derechos y de la Constitución, como condiciones que dotarían de equilibrio y control al poder público, aunado al reconocimiento no solo de los derechos naturales del hombre sino la garantía para su eficacia.

Con este sucinto estudio, se está en posibilidad de determinar las bases teóricas que serán el fundamento acerca del estudio de la Constitución. Así, para este trabajo de investigación se toman como base las tesis de Ferdinand Lasalle, Carl Schmitt y Kart Loewenstein; en un primer momento y, en seguida Ricardo Guastini y Carlos Santiago Nino. Lo anterior, en razón de que este tratamiento debe delimitarse de tal manera que

---

<sup>18</sup> Ibidem, pág. 102.

sólo se ocuparán aquellos que por su trascendencia a la ciencia del Derecho Constitucional han constituido una aportación de tal calidad que resulta ineludible para todo trabajo de investigación, desde luego, sin descuidar los demás trabajos que metódica y jurídicamente han contribuido a esta disciplina.

A manera de inicio, se ha dado cuenta que en la historia de la humanidad la idea de Constitución se encontraba presente desde su aspecto material, esto es, los elementos o condiciones que sirvieron de peso y equilibrio entre dos polos: el poder político y la comunidad política. Sobre esta base los derechos jugaron un papel trascendente pues su reconocimiento dependía del control del poder político, esto es, la medida del poder era el cauce de la libertad política en tanto propiciaba un equilibrio en las fuerzas políticas.

Uno de los trabajos que aportó a la construcción de la teoría de la Constitución, es sin duda Ferdinand Lassalle, quien con su obra denominada *¿Qué es una Constitución?*, cristalizó una noción de carácter socio-político, al tomar como objeto de estudio el fenómeno político propiamente dicho; así, para construir aquel concepto partió de un ejercicio metódico de deducción, de tal suerte que para el jurista alemán,<sup>19</sup> la suma de los factores reales del poder que rigen en un país es la Constitución; sobre este análisis, poco interesa la existencia de un documento escrito, pues lo importante son los aspectos fácticos que producen el contenido constitucional; es la fuente de donde encuentran razón de ser las partes que conforman una unidad y que a la vez se tornan indivisibles, componentes que sobre una regular actuación no pueden cambiarse de manera arbitraria ni caprichosa.

De esto se sigue el carácter socio-político de la Constitución, pues su carácter escrito en nada cambia aquello que en un contexto social o país determinado ha aceptado y pone en práctica como Constitución.

---

<sup>19</sup> Lassalle, Ferdinand. *¿Qué es una Constitución?*, 9a. ed., Colofón, México, 1997, págs. 7 y ss.

Más adelante se incorporan en el estudio el tratamiento constitucional de los autores Schmitt y Loewenstein, quienes en su contexto se encontraban imbíbidos en los procesos político-sociales de la primera mitad del siglo XX, en Alemania; aunque con diferentes directrices teóricas, sus aportaciones dieron lugar también, al carácter metódico del estudio de la Constitución.

De esta forma, para el jurista alemán Carl Schmitt, la Constitución –jurídico-política- admite las siguientes acepciones:

Concepto absoluto de constitución.

I. Constitución en sentido absoluto puede significar, por lo pronto, la concreta *manera de ser* resultante de cualquier unidad política existente.

1. Primera significación: Constitución = la concreta situación de conjunto de la unidad política y ordenación social de un cierto Estado...

2. Segunda significación: Constitución = una manera especial de ordenación política y social...

3. Tercera significación: Constitución = el principio del devenir dinámico de la unidad política, del fenómeno de la continuamente renovada formación y erección de esta *unidad desde una fuerza y energía* subyacente u operante en la base.

II. Constitución en sentido absoluto puede significar una regulación legal fundamental, es decir, *un sistema de normas supremas* y últimas (Constitución = norma de normas).

1. Aquí la constitución no es una actuación del ser, ni tampoco un devenir dinámico, sino algo normativo, un simple “deber-ser”...

2. En realidad, una Constitución es válida cuando emana de un poder (es decir, fuerza o autoridad) constituyente y se establece por su voluntad...

3- Las representaciones de la Constitución como una unidad normativa y cosa absoluta, se aclara históricamente por una época en que la Constitución era entendida como codificación cerrada...

(...)

## Concepto relativo de Constitución.

La relativización del concepto de Constitución consiste en que en lugar de fijarse el concepto unitario de Constitución como un todo, se fija solo el de *ley constitucional concreta*, pero el concepto de ley constitucional se fija según *características* externas y accesorias, llamadas *formales*.

I. Constitución, en sentido relativo, significa, pues, la ley constitucional en particular...

II. La Constitución escrita. Lo "formal" de la Constitución escrita no puede consistir naturalmente en que alguien haya llevado al papel algunas prescripciones o estipulaciones, las haya instrumentado o hecho instrumentar, y por eso nos encontramos en presencia de un documento escrito...

III. Reforma dificultada, como característica formal de la ley constitucional. La nota formal de la Constitución o (indistintamente) de la ley constitucional, se hallará en que los cambios constitucionales están sometidos a un procedimiento especial con condiciones más difíciles...

(...)

## El concepto positivo de Constitución.

I. La Constitución en sentido positivo surge mediante un acto del poder constituyente. El acto constituyente no contiene como tal una formación cualesquiera, sino, y precisamente por un único momento de decisión, la totalidad de la unidad política considerada en su particular forma de existencia... La Constitución en sentido positivo contiene solo la determinación consciente de la concreta forma de conjunto por la cual se pronuncia o decide la unidad política.

II. La Constitución como decisión... En el fondo de toda formación reside una *decisión política del titular del poder constituyente*, es decir, del Pueblo en la Democracia y del Monarca en la Monarquía auténtica.

(...)

## Concepto ideal de Constitución

I. Con frecuencia se designa como "verdadera" o "auténtica Constitución, por razones políticas, la que responde a un cierto ideal de Constitución...

II. El concepto ideal de Constitución del Estado de Derecho...

1. Constitución = un sistema de garantías de libertad burguesa...

2. Constitución = a la llamada división de poderes...

3. Constitución = Constitución escrita...

III. El concepto ideal todavía hoy dominante de Constitución es el ideal de Constitución del Estado burgués de Derecho...<sup>20</sup>

El tratamiento de la Constitución desde la formulación del jurista alemán, encuentra un sentido en principio, político, en tanto parte de la legitimidad que permite su aceptación y aplicación por la comunidad; luego su aspecto procedimental que resulta indispensable para otorgar validez y eficacia, de tal manera que sea exigible su cumplimiento y, finalmente, el contenido constitucional, es decir, los principios que inspiran la formación de un documento supremo.

No obstante, lo fundamental de la concepción teórica para el jurista alemán radica en que la Constitución tiene una parte infranqueable que son las *decisiones políticas fundamentales* (concepto positivo de constitución), de ahí que sostenga “*la necesidad de limitar la palabra “constitución” a Constitución del Estado, es decir, de la unidad política de un pueblo*”<sup>21</sup>

Ahora, en lo que atañe Kart Loewenstein, quien a través de su obra *Teoría de la Constitución*, en un estudio con una metodología aproximado a la ciencia política logra establecer elementos que subyacen en el concepto de Constitución: decisión política fundamental, constitucionalismo y los elementos de una auténtica Constitución.

---

<sup>20</sup> Schmitt, Carl. Teoría de la Constitución, Editorial Nacional, México, 1981, págs. 4-12

<sup>21</sup> Ibidem, pág. 3

En el primer punto, el filósofo alemán sostiene que son aquellas resoluciones de la sociedad que son decisivas y determinantes, en el presente y frecuentemente en el futuro, para la conformación de dicha comunidad.<sup>22</sup>

Respecto del *constitucionalismo* y la Constitución, resulta de gran interés sus aportaciones; parte de la base del sistema político para argumentar que el constitucionalismo abarca diversos tipos de gobierno, de tal manera que la Constitución funciona como punto de equilibrio entre factores de poder. De tal forma que, en su carácter histórico –añade- el constitucionalismo hace referencia al orden político constitucional y el orden político democrático constitucional.<sup>23</sup>

Sobre estos referentes –Loewenstein- afirma que la Constitución significa un sistema de normas establecidas o de reglas convencionales, las cuales regulan las relaciones entre los detentadores y los destinatarios del poder, así como la respectiva interacción de los diferentes detentadores del poder en la formación de la voluntad estatal.<sup>24</sup>

Finalmente, aterriza a los elementos definitorios y estructurales del concepto de Constitución, estableciendo:

- 1.- La diferenciación de las diversas tareas estatales y su asignación a diferentes órganos estatales o detentadores del poder para evitar la concentración del poder en las manos de un único y autocrático detentador del poder.
2. Un mecanismo planeado que establezca la cooperación de los diversos detentadores del poder. Los dispositivos y las instituciones en forma de frenos y contrapesos – *Los cheks and balances*, familiares a la teoría constitucional americana y francesa-, significan simultáneamente una distribución y, por tanto, una limitación del ejercicio del poder político.
3. Un mecanismo, planeado igualmente con anterioridad, para evitar los bloqueos respectivos entre los diferentes detentadores del poder autónomos, con la finalidad de evitar que uno de ellos, caso de no producirse la cooperación exigida por la constitución, resuelva el impasse por

---

<sup>22</sup> Loewenstein, Kart. Teoría de la Constitución, 2a. ed., Ariel, Barcelona, 1976, pág. 63.

<sup>23</sup> Ibidem, pág. 89

<sup>24</sup> Idem.

sus propios medios, esto es, sometiendo el proceso del poder a una dirección autocrática. Cuando, finalmente, bajo el impacto de la ideología democrática de la soberanía popular del pueblo, el constitucionalismo alcanzó el punto en el cual el árbitro supremo en los conflictos entre los detentadores del poder establecidos quedó encarnado en el electorado soberano, la idea originaria del constitucionalismo liberal quedó completada en la idea del constitucionalismo democrático.

4. Un método, también establecido de antemano, para la adaptación pacífica del orden fundamental a las cambiantes condiciones sociales y políticas – el método racional de la reforma constitucional- para evitar el recurso a la legalidad, a la fuerza o a la revolución.

5. Finalmente, la ley fundamental debería contener un reconocimiento expreso de ciertas esferas de autodeterminación individual -los derechos individuales y libertades fundamentales-. y su protección frente a la intervención de uno o todos los detentadores del poder. Que este punto fuese reconocido en una primera época del desarrollo del constitucionalismo es un signo de su específico *te/los* liberal. Junto al principio de la distribución y, por lo tanto, limitación del poder, estas esferas absolutamente inaccesibles al poder político se han convertido en el núcleo de la constitución material...<sup>25</sup>

Lo anterior, pone de manifiesto que el concepto de Constitución es determinante para el constitucionalismo y, en este último se encuentran las condiciones básicas para asumir la fase de un Estado constitucional. Esto es, para el filósofo alemán la construcción de los consensos permitiría generar un documento que contiene los principios fundamentales en un contexto político-social particularizado; de tal suerte que son las decisiones políticas fundamentales los cimientos de la construcción constitucional, pues por este mecanismo la voluntad soberana delimita y controla el ejercicio del poder público, pero también, esos principios incuestionablemente hacen referencia a la libertad política, por tanto, el control no es en sí mismo el poder, sino su equilibrio en relación con el gobernado a efecto de evitar un desmesurado ejercicio en perjuicio de la libertad –política-.

---

<sup>25</sup> Ibidem, págs. 153-154

Desde un aspecto estructural y sintetizado el autor Ricardo Guastini, precisa las acepciones del término Constitución, según los usos jurídicos y socio-políticos que ha tenido a lo largo de la historia, de esta manera sostiene:

El término “Constitución” es usado en el lenguaje jurídico (y político) con una multiplicidad de significados (cada uno de los cuales presenta muy diversos matices)... Será suficiente distinguir los cuatro significados principales, que son los siguientes:

- 1)- En una primera acepción, “Constitución” denota todo ordenamiento político de tipo liberal.
- 2).- En una segunda acepción, “Constitución denota un cierto conjunto de normas jurídicas, *grosso modo*, el conjunto de normas –en algún sentido fundamental- que caracteriza e identifican todo ordenamiento.
- 3).- En una tercera acepción, “Constitución” denota –simplemente- un documento normativo que tiene ese nombre (o un nombre equivalente).
- 4) En una cuarta acepción, en fin, “Constitución” denota un particular texto normativo dotado de ciertas características “formales”, o sea de un peculiar régimen jurídico.<sup>26</sup>

De la parte trasunta puede verificarse el tratamiento político y el jurídico que se le otorga a la Constitución; según la fuerza más-menos vinculante o bien, la legitimidad o legalidad en su formación, también, está imbricado el contenido constitucional; sobre esto último, el jurista italiano le otorga la denominación de Constitución en sentido material, es así que afirma lo siguiente:

- 1) En un primer sentido, se habla de Constitución material para referirse a las normas que, en cualquier ordenamiento, determinan la “forma de Estado” y la “forma de gobierno”.
- 2) En un segundo sentido, se habla de Constitución material para referirse al conjunto de normas sobre la legislación, o más en general al conjunto de normas sobre las fuentes.
- 3) En un tercer sentido, la misma expresión es utilizada para designar la “decisión política fundamental del titular del poder constituyente”

---

<sup>26</sup> Guastini, Ricardo. Estudios de Teoría Constitucional, Fontamara-UNAM, México, 2001, págs. 29-30.



La “decisión política fundamental”, a su vez, puede ser concebida como la decisión relativa a la forma de Estado, o como la decisión relativa al conjunto de los principios supremos que caracterizan a cualquier ordenamiento.

4) En un cuarto sentido, se habla de Constitución material para referirse al régimen político vigente en un Estado.

El régimen político, a su vez, es concebido como el conjunto de los “fines políticos en vista de los cuales las fuerzas dominantes inspiran la acción estatal”; o bien como “el real arreglo y funcionamiento de las instituciones políticas en las varias fases históricas, al margen de cuanto prescriban las correspondientes cartas constitucionales”.

5) En un quinto sentido, en fin, la locución “Constitución material” es utilizada como sinónimo de “Constitución viva” denota –con un lenguaje sugestivo- el modo en que una determinada Constitución escrita es concretamente interpretada y actuada en la realidad política. Por lo que se refiere a la interpretación, es bastante obvio que cualquier texto constitucional es susceptible de interpretaciones no solo sincrónicamente diversas, sino (sobre todo) diacrónicamente cambiantes. Por lo que respecta a la actuación, habría quizá que aclarar que un texto constitucional (no diversamente, por lo demás, de lo que sucede con cualquier otro texto normativo) puede permanecer inactuado. Se puede crear un problema de “actuación” constitucional y correlativamente se abre la posibilidad de que la Constitución quede “inactuada en al menos dos clases de normas:

a) Por un lado, las eventuales normas programáticas, dirigidas al legislador. Muchas Constituciones contemporáneas contienen normas de este tipo

b) Por otro lado, las eventuales normas –como se suele decir- “de eficacia diferida”, es decir, todas aquellas normas que no pueden adquirir eficacia sin la previa creación de otras normas, las cuales son, por ello, condición necesaria de eficacia.<sup>27</sup>

En términos económicos puede sostenerse que el concepto de Constitución puede ser abordado desde diversos ángulos: socio-político, filosófico, jurídico e histórico; constituye una síntesis de variados componentes que permiten otorgar esa calidad, a razón de los principios y decisiones que ahí se contemplan; de esta forma, la Constitución implica:

---

<sup>27</sup> Ibidem, págs. 44-45

- a) Voluntad popular de consumir aspiraciones esenciales para la comunidad;
- b) Las decisiones políticas fundamentales tomadas mediante un procedimiento concreto;
- c) La estructura política que adoptará determinado Estado;
- d) Una racional distribución del poder público de tal manera que la toma de decisiones políticas sea centrífuga;
- e) El equilibrio entre el poder y la libertad política;
- f) Derechos fundamentales;
- g) La garantía y tutela de tales derechos;
- h) Un esquema de control judicial de constitucionalidad de los actos de autoridad y,
- i) Que el propósito sea que toda actuación de gobernantes y gobernados se ajusten a los principios, valores y derechos prescritos.

Desde luego, éstos elementos no están desprovistos de la exigencia procedimental y de su flexibilidad o rigurosidad para ser tocada o alterada; pero tal situación no puede conducir al extremo de modificar las decisiones políticas fundamentales adoptadas por el soberano.

La Constitución tiene una doble dimensión: material y formal; el primero hace referencia al contenido (parte dogmática y orgánica) en el que se distingue por su carácter supremo y, en el segundo, respecto a su forma de creación y modificación, en el que se caracteriza por su rigidez o flexibilidad constitucional.

Carlos Santiago Nino, teórico contemporáneo, expone los argumentos constitutivos indispensables del constitucionalismo y son de base en este estudio, por la forma en que configura los caracteres definitorios de un Estado Constitucional de Derecho; de tal manera que para el jurista argentino, el constitucionalismo es un concepto extendido que no se reduce al control del poder, sino que incluye:

- l).- La concepción menos robustecida quizá se encuentra asociada a la idea básica del *rule of law*, que implica la preservación de algunas reglas jurídicas fundamentales que limitan en cierta medida lo que un órgano particular de gobierno, democrático o no, puede hacer.

II) Un concepto un poco más robustecido sería más específico respecto del modo en que el gobierno se encuentra limitado por normas jurídicas, requiriendo generalmente de una constitución, aunque no necesariamente materializada en un documento escrito. Cualquiera que sea su contenido, esta constitución está protegida desde el momento en que su reforma o derogación exigen procesos más complejos, que el requerido para modificar la legislación ordinaria, y se considera suprema respecto de esas normas.

III) Un concepto aun más robusto de constitucionalismo contiene restricciones formales que la constitución impone a las leyes sujetas a su supremacía, requiriendo que éstas sean, por ejemplo, generales, precisas, públicas, no retroactivas, estables y que se apliquen imparcialmente sin distinción alguna que la misma ley no haga.

IV) Podríamos robustecer aun más el concepto si le agregamos la idea de separación de poderes, con especial énfasis en la independencia del poder judicial de los órganos legislativos.

V) Una dimensión fundamental se le agrega al concepto de constitucionalismo cuando la constitución reconoce derechos individuales que no pueden ser coartados por ningún órgano del Estado.

VI) Cuando se agrega el control judicial de constitucionalidad, el constitucionalismo se hace aun más robusto ya que la justicia independiente se convierte en la única institución capaz de proteger esos derechos y cuenta con el poder de anular la legislación que los amenaza.

VII) El concepto se amplía enormemente cuando se agrega la democracia a los requerimientos mencionados, para juzgar el origen de algunas instituciones de gobierno.

VIII) Por último, la robustez del concepto de constitucionalismo depende del modelo particular de democracia que se tome y sus instituciones específicas, tales como la representación, la democracia directa, la necesidad de contar con un cuerpo legislativo colectivo y elegido popularmente, o con un órgano unipersonal, también popularmente electo, pero que reúna funciones legislativas y ejecutivas...<sup>28</sup>

La configuración del *constitucionalismo* sobre los elementos definitorios citados, permiten de algún modo valorar objetivamente si una estructura política estatal con una Constitución es fuerte, en el sentido de prever estas condicionantes o bien, se va

---

<sup>28</sup> Nino, Carlos Santiago. La Constitución de la democracia deliberativa, Gedisa, España, 1997, págs. 16-17

debilitando en la medida en que se ausente uno de ellos; pero, el mero hecho ocasional o circunstancial de poseer esos elementos no necesariamente conduce a la intelección del constitucionalismo, pues la supremacía y la rigidez constitucional no pueden admitir medianías o su mero formulismo, sin la garantía concreta para su eficacia.

No puede dejar de destacarse que una nueva forma de visualizar a la Constitución se haya en el *neo-constitucionalismo*, el cual enmarca un modelo teórico de amplitud y completitud de los derechos fundamentales, pero también la dimensión constitucional en la estructura política estatal. Uno de los trabajos que aborda de manera epistémico el *neo-constitucionalismo* se obtiene de Paolo Comanducci, en el ensayo titulado *Formas de (neo) constitucionalismo: un análisis metateórico*, en la parte que interesa, el autor trata el tema sobre tres directrices: teórico, metodológico e ideológico, sus argumentos son los siguientes:

1) *Neoconstitucionalismo teórico*: aspira a describir los logros de la constitucionalización, es decir, de ese proceso que ha comportado una modificación de los grandes sistemas jurídicos contemporáneos respecto a los existentes antes del despliegue integral del proceso mismo (...). Dentro de la teoría-neoconstitucionalista, por otro lado, se asiste a la formación de dos tendencias contrapuestas de pensamiento: mientras algunos de sus exponentes entienden que aquella no es más que la continuación, con el mismo método pero con un objetivo (parcialmente) modificado, del iuspositivismo, otros sostienen por el contrario que las transformaciones del objeto de investigación comportan la necesidad de un cambio radical de metodología, y que por tanto el neoconstitucionalismo presenta diferencias cualitativas respecto al iuspositivismo teórico. Es necesario observar que el neoconstitucionalismo teórico –que se caracteriza también y sobre todo por centrar su propio análisis en la estructura y en el papel que, en los sistemas jurídicos contemporáneos, asume el documento constitucional– adopta a veces, como objeto de investigación, lo que en otro lugar ha definido como el “modelo descriptivo de la Constitución como norma”, y a veces, por el contrario, el “modelo axiológico de la Constitución como norma”...

2) *Neoconstitucionalismo ideológico*: cuando se presenta (también) como una ideología, el neoconstitucionalismo tiende a distinguirse parcialmente de la ideología constitucionalista, ya que pone en un segundo plano el objetivo de la limitación del poder estatal –que era por el contrario absolutamente central en el constitucionalismo de los siglos XVIII y XIX–, mientras

que pone en un primer plano el objetivo de garantizar los derechos fundamentales (...). El neoconstitucionalismo ideológico no se limita por tanto a describir los logros del proceso de constitucionalización, sino que los valora positivamente y propugna su defensa y ampliación. En particular, subraya la importancia de los mecanismos institucionales de tutela de los derechos fundamentales –podríamos en este sentido hablar de “neoconstitucionalismo de los contrapoderes”, pero más todavía destaca la exigencia de que las actividades del legislativo y del judicial estén directamente encaminadas a la concretización, la actuación y la garantía de los derechos fundamentales previstos en la Constitución –podríamos en este sentido hablar de un “neoconstitucionalismo de reglas”-.

3) *Neoconstitucionalismo metodológico*: sostiene por el contrario –al menos respecto a situaciones de Derecho constitucionalizado, donde los principios constitucionales y los derechos fundamentales constituirán un puente entre Derecho y moral. la tesis de la conexión necesaria, identificativa y/o justificativa, entre Derecho y moral...<sup>29</sup>

El neoconstitucionalismo tiene como eje central potenciar a la Constitución a partir de sus componentes: el control del poder y los derechos fundamentales, pero desde la óptica de ampliar esa categorización, pues con ello esos derechos alcanza una mayor tutela judicial que se torna eficaz y efectiva.

La anterior ilustración deja en claro que el neoconstitucionalismo admite varias formas de tratamiento: político, teórico e ideológico, tal como lo expresa Prieto Sanchís, que el *“constitucionalismo puede encarnar un cierto tipo de Estado de Derecho, designando por tanto el modelo institucional de una determinada forma de organización política... es también una teoría del Derecho, más concretamente aquella teoría apta para explicar las características de dicho modelo... también, la ideología que justifica o defiende la fórmula política así designada”*.<sup>30</sup>

Finalmente en el lenguaje teórico hoy se habla de “*activismo*” judicial, para designar una ideología que el juzgador debe asumir en los planteamientos jurídicos y especialmente al momento de decidir; por ello, el juez activista no sólo se propone observar la norma

---

<sup>29</sup> Carbonell, Miguel (coord.). Neoconstitucionalismo (s) Trotta-UNAM, Madrid, 2003, págs. 82-98.

<sup>30</sup> Prieto Sanchís, Luis. Derechos fundamentales, neoconstitucionalismo y ponderación judicial. Palestra, Lima, 2007, págs. 109-110.

sino que su función se amplía, de tal manera que desarrolle en el proceso un rol creativo en la norma. Tal *activismo* se propone superar la idea del *Juez Hércules* y adquirir un protagonismo directo en todo proceso judicial por parte del juzgador.

### **1.3 CONSTITUCIONALISMO.**

Del entramado constitucional, en términos genéricos, define que un Estado (político) sea de ese modo y se distinga de cualquier otro ente; esto es, que es lo que caracteriza a un Estado como tal que no admita un significado distinto.

Sobre esta base es pertinente recuperar la aportación de la Lassalle, quien considera a los factores reales del poder como la esencia de la Constitución, de tal manera que “*Los factores reales de poder que rigen en el seno de cada sociedad son esa fuerza activa y eficaz que informa todas las leyes e instituciones jurídicas de la sociedad en cuestión, haciendo que no puedan ser, en sustancia, más que tal y como son,*”<sup>31</sup> no obstante, al hacerlo conciliable con la aportación de Loewenstein-Schmitt, podemos encontrar una conclusión interesante.

Si se considera a los factores reales del poder como los grupos de interés que confluyen en la comunidad con una misma dirección: el bien común; entonces, la comunidad política de un momento histórico-político determinado adopta una resolución, presente y futura, al que se ha denominado decisiones *políticas fundamentales*, donde la comunidad política –representada por el constituyente–, vislumbra la necesidad de un documento que haga efectiva las aspiraciones colectivas (reales).

Por tanto, la esencia constitucional son las decisiones *políticas fundamentales*, adoptadas por los *factores reales de poder*, que en un contexto histórico-político determinan el arquetipo de Estado en el que converjan las aspiraciones colectivas. Aspiraciones –reales– que hacen del acto constitucional un documento político, en tanto

---

<sup>31</sup> Lasalle, Ferdinand, op. cit., supra, nota 19, pág. 11.

emana de la comunidad, a pesar de ser construido por el constituyente –pues tiene la misma naturaleza-, más aún, “*se deberá considerar como el telos de toda constitución la creación de instituciones para limitar y controlar el poder político*”.<sup>32</sup>

Abundando sobre el tema, Covián Andrade, sostiene que “*Es el conjunto de decisiones políticas fundamentales que definen el ser o modo de ser del Estado (Scmitt), es decir, determinan su estructura real y describen o reflejan como está constituido*”,<sup>33</sup>

#### **1.4 PRINCIPIOS CONSTITUCIONALES.**

Iniciando con su aspecto semántico, la Real Academia Española<sup>34</sup> indica que el vocablo principio significa “1.m. *Primer instante del ser de algo*, 2.m. *Punto que se considera como primero en una extensión o en una cosa*. 3.m. *Base, origen, razón fundamental sobre la cual se procede discurrendo en cualquier materia*. 4.m. *Causa, origen de algo*. 5. m. *Cada una de las primeras proposiciones o verdades fundamentales por donde se empieza a estudiar las ciencias o las artes*. 6. m. *Norma o idea fundamental que rige el pensamiento o la conducta...*”.

El contenido semántico encuentra un acercamiento básico en cuanto se entiende a los *principios* como las primeras proposiciones o verdades fundamentales de toda ciencia, esta precisa cierta adecuación a la materia en estudio; pero habrá que profundizar el encuadre de los principios aplicados al Derecho, así, entra a colación un importante estudio del jurista Vigo, quien hace una síntesis teórica de los principios “jurídicos”, pero que en esta ocasión solo interesa el contenido, origen, validez, cumplimiento y funciones, como a continuación se cita:

- 1.- *El contenido*. Define Dworkin a los principios como “estándares”, que no son normas, y que han de ser observados, no porque favorezcan o aseguren una situación económica, política o social que se considere deseable, sino porque es una exigencia de la justicia, la equidad o

---

<sup>32</sup> Loewenstein, Kart, op. cit., supra, nota 22, pág. 151.

<sup>33</sup> Covián Andrade, Miguel. Teoría Constitucional, 2a. ed., CEDIPC, México, 2000, pág. 112.

<sup>34</sup> Consulta en línea: [www.buscon.rae.es/rae.html](http://www.buscon.rae.es/rae.html) (26 de octubre de 2010).

alguna otra dimensión de la moralidad”. Es responsabilidad básica de los jueces tomar decisiones respaldadas en argumentos de principios para así asegurar el respeto de los derechos de los ciudadanos. Atender a los principios a la hora de adjudicar derechos, sin dejar que los argumentos políticos basados en metas colectivas de la comunidad prevalezcan (“*policy*”, en la terminología de Dworkin), equivale a tomarse en serio los derechos individuales, no condicionando su respeto a cálculos de utilidad.

Mientras que los principios tienen aquel contenido moral o vinculado a los derechos morales (*moral rights*, por oposición a *legal rights*), las normas cuentan con un contenido diversificado y no necesariamente moral.

2. *El origen*. Las normas pueden ser sometidas a lo que Dworkin llama “el test de origen” o “*pedigree*”, individualizando la manera y el momento en que fueron establecidas como tales. En cambio, en los principios, en virtud de pertenecer al derecho forzosamente, por su contenido y no por lo que dispuso alguna autoridad, resulta irrelevante aquella búsqueda.
3. *La validez*. Si los principios cuentan con una intrínseca y necesaria juridicidad, parece evidente que las normas no pueden afectar ese contenido radicalmente jurídico, dado que de hacerlo quedarían afectadas en su validez. La validez de los principios es consecuencia necesaria de su contenido; por eso, en caso de contradicción con las normas aquellos son los que prevalecen. La validez de las normas deriva de otras normas o de los principios.

(...)

13. *El cumplimiento*. Según Robert Alexy, los principios son “mandatos de optimización”, dado que mandan la mejor conducta posible según sus posibilidades fácticas y jurídicas, mientras que las normas son “mandatos definitivos”, y al mandar una conducta determinada o definida es posible un cumplimiento pleno de ellas. También A. Peczenik insiste en que “si alguien está en una situación regulada por una regla, solo tiene dos posibilidades:

Obedecer la regla en cuestión o no obedecerla (...). Un principio valorativo, por el contrario, establece un ideal que puede realizarse en cierto grado, mayor o menor.

(...)

21. *Funciones*. Bobbio reconoce en los principios hasta cuatro funciones: a) *interpretatio*: aportan al esclarecimiento del sentido de otras normas; b) *directiva o programática*: orienta la



actividad de los juristas al momento de crear una norma; c) *integradora*: proporcionan criterios conforme a los cuales resolver un problema jurídico que no tiene regulación normativa (es decir, en caso de laguna jurídica), y d) *limitativa*: ponen los cauces dentro de los cuales se puede ejercer cierta competencia. También se admite como funciones propias de los principios la “fundamentadora del ordenamiento”, de modo que legitiman o reconocen la validez de las otras fuentes del derecho, y la “sistematizadora”, en tanto posibilitan la estructuración u ordenamiento del material jurídico. Por el lado de las normas, la función que claramente cumplen es la de regular directamente determinado supuesto de hecho, pero les es extraño el tener por objeto a otras normas (precisándolas, orientándolas, sistematizándolas o fundándolas) o suplir su ausencia...<sup>35</sup>

Es incuestionable que los principios como criterios orientadores, desarrollan una función toral en el discurso jurídico no sólo en cuanto al sistema sino al propio Derecho, emergen y se condensan con ella. Por tanto, los principios constituyen axiomas encaminados a un ejercicio valorativo del Derecho y por el cual descansan las instituciones jurídicas, cuyo propósito es prescribir las razones del Derecho en determinado contexto histórico-político (Estado), Sobre esta base, si el cometido de los principios es el contenido normativo, entonces, todo discurso jurídico no puede abstenerse de aspecto moral o valorativo del Derecho, en tanto, que informa cual es el contenido de la norma y su implicación en el Derecho, a pesar de la regla existente.

Los principios establecen una determinada calidad en el ordenamiento, específicamente en el constitucional en cuanto se pretende su aplicabilidad, en cuya parte se encuentra su necesaria interpretación con el propio sistema que establece el ordenamiento supremo. Imbíbidos los principios en el campo constitucional orientan la coherencia normativa de la estructura política estadual.

La finalidad de los principios –constitucionales- se encuentra sobre la base de la prevalencia de la Constitución y la funcionalidad de sus instituciones jurídicas.

---

<sup>35</sup> Vigo, Rodolfo L. Los principios jurídicos, Ediciones Depalma, Buenos Aires, 2000, págs. 9-18.

Estos principios,<sup>36</sup> pueden enumerarse de la siguiente manera:

- a) Limitación,
- b) Funcionalidad,
- c) Supremacía,
- d) Estabilidad y,
- e) Efectividad.

Los principios apuntados son fundatorios de otros, sobre la base que para hacer efectivas *las decisiones políticas fundamentales*, su positivación deben entrar en sintonía con los principios, *verbi gratia*, junto al principio de estabilidad se encuentra imbricado el principio de reformabilidad.

Respecto de los principios –de teoría- constitucionales, apunta el jurista Uribe Arzate, lo siguiente:

Desde su concepción normativa, la Constitución está envuelta en un complejo tejido de principios teóricos como son los siguientes: supremacía, fundamentalidad, permanencia, inviolabilidad y reformabilidad. Estos principios de teoría constitucional vertebran a la Constitución normativa y le insuflan vitalidad; pero más allá de esto, cada uno de ellos tiene una dimensión metajurídica; lo que significa que no se agotan en la simple dimensión normativo-legal que su significado en principio sugiere.

Además de estos principios, es preciso valorar la pertinencia de incluir en la Teoría de la Constitución, el principio de inabrogabilidad que se traduciría no en la imposibilidad de reformar a la constitución sino en la limitación insuperable para modificar principios esenciales de la Carta Magna.

Es de destacarse que los principios apuntados tienen por objeto garantizar el respeto y estabilidad constitucional, así como la permanencia y funcionalidad de las instituciones jurídicas que de ella derivan.

---

<sup>36</sup> Una síntesis del tema se haya en Quisbet, Ermo. Principios constitucionales. visible en: <http://ermoquisbert.tripod.com/doc/05.pdf> (11 de noviembre de 2009).

## 1.5 NORMAS CONSTITUCIONALES.

Sobre el argumento que aquello que totalitariamente se denomina Constitución, se atribuye a las decisiones políticas fundamentales (esencia), adoptadas por los factores reales de poder imperantes en un contexto histórico-político determinado, por el cual determinan la estructura política que adoptará la comunidad política y por ello posee una naturaleza política y no jurídica; luego entonces, sus componentes, esto es, para positivizar aquellas decisiones es necesario traducirlo jurídicamente, de ahí que se hable de *normas constitucionales*.

En este punto, Loewenstein, afirma que “... *donde el poder está distribuido, el dominio está limitado y esta limitación trae consigo restricción y control. La totalidad de estos principios y normas fundamentales constituye la constitución ontológica de la sociedad estatal, que podrá estar o bien enraizada en las convicciones del pueblo, su formalización expresa –constitución en sentido espiritual, material- o bien podrá estar contenida en un documento escrito –constitución en sentido formal-*”<sup>37</sup>

Se resalta que las normas constitucionales no es sinónimo de la Constitución normativa, ésta última, niega la naturaleza política de la Constitución y por tanto, del carácter político de sus creadores; todo lo contrario, el soberano constituyente, adopta y materializa aquellas decisiones de tal suerte que se cumplan tanto por los gobernados como los gobernantes.

El como de las normas constitucionales es presentado con notable claridad por Schmitt, de la siguiente forma:

1. En un sentido general, no preciso, se llaman “leyes fundamentales” todas las leyes o disposiciones que parecen de singular importancia política a las personas o grupos políticamente influyentes en un momento dado.

---

<sup>37</sup> Loewenstein, Kart, op. cit., supra, nota 22, págs. 150-151

2. Ley fundamental= una norma absolutamente inviolable, que no puede ser, ni reformada, ni quebrantada.
3. Ley fundamental= toda norma relativamente invulnerable, que sólo puede ser reformada o quebrantada bajo supuestos dificultados.
4. Ley fundamental = el último *principio unitario de la unidad política* y de la *ordenación de conjunto*. Aquí se expresa el concepto absoluto de Constitución.
5. Ley fundamental = cualquier *principio particular* de la organización estatal (derechos fundamentales, división de poderes; principio monárquico, el llamado principio representativo, etcétera).
6. Ley fundamental= la norma última para un sistema de imputaciones normativas. Aquí se destaca el carácter normativo, y en ley fundamental se actúa ante todo el elemento “ley”.
7. Ley fundamental= Toda regulación orgánica de competencia y procedimiento para las actividades estatales políticamente más importantes; y también, en una Federación, la delimitación de los derechos de ésta respecto de los de los Estados miembros.
8. Ley fundamental= toda limitación normada de las facultades o actividades estatales.
9. Ley fundamental= Constitución en sentido positivo, de donde la llamada ley fundamental no tiene por contenido esencial una formación legal, sino la decisión política.<sup>38</sup>

Por tanto, el soberano constituyente lleva la positivación de las decisiones políticas fundamentales (expresión formal), mediante un documento que contiene las reglas y principios de orden imperativo para las autoridades y público subjetivo para el gobernado, cuya característica es su certeza, durabilidad, oponibilidad, exigibilidad, inalienabilidad e imprescriptibilidad; es por ello que *“las normas constitucionales son expresiones o estructuras jurídicas que dotan de obligatoriedad o coercibilidad a las decisiones políticas fundamentales, las cuales son su materia en todo caso, directa o*

---

<sup>38</sup> Schmitt, Carl. Teoría De la Constitución..., op. cit., supra, nota 20, págs. 47-48

*indirectamente, tendiendo por lo general, la peculiaridad de poder ser reformado sólo con observancia del principio de rigidez constitucional”.*<sup>39</sup>

Las normas constitucionales pueden resultar directamente de las decisiones políticas fundamentales y entonces, se denominan primarias o bien, de éstas o su revisión y, por tanto son secundarias.

Siguiendo a Bruce Ackerman, se formula la siguiente interrogante “ *¿Está realmente tan claro que toda nación necesita una Constitución, con mayúscula, un texto que se proclame a sí mismo la ley fundamental de la nación, con un estatus superior a todas las otras leyes”?*,<sup>40</sup> sin duda, la respuesta debe ser en sentido afirmativo; a pesar de la existencia de las decisiones políticas fundamentales, es indudable la necesidad de materializarlas e instrumentarlas; solo de ese modo es posible que los derechos puedan oponerse y el poder público tenga claramente definido la ruta permitida, lo cual de suyo es garantía de la no interferencia en el derecho de los gobernados.

## **1.6 DERECHOS FUNDAMENTALES.**

Cuando se trata el tema de la Teoría Constitucional es indispensable delimitar la línea histórica, a partir de esto permite matizar cómo se configuraron los derechos.

De este modo se encuentra: la constitución antigua, la constitución de los modernos – constitucionalismo- y finalmente el neo-constitucionalismo; todos entramados a los derechos fundamentales. Lo anterior, constituye el *segundo argumento* del trabajo de investigación y que en seguida se explicará.

Dentro de esta teoría –histórica- de la Constitución, están imbricados los derechos fundamentales; sobre este particular, es incuestionable la labor realizada por el jurista Mauricio Fioravanti, en la obra denominada *Los derechos fundamentales*.

---

<sup>39</sup> Covián Andrade, Miguel. Teoría Constitucional..., op. cit., supra, nota 34, pág. 97

<sup>40</sup> Ackerman, Bruce. El futuro de la revolución liberal, Ariel, Barcelona, 1995, pág. 67

*Apuntes de historia de las constituciones*; en específico, las fundamentaciones teóricas de las libertades: el modelo historicista, el modelo individualista y, el modelo estatalista. Una síntesis de los argumentos del jurista italiano, son los siguientes:<sup>41</sup>

1. *Modelo Historicista*: La cultura historicista de las libertades buscó en la edad media la gran tradición europea del gobierno moderado y limitado y, en algún modo, empuja al constitucionalismo moderno que quiere convertirse en protector de aquellas libertades a compararse con el legado medieval.

De manera más simple: este modelo sostuvo una doctrina y una práctica del gobierno limitado. Aquí tomó especial relevancia el modelo inglés: *liberty and property*.

2. *Modelo individualista*: Dos son las líneas que fundamentan la teoría y práctica de las libertades y los derechos en sentido moderno; la primera, es una antítesis entre el orden estamental y el orden individual; y, la segunda, es la línea *contractualista*; en esta parte, se encuentra la sociedad de individuos políticamente activos. Los derechos y libertades son reconocidos por el Estado, pero no creados: no se puede crear aquello que ya existe.

Aquí toma especial relevancia el poder constituyente, este poder será el padre de todas las libertades políticas, las positivas, ya que en él se contiene la máxima libertad de decidir: un cierto y determinado orden político. De manera más simple: el modelo individualista partió de una revolución social que eliminara los privilegios y el orden estamental que los sostenía.

3. *Modelo estatalista*: Aquí, la autoridad del Estado es algo más que un instrumento necesario de tutela: es la condición necesaria para que las libertades y los derechos nazcan y sean alumbrados como auténticas situaciones jurídicas

---

<sup>41</sup> Fioravanti, Maurizio. Los derechos fundamentales. Apuntes de historia de las constituciones. 4a. ed., Trotta, Madrid, 2003, págs. 25-53.

subjetivas de los individuos. El modelo estatalista afirmó que el Estado nace de la voluntad de los individuos, pero tal voluntad no puede ser representada con el esquema negocial y de carácter privado del contrato (*contract*) entendido como composición de intereses individuales distintos, Para hacer al Estado verdaderamente fuerte y dotado de autoridad, su génesis debe depender de otra cosa, que es en síntesis el pacto (*pact*): solamente con el *pact* se logra por fin liberar al ejercicio del poder constituyente de toda influencia de carácter privado, situándolo completamente en el plano de la decisión política. Toda la sociedad de los individuos políticamente activos –que eligen y son elegidos, que participan de diferentes maneras en la formación de la ley –se agota, por consiguiente, dentro de las estructuras del Estado soberano. En el modelo estatalista las libertades civiles, las “negativas”, son lo que la ley del Estado quiere que sean.

De lo trasunto toma especial relevancia para los derechos fundamentales, en tanto que su base se encuentra en el *gobierno moderado*, pero visto como producto de la historia y en especial de las luchas sociales para controlar los excesos del rey o monarca; las personas en este estadio son súbditos, entonces es un *gobierno de hombres*. Por ello no puede negarse que tales derechos “*van surgiendo tal como lo van permitiendo las condiciones sociales e ideológicas*”.<sup>42</sup>

Más adelante, el esquema del gobierno moderado no resultó del todo favorable desde la perspectiva de los derechos fundamentales, por tanto, se supera la concepción de súbdito y se asume el carácter individual de las personas como sujeto de un derecho –natural- e iguales frente a sus semejantes, capaces de asociarse, generar un nuevo orden político a partir de su unidad y que ese orden les reconozca esos derechos –naturales-. El Estado es producto del soberano –la sociedad civil- quien decide el orden político y que ese orden le reconozca sus derechos. Se busca entonces, *un gobierno de leyes*.

---

<sup>42</sup> Carbonell, Miguel. Una historia de los derechos fundamentales, UNAM-Porrúa-CNDH, México, 2005, pág. 8.

En otro estadio, la sociedad civil entra en colisión con el Estado; pues este niega que los individuos, por sí solos o políticamente organizados posean derechos oponibles al Estado, todo lo contrario, es el orden jurídico quien crea los derechos y no les reconoce otros que no provengan de la ley.

Como puede advertirse la concepción de la Constitución va aparejada a la idea de los derechos fundamentales; pero, en la Constitución antigua solo buscó en el gobierno moderado encontrar una forma residual y subsidiaria de tutelar los derechos –naturales- el propósito era (re) conducir al rey o monarca a los cauces divinos y civiles del gobierno, que no se tradujera en excesos.

Ahora, la configuración de un orden político a través de la Constitución, es posible por un lado, concretar la división de poderes, para evitar su concentración y excesos; por el otro, auspiciar a los derechos fundamentales, llevando a su positivación; esto es, sin lugar a dudas el mayor logro del liberalismo que presentó una nota de vital importancia: *gobierno de las leyes versus gobierno de los hombres*; al respecto apunta Salazar:

Podemos limitar al Estado en dos sentidos: limitando sus poderes o limitando sus funciones. Cuando los límites apuntan a restringir los poderes estamos en el terreno de nuestro “gobierno de las leyes”, que se oponen al gobierno absoluto y que solemos llamar “Estado de derecho”; cuando se trata de limitar las funciones estatales entramos en los dominios del llamado “Estado mínimo”, que se opone al “Estado máximo”. Podemos denominar al liberalismo del “Estado de derecho” como un “liberalismo político” y al liberalismo del “Estado mínimo” como “liberalismo económico”.<sup>43</sup>

Lo anterior, es así puesto que al llevarse por el soberano como parte del orden político, el esquema del reconocimiento de los derechos naturales subyacen en una decisión política que posteriormente será tratado jurídicamente cuando se convierta en una norma constitucional primaria capaz de oponerse al poder público y, con la garantía de servir de control al poder; tal limitación al poder es: gobierno *sub lege* –el poder esta subordinado a la ley- y gobierno *per lege* –el poder se ejerce por leyes-.

---

<sup>43</sup> Salazar Ugarte, Pedro, op. cit., supra, nota 16, págs. 80-81.



El gobierno limitado es configurado sobre la base de la división de poderes en sus tres dimensiones: ejecutivo, legislativo y judicial. Sobre tal pilar de la Constitución del liberalismo –afirma Salazar- descansan dos principios: legalidad e imparcialidad.<sup>44</sup>

Abundando, Charles Louis de Secondant, señor de la Bréde y Barón de Montesquieu, en el Libro undécimo, expresa:

Es verdad que en las democracias el pueblo, aparentemente, hace lo que quiere; más no consiste la libertad política en hacer lo que se quiere. En un Estado, es decir, en una sociedad que tiene leyes, la libertad no puede consistir en otra cosa que en poder hacer lo que se debe querer y en no ser obligado a hacer lo que no se debe querer.

Es necesario distinguir lo que es independencia de lo que es libertad. La libertad es el derecho de hacer lo que las leyes permitan; y si un ciudadano pudiera hacer lo que las leyes prohíben, no tendría más libertad, porque los demás tendrían el mismo poder (...).

En cada estado hay tres clases de poderes: el poder legislativo, el poder ejecutivo de las cosas relativas al derecho de gentes, y el poder ejecutivo de las cosas que dependen del derecho civil...<sup>45</sup>

De esta forma, la división del poder: ejecutivo, legislativo y judicial tiene como justificación que cuando esto se da, existe una libertad política del ciudadano y cuando se concentra, se restringen esa libertad política del ciudadano al corromperse el ejercicio del poder político.

Con lo aquí expuesto, es dable asumir un primer criterio: la fundamentación teórica de los derechos conlleva a definir dos elementos del constructo de la Constitución: a) los derechos fundamentales como una forma de asegurar la libertad política y, b) la división de los poderes, como una forma de garantizar los derechos. Su correlación permite, al menos sostener esa fundamentación.

---

<sup>44</sup> Ibidem, 89.

<sup>45</sup> Montesquieu, Del espíritu de las leyes, 3a. ed., Porrúa, México, 1977, págs. 102-104.

Sentando lo anterior, ahora se orienta el campo de estudio al t3pico de los derechos fundamentales: sus bases te3ricas y su implicaci3n conceptual. El tema en tratamiento es –desde esta postura te3rica- sumamente compleja; seg3n la concepci3n de Constituci3n ser3 la perspectiva de los derechos fundamentales; el estudio desde luego no aconseja una lectura puramente jur3dica sino considerando a la Constituci3n como un documento pol3tico que se cristaliza mediante normas constitucionales, lo primero es un fin en si mismo, en tanto que lo segundo s3lo es un medio, ya que pueden existir decisiones pol3ticas fundamentales sin normas constitucionales pero no a la inversa.

Dos son los autores que de manera concreta han dotado de explicaci3n –cient3fica- a los derechos fundamentales- Robert Alexy y Luigi Ferrajoli, desincorporando el an3lisis puramente normativo. Sobre esto 3ltimo, precisa destacar que la Constituci3n muestra expl3cita o impl3citamente cuales son los derechos fundamentales, pero visto as3 tambi3n puede realizarse un constructo sobre tales derechos.

Para el primer autor, aborda una teor3a de los derechos fundamentales a la luz de tres directrices: a) teor3a de los derechos fundamentales de la Ley Fundamental. b) teor3a jur3dica de los derechos fundamentales de la Ley Fundamental y c) teor3a jur3dica general de los derechos fundamentales de la Ley Fundamental.<sup>46</sup>

Enseguida se sintetizar3 esta concepci3n:

A. *Teor3a de los derechos fundamentales de la Ley Fundamental*: es una teor3a de determinados derechos fundamentales que tienen validez positiva.

Agrega –Alexy- que se distingue de las teor3as hist3rico-jur3dicas, te3rico-jur3dicas y aquellos que no corresponden a la Ley Fundamental.

B. *Teor3a jur3dica*: afirma el autor que una teor3a jur3dica de los derechos fundamentales de la Ley Fundamental es, en tanto teor3a del derecho positivo de

---

<sup>46</sup> Alexy, Robert, *Teor3a de los derechos fundamentales*, 2a. ed., CEPC, Madrid, 2007, p3gs. 11-29.

un determinado orden jurídico, una teoría dogmática. Agrega que esta dogmática jurídica tiene tres dimensiones: analítica, empírica y normativa.

C. *Teoría jurídica general*: sostiene el autor que es una teoría en la que se abordan los problemas que se plantean en todos los derechos fundamentales o en todos los derechos fundamentales de determinado tipo.

En sentido contrario, existe una teoría particular que se ocupa de los problemas especiales de los derechos fundamentales singulares.

Esta primera postura ofrece un argumento –jurídico- para sostener teóricamente a los derechos fundamentales; es decir, no se hace una separación de los derechos que una norma –fundamental- así los considera y a partir de ello realizar el constructo.

Quizá, la primera objeción tiene que ver si la teoría puede construirse desde su aspecto puramente normativo, al depender sus argumentos sobre la base de los derechos positivados o bien, hacer abstracción de la norma realizando una aproximación que indague otras fuentes, tales como los principios o valores.

En efecto, reducir los derechos fundamentales a su aspecto normativo, resulta innecesario su tratamiento teórico en tanto que la propia norma define cuales son, según su carácter cuantitativo; pero la parte que interesa es que son esos derechos con independencia del número mayor o menor que ciertos documentos jurídicos adscriban con esa categoría.

Así, la segunda fuente resulta igualmente trascendente para el tema en cuestión. Aquí las afirmaciones del *quantum* de los derechos o bien, su estimación mayor –en cantidad- dejan de tener implicación en el constructo, pues la parte normativa pierde solidez y no resulta indispensable para ofrecer los argumentos que sustenten teóricamente a los derechos. Entonces, desde la postura argumental que ofrece Ferrajoli, lo que interesa es saber *que son los derechos fundamentales*.

De esta manera Luigi Ferrajoli, para sostener una teoría de los derechos fundamentales, parte en principio, de la definición que él denomina teórica y posteriormente los fundamentos –argumentos- para sostener aquella.

De tal suerte que la definición teórica acerca de los derechos fundamentales, agrega que es *formal o estructural*, por tanto, sostiene:

(S)on “derechos fundamentales” todos aquellos derechos subjetivos que corresponden universalmente a “todos” los seres humanos en cuanto dotados del *status* de personas, de ciudadano o personas con capacidad de obrar; entendiendo por “derechos subjetivos” 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>47</sup>

La parte básica para la configuración conceptual –sostiene Ferrajoli- es la abstracción de la norma, en cuanto que el concepto por sí mismo prescinde de los derechos positivados, de ahí que le otorga un carácter formal o estructural, aunado a la situación *universal con la que permanecen*.

Pero, esta aportación conceptual puede (de) construirse a partir de sus elementos que la componen:

- a) derechos subjetivos;
- b) “universalmente” considerados;
- c) Seres humanos en cuanto posee un status de persona, ciudadano o personas con capacidad de obrar:
- d) Los derechos subjetivos están delimitados por su carácter positivo o negativo, según la norma concreta y,
- e) También el status se encuentra delimitada por la norma y es un presupuesto para ser titular de esos derechos.

---

<sup>47</sup> Ferrajoli, Luigi. Los fundamentos de los derechos fundamentales, Trotta, Madrid, 2001, pág. 19.

Es importante destacar el concepto de *derecho subjetivo*, si bien, suena un concepto simple y sumamente discutido, tal vez para el tema de los derechos no sea tan afortunado; para ampliar este apartado –derecho subjetivo–, García de Enterría citando a Savigny, sostiene lo siguiente:

“Si consideramos la situación jurídica tal como nos rodea y nos penetra por todas partes en la vida real, se nos aparece en primer lugar el poder que corresponde a las personas privadas: un ámbito donde su voluntad impera e impera con nuestro acuerdo”... “Un ámbito en el que la voluntad individual tiene que imperar independientemente de cualquier voluntad ajena” (...) El concepto que vimos nacer tímidamente, y que luego se expandirá para expresarse en todo un sistema natural de pretensiones que habrían de prevalecer sobre cualquier Derecho positivo que los desconociese, ha concluido por articularse con cualquier Derecho positivo (al margen queda, por ahora, el problema de los derechos fundamentales) como un mecanismo técnico insustituible de operatividad y funcionamiento del sistema entero.<sup>48</sup>

Con lo anterior, pone de manifiesto, al menos, que el concepto “derechos subjetivos”, fue obtenido del derecho privado y puesto en manos de los derechos fundamentales para lograr su optimización y de manera consecuencialista accionar el campo procesal. Son elementos que se adhieren a ese concepto de derechos subjetivos, no solo el poder o la facultad de ejercitar determinados derechos sino desde la perspectiva de Ferrajoli deben ser vistas como expectativas positivas o negativas de derecho.

Agregando, ese derecho subjetivo del gobernado no se torna de voluntad singularizada, sino que su falta de oponibilidad impacta notablemente en la colectividad, desarticula la funcionalidad de los derechos fundamentales; *“los derechos fundamentales, en primer lugar, no se refieren ya unilateralmente al Estado, sino que se vuelven normativos también para el orden social; en segundo lugar, se desvincula de la función unilateral de la protección y sirven, asimismo, como fundamento de los deberes de actuación estatal”*.<sup>49</sup>

---

<sup>48</sup> García de Enterría, Eduardo, la lengua de los derechos. La formación del Derecho Público Europeo tras la Revolución Francesa, Alianza Editorial, Madrid, 1994, págs. 94-95.

<sup>49</sup> López Pina, Antonio. Constitucionalismo y derechos fundamentales. Trotta. Madrid, 2006, pág.156.

Resulta necesario tener presente los argumentos que sostienen la definición apuntada, que desde la perspectiva de Ferrajoli, se concentran en cuatro tesis:

La primera remite a la radical diferencia de estructura entre los derechos fundamentales y los derechos patrimoniales, concernientes los unos a enteras clases de sujetos y los otros a cada uno de sus titulares con exclusión de todos los demás...

La segunda tesis es que los derechos fundamentales, al corresponder a intereses y expectativas de todos, forman el fundamento y el parámetro de la igualdad jurídica y por ello de la que llamaré dimensión “sustancial” de la democracia, previa a la dimensión política o “formal” de ésta, fundada en cambio sobre los poderes de la mayoría...

La tercera se refiere a la actual naturaleza supranacional de gran parte de los defectos fundamentales. Se ha visto como nuestra definición proporciona los criterios de una tipología de tales derechos dentro de la que los “derechos de ciudadanía” forman solamente una subclase...

Finalmente, la cuarta tesis, quizá la más importante, tiene que ver con las relaciones entre los derechos y sus garantías. Los derechos fundamentales, de la misma manera que los demás derechos, consisten en expectativas negativas o positivas a las que corresponden obligaciones (de prestación) o prohibiciones (de lesión). Convengo en llamar garantías primarias a estas obligaciones y a estas prohibiciones, y garantías secundarias a las obligaciones de reparar o sancionar judicialmente las lesiones de los derechos, es decir, las violaciones de sus garantías primarias.<sup>50</sup>

Intentando (re) estructurar la línea argumentativa establecida por Ferrajoli, se puede decir que los derechos fundamentales son:

- a) Derechos colectivamente considerados hacia una gran gama de sujetos;
- b) Los derechos fundamentales tienden progresivamente a su amplitud y no a su disminución o restricción por ser característicos de la persona humana;
- c) Los derechos fundamentales descansan sobre la base de la persona humana “universalmente” considerada con independencia del status que conceptualmente se prevea en la norma para la imputación de los derechos, –por

---

<sup>50</sup> Ferrajoli, Luigi. Los fundamentos..., op. cit., supra, nota 48, págs. 25 y 26.

ejemplo, reducirlo a los mayores o que reúnan cierta condición que propicie desigualdad jurídica- y,

- d) Los derechos tienden a su oponibilidad hacia el poder público y las mayorías – democráticas-, por lo que no es suficiente la sola enunciación del derecho sino también debe existir un correlato, que es el mecanismo para lograr esa preservación o restablecimiento de aquel derecho perturbado.

El autor delimita el tema de los derechos fundamentales a su carácter puramente teórico, es así que rechaza a las interrogantes cuáles son, cuáles deben de ser y como deberían ser los derechos fundamentales, pues –según Ferrajoli- pertenecen a otros campos tales como: ciencia jurídica o positiva, filosofía política o de la justicia, teoría del derecho, sociología del derecho e historiografía jurídica.

Una tipología de los derechos desde la perspectiva del autor, se completan en el segundo trabajo denominado *Sobre la fundamentación de los derechos fundamentales. Entre iusnaturalismo y iuspositivismo*, al que califica como: subjetivos, en cuanto a los sujetos a los que se les adscribe y, objetivo, en tanto singularizan el carácter específico del derecho; de esta manera expone sus argumentos:

Las clases de sujetos que nuestra definición ha identificado como posibles titulares de los derechos fundamentales... son tres: personas físicas, ciudadanos y capaces de obrar, cada una definida por otros tantos *status*, el primero de los cuales –el de persona- incluye a los otros dos. Si se distingue las cuatro combinaciones generalizadas por la relevancia o irrelevancia del status de ciudadano y/o capaz de obrar como presupuestos de los derechos fundamentales, obtendremos cuatro clases de estos derechos: a) *los derechos humanos*, que pertenecen a todas las personas en cuanto tales, incluso a las que no son ni ciudadanos ni capaces de obrar; b) *los derechos civiles*, que pertenecen a las personas en tanto capaces de obrar, independientemente de la ciudadanía; c) *los derechos públicos*, que corresponden a las personas en tanto ciudadanos, independientemente de su capacidad de obrar; d) *los derechos políticos*, que corresponden sólo a las personas que sean tanto ciudadanos como capaces de obrar.

Denomino al conjunto de las primeras dos clases de derechos, pertenecientes a todas las personas independientemente de la ciudadanía, *derechos de la persona o derechos de la*

*personalidad*, y al conjunto de las otras dos clases de derechos, referidas sólo a los ciudadanos, derechos del *ciudadano o de ciudadanía*. Además, denomino al conjunto de la primera y tercera clases de derechos, pertenecientes a todas las personas con independencia de su capacidad de obrar, *derechos primarios o sustanciales*, y al conjunto de la segunda y cuarta clases de derechos pertenecientes sólo a los capaces de obrar, *derechos secundarios o formales*. Está claro que ambos conjuntos equivalen a otras tantas distinciones exhaustivas (pero no alternativas) de derechos fundamentales: una, entre *derechos de la persona y derechos del ciudadano*, la otra entre *derechos primarios y derechos secundarios*. Combinando las dos distinciones, obtenemos, en consecuencia, las cuatro clases de derechos antes identificadas, cada una de las cuales corresponde... al producto lógico de cada clase del primer conjunto con cada clase del segundo: los derechos primarios de la persona, que son *los derechos humanos*; los derechos primarios del ciudadano, que son los *derechos civiles*; los derechos secundarios del ciudadano, que son los *derechos políticos*.

De nuestras dos distinciones –entre derechos de la persona y del ciudadano, y entre derechos primarios y secundarios- la segunda es, sin duda, la más importante para el análisis de la fenomenología del poder en el estado de derecho y de la teoría de la democracia. Efectivamente, al basarse en la posesión o no de la capacidad jurídica de obrar de sus titulares, o sea del poder de realizar actos jurídicos preceptivos, nos conduce a la segunda de nuestras dos tipologías: la objetiva, referida a los tipos de comportamiento que constituyen el objeto de los derechos fundamentales. Distinguiré, precisamente a partir de su naturaleza de expectativas negativas (de no lesiones) o positivas (de prestación), *los derechos primarios*, pertenecientes a todos con independencia de la capacidad de obrar, en *derechos de libertad y derechos sociales*. Los primeros se constituirán en derechos *negativos* o de inmunidad, es decir, en la expectativa de omisiones de interferencias de los demás, distinguible a su vez en simples *libertades* de, como el derecho a la vida y la libertad personal, y libertades para (además de libertades de) como la libertad de prensa, de asociación y de reunión. Los segundos, en cambio, consistirán en derechos *positivos*, esto es, en expectativas de prestaciones por parte de otros, como es el caso del derecho a la salud, educación, seguridad social y similar. En función del tipo de poderes en que consisten, identificaré, en cambio, los *derechos de autonomía* con los *derechos secundarios*, pertenecientes a todos en tanto capaces de obrar y divisibles, a su vez, en *derechos civiles y derechos políticos*. Los primeros consistirán en derechos de autonomía privada ejercidos fundamentalmente a través de actos negociables de disposición sobre derechos patrimoniales.



Los otros consistirán en derechos de autonomía política, ejercidos a través de actos públicos, de los que el voto es el más característico.<sup>51</sup>

En suma, desde la postura de Ferrajoli las cuatro clases de derechos son: por una parte formal: política y civil y, en la otra sustancial: liberal y social.

Con éstos referentes, el tema de los derechos fundamentales no se presenta de modo claro pues su significación desde un aspecto teórico busca responder a la pregunta qué son y no cuantos se reconocen en determinada Constitución y cuáles considera como tal en cierta normatividad o como se debería considerar; además, debe agregarse que desde la apreciación normativa los derechos fundamentales son los mínimos o si se prefiere son enunciativas en tanto que no es lo que determina el constituyente como tales sino lo que en un concreto contexto histórico-político va sumando el gobernado a favor de la libertad política y en su afán de limitar al poder público.

Si bien, se ha destacado que la Constitución se conforma de dos ineludibles condicionantes: derechos fundamentales y el control del poder a partir de la división de poderes; es preciso que estas decisiones políticas llevadas a su fase normativa estén, valga la redundancia, garantizados, pues de antemano la parte toral de toda esta discusión son estos derechos, ya que puesta a la balanza libertad política versus poder público, es indudable que el poder público siempre ha pretendido interferir, disminuir o alterar los derechos fundamentales de los gobernados.

De nueva cuenta, resulta interesante traer a colación un argumento básico de Ferrajoli, el “garantismo” que implica –según el autor- *“al sistema de límites y vínculos sustanciales, cualesquiera que éstos sean, impuestos a la totalidad de los poderes públicos por normas de grado jerárquicamente superior a las producidas por su ejercicio (...). En efecto, el derecho es sólo una forma y una técnica de garantía, a la que se*

---

<sup>51</sup> Ibidem, págs. 292-295.

*pueden atribuir los contenidos mas dispares, y del que la teoría diseña únicamente la sintaxis.*<sup>52</sup>

Peña Freire, desde el concepto garantía aporta lo siguiente: *“son todos aquellos procedimientos funcionalmente dispuestos por el sistema jurídico para asegurar la máxima corrección y la mínima desviación entre planos o determinaciones normativas del derecho y sus distintas realizaciones operativas, es decir, entre las exigencias constitucionales o normativas y la actuación de los poderes públicos, entre los valores inspiradores del sistema constitucional y su configuración normativo o institucional”*<sup>53</sup>

A partir de lo anterior, es posible arribar a la conclusión de que si la Constitución se conforma por un conjunto de decisiones políticas fundamentales –en el entendido de su positivación- sus normas constitucionales deben suficientemente ofrecer garantías no sólo a la estructura política estatal sino a los derechos fundamentales como valores que en un principio derivan de esas decisiones y posteriormente se potencian al llevarlas al texto constitucional, pero la garantía debe ir más allá, pues no culmina con ese apartado sino es necesario el aspecto instrumental y eficaz de los derechos y la consolidación procesal a través de una garantía jurisdiccional eficiente; de tal forma que los derechos fundamentales –en cuanto su garantía- encuentran mayor confort en el modelo del Estado Constitucional de Derecho o simplemente en el constitucionalismo.

## **1.7 PRINCIPIO DEMOCRÁTICO DE LAS MAYORÍAS.**

Para una mayor claridad, el tema se divide en dos apartados de tal manera que los razonamientos queden vinculados al tema central que es la Constitución y sus ejes con puntos de fricción o cohesión, uno de ellos ya ha sido agotado, esto es, los derechos fundamentales y ahora, toca abordar a la democracia constitucional.

---

<sup>52</sup> Ferrajoli, Luigi. Garantismo. Una discusión sobre derecho y democracia. Trotta, Madrid, 2006, págs. 43-44.

<sup>53</sup> Peña Freire, Antonio Manuel. La garantía en el Estado Constitucional de Derecho, Trotta, Madrid, 1997. págs. 28-29.

Se ha llegado al *tercer fundamento* de la investigación que desde esta perspectiva goza de igual peso al que se adscribe teóricamente a los derechos fundamentales, si se toma en cuenta que el concepto de Constitución –política- es parte esencial, indivisible e insuperable de las decisiones *políticas fundamentales*, aún cuando se encuentre en normas constitucionales o no se halle en ellas.

Tocar el tema de la democracia constituye el capítulo tercero de este trabajo, un eje claramente delimitado: el constitucionalismo se halla frente a una ineludible realidad: Estado social y democrático y, los derechos fundamentales. Aquí no deben perderse de vista los razonamientos en torno a la Constitución –como documento político, sin que se descarte su concepción normativa o regulatoria-, ya que como lo sostiene Biaggini:

Como ordenamiento jurídico básico, la Constitución muestra sobre todo los siguientes rasgos: abarca las normas básicas sobre la institución y el ejercicio del poder estatal. Estas normas básicas son, por lo general, condensadas en un documento constitucional unitario. La Constitución vincula a todos los órganos del Estado, también al legislador. No es solo ley fundamental del Estado (*fundamental law, loi fondamentale*), sino también ley suprema (*paramount law, loi suprême*), es decir, pretende primacía frente a las leyes comunes. A esta primacía le corresponde habitualmente una modificabilidad dificultada de la Constitución.<sup>54</sup>

En principio es necesario enmarcar dos aportaciones una histórico-legislativa y la otra doctrinal, sobre el tópic en estudio; así, el artículo 28, del Acta Constitucional Francesa del 24 de Junio de 1793, estatuye lo siguiente: “*Artículo 28. Un pueblo siempre tiene el derecho de revisar, reformar y cambiar su constitución. No puede una generación sujetar a sus leyes a las generaciones futuras*”.<sup>55</sup> Coherente con tal declaración es el contenido del artículo 39 de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos. Al respecto, Zagrebelsky sostiene lo siguiente:

---

<sup>54</sup> Biaggini, Giovanni. La idea de Constitución: ¿Nueva orientación en la época de globalización?, Anuario Iberoamericano de Justicia Constitucional, número 7, 2003, págs. 56 -57, consultable en [http://www.cepc.es/rap/Publicaciones/Revistas/8/AIB\\_007-043.pdf\(05](http://www.cepc.es/rap/Publicaciones/Revistas/8/AIB_007-043.pdf(05) de marzo de 2010).

<sup>55</sup> Acta Constitucional Francesa del 24 de Junio de 1793 y Declaración de los Derechos del Hombre y del Ciudadano, consultable en <http://www.bibliojurídica.org/libros/2/804/9.pdf> (17 de septiembre de 2010).

La historia constitucional es cambio, es contingencia política, es acumulación de experiencia del pasado en el presente, es realidad social, es relación entre pasado y futuro, es movimiento de sujetos a priori indefinibles, es imprevisibilidad de problemas y espontaneidad de soluciones. Por el contrario, el poder constituyente es fijación, es absolutización de valores políticos, es puro deber ser, es comienzo ex novo, es elisión del pasado y reducción de todo futuro al presente, es inicialmente aceleración histórica inesperada y sucesivamente detención del movimiento, es expresión de un solo proyecto político, individualizado e incondicionado y por ello soberano, es predeterminación de los problemas y planificación de las soluciones.

Los conceptos esenciales de la historia constitucional son: el largo periodo, el desarrollo, la espontaneidad y la normalidad, la naturaleza social, los vínculos materiales. Del poder constituyente son: la inmediatez, el progreso querido e impuesto, la excepcionalidad, el artificio político, la ausencia de límites y confines.<sup>56</sup>

Hecho lo cual, importa determinar teóricamente la dualidad temática y sus implicaciones frente al componente social y de los derechos.

En la concreción de la fundamentación teórica de la democracia –entre antigua y moderna- no se puede detener en ese solo tema sino debe (re) construirse desde el aspecto constitucional, en efecto, las dos revoluciones: la norteamericana y la francesa, determinan dos elementos insertos en la Constitución: los derechos fundamentales y la democracia; la soberanía y control de constitucionalidad. En suma, democracia versus control de constitucionalidad.

Esto que se denomina *democracia*, encuentra su razón de ser en las dos grandes revoluciones. Por un lado un soberano políticamente legitimado y jurídicamente reconocido –modelo francés de nación- y un poder político fuertemente controlado –el modelo norteamericano *checks and balances (controles y contrapesos)*- el carácter subordinado o bien, imperativo de la Constitución, esto es esencialmente lo que en sede teórico se denomina *democracia constitucional*.

---

<sup>56</sup> Zagrebelsky, Gustavo, Historia y Constitución, Trotta, Madrid, 2005, págs. 36-37.

En la búsqueda de la fundamentación en torno al constitucionalismo y democracia, es posible hallarlo en el modelo del Estado de Derecho al Estado Constitucional. Si una de las consolidaciones de la Revolución Francesa fue el Estado de Derecho, característico del siglo XIX, sus notas esenciales son conforme a Otto Mayer citado por Zagrebelsky, los siguientes:

- a) la supremacía de la ley sobre la Administración; b) la subordinación a la ley, y sólo a la ley, de los derechos de los ciudadanos, con exclusión, por tanto, de que poderes autónomos de la Administración puedan incidir sobre ellos; c) la presencia de jueces independientes con competencia exclusiva para aplicar la ley, y solo la ley, a las controversias surgidas entre los ciudadanos y entre éstos y la Administración del Estado. De este modo, el Estado de derecho asumía un significado que comprendía la representación electiva, los derechos de los ciudadanos y la separación de poderes; un significado particularmente orientado a la protección de los ciudadanos frente a la arbitrariedad de la Administración.<sup>57</sup>

Es incuestionable que para el modelo del Estado de Derecho, la Constitución ocupa un lugar por debajo de la ley; pues el principio de legalidad es primordial en las relaciones entre gobernante y gobernado.

Ahora, si la revolución americana consolidó el constitucionalismo, sobre la fórmula del control del poder político como mecanismo para asegurar los derechos fundamentales, modelo característico del siglo XX a nuestros días, *“En el siglo XX, sin embargo, la situación intelectual y política ha cambiado. El resultado inmediato de la primera guerra mundial pareció ser, ciertamente, una victoria del principio democrático; los nuevos Estados que se constituyeron adoptaron constituciones democráticas,”*<sup>58</sup> por ello con atinada razón sostiene Zagrebelsky que,

La respuesta a los grandes y graves problemas de los que tal cambio es consecuencia y al mismo tiempo causa, está contenida en la fórmula del “Estado constitucional”. La novedad que la misma contiene es capital y afecta a la posición de la ley. La ley, por primera vez en la época moderna, viene sometida a una relación de adecuación, y por tanto de subordinación, a un estrato más alto de derecho establecido por la Constitución. De por sí, esta innovación podría

---

<sup>57</sup> Zagrebelsky, Gustavo. El derecho dúctil. Ley, derechos, justicia, 7a. ed., Trotta, Madrid, 2007, pág. 23

<sup>58</sup> Kelsen, Hans. Escritos sobre la democracia y el socialismo, Debate, Madrid, 1988, pág. 23.

presentarse, y de hecho se ha presentado, como una simple continuación de los principios del Estado de derecho que lleva hasta sus últimas consecuencias el programa de la completa sujeción al derecho de todas las funciones ordinarias del Estado, incluida la legislativa (a excepción, por tanto, solo de la función constituyente. Con ello, podría decirse, se realiza de la forma más completa posible el principio del gobierno de las leyes, en lugar del gobierno de los hombres, principio frecuentemente considerado como uno de las bases ideológicas que fundamenta el Estado de derecho.<sup>59</sup>

El *constitucionalismo* implicó una transformación jurídico-política que afectó a la estructura política al colocar en su verdadera dimensión a la Constitución, en concreto cuando se parte de la proyección de los derechos fundamentales frente al poder político. Pero, no puede negarse que la ley, sigue ocupando un lugar en el sistema jurídico, en tanto que, permitida por la Constitución, entra a la vida jurídica siempre que se ajuste a ella y sólo por la ley, ciertos derechos se tornan eficaces y no son meras declaraciones, más aún para otorgar certeza hacia los gobernados; tal razonamiento encuentra apoyo, de manera análoga a lo sostenido por Jiménez Campo, quién afirma, a propósito de su estudio a la Constitución Española, lo siguiente:

La Constitución incorpora en sus artículos 1,1 y 10.1 un “principio general de libertad”... que, aun sin rasgo de derecho fundamental, impide o limita, cuando menos, que en los derechos de ese carácter se realicen restricciones singulares al margen de la ley, por previstas que estén tales intervenciones en la propia Constitución. La indeterminación propia a los enunciados constitucionales puede aceptarse sólo como límite del poder público que la norma fundamental constituye, no como restricción directa de la libertad del sujeto que –se postula- participa en el acto constituyente.<sup>60</sup>

Con ello, ya se está en la posibilidad de advertir la clave de esa tensión entre dos polos: libertad *versus* *mayorías* o Constitución *versus* democracia. No es fácil sostener un argumento ligero de la conciliación en estos polos. Si se admite con mediana claridad que donde las mayorías pueden cambiar el rumbo político de la estructura estadual, entonces, esa Constitución no es capaz de afianzar ningún derecho pues es proclive a

---

<sup>59</sup> Zagrebelsky, Gustavo. El derecho..., op.cit., supra, nota 63, pág. 34.

<sup>60</sup> Jiménez Campo, Javier. Derechos fundamentales. Concepto y garantías, Trotta, Madrid, 1999, págs. 46-47.

los intereses inoportunos de las mayorías; por el contrario ahí donde no es tan sencillo penetrar para (re) formular los derechos, esa Constitución es suficiente para albergar, proteger y tutelar aquellos.

Anteriormente fue definida la posición de la Constitución, esto es, la de privilegiar a los derechos fundamentales, frente a la decisión de las mayorías en aras de mantener precisamente a la propia democracia; ahora, el polo opuesto también amerita su estudio, es decir, aportar razones teóricas del por qué debe privilegiarse a la democracia frente al núcleo duro o de los derechos fundamentales conformadores del pacto constitucional.

Existe una línea delgada en esta unión –hasta cierto grado inconciliable– entre *democracia y Constitución*, los elementos más indispensables que circulan sobre esa órbita son:

- a) Democracia,
- b) Representación,
- c) Decisión de las mayorías,
- d) Pluralismo.
- e) Individualismo,
- f) Igualdad y,
- g) Libertad.

Basándome en el contenido del artículo 39 de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos, debo expresar que el problema aquí planteado no solo conlleva el binomio democracia y libertades, o democracia y derechos fundamentales, sino que hace falta completar un trinomio, agregando soberanía, término al que se ha aludido en apartados anteriores de este capítulo. Una reflexión, como intento de resolución del dilema puede ser de esta forma: Artículo 39 “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”<sup>61</sup>.

Del contenido de la tercera hipótesis de dicho artículo, pueden extraerse tres premisas:

- a) Que el pueblo es el soberano (El pueblo no las personas individualmente consideradas)
- b) Los derechos fundamentales establecidos en la Constitución, y la propia Constitución son supremos por convencionalismo del pueblo, en un ejercicio democrático.
- c) Por tanto, el pueblo soberano en un ejercicio democrático puede reconocer o no los derechos fundamentales establecidos en la norma constitucional.

De la Revolución Francesa deriva un gran paso de súbdito a ciudadano y por tanto, ahora, es individualmente considerado para tomar parte en las decisiones políticas, entonces, el logro de la democracia es que la toma de las decisiones esté fuertemente legitimada, de tal manera que no es centrífuga o elitizada, sino por un número de ciudadanos suficientes para imponerse a todos. Se parte de la base que cada ciudadano es libre de manifestarse a favor o en contra de una decisión por la autonomía de que goza y la igualdad en que se coloca frente a sus pares. Pero, tampoco puede llegarse al absurdo de que se reúnan todos los ciudadanos para adoptar una determinación, ya que ello es imposible, la misma democracia admite la representación y es mediante esta figura que los ciudadanos libremente designan a sus representantes quienes hacen posible el sentir general.

Así, con Bobbio, la democracia debe: *“considerarla caracterizada por un conjunto de reglas (primarias o fundamentales) que establecen quién está autorizado para tomar las decisiones colectivas y bajo que procedimientos”*,<sup>62</sup>, entendida la democracia como forma de gobierno, el autor, establece esas reglas de procedimiento que se consideran

---

<sup>61</sup> Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos, Art. 39. Congreso de la Unión, México 26/09/2008.

<sup>62</sup> Bobbio, Norberto. El futuro..., op.cit., supra, nota 61, pág. 24



esenciales no sólo para entender el trabajo que se expone sino para contextualizar y matizar el argumento de las mayorías frente a los derechos fundamentales; de esta manera, Salazar lo sintetiza del modo siguiente:

a) todos los ciudadanos mayores de edad sin distinción de raza, religión, condición económica o sexo deben gozar de derechos políticos (cada uno debe gozar del derecho a expresar su opinión o escoger a quien la exprese por él); b) el voto de los ciudadanos debe tener un peso igual; c) todos los titulares de derechos políticos deben ser libres de votar siguiendo sus propias opiniones, las cuales deben formarse lo más libremente posible, es decir, en una competencia libre entre grupos políticos organizados en competencia recíproca; d) los ciudadanos también deben ser libres en el sentido de que deben estar en condiciones de escoger entre soluciones diferentes, es decir, entre partidos que tengan programas distintos y alternativos; e) tanto para la elección como para las decisiones colectivas, debe valer la regla de mayoría numérica; f) ninguna decisión adoptada por mayoría debe limitar los derechos de la minoría, en particular el derecho a convertirse a su vez en mayoría en igualdad de condiciones.<sup>63</sup>

Posicionando a la democracia como forma de gobierno y entendida esa definición mínima; entonces, queda evidenciado donde descansa el conflicto entre derechos y las mayorías. Si ambos componentes coexisten en la Constitución, también es válido el argumento que gozan de igual peso y su ponderación no es cosa fácil frente a su eventual y persistente conflicto.

La intensidad depende de la forma de la Constitución; se ha dicho entre flexible y rígida, pero aún con ese grado de dificultad, es imposible que se pueda limitar a la democracia para cambiar la forma política; es así que el argumento para colocar a los derechos por encima de la mayoría o bien, a la inversa, es de sumo cuidado, pues ello depende, también, de la ideología constitucional.

Aún ésta democracia, presenta una conflictividad con el liberalismo, pues *“liberalismo y democracia que desde hace un siglo hasta hoy fueron considerados siempre, la segunda, como consecuencia natural del primero, muestran ya no ser del todo compatibles, toda vez que la democracia fue llevada a las extremas consecuencias de*

---

<sup>63</sup> Salazar Ugarte, Pedro, op. cit., supra, nota 16, pág. 137.

*la democracia de masas, o mejor dicho, de los partidos de masa, cuyo producto es el Estado benefactor*".<sup>64</sup> Así, Bobbio realiza una concreta diferenciación y separación "*Un Estado Liberal no es por fuerza democrático: más aún, históricamente se realiza en sociedades en las cuales la participación en el gobierno está muy restringida, limitada a las clases pudientes. Un gobierno democrático no genera forzosamente un Estado Liberal: incluso, el Estado liberal clásico hoy está en crisis por el avance progresivo de la democratización, producto de la ampliación gradual del sufragio hasta llegar al sufragio universal*".<sup>65</sup>

Para conciliar teóricamente el liberalismo y la democracia, es menester enmarcar que el primero da un lugar de suma importancia a la libertad, del cual Bobbio, divide en negativa y positiva;<sup>66</sup> el primero, consistente en que un sujeto tiene la posibilidad de obrar en determinado sentido, sin que sea obligado a uno de ellos o a ser impedido a su ejercicio; en tanto que el segundo, hace referencia a la voluntad de un sujeto para adoptar decisiones sin que sea presionada por la voluntad de otros.

El liberalismo coloca al ciudadano sobre la dimensión política, tal ciudadanía es apreciada, como lo afirma Marshall y Bottomore, en tres orientaciones: civil, política y social;<sup>67</sup> aunado a su aspecto puramente económico. Ello es así porque al analizar a la ciudadanía en el Estado social, no sólo se amplía el planteamiento sino que da por sentado su problematización; "*El Estado liberal se sustentaba sobre un estricto sistema de límites, entre los cuales el más importante era el constituido por los derechos y libertades de los ciudadanos. La sujeción al derecho del poder político se organizaba bajo el parámetro de unos de los más preciosos instrumentos forjados por la ilustración: la ley general*";<sup>68</sup> en consecuencia, "*La categoría de ciudadanía se entiende aquí en sentido "social", como conjunto de expectativas que cada ciudadano en cuanto tal expresa frente al Estado para obtener las garantías de seguridad necesarias, en la vida*

---

<sup>64</sup> Bobbio, Norberto. El futuro..., op. cit., supra, nota 61, pág. 138.

<sup>65</sup> Bobbio, Norberto. Liberalismo y democracia, FCE, México, 1989, pág. 7.

<sup>66</sup> Bobbio, Norberto, Igualdad y libertad, Paidós Ibérica, Barcelona, 1993, págs. 97-102.

<sup>67</sup> Marshall, T.H. y Bottomore, Tom. Ciudadanía y clase social, Alianza Editorial, Madrid, 1998, págs. 23-36.

<sup>68</sup> Olivas, Enrique. Problemas de legitimación en el Estado social, Trotta, Madrid, 1991, pág. 12.

*y en el trabajo, para dar contenidos de dignidad a la existencia individual. Estas pretensiones se resumen esencialmente en el “derecho” a una cuota mínima de ingreso”.*<sup>69</sup>

*De ello resulta que “Los derechos políticos y los derechos civiles son, efectivamente, derechos incondicionados, se adquieren por el sólo hecho de nacer en el ámbito de un Estado nacional y son, como tales, abstractamente referibles a todos”.*<sup>70</sup>

De manera sintetizada puede advertirse con mediana claridad que el ciudadano colocado en la cúspide de la estructura estatal, tiene una expectativa mutuamente coexistente y excluyente; ya sea que se le observa actuar en ausencia o sin la participación del poder político o bien, junto con el poder político.

No pasa por alto indicar que la ley determina en cada caso esa forma de participación, que desde luego, no es materia de discusión, sino la forma en que en la práctica puede ser valorado. Salazar ofrece un argumento de vital importancia, al sostener que pueden distinguirse tres tipos de relaciones posibles entre democracia y liberalismo: “a) su incompatibilidad absoluta; b) su compatibilidad posible pero no necesaria, y c) su compatibilidad o convergencia necesaria”,<sup>71</sup> concluyendo que “La tensión entre los dos conceptos de libertad surge de esta divergencia: mientras la libertad negativa reivindica el máximo grado del individuo de la sociedad, la libertad positiva promueve la máxima participación individual en la vida política de la colectividad”.<sup>72</sup>

Si el eje central entre liberalismo y democracia es la Constitución, es dable concluir que resultan necesarios y como precondition para su correcto desarrollo en la vida política. Sobre la Base de ciudadanos autónomamente considerados pueden incorporarse a la vida política, a partir de reglas materiales que son garantía de su observancia y límites para el Estado de asegurar la no interferencia o reducción de esos derechos; así,

---

<sup>69</sup> Ibidem, pág. 29.

<sup>70</sup> Ibidem, pág. 31.

<sup>71</sup> Salazar Ugarte, Pedro, op. cit., supra, nota 16, pág. 144.

<sup>72</sup> Ibidem, pag. 145.

derechos fundamentales y derechos políticos no se contraponen, los segundos son concomitantes y los primeros fundantes de los segundos.

Como lo expresa Colin Crouck, *“Los derechos positivos destacan la capacidad de los ciudadanos de participar en su comunidad política: su derecho a votar, a fundar organizaciones, a adherirse a ellas y a recibir una información correcta. Los derechos negativos son aquellos que enfrentan al individuo a los demás, en especial al Estado: el derecho a pleitear y el derecho a la propiedad”*.<sup>73</sup>

Entonces, democracia y Constitución no son modelos contrapuestos o mutuamente excluyentes, pues la democracia se hace con la Constitución, puede existir ésta pero no aquella; será la propia negación de los derechos o la amenaza insistente de su cambio o reducción; así Siedentop, expresa: *“Las formas constitucionales son, con mucho, los instrumentos más importantes para reconciliar los instintos igualitarios y potencialmente conflictivos arraigados en nosotros, al menos hasta cierto punto. Por un lado, afianzar formalmente un rango de derechos humanos básicos refuerza los cimientos de la sociedad civil, al limitar la esfera de la acción legítima del Estado. Por otro, devolver tanta autoridad como sea posible a los niveles local y regional de gobierno incrementa la capacidad del Estado para fomentar la ciudadanía”*.<sup>74</sup>

La democracia ya no puede identificarse únicamente con la ciudadanía y éste considerado de manera individual; en el eje constitucional la democracia en cierta manera debe ser un mecanismo que afianza la estructura política estatal, pero sobre todo la libertad política, es decir, en el respeto de los derechos fundamentales; ello es así porque *“La idea democrática sufrió una transformación tan profunda que se revirtió: afirmaba la correspondencia de la voluntad individual y la voluntad general, es decir, del Estado; hoy defiende la posición contraria y busca proteger las libertades de los individuos y los grupos contra la omnipotencia del Estado”*.<sup>75</sup>

---

<sup>73</sup> Crouch, Colin. Posdemocracia, Tauros, México, 2004, pág. 26.

<sup>74</sup> Siedentop, Larry. Democracia en Europa, Siglo XXI de España Editores, Madrid, 2001, págs. 67-68.

<sup>75</sup> Touraine, Alain. ¿Qué es la democracia?, 2a. ed. FCE, México, 2000, pág. 61.

Finalmente, como se ha anotado, es válido precisar que la democracia, como forma de gobierno debe tener límites, con ello se han de garantizar los derechos fundamentales, de ahí que “*si la democracia es el método de toma de decisiones por mayoría, la primacía constitucional de ciertos derechos implica precisamente una restricción a lo que la mayoría puede decidir*”.<sup>76</sup>, ya que no puede quedar a la voluntad de las mayorías decidir sobre los derechos, puesto que tales derechos son esencia de la Constitución, esto es, decisiones políticas fundamentales; con justa razón apunta Sutherland, “*Si el concierto de la pluralidad de las voces ha de conseguir lo que esas voces piden, ¿cómo estar seguros de que lo que ellas pidan será justo? ¿Justo, para quiénes? ¿Basado en qué normas de justicia?... ¿qué mayoría?*”.<sup>77</sup>

De lo anterior podemos concluir que la transición del Estado de Derecho al Estado Constitucional, del liberalismo a la democracia y, a su vez al Estado constitucional democrático; permite colocar a la Constitución, en un principio como un conjunto de decisiones políticas fundamentales, luego, con normas constitucionales, que sean capaces de asegurar.

- a) La soberanía popular;
- b) Democracia;
- c) Derechos fundamentales (llevados hasta su optimización);
- d) Rigidez constitucional, en la perspectiva de tutela de los derechos y,
- e) Supremacía constitucional.
- f) *Enfoque teórico de las mayorías: control de constitucionalidad*

La posición de privilegiarse a las mayorías en la adopción de cualquier decisión, incluso, de los derechos fundamentales, se sostiene en la idea misma de la decisión “democrática”, la cual adquiere especial relevancia cuando se pretende controlarla judicialmente. No cabe duda como se ha sostenido (*supra*) que la defensa contra-

---

<sup>76</sup> Orunesu, Claudina, M. Perot, Pablo y L. Rodríguez, Jorge. Estudios sobre la interpretación dinámica de los sistemas constitucionales, Fontamara, México, 2005, pág. 22.

<sup>77</sup> Sutherland, Arthur E. De LA Carta Maga a la Constitución Norteamericana, Ideas fundamentales sobre constitucionalismo, TEA, Buenos Aires, 1972, págs. 613-614.

mayoritaria, descansa en la situación especial en que se encuentran los derechos fundamentales producto del Estado Constitucional de Derecho.

Con lo anterior, de modo preliminar se establece el siguiente planteamiento; ¿La revisión del texto constitucional, no es susceptible de control judicial de constitucionalidad por ser una manifestación natural de la democracia?

El punto crucial se localiza en el constitucionalista norteamericano Alexander Bickel Mardoqueo, quién desconfía del control judicial de constitucionalidad sobre la fórmula de la *dificultad contramayoritaria*, fundada en la base de la ilegitimidad democrática del juez constitucional.

Los comentarios al respecto se encuentran en Bayón, quien sostiene: *“Es sabido que esa objeción adopta dos formas fundamentales. La primera apunta a la idea misma de primacía constitucional, ya que si la democracia es el método de toma de decisiones por mayoría, la primacía constitucional implica precisamente restricciones a lo que la mayoría puede decidir. Y la segunda, que afecta al control jurisdiccional de constitucionalidad, consiste en preguntar que legitimidad tienen los jueces no representativos ni políticamente responsables para invalidar decisiones de un legislador democrático”*.<sup>78</sup>

El modo más radical del argumento de Bickel, es determinado por el jurista argentino Hernan Verly, en cuya objeción dura sostiene: *“4) En consecuencia, la función de los jueces no garantizaría el proceso democrático que instaura la Constitución pues, no representando al pueblo y siendo, en principio, inamovibles en sus cargos, no podrían decidir a favor de los intereses de aquel”*.<sup>79</sup>

Este primer acercamiento deja en claro el planteamiento: el juez constitucional no puede controlar una decisión democrática puesto que carece de una legitimidad como

---

<sup>78</sup> Bayón, Juan José. Derechos, democracia y constitución, págs. 67-68, consultable en: [www://luisvives.com/servlet/SirveObra/hist/12925071916700495109213/discusiones1/vol1\\_05pdf](http://www://luisvives.com/servlet/SirveObra/hist/12925071916700495109213/discusiones1/vol1_05pdf) (22 de noviembre de 2010).

<sup>79</sup> Verly, Hernan. El argumento contramayoritario, Justificación del control judicial de constitucionalidad, consultable en :<http://www.alfarolaw.com/tapa/ArgumentoContramayoritario.pdf> (22 de noviembre de 2010).

la que gozan los demás poderes públicos; de tal manera que su ilegitimidad, sobre este razonamiento, no puede fácilmente contra-argumentarse. La posición apuntada, toma como referencia únicamente el ámbito procedimental de la designación más que para atender al aspecto objetivo del papel que desempeña conforme al propósito de Constitución. Pero, también pone de relieve que la democracia es en si misma una forma de control de constitucionalidad, desde luego, política; pudiendo aquí incorporarse el *procedimiento de determinación o regla de la mayoría reforzada* de Bayón.

Sin embargo, la democracia no puede implicar un esquema de control, dado que frente a una mayoría que decide, existe una minoría inconforme que no frecuentemente acepta la sumisión a la decisión; ello, de suyo supone un conflicto de constitucionalidad tanto procedimental como sustancial, en cuanto a que esa minoría hace depender su inconformidad por la violación a un precompromiso o al núcleo duro del pacto societario o bien, por la forma en que fue adoptada la decisión a través de un procedimiento viciado.

En ese tenor, la *dificultad contramayoritaria* de Bickel, es clara en cuanto a la ilegitimidad democrática del juez constitucional; de ahí, que obligue a los partidarios del control judicial ofrecer mayores razones, ya sea para evidenciar que la democracia no es propiamente un control adecuado de constitucionalidad o en su caso, que para la protección de los precompromisos o, de los derechos fundamentales es necesario que un órgano imparcial pronuncie la decisión que habrá de subsistir y aplicarse.

Es así que surge el argumento contramayoritario o del control judicial de constitucionalidad en la revisión constitucional; cuya tesis fundamental se circunscribe a lo siguiente: el juez constitucional es quien finalmente decide cuáles son los derechos y cuando resulta contraria a la Constitución, por tanto, no es un papel de la democracia procedimental característico en los modelos de *Wesminster de Lijphart*<sup>80</sup> - de la supremacía del parlamento- y de la democracia de consensos, definir política y

---

<sup>80</sup> Bayón, Juan José, op. cit., supra, nota 83, pág. 75.

terminalmente los derechos, sino que depende de una confirmación judicial que puede ser *ex anti* o *ex post*.

La forma de abordarse este planteamiento puede objetivamente concretarse mediante los argumentos teóricos, entre ellos, los sustentados por Jeremy Waldron, Stephen Colmes, Jon Elster, Juan José Moreso y Juan Carlos Bayón; quienes sostienen la necesidad del control judicial mediante la tesis central del *precompromiso*. Esta tesis, según Freeman, citado por Jeremy Waldron, se justifica de la siguiente manera:

Mediante el ejercicio de sus derechos de igual participación, (el pueblo) está de acuerdo en establecer una salvaguarda que les impida, en el ejercicio futuro de sus derechos políticos iguales, cambiar de idea y desviarse de su acuerdo y compromiso sobre una constitución justa (...). Al otorgar a un cuerpo no legislativo que no es responsable electoralmente el poder de revisar la legislación aprobada democráticamente, los ciudadanos se dotan de un mecanismo para proteger su soberanía e independencia del ejercicio irrazonable de sus derechos políticos en los procesos legislativos (...) Al acordar un control judicial de constitucionalidad, en efecto se atan a sí mismos a su acuerdo unánime sobre los derechos básicos iguales que especifican su soberanía. El control judicial de constitucionalidad es entonces una forma de proteger su estatus como ciudadanos iguales.<sup>81</sup>

*Por lo que es demasiado sugerente y atractiva la frase de Elster, al sostener: “¿porqué dos personas querrían constituir un matrimonio legal, en lugar de sencillamente cohabitar? ¿Qué posibles ventajas podrían obtener de limitar su futura libertad de acción al dificultar la separación en caso de que llegarán a desearla?”,<sup>82</sup> lo mismo acontece con la parábola “Ulises decidió que debía ser atado al mástil a fin de resistirse a los hechizos de las sirenas, y dio instrucciones a su tripulación de que “si os ruego que me soltéis, debéis atarme aún más fuerte”.<sup>83</sup>*

La idea del precompromiso descansa en la necesidad del control de constitucionalidad no por una ratio legis respecto a un campo competencial o situación de exclusividad del

---

<sup>81</sup> Waldron, Jeremy. Desacuerdo y precompromiso, pág. 309, consultable en: [www://files.constsprof.webnode.com/](http://www://files.constsprof.webnode.com/) (22 de noviembre de 2010).

<sup>82</sup> Elster, Jon y Slagstad, Rune. Constitucionalismo y democracia, FCE, México, 1999, pág. 40.

<sup>83</sup> Citado por Waldron, Jeremy. Desacuerdo..., op. cit., supra, nota 86, pág. 309.



poder judicial o del juez constitucional, sino en la medida en que los creadores o padres de la Constitución han determinado qué situaciones son aconsejables comprometerse, sobre que derechos pretenden atarse para no verse inmersos en la irresistible voluntad de cambiar de decisión hacia un futuro, que principios, reglas o valores conducirán la permanente forma de la organización política, en fin, ese compromiso per se constituye un límite a la decisión mayoritaria y una garantía para las minorías, a partir de los cuales deriva un conflicto de constitucionalidad.

Como se puede advertir, el precompromiso tiene como propósito limitar a la democracia que desafía en sí mismo el freno que significa la Constitución; de ahí que siguiendo a Stephen Holmes:

(P)odemos enfocar el carácter autodestructivo de una democracia constitucional ilimitada. Esta línea de argumento la sigue, por ejemplo, F.A. Hayekl. A su parecer, una Constitución no es más que un recurso para limitar el poder del gobierno. 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>84</sup>

No es fácil sostener cuál es el precompromiso al que la democracia tiene impedimento para decidir; sin embargo, puede con mediana claridad advertirse que el precompromiso puede personificar en el *principio de rigidez constitucional* el cual tiende, sobre todo a la protección del diverso de *supremacía*, que respalda un conjunto de decisiones que en Dworkin, denomina “*vetos o cartas de triunfo*” o, Ernesto Garzón, como “*el coto vedado*”, esto es, son los compromisos que los padres de la Constitución

---

<sup>84</sup> Stepehn, Holmes. El precompromiso y la paradoja de la democracia. en Elster, Jon y Slagstad, Rune, op. cit., supra, nota 87, pág. 218.

deciden imponerse de tal manera que siendo oponibles a sus sucesores no puedan negar las obligaciones y cambiar el rumbo político.

No obstante, es con José Juan Moreso, donde el precompromiso adquiere una magistral defensa argumental; en efecto, el citado autor encuadra la figura citada a la intención de asegurar decisiones acertadas cuya necesidad de protegerse es evidente, de ahí que advierte dos sentidos de utilidad:

- a) El precompromiso como mecanismo para alcanzar resultados adecuados: La teoría de la racionalidad aplicada a los agentes individuales contempla, a menudo, el precompromiso como un mecanismo que trata de evitar que un yo futuro, ante problemas como el producido por la debilidad de voluntad u otros, frustré los deseos de alcanzar determinados resultados del yo actual... Obviamente que los procesos constituyentes son distintos en cada país y cada época y su calidad deliberativa es una cuestión contingente. Pero, tal vez, la mayor calidad deliberativa no haya que buscarla en cómo se toma la decisión, sino en sobre qué se toma la decisión

(...)

- b) El precompromiso como mecanismo de evitación: Algunas veces el mecanismo del precompromiso puede usarse no con la intención de alcanzar resultados adecuados, sino con la intención de evitar los peligros de un exceso de deliberación o de una deliberación muy conflictiva.

Mientras el precompromiso como mecanismo para alcanzar resultados adecuados parte de la idea que se prefiere que suceda A a que suceda no A y se trata de evitar que un yo futuro elija no-A, el precompromiso como mecanismo de evitación puede ser indiferente entre varias alternativas, pero se intenta que una de ellas prevalezca sobre las otras para evitar un exceso de deliberación y conflicto.<sup>85</sup>

*El autor de referencia presenta tres planteamientos de vital importancia: ¿Está justificada la idea de primacía de la Constitución, esto es, la idea de atrincherar determinadas cuestiones para impedir que puedan ser modificadas por la regla de la*

---

<sup>85</sup> Moreso, Juan José. Sobre el alcance del precompromiso, págs. 98-99, consultable en: [www://luisvives.com/servlet/SirveObra/hist/12925071916700495109213/discusiones1/vol1\\_06.pdf](http://www://luisvives.com/servlet/SirveObra/hist/12925071916700495109213/discusiones1/vol1_06.pdf) (22 de noviembre de 2010).

mayoría? ¿Está justificado establecer un mecanismo de control jurisdiccional de la constitucionalidad de las leyes ordinarias? ¿Qué grado de deferencia han de tener estos órganos jurisdiccionales ante las decisiones legislativas?<sup>86</sup> La postura sostenida por Moreso, sin duda, es reconciliable con el control judicial de constitucionalidad, de ahí que concluya: “a menudo los órganos jurisdiccionales de control de constitucionalidad no deciden contramayoritariamente, sino que tratan de determinar cuál debe ser el derecho vencedor en un caso de conflicto de derechos constitucionales”.<sup>87</sup>

He aquí precisamente el aspecto toral de la discusión ¿Por qué los sucesores se hallan obligados por el precompromiso? Acaso, ¿No pueden cambiar las circunstancias, de tal manera que sea necesaria una modificación del pacto? Lo anterior, porque *non creatio ex nihilo*, sino necesariamente tiene un antecedente que no puede pasarse por alto, de ahí que puede (re) formularse un compromiso, pero difícilmente crearse uno nuevo, salvo que preceda de un movimiento de resistencia, v.gr., una revolución. Por lo anterior, se reduce más claramente el debate: la revisión constitucional *versus* control judicial de constitucionalidad.

Como se ha anotado, el precompromiso se relaciona con la revisión constitucional, luego entonces, el control judicial de constitucionalidad asegura el principio de supremacía en la medida en que admite con agrado la rigidez constitucional.

No pasa por alto destacar las aportaciones de Juan Carlos Bayón, desde la perspectiva de la democracia, para refutar el control judicial de constitucionalidad a partir de la tesis del *precompromiso*, negando un carácter colectivo y reduciéndolo a su aspecto puramente privado; por ello, sostiene una probable falacia de argumento puesto que a fin de cuentas son los jueces y no la democracia quienes determinan los derechos y la violación a los compromisos de los padres de la Constitución; de ahí que sugiere un argumento instrumental o procedimental a partir del cual, mediante una regla de la

---

<sup>86</sup> Ibidem, pág. 101.

<sup>87</sup> Ibidem, pág. 103

*mayoría reforzada*, puede controlarse la revisión constitucional, es decir, que también la democracia determine cuales son los derechos y sus zonas de inaccesibilidad; así, el citado autor apunta:

Vistas las cosas desde esa perspectiva, el constitucionalismo no consistiría –como suele decirse– en un procedimiento de decisión con restricciones sustantivas, sino en una combinación de procedimientos, ensamblados de tal modo que algunos de ellos sirven para tomar decisiones colectivas acerca de los límites de funcionamiento de otros. En los momentos de política constituyente –ya sean originarios o de reforma constitucional– la pregunta acerca de qué es lo que no se permitirá en el futuro decidir a la mayoría no la responde un listado de criterios sustantivos, sino el resultado –cualquiera que sea– que arroje un procedimiento (el de aprobación –o revisión– de la constitución). Y en los momentos de política constituida, el límite real al funcionamiento del procedimiento mayoritario no viene dado tampoco por un conjunto de criterios sustantivos, sino por resultados que arroje otro procedimiento más, el de control jurisdiccional de constitucionalidad, cualesquiera que éstos sean. El límite real al poder de decisión de la mayoría de sus miembros– establezca que es el contenido de esos derechos: porque, por discutibles o infundadas que puedan parecernos las decisiones que adoptan, su firmeza no está condicionada a su corrección material.

(...).

El constitucionalismo, en cambio, constriñe y limita el funcionamiento de este procedimiento básico colocando en cada uno de sus costados otros procedimientos –el de reforma constitucional y el de control jurisdiccional de constitucionalidad– que implican por definición la negación de ese valor esencial. Así, en primer lugar, no parece fácil justificar la primacía constitucional, al menos mientras se entienda que la genuina rigidez –y no hay primacía sin rigidez– implica la exigencia de mayorías reforzadas para la reforma de la constitución. Porque, como se ha señalado con frecuencia, existe una poderosa objeción de principio en contra de la exigencia de mayorías reforzadas: que cualquier regla de decisión de ese tipo está intrínsecamente sesgada a favor del *statu quo*, es decir, de lo que seguirá contando como decisión pública en vigor si la propuesta que se somete a votación no reúne la mayoría requerida. Vista en negativo, la exigencia de mayoría reforzada equivale al poder de veto de la minoría:

atribuye desigual valor al voto de partidarios y oponentes de la propuesta que se vota, lo que es tanto como decir que constituye un procedimiento que *no les trata como iguales*.<sup>88</sup>

La aportación que realiza el autor de referencia se torna totalmente práctico cuando se retoma el argumento instrumental o procedimental; esto es, el control judicial de constitucionalidad frente a la revisión constitucional no sólo procede por su incompatibilidad con principios, reglas o valores *ex anti*, sino también, en su implicación con el proceso de creación y aprobación de la enunciada revisión constitucional, de tal manera que todos los participantes posean igual peso y oportunidad para externar sus objeciones sobre la pretendida revisión; con ello, no solo se protege a la minoría sino se obliga a que la mayoría aporte mayores razones de convencimiento para la colectividad destinataria de la norma y no diametralmente inversa, precisamente porque ese ha sido el papel que tiene la minoría en el control judicial de constitucionalidad. Todo depende de la claridad de la regla del precompromiso o núcleo duro; por último, el autor en cita concluye de forma peculiar:

En suma: si como partidarios del ideal moral del coto vedado entendemos que *uno* de nuestros derechos es el de participar en términos igualitarios en la toma de decisiones colectivas, entonces un balance adecuado entre valores procedimentales y sustantivos recomienda a mi juicio la adopción de la clase de diseño institucional que podemos denominar “constitucionalismo débil” Ese diseño admite un núcleo –formulable en forma de reglas- irreformable; reconoce que puede haber ventajas –de tipo instrumental- en que el resto del contenido del coto vedado (solo formulable en forma de principios) alcance expresión constitucional; y respecto al control jurisdiccional de constitucionalidad, puede considerarlo deseable –como mecanismo para incrementar la calidad de la deliberación previa a la toma de decisiones- dependiendo de cual sea su ensamblaje con el resto de los componentes del sistema: porque en lo que insiste de manera decidida es en evitar que la combinación de aquél con mecanismos de reforma constitucional que exigen gravosas mayorías reforzadas prive a los mecanismos ordinarios de la democracia representativa de la última palabra. Un diseño, en definitiva, lo bastante diferente de la clase de constitucionalismo a que estamos acostumbrados como para que reconsideremos seriamente si nuestras instituciones básicas son verdaderamente justificables.<sup>89</sup>

---

<sup>88</sup> Bayón, Juan José, *op. cit.*, supra, nota 83, pág. 71.

<sup>89</sup> *Ibidem*, págs. 89-90

Sin una deferencia a la democracia el jurista estadounidense John Hart Ely, plantea tres argumentos respecto de la necesidad del control judicial de constitucionalidad hacia la actividad del legislativo; el primero lo constituye lo que denomina *“La parte difícil es, y sigue siendo, la de diseñar maneras de proteger a las minorías de la tiranía de la mayoría que no entren en flagrante contradicción con el principio del gobierno mayoritario: tanto en la teoría del derecho como en la lógica, de una contradicción puede inferirse cualquier cosa; no basta con afirmar, sin más, “la mayoría gobierna pero la mayoría no gobierna”*.”<sup>90</sup>

El segundo, el autor de cita sostiene el siguiente argumento:

En efecto, se nos dice que esto es inevitable: “sencillamente no hay manera de que los tribunales realicen un control legislativo en términos de la Constitución sin que se vean obligados repetidamente a adoptar difíciles opciones sustantivas entre valores enfrentados, y entre concepciones políticas, sociales y morales inevitablemente controvertidas”. “El derecho constitucional debe entenderse ahora como el medio a través del cual se aplican aquellas ideas que cada cierto tiempo se consideran fundamentales”. La Corte “es una institución encargada del desarrollo y aplicación de los principios fundamentales de la sociedad”, y su función constitucional”, por lo tanto, es “definir valores y proclamar principios”.<sup>91</sup>

Finalmente, el autor de referencia sostiene:

En una democracia representativa, las determinaciones valorativas deben ser adoptadas por nuestros representantes elegidos y si, de hecho, la mayor parte de nosotros no está de acuerdo, podemos votar para removerlos de sus cargos. El mal funcionamiento se da cuando el proceso no inspira confianza, cuando 1) quienes detentan el poder bloquean los canales de cambio político o se aseguran de permanecer en el poder y excluir a los demás, o 2) cuando aunque a nadie se niegue en realidad voz y voto, los representantes comprometidos con una mayoría efectiva sistemáticamente colocan en desventaja alguna minoría, por simple hostilidad, o por negarse prejuiciadamente a reconocer una comunidad de intereses y, al hacerlo, niegan a aquella minoría la protección suministrada por un sistema representativo a otros grupos.

---

<sup>90</sup> Ely, John Hart. Democracia y desconfianza. Una teoría del control constitucional, Siglo del Hombre Editores-Universidad de los Andes, Santafé de Bogotá, 1997, pág. 26.

<sup>91</sup> *Ibidem*, págs. 63-64.

Obviamente, nuestros representantes elegidos son las últimas personas en quienes confiaríamos para identificar cualquiera de estas dos situaciones. Los magistrados nombrados, no obstante, son comparativamente ajenos al sistema gubernamental, y sólo indirectamente deben preocuparse por continuar en sus cargos. Esto no les da un acceso especial a los auténticos valores de los norteamericanos: por el contrario, en gran medida, garantiza que no lo tendrán. Sin embargo, sí los coloca en una posición que les permite evaluar objetivamente las acusaciones – aun cuando nadie supone que tal evaluación esté libre de opiniones- de que, al taponar los canales del cambio, o actuar como instrumentos de la tiranía mayoritaria, nuestros representantes elegidos no están representando los intereses de quienes el sistema cree que defienden.<sup>92</sup>

La línea argumentativa trazada por Ely, es incuestionable por cuanto pretende colocarse en un punto intermedio entre la democracia y el juez constitucional, o mejor dicho, entre las mayorías y el control judicial de constitucionalidad; esta neutralidad, parte del carácter instrumental de la Constitución, en la medida que provee de instituciones que se propone sean fuertes y perdurables para los fines de la comunidad política; de ello se sigue que las reglas, valores o principios, quedan asegurados por la regla del consenso o son resultado del proceso político.

Por ello, el control judicial se mantiene neutral al (re) conducir los valores pactados a los propósitos de la Constitución, evidenciando con ello, al proceso político o consenso, cuando pretende desviarse de los confines de la colectividad. Pero en ello pesa una doble sanción, que no es propiamente una deferencia hacia el legislador; el político, dejando al electorado el derecho a la no reelección de los representantes opositores a la democracia y, al juez constitucional, el papel de (re)orientar los valores o principios que emanan del proceso político a la regularidad constitucional.

En esta misma sintonía se encuentra Carlos Santiago Nino, quien en el artículo denominado *Filosofía del control judicial de constitucionalidad*, inicia con un comentario a la postura sostenida por Marshall en el emblemático caso *Marbury vs. Madison*, señalando:

---

<sup>92</sup> Ibidem, pag. 130.

No hay nada en la lógica de tener una Constitución por encima de las leyes que obligue a tener el control judicial de constitucionalidad de tipo norteamericano y argentino, no hay nada en la lógica de lo que determina cuándo una norma es válida, que determine que solamente los jueces y siempre los jueces están autorizados a dejar de lado una ley a favor de la Constitución. Las normas que establecen la obligatoriedad de leyes inconstitucionales pueden tener condiciones diferentes acerca de cómo esa obligatoriedad se puede cancelar. Entonces la primera conclusión a la que quiero llegar, es que el sistema de control de constitucionalidad que queremos elegir y que podamos adoptar no depende de una cuestión de lógica, no depende de tener una Constitución operativa, sino de otro tipo de consideraciones.<sup>93</sup>

Desde esta postura Nino, ofrece un argumento del control judicial de constitucionalidad alejado de las consideraciones funcionales de la Constitución, haciendo depender su razonamiento desde el modelo de control, así como el propio modelo de democracia como instrumentos para asegurar eficientemente los derechos fundamentales, de ahí que el juzgador constitucional ocupa un lugar preponderante tanto en el proceso político como en el jurídico, esto es, en la toma de las decisiones y en la definición jurídica. Por ello, se propone analizar a la democracia y de ahí configurar sus argumentos en torno al control judicial apropiado:

(U)na es la alternativa tradicional de la soberanía popular. Hay una versión rousseauiana de esta teoría de la soberanía popular que se expresa a través de la voluntad general que a su vez se plasma en la asamblea nacional, etc., y que parece llevar a un modelo de control de constitucionalidad de tipo francés. En efecto, si la justificación de la democracia está basada en la soberanía popular, en definitiva el único órgano de expresión de esa soberanía es el Poder Legislativo —especialmente la Cámara Baja cuando se trata de un sistema bicameral— y debería restringirse al máximo la posible interferencia de los jueces, ya que no son órganos directos sino en todo caso indirectos de la soberanía en esa expresión de la voluntad popular soberana.<sup>94</sup>

En otro apartado sostiene lo siguiente:

He tratado de defender una concepción diferente de la democracia según la cual la democracia, a través de la discusión y de la decisión mayoritaria que es inherente al proceso democrático, tiene

---

<sup>93</sup> Nino, Carlos Santiago. La filosofía del control judicial de constitucionalidad, pág. 82, consultable en: [http://www.cepc.es/rap/Publicaciones/Revistas/15/RCEC\\_04\\_077.pdf](http://www.cepc.es/rap/Publicaciones/Revistas/15/RCEC_04_077.pdf) (22 de noviembre de 2010).

<sup>94</sup> *Ibidem*, págs. 85-86.



un valor epistemológico, es decir, es una vía apta para llegar a soluciones que tienen una mayor probabilidad de ser moralmente correcta que las soluciones que se dictan a través de otros procedimientos. Esto es así, porque la discusión generalizada, amplia, abierta y la decisión mayoritaria promueven procedimientos que tienden a la imparcialidad y al conocimiento de los hechos relevantes, porque hace que todo o una buena parte de la población hagan conocer a través del proceso democrático cuales son sus intereses y que haya una tendencia a tomar esos intereses en cuenta para lograr formar coaliciones mayoritarias y que esas coaliciones no se rompan bajo la presión de otros grupos.<sup>95</sup>

Finalmente, cierra el razonamiento afirmando que:

De esta misma justificación de la democracia surge una limitación a los órganos mayoritarios y es en esa limitación donde juegan un papel importante los jueces, a través de mecanismos como el control de constitucionalidad. Lo único que la mayoría no tiene legitimidad para decidir es la restricción de las condiciones y los presupuestos que hacen del procedimiento democrático un mecanismo apto para encontrar soluciones correctas. La misma mayoría que podría estar viciada por fallas en las condiciones de la discusión amplia, abierta y de la decisión mayoritaria es obvio que no puede decidir sobre si esas condiciones se dan, porque esa decisión estaría afectada por los mismos defectos que se estarían discutiendo, si se satisfacen o no. Es por ello que es necesario contar con órganos independientes que controlen si esos presupuestos y esas condiciones del procedimiento de discusión, de debate y de decisión democrática se han satisfecho o no; órganos cuya propia legitimidad no depende de avatares, de mayorías que puedan estar afectadas por las fallas que mencioné.

Ahora bien, esto puede tener una interpretación muy restringida o una interpretación bastante amplia. Puede tener una interpretación restringida si pensamos que el papel de los jueces debe limitarse a verificar si se dieron las condiciones procedimentales del debate y de la decisión democrática. Pero yo no creo que deba ser así, pues la validez de una decisión mayoritaria depende de muchas cosas.<sup>96</sup>

Resulta interesante la conjugación que ofrece Nino y Ely, respecto de la democracia y el control judicial del procedimiento democrático, pues no impide que las mayorías decidan sino restringe su actuación en los aspectos esenciales de los cuales no es posible decidir, al tiempo que asegura que el procedimiento sea incluyente de todos los

---

<sup>95</sup> Ibidem, págs. 86-87

<sup>96</sup> Ibidem, pág. 87.

componentes de la comunidad política, de tal manera que un mayor número y no sólo el mínimo sea quienes adopten las decisiones relevantes; de tal manera que el juez constitucional se erige en contralor de las condiciones para la adopción de las decisiones tanto en el procedimiento como en la sustancia.

En palabras de Lopera Mesa, es infructuoso averiguar en las consideraciones epistémico, ética o política, la legitimidad del juez constitucional, pero si es posible que:

La afirmación de la legitimidad de ejercicio de la jurisdicción, por supuesto condiciona y *a posteriori*, dicho en terminología garantista, no ignora que todo intento de justificar el control judicial de constitucionalidad sigue enfrentándose a dos importantes limitaciones: En primer lugar, la fiscalización de la justicia constitucional debe mantenerse en el ámbito de la crítica social de sus actuaciones, porque el establecimiento de un órgano encargado de controlar al juez constitucional solo trasladaría el problema a un tercer momento, avanzando al infinito la perenne cuestión del “*quis custodiet custodes*”. Por otra parte, la interpretación del texto constitucional, que es también horizonte de legitimidad de la justicia constitucional, queda en manos de ella misma, lo que pone en evidencia la discrecionalidad de la que dispone el juez constitucional, principal escollo que enfrenta la justificación de la opción judicialista.<sup>97</sup>

Con apoyo en lo expuesto y presentando a la Constitución como un documento político que contiene las *decisiones políticas fundamentales* adoptadas por los *factores reales* de poder en un contexto histórico-político determinado, conviene ahora tener presente que en un Estado democrático no puede haber la inmutabilidad o irreformabilidad de la Constitución.

## 1.8 REVISIÓN CONSTITUCIONAL.

Como corolario se encuentra el artículo 28, de la Declaración de Derechos del 24 de junio de 1793, que dispone: “*Un pueblo tiene siempre el derecho de revisar, reformar y cambiar su Constitución. Una generación no puede sujetar a las generaciones futuras a sus leyes*”.<sup>98</sup> Siguiendo tal principio su prescripción en los ordenamientos

---

<sup>97</sup> Lopera Mesa, Gloria Patricia. La problemática legitimidad de la justicia constitucional, pág. 251, consultable en: [http://www.cepc.es/rap/Publicaciones/Revistas/8/AIB\\_005\\_227.pdf](http://www.cepc.es/rap/Publicaciones/Revistas/8/AIB_005_227.pdf) (22 de noviembre de 2010).

<sup>98</sup> Fioravanti, Maurizio. *Los Derechos*...op.cit.,supra, nota 42, pág.148.

constitucionales presenta una complejidad, pues su estudio debe analizarse a partir del propio concepto que se tenga de la Constitución.

Una primera aportación al tema se localiza en Loewenstein, quien destaca la necesidad de cuestionarse sobre qué circunstancias resultan necesarias o motivadas para una reforma constitucional, ofreciendo-en citado autor- tres alternativas: 1) lagunas constitucionales, 2) el lugar del *pouvoir constituant* (poder supremo) y, 3) la frecuencia de la reforma.<sup>99</sup>

Esta formulación es el tema toral del trabajo de investigación al representar la lucha constante entre mayorías y minorías, democracia y derechos fundamentales, historicismo-estaticidad o dinamismo-reformabilidad, en fin, entre los derechos del pasado y los derechos del presente.

Para iniciar este debate es menester incorporar el argumento que formula Covián respecto a la distinción entre el *acto constituyente* y los de *incidencia constituyente*:

Los actos de naturaleza constituyente son los que por definición sólo puede realizar el poder constituyente y nunca los órganos constituidos, so pena de exceder el ámbito de su competencia. Estos actos están directamente relacionados con el ser o modo de ser político del Estado, lo que equivale a decir con sus decisiones políticas fundamentales (su constitución). Así la creación de una constitución (en el sentido científico del término), su revisión, su adición, su reelaboración total, son actos de naturaleza constituyente, en tanto determinan las decisiones políticas fundamentales o bien las modifican.

[...]

Son actos de “incidencia constituyente” todos aquéllos que por su contenido, alcances o efectos, incumben a la creación, revisión, aplicación, eficacia o cumplimiento de las decisiones políticas fundamentales (esto es, de la constitución). Obviamente, algunos de esos actos por definición, son también actos de naturaleza constituyente (adopción y modificación de las decisiones

---

<sup>99</sup> Loewenstein, Karl, op.cit., supra, nota 22, págs. 170-175.

políticas fundamentales) y por ende, sólo pueden ser realizados con intervención del poder constituyente.<sup>100</sup>

Lo anterior es así porque no sólo la confusión teórica sino que su carácter práctico hace de la Constitución un documento que puede ser quebrantado, alterado e inobservado con total facilidad. Da cuenta de ello la gran cantidad de reformas de que es objeto una Constitución poniendo en evidencia que su rigidez es una mera declaratoria cuyo trasfondo es su potencial flexibilidad. De ahí que siguiendo a Guastini, es oportuno diferenciar el tipo de Constitución según el de revisión:

- 1) Concepción sustancial (o sustancialista). La primera respuesta suena *grosso modo* así: una Constitución es una totalidad coherente y conexas de valores ético-políticos... ahora bien, una cosa es revisar la Constitución existente (en sus normas de detalle) sin alterar la identidad material o axiológica y otra cuestión es modificar el “*espíritu*” de la Constitución existente, esto es, alterar, perturbar o subvertir los valores ético-políticos que la caracterizan... Una cosa es el ejercicio de un poder constituido (el poder de reforma) y otra cosa es el ejercicio del poder constituyente... De lo anterior se sigue que en ningún otro caso puede la reforma ser llevada hasta modificar los principios supremos de la Constitución existente. Tales principios son límites (lógicos) infranqueables para la reforma constitucional...
- 2) Concepción formal (o formalista). La segunda respuesta suena *grosso modo* así: una Constitución no es más que un conjunto de normas... Se sigue, ante todo, que existen tres tipos posibles de reforma constitucional: a) la introducción de una nueva norma; b) la supresión de una norma preexistente, y c) la sustitución de una norma preexistente (es decir la supresión de una norma vieja combinada con la introducción de una norma nueva. Pero se sigue también que, comúnmente, toda reforma constitucional comporta la modificación del conjunto preexistente, y la modificación de éste da lugar a un conjunto diverso: porque son diversos los elementos que lo componen. Desde este punto de vista, toda reforma constitucional- por más “marginal” que sea desde un punto de vista axiológico-produce una nueva Constitución...<sup>101</sup>

Qué debe entenderse por reforma o revisión constitucional y quién lleva a cabo esa función. Para responder a tales inquietudes desde luego debe descartarse en el

---

<sup>100</sup> Covián Andrade, Miguel. **Teoría constitucional**..., op. cit., supra, nota 34, págs. 165-166.

<sup>101</sup> Guastini, Riccardo, op. cit., supra, nota 26, págs. 41-43.

lenguaje la denominación de poder constituyente permanente o constituyente permanente por no resultar útiles en el tratamiento que se ha venido desarrollando en el trabajo de investigación.

Hecho lo cual, la reforma o revisión constitucional no es simplemente un acto que precisa una formalidad procedimental, sus consecuencias son jurídico-constitucionales dado que quien realiza esa función es un órgano jurídico y no político cuando sólo se reduce a la eficiencia y operatividad de las decisiones políticas fundamentales pero sin alterarlas.

Enmarcado lo anterior, es interesante la observación que realiza Covián, *“Reformar la constitución implica la variación de la esencia del Estado. Cambiar las normas constitucionales solamente significa modificar la expresión jurídica de esa esencia del Estado, esto es de su constitución”*.

Es de destacarse que Carlos de Cabo Martín es coincidente en las notas esenciales del revisor de la constitución aunque con sus matices particulares, así argumenta:

1. En primer lugar, no es un Poder original en ninguno de los tres sentidos antes indicados sino derivado: no se basa en sí mismo sino que procede de la Constitución; tampoco puede decirse que sea un Poder inicial en cuanto a la libertad e independencia para su puesta en funcionamiento, dado el carácter reglado y restrictivo de la iniciativa para la Reforma; y tampoco es un Poder fundador, sino que, por el contrario, su naturaleza consiste justamente en que a través (sic) se produce la continuidad del sistema jurídico-político, del Ordenamiento jurídico del Estado.
2. En segundo lugar, no es un poder incondicionado y soberano, sino que, en cuanto constitucionalizado, es un Poder juridizado y, por tanto, limitado.
3. Y en tercer lugar, su fundamento es, por consiguiente, la legalidad constitucional.<sup>102</sup>

---

<sup>102</sup> Cabo Martín, Carlos de. **La reforma constitucional en la perspectiva de las Fuentes del Derecho**, Trotta, Madrid, 2003, pág.32.

En resumidas cuentas las notas esenciales de órgano revisor de la Constitución son:

- a) la revisión al texto constitucional es de orden normativo y no político, su fuente y límite es la Constitución;
- b) sólo cambian las normas para hacer operativo y eficaz las decisiones políticas fundamentales-pero no esa esencia-;
- c) el órgano que lo realiza tiene una naturaleza positivada y no política;
- d) el órgano revisor tiene una atribución que deriva de la Constitución por tanto no es soberano pero si autónomo en el ejercicio de esa atribución y,
- e) se sujeta a un procedimiento constitucional y legal para la función de la revisión constitucional.

Tal conclusión es acorde con el argumento expuesto por Covián, que establece: *“El poder revisor tiene una competencia, la que en tanto tal, es por definición limitada, consistente en lo siguiente: está facultado limitativamente en forma expresa (en el texto constitucional) o implícitamente (aunque el texto constitucional no le señale sus límites, éstos existen en función de su naturaleza de poder constituido), para modificar en el fondo y en la forma, normas constitucionales exclusivamente, sin alterar, ni afectar, ni tocar, ni obstruir en lo mínimo, decisiones políticas fundamentales”*.<sup>103</sup>

## **1.9 LÍMITES A LA REVISIÓN CONSTITUCIONAL.**

Es la parte más problemática de la investigación no por su aspecto de fundamentación teórica sino en la forma en que pueden entenderse coherentemente el conjunto de los argumentos que se han expuestos en los temas que anteceden para sostener válidamente una tesis acerca de la Constitución, su esencia y sus normas.

---

<sup>103</sup> Covián Andrade, Miguel. **Teoría constitucional**..., op. cit., supra, nota 34, pág. 197.

Se ha enmarcado en la línea argumental que el poder constituyente posee una naturaleza política en tanto los poderes constituidos son jurídicos, a razón de ello cuando éstos pretendan revisar el texto constitucional se encuentran sujetos a ciertos límites que reducen el gran campo de actuación decisional primordialmente de configuración normativa constitucional, los cuales no son removibles por la actuación discrecional del órgano revisor sino que se ajustan a las reglas y principios que derivan de la Constitución.

Sobre esta base es unánime la postura de que la revisión al texto constitucional no sólo se haya limitado por su aspecto formal o procedimental sino también existen límites de fondo o sustancial que, a pesar de no hallarse en la Constitución se entienden implícitos, pues con ello se protege la *esencia*, o sea, las *decisiones políticas fundamentales*, respecto de lo cual no siempre es posible decidir, por tanto la actuación de la democracia-mayorías-encuentra un límite y son precisamente esas *decisiones*.

Salazar ofrece una explicación acerca de la tensión que surge entre la revisión del texto constitucional y la democracia:

La tensión general entre el constitucionalismo y la democracia puede desagregarse en dos núcleos problemáticos que se ubican en planos diferentes: a) el primero se sitúa en el nivel de los principios conceptuales; b) el segundo se coloca en el plano institucional. En el primer nivel tenemos, cuando menos, los siguientes problemas: a. 1) la tensión entre el conjunto de derechos fundamentales individuales y el ideal de la autonomía política; a.2) la tensión entre el contenido de las decisiones (que condiciona su legitimidad al respeto de los límites materiales de la constitución) y la forma en la que son adoptadas (que condiciona su legitimidad al respeto del procedimiento democrático durante su adopción). Aunque la frontera entre estas dos tensiones conceptuales sea muy delgada, es oportuno distinguirlas porque de ellas se desprenden dos tensiones en el plano institucional: b. 1) la tensión entre el principio de la supremacía (y la consiguiente rigidez) constitucional y los poderes legislativos y de reforma constitucional; b. 2) la tensión entre estos órganos representativos democráticos y los jueces constitucionales.<sup>104</sup>

---

<sup>104</sup> Salazar Ugarte, Pedro, op. cit., supra, nota 16, págs. 184-185.

Las dos posturas a la luz de la teoría política son válidas pues no pueden expresar un argumento que sea capaz de subordinar al otro, o sea, no puede negarse que el soberano-democrático- asuma su papel de dinamizar el derecho sin que por ello se encuentre impedido por límites expresos o no expresos; pero, también cabe el argumento que todo ejercicio-democrático-supone la observancia de derechos anteriores de los cuales no es apropiado decidir; de ahí que el citado autor expresa con claridad, *“El ideal democrático del autogobierno amenaza a la constitución y a los derechos fundamentales porque se rebela ante los límites; el marco constitucional ahoga a la democracia porque restringe el ámbito de ejercicio de la autonomía política de los individuos”*.<sup>105</sup>

Lo anterior, no puede quedar superado por la idea de Constitución como balanza entre estos dos polos, conllevaría a colapsar las *decisiones políticas fundamentales* a un aspecto coyuntural y no de garantía y defensa. Entonces, el equilibrio debe hallarse en la decisión judicial y es el juez constitucional quién debe realizar un ejercicio de ponderación entre la democracia y los límites explícitos o no expresos que implica toda revisión del texto constitucional en aras de que la sociedad del pasado no puede condicionar la actuación de la sociedad presente o futura, pero tampoco posibilita hacer nugatorio las *decisiones políticas fundamentales*, por ello, como afirma Vidal Gil, *“ Si los derechos morales son previos al sistema democrático, ello quiere decir también que los derechos morales tienen prioridad axiológica sobre la democracia”*<sup>106</sup> y cierra el argumento sosteniendo que: *“Los derechos morales funcionan, así, como límites a priori del contrato y como control a posteriori de la democracia”*.<sup>107</sup>

Dando cuenta que en la pretendida mayoría el depositario original de la soberanía directamente no participa en el procedimiento de reforma, de ahí que se base la legitimidad política del juez constitucional para defender a los ciudadanos

---

<sup>105</sup> Ibídem, pág. 184.

<sup>106</sup> Vidal Gil, Ernesto J. **Justificación de la democracia y límites a la decisión por mayorías**, pág. 240, consultable en [www.//uisvives.com/servlet/SirveObras/Doxa](http://uisvives.com/servlet/SirveObras/Doxa) (18 de julio de 2010).

<sup>107</sup> Ibídem, pág. 240.



individualmente considerados, es decir, la democracia; Schulze-Fielitz, expresa “*Una mayoría... resulta suficiente para reformar los principios fundamentales y básicos de la comunidad, sin que el pueblo mismo, sobre el que en última instancia se sustenta toda legitimidad democrática, haya de ser preguntado*”<sup>108</sup>.

Esta tesis del juez constitucional es desde su aspecto práctico en si mismo problemático dada la discrecionalidad en la interpretación constitucional influenciado por la coyuntura imperante en un contexto histórico-político determinado; sin embargo, es la única fuente que sirve de parámetro racional para garantizar que la rigidez constitucional no se entienda como la no revisión del texto constitucional, pero también, hacer prevalecer las *decisiones políticas fundamentales* a raíz del principio de supremacía constitucional, del cual los derechos fundamentales ahí estarán plenamente asegurados. Guastini, ofrece un argumento por analogía interesante:

Por tanto, pueden llamarse garantizadas (o también rígidas en sentido fuerte) las Constituciones formales que no solamente prevean un procedimiento especial para su reforma, sino que, además, prevean alguna forma de *control sobre la legitimidad constitucional de las leyes*, es decir, sobre la conformación de las leyes a la Constitución. Por ejemplo:

1. Prevén que cualquier juez esté autorizado para desaplicar leyes que estén en contraste con la Constitución (y, en tal sentido, que sean constitucionalmente ilegítimas) con efectos circunscritos al caso decidido.
2. Instituyen un órgano investido del poder de controlar preventivamente la conformidad de las leyes a la Constitución (de forma que una ley constitucionalmente ilegítima, en principio, no pueda ni siquiera entrar en vigor).
3. Instituyen un órgano investido del poder de controlar sucesivamente (luego de la promulgación) la conformidad de las leyes a la Constitución, y autorizado para anular las leyes contrastantes con ella con eficacia general, *erga omnes* (de tal forma que una ley

---

<sup>108</sup> Schulze-Fielitz, Helmuth. **El lado oscuro de la Ley Fundamental**, Revista de derecho Constitucional Europeo, Año 6, Número 12, julio-diciembre 2009, pág. 202; consultable en [www.ogr.es/-redce/REDCE12/articulos/18](http://www.ogr.es/-redce/REDCE12/articulos/18) de julio de 2010).

constitucionalmente ilegítima pueda entrar en vigor, pero puede también ser anulada posteriormente por el órgano competente).<sup>109</sup>

Esta situación sólo genera un cambio de roles, es decir, se traslada la lucha de las mayorías-revisar el texto constitucional como un ejercicio democrático- contra las minorías- juez constitucional que pondera entre el derecho ciudadano y la pervivencia de los derechos fundamentales- ampliando su carácter problemático, “ *los derechos fundamentales son precisamente derechos contra la mayoría, establecidos en el pacto constitucional de convivencia como límites y vínculos- la esfera de lo no decidible (qué o qué no)*”<sup>110</sup>.

Por ello, esa constante colisión entre dos polos: mayorías *versus* derechos fundamentales exige un tratamiento más jurisdiccional que reducido a su campo político- en tanto se genera de la voluntad de los representantes del pueblo- de tal manera que exista un equilibrio de fuerzas- ciudadano y órgano revisor- que armonice y genere conciencia de la Constitución tanto en la esencia como en los órganos que crea; de ahí que la observación que plantea Ferreres Comella, adquiera vital importancia, cuando argumenta:

En materia de derechos y libertades, sin embargo, la cosa es distinta. Aquí parece que el valor de la estabilidad debe ceder ante el imperativo de alcanzar la decisión justa. En este contexto, la rigidez constitucional puede parecer *exclusiva*: si las mayorías parlamentarias actuales consideran que determinada decisión adoptada en el pasado en materia de derechos y libertades es errónea, ¿por qué debe obstaculizarse su modificación? Por otro lado, la rigidez constitucional puede parecer insuficiente: si creemos que los individuos son titulares de ciertos derechos morales que el Estado debe reconocer, y es por esta razón por la que recogemos en la Constitución, ¿por qué permitir (respecto de esos derechos) la reforma constitucional?<sup>111</sup>

---

<sup>109</sup> Guastini, Riccardo, op. cit., supra, nota 26, pág. 194.

<sup>110</sup> Ferrajoli, Luigi. **Los fundamentos**, op. cit., supra, nota 48, págs. 367-368.

<sup>111</sup> Ferreres Comella, Víctor. **Una defensa de la rigidez constitucional**, pág. 29, consultable en: <http://7/bib.cervantesvirtual.com/servlet/SirveObras/public> (15 de abril de 2010).

Lo expuesto pone de manifiesto el estado de la cuestión; siendo indudable que el debate teórico de la revisión del texto constitucional sigue siendo un tema paradigmático, en tanto que las posturas o concepciones que adopten de la Constitución delimitarán los alcances, el órgano, procedimiento, límites y control judicial de constitucionalidad de la revisión del texto constitucional. No obstante, muestra el estudio que tratándose de los derechos fundamentales, al ser anteriores a la Constitución y superiores a ésta, siempre y necesariamente serán el límite de las mayorías.

Sentado que la Constitución contiene límites, en los cuales no es sujeto de decisión por las mayorías; ello por sí solo no implica que pueda revisarse el texto constitucional en violación a tales límites. Para ello es necesario identificar esos límites y también delimitar el estudio exclusivamente a los derechos fundamentales.

Guastini, ofrece una clasificación sintetizada de los límites a la revisión del texto constitucional en los siguientes términos:

El poder de la reforma constitucional es- como todo poder constituido- un poder limitado, circunscrito, por las normas que lo regulan. Entre los diversos límites que pueden circunscribir la reforma constitucional se pueden distinguir los siguientes:

1. Llamaremos límites expresos (o textuales) a los expresamente estatuidos por el mismo documento constitucional interpretado a la letra.
2. Llamaremos límites *no expresos* a todos los demás. Dentro de los límites no expresos se pueden distinguir los siguientes:
  - a) Son límites *implícitos* los que se deducen del texto constitucional mediante otras-más controvertibles- técnicas interpretativas (interpretación extensiva, teleológica, sistemática, analógica, y algunas otras).
  - b) Son límites lógicos (y por tanto necesarios, no contingentes) los que no pueden ser deducidos del texto constitucional mediante las consabidas técnicas de interpretación y/o integración, pero que

asume que derivan del concepto mismo de Constitución y/o de reforma constitucional y que, por tanto, se encuentran en cualquier Constitución (independientemente de su interpretación textual).

Desde otro punto de vista, se suelen clasificar los límites a la reforma constitucional en límites *absolutos* y límites *relativos*, según que el límite de que se trate pueda o no ser superado-o removido-en forma legal. Un límite relativo subsiste hasta que no se derogue la disposición constitucional que lo contiene. Un límite absoluto no es en modo alguno superable, ya que la disposición constitucional que lo contiene no es susceptible de ser derogada más que de forma ilegal, revolucionaria, en suma, de forma *extraordinem*.<sup>112</sup>

La tipología metodológica, precisa con claridad dos límites en la función de la revisión del texto constitucional: expresos y no expresos; lo cual- según el autor- deben examinarse a la luz de las técnicas interpretativas en los casos concretos. Tal acercamiento precisa, además que se obtenga del contenido de la Constitución o de la misma- entendido como unidad-.

Otra postura es aportada por Walter Jellinek, citado por Díaz Ricci, quien realiza la siguiente clasificación:

- a) los límites Autónomos son aquellos que emanan del propio ordenamiento constitucional estatal, es decir se originan y repercuten dentro de un mismo sistema jurídico;
- b) los límites Heterónomos derivan de un orden normativo distinto al estatal, es decir, que normas originadas en otro ámbito normativo inciden sobre el ordenamiento constitucional.<sup>113</sup>

La segunda opción concreta las implicaciones normativas de la revisión del texto constitucional, es decir, por un lado los límites derivan de la propia Constitución-aquí cabría decir expresos y no expresos-aún cuando también puede encontrarse limitada la revisión a razón de una norma de mayor jerarquía-como sería el caso de los instrumentos internacionales- que un Estado en concreto ha aceptado como parte de su derecho interno.

---

<sup>112</sup> Guastini, Riccardo, op. cit., supra, nota 26, pág. 194-195.

<sup>113</sup> Díaz Ricci, Sergio Miguel, op. cit., supra, nota 125, pág. 580.

Desde otra vertiente Covián trata el tema en tres directrices: a) inobservancia del procedimiento de revisión constitucional, b) inobservancia de las condiciones suspensivas fijadas al procedimiento de reforma que representa una prohibición de su aplicación y c) anticonstitucionalidad material de la reforma, en virtud de la inobservancia de los límites expresos o implícitos que debe respetar el órgano revisor, en cuanto al contenido de la modificación al texto constitucional.<sup>114</sup>

El autor en cita, comparte en cierto modo las tesis apuntadas en relación con los límites expresos que derivan de las normas constitucionales, por tanto ahí subsisten reglas de prohibición para el órgano revisor ya que no puede pronunciarse por un precepto o texto constitucional que no admite revisión- intangibilidad-. Los límites van encaminados a la salvaguarda de las *decisiones políticas fundamentales*.

Sin embargo, los límites materiales o implícitos-según el autor- su forma de advertirlos son a partir de la inferencia con la naturaleza del órgano revisor, por lo que los poderes constituidos no pueden válidamente *reformular* la Constitución, y la revisión al texto está subordinado a la propia esencia constitucional.

Un tratamiento ejemplificativo se haya en Otto Bachof, ofrece una tipología de normas constitucionales inconstitucionales como a continuación se sintetiza: 1. Constitución escrita y 2. Constitución no escrita; por el primero son a) *inconstitucionalidad de normas constitucionales ilegales: encaminando la infracción a las reglas de procedimiento*, b) *inconstitucionalidad de las leyes de reforma constitucionales: teniendo aplicación respecto de las cláusulas de intangibilidad, de tal suerte que una norma constitucional que modifique una cláusula por si sola es inconstitucional- tiene que ver con los límites materiales expresos o no expresos-*, c) *inconstitucionalidad de normas constitucionales por contradicción de normas constitucionales de rango superior*. Aquí adquiere especial relevancia sobre la probable colisión entre dos normas de la Constitución, que no

---

<sup>114</sup> Covián Andrade, Miguel. **Teoría constitucional**..., op. cit., supra, nota 34, pág. 230.

resulta un absurdo porque puede, eventualmente, presentarse el supuesto, de tal manera que es un ejercicio de ponderación de reglas o principios, d) *inconstitucionalidad a través de la “mutación de la naturaleza” de las normas constitucionales*: el autor niega este supuesto como infracción en tanto que si una norma constitucional ha perdido vigencia o está en desuso no habría tal inconstitucionalidad, e) *inconstitucionalidad por la infracción del derecho constitucional metapositivo positivado*: esta hipótesis se explica a razón del carácter superior que gozan los derechos naturales, de suerte que la norma constitucional que los contravenga resulta institucional; en el numeral dos indica lo siguiente: a) *inconstitucionalidad por la lesión de los principios constitutivos no escritos del texto constitucional*: este supuesto se ubica con los límites no expresos lógicos, en tanto que el silencio del constituyente respecto de un principio no puede ser tomado como autorización para su modificación- p.e. cambiar la forma de Estado-, b) *inconstitucionalidad por la contradicción del derecho constitucional consuetudinario*: el autor sostiene que en realidad es una contradicción cuando se tiene una Constitución escrita y por tanto es más causal y, c) *inconstitucionalidad por la contradicción del derecho metapositivo no positivado*: el autor niega esta posibilidad al sostener que el derecho metapositivo si debe estar positivado para oponerse a otras reglas o principios, de lo contrario no existe fundamento de su contradicción.<sup>115</sup>

No puede dejar de advertirse que la propia norma constitucional que autoriza su revisión o reforma, forma parte de un núcleo, quizá con mayor intensidad, de límites no expresos de revisión o reforma; aunque debe admitirse que esa situación amerita un estudio teórico y constitucional.

Cuando un ordenamiento constitucional es silencioso respecto a la revisión o reforma del texto constitucional, se actualiza el límite, pero cuando la norma autoriza la reforma total o parcial de la Constitución, implícitamente se incluye el enunciado normativo que establece precisamente la reforma total o parcial. Esta tesis por sí sola resulta

---

<sup>115</sup> Bachof, Otto. *¿Normas constitucionales inconstitucionales?* Palestra Editores, Lima, 2008, págs. 53-70.

problemática puesto que deja en manos de la democracia la estabilidad y permanencia de la Constitución.

Desde el plano teórico Ignacio Otto, presenta un interesante razonamiento en relación con la “revisión” o “reforma” del enunciado que autoriza esa función:

La similitud con el problema de la autolimitación del poder constituyente mediante la Constitución, y con el problema de la autodestrucción de la democracia, advierte por sí misma que también en este caso la respuesta tiene que ser en principio negativa. Del mismo modo que es lógicamente contradictorio afirmar que un poder absoluto puede autolimitarse también lo es que pueda hacerlo el poder constituyente constituido. Expresado en lenguaje normativo: del mismo modo que la norma que confiere un poder absoluto no puede servir de fundamento a la norma que lo limita, la norma que confiere un poder de reforma no puede servir de fundamento a la norma que establece otro poder de reforma.

Tal imposibilidad no es más que el resultado de la aplicación a este problema del principio general de que una norma no puede aplicarse a sí misma, de modo que si una norma es reformable es porque otra lógicamente distinta de ella establece y regula esa posibilidad. Y esto significa que la Constitución es reformable porque hay normas que lo permiten y regulan esa reforma, pero estas normas no están a su vez sujetas a la posibilidad de reforma establecida en otras y, por consiguiente, no son reformables.<sup>116</sup>

De lo anterior, se obtiene que la norma constitucional que posibilita su revisión no será objeto de ese procedimiento; pero desde el carácter normativo o sea, cuando autoriza el ordenamiento constitucional su reforma total o parcial, puede dar lugar a que las normas que establecen ese procedimiento también entran en la reforma, lo cual coloca a la constitución en su dimensión formalista susceptible de ser trastocada por vía de interpretación (de la ley).

---

<sup>116</sup> Otto, Ignacio. Derecho constitucional. Sistema de fuentes, Ariel, Barcelona, 1987, pág. 66.

## CAPÍTULO II.

### DERECHOS HUMANOS.

#### 2.1 INTRODUCCIÓN.

Dentro de cualquier estudio sobre derechos humanos, es necesario hacer referencia al primer escenario de la figura del Ombudsman ya que el gran Senescal del siglo XVI se encargaba de vigilar la Administración de Justicia bajo la autoridad del Rey, la cual sería más adelante la función del Defensor del pueblo.

En 1713, el Rey Carlos XII de Suecia debido a la problemática militar y política con el Zar Pedro I de Rusia, designó a un funcionario como su representante, conocido como Procurador Supremo Hogsteobudsmannen, el cual se encargaba de asegurar la fidelidad de los servidores de la Corona, posteriormente en 1719, adopta el nombre del Canciller de Justicia.

En este sentido, cabe mencionar que *“Para 1809, la Constitución sueca creo junto al Canciller de Justicia, un Ombudsman o Justitieombudsman como representante auténtico del Parlamento, cuya función era velar por el cumplimiento de las leyes”*<sup>117</sup> . es decir, a partir de esta fecha el régimen Autoritario de Suecia sufre una transición a una Monarquía Parlamentaria y denota una clara división de facultades de los tres órganos del Estado: el Ejecutivo encabezado por el Rey, el Parlamento por los representantes, y el Judicial integrado por los tribunales de justicia; el guardián de las Leyes era nombrado por el Rey y respondía ante él.

El Ombudsman fue una forma de dar equilibrio a las amplias facultades del Rey y su Consejo por una Constitución de carácter monárquico; sus funciones asignadas por la Ley Suprema de 1809 en su artículo 96 fueron las de *“controlar la observancia de las*

---

<sup>117</sup> Fiaren Guillén, Víctor, El defensor del Pueblo, Tomo I, Parte General, Pág.37, Madrid 1982.



*leyes por los Tribunales y los Funcionarios, y demandar ante los Tribunales competentes, de acuerdo a las leyes, a aquellos que en el ejercicio de su función hubieran, por parcialidad, favor o cualquier otro motivo, cometido ilegalidades o descuidado el correcto desempeño de los deberes propios de su cargo”.* <sup>118</sup> En 1915 debido al documento de funciones se crea un órgano con competencia exclusiva para el ámbito militar llamado Ombudsman Militar, coexistiendo con el Ombudsman encargado del sector civil, cada uno tenía su estatuto propio y funciones paralelas, las cuales perduraron hasta 1967, fecha en que se fusionan ambas dependencias, y se designan tres funcionarios de igual categoría pero con competencias distintas.

En cuanto a su elección realizada por un Colegio Electoral integrado por cuarenta y ocho miembros, divididos en dos Cámaras, las cuales votan por unanimidad y en nombre del Parlamento a la persona indicada; por ordenanza constitucional se debe tratar de un jurista reconocido con amplia experiencia y especial integridad; la duración de sus funciones fue ampliada en 1941 de uno a cuatro años; aunque no de forma expresa, en la legislación se permite la reelección hasta en dos ocasiones.

En caso de fallas graves, el Parlamento, a petición de la Comisión que examina su informe anual, puede separarlo de su cargo o bien, al término de sus funciones, omitir su reelección dando a entender que perdió la confianza otorgada, y en caso de incapacidad física, ya sea médica o por otra razón, el Parlamento elegirá un suplente hasta su reincorporación, lo cual está establecido en el mandamiento constitucional.

Es plenamente autónomo en cuanto a sus decisiones de investigación, y las acciones que sigue la actuación del Defensor del Pueblo pueden iniciarse de forma oficiosa o por queja de los administrados.

---

<sup>118</sup> Gil Robles y Gil Delgado, Álvaro, Control Parlamentario de la Administración. Instituto de Estudios Administrativos, Pág. 33, Madrid, 1977.

En caso de que sea de oficio, originan su intervención tanto los comentarios sobre la actividad de la administración a través de la prensa, como por las inspecciones periódicas que realiza, las cuales son una de las facetas más importantes de su actividad por tradición.

Por lo que respecta a la queja, el procedimiento queda abierto a todos los administrados que crean menoscabados sus derechos de alguna manera; puede ser presentada por escrito u oralmente; en el primer caso se debe individualizar la autoridad a la que se refiere el acto contra el cual se reclama y la fecha del mismo, así como los datos personales y el domicilio del reclamante, y algún documento vinculado con la investigación si existiese en su poder.

Sus resoluciones deberán ser fundadas y motivadas ya sean de archivamiento, derivación a otra autoridad o de investigación. Sobre la investigación tiene facultades de acceso a cualquier documento público, presenciar las derivaciones sobre tomas de decisión de los funcionarios administrativos o judiciales, así como para solicitar sus antecedentes y citarlos a fin de que den las explicaciones procedentes; sólo quedan exentos de estas reglas los Ministros y Jueces del Superior Tribunal de Justicia y de la Suprema Corte Administrativa.

Cuando se comprueba la existencia de una conducta ilegal, errónea o negligente, el Ombudsman ejerce sus funciones de salvaguarda de los derechos humanos y del orden jurídico y puede dirigir un escrito a la persona u organismo que tenga autoridad para decidir sobre la adopción de medidas disciplinarias.

De aquí se desprende que el defensor del Pueblo tiene solo un carácter disuasorio, es decir, carece de toda coactividad jurídica; no tiene poder sancionatorio; luego entonces,

se ha dicho que *“su magistratura es fundamentalmente moral” y que su función es básicamente educadora y asesora*.<sup>119</sup>

A partir de este modelo han surgido innovaciones en dicha Institución al ser adoptada en algunos países, pero no han transferido todas sus características esenciales de la Institución Clásica originaria de Suecia, tales como el Ombudsman Antitrust; del Consumidor; de Prensa y el destinado a la igualdad de sexos, ya que estos son nombrados por el Gobierno y no por el Parlamento, es decir, son comisionados gubernamentales. Por lo que Jorge Malorano comenta que *“se advierte la evolución en este aspecto, ya que, mientras el modelo original sueco adquiriría notoriedad, en su país de origen se producían verdaderas distorsiones que no obstante su eficacia práctica, desdibujaban sus rasgos primitivos”*.<sup>120</sup>

## **2.2 EL OMBUDSMAN MEXICANO.**

La creación de la Comisión de Derechos Humanos es la respuesta gubernamental a una serie de críticas formuladas por los medios periodísticos, asociaciones nacionales y extranjeras dedicadas a la defensa de los derechos humanos fundamentales, partidos políticos de oposición, agrupaciones profesionales de abogados e investigadores universitarios.

El decreto por el que se instituyó la Comisión Nacional de Derechos Humanos como un órgano desconcentrado de la Secretaría de Gobernación, confirmó la fortaleza de la presión social por establecer esos controles, pero así como fue creada, así pudo desaparecer. Si el Ejecutivo la instituyó por Decreto, otro acto de igual naturaleza jurídica podía haberla dejado sin efectos.

---

<sup>119</sup> Luis Malorano, Jorge, El Ombudsman, el Defensor del Pueblo, Pág. 40. Argentina 1987.

<sup>120</sup> Ibídem, pág.44

Su objetivo consistió en promover y vigilar el cumplimiento de la política nacional en materia de respeto y defensa de los Derechos Humanos. Dicha Comisión era encabezada por un Presidente, auxiliado por un Visitador y un Secretario Ejecutivo.

El primer Presidente de la Comisión Nacional de Derechos Humanos, Jorge Carpizo se enfrentó a las corporaciones encargadas de la lucha antinarcóticos, los problemas de la legislación pro-aborto en Chispas y la muerte de agentes de la policía judicial federal en el Estado de Veracruz. Por otra parte inició una política de difusión de los Derechos Humanos a través de la edición de libros y publicaciones periódicas.

Se propuso la división del artículo 102 de la Ley fundamental en dos apartados: el A que contendría el texto constitucional dedicado al Procurador General de la República y el B que sentaría las bases del Ombudsman en el orden jurídico mexicano.

### **2.3 LA CREACIÓN DE LA COMISIÓN NACIONAL DE DERECHOS HUMANOS.**

Con el venerable antecedente mexicano del “Procurador de Pobres” auspiciado por Ponciano Arriaga en San Luís Potosí hacia 1847, el moderno Ombudsman mexicano tiene sus inicios poco después de la toma de posesión presidencial de Carlos Salinas de Gortari, en la creación de la Dirección General de Derechos Humanos, misma que encontró su formalización en el artículo 15 del reglamento interior de la Secretaría de Gobernación.

Poco después por acuerdo del entonces jefe del Departamento del Distrito Federal, surge la Procuraduría Social, dicha dependencia, dotada de facultades propias de un Ombudsman.

La Procuraduría Social carecía de un marco normativo definido y limitado en cuanto a la autonomía que debe caracterizar a un auténtico Ombudsman.

El catalizador para establecer el Ombudsman fue la conjunción de dos hechos, el homicidio de la abogada Norma Corona Sapién, reconocida defensora de los Derechos Humanos en su natal Sinaloa, y la denuncia en la prensa internacional, de violaciones a los derechos humanos por parte de agentes de la policía judicial federal en la lucha contra el narcotráfico.

Surgió mediante un decreto de reformas al reglamento interior de la Secretaría de Gobernación, a fin de desaparecer la Dirección General de Derechos Humanos dentro de la relación jerárquica centralizada y crear la Comisión Nacional de Derechos Humanos como órgano desconcentrado de dicha Secretaría.

El Ombudsman como Institución de protección de los derechos de los gobernados fue instaurada tardíamente en México, aun con antecedentes valiosos como el Procurador de Pobres de 1847 impulsado por Ponciano Arriaga en San Luis Potosí. Debido a la demanda popular de hacer efectivo el Estado de Derecho, motivó la adopción del órgano sueco, de manera mecánica como la Comisión Nacional de Derechos Humanos, e imitativa por parte de algunas entidades federativas, sin tomar en cuenta las funciones constitucionales existentes, tornándose más en una oferta al futuro inversionista, que la satisfacción de un reclamo popular de cumplir con las demandas sociales; en lugar de plantear la necesidad de convocar un nuevo órgano constituyente encargado de interpretar la demanda popular para dar solución a la problemática, se acude a la práctica de rasgar y parchar el texto constitucional de 1917.

En su etapa preconstitucional la CNDH se destacó por enfrentar las arbitrariedades de los agentes de la policía judicial federal, denunciar la práctica corrupta en las cárceles; ser objeto de espionaje telefónico; rehuir las cuestiones electorales; recabar quejas de

variada índole; intervenir con sus recomendaciones, en la soberanía de los Estados y en el ámbito del Poder Judicial, etc.

A partir de una de las facultades de la CNDH, la de proponer reformas, adiciones o nuevos instrumentos jurídicos indispensables en la materia de protección y defensa de los derechos humanos, el 6 de octubre de 1991, el Presidente de la Comisión, Jorge Carpizo Mcgregor propuso cinco proyectos de reforma al Presidente Carlos Salinas de Gortari.

Ya que en la exposición de motivos de la Ley Orgánica de la CNDH no había fundamento constitucional explícito referido a su naturaleza de órgano descentralizado, permanecía como una entidad de la Administración Pública Federal, con lo cuál no dejaba de tener una autonomía relativa. Tanto el decreto de creación, como su reglamento, no tuvieron fundamento constitucional ni normativo, tampoco tenía autonomía orgánica, y hacia este punto estaba orientada la iniciativa de adición constitucional.

La adición de un Apartado B al artículo 102, cuya intención fue la de incluir en el texto constitucional a la CNDH no es criticable, pero los términos de esta son insuficientes. Se reconoce que la Comisión estructuró a la manera Ombudsman en el que se investigan las quejas presentadas, procurando alcanzar una solución rápida y en caso de no obtenerla, emitir una recomendación no obligatoria para las autoridades respectivas pero con apoyo brindado de forma implícita por la opinión pública.

En la adición del apartado B, no existe una explicación lógica justificativa para la ubicación de los órganos protectores de los derechos humanos, dichos órganos conocerían de las quejas contra actos u omisiones de carácter administrativo, violatorios de los derechos humanos, provenientes de cualquier autoridad o servidor público con excepción de los generados por el órgano judicial; no hay ninguna referencia a la autonomía de estos órganos, ni a la forma en que se debería integrar la

Comisión; ni están previstas prerrogativas para sus miembros que garanticen la autonomía del órgano, o a la publicidad de los informes, que vienen a ser el elemento *sine qua non* de la fortaleza de la recomendación.

Las consideraciones presidenciales omitieron alusiones respecto a que el Ombudsman era un órgano autónomo del Parlamento. En la iniciativa se excluyeron las materias electoral, laboral, y jurisdiccional de la competencia de la Comisión Nacional de los Derechos Humanos.

El proyecto una vez discutido plenariamente entre la Cámara de Diputados y la de Senadores, con las correcciones pertinentes, resultó aprobado en lo general y en lo particular por unanimidad, pasando a las legislaturas locales; la Comisión Permanente del Congreso de la Unión recabó la votación, declarando la reforma aprobada el día 22 de enero de 1992, remitiendo el decreto correspondiente al Ejecutivo Federal para su publicación en el Diario Oficial de la Federación, misma que tuvo verificativo el día 28 del mismo mes y año.

Esta adición significó la admisión del “Ombudsman” en la legislación mexicana, políticamente significa la adopción de una política despreciativa del derecho, la cual no estudió las contradicciones en el sistema constitucional, inherentes al Defensor creado por el decreto del 6 de junio de 1990 ni las que posiblemente se podían generar con tal adición.

Según la adición, los órganos protectores conocerían de las quejas presentadas contra actos u omisiones de naturaleza administrativa de cualquier autoridad o servidor público, mismos que serían objeto de investigación; además, esto podía generar confusión, pues pareciera que se refiere a un criterio material para distinguir las funciones y actos de poder (Legislativo, Administrativo y Jurisdiccional).

Si se aprecian las disposiciones del singular “Reglamento” de la CNDH, en estas fueron consignadas facultades indebidas para emitir recomendaciones al Poder Judicial, o en

las materias ya mencionadas, en base, según el argumento general justificador , a que existían órganos y medios específicos para cada una de las materias excluidas.

El argumento no es válido, ya que si se está ante una violación de alguna garantía otorgada por la ley, ajena a las excepciones del apartado B, para remediar la transgresión se tiene el juicio de amparo; pero el verdadero problema de fondo consiste en reconocer tácitamente la importancia efectiva del mismo, en particular cuando se trata de detenciones arbitrarias, donde al quejoso le importa más la suspensión del acto que el estudio de su constitucionalidad, luego entonces, el amparo resulta también un medio para conocer de las violaciones no excluidas de la competencia de la CNDH.

## **2.4 LA DISTINCIÓN ENTRE DERECHOS HUMANOS Y GARANTÍAS INDIVIDUALES.**

He de decir que la fuente de nuestras garantías individuales, es la idea de los derechos del hombre.

Los diputados del constituyente de 1916-1917, aceptaron la existencia de los derechos del hombre, en consecuencia es que tengan reconocimiento y validez constitucional, según algunos autores como Múgica manifestaron que la Comisión Juzgara que las adiciones hechas a los artículos pueden ponerse entre las garantías individuales que tienden a la conservación de los derechos naturales del hombre; tomó la Comisión lo que creyó más conveniente, bajo el criterio de que en los derechos del hombre deben ponerse partes declarativas o, al menos aquellas cosas que por necesidad social del tiempo, vinieran a constituir ya una garantía de los derechos del hombre.

Diré que mientras los derechos del hombre son ideales y abstractos, las garantías que son su medida, son ideas individualizadas y concretas.

Sin procurar justificar haciendo y esgrimiendo cuestiones de tipo filosófico, he de dar algunas definiciones de derechos humanos.



García Ramírez se hace una pregunta, “¿Qué no todos los derechos son humanos? Obviamente que sí: los derechos humanos son todos aquellos derechos que tiene una persona por el simple hecho de serlo.”<sup>121</sup>

En mi perspectiva propongo que garantías individuales son el conjunto de normas jurídicas que imponen deberes al Estado y conceden facultades a las personas, provistas de sanciones para asegurar su efectividad.

Diferentes Escuelas del Derecho han estudiado y analizado los derechos humanos, procuraré hacer énfasis en las más destacadas:

La Escuela del Iusnaturalismo sostiene de forma general la existencia de reglas de derecho natural y define a este como el que surge de la naturaleza humana, en consecuencia los derechos humanos son los inherentes a las personas y, al mismo tiempo, encierran valores tales como la vida, la libertad, la igualdad, la seguridad, la integridad y la dignidad.

La Escuela Positivista sólo reconoce las normas positivizadas, consecuente con ello los derechos humanos son producto de una actividad normativa del Estado, por tanto, antes de su promulgación no pueden ser reclamables. Esto es, los derechos humanos son normas, o prescripciones legales.

Por lo que se refiere al Positivismo he de señalar que no comparto de su posición, y no porque esté en desacuerdo en que la norma jurídica positiva sea superior a cualquier ordenamiento, aunque dejaré claro que por ordenamiento superior debe entenderse la Constitución y no como ordenamiento jurídico sino Político.

Difiero con la muy respetable posición sobre todo en cuanto a los términos de legalidad, pues para que sean derechos basta que estén en una codificación, según el

---

<sup>121</sup> García Ramírez, Sergio, Proceso Penal y Derechos Humanos, Ed. Porrúa, Pág. 183, México 1993.

positivismo, con lo que no estoy de acuerdo, pues falta entender también el término de la legitimidad, que dicha Escuela no menciona de forma expresa, pero que implícitamente están contenidos, ya que menciona que los derechos humanos solo serán exigibles cuando ya estén establecidos en un ordenamiento, refiriéndose con ello al Principio de Legalidad, y siguiendo su idea no puede haber un derecho si el mismo no está plasmado en un código; resulta interesante el análisis de tal Escuela, pues expresa que los derechos humanos los hace el legislador, al menos en la manera más ordinaria, o ¿ qué no es el legislativo quien hace las leyes?, en consecuencia es también el legislativo quien hace los derechos.

La legitimación debe entenderse, como el concepto referido no a la justificación de una ley, sino siempre al proceder en beneficio para el pueblo, ello debe ser el contenido de la ley.

Podemos concluir que de acuerdo a la posición de las Escuelas mencionadas los derechos humanos pueden ser observados, tanto como normas jurídicas y también como valor. Los derechos humanos son valores, las normas jurídicas se fundamentan en ellos, para darle al derecho natural capacidad de realización y efectividad, con este párrafo hago un intento de conciliación de las dos Escuelas.

Los derechos y facultades inherentes al hombre, como estas doctrinas lo expresan son también coherentes con la Escuela Positivista, pues se menciona que los derechos humanos se consolidan en la estructura jurídica del Estado contemporáneo, por ello entonces, el Estado no solo tiene el deber de reconocerlos, sino de respetarlos y defenderlos, concretando su actuación a los límites señalados en el marco jurídico que para tal efecto existe, mismo que le impone en determinados casos la obligación de abstenerse y en otros de actuar, con el fin de garantizar, precisamente a los individuos la vigencia de sus libertades y derechos consagrados en la Constitución Federal como garantías individuales y sociales.

El Estado asume la obligación jurídica de asegurar plenamente a la persona la vigencia y cumplimiento de los derechos de igualdad, libertad y seguridad jurídica.

La Declaración mexicana sobre derechos humanos está contenida en dos partes: en las garantías individuales y en las garantías sociales. La Constitución Federal comienza con la declaración de garantías individuales, pero tales garantías derivan de los derechos del hombre, además como también ya se dijo, el Poder Constituyente de 1916-1917, confirmó la existencia de los derechos humanos o del hombre.

Diré ahora que los derechos humanos son un conjunto de facultades derivadas de los diferentes ordenamientos, tanto nacionales como internacionales y que dentro de tales facultades se encuentran las llamadas garantías individuales, pero también debo señalar que los derechos humanos son garantías, sin duda alguna en el sentido estricto de la palabra, pues tales derechos están asegurados en los distintos ordenamientos que como ya se dijo pueden ser nacionales o internacionales, y estos precisamente son quienes les dan el carácter de garantías.

La distinción está en que los derechos individuales llamados garantías, están contenidas en nuestra Carta Magna, en el primer capítulo o parte axiológica para ciertos autores, y además en documentos o tratados internacionales en que México ha sido parte, en cambio los derechos humanos son más generales, pues su ámbito de validez es universal. En tanto, las garantías individuales, si como ya se expresó están contenidas en la primera parte de nuestra Constitución política, lógico resulta que es más específico su campo de acción.

Son garantías porque forman parte de la Constitución Federal, y están contenidas en ella, por lo mismo se establece su cumplimiento por parte del Estado. De la misma forma cuando algunos derechos derivados de Tratados Internacionales, en los que México ha intervenido, son violados, el responsable de tal violación es el Estado, puesto

que tales derechos derivados de los Tratados mencionados, pasan a formar parte de la Constitución según lo establece el artículo 133 de éste ordenamiento.

En síntesis se puede cerrar esta idea de las garantías como las obligaciones que tiene el Estado para con los gobernados y que tales obligaciones están plasmadas en nuestro ordenamiento constitucional.

## **2.5 CONCEPTUALIZACIÓN DE LAS GARANTÍAS INDIVIDUALES.**

Para analizar la normatividad de las garantías individuales dentro de la Constitución, es menester que primero se determine un concepto clave, puesto que es el fundamento y sostén de las garantías individuales, dicho concepto es el de Constitución, el cuál para efectos de este sintético estudio debe ser abordado desde una perspectiva normativa.

La Constitución debe quedar definida como el conjunto de normas supremas, dadas en un lenguaje, plasmadas en el documento expedido por el Poder Constituyente, y éstas normas son el fundamento de validez de todo el ordenamiento jurídico, y convencionalmente se les ha querido revestir de la dignidad que caracteriza a la supremacía constitucional, agregamos que la esencia de sus preceptos debe buscarse siempre en la representación de los valores mayores y derivado de ellos, supremos de una Nación, en consecuencia la Constitución estará por encima, incluso superior a todo individuo, es más sobre todos los individuos en el sentido estricto de la palabra pero nunca por encima del pueblo, pues sería un absurdo que éste se dicte normas para quedar expuesto y a merced de ellas a pesar de las condiciones desfavorables, como lo manifiesta el artículo 39 Constitucional.

Artículo 39. *“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.”*<sup>122</sup>

Si, la constitución está por encima de todos los ordenamientos secundarios y de todos los individuos como ya se mencionó pero nunca por encima del Pueblo, como también ya se dijo y no con menos autoridad de argumento, en consecuencia el pueblo podrá modificar a su conveniencia las normas; y aquí tanto ordinarias como constitucionales, y de paso como resultado lógico cambiar su gobierno; insisto, no porque el artículo 39 lo establezca, podrá no existir el citado precepto, pero lo que verdaderamente importa es el entendimiento de que el pueblo es el supremo, y si bien es cierto que la Constitución es suprema es por convencionalismo del pueblo, por lo cual éste resulta ser superior al concepto y contenido de la supremacía constitucional.

Una vez aterrizado el concepto jurídico de Constitución habrá que decir que existe complejidad en cuanto a la estructura que guardan diferentes Constituciones, es decir, en cuanto a su estructura interna, y también en cuanto a su aplicación, lo primero nos servirá para ubicar a las garantías individuales dentro de la Constitución, no olvidando que una Constitución Política tiene diferentes agrupamientos de artículos destinados a la parte dogmática o bien a la parte orgánica, así la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos, se compone en una clasificación muy general de dos partes, una llamada parte orgánica y otra parte dogmática, ésta contiene dogmas, pero no en el sentido estricto de la palabra, es decir, como verdades infalibles y sin discusión, sí es verdad que sean ciertos, y ello claro que fuera de toda duda, pero no porque sean sin discusión, es más bien porque son el producto del diálogo y debate, tal como lo dio a luz el pueblo soberano, a través del Poder Constituyente.

Esa parte dogmática que abarca los primeros 29 artículos constitucionales, es sustentada y garantizada precisamente por otros preceptos también del mismo

---

<sup>122</sup> Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos, Grupo Ed RAF, S.A de C.V., Artículo 39, México 2008

ordenamiento y que componen la segunda parte llamada orgánica, a excepción del artículo 39, que es la puerta de entrada de la realidad sociopolítica a la normatividad jurídica.

*“Se llama dogma a toda proposición teórica presentada como artículo de fe indiscutible por la autoridad que rige cierta comunidad”.*<sup>123</sup> El dogma se caracteriza por su naturaleza teórica. Por extensión se llama dogma a toda proposición teórica admitida como una verdad primera, demostrable o no. Es decisión, juicio y por lo tanto decreto u ordenanza; este sentido tomó la palabra en la antigüedad y se le usó para indicar las creencias fundamentales de las escuelas filosóficas; más tarde fue aplicada a las decisiones de los concilios y de las autoridades eclesiásticas a cerca de materias fundamentales de la fe.

Para explicar el concepto de garantías individuales, habrá que expresarlo desde el punto de vista jurídico, la garantía es una palabra que denota seguridad, es la forma de esperar con certidumbre que suceda aquello que se prometió. *“Desde el punto de vista constitucional, hablar de garantías se refiere a las leyes constitucionales que protegen y aseguran el disfrute de los derechos fundamentales del hombre, tal como lo explica la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos; al hablarse de que las garantías individuales constituyen los derechos fundamentales del hombre.”*<sup>124</sup>

Las garantías individuales se encuentran en el primer capítulo y haciendo alusión a los primeros 29 artículos, menciona que las garantías individuales son los derechos otorgados a todos los habitantes del territorio nacional, y tales derechos son: la libertad de enseñanza, trabajo, expresión, manifestación, reunión, asociación, prensa, defensa legítima, petición, igualdad de derechos, seguridad de la persona y su domicilio y el régimen de la propiedad de la tierra; participación política; estos derechos constituyen las garantías individuales.

---

<sup>123</sup> Montiel Y Duarte, Isidro Antonio, Estudio Sobre Garantías Individuales, Ed. Harla, Pág. 203, México 1989

<sup>124</sup> Castro, Juventino, Garantías y Amparos, Ed. Cárdenas, Pág. 320, México 1986.

El pacto social como lo describe Juan Jacobo Rousseau en su obra reconocida “El Contrato Social, ha destacado, que el pacto social *“es el fruto de una civilización recogida de las fuerzas naturales de cada uno de los integrantes del pacto social, pero esta suma de fuerzas solo puede nacer del concurso de muchas fuerzas separadas, pero como la fuerza y la libertad de cada individuo son los principales instrumentos de su conservación; ¿ Qué medio encontrará para obligarlas sin perjudicarse y sin olvidar los ciudadanos que se debe a sí mismo?”*<sup>125</sup> La respuesta que se da el mismo autor de la pregunta es la de encontrar una forma de asociación capaz de defender y proteger con toda la fuerza común la persona y los bienes de cada uno de los asociados, pero de modo que cada uno de estos uniéndose a todos, solo obedezca a sí mismo y quede tan libre como antes.

Esto a primera vista pareciera ser un absurdo, y peor pensando estrictamente, en términos jurídicos, pero dándonos la libertad en citar nuevamente el artículo 39 de la Constitución Federal, mismo que sirve de puente para transitar, de una realidad meramente política y social a la normatividad jurídica, es de entenderse claramente que se trata de un pacto social. Ese pacto social establece que el pueblo soberano es el mandante en dicho contrato, y los gobernantes son los mandatarios.

Del pacto del que se ha venido tratando han surgido las garantías individuales, esas garantías que algunos juristas o políticos frecuentemente anuncian, que son reconocidas por los gobernantes, eso es un disparate, porque reconocer, es de pensarse que es a ruego de, y derivado de ello no está lejos de considerar en que se trata de un favor y si se trata de un favor, este puede ser o no concedido, sin consecuencias, al menos jurídica, ¿ Qué es esto lo que pensó el Constituyente y que plasmó en la Constitución? Obvio que no. Porque la historia nos ha demostrado que al gobernante todo se le arranca, ya mediante la presión política, ya por medio de las armas, con esto se confirma que lejos de pedir favores se deben exigir derechos; estos derechos son precisamente las garantías individuales que anteriormente ya se citaron.

---

<sup>125</sup> Rousseau, Juan Jacobo, El contrato Social, Ed. Harla, Pág. 37, México, 1980.

Deben entenderse garantías, por estar asegurados esos derechos y tutelados por la propia Constitución, lo cual debe dar certidumbre al mandante, pueblo soberano, entendiendo este como el que está constituido por integrantes con capacidad política e inclusive bélica en su caso, para demostrar su soberanía.

Lo de individuales debe entenderse por el hecho de que la Constitución está por encima del pueblo beneficiario, mismo que se compone por todos los habitantes que se encuentran dentro del territorio y ámbito de validez constitucional, pero individualmente considerados, pues como individuos están sujetos no solo a la Constitución sino además a las leyes secundarias, lo cual no ocurre cuando se considera al pueblo soberano.

De esta forma concluimos que las garantías individuales son aquellos derechos elementales del hombre, cuando se le considera individualmente y tales derechos están plasmados en la Constitución, ésta contiene los mecanismos para que se hagan respetar.

Por tratarse de garantías que tienen su fundamento en la Constitución, las he denominado enunciativamente garantías constitucionales.



## CAPÍTULO III

### LA DEMOCRACIA.

#### 3.1 INTRODUCCIÓN.

En principio conviene aceptar el argumento de que *“Es enorme el grado de dificultad que supone el examen de la idea “democracia” debido a la carencia de unidad en los criterios de definición teórica y conceptual; porque su utilización ha servido más como dispositivo justificador y legitimador de encontrados intereses de clases, grupos y personas que como una forma real de convivencia colectiva”*.<sup>126</sup>

Así mismo, no puede negarse el argumento de que *“la democracia no es en modo alguno un hecho y tampoco un derecho. Es tan solo una idea falsa”*.<sup>127</sup>

En efecto, la democracia, puede estudiarse en su carácter histórico, político, filosófico, jurídico, sociológico, etc., cada una con posturas encontradas o bien divergentes; sólo basta argumentar con Sartori, que:

...un sistema democrático es ubicado por una deontología democrática y ello porque la democracia es y no puede ser desligada de aquello que la democracia *debería ser*. Una experiencia democrática se desarrolla a horcajadas sobre el desnivel entre el deber ser y el ser, a lo largo de la trayectoria signada por las aspiraciones ideales que siempre van más allá de las condiciones reales.

De ello deriva que el problema de definir a la democracia se desdobra, porque, si por un lado la democracia requiere de una *definición prescriptiva*, por el otro no se puede ignorar la *definición descriptiva*. Sin la verificación, la prescripción es “irreal”; pero sin el ideal una democracia “no es tal”.<sup>128</sup>

---

<sup>126</sup> Frank Smith, James (coord.) Derecho Constitucional Comparado, México-Estados Unidos, Tomo I, UNAM, México, 1990, pág. 318.

<sup>127</sup> Citado por Vega Latapie, Eugenio. Democracia ¿Ilusión histórica?, Ediciones Promesa, s/l, 1983, pág. 4.

<sup>128</sup> Sartori, Giovanni. ¿Qué es la democracia?, 2a. ed., Nueva Imagen, México, 1997, pág. 4.

Tampoco puede prescindirse de sus elementos como sostiene Bobbio que son:

- a) Las decisiones colectivas deben ser tomadas por un número muy grande de miembros del grupo (se Habla de mayor grado de democracia en cuanto se extiende a más sujetos ese derecho).
- b) La regla de mayoría: para que la decisión sea colectiva y obligatoria para todos, debe ser tomada, cuando menos, por la mayor parte de los que deben decidir.
- c) Es indispensable que aquellos que están llamados a decidir o a elegir a quienes deberán decidir, se encuentren ante el planteamiento de alternativas reales, y estén en condiciones de optar entre una u otra. Para esto, resulta imprescindible garantizarles un conjunto de libertades o derechos: de expresión, de reunión, de asociación, de información, etcétera.<sup>129</sup>

Finalmente, Bovero, presenta una forma de entender a la democracia –como forma de gobierno y en específico en el sistema político-, sosteniendo que:

Un régimen político puede ser definido como una democracia –cualquiera que sea su forma específica- cuando todos los sujetos a los que se dirigen las decisiones colectivas políticas (leyes y disposiciones válidas erga omnes “para todos”) tienen el derecho-poder de participar, con igual peso con respecto de cualquier otro, en el proceso que conduce a la asunción de dichas decisiones. Así, tanto la democracia directa como la representativa son democracias en la medida en que el derecho de participación política es equitativamente distribuido entre todos los ciudadanos, sin exclusión de género, raza, religión, opinión o censo.<sup>130</sup>

De este breve recorrido puede establecerse que la democracia vista como forma de gobierno –e inserta en el sistema político-, para hacerlo acorde al constitucionalismo, debe determinarse –en modo enunciativo-, algunos componentes indispensables:

- a) Un conjunto de derechos fundamentales,
- b) La igualdad entre los ciudadanos,
- c) Elecciones frecuentes,
- d) La deliberación y participación de los ciudadanos en la toma de decisiones fundamentales,
- e) La impartición de justicia y,

---

<sup>129</sup> Bobbio, Norberto. El futuro de la democracia, 2a. ed., FCE, México, 1996, págs. 24-26.

<sup>130</sup> Bovero, Michelangelo. Los adjetivos de la democracia, IFE, México, 1995, pág. 16.

f) Estado de Derecho consolidado.

Esbozado lo anterior, da la pauta para la evaluación de la democracia desde la Constitución, lo que sumariamente se establece como la decisión de las mayorías.

Sin embargo, en la actualidad, el concepto de democracia no se limita al de una forma determinada de gobierno o de elegirlo, sino también a un conjunto de reglas de conducta para la convivencia social y política.

La democracia como *estilo de vida* es un modo de vivir basado en el respeto a la dignidad humana, la libertad y los derechos de todos y cada uno de los miembros de la comunidad.

La democracia como *forma de gobierno* es la participación del pueblo en la acción gubernativa por medio del sufragio y del control que ejerce sobre lo actuado por el Estado.

Si bien el concepto básico de democracia se remonta a la forma de gobierno que utilizaban en Atenas y en otras ciudades griegas durante el siglo V (AC), también debemos reconocer la importancia que tuvo el movimiento pacíficamente revolucionario del cristianismo, que hizo desaparecer las supuestas diferencias naturales entre esclavos y libres. Todos los hombres, sin distinción, son iguales ante Dios.

1. *Democracia directa o pura*: cuando la soberanía, que reside en el pueblo, es ejercida inmediatamente por él, sin necesidad de elegir representantes que los gobiernen.

2. *Democracia representativa o indirecta*: el pueblo es gobernado por medio de representantes elegidos por él mismo. La elección de los individuos que han de tener a su cargo la tarea gubernativa se realiza por medio del sufragio y cualquier individuo tiene derecho a participar o ser elegido. La forma representativa suele adoptar diversos sistemas:

a) Sistema presidencialista: se caracteriza por un poder ejecutivo fuerte. El presidente gobierna realmente a la Nación, lo secundan los ministros o secretarios que él elige.

b) Sistema parlamentario: el parlamento es el eje alrededor del cual gira toda la acción gubernamental. Las facultades del presidente son muy restringidas.

c) Sistema colegiado: es una combinación de los dos anteriores. El poder ejecutivo está integrado por varias personas elegidas por el parlamento y que se turnan en el ejercicio de la presidencia.

### **3.2 FORMAS DE PARTICIPACIÓN POLÍTICA.**

**Voto.** Forma típica de elegir a los representantes.

**Referendum.** Otorga a los ciudadanos el derecho de ratificar o rechazar las decisiones de los cuerpos legislativos.

**Plebiscito.** La ciudadanía responde mediante el voto a una consulta efectuada por el gobierno sobre asuntos del Estado que son de interés fundamental. Pueden ser cuestiones internas (por ejemplo, cambio de forma política) o de orden internacional (problemas limítrofes).

**Iniciativa popular.** Es la proposición al parlamento de proyectos de leyes presentados directamente por ciudadanos.

**Recall o revocatoria.** Derecho de deponer funcionarios o anular sus decisiones por medio del voto popular.

**Jurados.** Los ciudadanos integran jurados populares, que es una forma de colaborar con el poder judicial.

Diversos autores, como los que se mencionan a continuación hacen referencia al aspecto conceptual de la democracia actual, como asimismo los supuestos de la democracia que estos analizan. No se pretende profundizar en aspectos filosóficos de la teoría democrática sino más bien recoger el enfoque funcional que los autores destacan de la democracia en su definición institucional, ya que me parece más ligado a la orientación comparativa de la Ciencia Política.

### **GIOVANNI SARTORI.**

Para G. Sartori, la democracia es una abreviación que significa Liberal-democracia. Sartori distingue tres aspectos:

“(1) La democracia como principio de legitimidad.

(2) La democracia como sistema político.

(3) La democracia como ideal.

La democracia como principio de legitimidad postula que el poder deriva del "demos", el pueblo, y se basa en el consenso verificado, no presunto, de los ciudadanos.

La democracia no acepta autoinvestiduras, ni tampoco que el poder derive de la fuerza. En las democracias el poder está legitimado, además de condicionado y revocado, por elecciones libres y recurrentes. Hasta aquí está claro que la titularidad del poder la tiene el pueblo. Pero el problema del poder no es sólo de titularidad, es sobre todo de ejercicio.

La democracia como sistema político tiene relación con la titularidad del poder y el ejercicio del poder. Para colectividades pequeñas, como fue el caso de las asambleas en la ciudad-estado de la Grecia antigua, o los cabildos abiertos de nuestra organización colonial, fue posible la interacción cara a cara de los ciudadanos, y en estos casos, la titularidad y el ejercicio del poder permanecían unidos, una forma de

autogobierno”<sup>131</sup>. Pero cuando el pueblo se compone de decenas o centenas de millones, dicha práctica es imposible y entonces se hace necesario separar la titularidad del ejercicio, nace así la democracia representativa.

### **SAMUEL P. HUNTINGTON.**

Al término de la Segunda Guerra Mundial, el apoyo universal a la democracia se consolida.

Sin embargo esto tuvo lugar al precio de un desacuerdo, también universal, en cuanto a su significado. Todos definían a la democracia según sus propios intereses. De esta manera proliferaron las democracias con apellido: democracia directa, democracia representativa, democracia liberal o burguesa, democracia proletaria, socialdemocracia, democracia totalitaria, etc. Todo esto creó problemas importantes para los pensadores. En los años 50 y 60, los politólogos hicieron esfuerzos notables para reducir la confusión terminológica y conceptual.

Fue así como cristalizaron tres enfoques acerca de la definición de democracia:

- (1) De acuerdo a las fuentes de autoridad.
- (2) De acuerdo a los fines o propósitos del gobierno.
- (3) De acuerdo a los medios o instituciones.

De acuerdo a las fuentes de autoridad, la connotación más recurrida es la democracia como gobierno del pueblo. Algunos agregan en forma retórica: el gobierno del pueblo, por el pueblo y para el pueblo. Pero para Huntington esta definición carece de sentido desde un punto de vista empírico y analítico.

“El órgano gobernante en una democracia no siempre es definido en una forma tan amplia. Jefferson identificaba la democracia con el gobierno de la clase media. Otros,

---

<sup>131</sup> Sartory Giovanni, elementos de teoría Política, Capítulo 4 Democracia, Editorial Madrid 1987.

como el gobierno de los trabajadores. Bryce señalaba que la democracia existe cuando gobierna la mayoría de los ciudadanos calificados".<sup>132</sup>

La premisa implícita en la definición de democracia como gobierno de la mayoría, es que, mediante la persuasión y la movilización de apoyo, las minorías pueden llegar a ser mayoría. De no ocurrir así, si se impide de forma permanente el acceso de una parte de la sociedad al gobierno, se viola el concepto mismo de democracia.

La dificultad de definir a la democracia en términos de fuentes de autoridad o de propósitos de gobierno, ha llevado en las últimas décadas a enfatizar una definición institucional de democracia. La democracia tiene un significado útil sólo si se le define en términos institucionales. La institución clave en una democracia es la elección de los líderes por medio de elecciones competitivas.

### **JOSEPH A. SCHUMPETER.**

Un aspecto central de la formulación de Schumpeter es concebir la democracia como un método, como un modo de proceder, cuya ausencia o existencia es, por consecuencia, fácil de comprobar en la mayoría de los casos. Esta opción le permitió resolver ambigüedades y dificultades implícitas en la teoría clásica que definía la democracia como la voluntad del pueblo, o la voluntad general o el bien común, máximas, que a juicio de Schumpeter, muchas veces eran mejor servidos por gobiernos que nada tenían de democráticos.

La definición Schumpeteriana es de carácter empírica, más sujeta a los hechos e instituciones que permiten su funcionamiento que a una concepción más abstracta o de componentes ideales. En segundo lugar, la definición pretende ser exhaustiva y satisfactoria, a saber, el problema está en garantizar un método para conseguir decisiones formalmente por medios democráticos, no permitiendo hacer excepciones a este principio.

---

<sup>132</sup> Huntnington, Samuel, El sobrio significado de la democracia, Revista de Estudios Públicos No. 33 Santiago 1989.

Para Schumpeter la democracia se define de la siguiente manera: "el método democrático es el instrumento institucional para llegar a decisiones políticas, en virtud del cual cada individuo logra el poder de decidir mediante una competencia que tiene por objeto el voto popular"<sup>133</sup>. En efecto, esta definición pone su acento, en primer lugar, en el carácter central de la competencia, en segundo lugar, en los elementos esenciales que deben existir en un régimen democrático: la existencia de una oposición, la existencia de minorías y el papel clave del voto popular.

### **ROBERT A. DAHL.**

Para Dahl, el gobierno democrático se caracteriza fundamentalmente por su continua aptitud para responder a las preferencias de sus ciudadanos, sin establecer diferencias políticas entre ellos. Para que esto tenga lugar es necesario que todos los ciudadanos tengan igual oportunidad para:

(1) Formular sus preferencias.

(2) Manifestar públicamente dichas preferencias entre sus partidarios y ante el gobierno, individual y colectivamente.

(3) Recibir por parte del gobierno igualdad de trato es decir, éste no debe hacer discriminación alguna por causa del contenido o el origen de tales preferencias.

Estas tres condiciones básicas deben ir acompañadas por ocho garantías:

(1) Libertad de asociación.

(2) Libertad de expresión.

(3) Libertad de voto.

(4) Elegibilidad para el servicio público.

(5) Derecho de los líderes políticos a competir en busca de apoyo y a luchar por los votos.

---

<sup>133</sup> Schumpeter, Joseph. Capitalismo, Socialismo y Democracia Harper. N. Y. 1947



(6) Diversidad de las fuentes de información.

(7) Elecciones libres e imparciales.

(8) Instituciones que garanticen que la política del gobierno dependa de los votos y demás formas de expresar las preferencias.

Aparentemente estas ocho características institucionales darían una escala teórica adecuada para comparar a los distintos regímenes políticos, sin embargo, sabemos que tanto en el pasado como en el presente los regímenes divergen grandemente en la amplitud, aplicación y garantías que otorgan al ejercicio de tales oportunidades institucionales.

### **3.3 LA CONSTRUCCIÓN EFECTIVA DE LA DEMOCRACIA EN EL ESTADO MEXICANO.**

La responsabilidad ciudadana en la democracia puede ser desglosada en varias perspectivas. La primera, desde el concepto mismo de democracia, dado que éste es completamente dependiente de que existan ciudadanos, de que éstos expresen su voluntad y de que en conjunto reconozcan y definan los asuntos públicos y a las instituciones responsables de su atención. Sin ciudadanos, no existe gobierno democrático, ni tampoco solución democrática a los asuntos públicos. Son los ciudadanos la esencia de la democracia, pero en la medida que la asuman como responsabilidad práctica, activa. En consecuencia, no hay democracia (real) sin ciudadanos (reales).

De esta manera, la primera responsabilidad de los ciudadanos es con la propia democracia y con sus alcances sociales. Los ciudadanos la hacen, la construyen o bien la inhiben, pues la democracia no ocurre como un producto espontáneo ni ajeno a la voluntad ciudadana. La democracia, por lo mismo, no puede ser un programa de gobierno, ni un resultado que provenga de manera externa a la sociedad, siendo los ciudadanos su única fuente posible. La democracia es un resultado únicamente

originado de la acción ciudadana. Esta última idea puede ser la que resume la primera parte del mensaje sobre la responsabilidad ciudadana en la democracia.

La construcción de la democracia es entonces producto del ejercicio de la ciudadanía y de las atribuciones ciudadanas. Es un resultado práctico, vivo, dependiente de la aplicación y realización de la ciudadanía, también en un sentido práctico. La democracia, si bien puede estar enunciada por el marco jurídico del país, requiere de su pleno ejercicio por los ciudadanos para convertirse en parte activa de la sociedad y darle sentido a sus relaciones políticas.

Tanto la ciudadanía como la democracia se realizan (se hacen reales) en la medida que son acciones, práctica social, ejercicio tanto de sus atribuciones formales como de los valores políticos que en general envuelven a la idea de democracia. La democracia existe por los ciudadanos y para los ciudadanos. Ejercer la ciudadanía, así sea en el entorno de cada persona, es una contribución directa a la existencia de la democracia. Ser y hacer la ciudadanía equivale directamente al ser y hacer de la democracia: ésta depende de cada persona y de sus acciones, tanto individuales como colectivas.

El paso siguiente es insistir en la idea de que la realización de la ciudadanía es ante todo una tarea cotidiana. Es decir, se trata de eliminar la idea de que la calidad ciudadana está restringida a un momento electoral o político o a determinadas instituciones de gobierno. En cuanto tarea cotidiana se convierte en una actitud frente a todo aquello que envuelve las necesidades colectivas y que se convierten en asuntos públicos. Los ciudadanos definen a los asuntos públicos y, con el ejercicio de sus atribuciones, realizan a la democracia en estos asuntos públicos.

El acento sobre lo cotidiano no excluye que la realización de la ciudadanía sea de aplicación universal, es decir, no sólo restringida al específico ámbito de los asuntos públicos o ante determinada institución gubernamental; menos aún, como se indicó, en un momento político-electoral. No obstante, lo cotidiano contiene implícita e inevitablemente una determinada localización social, espacial y temporal.

Por este motivo, los asuntos públicos cotidianos y los ciudadanos son los que ubican al espacio municipal como un lugar privilegiado de la democracia. En principio, porque la interacción entre los ciudadanos de un municipio construye con mayor facilidad la idea de comunidad y, con mayor precisión, el contenido de los asuntos públicos y de las alternativas para resolverlos. En general, lo anterior se debe al efecto de la localización delimitada por el territorio municipal, tanto de los ciudadanos y sus problemas, como de las instituciones de gobierno, incluyendo en estas últimas a las dependencias estatales y federales.

En segundo término, porque permite mayor transparencia y accesibilidad a la intervención gubernamental como parte e instrumento de solución de los asuntos públicos. Dicho de otra manera, los asuntos públicos cotidianos, los ciudadanos y los ayuntamientos sin excluir la potencial inclusión de las dependencias de los gobiernos estatales y federales en temas locales constituyen a los actores, al objeto y al espacio de la democracia, como ejercicio cotidiano y, en esa medida, como un ejercicio real, práctico.

El ejercicio práctico de la ciudadanía construye a los ciudadanos concretos y conduce a la realización cotidiana de la democracia. La forma concreta y sobre todo diversa de ésta solamente pueden otorgarla los ciudadanos de los municipios y de las comunidades del país, junto con sus respectivas instituciones públicas, con la aclaración sobre la situación excepcional del Distrito Federal, que a pesar de no estar integrado por municipios de igual forma tiene una particular realización de la ciudadanía en la esfera cotidiana. Esta es la mejor manera de sacarla del marco formal y convertirla en práctica viva; al igual que es la única manera de construir ciudadanos concretos.

Comparando el cuadro de recursos e instrumentos institucionales y políticos que los ciudadanos disponen para expresar su voluntad y reflejarla en los órganos de gobierno, considerando la estructura del sistema federal, puede apreciarse mejor el sentido de concreción que aporta el espacio municipal. Ante el entorno federal, los recursos de la representación política inevitablemente establecen una distancia entre el ciudadano y

los poderes federales, sin mencionar incluso distancias físicas. En su relación con el orden federal de gobierno, la concreción del ejercicio ciudadano dispone así de menores posibilidades de ejercicio cotidiano; o visto del lado de los derechos políticos, de menores posibilidades de ejercerlos completa y directamente. Y algo similar enfrenta el ciudadano ante el orden estatal de gobierno, si bien puede argumentarse que las distancias son menores.

### **3.4 INSTITUCIONES GARANTES DE LA DEMOCRACIA.**

Las reglas democráticas de la representación, se han ido mejorando en el decurso de la historia y han logrado establecer parámetros más o menos universales, que constituyen el fundamento de la democracia representativa, entre ellos destacan el sufragio, la igualdad política y la regla de la mayoría. Estos referentes los encontramos como piezas claves en los sistemas Electorales, que son el conjunto de instituciones y procedimientos mediante los cuales, de manera periódica, segura, legal, equitativa y ordenada, los ciudadanos ejercen el derecho humano y fundamental a elegir y ser electos.

En la actualidad los ciudadanos se organizan en torno a ideologías, intereses comunes, programas de acción y principios, para ejercer sus cuotas de representación; esas formas asociativas se llaman partidos políticos y las personas que éstos seleccionan para ocupar los cargos de representación se denominan candidatos, quienes son propuestos al cuerpo Electoral durante determinados periodos, a efecto de contar con esa cuota individual de soberanía delegada, que legitima la actuación en el ejercicio del poder público por parte de quien obtiene el mayor apoyo.

La esencia misma de la democracia, como su nombre lo indica, es la soberanía del pueblo y éste es la única fuente del poder, y los partidos políticos son útiles herramientas para impulsar y hacer funcionar sus instituciones.

Además, en países como México, se considera la democracia como uno de los ejes de la vida nacional; así, la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos estipula que un sistema de gobierno republicano debe considerar “a la democracia no sólo como una estructura jurídica y un régimen político, sino como un sistema de vida fundado en el constante mejoramiento económico, social y cultural del pueblo”.<sup>134</sup>

En este contexto, los partidos políticos son instrumentos legítimos y necesarios del gobierno libre, por ello, son entidades de interés público, esenciales para el buen funcionamiento de los sistemas democráticos. “Los Partidos Políticos tienen como fin promover la participación del pueblo en la vida democrática, contribuir a la integración de la representación nacional y como organizaciones de ciudadanos, hacer posible el acceso de éstos al ejercicio del poder público,..”<sup>135</sup>

De acuerdo a la Ley General del Sistema de Medios de Impugnación en Materia Electoral, en su artículo 4 establece que “corresponde a los órganos del Instituto Federal Electoral conocer y resolver el recurso de revisión y al Tribunal Electoral del Poder Judicial de la Federación los demás medios de impugnación previstos en el artículo anterior, en la forma y términos establecidos por esta Ley”<sup>136</sup>

---

<sup>134</sup> Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos, artículo tercero, fracción II, inciso a). Congreso de la Unión. México 26/09/2008.

<sup>135</sup> Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos, artículo 41, I fracción segundo párrafo. Congreso de la Unión. México 26/09/2008.

<sup>136</sup> Ley General de Sistema de Medios de Impugnación en Materia Electoral, Congreso de la Unión. Pág. 1 México.

## **CAPÍTULO IV**

### **CONTROL DE LA CONSTITUCIONALIDAD.**

#### **4.1 INTRODUCCIÓN.**

Importa en esta línea temática realizar una aproximación conceptual del control de la constitucionalidad, a partir de un estudio general para aterrizar en la situación que subyace en el sistema jurídico mexicano.

Lo anterior, tiene como propósito no sólo precisar el modelo de control judicial de constitucionalidad sino con un enfoque específico que permita delinear el objeto de la investigación, respecto de la eficacia de los mecanismos jurisdiccionales del control de constitucionalidad tratándose de la revisión constitucional.

De ahí la trascendencia de este referente conceptual, pues mediante ello, es posible construir el argumento que sostendrá en lo subsecuente el trabajo de investigación.

#### **4.2 DEFENSA DE LA CONSTITUCIÓN**

Con el advenimiento del liberalismo, se encarnó el “Estado de Derecho”, una ideología tendiente a la protección máxima del individualismo; con independencia de la concepción ideológica en la que se trate la expresión, lo cierto es que protegió al particular de todo intento de una conducta de la administración no sujeta a la ley; nace de este modo la “legalidad” como un modo de ser de la administración y garantía de protección a los gobernados; junto a ella, el legislador ocupó un papel preponderante frente a los demás poderes al corresponderle la producción jurídica “ley”, lo cual encontró su hegemonía en el principio de legalidad. De este modo, la ley ocupó un lugar privilegiado en el Estado, llevando a su máxima expresión el principio de legalidad

como la manera de controlar los actos de la administración; con atinada razón expresa Zagrebelsky, citando a Otto Mayer:

...En la clásica exposición del derecho administrativo de Otto Mayer, la idea de Rechtsstaat, en el sentido conforme al Estado liberal, se caracteriza por la concepción de la ley como acto deliberado de un parlamento representativo y se concreta en: a) la supremacía de la ley sobre la administración; b) la subordinación a la ley, y sólo a la ley, de los derechos de los ciudadanos, con exclusión, por tanto, de que poderes autónomos de la Administración puedan incidir sobre ellos; c) la presencia de jueces independientes con competencia exclusiva para aplicar la ley, y sólo la ley, a las controversias surgidas entre los ciudadanos y entre éstos y la Administración del Estado. De este modo, el Estado de derecho asumía un significado que comprendía la representación electiva, los derechos de los ciudadanos y la separación de poderes; un significado particularmente orientado a la protección de los ciudadanos frente a la arbitrariedad de la Administración.<sup>137</sup>

El Estado Constitucional es producto no sólo de la importancia de la Constitución con todo su aspecto teórico, implica necesariamente su defensa, porque sólo es posible el contenido de la Constitución en la medida que es cumplida o se hacen cumplir sus principios, no sólo a los órganos del Estado sino también en cuanto a los gobernados. De esta forma, dos han sido, sin duda alguna, las corrientes europeas que han mostrado el valor de la Constitución y su defensa: Carl Schmitt y Hans Kelsen.

En su obra *Defensa de la Constitución*, Carl Schmitt, habrá desatado la mayor de las polémicas por la forma singular de atribuir la función del guardián de la Constitución al Presidente del Reich; así,

...Expresamente se dice en el juramento que el Presidente del Reich tiene que prestar según el artículo 42, que el Presidente está obligado a salvaguardar la Constitución. El juramento político a la Constitución se orienta, según la tradición alemán da el Derecho constitucional, a la salvaguardia de la Constitución, y el texto escrito de los preceptos constitucionales vigentes señala al Presidente del Reich, con claridad suficiente, como defensor de la Constitución.

---

<sup>137</sup> Zagrebelsky, Gustavo. El derecho..., op.cit., supra, nota 63, pág.23.

Independientemente del valor que, en otros aspectos, se conceda al juramento político, no es posible ignorar el sentido de esta auténtica frase constitucional.

Que el Presidente del Reich sea el protector de la Constitución corresponde también, empero, al principio democrático sobre el cual descansa la Constitución de Weimar. El Presidente del Reich es elegido por el pueblo alemán entero, y sus facultades políticas frente a los organismos legislativos (particularmente la de disolver el Reichstag y la de promover un plebiscito) son, por naturaleza, una apelación al pueblo. Haciendo al Presidente del Reich centro de un sistema de instituciones y atribuciones tanto plebiscitarias como neutralizadoras en el orden a la política de partidos, la vigente Constitución del Reich trata de crear, partiendo de principios precisamente democráticos, un contrapeso al pluralismo de los grupos sociales y económicos del poder, y de garantizar la unidad del pueblo como conjunto político. Caso quepa dudar si será posible por mucho tiempo sustraer a posición del Presidente del Reich al mecanismo de los partidos políticos y mantenerla en una neutralidad, en una objetividad imparciales e inspiradas en el criterio del conjunto estatal; acaso debamos temer que el sino del Jefe del estado, en la Europa republicana, suceda al sino del monarca, y el sino del Presidente plebiscitario del Reich al sino del plebiscito basado en la iniciativa popular, contra la cual se ha inmunizado ya en la actualidad. Más es cierto que la Constitución de Weimar emprende su intento muy concientemente y con elementos específicamente democráticos. Presupone la nación alemana entera como una unidad apta para la acción de un modo directo y no por intermedio de las organizaciones o grupos sociales, una unidad que puede expresar su voluntad y orientarse e imponerse en los momentos decisivos, aún sobre las disensiones pluralistas. La Constitución procura especialmente dar a la autoridad del Presidente del Reich posibilidades para enlazarse de modo directo con esta voluntad política del conjunto del pueblo alemán y para proceder en consecuencia como protector y guardián de la unidad constitucional y de la integridad de la nación. Sobre el éxito de este intento se ha de fundamentar la existencia y la permanencia prolongada del actual Estado alemán.<sup>138</sup>

Una postura antagónica se haya en Hans Kelsen en su obra *¿Quién debe ser el defensor de la Constitución?* Sosteniendo la existencia de la jurisdiccional constitucional-especialmente por un Tribunal independiente-, como el encargado de la defensa de la Constitución; así, expresa:

---

<sup>138</sup> Schmitt, Carl. **La defensa de la Constitución**, 2ª ed., Tecnos, Madrid, 1998, págs. 250-251.



... Para fundamentar su tesis de que el Presidente del Reich sería el defensor de la Constitución, Carl Schmitt debe enfrentar a la institución, promovida de distinta manera y realizada en algunos Estados, de una jurisdicción constitucional, por la cual la función de garantía de la Constitución sea transferida a un Tribunal independiente. Éste funciona como jurisdicción constitucional en la medida en que deba decidir, a través de un procedimiento contencioso de partes, sobre la constitucionalidad de actos del Parlamento (en especial de las leyes), así como también del Gobierno (especialmente de los decretos), cuando hayan sido cuestionados, anulando tales actos en el caso de inconstitucionalidad y eventualmente juzgando a determinados organismos imputados, acerca de la responsabilidad probada. Se puede discutir, por cierto, acerca de la oportunidad semejante institución. Nadie afirmará que dicha institución es, en toda circunstancia, una garantía absolutamente eficaz. Pero desde todos los puntos de vista desde los que se puede explicar y juzgar el pro y el contra del problema jurídico-político de un Tribunal Constitucional, hay uno completamente banal: el de si este órgano es un Tribunal y si su función es auténtica Justicia. Éste es un problema de clasificación muy significativo desde el punto de vista teórico-jurídico. Pero desde su resolución- sea esta afirmativa o negativa- no se sigue nada que hable a favor o en contra de la transferencia de la función señalada a un órgano colegiado, a cuyos miembros-convocados de alguna manera- les sea garantizada la plena independencia; una independencia frente al Gobierno y al Parlamento, que se denomina judicial porque las Constituciones modernas acostumbran a conferirla a los Tribunales. (Aunque no sólo a ellos). Del concepto de jurisdicción, sea como fuere concebido, no puede deducirse que la institución caracterizada aquí como Tribunal constitucional sea imposible o irrealizable; sería por cierto un típico caso de aquella jurisprudencia conceptual que hoy puede considerarse superada.<sup>139</sup>

Como puede verse, en el constitucionalismo europeo la idea de la defensa de la Constitución, se haya inserta en el modelo de Estado Constitucional, *“Quién examine el derecho de nuestro tiempo seguro que no consigue descubrir en él los caracteres que constituían los postulados del estado de derecho legislativo. La importancia de la transformación debe inducir a pensar en un auténtico cambio genético, más que una desviación momentánea en espera y con la esperanza de una restauración”*<sup>140</sup> no se trata de una continuación del Estado de derecho imperante en diversos órdenes jurídicos, se trata más bien, de un cambio profundo de la organización política del Estado, ajustado ahora en la Constitución, estructurando el propio poder, limitándola,

---

<sup>139</sup> Kelsen, Hans. **¿Quién debe ser el defensor de la Constitución?**, 2ª ed., Tecnos, Madrid, 1999, págs.14-15.

<sup>140</sup> Zagrebelsky, Gustavo. **El derecho...**, op. Cit., supra, nota 63, pág.33.

incorporando garantías a favor del gobernado para lograr mayor libertad frente al estado y la fuente de toda la producción jurídica, la “ley” se haya ahora sometida a ella; se trata de una transformación que impacta con la propia ideología del Derecho.

Desde la vertiente del continente americano, no puede faltar ha este estudio la brillante aportación que sobre la defensa de la Constitución realizó el Juez Marshall, en el muy conocido asunto *Marbury v/s Madison*; cuyo precedente se concretó en la declaratoria de inconstitucionalidad de la *Judiciary Act* de 1789 y su inaplicabilidad al asunto en examen; *“El fallo, en realidad conmocionó el sistema jurídico a través de la espectacular declaración de inconstitucionalidad, pero en este caso, no sobre alguna ley específica, sino sobre la Judiciary Act de 1789. La sentencia entiende, pues, que dicha competencia contradecía a la Constitución, en base a lo cual, inaplicándola, el Tribunal supremo rehúsa pronunciarse y declara en terminología actual la inadmisibilidad de la demanda por falta de jurisdicción.”*<sup>141</sup> Además, su contribución se amplía, pues desde la construcción teórica a diferencia del control concentrado kelseniano, se presenta un control difuso de la Constitución a cargo no solo de un Tribunal sino el deber de todos los jueces de guardar la Constitución frente a cada asunto en examen.

¿Qué es entonces la defensa de la Constitución?

...El defensor de la Constitución significa en el sentido originario del término, un órgano cuya función es defender la Constitución contra las violaciones. De ahí que se hable también y por regla general de una garantía de la Constitución. Dado que esta es un ordenamiento, y como tal, en cuanto a su contenido, un conjunto de normas determinadas, la violación de la Constitución significa la verificación de un hecho que contradice a la Constitución, sea por acción, sea por omisión...<sup>142</sup>

---

<sup>141</sup> Eto Cruz, Gerardo. **John Marshall y la sentencia Marbury vs. Madison**, en Derecho Procesal Constitucional, Tomo I, 4ª ed., Porrúa-CSSCJN, México, 2003, pág. 34.

<sup>142</sup> Kelsen, Hans. **Quién debe ser...**, op. cit., supra, nota 157, pág. 3.

Hasta este momento, de los datos obtenidos puede abstraerse que la defensa de la Constitución se vio reflejada por un lado, en un mecanismo político-Presidente del Reich-, también uno de carácter jurisdiccional- Tribunal independiente-; en ambos casos, con independencia del tipo mencionado, lo cierto es la preocupación por mantener el status de la Constitución como las decisiones políticas dominantes y estructurales del Estado, permaneciendo incólume frente a los actos u omisiones desplegados por órganos estatales como de los particulares, a partir de los mecanismos correctivos o preventivos de todo acto que pretendiese contrariarla o rebasarla, pero también de aquellos por los cuales se hagan efectivos sus postulados.

El jurista Fix-Zamudio, concreta una noción de defensa de la Constitución del modo siguiente:

...la defensa de la Constitución está integrada por todos aquellos instrumentos jurídicos y procesales que se han establecido tanto para conservar la normativa constitucional como para prevenir su violación, reprimir su desconocimiento y, lo que es más importante, lograr el desarrollo y la evolución de las propias disposiciones constitucionales en un doble sentido: desde el punto de vista de la Constitución formal, 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>143</sup>

Finalmente, Bordalí Salamanca, sostiene que “El sentido de la Justicia Constitucional o defensa judicial de la Constitución, no es sino constituir un freno efectivo a la opresión gubernamental, especialmente cuando esta opresión se deja caer sobre los derechos y libertades de los ciudadanos y sobre los derechos e intereses de las minorías políticas en la democracia representativa”.<sup>144</sup>

---

<sup>143</sup> Fix- Zamudio, Héctor. **Estudio de la defensa de la Constitución en el ordenamiento mexicano**, Porrúa-UNAM-IIIJ, México, 2005, pág.10.

<sup>144</sup> Bordalí Salamanca, Andrés. La función judicial de defensa del orden constitucional, en Derecho Procesal Constitucional, Tomo I, 4ª ed., Porrúa-CSSCJN, México, 2003, pág.5.

Es oportuno señalar que la Defensa de la Constitución se ha particularizado en dos vertientes, doctrinalmente funcionales:

- a) Protección de la Constitución.
- b) Garantías Constitucionales.

La protección de la Constitución, según lo expone Fix-Zamudio:

... se integra por todos aquellos factores políticos, económicos, sociales y de técnica jurídica que han sido canalizados por medio de normas de carácter fundamental e incorporados a los documentos constitucionales con el propósito de limitar el poder y lograr que sus titulares se sometan a los lineamientos establecidos en la propia carta fundamental, tanto por lo que respecta a sus atribuciones como también, y de manera esencial, en cuanto al respeto de los derechos humanos de los gobernados. En otras palabras, estos instrumentos pretenden lograr el funcionamiento armónico, equilibrado y permanente de los poderes públicos y, en general, de todo órgano de autoridad.<sup>145</sup>

En el fondo, la protección constitucional busca el control preventivo que opera desde la fijación, en la Constitución, de los límites a las atribuciones de los órganos estatales a efecto de que sólo se ejecuten aquellos que previamente se les ha atribuido.

El mismo autor, respecto a la segunda categoría se pronuncia de la forma siguiente:

...está formulada por las llamadas garantías constitucionales, pero entendidas no en el concepto tradicional que las identifica con los derechos de la persona humana consagrados constitucionalmente, sino como los medios jurídicos, de naturaleza predominantemente procesal, que están dirigidos a la reintegración del orden constitucional cuando éste ha sido desconocido o violado por los propios órganos de poder.<sup>146</sup>

---

<sup>145</sup> Fix- Zamudio, Héctor. Op. Cit., supra, nota 161, pág.11.

<sup>146</sup> Ibídem, pág. 12.

Cuando la normalidad constitucional ha sido alterada, es menester retornarla a la situación anterior al acto conculcatorio, de ahí que las garantías constitucionales son el conducto reparador de la Constitución; sobre esta categoría Kelsen sostiene que *“Las garantías represivas reaccionan contra el acto irregular, una vez realizado tienden a impedir la reincidencia en el futuro, a reparar el daño que se ha causado, a hacerlo desaparecer, y eventualmente, a remplazarlo por un acto regular”*.<sup>147</sup>

#### 4.3 SISTEMAS DE CONTROL CONSTITUCIONAL

La cuestión de los sistemas o métodos de control de la Constitución está encaminada a la idea misma de la Justicia Constitucional. La permanencia de la Constitución no inicia ni se agota en su defensa por ser aquellos los mínimos para garantizar su carácter omnipotente, frente a la estructura política estatal, así como de los actos de los particulares. El respeto absoluto de la Constitución atañe tanto a los órganos del Estado como del gobernado.

Tal parece que la clave de este discurso se encuentre en el vocablo “control”, pero no en su aspecto común o general sino propiamente jurídico; el control por tanto, implica poner límites, pero también prevenir abusos; una dualidad: correctiva y preventiva en el ejercicio del poder, con base en ello se busca un equilibrio de las fuerzas políticas a través del imperio de la Constitución. En palabras de Huerta Ochoa, *“El control es, pues, un sistema de vigilancia que asegura la observancia del sistema jurídico”*.<sup>148</sup>

De tal forma, que el control será el conjunto de instrumentos políticos-jurídicos que aseguran la barrera al ejercicio del poder político con tal que se garantice un equilibrio en las fuerzas y libertad política al gobernado. De estos instrumentos se han generado doctrinalmente los sistemas de control de la Constitución.

---

<sup>147</sup> Kelsen, Hans. **Quién debe ser...**, op. Cit., supra, nota 157, pág. 34.

<sup>148</sup> Huerta Ochoa, Carla. **Mecanismos constitucionales para el control del poder político**, 2ª ed., UNAM-IIIJ, México, 2001, pág. 37.

Respecto al sistema de control de la Constitución, por su sistematización, resulta oportuno usar la clasificación que nos aporta Covián Andrade, del modo siguiente:

A) Desde el punto de vista del acto de autoridad que se controla:

1. Control de “constitucionalidad” (legalidad, propiamente dicho) de las normas jurídicas inferiores a la ley ordinaria y de los actos de autoridad por medio de los cuales se aplica.
2. Control de constitucionalidad de las leyes y de los actos de autoridad contrarios a la constitución.

B) Existencia de control normativo o de otros medios de “control”, no normados:

- 1.- Distintos mecanismos de control (político, jurisdiccional) previstos en la Constitución.
- 2.- Ausencia de control normativo y “control” de la opinión pública.

C) En función de los alcances de las decisiones del órgano que ejerce el control:

- 1.- Con efectos erga omnes, abrogando la ley o impidiendo que entre en vigor.
- 2.- Con efectos particulares o limitados al caso concreto, sin invalidar o abrogar la ley.

D) Dependiendo de su procedibilidad:

- 1.- Ex –oficio, a priori, antes de que entre en vigor la ley.
- 2.- A petición de parte, por aplicación excesiva o defectuosa de la ley:
  - a)-En vía de acción.
  - b)- En vía de excepción.

E) Desde el punto de vista de la naturaleza del órgano que ejerce la función de control de constitucionalidad:

- 1.- Órgano legislativo
- 2.- Órgano político
- 3.- Órgano jurisdiccional.<sup>149</sup>

A mayor abundamiento, Tocora, sostiene en relación con el control preventivo, “a priori” y posterior, lo siguiente:

a) Preventivo.

Se trata de un control tendiente a evitar la vigencia de una ley inconstitucional, que se ejerce dentro del proceso legislativo, surtida la votación de la ley y antes de proceder a su sanción y promulgación o solamente su promulgación dado el sistema optado por cada país...

[...]

b) Control “a priori”.

Este método de control también tiene la finalidad de salvaguardar la Constitución impidiendo el nacimiento de una ley inconstitucional. Se trata de un control abstracto, al margen de cualquier contencioso particular, como preventivo...

[...]

c) Control Posterior.

Como su nombre lo indica, se ejerce luego de la entrada en vigencia de la ley, y por lo tanto acarrea las serias consecuencias de los efectos de una ley inconstitucional, y el problema del vacío legislativo que se puede provocar con la declaración inexecutable. Este es sin embargo, el sistema que se ha extendido en Europa,

---

<sup>149</sup> Covián Andrade, Miguel. **El control de la constitucionalidad en el Derecho Comparado**, CEDIPC, México, 2001, págs. 26-27.

América y otras áreas del mundo. El sistema seguido por los franceses es excepcional...<sup>150</sup>

Tomando en cuenta que el tema en cuestión es el control por órgano jurisdiccional, resulta oportuno ampliar el mismo. Del control constitucional por órgano jurisdiccional ha sido el que ha dado mayores resultados.

Su aplicación se debe sobre todo al modelo europeo, pues desde algunos sistemas jurídicos se ha delegado la defensa de la Constitución a través de un Tribunal independiente- Tribunal Constitucional- o bien, atribuyendo esa función al Poder Judicial.

Respecto de esta opción existen dos métodos: el control difuso- de origen anglosajón y el control concentrado- kelseniano-; del primero, corresponde a todos los jueces el control de la Constitución, en tanto que el segundo, sólo reserva la atribución para el control de la Constitución a un Tribunal- normalmente al Tribunal constitucional, aunque puede reservarse esa función al tribunal del Poder Judicial de mayor jerarquía en algunos países-.

#### **4.4 SISTEMA DE CONTROL DE CONSTITUCIONALIDAD POR ÓRGANO JUDICIAL.**

Inicialmente debe señalarse que el creador de la Constitución estableció, por una parte, los derechos fundamentales a favor de todo individuo, en segundo lugar determinó las funciones de los poderes públicos del Estado, todo ello conforme a los principios consagrados en la Constitución. Para emprender el estudio de los mecanismos de la constitucionalidad por órgano judicial, es menester analizar primeramente el principio fundamental en que descansa nuestra Constitución, el

---

<sup>150</sup> Tocora, Luis Fernando. Control constitucional y Derechos Humanos, Ediciones Librería del Profesional, Colombia, 1992, págs. 58-62.



principio de supremacía constitucional, de cuyo texto el artículo 133, de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos, establece:

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

Luego entonces, la Constitución se erige como la Norma Suprema de la Nación, puesto que las leyes expedidas por el Congreso de la Unión deben emanar de ella o bien, los tratados internacionales deben estar acordes con ella, situación que se explica desde el modo de la producción jurídica en su vertiente de validez y aplicabilidad.

Es así que la observancia de la Constitución permite la libertad y seguridad jurídica de los gobernados al sujetar al poder político para que su actuación esté ajustada a lo que establece la Constitución; pero como no está exento de que en algún momento pueda pasarse por alto los mandatos de la Constitución, en el fondo están contenidos los mecanismos de control de constitucionalidad.

Los mecanismos de control de constitucionalidad emergen como instrumentos que hacen efectivo el principio de supremacía constitucional.

En el caso concreto, sólo se estudia el juicio de amparo, las acciones de inconstitucionalidad, las controversias constitucionales, el juicio para la protección de los derechos político-electorales del ciudadano y el juicio de revisión constitucional electoral, por su carácter eminentemente judicial, descartándose los otros mecanismos por su irrelevancia teórico-práctico.

a) El juicio de amparo:

Como el control de constitucionalidad tiene por objeto que el poder político se ejerza conforme a la Constitución; cuando esa actuación es contraria a la Constitución en violación a los derechos fundamentales del gobernado se actualiza a su favor el mecanismo para controlar el acto de autoridad a través del juicio de amparo.

Así, Ignacio Burgoa, expresa que el juicio de amparo es:

Un juicio o proceso que se inicia por la acción que ejercita cualquier gobernado ante los órganos jurisdiccionales federales contra todo acto de autoridad (lato sensu) que le causen un agravio en su esfera jurídica y que considera contrario a la Constitución, teniendo por objeto invalidar dicho acto o despojarlo de su eficacia por inconstitucionalidad o ilegalidad en el caso concreto que lo origine.<sup>151</sup>

A través del juicio de amparo se tutela la protección de los derechos fundamentales del gobernado, *“si el juicio de amparo tiene como objeto principal las denominadas garantías individuales de los gobernados y éstas se reconocen en la Carta Magna, entonces el citado medio de defensa se constituye como controlador de la constitucionalidad de los actos de autoridad, en el sentido de vigilar que éstos no resulten contrarios a los citados derechos públicos subjetivos”*.<sup>152</sup>

Sin que le otorgue tal denominación, el juicio de amparo tiene sustento en los artículos 103 y 107, de la Constitución Política de los estados Unidos Mexicanos. Además debe decirse que esta acción debe seguirse por agravio personal y directo.

En sentido concreto es posible señalar que la defensa de la Constitución ha descansado en el juicio de amparo, por ser el mecanismo que permite al grueso de los gobernados acudir en reparación de las garantías que le han sido vulneradas por los actos u omisiones de las autoridades, incluyendo el control de constitucionalidad de las normas de carácter general, sin embargo, sus efectos no son generales sino

---

<sup>151</sup> Burgoa Orihuela, Ignacio. El juicio de amparo, 14<sup>a</sup> ed., Porrúa, México, 1979, pág. 177.

<sup>152</sup> Carranco Zuñiga, Joel y Zerón de Quevedo, Rodrigo. Amparo directo contra leyes, 2<sup>a</sup> ed., Porrúa, México, 2002, págs. 10-11.

únicamente a quien le resulte favorable la protección constitucional. Con el juicio de amparo se asegura:

- 1) La parte dogmática de la Constitución: garantías individuales y sociales.
- 2) La supremacía constitucional: a través del control de constitucionalidad de cualquier norma jurídica, incluyendo las Constituciones de las Entidades Federativas, se denomina “amparo contra leyes”.

b) Las acciones de inconstitucionalidad :

La acción de inconstitucionalidad es un procedimiento que se sigue por vía de acción, abstracta, en única instancia, cuyo objeto es la declaratoria de invalidez total o parcial de las normas generales contrarias a la Constitución. Tiene sustento en el artículo 105, fracción II, de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos. En efecto, la acción de inconstitucionalidad es:

El procedimiento abstracto de control que el 33% de los integrantes de las Cámaras Legislativas federales y locales y de la Asamblea Legislativa del Distrito Federal, así como los partidos políticos y el Procurador General de la República, demandan ante la Suprema Corte de Justicia de la Nación para que se resuelva sobre la posible contradicción de una norma general- con el carácter de ley- o un tratado internacional y de la Constitución Federal en su integridad y, en su caso, se declare la invalidez total o parcial de aquéllos, a fin de garantizar la regularidad constitucional y la certeza del orden jurídico nacional.<sup>153</sup>

Además, la Corte, en tesis de jurisprudencia, determinó la diferencia entre las acciones de inconstitucionalidad y las controversias constitucionales al referir que:

No. Registro: 191,381

Jurisprudencia

---

<sup>153</sup> Suprema Corte de Justicia de la Nación. **¿Qué son las acciones de inconstitucionalidad?**, 2ª ed., SCJN, México, 2004, pág. 22.

Materia(s): Constitucional

Novena Época

Instancia: Pleno

Fuente: Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta

XII, Agosto de 2000

Tesis: P./j. 71/2000

Página: 965

## CONTROVERSIAS CONSTITUCIONALES Y ACCIONES DE INCONSTITUCIONALIDAD. DIFERENCIAS ENTRE AMBOS MEDIOS DE CONTROL CONSTITUCIONAL.

Si bien es cierto que la controversia constitucional y la acción de inconstitucionalidad son dos medios de control de la constitucionalidad, también lo es que cada una tiene características particulares que las diferencian entre sí; a saber: a) en la controversia constitucional, instaurada para garantizar el principio de división de poderes, se plantea una invasión de las esferas competenciales establecidas en la Constitución, en tanto que en la acción de inconstitucionalidad se alega una contradicción entre la norma impugnada y una de la propia Ley Fundamental; b) la controversia constitucional sólo puede ser planteada por la Federación, los Estados, los Municipios y el Distrito Federal a diferencia de la acción de inconstitucionalidad que puede ser promovida por el Procurador General de la República, los partidos políticos y el treinta y tres por ciento, cuando menos, de los integrantes del órgano legislativo que haya expedido la norma; c) tratándose de la controversia constitucional, el promovente plantea la existencia de un agravio en su perjuicio en tanto que en la acción de inconstitucionalidad se eleva una solicitud para que esta Suprema Corte de Justicia de la Nación realice un análisis abstracto de la constitucionalidad de la norma; d) respecto de la controversia constitucional, se realiza todo un proceso (demanda, contestación de demanda, pruebas, alegatos y sentencia), mientras que en la acción de inconstitucionalidad se ventila un procedimiento; e) en cuanto a las normas generales, en la controversia constitucional no puede impugnarse normas en materia electoral, en tanto que, en la acción de inconstitucionalidad pueden combatirse cualquier tipo de normas; f) por lo que hace a los actos cuya inconstitucionalidad puede plantearse, en la controversia constitucional pueden impugnarse normas generales y actos, mientras que la acción de inconstitucionalidad sólo procede por lo que respecta a normas generales; y, g) los efectos de la sentencia dictada en la controversia constitucional tratándose de normas generales, consistirán en declarar la invalidez de la norma con efectos generales siempre que se trate de disposiciones de los Estados o de los Municipios impugnados por la Federación, de los Municipios impugnados por los Estados, o bien, en conflictos de órganos de atribución y siempre que cuando menos haya sido aprobada por una mayoría de por lo menos ocho votos de los Ministros de la Suprema Corte, mientras que en la acción de

inconstitucionalidad la sentencia tendrá efectos generales siempre y cuando ésta fuere aprobada por lo menos por ocho Ministros. En consecuencia, tales diferencias determinan que la naturaleza jurídica de ambos medios sea distinta.

Las acciones de inconstitucionalidad como acción abstracta y promovida por los sujetos legitimados activamente (agregando a los órganos públicos de los derechos humanos), sólo instan al órgano judicial para que entre al análisis en abstracto de la norma general impugnada, por lo que no requiere un agravio o perjuicio personal y directo; y, tiene por objeto que la norma general impugnada- incluyendo los tratados- se ajusten al principio de la supremacía constitucional.

A través de este mecanismo se asegura, la supremacía de la Constitución. Sin embargo, sólo pueden ser materia de esta acción las leyes y los tratados internacionales celebrados por el Presidente de la república y ratificados por el Senado de la República. También son materia de estudio las Constituciones de las Entidades Federativas.

c) Las controversias constitucionales:

La controversia constitucional es un proceso que se sigue en única instancia, por vía de acción, requiriéndose de un agravio del sujeto legitimado activamente, cuyo objeto es invalidar el acto o la norma general que atenta contra el principio de división funcional de competencias de los diferentes órdenes jurídicos, el principio del federalismo y la soberanía popular. Tiene sustento en el artículo 105, fracción I, de la Constitución de los Estados Unidos Mexicanos. De esta forma, la controversia constitucional es,

El juicio de única instancia que la federación, un Estado, el Distrito Federal o un Municipio plantean ante la Suprema Corte de Justicia de la Nación para demandar la reparación de un agravio producido por una norma general o un acto que, en ejercicio excesivo de sus atribuciones

constitucionales, fue responsabilidad de alguno de los órganos de gobierno citados, lo que conculca el federalismo, la división de Poderes y la soberanía popular.<sup>154</sup>

En tal sentido, a través de la controversia constitucional se salvaguarda:

- a) El principio de división funcional de competencias de los diferentes órdenes jurídicos.
- b) El federalismo.
- c) La soberanía popular.

Resulta particularmente interesante citar el contenido de la tesis aislada, que determina la evolución de las controversias constitucionales en el orden jurídico mexicano, así como la tutela jurídica que se protege, cuyo texto es el siguiente:

Novena Época

No. Registro: 195025

Instancia: Pleno

Tesis Aislada

Fuente: Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta

VIII, Diciembre de 1998

Materia (s): Constitucional

Tesis: P. LXXII/98

Página: 789

CONTROVERSIA CONSTITUCIONAL. LA TUTELA JURÍDICA DE ESTA ACCIÓN ES LA PROTECCIÓN DEL AMBITO DE ATRIBUCIONES QUE LA LEY SUPREMA PREVÉ PARA LOS ÓRGANOS ORIGINARIOS DEL ESTADO. Del análisis de la evolución legislativa que en nuestros textos constitucionales ha tenido el medio de control constitucional denominado controversia constitucional, se pueden apreciar las siguientes etapas: 1. En la primera, se concibió sólo para resolver las que se presentaren entre una entidad federada y otra; 2. En la segunda etapa, se contemplaron, además de las antes mencionadas, aquellas que pudiesen suscitarse entre los poderes de un mismo Estado y las que se suscitaran entre la federación y uno o más Estados; 3. En la tercera, se

---

<sup>154</sup> Suprema Corte de Justicia de la Nación. **Las pruebas en la controversia constitucional y en las acciones de inconstitucionalidad**, Figuras procesales constitucionales 3, SCJN, México, 2007, págs. 46-47.

sumaron a las anteriores, los supuestos relativos a aquellas que se pudieren suscitar entre dos o más Estados y el Distrito Federal y las que se suscitasen entre órganos de Gobierno del Distrito Federal. En la actualidad, el artículo 105, fracción I, de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos, amplía los supuestos para incluir a los Municipios, al Poder Ejecutivo, al Congreso de la Unión., a cualquiera de sus Cámaras, y en su caso, a la Comisión Permanente. Pues bien, de lo anterior se colige que la tutela jurídica de este instrumento procesal de carácter constitucional, es la protección del ámbito de atribuciones que la misma Ley Suprema prevé para los órganos originarios del Estado, es decir, aquellos que derivan del sistema federal y del principio de la división de poderes a que se refieren los artículos 40, 41 y 49, en relación con el 115, 116 y 122, de la propia Constitución y no así a los órganos derivados o legales, pues estos últimos no son creados ni tienen demarcada su competencia en la Ley fundamental; sin embargo, no por ello puede estimarse que no están sujetos al medio de control, ya que, si bien el espectro de la tutela jurídica se da, en lo particular, para preservar la esfera competencial de aquéllos y no de éstos, en lo general se da para preservar el orden establecido en la Constitución Federal, a que también se encuentran sujetos los entes públicos creados por leyes secundarias u ordinarias.

d) El juicio para la protección de los derechos políticos-electorales del ciudadano:

Inicialmente, debe destacarse que:

... Los derechos políticos son aquellos que, en esencia, según Kelsen, conceden a su titular una participación en la formación de la voluntad política. En otros términos, estos derechos permiten la participación de los individuos, a quienes se ha conferido la ciudadanía, en la estructura política de la comunidad social de que son miembros y en el establecimiento de las reglas necesarias al mantenimiento del orden social [...] Estos derechos, sea a nivel nacional, sea en el plano internacional, comprenden ciertas prerrogativas exclusivas de los ciudadanos tanto en materia de voto activo y pasivo como respecto de otros tipos de participación en los asuntos políticos.<sup>155</sup>

Su vulneración, en consecuencia da lugar a lo que se ha denominado, la protección de los derechos político-electorales del ciudadano; estos derechos se encuentran reconocidos en la Constitución Federal, por tanto, adquieren importancia ya que forman parte de la esfera jurídica de los ciudadanos; tienen una protección constitucional. El

---

<sup>155</sup> **Enciclopedia Jurídica Mexicana**, Tomo III, Porrúa-UNAM-III, México, 2002, págs. 415-416.

juicio para la protección de los derechos político-electorales *“surge como un sistema controlador para el cumplimiento de esos derechos”*.<sup>156</sup>

No obstante, desde una apreciación amplia del tema se tiene que, *“el juicio para la protección de los derechos políticos-electorales del ciudadano es el instrumento procesal del que los ciudadanos pueden valerse para impugnar actos de autoridades electorales que hayan violado los derechos que, en materia política, la Constitución y las leyes otorgan a los ciudadanos”*.<sup>157</sup>

Con independencia de lo anterior, bástenos decir que dentro de los controles de la Constitución en nuestro sistema jurídico se encuentran, entre otros, el juicio para la protección de los derechos políticos-electorales del ciudadano.

En el contexto de los derechos político-electorales del ciudadano, previo a la reforma electoral de 1996, en la federación no existía un mecanismo para reparar la violaciones a tales garantías políticas, ante ello, *“es innegable que no basta con que un ordenamiento prevea ciertos derechos, sino que es importante también, que se proporcionen los medios para su protección, en caso de menoscabo, desconocimiento o conculcación”*.<sup>158</sup> Tal situación fue constatada por la evolución jurisprudencial mexicana, ya que se llegó a considerar que el juicio de garantías no era la vía idónea para combatir los actos o normas de las autoridades que conculquen las garantías políticas de los ciudadanos; situación que en esta década fue completamente sepultada por el Máximo interprete de la Constitución al sostener en la tesis aislada lo siguiente:

Novena Época

Instancia: Pleno

Fuente: Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta

XXV, Enero de 2007

---

<sup>156</sup> **Revista Mexicana de Justicia, Reforma Judicial**, Enero-Junio 2005, CNTSJ-UNAM, México, 2005, pág. 79.

<sup>157</sup> Suprema Corte de Justicia de la Nación. **Grandes temas del constitucionalismo. La supremacía constitucional**, SCJN, México, 2005, pág. 73.

<sup>158</sup> Reyes Zapata, Mauro Miguel. **Juicio para la Protección de los derechos político-electorales del ciudadano**, en Derecho Procesal Constitucional, Tomo II, 4ª ed., Porrúa-CSSCJN, México, 2003, pág.1204.



## SISTEMA CONSTITUCIONAL DE JUSTICIA EN MATERIA ELECTORAL.

De los artículos 94, 99 y 105, fracción II, de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos, se advierte que el Órgano Reformador de la Constitución estableció un sistema integral de justicia en materia electoral, a fin de contar con los mecanismos necesarios para que las leyes y actos en esa materia estuvieran sujetos a control constitucional, haciendo una distribución de competencias constitucionales y legales entre la Suprema Corte de Justicia de la Nación y el Tribunal Electoral del Poder Judicial de la Federación. Así, conforme a la Constitución Federal, existe un sistema de justicia electoral que permite, por un lado, impugnar leyes electorales, vía acción de inconstitucionalidad y, por otro, actos o resoluciones en materia electoral. Dichos medios se armonizan con el juicio de amparo, cuyo objeto es la protección de los derechos fundamentales frente a las leyes o actos de la autoridad, mediante el cual podrán combatirse leyes que, aun cuando su denominación sea esencialmente electoral, pudiesen vulnerar algún derecho fundamental, debiendo comprenderse en la materia de estudio sólo ese aspecto, es decir, con la promoción del amparo no podrán impugnarse disposiciones que atañan estrictamente a la materia electoral, o bien al ejercicio de derechos políticos cuando éstos incidan sobre el proceso electoral, pues de acuerdo con el mencionado sistema, dicho examen corresponde realizarse únicamente a través de los medios expresamente indicados en la Ley Fundamental para tal efecto.

Las reformas electorales posteriores a 1996, han concretado gradualmente que desde el texto constitucional se garantice la defensa de los derechos político-electorales del ciudadano a partir de los artículos 41 y 99, constitucionales, cuyos principios se desdoblaron en la Ley Reglamentaria, la cual prevé el aludido juicio para la protección de los derechos político-electorales del ciudadano.

Huber Olea y Contró, precisa que:

El objeto impugnado en este juicio son los actos violatorios de la Constitución que vulneren los derechos político-electorales de voto activo y voto pasivo así como los de la asociación política, los cuales consisten en:

- Negativa a expedir la credencial para votar

- Indebida inclusión o exclusión en los listados nominales
- Negativa a otorgar registro como candidato
- Negativa a otorgar registro como agrupación política nacional o como partido político
- Declaratoria de inelegibilidad a candidatos triunfadores en procesos electorales locales
- Actos que vulneren la libertad de asociación política
- Actos de autoridad electoral que vulneren derechos políticos.<sup>159</sup>

Constituye en sentido estricto un proceso, porque el ciudadano que ha sido conculcado en sus derechos político-electorales por las autoridades responsables, tiene la oportunidad de acudir ante las instancias jurisdiccionales para que a través de una sentencia se restituya en el goce de sus garantías político-electorales violadas, cuyo cumplimiento puede llegar a realizarse, incluso, forzosamente.

Precisa destacar que también puede acudir a esta vía demandando la invalidez de los actos o resoluciones de los partidos políticos que violen derechos político-electorales del ciudadano o bien, demandar la no conformidad de las normas partidarias a la Constitución; empero su procedencia se ajusta a requisitos previos que deberán agotarse, salvo excepciones.

*e) El juicio de revisión constitucional electoral:*

Este juicio en particular constituye el conducto para el control de constitucionalidad de los actos y resoluciones definitivas y firmes de las autoridades electorales de las Entidades Federativas que organicen, califiquen o resuelvan los procesos electorales.

Debe señalarse que inicialmente el Tribunal Electoral del Poder Judicial de la Federación quedaba impedido para conocer sobre la constitucionalidad de las normas generales electorales, sin embargo, con la reforma electoral de 2007-2008, se le ha

---

<sup>159</sup> Huber Olea y Contró, Jean Paul. **Derecho contencioso electoral**, Porrúa, México, 2005, pág. 213.

ampliado su espectro de actuación para pronunciarse constitucionalmente sobre la no aplicación de las normas generales electorales; así, González Oropeza, sostiene:

De esta forma, la nueva prescripción constitucional precisa que las salas del Tribunal podrán resolver la no aplicación de leyes sobre la materia electoral contrarias a la Constitución, convirtiendo el Tribunal en Constitucional; es importante destacar que la propia norma fundamental aclara que las resoluciones que se dicten en el ejercicio de esta facultad se limitarán al caso concreto sobre el que verse el juicio, por lo que, a diferencia de la inconstitucionalidad, en cuyo caso la declaración tiene efectos generales y abstractos, la inconstitucionalidad prescripta por el Tribunal Electoral sólo tendrá efectos en el caso específico y concreto.<sup>160</sup>

Como se ha asentado anteriormente, este juicio constituye un mecanismo de control de constitucionalidad de los actos y resoluciones de las autoridades administrativas y jurisdiccionales electorales de las Entidades Federativas; pero su procedencia requiere el cumplimiento de los siguientes presupuestos:

- a) Principio de definitividad,
- b) Principio de constitucionalidad,
- c) Principio de determinancia electoral y,
- d) Principio de la factibilidad material, temporal y jurídica de la reparación constitucional en los plazos electorales.

A través del juicio de revisión constitucional electoral se garantiza que, los actos y resoluciones definitivos de las autoridades electorales locales, se ajusten invariablemente a los principios de constitucionalidad. Se trata de una acción porque se prevé a favor de los sujetos legitimados el derecho de instar a los órganos jurisdiccionales para que a través de una sentencia derivada de un proceso sea resuelta la violación de los principios de constitucionalidad en los actos y resoluciones definitivas de las autoridades electorales y, en su caso, proceder a su ejecución, incluso, forzosa.

---

<sup>160</sup> González Oropeza, Manuel. **El Tribunal Electoral del Poder Judicial de la Federación: Sala Superior**, en Estudios sobre la reforma electoral 2007: hacia un nuevo modelo, TEPJF, México, 2008, pág. 411.

Preciso es destacar, que tanto en el juicio ciudadano como en el de revisión constitucional, la Sala Superior o las salas Regionales del Tribunal Electoral del Poder Judicial de la Federación, pueden decretar la inaplicabilidad de una norma general electoral contraria a la Constitución, reduciéndose el caso concreto sin tener efectos *erga omnes*.

De lo anterior, se muestra el estado-desde una perspectiva general- de los mecanismos de control de constitucionalidad por órgano judicial en México; de esta radiografía es claro que en el juicio de garantías ha descansado la protección de la Constitución, pero, por sus efectos sólo beneficia a quien solicita la protección constitucional, lo cual en modo alguno garantiza el respeto absoluto de la Constitución; si bien se han incorporado o perfeccionado las acciones de inconstitucionalidad y las controversias constitucionales, así como el control de constitucionalidad en materia electoral, tales mecanismos no responden plenamente a la protección de la Constitución, por las deficiencias prácticas que se presentan, sobre todo en la limitación o restricción a su acceso, quedando al capricho de la autoridad- o “partidos”- asegurar que la Constitución sea respetada, colocando al ciudadano en una relación de desequilibrio frente al poder público que busca de cualquier manera reducir la libertad política de los gobernados; todo ello como producto de la concepción normativista de la Constitución. De ahí que estos mecanismos se reducen a una evaluación normativa más que a una revisión pura y estrictamente constitucional.

#### **4.5 JURISDICCIÓN CONSTITUCIONAL**

No es el propósito de esta investigación abrir un debate respecto a si la Suprema Corte de Justicia de la Nación, es un Tribunal Constitucional o no; por el contrario, se propone sólo enfatizar la defensa y salvaguarda de la Constitución a la luz de los mecanismos constitucionalmente previstos, cuyo examen debe tener un fundamento teórico.

De este modo, el modelo del Estado Constitucional y Democrático de Derecho, necesita de la jurisdicción constitucional para concretar la supremacía de la Constitución en la estructura política. Ello da cuenta de la especialización entre una jurisdicción ordinaria y la constitucional.

Por ello, el juez constitucional goza de una garantía diferenciable a los poderes primarios, precisamente por así otorgárselo la Constitución; se debe a ella y responde ante ella. Estas podrán ser algunas de sus notas esenciales:

- a) Tiene una categoría reconocida en la Constitución;
- b) Su competencia especializada, emerge de la Constitución;
- c) Son autónomos e independientes frente a los demás poderes primarios u órganos públicos;
- d) Son responsables constitucionalmente de sus actos;
- e) Sus decisiones son terminales por lo que no pueden impugnarse;
- f) Las decisiones son cumplidas aún contra la voluntad de los poderes u órganos públicos;
- g) Su materia son las contiendas constitucionales surgidas con ocasión de los actos u omisiones de los poderes u órganos públicos que sean contrarios a la Constitución;
- h) Es una instancia extraordinaria.

A mayor abundamiento, Pérez Royo, citado por Monroy Cabra, delimita conceptualmente, las características de los tribunales constitucionales:

1. Como órgano único, en el que se concentra la interpretación definitivamente vinculante de la Constitución.
2. Como un órgano jurisdiccional, aunque no integrado en el Poder Judicial. “El hecho de ser un Tribunal que actúa a instancia de parte y que obtiene información, la procesa y la traduce en una sentencia, como lo hacen los Tribunales de Justicia, se adecua muy bien a su naturaleza defensiva”.

3. Su composición tiende a reflejar el compromiso entre la mayoría y la minoría que presidió la aprobación de la Constitución.
4. Su competencia básica consiste en el control constitucional de la ley y, por tanto, en imponer a la mayoría parlamentaria que la aprueba el respeto del pacto constituyente.
5. Sus competencias adicionales van en la misma dirección: protección de los derechos fundamentales, esto es, defensa del individuo y de la sociedad frente al Estado; protección de la distribución territorial del poder y por tanto de la existencia de minorías territoriales; protección de la división de poderes, esto es, protección de la sociedad frente a la concentración indebida de poder en uno de los órganos del Estado.<sup>161</sup>

No puede pasarse por alto que una jurisdicción ordinaria puede realizar actos de control de constitucionalidad respecto de asuntos de su competencia; por ejemplo, los tribunales administrativos, a parte del control de legalidad también pueden ejercer la constitucionalidad. Lo anterior, porque ningún tribunal-ordinario-puede aparecer indiferente frente a la Constitución.

La manifestación actual de la competencia para conocer de procesos constitucionales o de una jurisdicción constitucional, es presentada por García Belaunde:

Por tanto, el nacimiento de cortes y tribunales constitucionales (que se da a partir de 1920) completa un cuadro en el cual se dan diversas situaciones:

- a) El Poder Judicial tiene a su cargo y en exclusiva los aspectos vinculados con el control constitucional, como en los Estados Unidos y entre nosotros en México, Brasil y la Argentina.
- b) Pero lo anterior puede tener diversos matices. Uno es que sea el Pleno de la Corte Suprema el que lo lleve a cabo- por lo menos en última instancia- y otro que tenga esta labor una sala dentro del máximo tribunal, que generalmente se llama Sala Constitucional. Esta última situación adopta dos modalidades: una Sala Constitucional que así se llama para precisar una simple distribución de materias al interior del máximo organismo y que es tan válida y útil en su ámbito como lo es la sala Penal o una Sala Civil y a la que se le confían tales poderes (así, por ejemplo, en el Perú). O una Sala Constitucional con efectos y poderes especiales. Incluso para sobreponerse al resto de

---

<sup>161</sup> Monroy Cabra, Marco Gerardo. **Necesidad e importancia de los tribunales constitucionales en un Estado social de Derecho**, pág. 19, consultable en [www.juridicas.unam.mx](http://www.juridicas.unam.mx) (26 de noviembre de 2009).

las salas y que lo hace con exclusividad, como lo vemos de manera sobresaliente en Costa Rica, y también en Honduras, Nicaragua, El Salvador, Paraguay y Venezuela.

- c) Si por el contrario se trata de un órgano *ad hoc*, entonces tenemos lo que se llaman tribunales o cortes constitucionales, que generalmente están fuera del Poder Judicial, como la Corte de Constitucionalidad en Guatemala y los tribunales constitucionales del Perú, Ecuador y Chile. O dentro de la rama judicial, como es Colombia.

Y la manera como se lleven entre sí depende de varios factores. Uno de ellos es la distribución de competencias que a cada cual se atribuyen.<sup>162</sup>

Con esta precisión, se deja en claro que la Constitución, derechos fundamentales y democracia, indudablemente requieren de la jurisdicción constitucional para asegurar dos derechos: el de las personas u organizaciones y la autonomía política del ciudadano. Lo anterior adquiere sentido con el desarrollo de la investigación porque el máximo ordenamiento de un Estado no puede limitarse a plasmar esos derechos sino también a establecer su tutela y garantía.

De tal manera que los derechos fundamentales sólo pueden potenciarse y maximizarse en la medida de la existencia de la jurisdicción constitucional; los casos concretos habrán de ampliar los paradigmas que afronta la persona humana frente a los actos del poder público. Por ello, como lo sostiene Giancarlo Rolla:

El juicio de constitucionalidad realiza, también, una función de garantía característica del moderno Estado democrático: a favor de los derechos fundamentales de los individuos contra los abusos del legislador, en beneficio de las minorías y de las oposiciones políticas contra las decisiones arbitrarias de la mayoría parlamentaria y del gobierno. En los sistemas actuales, el juez constitucional se considera como una garantía para la tutela de los derechos y las posiciones subjetivas que la carta constitucional reconoce a las personas individuales, a los grupos y a las estructuras organizadas de la sociedad.<sup>163</sup>

---

<sup>162</sup> García Belaunde, Domingo. **Tribunal constitucional y jurisdicción ordinaria**, en Ferrer Mac-Gregor, Eduardo y Molina Suárez, Cesar de Jesús (coord.), *El Juez Constitucional en el Siglo XXI*, Tomo I, UNAM-IIIJ-SCJN, México, 2009, págs. 509-510.

<sup>163</sup> Rolla, Giancarlo. **Derechos fundamentales, Estado democrático y justicia constitucional**, UNAM-IIIJ, México, 2002, pág.132.

Como se ha anotado, en el ordenamiento constitucional mexicano derivan cuatro instrumentos para la defensa y salvaguarda de la Constitución:

- a) El juicio de amparo,
- b) Las controversias constitucionales,
- c) Las acciones de inconstitucionalidad y,
- d) Los juicios electorales (principalmente JPDPEC y JRC E).

Con independencia de las posturas que se adopten frente a estos mecanismos desde un plano teórico o práctico, lo cierto es que persiguen al menos un mismo propósito: controlar la constitucionalidad de los actos de autoridad. Su funcionalidad no sólo depende de la perspectiva del legislador democrático al momento de describirlo en el ordenamiento, sino también, de la propia concepción que el juez constitucional, en lo particular y la sociedad en general, posean de la Constitución. Concepción que debe ser acorde con los derechos fundamentales por ser la esencia constitucional junto a la democracia. En palabras de Vasconcelos Méndez, *“la función general del órgano de justicia constitucional debe ser vigilar de forma estricta el núcleo esencial de la Constitución, es decir, cuidar la vigencia de los derechos fundamentales y el cumplimiento de los presupuestos que garantizan que los resultados del procedimiento de formación democrática de la voluntad sean legítimos”*.<sup>164</sup>

Es cierto, que los mecanismos apuntados ameritan mayor amplitud y completitud en los supuestos que la nueva dinámica social requiere, sin embargo, ese no es el objetivo de la investigación.

Con base en lo anterior, se distingue con mediana claridad la posición del juez constitucional frente al legislador; esto es, la actitud creadora de la norma y el respeto a la voluntad popular. En efecto, si la jurisdicción constitucional emerge de la Constitución

---

<sup>164</sup> Vasconcelos Méndez, Rubén. **Una Corte de Justicia para la Constitución. Justicia constitucional y democracia en México**, UNAM-IIJ, México, 2010, pág. 475.



es incuestionable que el juzgador abuse de la propia norma y pretenda absorber funciones de otros poderes; su campo de maniobra es en la forma que la interpretación constitucional lo permite, sobre todo para hacer coherente y sistemático el ordenamiento constitucional, pero no para traducirse en legislador negativo o recomendatorio de reglas de técnica legislativa.

Todo ello, porque precisamente el juez constitucional evalúa el procedimiento legislativo y su resultado a la conformidad solamente con la Constitución; o sea, que el legislador sea respetuoso de la esencia constitucional y en el diseño de las funciones que los poderes primarios u órganos públicos tienen encomendado.

Como puede apreciarse la jurisdicción constitucional es una exigencia del *constitucionalismo* pero, su inexistencia hace nugatorio el neoconstitucionalismo, puesto que los derechos fundamentales no pueden examinarse a la luz de la legalidad o justicia ordinaria sino de la constitucionalidad, que exige del juzgador una concepción de Constitución que defienda los derechos fundamentales y controle la actuación de la democracia frente a los derechos.

Precisa destacar que la jurisdicción constitucional requiere de una constante evaluación, tanto del diseño institucional como de los mecanismos en específico, a efectos de hacerlos funcionales y operativos frente a los desafíos que presenta una realidad cambiante; y más aún, siguiendo a Sagües, se requiere de una transformación que involucra a todos los componentes “guardar silencio implica escoger el *statu quo*, vale decir, seguir con el esquema del juez legal”.<sup>165</sup> En suma, la jurisdicción constitucional está para la salvaguarda y defensa de la Constitución, en sus dos pilares básicos: supremacía constitucional y el consecuente principio de rigidez; ello es así porque “*El Estado constitucional tiene por fin al hombre, al ser humano*”.<sup>166</sup>

---

<sup>165</sup> Sagües, Néstor Pedro. **Del juez legal al juez constitucional**, pág. 346, consultable en [http://www.cepc.es/rap/Publicaciones/Revistas/8/AIB\\_004\\_337.pdf](http://www.cepc.es/rap/Publicaciones/Revistas/8/AIB_004_337.pdf) (20 de marzo de 2009).

<sup>166</sup> Dermizaky P., Pablo. Justicia constitucional y cosa juzgada, pág. 293, consultable en <http://www.juridicas.unam.mx/publica/librev/rev/dconstla/cont/20041/pr/pr13.pdf> (15 de febrero de 2009).

## CONCLUSIONES

**Primera.** El principio de legitimidad del Estado Constitucional Democrático es el consenso.

**Segunda.** La Constitución es un ejercicio cívico, puesto en práctica por los gobernantes y la comunidad política.

**Tercera.** La Constitución se compone de un conjunto de decisiones políticas fundamentales, adoptado en un momento histórico-político determinado por los factores reales del poder, de ahí que posea una naturaleza política y no jurídica. También debe entenderse a la Constitución como el conjunto de normas supremas, dadas en un lenguaje, plasmadas en el documento expedido por el Poder Constituyente, y estas normas son el fundamento de validez de todo el ordenamiento jurídico, por convencionalismo del pueblo soberano.

**Cuarta.** La Constitución como norma suprema, se encuentra por encima de todas las leyes y de todos los individuos, pero nunca por encima del pueblo, sería un absurdo que éste se dicte normas para quedar sujeto a ellas a pesar de que le sean desfavorables. En consecuencia el pueblo podrá modificar a su conveniencia las normas, independientemente de lo que establece el Art. 135 de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos.

El pueblo es el supremo, y si bien es cierto, que la Constitución es suprema, es porque así lo quiere el pueblo, por lo que éste resulta ser superior al concepto y contenido de la supremacía constitucional.

**Quinta.** El art. 39 de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos, es la puerta de entrada de la realidad sociopolítica a la normatividad jurídica.

**Sexta.** El actual diseño del control judicial de constitucionalidad en México (juicio de amparo, controversia constitucional, acción de inconstitucionalidad, el juicio para la protección de los derechos político-electorales del ciudadano, y el juicio de revisión constitucional electoral), se mantendrá mientras el pueblo (en su mayoría), considere que conviene a sus intereses continuar con la forma de gobierno que tiene.

**Séptima.** Los derechos humanos, son aquellos que pertenecen a todas las personas, independientemente de su calidad de ciudadano y de su capacidad de obrar.

**Octava.** Los derechos políticos son el conjunto de condiciones que posibilitan al ciudadano a participar en la vida pública, son aquellos que en esencia, conceden a su titular una participación en la formación de la voluntad política, y corresponden solo a las personas que tengan calidad de ciudadanos y tengan capacidad de obrar.

**Novena.** En el Estado Constitucional Democrático, tanto los derechos humanos como los derechos políticos, se encuentran protegidos por garantías constitucionales, considerando a éstas como los medios jurídicos de naturaleza predominantemente procesal cuya función es mantener el orden constitucional.

**Décima.** Los derechos políticos, en el Estado Constitucional y Democrático, tienen calidad de garantías constitucionales, sustentados principalmente en los artículos 6, 9, 39, 41 y 99 de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos y potenciados a través de la Ley General de Sistema de Medios de Impugnación en Materia Electoral.

**Décima primera.** Los derechos políticos protegidos por las garantías constitucionales, hechos valer a través de los juicios y recursos que establece la Ley General de Sistema de Medios de Impugnación en Materia Electoral, contribuyen al crecimiento de la democracia y fortalecen el Estado de derecho constitucional.

**Décima segunda.** Una democracia efectiva debe sustentarse en el ejercicio de elecciones con alternativas reales; y dichas elecciones traerán alternancia de los grupos detentadores del poder.

**Décima tercera.** La verdadera democracia se pone de manifiesto, cuando existen posibilidades reales de que los integrantes de una minoría, se conviertan en integrantes de una mayoría, si así conviene a sus intereses.

**Décima cuarta.** Una reflexión que orienta a disminuir la tensión entre democracia o gobierno de mayorías en un lado, y, derechos fundamentales por otro, surge del análisis de los diversos niveles y orígenes de tan importantes postulados, a saber: Los derechos fundamentales tienen su origen en el poder constituyente, cuya naturaleza política emana de una revolución que sienta las bases y hace la positivación de normas fundamentales para que funcionen los poderes constituidos. En cambio, el ejercicio de la democracia, a través de las decisiones de las mayorías tiene su origen en los procesos electorales, cuyas reglas de naturaleza jurídica establecidas por uno de los poderes constituidos, (el legislativo), deriva de la positivación de las normas fundamentales que en un primer momento estableció el poder constituyente. Por tanto, es más profundo y de mayor importancia el origen de los derechos fundamentales que el ejercicio de la democracia, por lo que deben prevalecer aquellos.

## FUENTES DE CONSULTA

### a) *Doctrina:*

Ackerman, Bruce. **El futuro de la revolución liberal**, Ariel, Barcelona, 1995.

Alexy, Robert. **Teoría de los derechos fundamentales**, 2ª ed., CEPC, Madrid, 2007.

Aristóteles. **Ética nicomaquea y política**, 20ª ed., Porrúa, México, 2004.

Bachof, Otto. **¿Normas constitucionales inconstitucionales?**, Palestra Editores, Lima, 2008, págs. 53-70.

Bobbio, Norberto. **Liberalismo y democracia**, FCE, México, 1989.

-**Igualdad y libertad**, Paidós Ibérica, Barcelona, 1993.

-**El futuro de la democracia**, 2ª ed., FCE, México, 1996.

-**El futuro de la democracia**, 3ª ed., FCE, México, 2001.

Bovero, Michelangelo. **Los objetivos de la democracia**, IFE, México, 1995.

Bodin, Jean. **Los seis libros de la república**, Aguilar, España, 1973.

Bordalí Salamanca, Andrés. **La función judicial de defensa del orden constitucional**, en Derecho Procesal Constitucional, Tomo I, 4ª ed., Porrúa-CSSCJN, México, 2003.

Burgoa Orihuela, Ignacio. **El juicio de amparo**, 14ª ed., Porrúa, México, 1979.

Cabo Martín, Carlos de. **La reforma constitucional en la perspectiva de las fuentes del derecho**, Trotta, Madrid, 2003.

Calsamiglia, Albert. **Kelsen y la crisis de la ciencia jurídica**, Ariel, Barcelona, 1977.

Carbonell, Miguel (coord.) **Neoconstitucionalismo (s)**, Trotta-UNAM, Madrid, 2003.

-**Una historia de los derechos fundamentales**, UNAM-Porrúa-CNDH, México, 2005.

Carranco Zuñiga, Joel y Zerón de Quevedo, Rodrigo. **Amparo directo contra leyes**, 2ª ed., Porrúa, México, 2002.

Castro, Juventino, **Garantías y Amparos**, Ed. Cárdenas, México 1986.

**Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos**, Congreso de la Unión, México 2008.

Covián Andrade, Miguel. **Teoría constitucional**, 2ª ed., CEDIPC, México, 2000.

-**El control de la constitucionalidad en el derecho comparado**, CEDIPC, México, 2001.

Crouch, Colin. **Posdemocracia**, Tauros, México, 2004.

Díaz, Elías. **De la institución a la Constitución**, Trotta, Madrid, 2009.

Díaz Ricci, Sergio Miguel. **Teoría de la reforma constitucional**, UNAM-UCEDIAR, Buenos Aires, 2004.

Duguit, León. **Soberanía y libertad**, TEPJF, México, 2007.

Ely, John Hart. **Democracia y desconfianza: una teoría del control constitucional**, Siglo del Hombre Editores-Universidad de los Andes, Santafé de Bogota, 1997.

Elster, Jon y Slagstad, Rune. **Constitucionalismo y democracia**, FCE, México, 1999.

Eto Cruz, Gerardo. **Jonh Marshall y la sentencia Marbury vs. Madison**, en Derecho Procesal Constitucional, Tomo I, 4ª ed., Porrúa-CSSCJN, México, 2003.

Fiaren Guillén, Víctor, **El Defensor del Pueblo**, Tomo I, Parte General, Madrid 1982.

Fioravanti, Maurizio. **Constitución, de la antigüedad a nuestros días**, Trotta, Madrid, 2001.

-**Los derechos fundamentales. Apuntes de historia de las constituciones**, 4ª ed., Trotta, Madrid, 2003.

Ferrajoli, Luigi. **Los fundamentos de los derechos fundamentales**, Trotta, Madrid, 2001.

-Garantismo. **Una discusión sobre derecho y democracia**, Trotta, Madrid, 2006.

Fix-Zamudio, Héctor. **Estudio de la defensa de la Constitución en el ordenamiento mexicano**, Porrúa-UNAM-IIJ, México, 2005.

Frank Smith, James (coord.) **Derecho constitucional comparado**, México-Estados Unidos, Tomo I, UNAM, México, 1990.

Guastini, Riccardo. **Estudios de Teoría Constitucional**, Fontamara-UNAM, México, 2001.

García Belaunde, Domingo. **Tribunal constitucional y jurisdicción ordinaria**, en Ferrer Mac-Gregor, Eduardo y Molina Suárez, César de Jesús (coord.), **El Juez Constitucional en el Siglo XXI**, Tomo I, UNAM-IIJ-SCJN, México, 2009.

García de Enterría, Eduardo. **La lengua de los derechos. La formación Derecho Público europeo tras la Revolución Francesa**, Alianza editorial, Madrid, 1994.

González Oropeza, Manuel. **El Tribunal Electoral del Poder Judicial de la Federación: Sala Superior**, en **Estudios sobre la reforma electoral 2007: hacia un nuevo modelo**, TEPJF, México, 2008.

García Ramírez, Sergio. **Proceso Penal y Derechos Humanos**, Ed. Porrúa, México 1993.

Gil Robles y Gil Delgado Álvaro, **Control Parlamentario de la Administración**. Instituto de Estudios Administrativos, Madrid, 1977.

Hamilton, Alexander, James Madison y John Jay. **El federalista**, FCE, México, 2001.

Hobbes, Thomas. **Leviatán o la materia, forma y poder de una república eclesiástica y civil**, 2ª ed., FCE, México, 1980.

Huber Olea y Contró, Jean Paul. **Derecho Contencioso electoral**, Porrúa, México, 2005.

Huerta Ochoa, Carla. **Mecanismos constitucionales para el control del poder político**, 2ª ed., UNAM-IIJ, México, 2001.

Huntington, Samuel, **El sobrio significado de la democracia**, Revista de Estudios Públicos No. 33. Santiago 1989.

Jiménez Campo, Javier. **Derechos fundamentales. Concepto y garantías**, Trotta, Madrid, 1999.

Kelsen, Hans. **Escritos sobre la democracia y el socialismo**, Debate, Madrid, 1988.

-¿**Quién debe ser el defensor de la Constitución?**, 2ª ed., Tecnos, Madrid, 1999.

Krieger, Emilio. **En defensa de la Constitución. Violaciones presidenciales a la Carta Magna**, Grijalbo, México, 1994.

Landa Arroyo, César. **Tribunal constitucional y Estado democrático**, 3ª ed., Palestra editores, Lima, 2007.

Lassalle, Ferdinand. **¿Qué es una Constitución?**, 9ª ed., Colofón, México, 1997.

**Ley General de Sistema de Medios de Impugnación en Materia Electoral**, Congreso de la Unión, México

Loewenstein, Karl. **Teoría de la Constitución**, 2ª ed., Ariel, Barcelona, 1976.

López Pina, Antonio. **Constitucionalismo y derechos fundamentales**, Trotta, Madrid, 2006.

Luis Malorano, Jorge, **El Ombudsman, El Defensor del Pueblo**, Argentina 1987.

Marshall, T.H. y Bottomore, Tom. **Ciudadanía y clase social**, Alianza Editorial, Madrid, 1998.

Montiel Y Duarte, Isidro Antonio, **Estudio Sobre Garantías Individuales**, Ed. Harla, México 1989.

Montesquieu, **Del espíritu de las leyes**, 3ª ed., Porrúa, México, 1997.

Nino, Carlos Santiago. **La constitución de la democracia deliberativa**, Gedisa, España, 1997.

Olivas, Enrique. **Problemas de legitimación en el Estado social**, Trotta, Madrid, 1991.

Orunesu, Claudina, M. Perot, Pablo y L. Rodríguez, Jorge. **Estudios sobre la interpretación dinámica de los sistemas constitucionales**, Fontamara, México, 2005.

Otto, Ignacio. **Derecho constitucional. Sistema de fuentes**, Ariel, Barcelona, 1987.

Peña Freire, Antonio Manuel. **La garantía en el Estado Constitucional de Derecho**, Trotta, Madrid, 1997.

Prietto Sanchís, Luis. **Derechos fundamentales, neoconstitucionalismo y ponderación judicial**, Palestra, Lima, 2007.

Reyes Zapata, Mauro Miguel. **Juicio para la protección de los derechos político-electorales del ciudadano**, en Derecho Procesal Constitucional, Tomo II, 4ª ed., Porrúa-CSSCJN, México, 2003.



Rolla, Giancarlo. **Derechos fundamentales, Estado democrático y justicia constitucional**, UNAM-IIJ, México, 2002.

Rousseau, Juan Jacobo. **El contrato social**, UNAM, México, 1978.

Salazar Ugarte, Pedro. **La democracia constitucional. Una radiografía teórica**, UNAM-IIJ-FCE, México, 2006.

Sartori, Giovanni. **¿Qué es la democracia?**, 2ª ed., Nueva imagen, México, 1997.

Sartori, Giovanni, **Elementos de Teoría Política**, Editorial, Madrid 1987.

Schmitt, Carl. **Teoría de la Constitución**, editorial Nacional, México, 1981.

-**La defensa de la Constitución**, 2ª ed., Tecnos, Madrid, 1998.

Siedentop, Larry. **Democracia en Europa**, Siglo XXI de España Editores, Madrid, 2001.

Siéyes, Emmanuel J. **¿Qué es el Tercer Estado?**, UNAM, México, 1983.

Suprema Corte de Justicia de la Nación, **¿Qué son las acciones de inconstitucionalidad?**, 2ª ed., SCJN, México, 2004.

-**Grandes temas del constitucionalismo. La supremacía constitucional**, SCJN, México, 2005.

-**Las pruebas en la controversia constitucional y en la acción de inconstitucionalidad**, Figuras procesales constitucionales 3, SCJN, México, 2007.

Shumpeter, Joseph. **Capitalismo, Socialismo y Democracia**. Harper. N.Y.1947.

Sutherland, Arthur E. **De la Carta Magna a la Constitución Norteamericana. Ideas fundamentales sobre constitucionalismo**, TEA, Buenos Aires, 1972.

Tena Ramírez, Felipe. **Leyes fundamentales de México 1808-1982**, 11ª ed., Porrúa, México, 1982.

Tocora, Luis Fernando. **Control constitucional y Derechos Humanos**, Ediciones Librería del Profesional, Colombia, 1992.

Touraine, Alain. **¿Qué es la democracia?**, 2ª ed., FCE, México, 2000.

Vasconcelos Méndez, Rubén. **Una Corte de Justicia para la Constitución. Justicia constitucional y democracia en México**, UNAM-IIJ, México, 2010.

Vega Latapie, Eugenio. **Democracia ¿ilusión histórica?**, Ediciones Promesa, s/l, 1983.

Vigo, Rodolfo L. **Los principios jurídicos**, Ediciones Depalma, Buenos Aires, 2000.

Zagrebelsky, Gustavo. **Historia y constitución**, Trotta, Madrid, 2005.

-**El derecho dúctil. Ley, derechos, justicia**, 7ª ed., Trotta, Madrid, 2007.

-**Principios y votos. El Tribunal Constitucional y la política**, Trotta, Madrid, 2008.

*b) Diccionarios, Enciclopedia y Revista Especializada:*

Carpizo, Jorge. **El Tribunal Constitucional y el control de la reforma constitucional**, Boletín Mexicano de Derecho Comparado, número 125, IJ-UNAM, México, Mayo-Agosto 2009.

**Enciclopedia Jurídica Mexicana**, Tomo III Porrúa-UNAM-IIJ, México, 2002.

**Revista Mexicana de Justicia, Reforma Judicial**, Enero-Junio 2005, CNTSJ-UNAM, México, 2005.

Reyes Heróles, Federico. **Hoyo negro**, Reforma, Opinión, Año 18, Número 6, 312, México, 05 de abril de 2011.

Sosamontes Herreramoro, Ramón. **Desde la izquierda**, Misión Política, México, 05 de abril de 2011.

*c) Consultas Electrónicas:*

Aquino Tomas. **Suma Teológica**, II, pág. 752, consultable en: <http://biblioteca.campusdominicano.org/suma.htm> (05 de febrero de 2008).

Bayón, Juan José. **Derechos, democracia y constitución**, págs. 67-68, consultable en:

[www://luisvives.com/servlet/SirveObra/hist/12925071916700495109213/discuciones1/vol1\\_05.pdf](http://www.luisvives.com/servlet/SirveObra/hist/12925071916700495109213/discuciones1/vol1_05.pdf) (22 de noviembre de 2010).

Biaggini, Giovanni. **La idea de Constitución: ¿Nueva orientación en la época de globalización?**, Anuario Iberoamericano de Justicia Constitucional, número 7, 2003, págs. 56-57, consultable en: [http://.cepc.es/rap/Publicaciones/Revistas/8/AIB\\_007-043.pdf](http://.cepc.es/rap/Publicaciones/Revistas/8/AIB_007-043.pdf) (05 de marzo de 2010).

Consulta en línea: [www.buscon.rae.es/rae.html](http://www.buscon.rae.es/rae.html) (26 de octubre de 2010).

Consulta en línea: [www.buscon.rae.es/rae.html](http://www.buscon.rae.es/rae.html) (10 de diciembre de 2010).

Dermizaky P., Pablo. **Justicia constitucional y cosa Juzgada**, pág. 293, consultable: <http://.www.juridicas.unam.mx/publica/librev/rev/dconstla/cont/20041/pr/pr13.pdf> (15 de febrero de 2009).

Ferrerres Comella, Víctor. **Una defensa de la rigidez constitucional**, págs. 37-38, consultable en: <http://7/bib.cervantesvirtual.com/servlet/SirveObras/public> (15 de abril de 2010).

<http://www.bibliojuridicas.org/libros/4/1660/6.pdf> (10 de enero de 2011).

[http://www.diputados.gob.mx/LeyesBiblio/ref/cpeum\\_per.htm](http://www.diputados.gob.mx/LeyesBiblio/ref/cpeum_per.htm) (03 de enero de 2011).

<http://www.bibliojuridica.org/libros/2/804/9.pdf> (17 de septiembre de 2010).

<http://www2.scjn.gob.mx/red/vieospleno,sesión> del 31 de enero y 28 de marzo de 2011 (31 de enero y 28 de marzo de 2011).

Lopera Mesa, Gloria Patricia. **La problemática legitimidad de la justicia constitucional**, pág. 251, consultable en: [http://www.cepc.es/rap/Publicaciones/Revistas/8/AIB\\_005\\_227.pdf](http://www.cepc.es/rap/Publicaciones/Revistas/8/AIB_005_227.pdf) (22 de noviembre de 2010).

Mijangos Borja, María de la luz. Estabilidad y límites a la reforma constitucional, consultable en: <http://www.juridicas.unam.mx/publica/rev/boletin/cont/91/art8.htm> (15 de abril de 2010).

Monroy Cabra, Marco Gerardo. **Necesidad e importancia de los tribunales constitucionales en un Estado social de Derecho**, pág. 19, consultable en [www.juridicas.unam.mx](http://www.juridicas.unam.mx) (26 de noviembre de 2009).

Moreso, Juan José. **Sobre el alcance del precompromiso**, págs. 98-99, consultable en:  
[www://uisvives.com/servlet/SirveObra/hist/12925071916700495109213/discuciones1/vol1\\_06.pdf](http://www.uisvives.com/servlet/SirveObra/hist/12925071916700495109213/discuciones1/vol1_06.pdf) (22 de noviembre de 2010).

**Notas sobre la reforma constitucional en México**, consultable en [www.juridicas.unam.mx/publica/librev/rev/facdermx/cont/245/art/art14.pdf](http://www.juridicas.unam.mx/publica/librev/rev/facdermx/cont/245/art/art14.pdf) (10 de enero de 2011).

Nino, Carlos Santiago. **La filosofía del control judicial de constitucionalidad**, pág. 82, consultable en:  
[http://www.cepc.es/rap/Publicaciones/Revistas/15/RCEC\\_04\\_077.pdf](http://www.cepc.es/rap/Publicaciones/Revistas/15/RCEC_04_077.pdf) (22 de noviembre de 2010).

Pedroza de la Llave, Susana Thalía. **Los órganos constitucionales autónomos en México**, págs. 178-180, consultable en <http://www.bibliojuridica.org/libros/1/306/7.pdf> (16 de junio de 2009).

Quisbert, Ermo. **Principios constitucionales**, visible en <http://ermoquisbert.tripod.com/doc/05.pdf> (11 de noviembre de 2009).

Una nueva Constitución, video publicado el 22 de mayo de 2008, consultable en [http://www.trife.gob.mx/inicial/videos/Entre\\_argumentos.asp](http://www.trife.gob.mx/inicial/videos/Entre_argumentos.asp)

Sagués, Néstor Pedro. **Del Juez legal al juez constitucional**, pág. 346, consultable en [http://www.cepc.es/rap/Publicaciones/Revistas/8/AIB\\_004\\_337.pdf](http://www.cepc.es/rap/Publicaciones/Revistas/8/AIB_004_337.pdf) (20 de marzo de 2009).

Schulze-Fielitz, Helmuth. **El lado oscuro de la Ley Fundamental**, Revista de derecho Constitucional Europeo, Año 6, Número 12, julio-diciembre 2009, pág.202 consultable en [www.oqr.es/redce/REDCE12/articulos](http://www.oqr.es/redce/REDCE12/articulos) (18 de julio de 2010).

Séptima sesión ordinaria celebrada el 6 de diciembre de 1916, consultable en [http://www.diputados.gob.mx/LeyesBiblio/ref/cpeum/Proy\\_CPEUM\\_06dic1916.pdf](http://www.diputados.gob.mx/LeyesBiblio/ref/cpeum/Proy_CPEUM_06dic1916.pdf) (26 de agosto de 2010).

Sesión inaugural del primero de diciembre de 1916, consultable en [http://www.diputados.gob.mx/LeyesBiblio/ref/cpeum/Proy\\_CPEUM\\_expmot\\_01dic1916.pdf](http://www.diputados.gob.mx/LeyesBiblio/ref/cpeum/Proy_CPEUM_expmot_01dic1916.pdf) (26 de agosto de 2010).

Vidal Gil, Ernesto J. **Justificación de la Democracia y límites a la decisión por mayorías**, pág.240 consultable en [www://uisvives.com/servlet/SirveObras/Doxa](http://www.uisvives.com/servlet/SirveObras/Doxa) (18 de julio de 2010).

Verly, Hernan. **El argumento contramayoritario. Justificación del control judicial de constitucionalidad,** consultable en: <http://www.alfarolaw.com/tapa/argumentoContramayoritario.pdf> (22 de noviembre de 2010).

Waldron, Jeremy. **Desacuerdo y precompromiso,** pág. 309, consultable en: [www://files.constprof.webnode.com/](http://www.files.constprof.webnode.com/) (22 de noviembre de 2010).